

CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

**(Implicaciones político-jurídicas en el Constitucionalismo
del Estado de Nuevo León)**

Rafael Enrique Aguilera Portales

Rodrigo Medina de la Cruz / *Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León*

José Antonio González Treviño / *Secretario de Educación del Estado de Nuevo León y Presidente de la H. Junta Directiva del CECyTE, N.L.*

Luis Eugenio Todd Pérez / *Director General del Colegio de Estudios Científicos y Tecnológicos del Estado de Nuevo León (CECyTE, N.L.)*



Autor. Rafael Enrique Aguilera Portales

Editor. Ismael Vidales Delgado

Revisión y corrección de textos. Rosa Aidé Pérez Alcocer

Ilustración de la portada. “La Paloma de la Paz” Pablo Picasso (1949).

Concepto y fundamento de los derechos humanos (Implicaciones político-jurídicas en el Constitucionalismo del Estado de Nuevo León)

CR. 2010, CECYTE, N.L.-CAEIP, Andes N° 2720, Colonia Jardín,

CP 64050, Monterrey, N. L., México. Teléfono 0181-83339476

Telefax 0181-83339649 e-mail: centroinv@gmail.com

Se autoriza la reproducción con fines educativos y de investigación, citando la fuente. La versión electrónica puede descargarse de la página www.caeip.org

Impreso en Monterrey, N. L., México

Primera edición: junio de 2010

Colección. Altos Estudios N°. 18

ISBN: 978-607-00-3096-3



9 786070 030963

ÍNDICE



Introducción / 7

Capítulo I. Los derechos humanos como proceso histórico y político / 17

- 1.1 Los Derechos Humanos como política global y local / 17
- 1.2 Evolución histórica y doctrinal de los Derechos Humanos / 28

Capítulo II. Distintos modelos de fundamentación constitucional / 47

- 2.1 Modelos de fundamentación constitucional de los Derechos Fundamentales / 47
- 2.2 Los Derechos Fundamentales en las Revoluciones liberales burguesas / 56
- 2.3 Diferencias entre la Revolución Americana y la Francesa / 67
- 2.4 Los derechos en la época liberal: nacimiento del Estado de derecho / 72

Capítulo III. Los derechos sociales en el marco del estado social / 79

- 3.1 Los derechos económico-sociales en el Estado social / 79
- 3.2 Los Derechos fundamentales en el Estado constitucional / 86

Capítulo IV. Fundamentos filosóficos de los derechos humanos / 95

- 4.1 Fundamento iusnaturalista, iuspositivista e iusociologista / 95
- 4.2 Fundamento constitucional democrático del sistema de Derecho / 102

Capítulo V. Los derechos fundamentales en el constitucionalismo local / 107

- 5.1 Principios fundamentales para la eficacia de los Derechos Humanos / 107
- 5.2 Principio de Igualdad / 108
- 5.3 Propuestas de clasificación de los Derechos Fundamentales / 114
- 5.4 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica / 114
- 5.5 La dignidad humana como presupuesto constitucional fundamental / 115
- 5.6 La abolición de la pena de muerte / 117
- 5.7 El derecho a la integridad física y psíquica / 118
- 5.8 El incremento de la violencia en México / 118
- 5.9 La violencia de género: una pandemia preocupante / 119
- 5.10 El problema constitucional del aborto / 120
- 5.11 EL derecho constitucional a la muerte digna: el dilema de la eutanasia / 121
- 5.12 Libertad y seguridad personal / 122
- 5.13 Libertad de expresión e ideología / 126
- 5.14 Libertad de reunión y manifestación / 132
- 5.15 Derechos sociales, económicos y culturales / 134
- 5.16 Nuevos desafíos del constitucionalismo local / 139

Bibliografía / 145

Acerca del autor / 151

“La ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos”

-Prólogo de la Declaración Francesa de Derechos Humanos

Estamos viviendo en unos tiempos en que a diario pueden hacer su aparición modalidades inauditas de coacción, de esclavitud, de exterminio –modalidades que a veces se dirigen contra determinados estratos de la población y que otras se extienden sobre vastos territorios.

-Ernst Jünger,
La emboscadura

“Las instituciones libres que poseen los habitantes de los EE UU, y los derechos políticos de que tanto uso hacen, recuerdan sin cesar, y de mil maneras, a cada ciudadano que vive en sociedad. Conducen en cualquier momento su espíritu hacia esa idea de que el deber, tanto como el interés de los hombres, es hacerse útiles a sus semejantes; y, como no ve ninguna razón particular para odiarlos, ya que nunca es ni su esclavo ni su amo, su corazón se inclina fácilmente del lado de la benevolencia. Se ocupa primero del interés general por necesidad; y luego, por gusto, lo que era cálculo se convierte en instinto; y, a fuerza de trabajar por el bien de sus conciudadanos, se adquiere el hábito y la afición de servirlos”.

-TOCQUEVILLE,
La democracia en América.

INTRODUCCIÓN



En la actualidad, asistimos a un creciente y renovado interés por los estudios de Derechos Humanos por parte de juristas, filósofos, politólogos y sociólogos. Esta actitud de inquietud e investigación responde a la creciente y progresiva superación de viejos paradigmas jurídicos como el positivismo jurídico que tradicionalmente han concebido los derechos humanos como reivindicaciones políticas y morales que nada tienen que ver con la aplicación e interpretación del Derecho, la conformación ciudadana y la construcción de un modelo fuerte de Estado de derecho. Históricamente, la Filosofía Jurídica ha sido la encargada de realizar una reconstrucción racional y crítica del concepto y fundamento de los Derechos Humanos, una reconstrucción teórica y conceptual que posee un claro impacto transformador en la configuración social y política del Estado democrático.

Pero, lejos del ámbito de la Academia y la investigación científica, existe un sentimiento de preocupación e incertidumbre ante la grave situación que estamos viviendo de inseguridad pública y ciudadana. Los signos de los tiempos nos interpelan sobre cómo combatir la situación actual. En este aspecto, los derechos humanos representan una garantía para los sectores más débiles y desfavorecidos de nuestra sociedad para que se ejerza el poder en función del respecto a su dignidad humana, igualdad y libertad. Los derechos humanos constituyen el mejor instrumento político y jurídico para evitar cualquier atropello o vulneración contra la vida humana. En este sentido, los derechos humanos reflejan la doctrina más revolucionaria y subversiva que nuestra cultura occidental jamás haya conocido anteriormente.

Una de las causas tangibles y concretas que impiden la realización plena de los derechos fundamentales en nuestro país proviene de las estructuras socio-económicas que producen y mantienen una fuerte polarización social producto de la desigualdad socio-económica y socio-cultural. La pésima distribución de la renta nacional, unida a la falta de igualdad de oportunidades y capacidades proporciona un incremento de la demanda de los derechos fundamentales, sobre todo, los derechos sociales. La pobreza, en este momento, priva a miles de ciudadanos mexicanos de sus derechos fundamentales: derechos políticos y civiles, culturales y socio-económicos. No obstante, tenemos que abordar una concepción integral y amplia de desarrollo humano (*desarrollo sustentable*), que dependa de una concepción de democracia, pues la prosperidad económica también está ligada al desarrollo y profundización de las libertades y derechos fundamentales. En este sentido, el crecimiento de nuestra democracia está indisolublemente ligado al desarrollo de una cultura cívica y política de los derechos humanos.

Otra causa de impedimento o falta de realización plena de los derechos humanos proviene de la paradoja que padecen nuestras instituciones políticas y jurídicas, éstas por un lado, tienen como misión de proteger y salvaguardar los derechos fundamentales y libertades públicas, pero al mismo tiempo, estas instituciones políticas y sociales se convierten en las primeras vulneradoras de estos derechos fundamentales. El proceso complejo de transición democrática que vivimos todavía no ha impregnado suficientemente a la sociedad civil, los poderes públicos y los cuerpos de seguridad de una cultura sólida de derechos humanos.

El concepto de Derechos humanos o Derechos fundamentales, sin lugar a dudas, aglutina y configura una problemática compleja, amplia y laberíntica donde el ámbito ético, político y jurídico se encuentra entremezclado por lo que se requiere una perspectiva multidisciplinar y transdisciplinar. Actualmente, urge repensar nuestra esfera pública y cultura jurídico-cívica donde estos tres ámbitos se encuentran entremezclados y conectados, como condición de posibilidad de

resolución de nuestros problemas actuales. Si rechazamos actualmente las tendencias moralizadoras del derecho y la política estaremos desatendiendo las demandas más urgentes de la sociedad actual. El fenómeno ominoso de la corrupción de la vida política, que afecta al funcionamiento de las instituciones básicas del Estado de derecho, la crisis de la Administración de Justicia, la proliferación de mafias de distinto signo, la crisis de gobernabilidad, la fuerte polarización social, la violencia de género, la pobreza extrema, el individualismo posesivo, el alarmante déficit de solidaridad, el incremento de actitudes etnocentristas, racistas y xenóforas hacia grupos indígenas y ciertas minorías poblacionales exigen un consenso político y cívico nacional, o la conformación de *ethos* universalista basado en la cultura de los derechos humanos.

