

Filosofía y pensamiento en derechos humanos

Rebeca Lizette BUENROSTRO GUTIÉRREZ

Profesora-investigadora de la licenciatura en derecho
de la Universidad Autónoma de Baja California Sur

PRESENTACIÓN

La vida misma del hombre gira alrededor de un fin: superarse a sí mismo, obtener una perenne satisfacción que pueda brindarle la felicidad. Considerando esta teleología, no sería aventurado decir que puede explicarse y justificarse cualquier actividad del hombre; luego entonces, podemos decir que los seres humanos, por más disímiles que sean sus actitudes, coinciden en un punto fundamental, en una genérica aspiración a obtener la felicidad.

Para el egoísta, la felicidad estribará en procurarse los mayores beneficios posibles aun en perjuicio de sus semejantes; en cambio, para el altruista o el filántropo, la felicidad consistirá en hacer el bien a sus congéneres, a la sociedad de la que forme parte. Esta finalidad última del ser humano se revela en casos concretos mediante propósitos privativos que cada quien concibe, cuya pretendida consecución determina los actos exteriores del sujeto, como decía Kant «mi ser es mi tener»;¹ actos que constituyen el desenvolvimiento de la personalidad humana. Es imposible representarse a un individuo que no tenga aspiraciones y anhelos hacia cuya verificación encauza sus esfuerzos vitales, subjetivos y objetivos.

La vida misma es la propensión de obtener la felicidad, nadie actúa consciente o deliberadamente para ser infeliz. Santo Tomás de Aquino expresa que la felicidad de toda persona debe estribar en la consecución del bien,² lo cual es consustancial a su naturaleza de ser racional. Al integrar su propia

¹ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, España, Austral, 1976, p. 81.

² Santo Tomás, DE AQUINO. *Summa Theologiae*, I-II, q. 63, a. 3. Madrid, España, Biblioteca de Autores Cristianos, 1989.

finalidad vital, el ser humano pretende realizar valores, sean negativos o positivos. La circunstancia de que todo ser humano tenga o deba tener una teleología axiológica es lo que ha provocado la consideración de la persona humana en su sentido filosófico, es decir, ha suscitado la concepción del hombre como persona. Por lo que se afirma que el hombre es persona en cuanto tiende a conseguir un valor, a objetivarlo en actos y valores concretos e individuales así que el concepto de la personalidad resulta de la relación entre el hombre como ser real y su propia teleología axiológica. Para Immanuel Kant,³ persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo y que cabalmente posee dignidad, a diferencia de todo lo demás, de las demás cosas que tienen su fin fuera de sí, que sólo sirven como un medio para alcanzar fines ajenos y por lo tanto tienen un precio.

El doctor Luis Recasens Siches⁴ afirma que, cuando se dice que el hombre es persona, significa que no es solamente un pedazo de material —ni siquiera en el sentido metafísico de «principio de individuación», y mucho menos en el sentido físico de las sustancias que componen los cuerpos—; el hombre es un animal, un individuo pero no como los demás, el hombre es una «sustancia individual de naturaleza racional»,⁵ como bien lo definió Boecio, caracterizado por su inteligencia y por su voluntad.

Bajo estas notas de *inteligencia y libertad*, es que la persona actúa y entra siempre en contacto con sus semejantes pero, para que pueda existir la sociedad, es necesario que la actividad de cada quien esté limitada de tal forma que su ejercicio no ocasione desorden cuya presencia altera y destruye la convivencia; esas limitaciones se traducen en la aparición de exigencias y obligaciones reciprocas cuya imposición no sólo es natural sino necesaria, lo cual sociológica pero sobretudo históricamente, responde como medio de satisfacción de esa regulación, ya que, como aduce Maurizio Fioravanti, «la

³ KANT, I., *op. cit.*, p. 81.

⁴ RECASENS SICHES, Luis. *Filosofía del derecho*. Ed. Porrúa. 2003, p. 479.

⁵ BOECIO. *Tratados teológicos y la consolación por la filosofía*. México, D.F., Cien del Mundo, 1989, pp. 21-33.

aproximación historicista tiende inevitablemente a privilegiar las libertades civiles, las “negativas”..., que se traducen en capacidad de obrar, en ausencia de impedimentos o de obligaciones, dentro de una esfera claramente delimitada y autónoma, sobre todo en relación con el poder político».⁶

Se trata pues del derecho cuyo contenido normativo que se plasma en disposiciones legislativas expedidas por órganos determinados —que forman parte de ese poder político—, debe estar garantizado en cuanto a su imperatividad por un poder superior a la voluntad de cada individuo. Este poder, también llamado *autoridad*, considerándolo como actuación suprema, radica en la comunidad misma y va a ser ejercido por entidades creadas *a posteriori* a las que se les confiere esa facultad de manera expresa; aunque no siempre fue así.

La regulación jurídica es indispensable para la existencia, subsistencia y dinámica de la sociedad. Sin el derecho que implanta un orden necesario para la vida social, ésta no podría desarrollarse; la normatividad jurídica es para la colectividad humana lo que el agua es para los peces: elementos indispensables para la vida.

El derecho como orden normativo debe reflejar las transformaciones sociales, económicas, culturales y políticas que se registren dentro de la vida de las sociedades humanas con el objeto de consolidar los resultados de dichas transformaciones y de regular las relaciones comunitarias conforme a ellos. Sin esta regulación jurídica, ningún cambio que opere en los ámbitos vitales de la sociedad, podrá tener vigencia ni operatividad real, ya que los postulados de dicho cambio no podrán imponerse válidamente para regir a la colectividad ya que estarían apoyados en la fuerza.

En resumen, el contenido del derecho debe expresar los cambios sociales en todas las transformaciones. Y en materia de derechos fundamentales no es la excepción, pues veremos que la pugna por hacerlos valer ante un poder real, o ante una persecución religiosa, o ante un cambio radical en la socie-

⁶ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, España, Trotta, 3ª ed., 2000, p. 26.

dad, encuentra cabida en tres países perfectamente identificables: Inglaterra, Francia y Estados Unidos de América.

Es por eso que cada tratamiento nuevo sobre derechos fundamentales tiene que partir desde el contexto histórico pues «los derechos no son nunca el resultado automático de los mecanismos de garantía⁷ formalmente previstos por el ordenamiento, aunque éstos estén recogidos en normas prescriptivas del máximo nivel, la Constitución».⁸ Cada uno de tales aparatos reguladores se desarrolla en un determinado contexto histórico-social e histórico-político, que de manera decisiva viene a condicionar su efectividad práctica.

I. PRECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINALES

Es de suma importancia hacer una búsqueda sobre las distintas connotaciones o acepciones que del derecho subjetivo se tenía en las épocas anteriores a las de la Ilustración y el Renacimiento que, definitivamente, desembocaron en la época moderna. De esa manera podremos ir notando esas diferencias esenciales entre las doctrinas que se fueron postulando.