Una teoría y práctica de los derechos humanos (civiles, políticos, sociales, económicos, culturales) está necesariamente e íntimamente conectada al concepto de ciudadanía democrática, pues esta proporciona la base sólida del desarrollo pleno de una cultura cívico-jurídica. En principio, por ciudadanía democrática podemos entender el reconocimiento por parte del Estado a los individuos que lo integran del derecho al disfrute de las libertades públicas y los derechos fundamentales (civiles, políticos y derechos sociales, económicos y culturales). Tal capacidad política y jurídica reconocida es la que constituye a los individuos en ciudadanos. No obstante, en nuestras actuales sociedades complejas debemos replantearnos esta concepción jurídico-política de derechos humanos más amplia, flexible y abierta tras nuestra herencia excesivamente formalista y positivista jurídica, una herencia demasiado estrecha y limitada que no ha facilitado los procesos de integración socio-cultural y socio-política. Esta nueva concepción de derechos humanos, sin duda, ha de ser respaldada por un modelo de ciudadanía más amplio, dinámico y profundo ante los problemas cruciales a los que se enfrenta México como país: el problema de las desigualdades socio-económicas, la profundización de los derechos fundamentales no sólo en el sentido individual (tradicción democrática-liberal), sino también grupal, étnico, comunitario, nacional, religioso, de género (tradicción comunitarista) y la participación política que desarrolla las virtudes

públicas (tradicción republicana) Sólo desde la búsqueda, construcción y revitalización de una nueva cultura cívico-jurídica de los derechos humanos podremos hacer frente y resolver los enormes y graves problemas de equidad, justicia, seguridad y libertades planteados a inicios del siglo XXI.

La democracia es considerada en la actualidad como la mejor forma de gobierno y organización de la vida social y pública. Sin embargo, aunque políticamente parece universalmente aceptada, como el mejor de los gobiernos posibles, al mismo tiempo, parece sumamente frágil, inestable y vulnerable, pues su vitalidad depende fundamentalmente de una sólida ética ciudadana propiciada a través de una mayor Educación ético-cívica y la consolidación institucional y vertebración del Estado Constitucional. La democracia se desarrolla, amplía y avanza en la medida que se van reconociendo los derechos humanos y fundamentales. El desarrollo de una cultura cívico-jurídica de los derechos humanos depende necesariamente de un nuevo impulso Educativo. Por un lado, la finalidad de la Educación cívica y moral es formar un estilo de vida comunitaria que refuerce valores como la justicia, solidaridad, cooperación, respeto medio ambiente, igualdad de géneros... Esta educación comporta la capacidad de analizar críticamente la realidad cotidiana y las normas sociales vigentes, detectar nuevas formas de injusticia social, idear formas más justas y adecuadas de convivencia, formar hábitos de convivencia plural y democrática.

La extensión del gobierno democrático en América Latina ha constituido un avance sumamente significativo y relevante, sobre todo, porque nos encontramos ante una región constantemente amenazada por fuertes presiones económicas, políticas y sociales que ponen en peligro continuo su subsistencia. La consolidación de las instituciones representativas, la búsqueda de transparencia y eficiencia de sus instituciones, el deterioro de la cultura política e institucional representan nuevos retos a los que se enfrenta en su conjunto toda América Latina. En la actualidad, el ejercicio del poder es sometido a nuevas presiones y demandas sociales correlativas a las nuevas responsabilidades y obligaciones que el Estado democrático y social ha ido asumiendo

históricamente. El problema de la pobreza extrema y la falta de desarrollo en muchas regiones de América Latina cuestionan los sistemas políticos que aspiran y desean ser legítimos socialmente.

La construcción de la democracia y de una cultura política constitucional requiere no sólo de nuevas instituciones y prácticas políticas sino también de la construcción de nuevos consensos, prácticas, actitudes y símbolos políticos en torno a valores constitucionales como la igualdad, la justicia, la solidaridad, la libertad.

La esfera pública en América Latina está fuertemente deteriorada debido a las prácticas históricas de nepotismo, clientelismo, favoritismo, prebendas, regresiones autoritarias y corruptelas. Este fuerte deterioro de la esfera pública nos conduce a un aumento de la desigualdad social, que contribuye a un grave déficit de integración ciudadana que socava a su vez la legitimidad y legitimación social del Estado democrático de derecho. La fuerte estratificación o polarización social impacta de forma directa en la crisis de confianza y legitimación social de nuestras instituciones políticas. En grandes sectores de la población existe una gran desconfianza hacia sus instituciones políticas y, por otra parte, se desconoce la importancia y relevancia de las mismas.

Los derechos humanos constituyen exigencias morales y capacidades jurídicas sustanciales que posee el individuo ante las instituciones públicas, bajo un doble reforzamiento: no solo debido a que como derechos fundamentales, son principios axiológicos rectores del Estado Constitucional de Derecho; sino que además, la cláusula jurídica del Estado social como cláusula finalista así lo exige.

De aquí, la importancia de instancias educativas y socializadoras intermedias entre el ciudadano y el Estado que fomenten, impulsen y desarrollen una Educación cívico-jurídica sólida y reconstruyen la deteriorada esfera pública ante la falta de participación ciudadana, la pérdida de solidaridad en la comunidad, la creciente pérdida de credibilidad y confianza en las instituciones públicas, el sentimiento de impotencia y alienación ciudadana, el desperdicio de la energía potencial de millones de ciudadanos en la solución de problemas.

En consecuencias, es necesario profundizar en la legitimidad y estabilidad de nuestro orden socio-político, así como el problema de articular la autonomía de los sujetos con respecto a instituciones, normas y leyes que configuran ese orden legítimo, e igualmente, replantearnos los distintos modos de relación entre el Estado y la ciudadanía en un momento de enorme complejidad, fragilidad, vulnerabilidad de nuestra democracia. El Estado democrático de derecho significa un proceso de conquista histórica de los derechos fundamentales expresado a través de reivindicaciones, luchas políticas, disidencias colectivas o de formas de resistencia al poder establecido. La historia concreta de los derechos fundamentales, por ejemplo, puede entenderse como un proceso de aprendizaje colectivo de este tipo, interrumpido por derrotas y conquistas. El Estado democrático de derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiante.

Desde esta visión, podemos establecer una clara correspondencia o paralelismo entre el desarrollo histórico de las distintas transformaciones del Estado con la aparición progresiva de las distintas generaciones de derechos fundamentales. Al Estado liberal de derecho le corresponde la primera generación de derechos fundamentales que son los derechos civiles y políticos, derechos individuales descubiertos en las Revoluciones liberales. El Estado social de derecho expresa y encarna la conquista histórica de los derechos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales acaecidos durante la Revolución industrial. El Estado Constitucional, en cuanto Estado de derecho de la tercera generación, expresa la última fase de derechos mucho más novedosos y plurales de nuestra sociedad contemporánea como son el derecho a la paz, el derecho medioambiental, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o la libertad informática acaecidos durante la última revolución tecnológica o digital.

Nos encontramos, por tanto, ante una nueva etapa evolutiva de desarrollo de los derechos humanos, de tercera generación que

complementa las dos etapas anteriores de los derechos liberales individuales y derechos económicos, sociales y culturales.

En este sentido, partimos de la concepción sociológica y antropológica jurídica de cómo existe una relación estrecha y directa entre el desarrollo de los derechos fundamentales y los procesos culturales de toda sociedad. Ambos procesos, el normativo y cultural, se estimulan recíprocamente entrando en sinergia e interacción constante. El deterioro del entorno cultural, las regresiones autoritarias, la ausencia de políticas culturales precisas y adecuadas, las deficiencias institucionales, las tensiones políticas no resueltas, las crisis económicas y sociales afectan directamente al desarrollo y crecimiento de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva a lo largo del tiempo y cuentan con una dinámica propia que les permite desdoblarse hacia nuevos espacios y ensanchar su contenido. De este modo, la Constitución no sólo como un entramado jurídico de reglas sino como condición cultural de un pueblo.

La Constitución, máxima expresión de los derechos fundamentales y libertades conquistados no es sólo un libro muerto, sino que debe ser un factor de integración socio-cultural a través de una cultura política y jurídica de los derechos humanos. No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de autorepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas. En este sentido, el proyecto de investigación se encuadra decididamente en una investigación de sociología jurídica.

En este sentido, es de vital importancia y urgencia activar una cultura cívico-jurídica de los derechos humanos si se quiere alcanzar un desarrollo sustentable que pueda hacer compatible el desarrollo humano con una prosperidad y crecimiento económico-material. Los derechos humanos están claramente conectados e imbricados al proceso de Educación cívico-política o cívico-jurídica dependiente la familia y el sistema educativo como instancias primarias y secundarias de socialización; pero también su articulación institucional de un Estado democrático de derecho si

queremos consolidar, renovar, fortalecer nuestra democracia hacia un modelo de democracia constitucional y deliberativa.

La socialización política y jurídica de los derechos humanos comienza en la familia y la Escuela, pero se prolonga hacia otras instituciones sociales que en la edad adulta influyen decididamente. Sin la participación en las múltiples asociaciones (sociedad civil) que puedan existir en una sociedad democrática y liberal, más que ciudadano, el ser humano es un individuo vulnerable en manos de modas culturales (cultura de masas), contextos circunstanciales (amigos, sociedad) y políticos de turno (partidocracia).

La opinión pública y el juicio político no consisten en la opinión de las masas o de la mayoría, sino la opinión de un pueblo organizado y articulado con una información veraz y plural. El liberalismo político y constitucionalismo formal ha formado al individuo, pero no al ciudadano. Y el concepto de ciudadanía democrática, por otra parte, ha quedado reducido a sus aspectos meramente formales y legales (pertenencia a un territorio, derechos básicos, derecho al voto....) Hemos olvidado que la ciudadanía es un derecho; pero también una fuente de compromisos y responsabilidades cívicas. En consecuencia, urge investigar el proceso complejo de una verdadera socialización cívico-jurídica que permita generar un modelo de ciudadanía activa, participativa y democrática.

Este proceso de socialización jurídica proviene del aprendizaje individual y colectivo de los Derechos y libertades fundamentales. Los procesos de socialización política y jurídica que vive un joven son decisivos para la formación de su integración social y política como ciudadano. Este libro se enmarca dentro del proyecto de investigación apoyado por la Dirección de Investigación de la Universidad Autónoma de Nuevo León en la convocatoria de PAICYT del 2009 cuyo título es "La implementación de Políticas Públicas en materia de derechos humanos". Igualmente, quiero expresar mi agradecimiento y reconocimiento público al Mtro. Ismael Vidales Delgado por su excelente gestión y trabajo como director y coordinador de esta

colección de libros que edita el Centro de Altos Estudios e investigaciones pedagógicas.

-Rafael Enrique Aguilera Portales
Coordinador del Departamento de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho y Criminología
Universidad Autónoma de Nuevo León

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS COMO PROCESO HISTÓRICO Y POLÍTICO

1. 1 Los Derechos Humanos como política global y local

Los derechos humanos constituyen una de las grandes construcciones político-jurídicas de nuestra tradición moderna. La modernidad supuso una etapa histórica fundamental en el proceso de creación de los Estados-nación en nuestra cultura occidental. Una cultura multiseular donde dialogan diversas tradiciones con un fuerte componente de vocación universalista. En este aspecto, el universalismo moral y político de los derechos humanos conforma una característica típica de nuestra tradición cultural que arranca con la síntesis y sincretismo que se produjo entre dos grades pilares, por un lado la tradición judeo-cristiana y la tradición greco-latina. El concepto de igualdad y dignidad humana presuponen una aspiración universal que se encuentra inserta en nuestra cultura occidental.

“Los derechos son universales porque definen los intereses universales de los débiles, es decir que se ejerza poder sobre ellos de una forma que respete su autonomía como agentes. En este sentido, los derechos humanos constituyen una doctrina revolucionaria, porque plantea una exigencia radical a todos los colectivos humanos: que atiendan a los intereses de los individuos que los componen.”¹

¹ IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, (Introducción Amy Gutman), Barcelona, Paidós, 2003, p. 75. Los derechos humanos, para Michael Ignatieff, pueden suscitar un consenso universal sólo en forma de una teoría ligera de lo que es justo y correcto, una definición de las condiciones mínimas para poder vivir una vida que lo merezca. “Los derechos no son más que una forma de política en que deben ser compatibles los fines morales con las situaciones particulares, y deben estar listos para hacer dolorosas concesiones no sólo entre fines y medios sino entre los propios fines.” *Ibid.*, p. 48.

Los derechos humanos expresan una pretensión o exigencia moral y política justificada y legítima derivada de la concepción antropológica de la dignidad humana común, fundamental para el desarrollo integral de la persona humana y reconocida por el Derecho positivo para su realización efectiva y real. Por tanto, los derechos humanos configuran el conjunto de libertades, pretensiones y facultades jurídicas que posee toda persona humana. Los derechos humanos suelen definirse como derechos subjetivos, es decir, posiciones morales y normativas que derivan de una norma jurídico-positiva. En este sentido, los derechos humanos representan el instrumento jurídico y político más pertinente e idóneo para evitar cualquier tipo de atropello, vulneración o catástrofe contra la vida humana.

Igualmente, los derechos fundamentales responden a un sistema de valores jurídicos superiores y principios de alcance universal que subyacen en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y a las *Convenciones internacionales sobre derechos humanos*, ratificados por la mayoría de países, y asumidos como decisión constitucional básica, han de informar a todo el resto del ordenamiento jurídico. Igualmente, debemos destacar que los derechos fundamentales y las libertades públicas constituyen el fundamento político-jurídico legítimo y constitucional del Estado² en su conjunto. En este sentido, el reconocimiento y respeto para los derechos humanos individuales se produce dentro de la estructura de la soberanía nacional, y a menudo, cuando un Estado conculca o viola los derechos humanos, gracias a este marco jurídico fundamental, se genera un activismo ciudadano y social para su defensa.

En términos general, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* forma parte de un consenso normativo internacional³ que pretendía rediseñar y reorganizar las relaciones

² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wofgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

³ Vid., TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Ediciones Átomo, Madrid, 1988, vol. 1. Véase también su otro trabajo “*Democracia y representación política en los orígenes del Estado constitucional*”, en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n° 203, 1975.

internacionales tras las Segunda Guerra Mundial. Un impulso y desarrollo jurídico ejemplar que incluye la *Convención sobre el Genocidio de 1948*, la *Convención de Ginebra de 1949*, la *Convención Internacional sobre el estatuto del refugiado de 1951*. La *Declaración Universal de derechos humanos* otorgó a los individuos un reconocimiento jurídico internacional donde se les garantizaba, independientemente cual fuese su raza, religión, género o edad, unos derechos que podían ejercer contra cualquier acción gubernamental, política o leyes estatales injustas o costumbres opresivas.

Para los países en vías de desarrollo, asumir y ratificar los pactos y convenciones internacionales de derechos humanos constituye una condición imprescindible para que estos Estados formen parte de la familia de estados constitucionales a nivel global. De esta forma los derechos humanos se han convertido en un instrumento político – jurídica global que tiene un alto impacto local en los distintos países donde la injusticia, la inequidad y dominación siguen siendo hábitos sociales y culturales. Todos los estados que firmaron la *Declaración Universal de Derechos Humanos* han propiciado una cultura global de los mismos. El activismo social y cívico de los movimientos sociales ha roto la hegemonía estatal sobre ciertos asuntos internacionales y ha generado la aparición de “la sociedad civil global”⁴. Este activismo de los derechos humanos a escala local y global viene determinada por el universalismo moral de la cultura occidental.

En este sentido, pensemos por ejemplo que en 1945 no existía una única cultura de los derechos humanos, sino dos tradiciones o culturas distintas de derechos humanos, una tradición comunista que enfatizaba los derechos económicos y sociales en oposición a los derechos individuales del liberalismo político y otra tradición capitalista que primaba los derechos individuales por encima de los derechos económicos y sociales.

⁴ En este aspecto, puede verse el trabajo de BARBER, B., *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Univ. Of California Press, 1984, STRAUSS, Leo, *The city and Man*, Nueva York, Rand McNally, 1964; VALENCIA, Ángel, “Nuevos retos de la Política: Los movimientos sociales y el ecologismo” en DE ÁGUILA, Rafael, *Ciencia política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 451-475.

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* se ha convertido en el texto sagrado por excelencia que actualmente mide el progreso humano de cualquier sociedad, incluso conforma una cosmovisión ideológica y secular que resume todas las creencias y valores supremos de la condición humana. El lenguaje de los derechos humanos se ha convertido en la instancia última de autoridad que vela por la protección de la vida y la libertad humana. Los derechos humanos constituyen el lenguaje y el instrumento óptimo mediante el cual los individuos pueden proteger su autonomía y libertad personal contra cualquier forma de opresión religiosa, estatal, familiar o grupal. En este sentido piensa Michael Ignatieff que: “En este sentido, los derechos humanos no son tanto una declaración de superioridad de la civilización europea como un aviso de los europeos para que al resto del mundo no repita sus errores.”⁵

Los derechos fundamentales garantizan a la sociedad y los individuos una esfera de autonomía privada y libertad pública; frente a ella, un poder público limitado⁶ con pocas tareas centrales; y, por así decirlo, entre ambos, el ámbito del interés general de los hombres reunidos como público que, en tanto que ciudadanos del Estado participan políticamente. Igualmente, los derechos generan un marco común para la resolución de los conflictos, un conjunto de creencias, convicciones y valores comunes que puede ayudar a las partes enfrentadas a deliberar colectivamente. Los derechos humanos fortalecen el modelo de democracia y consisten en un presupuesto indispensable de esta. Aunque, somos conscientes de que el lenguaje común de los derechos humanos no tiene por qué

⁵IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, (Introducción Amy Gutman), Barcelona, Paidós, 2003, p. 86. Este ejemplo nos muestra como para Michael Ignatieff, desde una posición fuertemente pragmática, que es una ilusión suponer que la función de los derechos humanos es definir un ámbito elevado de valores morales compartidos que se encuentra a disposición de las partes enfrentadas en su búsqueda de un terreno común. Los derechos humanos no son más que una forma de política que deben hacer compatibles los fines morales con las situaciones particulares y debe estar lista para hacer dolorosas concesiones no sólo entre fines y medios, sino entre los propios fines.