⁷ *Garantía*, parece provenir de la palabra *warranty* cuyo significado es proteger, salvaguardar, asegurar, esto implica una connotación muy amplia. Jurídicamente, el vocablo se origina en el Derecho privado entendiéndose como el efecto de afianzar lo estipulado; en el Derecho público ha significado diferentes tipos de seguridades o protecciones a favor del gobernado donde la autoridad estatal está sometida a normas preestablecidas y sustentadas en el orden constitucional. Debido a que los diversos autores en la materia no restringen la explicación del concepto a la relación gobernante-gobernado, se ha producido un desacuerdo y así habrá quien hable de garantías políticas, sociales, jurídicas, y habrá quien, como en el caso de Alfonso Noriega, identifiquen las garantías individuales como sinónimos de derechos del hombre discrepando al respecto Ignacio Burgoa, quien afirma que los derechos del hombre se transforman en derechos subjetivos públicos, los cuales se preservarían por las garantías convenidas en la Constitución; por tanto, no es lo mismo el elemento que garantiza —que es la garantía— que la materia garantizada —que son los derechos humanos—; añadiendo que la protección de las garantías individuales va más allá del ser humano y que se extiende a todo ente jurídico que tenga el carácter de gobernado, y en ese orden de ideas, debemos precisar que nuestra ley fundamental contempla los preceptos llamados garantías individuales que implican el derecho del gobernado frente al poder público. Rafael de Pina Vara, *Diccionario de Derecho*. 19ª ed. México, Porrúa, 1993, pp. 299-300.

⁸ FIORAVANTI, M., *op cit.*, pp. 23-24.

Primeramente es menester recurrir al Derecho Romano, influencia definitiva sobre el derecho occidental, que no nos arroja demasiada luz sobre lo que ahora comprendemos de los derechos subjetivos pero que nos brindan una oportuna aproximación en tanto ya veían al *ius* como la “parte justa”, no como un derecho subjetivo, pero que bien podría ser un ejemplo de lo que ya se llamaban «derechos innatos» (*iura innata* o *connota*); así se sostiene en los glosadores y los postglosadores.

A partir de esto, García de Enterría hace uso del lenguaje y la gramática para lograr un mayor acercamiento cuando *derecho* se presenta ora con mayúscula, ora con minúscula. En el primer caso, derecho, hace referencia al derecho objetivo como un sistema de normas propio, global y unitario,⁹ y más aún, un ordenamiento que tiene que garantizar con toda su fuerza frente a quien resista al ejercicio lícito de alguna facultad o poder de un sujeto, esto es, el derecho con minúscula, el derecho subjetivo, pero llegar a esta concepción moderna no fue fácil.

En la Escolástica tardía encontramos al padre de esa formulación técnica moderna del derecho subjetivo con Guillermo de Ockham, quien defendía la interpretación según la cual el fraile perteneciente a la orden de los franciscanos, no podía poseer nada, dando pie a la llamada «contienda sobre la pobreza». La interpretación se basaba en que ni Cristo ni los Apóstoles habían tenido propiedades, actualizando esta postura con la disección de la estructura de la propiedad como derecho subjetivo,¹⁰ quedando como *potestad de la cual nadie puede ser privado en contra de su voluntad sin culpa suya, a no ser que medie una causa racional, ni la de acudir a juicio si fuese privado de ella*.¹¹

En la Edad Media no existe un sujeto político que desempeñe las funciones monopolistas de *imperium* y capacidad normativa, es un sujeto ausente pero poco a poco se va construyendo la tradición de limitar el poder político de *imperium* en tanto éste se encontraba fraccionado y dividido entre un

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos*. Madrid, España, Civitas, 2001, p. 49.

¹⁰ Citado en nota 5 de *Ibid.*, p. 52.

¹¹ Guillermo DE OCKHAM. *Opus nonaginta dierum*. 1332.

número de sujetos en toda su escala jerárquica. El medioevo tenía su propio modo de garantizar los derechos y libertades pues existía un ordenamiento objetivo que radicaba en la costumbre y en la naturaleza de las cosas asignando así, a cada uno su propio lugar en el estamento social, obviamente partiendo de los más poderosos, quienes podían delimitar el catálogo de esos derechos y libertades, reclamándolos para sí.

Al ampliarse los dominios territoriales de los más poderosos, surgen los *contratos de dominación* que sirvieron para reforzar las esferas de dominio de los señores. Una aportación importante de estos contratos fue el nacimiento de asambleas representativas que no se podían concebir como las entendemos actualmente, pues no eran representantes de pueblo o nación alguna, sino colaboradores del señor en el ejercicio del poder, pues se entendía que, quien está sometido políticamente, tiene entre sus obligaciones de fidelidad, la de brindar consejo y auxilio al dominante.¹² Esos contratos de dominación imponían tributos extraordinarios a la vez que ofrecían garantías diversas en el cuidado de la posesión de bienes; esto nos indica que en el medioevo están ciertas raíces de la libertad como autonomía y como seguridad.¹³ *Iura y libertates* adquieren en la Edad Media una «estructuración corporativa»¹⁴ pues son patrimonio del feudo, del lugar, del valle, etc., y pertenecen a individuos arraigados en esas realidades bajo el dominio del orden natural que, con él, tienen el conjunto de sus derechos sobre la base del nacimiento y la pertenencia.

En la Segunda Escolástica se considera a los teólogos juristas como tipificadores de unos *iura innata* (o *derechos innatos*, como gustará de llamarlos Grocio expresándolos como *ante positas leges*) propios de todo hombre por el solo hecho de serlo y que deben ser respetadas y servidas por el ordenamiento civil y eclesial pues son inviolables y superiores a todo ordenamiento posi-

¹² Cf. FIORAVANTI, M., *op. cit.*, pp. 27-30.

¹³ Vale aclarar que esto no corresponde a la definición moderna de libertad en tanto expresión de la voluntad puesto que ese orden natural impide la esencial libertad de anhelar un orden distinto. FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones.*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁴ *Ibid.*, p. 30.

tivo. De esto deviene «la gran duda» suscitada en la Corona a raíz de «la gran denuncia» sobre la legitimación de la conquista en donde incluso se llegó a cuestionar si los nativos americanos tenían alma. A partir de este punto, los teólogos afrontan el tema ya desde el aspecto de la dignidad humana.¹⁵ Pereña sistematizó esto en la llamada «Carta universal de los derechos del indio proclamados por la Corona» donde se refería un trato igualitario entre indios y súbditos de la Corona, inclusive protegerlos y resguardarlos de la explotación y la codicia españoles.

Jellinek¹⁶ apuntaló con posterioridad que la idea de recoger esos derechos innatos en la legislación no se debe a un origen político sino religioso, remontándonos a las colonias de protestantes puritanos ingleses y holandeses que se establecieron en América, a partir del congregacionismo de Roger Williams, disidente de una Iglesia-Estado calvinista. Es la *Royal Charter* de Rhode Island que consagra la libertad religiosa o de conciencia. Al fundar Providence, Williams hace una declaración de vastísima importancia: «quise que pudiera ser un refugio para las personas con inquietudes de conciencia». En 1664 publicó *The Bloody Tenent of Persecution for the Cause of Conscience Discussed* donde defendía la libertad religiosa, matriz de los demás derechos individuales; estableció como forma de gobierno en las Plantaciones de Providence la democrática, en donde el gobierno estuviera sostenido por el consentimiento libre y voluntario de todos, o de la mayoría de los habitantes libres. A las leyes y penas que se aplicaban a las transgresiones agregó que, fuera de lo allí prohibido, «todos los hombres pueden comportarse como sus respectivas conciencias les manden, cada uno en nombre de su Dios».¹⁷

¹⁵ Así lo expone PEREÑA, L. en *la idea de justicia*, citado por García de Enterría en nota 9 de *op. cit.*, p. 54.

¹⁶ JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1895). Madrid, España, Librería Victoriano Suárez, 1908, reeditada en Madrid en 1982, p. 254.

¹⁷ Citado en JOHNSON, Paul. *Historia del Cristianismo*. Barcelona, España, Vergara 2ª reimpre-sión, 2006, p. 563.