⁶ HABERMAS, J., *Fäktizität und Geltung*. Francfort, Suhrkamp (ed. ampliada de la 1a de 1992), 1994. (trad. Manuel Jiménez Redondo *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 1998.)

facilitar el acuerdo o consenso inmediato para la resolución de los mismos; pero constituye el punto de partida de este. Los derechos fundamentales son el presupuesto fundamental de todo Estado democrático de derecho.

En este sentido, los derechos del hombre contemplados desde el liberalismo político suponen el rechazo a todo tipo de injerencias y abusos estatales en los recintos que deberían quedar esencialmente reservados a los hombres particulares⁷ ligados a las reglas generales del tráfico jurídico. Pero igualmente cabe interpretarlos como principios de una constitución que organice Estado y sociedad simultáneamente con la finalidad de ser eficaces como garantes positivos de una igual participación de oportunidades en el proceso de producción tanto de riquezas sociales como también de opinión pública. Los derechos fundamentales constituyen la garantía y requisito de todos los ciudadanos a una igualdad de oportunidades y participación política en un Estado democrático y social de derecho.

El factor decisivo de crecimiento y respeto de los derechos humanos en la mayoría de los países desarrollados se debe sobre todo a la creación de los Estados constitucionales en Europa y el mundo del Atlántico Norte, mientras que en el resto de países los instrumentos jurídicos internacionales junto al activismo cívico y político constituyen un campo de batalla contra los Estados-nación que no reconocen plenamente la protección de los derechos humanos. El Estado constitucional presupone la garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ciudadanos. En consecuencia, la construcción de un modelo óptimo de Estado democrático de derecho constituye un reto y desafío para la mayoría de los países del Atlántico sur.

En la actualidad, la retórica de la política exterior de la mayor parte de los Estados liberales occidentales manifiesta que los intereses nacionales deben equilibrarse con el debido respeto por los valores, destacando entre ellos los derechos humanos. Pero los

⁷HABERMAS, Jürgen, “Derecho natural y revolución”, incluido en su *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, (3ª ed.), Tecnos, Madrid, 1997.

derechos humanos⁸ no constituyen un elemento cualquiera en el conjunto de prioridades de la política estatal. Si se toman en serio, los valores de los derechos humanos ponen en duda intereses tales como el mantenimiento de un gran sector exportador en la industria defensiva de una nación, por ejemplo. Las críticas de los países occidentales a países como Indonesia, o Turquía por su historial en materia de derechos humanos se vuelven incoherentes si aquéllos siguen proporcionando a sus ejércitos los vehículos o las armas que pueden emplearse para la represión de los disidentes civiles. La fuerte hipocresía de Occidente y de los países desarrollados consiste en vender armas a estos países y luego exigirles el respeto a los derechos humanos.

En este sentido, cuando contemplamos los nefastos acontecimientos de Auschwitz, Guernica, Gulags o Hiroshima podemos corroborar el poco o nulo avance que hemos realizado en materia de derechos humanos en nuestro recientemente pasado siglo. Estos acontecimientos nos deben interpelar a realizar un mayor esfuerzo teórico y práctico de defensa, difusión y propagación⁹ de los derechos humanos. Esta experiencia horrenda y brutal del holocausto marca un punto de inflexión en torno a nuestra propia historia y determina una nueva voluntad política occidental más decidida y un replanteamiento de los mismos sobre una visión más pragmática. Como dice Victoria Camps: “El culto de nuestro tiempo es el de los derechos humanos.”¹⁰

Sin lugar a dudas, el siglo XX constituye un *acontecimiento moral singular*, pues los hechos que se dieron ponen de relieve la enorme capacidad de destrucción del ser humano sobre sus semejantes y sobre sí mismo. El totalitarismo expresó y plasmó la fórmula de “todo es posible”. Como dice John Gray: “Lo que

⁸IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, (Introducción Amy Gutman), Barcelona, Paidós, 2003, p. 47.

⁹AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Concepto y fundamento de los Derechos Humanos en la Teoría Jurídica Contemporánea” en AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo, *60 años después: Enseñanzas pasadas y desafíos futuros*, Santiago de Chile, Librotecnia, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, pp.18-76.

¹⁰ CAMPS, Victoria, “El descubrimiento de los derechos humanos” en Muguerza, J.: *El Fundamento de los derechos humanos*, ed. Debate, Madrid, 1989. Victoria Camps, p. 111.

convierte el siglo XX en especial no es el hecho de haber estado plagado de masacres, sino la magnitud de sus matanzas y el hecho de que fuesen premeditadas en aras de ingentes proyectos de mejora mundial”¹¹

Walter Benjamín, exiliado judío en 1933 escribía: “Nos hemos hecho pobres. Hemos ido entregando una porción tras otra de la herencia de la humanidad, con frecuencia teniendo que dejarla en la casa de empeños por cien veces en valor para que nos adelanten la pequeña porción de lo actual”¹². Nos hemos hecho pobres. Nietzsche decretó la muerte del dios judeo-cristiano, anhelando la verdadera pérdida de la pluralidad rica y fecunda de los dioses. En definitiva, detrás de la pérdida de los dioses subyace el gran interrogante ontológico del siglo XX: *¿Qué es la vida?, ¿Cuál es la verdadera vida, qué significa vivir verdaderamente o qué es vivir según un querer vivir?* La experiencia de la modernidad ha significado que el hombre se encuentra enteramente a solas en el escenario existencial que habita, vivimos el nihilismo más absoluto y decadente de nuestra civilización, la experiencia de inanidad, desnudez, inconsistencia, incoherencia nos rodea por todos lados. Un nihilismo débil y mediocre invade nuestras sociedades de consumo de masas. La más intensa potencia tecnológica expresiva de nuestra cultura moderna deja al hombre contemporáneo en una situación de indigencia, de pobreza ante el arraigo, la solidez, los sentidos de la vida.

¹¹GRAY, John, *Perros de paja*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 215. Véase también GLOVER, Jonathan, *Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo XX*, (trad. Marco Aurelio Galmarini), Madrid, Cátedra, 2001. Alfred Rosenberg y Goebbels fueron políticos y ministros de Hitler cuyas teorías antisemitas y raciales llevaron a la deportación y la muerte a miles de judíos, polacos, húngaros, socialistas, republicanos españoles, católicos disidentes en toda Europa. Ambos llegaron a reducir a la caricatura de padre espiritual y modelo ejemplar del pueblo del *Tercer Reich*. Alfred Bäumler, otro destacado ideólogo nazi señalaba que el Estado Alemán del futuro debería ser creado “del espíritu de la gran Guerra”.

¹² BENJAMIN, Walter, “Experiencia y pobreza” en *Discursos interrumpidos I*, (trad. J. Aguirre), Madrid, Taurus, 1973, p.173. Benjamín se suicidó en la frontera franco-española en Septiembre de 1940 intentando de escapar de su captura por parte de los nazis. Al igual que Freud, este antisemitismo nazi supuso grandes pérdidas para la cultura alemana con el exilio forzoso de escritores como Thomas y Heinrich Mann, Arnold y Stefan Zweig, Alfred Döblin, Bertold Brecht, pintores Wasily Kandinsky, Paul Klee y Oskar Kokoschka, Sigmund Freud, Albert Einstein, Walter Benjamin, Theodor Adorno, Scholem, entre otros.

*Siglo mío, bestia mía, ¿quién sabrá
Hundir los ojos en tus pupilas
Y pegar con su sangre
Las vértebras de las dos épocas?
El constructor de sangre a mares
Vomita cosas terrestres.
El vertebrado se estremece apenas
En el umbral de los días nuevos.
Mientras vive, la criatura
Debe desplomarse hasta el final
Y la ola juega
Con la invisible vertebración.
Como el tierno cartílago de un niño
Es el siglo recién nacido de la tierra
Una vez más en sacrificio, como el cordero,
Se ofrece el sincipucio de la vida.
Para arrancar al siglo de su prisión,
Para comenzar un mundo nuevo,
Las rodillas de los días nudosos
Debe unir las la flauta.
Es el siglo, si no, el que agita la ola
Según la tristeza humana,
Y en la hierba respira la víbora
Al ritmo de oro del siglo.
Otra vez se hincharán las yemas
Y brotará el retoño verde,
Pero tienes la vértebra quebrada,
¡Pobre y bello siglo mío!
Y con una sonrisa insensata
Miras hacia atrás, cruel y débil,
Como ágil, antaño, una bestia,
Las huellas de sus propios pasos.¹³*

¹³El autor de este poema ejemplar es el escritor ruso Osip Mandelstam, reconocido como uno de los más grandes poetas del siglo XX. Él mismo será víctima de las grandes purgas del despotismo de Stalin en 1937 y morirá en Asia oriental, camino de los campos de concentración de Siberia. Los mártires de los campos de concentración nazi (Auschwitz), los campos de concentración soviéticos en Siberia (Gulags) y las bombas atómicas lanzadas sobre Japón por parte de EEUU en

Guernica, Auschwitz, Gulag e Hiroshima siguen siendo los símbolos trágicos de una humanidad derrotada, rota, escindida, dividida. El otro, el diferente, el extranjero, el exiliado, el inmigrante, el judío ha escrito la historia moral reciente de Occidente. En ellos se encuentra la marca de su rechazo y marginación, condena, expulsión, persecución y exterminio. “Auschwitz es mucho más que el nombre de un campo de exterminio, que el lugar en el que se focalizó la barbarie genocida del nazismo; Auschwitz concluye el itinerario maldito de un Occidente que hizo del “judío” el paradigma abominable, alquimia de deicidio y contumacia, cómplices del demonio, usureros de los poderosos y apátridas preparados para la traición”¹⁴.

Paul Celan y Primo Levi, quienes sobrevivieron a Auschwitz, describe la vergüenza de ser esta clase de excepción: “Los peores sobrevivieron: esto es, los más aptos; los mejores murieron todos... nosotros, los sobrevivientes no somos los verdaderos testigos... somos aquellos que por suerte no tocaron fondo. Los que lo hicieron... no regresaron para contarnos sobre ello, o regresaron mudos [...]”¹⁵

La tragedia de Europa es la tragedia de la violencia que al fin estalló: “Europa es el lugar donde hoy estalla ese corazón del mundo, de tal manera que podríamos confundirlo con él, podríamos crecer que en ella están esas entrañas doloridas y sangrientas que de vez en cuando dejan ver sus profundidades.”¹⁶

Hiroshima y Nagasaki constituyen los símbolos trágicos de una humanidad que aspira a nacer y a que se le reconozcan sus derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la libertad. CAMPS, V., “El descubrimiento de los Derechos humanos” en MUGUERZA, J., *El Fundamento de los derechos humanos*, ed. Debate, Madrid, 1989.

¹⁴ FOSTER, Ricardo, “Después de Auschwitz: la persistencia de la barbarie”, en *Crítica y Sospecha* (los claroscuros de la cultura moderna), México, Paidós, 2003, 238. La memoria judía se enraíza en la Torá, el Talmud y los inacabables cementerios que les dan incesante vida. Lo judío tiene un punto de partida irreducible: el pacto realizado por Dios a su pueblo. Desde este momento la *memoria* es deber inapelable y condición de existencia. El nazismo tuvo siempre como objetivo destruir la memoria en la historia. SCHUMUCLER, H. “Formas de Olvido”, *Pensamiento de los confines*, n°1, 1995.

¹⁵ PRIMO LEVI, *Los hundidos y los salvados*, El Aleph Editores, Barcelona, 2002, p. 54.

¹⁶ ZAMBRANO, M., *Agonía de Europa*, op.cit, p.54.

Estos son los símbolos trágicos de la derrota de la modernidad. Max Horkheimer, y Walter Benjamin defendían la necesidad del recuerdo histórico de los vencidos, los reventados de la historia como necesaria para una vida cabalmente humana. Una solidaridad entendida como *compasión* que pueda prevenir un futuro sin barbarie y un presente más justo y solidario. Sólo desde esta perspectiva, podemos desembocar en una *ética universal de la compasión solidaria* que viene expresada clara y nítidamente en los derechos humanos. Novalis, siglos antes, reivindicaba frente a esta experiencia trágica de la modernidad: “*El mundo debe convertirse en algo más romántico; sólo entonces se podrá discernir su auténtico sentido.*”

La experiencia más devastadora del siglo pasado es, sin duda, la experiencia del holocausto y exilio. El exilio constituye la experiencia del desplazamiento, la ruptura, la escisión la fragmentación, el sacrificio de la identidad de miles de personas que tuvieron que huir de Europa por la experiencia nefasta y brutal de la guerra. “Comienza la iniciación al exilio cuando comienza el abandono, el sentirse abandonado; lo que el refugiado no le sucede ni al desterrado.”¹⁷

El exiliado sufre en su destino personal, mientras mira atónito con los ojos abiertos: “De destierro en destierro, en cada uno de ellos el exiliado va muriendo, desposeyéndose, desenraizándose. Y así se encamina, se reitera su salida del lugar inicial, de su patria y de cada posible patria [...]”¹⁸

La historia sacrificial, Europa representa esa orfandad a la que tantos hombres, mujeres y niños fueron condenados, una huida angustiosa ante la muerte, la represión y la miseria, un exilio forzoso que los lanzaba a un destino incierto. Para nuestra pensadora andaluza el exiliado: “Es el devorado, devorado por la

¹⁷ZAMBRANO, María, *Los bienaventurados*, Madrid, Siruela, 1990, p. 31. La historia del siglo XX es un extenso catálogo de horrores, guerras mundiales, e incontables masacres. La filosofía, como la ética, ha de dar cuenta de estos acontecimientos, sobre todo de nuestro pasado más reciente. Franco, Hitler, Mussolini, Stalin, y Mao alentaron matanzas de inocentes argumentando: “¿Quién las recordará dentro de veinte años?” Cada siglo tiene sus horrores, pero sin duda el siglo XX ha sido especialmente brutal, cruento e injusto, sobre todo con las minorías.

¹⁸ ZAMBRANO, María, *op. Cit.*, p. 38.

historia. Más la historia no opera nunca limpiamente y al devorar no arranca como el sacerdote azteca –todo un arte- el corazón para ofrecerlo al sol, al sol de la historia.”¹⁹

Nuestra historia está plagada de matanzas y masacres que han visto como la vida humana ha sido reducida a una expresión terrorífica. Entre 1492 y 1990, hubo al menos treinta y seis genocidios que se cobraron, cada uno de ellos, entre decenas de miles y decenas de millones de vidas. Desde 1950, ha habido casi veinte genocidios; de ellos, al menos tres tuvieron más de un millón de víctimas (en Bangladesh, Camboya y Ruanda). Estos genocidios y etnocidios cuestionan fuertemente la cultura de los derechos humanos a escala global como mecanismos de defensa de la vida humana. El holocausto expresa una fuerte interrogación sobre los fundamentos metafísicos y políticos de nuestra cultura occidental.

“[...] El holocausto no sólo acusa al nihilismo occidental, sino también al propio humanismo occidental, somete a los derechos humanos a juicio. Porque los derechos humanos son un humanismo laico: una ética que no está basada en una sanción divina, sino únicamente en la prudencia.”²⁰

Tras la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos han pasado de ser el credo insurgente de los activistas durante la guerra fría a integrarse plenamente en el marco de las políticas estatales, las instituciones financieras multilaterales como el Banco Mundial y en el propio sistema de las Naciones Unidas, es decir, un discurso político e ideológico que ha calado bien profundo en nuestras actuales instituciones políticas, sociales y económicas. De lo que se trata ahora es que no se desvirtúe en función de otros intereses.

En este sentido, debemos de dejar de ver a los derechos humanos como si fueran cartas ganadoras y empezar a verlos como un lenguaje que crea las bases para la deliberación pública y democrática y, finalmente, la conformación del Estado

¹⁹ ZAMBRANO, María *op. cit.*, p. 34. “Porque el encuentro con la verdad requiere su busca que sólo puede darse en un ánimo que ha sabido sustraerse a la aplastante influencia de los hechos, a la pavorosidad de lo inmediato”. *Cfr.*, ZAMBRANO, María, *La agonía de Europa*, Buenos Aires, Ed. Sudamericana, 1945, p. 20.

²⁰IGNATIEFF, Michael, *Los derechos humanos como política e idolatría*, (Introducción Amy Gutman), Barcelona, Paidós, 2003, pp. 100 – 101.

constitucional. En este razonamiento, el terreno que compartimos puede ser muy pequeño, en realidad no mucho mayor que la intuición básica de que tu dolor y tu humillación mañana serán los míos. Pero esto ya es algo. En un futuro así comunes a todos los individuos, los derechos no serán un credo de la sociedad global ni una religión secular, sino algo mucho más limitado pero al mismo tiempo igual de valioso: el vocabulario común con el que podemos empezar a debatir, y el mínimo básico en el que pueden enraizarse las diferentes ideas del crecimiento humano.²¹

1.2 Evolución histórica y doctrinal de los Derechos Humanos

Los derechos humanos constituyen una de las grandes categorías jurídicas y políticas de la modernidad, que tanto se ocupan del hombre, del Estado, y del derecho como también de los ciudadanos. La ciudadanía adquiere plena conciencia a partir de la concepción de titularidad legal de un marco general de derechos fundamentales.²² La transición de súbditos o vasallos a ciudadanos significa y expresa el reconocimiento y goce de los derechos y libertades²³ que el Estado debe proteger. La pertenencia de los derechos humanos a la modernidad significa que se encuentran inmersos de lleno en una cultura individualista y antropocéntrica frente a la cultura objetivista y comunitaria propia de la Edad Media. Por tanto nos encontramos ante una categoría histórica que supone la transición del Medievo a la modernidad. La cultura de los derechos humanos alude a una cosmovisión individualista y

²¹ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (coord.) *La enseñanza de los Derechos Humanos*, Centro de Altos Estudios e investigación pedagógicas (CAEIP), Consejo Estatal de Ciencia y Tecnología del Estado de Nuevo León (CECYTE), Gobierno del Estado de Nuevo León, Monterrey, 2009.