Inglaterra se escapa de las libertades medievales antes expuestas y con la ley del país que el mismo documento prescribe,¹⁸ se aporta el elemento de la *jurisprudencia* —como construcción del derecho común inglés a manos de los jueces— que se convierte en el elemento principal para tutelar las libertades. La soberanía parlamentaria, se consolida a partir de la *Glorious Revolution* de 1689 que es la que, en palabras de M. Fioravanti¹⁹ “exige la participación en la actividad legislativa de los tres órdenes del Parlamento —Rey, *Commons* y *Lords*—”,²⁰ soslayando la función de plenamente constituyente. La idea de que los actos irracionales de los legisladores no deben dañar los llamados derechos adquiridos es tan fuerte que los colonos americanos apelan a ella para reivindicar la salvaguarda de sus libertades y propiedades contra el mismo Parlamento inglés.

Desde aquí vemos como fuga del modelo historicista presentado por García de Enterría al constitucionalismo inglés, que supo hacer una transición paulatina y relativa —y sin dolor— del esquema medieval al nuevo orden de las libertades, resistiendo la presencia del poder político concentrado, capaz de definir con autoridad (o *imperium*) las esferas de libertades individuales. Libertades personales que en el artículo 39 de la Carta Magna, ya anticipaban una de las principales dimensiones de la libertad en sentido moderno, el ya mencionado de “seguridad” de los propios bienes pero también, y he aquí la novedad, de la propia persona. Así, este modelo se vuelve a hacer útil en la construcción conceptual de los derechos y las libertades a partir del siglo XVIII con el constitucionalismo moderno que, para llegar a él, Inglate-

¹⁸ Esto es posible gracias a la *Magna Charta*, sobre el acento que coloca en la libertad personal.

¹⁹ FIORAVANTI, M., *op. cit.*, p. 33.

²⁰ El *King in Parliament* —composición equilibrada de los tres órdenes políticos— es la clásica estructura liberal del llamado gobierno moderado. Esta afirmación indirecta de los derechos individuales se logra en su vertiente de garantía al existir, como en el modelo inglés, una tradición medieval ininterrumpida de tutela jurisprudencial y consuetudinaria de tales derechos. FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Ibid.*, p. 34.

rra tuvo que fundar la doctrina de su identidad histórico-política en la imagen de esa continuidad gradual (entre libertades medievales y modernas).

Es la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, que descuella con Rousseau, la que cimienta a la sociedad y al Estado en un «contrato social», como una construcción de instrumentos racionales para exponer el sistema jurídico poniendo la idea de los derechos naturales, aportados y respetados en ese pacto social, así como también a los derechos subjetivos ya adquiridos a título particular. Al hombre primeramente se le ve como tal y posteriormente como miembro de un grupo imponiendo el razonamiento de igualdad jurídica; esta estructura individualista subraya al derecho subjetivo como una noción fundamentalísima de la que deviene el término de «sujeto».²¹

La Ilustración termina por generalizar los conceptos que hemos venido delineando y los deja más que listos para su recepción sistemática como clave esencial de una nueva construcción en el edificio político. El derecho racionalista derivado de Locke²² adquiere una renovada óptica a través de la evolución del derecho de propiedad, la óptica del *individuo aislado*; el centro del sistema es el individuo al que, para lograr una comunidad conjugada, le es forzoso un contrato social al que ya hemos hecho alusión pero que ahora busca con más ahínco preservar todos los derechos naturales. La valiosa novedad de Locke es haber concretizado que la persecución teleológica de la convención social es la mutua conservación de las vidas, libertades y propiedades de quienes lo han concertado.

El artículo segundo de la Declaración de 1789 nos deja en claro el lineamiento de los derechos subjetivos al recitarnos que «el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión»; son derechos que representan emanaciones de la propia naturaleza del ser humano. El avance en el reconocimiento técnico de una circunstancia de derecho subjetivo demanda una norma objetiva que lo defina, le establezca unos límites y lo salvaguarde, es decir, de una Ley.

²¹ Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *op. cit.*, p. 57.

²² Cf. *Ibid.*, pp. 58-65.

Ahora bien, el ejercicio de los derechos naturales de cada individuo no tiene más límites que aquellos que aseguran a los otros miembros de la colectividad el disfrute de derechos similares. Y los límites sólo puede determinarlos la Ley, que se coloca en el centro y el origen de dos fenómenos cruciales: por un lado la estructuración del Derecho Público europeo del siglo XIX y la reconversión del sistema jurídico en un sistema de leyes, a lo que se dará por llamar *positivismo legalista*²³ como libertad civil; es el principio de autonomía de la voluntad, ya no general, sino individual.

Se da otro paso donde todo queda dispuesto para saltar a lo que García de Enterría llama el «éxtasis individualista»,²⁴ es decir, el derecho subjetivo por antonomasia que es la propiedad, misma que es considerada como una *proyección de la unicidad del sujeto* (o emanaciones del sujeto); como poder pleno sobre las cosas en donde Dios ha traspasado de sus poderes al hombre para ejercerlos sobre el mundo. Todo lo anterior, según Duguit, adquiere significado al entender que todo sujeto de derecho debe a su vez ser un sujeto de voluntad; y que todo acto de voluntad está socialmente protegido en tanto toda situación jurídica se asimila como relación entre dos sujetos de derecho (uno activo y otro necesariamente pasivo).²⁵

En Alemania, es con Wolff que ya un concepto realmente maduro de derechos subjetivos comienza a elaborarse; sin embargo, es Kant quien asevera que el derecho «es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser compatible con el arbitrio de otro, según una ley general de libertad».²⁶ El único derecho originario del hombre, según este estudioso, es la libertad y toda su doctrina está basada en ella.²⁷

²³ *Ibid.*, p. 82.

²⁴ *Ibid.*, p. 74.

²⁵ *Cf. Ibid.* 83 y 84.

²⁶ KANT, I., *op. cit.*, p. 31.

²⁷ De la libertad se arranca la titularidad de los demás derechos subjetivos que se piensan como libertad de acción bajo leyes protectoras, que de una u otra forma preestablecida han de garantizar la avenencia de las libertades de todos los sujetos entre sí. Esto es lo que se conoce como la *ética kantiana de la autonomía de la persona y de su voluntad ética*. *Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., op., cit.*, p. 87.

Por su parte, para Hegel, la libertad representa la base sobre la cual se erige todo el derecho, libertad que se expresa en la voluntad ya que «el derecho a la particularidad del sujeto a encontrarse satisfecho, o lo que es lo mismo, el derecho de la libertad subjetiva, constituye el punto central de la inflexión en la diferencia entre la antigüedad y la época moderna». Así, Hegel admite la *preeminencia* del Estado como dios terrestre.²⁸ En la edificación técnica de la definición de derecho subjetivo, se vigoriza en la doctrina hegeliana un elemento básico del concepto: su derivación de la Ley.

Ahora, hablando de la Pandectística, ésta tiene su origen en Federico Carlos de Savigny quien puso de manifiesto que, «si consideramos la situación jurídica tal como nos rodea y nos penetra por todas partes en la vida real, se nos aparece en primer lugar el poder que corresponde a las personas privadas: un ámbito donde su voluntad impera e impera con nuestro acuerdo. A este poder le llamamos un derecho de esa persona». «Un ámbito en el que la voluntad individual tiene que imperar independientemente de cualquier voluntad ajena».²⁹

Por otro lado, contemplamos que con el Renacimiento³⁰ se llega al límite del poder político, pero antes es necesario mencionar ciertos rasgos de la sociedad que marcaron su tránsito a la modernidad tales como:

1. Un sistema económico y cierto protagonismo de la burguesía donde ésta se afirma como clase progresiva frente al enmarcamiento de aquel hombre del Medievo en estatus. En esta línea, Jaques Maritain³¹ afirma que el Renacimiento se caracteriza por su tinte antropocéntrico. El dinero adquiere mayor relevancia; vemos cómo se supera el *localismo* y terminan por formularse principios nuevos y progresivos. Los derechos humanos son armas cuando la burguesía busca compartir el poder político en los siglos XVII y XVIII. El Estado absoluto ya no promueve cambios y va dificultándose a sí mismo. Los factores religiosos generan di-

²⁸ Citado en *Ibid.*, p. 89.

²⁹ Citado en *Ibid.*, p. 95.

³⁰ Cf. PECES-BARBA, Gregorio *et al.*, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid, España. Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado. 1999, pp. 115-138.

³¹ Citado en *Ibid.*, p.123.

ficultades al protagonismo burgués produciendo así las primeras formulaciones de la filosofía de los derechos fundamentales con lo que se constituye la ideología liberal.

2. Cambio en el poder político con la aparición del Estado: Ante la panorámica, se hace necesaria la unidad del poder frente al localismo feudal, a la ficción de un imperio no efectivo y frente a las intenciones dominantes del catolicismo como religión “oficial” que ejerce el monopolio religioso. Con este esquema nace la idea de que la primera función de todo poder político y de todo sistema jurídico, es simplemente la organización de la convivencia. Si un primer modelo es directamente individualista, el segundo es referente a normas de organización que buscan alcanzar el límite de la potestad real. Subsecuentemente, el Estado moderno adquiere la caracterización de un monopolio en el uso legítimo de la fuerza como «poder absoluto y perpetuo de una república», según expresa Juan Bodino.³²

3. Hay un cambio de mentalidad que es impulsado con el Humanismo y la Reforma. En él, se trata de instaurar un orden nuevo que nos devuelva a los orígenes. Con la ética protestante de la gracia, el predestinado «...está seguro de su salvación... está dispuesto a afrontar todo aquí abajo y conducirse como elegido de Dios en la tierra... y la prosperidad material aparecerá para él como un deber de estado...» según asevera Maritain. La ética de la gracia del protestantismo supone una ruptura de la unidad religiosa y del monopolio del catolicismo sobre las costumbres y los conocimientos humanos.

4. Se presentan algunos rasgos en la cultura como la secularización, el naturalismo, el racionalismo y el individualismo que son propios de la Ilustración y construyen la filosofía de los derechos fundamentales.

5. Otro rasgo de la sociedad renacentista es el surgimiento de la nueva ciencia y son Bacon, Descartes y Newton quienes principalmente nos muestran que el mundo con fines creado por Dios viene a ser sustituido por la idea del mundo como un gran mecanismo que, como ya se dijo, puede ser analizado autónomamente. Todo este movimiento fortalece la confianza en la razón al implementar la seguridad del dominio del ser humano, del Hombre, sobre la naturaleza y de su imperante protagonismo en la historia. La combinación de todos estos elementos por el reiterado protagonismo individual nos conducen indefectiblemente a los derechos naturales.

³² Citado en *Ibid.*, p. 120.

6. Otro rasgo es el llamado nuevo derecho moderno que, cada vez más, será derecho producido por el poder político. Ahora, la coexistencia del derecho estatal con el iusnaturalismo racional es en apariencia contradictoria porque éste favorece la necesidad del derecho positivo para la eficacia de los derechos naturales. Cuando el derecho romano se reincorpora al estudio en el siglo XII, supone la transición de una sociedad geocéntrica a una sociedad iuscéntrica y el Estado se forma como «instrumentum regni». Es oportuno mencionar que aquí da inicio el jurista moderno como profesionista; este sujeto será cada vez más una herramienta determinante ya para la formación del Estado moderno como para la ulterior organización del Estado liberal: «inicial morada histórica de los derechos fundamentales».

En su formación de los derechos fundamentales, el derecho moderno tiene estas características:³³

1. Es un derecho estatal fundado en el poder del Estado;
2. Su destinatario es el «*homo iuridicus*»;
3. Se identifica con la ley que tiende a obtener un reparto justo, una proporción;
4. Se forma y consolida la idea del derecho subjetivo. En la Escolástica española, la diferencia entre derecho objetivo y subjetivo aparece con Francisco Suárez en la denominación de *ius dominativum* y *ius praeceptivum*;
5. La coercibilidad abre paso para considerar que el único derecho es el positivo;
6. Se da una distinción entre derecho y moral, y
7. Existe una distinción entre derecho público y privado.

Al hablar de los orígenes del consenso sobre los derechos fundamentales, tenemos que señalar que la burguesía y la monarquía fueron aliadas en un principio a fin de acabar con aquel universo medieval; después se convirtieron en adversarias como un punto de partida para la construcción del consenso; estudiándolo podremos comprender la manera sistemática de los derechos fundamentales.

En la consideración moderna del pueblo como titular de la soberanía, el tema de los derechos supone que la delegación realizada por el soberano es

³³ Cf. *Ibid.*, pp. 137-138.

reversible, asimismo que los derechos naturales y su protección son la causa del pacto y el límite del poder, y también supone que el gobierno de los hombres será sustituido por el gobierno de las leyes. Uno de los principales componentes de esa *juridificación* es el reconocimiento de derechos fundamentales y la consagración del constitucionalismo como límite para el ejercicio del poder, y que se ve reflejada en la separación de los poderes. De esto último nace la vinculación de los derechos y de los principios de organización que derivan de los valores de libertad, igualdad y seguridad; también supone el derecho de resistencia frente a la opresión proclamados por Locke. Esto es el punto de partida de la elaboración de un consenso basado en la tolerancia, origen de la libertad religiosa, de la de pensamiento y de conciencia; y finalmente supone la situación del derecho penal y procesal en la monarquía absoluta.

El pensamiento constitucional incide en la formación de la filosofía de los derechos fundamentales a través de la legitimación de la propia idea de derechos naturales y al abrir camino para los derechos políticos por la idea de representación de la soberanía. En esta época se da inicio a la elaboración intelectual de la defensa del mercado, generando unos derechos naturales por analogía y que son cosas sobre las que actúan los hombres, y que son expresión de la fuerza y la capacidad para impulsar la reflexión de la burguesía.

II. LOS DERECHOS Y LAS REVOLUCIONES BURGUESAS

Este punto bien podría llevarnos un estudio pormenorizado de todo el contexto histórico por demás apasionante pero debemos ser cuidadosos en los aspectos que van arrojando la novedad que aporta la teoría de los derechos en relación con el problema de los criterios de legitimidad del marco socio-político y jurídico.

Ya en el capítulo anterior fuimos viendo de cierta forma una secuencia en la concepción revolucionaria de Inglaterra, Estados Unidos de América y Francia y que nos permitió extraer datos muy valiosos que nos clarifican los fines a que han servido cada una de las técnicas de los derechos fundamentales en ellas empleadas. Ahora pretendemos enfocarnos en dos de las llamadas “revoluciones burguesas” (la Francesa y la Americana) para reconocer con

mayor profundidad sus diferencias y sus técnicas jurídicas, mismas que les ayudaron a garantizar sus respectivos logros.