²² PEÑA, Javier: “La formación histórica de la idea moderna de ciudadanía”, QUESADA, Fernando (coord.), *Naturaleza y sentido de la ciudadanía hoy*, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 2002.

²³ AGUILERA PORTALES, Rafael, *La ciudadanía y la participación política en el Estado democrático de derecho*, México, Porrúa, 2010; AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Educación democrática y civismo político en una sociedad postmoderna” en VIDALES, Ismael (coord.) *Formación ciudadana, una mirada plural*, CECYTE (Centro de Estudios Científicos y Tecnológicos del estado), Nuevo León, 2008.

subjetiva²⁴ que proporcionara su carácter de capacidad jurídica frente a otros y frente al Estado, es decir, su titularidad individual inmersa en un sistema jurídico objetivo. El término derechos públicos subjetivo es por tanto una categoría moderna que aunque tenga sus antecedentes en el nominalismo medieval surge en el seno de la escuela del derecho público alemán en el siglo XIX. En este sentido los derechos subjetivos constituyen una versión positivista de los derechos naturales, amparados ambos en el marco cultural antropocéntrico de la modernidad.

Desde el siglo XVII se puede hablar del modelo inglés, mientras que desde el siglo XVIII hablamos del modelo americano y francés²⁵. El modelo inglés está fuertemente vinculado a la historia, y arranca de una evolución del constitucionalismo medieval. El modelo americano es un sistema mixto que parte de las declaraciones iniciadas del iusnaturalismo racionalista con la independencia de Inglaterra y por otro lado el legado de los derechos históricos del modelo constitucional inglés. El modelo francés de los derechos fundamentales se construye sobre un racionalismo laico, legicentrista y estatalista.

Cuando abordamos el problema de la fundamentación de los derechos humanos podemos utilizar la distinción entre *contexto de descubrimiento* y *contexto de justificación* de los derechos humanos. Desde esta distinción es evidente que los derechos humanos son un producto cultural de nuestra comunidad política que se enmarca en la tradición moderna de Occidente. Y a partir de su descubrimiento han ido expandiéndose de forma universal, de este modo, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en 1948, bajo el auspicio de Naciones Unidas, significa un replanteamiento de los fundamentos de los derechos humanos y una puesta en marcha de todo un programa de universalización

²⁴Vid., PECES-BARBA, G. con la colaboración de DE ASÍS, R., FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y LLAMAS, A., *Curso de derechos fundamentales, (1) Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 27; PECES-BARBA MARTINEZ, G.: *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*. Madrid. Eudema, 1999; PECES-BARBA MARTINEZ, G. y otros: *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1987.

²⁵ Vid., PECES-BARBA MARTINEZ, G.: *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Madrid. Mezquita, 1982.

efectiva²⁶. Aunque dentro de esta tradición se producen diversas fuentes, la iusnaturalista-contractualista y la historicista. La primera es la fuente que gestó los derechos humanos en las Revolución Americana (1776) y Revolución Francesa (1789), y la segunda fue la primera formulación de los derechos humanos (*Bill of rights*, 1689) bajo la Revolución gloriosa inglesa (1668).

Victoria Camps prefiere hablar de “descubrimiento” en vez de “fundamentación”, y vincula íntimamente la fundamentación de los derechos con su desarrollo y práctica en los tres escenarios: el jurídico, el moral y el económico-político. Por tanto, los derechos humanos²⁷ no son un producto abstracto y etéreo de una reflexión racional sobre el hombre y su dignidad, sino una respuesta concreta a situaciones de injusticia en contextos históricos concretos. De aquí, que todo contexto de justificación nos remita irremediabilmente a contextos de descubrimiento.

Y aunque todo hombre ha sido siempre poseedor de estos derechos, su conocimiento y definición se ha visto sujeto a un largo proceso de descubrimiento histórico, que ido paralelo al descubrimiento de la exigencia de libertad e igualdad de todos los hombres por su condición de personas. Esta reflexión filosófica sobre el hombre ha influido decisivamente en la toma progresiva de conciencia de los derechos humanos, la ocasión inmediata de la misma ha venido dada, sobre todo, como respuesta a situaciones concretas en la que éstos estaban menoscabados en la práctica.

El concepto de derechos encuentra un problema congénito de nomenclatura o expresión pues encontramos una enorme variabilidad semántica²⁸ para aludir a ellos como: “*derechos*”,

²⁶ETXEBARRIA, Xavier, “Universalismo ético y derechos humanos” en RUBIO CARRACEDO, J. L. *Retos pendientes en Ética y política* Revista Malacitana, nº 5. Consúltese este trabajo donde desarrollo más extensamente esta problemática. AGUILERA PORTALES, Rafael, “Multiculturalismo, derechos humanos y ciudadanía cosmopolita” en *Revista LETRAS JURÍDICAS*, Universidad de Guadalajara, México, nº3, Otoño, 2006, pp. 1-29, p. 17.

²⁷AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Concepto y fundamento de los Derechos Humanos en la Teoría Jurídica Contemporánea” en AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *60 años después: Enseñanzas pasadas y desafíos futuros*, Santiago de Chile, Librotecnia, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, pp.18-76.

²⁸ Vid., PARCERO, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos, Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.

“humanos”, “fundamentales”, “naturales”, “universales”, “constitucionales”, “subjetivos”, “morales”, “individuales”, “colectivos”, “civiles”, “políticos”, “económicos”, “sociales”, “culturales”, etc.... Antes del siglo XIX para aludir a los derechos subjetivos se usaban expresiones como derechos naturales, derechos del hombre o derechos del ciudadano, aunque cada expresión tiene significados distintos.

En torno al origen del concepto de derecho subjetivo han surgido muchas teorías y polémicas en cuanto a su aparición histórica. Esta polémica o debate está abierta en cuanto a si los griegos y romanos utilizaron tal concepción o si por el contrario es una categoría plenamente moderna cuyo origen puede situarse en torno al siglo XIV con el nominalismo de Guillermo de Ockham (Villey) y si las aportaciones de Gerson o las de Suárez, Vitoria, Soto o Vázquez de Menchaca fueron decisivas.

Gerson (1363-1429) fue un gran teólogo místico y reformista, canciller de la Universidad de Paris desde 1395 hasta su muerte. En Gerson defiende el posicionamiento constitucionalista medieval de los derechos con una posición de demarcación clara en el debate Iglesia-Estado. Esta concepción subjetivista de los derechos refuerza el constitucionalismo moderno reflejado como poderes o facultades inalienables emanados del Derecho natural como la clave de la justificación de los postulados conciliaristas. Esta concepción de derechos subjetivos refleja una clara posición de voluntarismo teonómico, individualismo pre-político y subjetivismo jurídico como característica fundamental del *giro copernicano* de origen y aparición de los derechos humanos en la Edad Media. Para Tuck la primera teoría de los derechos humanos²⁹ se desarrolló con los juristas del Medievo (siglo XII),

²⁹ TUCK, R., *Natural Rights Theories. Their origin and Development*, Cambridge: Cambridge University Press. En la configuración de la noción de derechos humanos tiene la lenta elaboración medieval de la idea romana de derecho, *ius*, y su relación con la idea jurídica de *dominium*, es decir, de propiedad privada. Lo que aquí va a producirse es el paso de una concepción del *ius* como algo objetivo, *id quod iustum est*, a una concepción mucho más individual y subjetiva, el *ius* como *potestas*, y en último término como *libertas*. Todo ello se va elaborando lenta y a veces tormentosamente en torno a la idea de *dominium*, que empieza por ser concebido como el conjunto de las obligaciones y deberes que tienen los demás con relación a una cierta situación patrimonial y acaba por definirse en términos

cuando identificaron *ius* con *dominium* para hablar de derechos de propiedad.

La definición que otorga finalmente de derechos humanos Gerson en su obra *De potestate ecclesiastica*: “El dominio es la potestad que tiende a la apropiación de cosas ajenas, o que resultan ajenas a su facultad y su uso lícito, conforme al Derecho y a las leyes razonablemente instituidas [...]”³⁰ Los derechos humanos viene reflejados por los derechos naturales que, consecuentemente, expresan facultades subjetivas atribuidas indirectamente por Dios y directamente por la razón a cada hombre de la que deriva la libertad humana. Esta idea de derechos subjetivos como dones divinos a través de los cuales los hombres se organizan socialmente en los planos conflictivos de la convivencia, la propiedad y la autoridad constituye la idea más revolucionaria del constitucionalismo medieval parisino.

En este sentido, podemos observar el origen del concepto de Derecho subjetivo y Derecho objetivo, el derecho subjetivo es la capacidad que se le otorga a un sujeto o individuo conforme al dictamen de la ley y la justicia (Derecho objetivo).

“El Derecho, por su parte, se define del siguiente modo: Derecho es potestad, o facultad análoga, que corresponde a alguien conforme al dictamen de la justicia primera. Es más ese dictamen se llama ley porque la ley es la regla que está en conformidad con el dictamen de la recta razón: el

de los actos de voluntad de quien tiene la cosa a título de propietario. Del *dominium* como conjunto de deberes de los demás que pasivamente dibujan el territorio de mi situación de propietario se pasa así al *dominium* como expresión activa de mi propia capacidad y libertad. Vid., LAPORTA, F.J., “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa, Revista de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, nº 4. 1987.