Entre 1745 y 1746, los editores se unieron para compilar todo el saber de la época en una enciclopedia. Tiempo después, uno de los *philosophes*³⁴ recibió el encargo de editar un diccionario enciclopédico: Denis Diderot. Cuando este último comenzó a trabajar con Jean d' Alembert, partieron de las facultades fundamentales del hombre y elaboraron un nuevo mapa del saber: una historia para la memoria, una ciencia para la filosofía, una teología para la razón. La idea que regía el trabajo era la naturaleza: de ella se extrajo el programa de una religión natural, de una filosofía natural, de una ética natural y de una normatividad natural. Los principales puntos de referencia de la Enciclopedia fueron Francis Bacon y John Locke.

Este siglo, el XVIII, supone el inicio del mundo moderno, que se sirve como referencia de dos modelos: a) La Constitución inglesa es el punto de referencia de los intelectuales franceses e inspira el pensamiento ilustrado. Da lugar a las revoluciones de Estados Unidos y Francia, que dinamitan el absolutismo y establecen una democracia radical, y b) El absolutismo francés sirve de modelo a los países en vías de desarrollo de Europa del Este y está en el origen de los despotismos ilustrados.

Mientras que los regímenes autocráticos se nutren del sudor y la sangre de sus súbditos, Inglaterra y Francia tratan de europeizar el mundo a través de sus imperios coloniales. El resultado es una guerra de dimensiones mundiales: se combate al mismo tiempo en Silesia, Canadá e India. En 1763, cuando se firma la paz, ya todo está dispuesto para que se inicien los siguientes procesos: la europeización del mundo, que partirá de Inglaterra; Francia se dirige hacia una revolución que transformará el Estado absolutista en

³⁴ Los *philosophes* no eran pensadores solitarios como se les conocía, eran escritores que filosofaban con elegantes ensayos dirigidos al gran público, sátiras, interesantes novelas e ingeniosos diálogos y que anticiparon la figura del intelectual: lealtad a su propia razón, crítico frente a la autoridad, no era un erudito, su preocupación era el presente, no era académico, su estilo era periodístico. Éstos eran Diderot, D' Alembert, Holbach, Helvétius y Voltaire, presentado como el maestro de ellos. SCHWANITZ, Dietrich,. *La cultura. Todo lo que hay que saber*. 10ª ed. España. 2003, p. 134.

democrático; y el nacimiento de una nueva potencia: Estados Unidos de América.

Ante ese panorama, la historia se convierte en una idea central, rectora; al concebirla como progreso, se hacen depender de ella todas las esperanzas que hasta entonces se ligaban a la religión por eso resulta que, «la explicación historicista de las libertades privilegia los tiempos históricos largos y tiende a mantener una relación abierta y problemática entre la Edad Media y la edad moderna; tiende a no agotar el tiempo histórico de las libertades en la edad que generalmente se sitúa con el iusnaturalismo del siglo XVII y con los Estados absolutos, y que culmina después con las revoluciones y con las declaraciones de derechos, para extenderse finalmente en las estructuras del Estado de derecho posrevolucionario».³⁵

Al decir de Dietrich Schwanitz, el fin de la religión anuncia la época de las ideologías y las guerras ideológicas del siglo XVII ante lo cual, el individuo, frente al marco histórico, se muestra como algo único y original. La división de la humanidad en clases sociales se vuelve problemática porque no son más que divisiones introducidas arbitrariamente por los hombres y contrarias a su naturaleza humana: la naturaleza es buena.

La Revolución Francesa quiere restaurar el orden natural, por lo que quita de en medio todo aquello que considera un invento de la sociedad. Desde el punto de vista político, lo decisivo es que todos los hombres tienen «derechos naturales» como la libertad, la igualdad y la fraternidad. Si estos derechos son violados, los hombres pueden recurrir a las revoluciones. Podemos encontrar que en la Revolución Francesa existen dos valores constitucionales, por un lado el individuo y por otro la ley como expresión de la soberanía de la nación.³⁶ La aserción de los derechos naturales del individuo y de la soberanía nacional se entiende como hijas del mismo proceso histórico al que venimos aludiendo. Aquel *imperium* se centraliza en el legislador que interpreta a la voluntad general surgiendo como garantía máxima de que definitivamente nadie podrá ejercer poder y/o coacción sobre los individuos

³⁵ FIORAVANTI, M., *op. cit.*, p. 26.

³⁶ *Cf. Ibid.*, p. 58.

sino a título de la ley. En la Declaración de derechos, la palabra *ley* contiene junto al significado de “límite” al ejercicio de las libertades (de sumisión), el de “garantía” de que los individuos no estarán atados de forma alguna por una autoridad que no sea el legislador.

Es en aquellos instantes donde fiar las libertades y los derechos a la historia habría significado tolerar que las prácticas sociales e institucionales del régimen antiguo siguieran ejerciendo total imperio tras la Revolución; por tal motivo, la solución británica de gobierno equilibrado no era posible en la situación francesa de 1789 porque, de haber sido así, hubiera necesitado que los constituyentes franceses forjaran su obra como obra de reforma de la monarquía en sentido constitucional, y ésta no podía ser el primer elemento del parlamento.

La Revolución francesa entrevé que el problema del gobierno no es equilibrar sino *expresar y representar*³⁷ la soberanía del pueblo. Su valiosa aportación es hacer manar una sociedad civil unificada en la visión de la voluntad política constituyente como nación. Se introducen el *legicentrismo* y el factor *constituyente*;³⁸ el primero representa la mediación entre individualismo y estatismo en tanto, el segundo, alude al aspecto contractualista como aseguración mutua entre individuos titulares de derechos y poseedores de bienes.

Por su carácter político-combativo —que indica metas, vincula a los ciudadanos y aísla a los enemigos—, la Revolución no se queda en los límites más tradicionales de la institución de la autoridad pública que garantiza mejor los derechos y las libertades existentes en el estado de naturaleza. En la Revolución, la democracia directa aparece como nuevo enemigo de la democracia representativa. La «antítesis irresuelta»³⁹ surge porque la Revolución es radical en una doble y a la vez opuesta dirección: afirmando la primacía del cuerpo constituyente soberano de ciudadanos; y afirma la prioridad del legislador que encarna la voluntad general por encima de las facciones agentes de

³⁷ *Ibid.*, p. 61.

³⁸ *Ibid.*, p. 63.

³⁹ *Ibid.*, p. 67.

la nación. Aunado a esto, las libertades políticas se presentan en dos versiones opuestas: una es que su ejercicio (incluido el voto⁴⁰), adquiere significado en el contexto de ciudadanía activa, a esto se le llama voluntarismo político, consecuencia del contractualismo revolucionario. En la otra versión (estatalista), los ciudadanos no están llamados a movilizarse, simplemente deben ser respetuosos con la ley y ni siquiera virtuosos o dispuestos a sacrificar sus intereses.

Ante el panorama del arbitrio del legislador, la Revolución afirma la preestatalidad de los derechos individuales en cuanto derechos naturales. La Revolución intentó fundamentar esta prioridad sobre el poder público soberano; buscó amparo en la afirmación de la preestatalidad, en sentido iusnaturalista, de los derechos y libertades; así que el legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es imprescindiblemente justo, la Revolución busca un legislador virtuoso⁴¹ en su conciencia misma.

Por su parte, y aunque los colonos americanos logran su independencia de Inglaterra, no es ésta el porqué el que los incita, sino la lucha contra la acción *tiránica* del monarca. No se pensaba en la disociación sino en *una estructura política confederada* con el monarca salvaguardando la unidad y representada con asambleas. El reproche de las colonias se situó en un terreno visiblemente constitucional que incluía —a partir de la cuestión fiscal— la problemática de los derechos y libertades. La Revolución partía de la defensa de una de las libertades civiles, la de defender el patrimonio de la arbitraria invasión del poder público que comprometía originariamente la cuestión de la representación política. Se trataba de la antigua formula de la *no taxation without representation* (no hay impuestos sin representación). Los colonos luchaban por *restaurar el gobierno legítimo*, por seguir viviendo bajo los preceptos y las garantías de la *ancient constitution* británica; pero no se pudo porque se complicó instaurar la realidad político-institucional del elemento aristocrático en América, es decir, no tener representación colonial en el parlamento

⁴⁰ El ejercicio del voto permite delegar el ejercicio de las funciones públicas a la clase política apareciendo así el sistema de poderes constituidos guiado por representantes.

⁴¹ Cf. *Ibid.*, p. 73.

inglés. No podían aceptar ser virtualmente representados por un parlamento que ellos no habían elegido y que difería mucho de la representación explícita de sus intereses.

La Revolución americana nace de la necesidad de oponerse a un legislador que se supone fuera de los confines de su legítima jurisdicción. La Revolución de los colonos parte del convencimiento de que su tradicional Constitución debe cambiar substancialmente de significado, que fortalezca su capacidad garantizadora, si no se quiere que decaiga en omnipotencia parlamentaria. Esta Constitución debe corresponder *a un texto orgánico escrito, que el cuerpo constituyente soberano ha querido, y que como tal puede ser de hecho opuesto a los gobernantes que hayan actuado de manera ilegítima, es decir, contraria a la Constitución.*⁴²

En conclusión, la Revolución francesa *confía* los derechos y libertades a un legislador virtuoso ya que representa al pueblo más allá de los intereses particulares, en tanto la Revolución americana *desconfía*⁴³ de las virtudes de todo legislador confiando mejor en la Constitución, como una posibilidad de limitar a ese legislador. El verdadero hilo conductor de la Revolución americana es la afrenta a la omnipotencia de los legisladores. El pueblo ejercita el poder constituyente para determinar de manera estable los contenidos de la norma constitucional y resistirse al arbitrio del legislador y del poder constituyente, haciendo que éste se una a la de rigidez constitucional. La Constitución se funda sobre un único valor dominante, el de la fuerte y absoluta tutela de los derechos individuales dejando de ser un indicador normativo de un conjunto de valores.

III. LOS DERECHOS EN LA ÉPOCA LIBERAL⁴⁴

El modelo estatalista brota de la voluntad de los individuos, pero esa voluntad no puede ser representada con un diseño *negocial* investido de un carácter privado del contrato (social). Su origen ha obedecido al pacto que

⁴² *Ibid.*, p. 84.

⁴³ *Cf. Ibid.*, p. 83.

⁴⁴ *Cf. Ibid.*, pp. 46-53 y ss.

por fin logra independizar de la influencia del carácter privado. En el modelo estatalista, la cultura está empapada del individualismo en las libertades, valora el rol desempeñado por el Estado moderno, como máxima concentración de *imperium*, en la lucha contra la sociedad estamental y privilegiada. Para esta cultura estatalista, la autoridad del Estado es la condición necesaria para que nazcan las libertades y los derechos, pues antes del Estado existe la sociedad civil —como una estructura con identidad política— de los individuos dotados de derechos naturales, que a su vez preceden al derecho positivo estatal.

Thomas Hobbes aporta una filosofía política con su visión del *bellum omnium contra omne* (guerra de todos contra todos) que reconoce la hecatombe de todo orden históricamente dado y de la antigua solidaridad medieval de estamento. Si la sociedad nace con el mismo Estado pues éste —político y organizado— brota de la voluntad de los individuos. Para que lo anterior sea posible ya no se necesita de un contrato social sino de un *pact*, como acto de subordinación unilateral que no es negociable ni reversible ni parcial con el que todos a la vez se someten al sujeto investido con el monopolio de *imperium*. Ahora, las libertades políticas se justifican por la necesidad del Estado de proveerse de órganos y de personal que concreten la expresión de su voluntad soberana; cuando el ciudadano vota, simplemente ejerce una función y no transmite poderes originarios. Por su parte, las libertades civiles son lo que la ley del Estado quiere que sean.

Las revoluciones burguesas arrojan dos tipos fundamentales de Constitución, una que se coloca como norma directiva fundamental —considerada así por los jacobinos y que desaparece del horizonte del liberalismo europeo pero resurge cuando se reconstruyen las democracias europeas occidentales tras la caída de los regímenes totalitarios—; y otra como norma fundamental de garantía —que termina por reducir la Constitución a lugar de competición entre individuos y fuerzas políticas y sociales—; en el primer caso se privilegia la necesidad de sentirse parte de una comunidad y en el segundo se privilegia la necesidad de limitar la intervención arbitraria de los poderes públicos sobre la sociedad, dejando un peligro de continua inestabilidad, precisamente, de los poderes constituidos. Esta segunda versión amenaza la autonomía de la sociedad civil y, como ya dijimos, la estabilidad de los poderes públicos. El

problema se entronca ante la visión de que hay demasiado Estado en la sociedad pero también sucede lo opuesto

Desde el punto de vista liberal, la falta principal de la Revolución fue pretender la creación artificial de una esfera autónoma de la voluntad política (constituyente), a partir de la cual se procuraba gobernar racionalmente a toda la sociedad. La Revolución está intensamente comprometida por su *vocación política voluntarista* que la lleva a un *ilimitado poder* del pueblo o sus representantes para cambiar la Constitución; el liberalismo sólo menosprecia la versión jacobina y voluntarista y a su vez se instala en relación de perfecta continuidad con los principios de 1789.

Así, la Europa continental estaría predestinada a orientarse por el camino del constitucionalismo moderno —como técnica de control del poder con fines de garantía. La cultura liberal desecha a la Constitución como norma directiva fundamental, a favor de una mayor emancipación de la sociedad civil de los particulares; pues, desde este punto de vista, aquellas revoluciones habían desatado una cultura de los derechos y libertades insuficiente para garantizar las mínimas condiciones de estabilidad. A esto se le denominó *estatalismo liberal* que llega a ser tal por la separación Estado-sociedad, y que apuesta por restituir a las instituciones políticas su autónoma legitimación.

Llegamos a la polémica del atomismo revolucionario que asume la definición jacobina del pueblo como universalidad de los ciudadanos vivos; ante esa “imperfección” de las muchas individualidades distintas, los liberales oponen a la *nación* como un fundamento más sólido de las instituciones. La nación es una realidad histórico-natural que no se determina por la voluntad libre de los individuos, sino que es producto de la historia. Esta óptica nos permite ver que el historicismo europeo revolucionario sirve para excluir del catálogo de los derechos individuales básicos, el derecho de decidir con los demás individuos, sobre los caracteres fundamentales de las instituciones políticas; éstos ya no dependen de la construcción contractualista desde la base, sino que existen de manera natural y necesaria como producto de la historia. Si en los Estados Unidos los derechos se encuentran en la Constitución, en la Europa continental se encuentran en el Estado.