³⁰ GERSON, Jean, *Tratado sobre las potestad eclesiástica y el origen de las leyes* en GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio; UTRERA GARCÍA, Juan Carlos; PÉREZ CINO, Waldo (Eds.): *Conciliarismo y constitucionalismo. Los orígenes conciliaristas del pensamiento constitucional. Selección de textos I (Jean Gerson, Jacques Almain, Jean Mair)*. Traducción del latín de Juan Antonio Gómez García, Juan Carlos Utrera García y Waldo Pérez Cino. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 92. Véase especialmente el estudio introductorio del profesor Juan Carlos Utrera García donde analiza las características de aparición de los derechos subjetivos.

dictamen de la recta razón y de la justicia primera convergen en Dios con el mismo sentido.”³¹

Michel Villey sostiene que la controversia entre franciscanos y dominicos en torno a la legitimidad de la propiedad privada y la pobreza evangélica, fue el origen del concepto moderno de derechos humanos³². Ni los griegos ni los romanos sostuvieron la concepción de *ius* y *dikaion* como “*facultad*”, “*poder*”, “*título individual*”, “*disposición*” o “*capacidad jurídica*”. Esto no quita que en el Derecho romano no existieran poderes o facultades (*potestas* y *dominia*), sino que estas nociones no alcanzaron a desarrollarse como derechos subjetivos. Para muchos juristas conservadores el derecho seguía siendo el conjunto de reglas a partir de las cuales se trabajaba y para los juristas innovadores el Derecho consistía en unas facultades o poderes de cada individuo. En Santo Tomás de Aquino, igualmente, con la concepción sobre Derecho (*ius*) como justicia en vez de ley (*lex*), estaría en la misma línea, secularmente ajena a la noción de derechos naturales, que sólo se desarrolla a partir de Guillermo de Ockham, y posteriormente en la Escolástica española del Derecho natural de los siglos XVI y XVII hasta triunfar con el iusnaturalismo racionalista ilustrado en los siglos XVII y XVIII.

Guillermo de Ockham, filósofo empirista inglés, acuña sus formulación del derecho como *potestas*: “El derecho de uso (*ius utendi*) es la facultad de usar lícitamente una cosa externa (*potestas licita utendi re extrinseca*), de la que su titular no puede ser privado sin culpa o sin causa racional en contra de su voluntad, (de forma que, si titular) fuera privado de ella, puede llevar a juicio al usurpador.”³³

³¹*Ibid.*, p. 88.

³²Véanse VILLEY, Michel, *Les Institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif* (publicado en 1946-1947 como *L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romaines*), en el mismo, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (Paris, Dalloz, 1962), pp. 167 ss. trad. cast. en el mismo, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, s. d. (1976), pp. 71 ss.

³³OCKHAM, William., *Opus Nonaginta Dierum, in Opera política*, Manchester, 1940 (vol. I Ed. R.F. Bennet, J. G. Sikes, cap. 1-6, págs. 287-374), 1963 (vol. II, Ed. H.S. Offler, cap. 7-124, págs. 375 y ss.) Cap. XXVI p. 484 y *Breviloquium, op. cit.* Libro III, cap. VII p. 126. Para realizar un estudio pormenorizado pueden

La definición del *ius* que consagra en su obra *Opus nanaaginta dierum* (1332) consagra el “giro subjetivista”, como verdadero salto cualitativo en la Historia del pensamiento jurídico occidental.³⁴ El “*giro subjetivista*” revolucionó la concepción ontológica y axiológica del Derecho, aportando a nuestra cultura jurídica occidental la idea de que existe un derecho subjetivo que conforman un poder de la voluntad de los individuos. Esta idea aparece claramente en las Declaraciones de derechos en las primeras revoluciones liberales. Los derechos humanos, por tanto, son un tipo de derechos subjetivos. Esta noción de derechos subjetivos es relativamente moderna y aparece cuando se concibe al individuo como soberano sobre sí mismo, al igual que la concepción del Estado como soberano colectivo. El individuo aparece por primera vez en la historia como portador de derechos subjetivos, de derechos de libertades.

“[...] la insistencia del iusnaturalismo tomista en la ley y en los deberes en vez de en los derechos nos da cuenta de una importante diferencia con el individualismo del iusnaturalismo racionalista, sino que también se explica por qué una ideología jurídica autoritaria y negadora de las más básicas libertades, como la del franciscanismo, acogió precisamente este modelo del

consultarse las obras MURALT, André de: *La apuesta de la filosofía medieval. Estudios tomistas, ockhamistas, escotistas y gregorianos*. Traducción del francés de Juan Antonio Gómez García y José Carlos Muínelo Cobo. Madrid: Marcial Pons, 2008; Véase los textos clásicos de Villey M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Ed. Montchhrétien, 1975; Dumont L., *Essais sur l'individualisme, une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne*, Ed. Du Seuil, 1983.

³⁴ *Vid.*, VILLEY, Michel, “La génesis del Derecho subjetivo en Guillermo de Ockham” en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*; Valparaíso; Ediciones Universitarias de Valparaíso; colección jurídica Serie Mayor; 1976. Los monjes franciscanos de comienzos del siglo XIV, Guillermo de Occam, fundador del nominalismo, es decir, de una Filosofía individualista, rudamente lanzado en el curso de la segunda mitad de su vida en la querrela jurídica de la pobreza, enemigo del Papa y, al decir de muchos, convicto de herejía, es quien podría ser llamado el padre del derecho subjetivo. Después de este hecho, el nuevo concepto prosigue su carrera y lo veremos instalarse en sitios de honor en la obra de los filósofos del derecho del siglo XVII, de Hobbes, de Spinoza, de Gassendi; enriquecerse de nueva sustancia con la doctrina de un Locke o de un Wolf; penetrar en los sistemas de la Escuela del Derecho Natural y en el lenguaje de los romanistas de fines del Antiguo Régimen; nutrirse en seguida con los aportes de la Filosofía de Kant y del Idealismo alemán.

iusnaturalismo medieval, despreciando la carga potencialmente crítica presente en la doctrina del de los derechos naturales del iusnaturalismo protestante.”³⁵

La Escuela española del Derecho natural del siglo XVI a través de Francisco Vitoria, Francisco Suárez, Juan de Mariana, Domingo Soto, Fernando Vázquez constituye una continuación de esta reflexión filosófica-jurídica escolástica. Las famosas *Reelecciones* en 1535 desde la cátedra de la Universidad de Salamanca significaron una recuperación y rejuvenecimiento de los estudios escolásticos desde una problemática moderna. Con estos autores nos situamos ante la reflexión de cómo la eficacia de la norma (legalidad) está vinculada ineludiblemente a la legitimación o su justicia (legitimidad)³⁶, por tanto, de la ley resultan dos virtudes potenciales, una directiva y otra coactiva. En consecuencia tenemos, por un lado, al Derecho como prescripción normativa de conductas o relaciones humanas en su dimensión tanto reguladora como pedagógica y por otro lado, al Derecho como prescripción imperativa en su dimensión fáctica y real.

El jesuita español Francisco Suárez (1548-1617), el “*Doctor eximio*”, elabora la doctrina de la democracia natural original y derechos humanos donde el protagonismo está plenamente compartido entre la comunidad política de los ciudadanos y las autoridades competentes del Estado. La democracia original, es decir, la unidad orgánica del cuerpo social, es la institución natural por antonomasia, en la cual trata de articular una posición propia³⁷

³⁵RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos histórico: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000, p. 132.

³⁶AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Origen, evolución y constitución del principio de tolerancia en el Estado Constitucional” en *Teoría política y jurídica contemporánea (Problemas actuales)*, México, Editorial Porrúa, 2008, pp. 161-186.

³⁷Fuera de la *summa* filosófico-general que son las *Diputationes metaphysicae* (Salamanca, 1597) y otras muchas obras teológicas y filosóficas, interesan sobre todo el orden jurídico y político el *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* (Coimbra, 1612), la *Defesio fidei catholicae et apostolicae adversus Anglicanae sectae errores* (Coimbra, 1613), escrita por encargo del Papa para impugnar la teoría del derecho divino de los reyes a la sazón sostenida por Jacobo I de Inglaterra, y el *De bello*, que construye la disputación 13 del tratado III del *Opus de triplici virtute theologica fide, spe et charitate* (Lyon y Coimbra, Parias, 1621). Vid., Truyol y Serra, Antonio, “Suárez y la Compañía de Jesús” en *Historia de la*

entre una soberanía absoluta del pueblo y una soberanía absoluta del príncipe, en oposición a la doctrina de derecho divino del rey Jacobo I.