Se manifiesta un renovado protagonismo del Estado con el Código Civil y la Administración Pública; esta última como oposición a la práctica del antiguo régimen del carácter hereditario y venal de los cargos públicos donde ya

se puede acceder a los oficios públicos según las capacidades y sin distinciones más que las virtudes y talentos. El derecho administrativo —que es tal por representar el nivel más alto de la potestad originaria soberana del Estado— asume el carácter de un sistema cerrado y autosuficiente, dotado de propias instituciones y principios elaborados por la ciencia jurídica. Por su parte, el Código Civil condensa al máximo el nivel de aspiración liberal a la estabilidad y proyecta la imagen de un Estado soberano, fuerte y dotado de autoridad suficiente para romper con el viejo sistema de fuentes del derecho; es gracias al Código que se puede pensar en el derecho positivo del Estado como un derecho cierto y estable.

El derecho positivo del Estado constituye un tipo de derecho que se liga a la autoridad del Estado —a una realidad pacífica para la cultura política y jurídica liberal que satisface al fin su estabilidad— colocando el núcleo de poder público soberano más allá de la Constitución, en un espacio que ni ella misma puede alcanzar.

Con Raimond Carré de Malberg, Georg Jellinek y Vittorio Emanuele Orlando, surge la doctrina del Estado de Derecho europeo-continental, que sintetiza la proclamación revolucionaria de las libertades a la tutela de los derechos en el derecho positivo estatal; rechaza la presencia de un catálogo de derechos fundamentales, logrando que la soberanía del Estado se sustrajera a las exigencias contractualistas de los individuos y de las fuerzas sociales, y que la autonomía de la sociedad civil se sustrajera a las exigencias dirigistas de los poderes públicos.

Se pretende releer la Revolución a fin de trazar una línea de continuidad entre ella y los juristas liberales, entre ella y la doctrina del Estado de derecho; es en este esfuerzo de relectura donde aparece el término de *moderno*. La Revolución estaba predispuesta a buscar la soberanía de otro sujeto, el pueblo, para ocupar el puesto del monarca, pero no logra despersonalizar totalmente las relaciones políticas.

IV. LOS DERECHOS EN EL ESTADO SOCIAL

El Estado social de Derecho comporta la función de tres elementos: Estado, derecho y sociedad. Sin embargo el concepto jurídico-político que sirve como antecedente inmediato al Estado social de Derecho es el de Estado de Derecho. Aunque en rigor podría hablarse de Estado de Derecho siempre

que la acción estatal se someta a normas jurídicas, el uso más riguroso de la expresión se desarrolló durante el liberalismo y encuentra, entre sus fuentes filosóficas, la obra de Kant. «El hombre es libre sólo cuando obedece a las leyes y no a las personas», afirmaron en términos muy semejantes, Voltaire y Kant. Así, el Estado de Derecho resulta el límite impuesto a la acción estatal para la custodia de la acción individual.

Zippelius señala que el Estado de Derecho está encaminado a obstaculizar la expansión totalitaria del Estado,⁴⁵ como una reacción frente al absolutismo. Ese mismo autor añade que el Estado de Derecho se rige por dos principios básicos: el de *proporcionalidad* como una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales y el de *exceso*, que busca que no se afecten los intereses en una medida superior a la necesaria.

La incursión del constitucionalismo social con las constituciones de Querétaro (1917) y de Weimar (1919), también forjó una nueva perspectiva del Estado de Derecho. Se verificó que este último, al determinar una igualdad formal ante la ley produce desigualdades económicas. Así, la aparente bienaventuranza del Estado de derecho velaba difíciles irracionalidades. Hermann Heller observó con claridad esa situación y esbozó con cuidado la transición del Estado liberal (de Derecho) al Estado social de Derecho. Ese Estado social de Derecho helleriano, estaba en la forma que permitiría alcanzar al movimiento obrero y a la burguesía un equilibrio jurídicamente reglamentado. En otras palabras, se planteaba la posibilidad de un orden justo de la autoridad sobre la economía, particularmente mediante la limitación de la propiedad privada, la sumisión del régimen laboral al derecho, la intrusión coercitiva del Estado en el proceso productivo y la transposición de la actividad económica del ámbito del derecho privado al campo del interés público.

Para Heller⁴⁶ el Estado de Derecho es la consecuencia temporal de un proceso de racionalización del poder, según el cual se demanda y fortalece a la burguesía. Paulatinamente, el proletariado organizado en sindicatos y en partidos, consigue instaurar el «Poder Legislativo del pueblo». Así, el

⁴⁵ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoría general del Estado*. México, D.F. UNAM, 1987, p. 314.

⁴⁶ HELLER, Hermann. *Escritos políticos*. Madrid, España. 1985, pp. 283 y ss.

económicamente débil intenta, mediante una nueva legislación, “trabar” al económicamente poderoso e intimarlo a conferir mayores prestaciones. Zippelius⁴⁷ acoge la expresión “Estado social liberal” para identificar a la sociedad industrializada de occidente que se coloca entre las directrices totalitarias y liberales, de manera tal que se garanticen las posibilidades del desarrollo individual al tiempo que se circunscribe el egoísmo que lesiona la libertad del conjunto. Como correctivo de las distensiones del liberalismo, ese Estado social debe intervenir siempre que la economía de mercado haga correr riesgo a las condiciones mismas del mercado libre o de ocasionar daños significativos a la economía nacional o al medio ambiente.

Hermann Heller y Elías Díaz⁴⁸ consideran al Estado social de Derecho como una etapa de transición: el primero hacia el socialismo —de ahí la «provisionalidad» del Estado social de Derecho—, y el segundo hacia el Estado democrático de Derecho. La explicación de Zippelius es más reservada: apunta a un vaivén del desarrollo histórico entre el Estado de bienestar y el liberalismo, mediante el cual se pone de manifiesto el peligro que se planta continuamente el Estado, esto es, reducir el principio de la libertad, «sofocando así una necesidad elemental», o dilatar los efectos de la misma, «con lo cual abre la puerta a las posibilidades, gustosamente aprovechadas, de abusar de aquella». Por eso, concluye, otra de las *irracionalidades* es la inestabilidad de las formas del Estado liberal que se origina en que “la libertad induce, una y otra vez, a abusar de ellas”, y tal abuso induce nuevamente a restringirla.

Tres observaciones de Elías Díaz⁴⁹ son de especial importancia y deben ser tomadas en consideración cuando se trata del Estado social de Derecho: una, que no todo lo que se llama imperio de la ley es ineludiblemente Estado de Derecho. Esa afirmación puede ejemplificarse con el incremento normativo —o *normocracia*, diría Heller— de las dictaduras; la segunda, que el Estado social de Derecho requiere de un *ejecutivo fuerte*, idóneo para hacer predomi-

⁴⁷ ZIPPELIUS, R., *op. cit.*, nota 14, p. 307.

⁴⁸ HELLER, H., *op. cit.*, nota 18; DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid, 1969. *Cuadernos para el Diálogo*, pp. 125 y ss.

⁴⁹ *Idem*.

nar el interés reivindicatorio de la sociedad y la aptitud intervencionista del Estado, sobre la vocación complaciente del parlamentarismo y la tercera, que existe un indudable vínculo entre el Estado social de Derecho y el Estado de bienestar. Este último suele distinguirse por la prestación progresiva de servicios públicos de interés social como educación, vivienda, abasto, atención y asistencia social; un sistema impositivo progresivo; la tutela de los derechos urbano, obrero y agrario, y la distribución de la riqueza.

Como bien se puede apreciar, la visión weimariana —o europea— del Estado social de Derecho, lo identifica precisamente con la clase obrera y con sus formas organizadas de lucha: el sindicato y el partido. A su vez, una visión queretana —o latinoamericana— de la misma realidad, tiende a implicar a los sectores marginados de las ciudades y a los trabajadores agrícolas, la protección de cuyos intereses apenas se produce con mediocre efectividad por parte de organizaciones agrarias. De esta forma el capítulo económico del Estado social de Derecho en Europa y en Latinoamérica, se compone por rubros distintos: industrial y comercial en el primer caso, sumado del urbano y agrícola en el segundo.

Otro tópico que es necesario acentuar como parte del Estado social de Derecho es el relativo al pluralismo. Sin este elemento constitutivo, el Estado social de Derecho se acercará —pese a la vigencia, que muy bien pudiera ser formal o parcial, de los derechos y libertades individuales— a las formas de Estado totalitario. La participación ciudadana es imprescindible tanto para dilatar los derechos que corresponden al cuerpo social, cuanto para ejercitar un efectivo control vertical sobre los órganos del poder. Un Estado social de Derecho que desecha el pluralismo, tiende rápidamente al paternalismo, y de ahí al acogimiento de formas dogmáticas de ejercicio de la autoridad.

Es por todo esto que, a los principios básicos del Estado de Derecho que menciona Zippelius, deben añadirse dos más, que perfeccionan a aquellos y que permiten enmarcar satisfactoriamente al Estado social de Derecho: 1) Principio de razonabilidad (La organización estatal debe tender a la integración y no a la estratificación de la sociedad), y 2) Principio de equidad (La igualdad entre desiguales es meramente conjetural).

CONCLUSIONES

El Estado social entró en crisis desde la década de los setenta. Tal crisis, manifestada sobre todo en la reducción del gasto público destinado a las prestaciones sociales y asistenciales del Estado tendentes a satisfacer demandas cada vez más crecientes, ha venido motivada tanto por razones económicas, como por la aplicación de políticas explícitamente regresivas y antisociales. Frente a tales prácticas políticas, nos mostramos partidarios de proclamar la exigencia de que los poderes públicos del Estado no se desentiendan, al contrario, intervengan más activamente en el ámbito socioeconómico para procurar unas condiciones de vida dignas para toda la ciudadanía, y en especial atendiendo las necesidades de los grupos sociales más desvalidos. Y ello por cuanto consideramos que ésta es la vía más apropiada para el logro de la llamada “justicia social”, fin primordial que debe procurar un Estado social y democrático de Derecho.

Todo lo cual no nos impide la necesidad de reconocer ciertos correctivos al funcionamiento del Estado social pues, por la situación de incapacidad presupuestaria del mismo que generan las crecientes demandas sociales y la patente crisis económica que provoca el incremento fiscal que su funcionamiento requiere, el mismo se muestra incapaz de mantenerse como fórmula eficaz de solución de las reivindicaciones sociales. Y es que, si lo expresamos con palabras de Manuel Aragón, «el problema de nuestro tiempo no creo que sea el de Estado social sí o Estado social no, sino el de más o menos Estado social. Lo que habría que discutir, me parece, es la intensidad y las formas de actuación del Estado en el ejercicio de tareas sociales».⁵⁰ En este sentido, quizá la respuesta idónea sea la búsqueda por los poderes de la justicia social bajo criterios, de eficiencia económica; en una administración que se muestre austera y eficaz sin tener que malgastar un solo recurso, pero que tampoco se deje de atender una necesidad social evidente.

El Estado de derecho es la condición y al mismo tiempo el efecto de la existencia y garantía de los derechos fundamentales; del mismo modo, las

⁵⁰ ARAGÓN, Manuel. “Los problemas del Estado social”. En *Sistema*, números 118-119, marzo de 1994. Citado de la nota 6, p. 25.

cláusulas constitucionales económicas constituyen el soporte estructural y material necesario para que los derechos fundamentales puedan desplegarse y su efectividad quede garantizada de modo generalizado. En suma, el Estado social y democrático de Derecho de nuestros días, no sólo es posible a partir del reconocimiento, garantía y protección de los derechos fundamentales, sino que éstos, a su vez, sólo pueden existir en amplitud y profundidad si el Estado se organiza como democrático y mantiene una proyección y vocación social.

En definitiva, para la efectividad de los derechos fundamentales y entre ellos los sociales, son tan necesarias las condiciones jurídicas y políticas como las sociales, económicas y culturales. La existencia de un Estado de derecho donde impere el principio de legalidad y esté asegurada la división y el control del poder no es una garantía suficiente de los derechos y libertades, sino que es preciso que, además, la estructura social y económica esté en su conjunto al servicio de la persona. Y esto sólo puede garantizarlo el principio de constitucionalidad. En este contexto, podemos demandar la actuación de todos los poderes públicos, tanto a nivel horizontal (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) como a nivel vertical (federal, estatal, municipal), en la efectiva protección de los derechos fundamentales y sociales de todos los ciudadanos, a fin de conseguir unas condiciones de vida dignas para todos. Herramienta fundamental para ello ha de ser el respeto a los preceptos contenidos en la norma suprema del ordenamiento jurídico: la Constitución, emanada de una honda preocupación por la cuestión social, reflejada en la proclamación del principio de igualdad, el constitucionalismo económico, los derechos sociales y las diversas intervenciones del Estado en la política asistencial

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos es revisable, y ha de ser revisada, siempre con la intención de mejorarla, y con el máximo consenso posible, ya que una mayor cantidad de interlocutores, quizá dificulta el consenso, pero mejora el resultado final. Esta es una de las claves de la participación política en una sociedad democrática. Tal vez el momento no sea aquí y ahora, pero no debemos cerrar nunca la puerta a esta revisión.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ARAGÓN, Manuel. "Los problemas del Estado social". En *Sistema*, números 118-119, marzo de 1994. Madrid, Fundación Fondo Social Universitario. Instituto de Técnicas Sociales, citado de la nota 6, p. 25.
- BOECIO. *Tratados teológicos y la consolación por la filosofía*. Ed. Cien del Mundo. México, D.F. 1989, pp. 21-33.
- DE AQUINO, Santo Tomás. *Summa Theologiae*, Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, España. 1989. I-II, q. 63, a. 3.
- DE PINA VARA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. 19ª edición, México, Porrúa, 1993, pp. 299-300.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Ed. Trotta, 3ª edición. Madrid, España. 2000, pp. 23-73, ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos*. Ed. Civitas. Madrid, España. 2001, pp. 49-95.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, España. 1977.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Ed. Trotta. Madrid, España. 2006.
- HELLER, Hermann. *Escritos políticos*. Madrid, España. 1985, pp. 125-283, ss.
- JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1895). Librería Victoriano Suárez. Madrid, España. 1908, reeditada en Madrid en 1982, p. 254.
- JOHNSON, Paul. *Historia del Cristianismo*. Ed. Vergara. 2ª reimpresión. Barcelona, España. 2006, p. 563.
- KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Ed. Austral. Madrid, España. 1976, pp. 31-81.
- PECES-BARBA Gregorio (et al.). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid, España. Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado. 1999, pp. 115-138.
- PÉREZ LUÑO Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Ed. Tecnos, 8ª edición. Madrid, España. 2003.
- RECASENS SICHES, Luis. *Filosofía del Derecho*. Ed. Porrúa. México, D.F. 2003, p. 479.

- SCHWANITZ, Dietrich. *La cultura. Todo lo que hay que saber*. Ed. Taurus, 10ª edición. España. 2003, p. 134.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*. Salamanca, España. 1955.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoría general del Estado*. México, D.F. 1987.