Se ha hecho con frecuencia hincapié en el “eclecticismo” de Suárez, que según algunos limitarían no poco al valor filosófico de sus doctrinas³⁸, reduciéndolas a una conciliación superficial de los puntos de vista en pugna. La ley, según Suárez, es un acto intelectual, en cuanto contiene denominaciones racionales encaminadas a ordenar la actividad de seres dotados de entendimiento; pero considerada en el Legislador, la Ley supone, además del momento intelectual, un acto de voluntad por virtud del cual obliga a aquellos a quienes va dirigida. La “voluntad recta”, la “voluntad buena” se convierte en el fundamento de la ley.

Dios confiere a los hombres naturalmente al crearlos una potestad política de la democracia original, una unidad por sí, no por accidente, unidad moral y no física que constituye al pueblo en *unum corpus mysticum*, a la vez como pueblo y república³⁹, es decir, como democracia original.

Filosofía del Derecho y del Estado, del Renacimiento a Kant, vol. 2, Madrid, Alianza Editorial, (4ªed.) 2007.

³⁸RECASÉNS SICHES, Luís, *La filosofía del derecho de Francisco Suárez*, Madrid, 1927, 2ªed. Corr.y aument, México, 1947; L. LEGAZ LACAMBRA, “Esquema de la filosofía jurídica suareziana”, en su libro *Horizontes del pensamiento jurídico*, Barcelona, 1974, pp.228-67.

³⁹Francisco Suárez publicó en 1613 su famosa *Defensio fidei* que, por sus ideas políticas, no religiosas, fue mandada quemar tanto por el anglicano rey inglés - Jacobo I- como por el cristianísimo rey francés -Luis XIII- pero fue favorablemente calificada en España, a pesar de la insistencia del inglés sobre el monarca reinante Felipe III, ya que entonces el absolutismo no imperaba plenamente en España, mientras que el absolutismo era la doctrina oficial en Inglaterra y Francia. La *Defensio fidei* de Suárez -dice Steverlynck- pudo ser conocida por Thomas Hooker, clérigo puritano que estudiaba en Cambridge desde 1611. Hooker, por su oposición a las teorías absolutistas de Jacobo I tuvo que huir a Holanda y de allí, en 1633, emigró a Massachusetts, donde actuó como uno de los líderes de los disidentes que fundaron Connecticut en 1638, y en cuya constitución vertió ideas de tal naturaleza que la única fuente doctrinaria de donde pudo haberlas extraído, sigue diciendo el profesor argentino, es la de Francisco Suárez de la Escuela de Salamanca. *Vid.*, Francisco Suárez y *The Fundamental Orders* de Connecticut, *Revista Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, Universidad de Málaga, Homenaje a Marjorie Grice-Hutchinson, nº 37, julio-diciembre, 2000.

Al afirmar que la democracia original es *unum corpus mysticum*⁴⁰, Suárez pretende expresar que los hombres considerados en su naturaleza, constituyen no sólo una multitud accidental de individuos yuxtapuestos, sino una “*unidad moral y cuasipolítica*” que expresa el precepto natural universal del amor mutuo y la misericordia.

“[...] este poder no aparece en la naturaleza humana hasta que los hombres se juntan en una comunidad perfecta y se unen políticamente. Este poder no se da en cada uno de los hombres tomados por separado, ni en el conjunto o multitud de ellos como confuso y sin orden ni unión de los miembros en un cuerpo; luego antes de que haya entre los hombres ese poder, viene la formación del cuerpo político, porque antes del poder mismo tiene que existir el sujeto de ese poder, al menos según el orden natural. Pero una vez formado ese cuerpo, enseguida, en fuerza de la razón natural, se da en él este poder; luego con razón se concibe que se da a manera de una propiedad que resulta de la constitución de ese cuerpo místico en tal ser, y no de otra manera.”⁴¹

El pueblo constituye un organismo moral unificado por un fin natural, que es el bien común. En este aspecto, vemos claramente la influencia político aristotélica pero de clara estructura metafísico escotista. Al igual que la materia inicial tiene

⁴⁰ La expresión “*corpus mysticum*” constituye una categoría socio-política central en su pensamiento iusfilosófico suacreriano. El “*Cuerpo místico*”, en efecto, en la teología cristiana de la Iglesia Católica, consiste en una unidad espiritual profunda y permanente: en la unidad fundamental, inicial y final de los cristianos, “en el amor recíproco y el Espíritu Santo”, allí donde ha sido “destruido todo principado” en palabras de San Pablo. *Vid.*, MURALT, André, *La estructura de la Filosofía Política Moderna, (sus orígenes medievales en Escoto, Ockham y Suárez)*, Madrid, Ed. Istmo, (Estudio introductorio Francisco León Florido y Valentín Fernández Polanco, trad. de cast. Valentín Fernández Polanco), 2002.

⁴¹ “Secundó affero, hanc protestatem nõ resultare in humana natura, donec hominess in unam cõmunitatem perfecta congregétur, & politicé uniantur. Probatur, quia hæc protestas non est in fingulus hominibus diuisifin fumptis, nec in collection, uel multitudine eorú quasiconfufe, & fine ordine, & unione membrorum in unum corpus; ergo prius est tale corpus politicum constitute, quam sit in homini talis protestas, quia prius esse debet subiecum protestatis, quam potestas ipsa, faltem ordine naturae. Semel autem consitito illo corpora, statim ex ui rationis naturalis resultatis ec tali corpora mystic iam constituto in tali esse, & nó aliter.” Cfr. Suárez, Francisco, *De Legibus*, (trad. José Ramón Eguilloz Muños Gerre, Madrid, 1967, (reproducción anástática de la edición príncipe de Coímbra 1612), Libro III, Cap. II, 4, vol. II, p. 2003, p. 205.

por sí una unidad final, antes de tener una unidad formal propia. Del mismo modo, la democracia originariamente natural (*status naturalis*) precede al estado civil (*status civilis*).

Suárez nos advierte dos concepciones antagónicas y distintas de estado de naturaleza, la primera que concibe a la multitud humana de forma caótica y azarosa, y la segunda que propugna un cuerpo político como unidad física y moral hacia un fin común y colectivo. Tal vez preconiza las dos tradiciones que arrancan de la modernidad política y jurídica, una tradición hobbesiana de estado de naturaleza permanente de enemistad natural y otra tradición política utópico-política de cooperación conforme a un fin político común.

El pacto social se define en Suárez en dos expresiones distintas: el pacto de unión, es decir, aceptación voluntaria por el hombre de su destino social, y el pacto de sujeción, por el que la comunidad se somete a una autoridad común. El pacto social convierte la multitud en una persona moral. En todo momento, el fin de la sociedad política, siguiendo a Aristóteles, consiste en alcanzar el bien común que permite el logro de la *felicitas política vera*. La sociedad está formada, por tanto, por la unión de sus miembros (*unitas ordinis*) cuando se encuentran integrados en una finalidad común⁴² que trasciende los fines particulares o individuales, en ese momento esta unión produce el *corpus politicum mysticum*.

El príncipe, al no serlo por derecho divino, no tiene más soberanía que la que el pueblo le trasmite. Por tanto, es pues el pueblo mismo quien transfiere su poder al príncipe, pues sólo el pueblo ostenta la potestad par ordenarse hacia un fin común, y es el príncipe quien, investido de soberanía pública⁴³, actualiza el poder de la comunidad. El poder político emana del consentimiento de la

⁴²Vid., MURALT, André: *La apuesta de la filosofía medieval. Estudios tomistas, ockhamistas, escotistas y gregorianos*. Traducción del francés de Juan Antonio Gómez García y José Carlos Muínelo Cobo. Madrid: Marcial Pons, 2008.

⁴³GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio; MUÍNELO COBO, José Carlos: "Estudio introductorio", en MURALT, André de: *La apuesta de la filosofía medieval. Estudios tomistas, ockhamistas, escotistas y gregorianos*. Traducción del francés de Juan Antonio Gómez García y José Carlos Muínelo Cobo. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 13-34.

comunidad política en la medida en que reside en esta, por tanto, el príncipe gobierna en función del consentimiento político expreso que realiza la comunidad. Esta definición marca el inicio de la soberanía popular que dos siglos más tarde reflejará Rousseau.

Francisco de Victoria se encuentra en un momento de transición entre el mundo medieval y el mundo moderno, un momento histórico que refleja una enorme similitud al momento presente que nos toca vivir. En este sentido, podemos afirmar que en la obra de Victoria encontramos reflexiones de enorme actualidad para el contexto de globalización, crisis de soberanía y debilitamiento del Estado moderno que estamos viviendo en el mundo contemporáneo; pero sobre todo, ante la grave crisis de derechos humanos que plantea la globalización económica.

El modelo político-jurídico de derechos humanos que Victoria desarrolla resulta de extraordinario interés y enorme actualidad⁴⁴. En un principio existía la sociedad que destruida en orden a la aparición del Estado moderno, regida bajo el principio de soberanía como encarnación suprema del orden natural; pero este orden estatal ha sido superado por un orden internacional cuya supremacía resulta incuestionable. Este nuevo orden viene regido por el *ius inter gentes*.

La contribución del pensamiento de Victoria a la historia de las ideas políticas y jurídicas es notable⁴⁵, en primer lugar porque proclama el derecho natural, derecho de gentes y los derechos individuales de la persona así como la idea de que la sociedad del hombre no está limitada por límites artificiales, nacionales o temporales, sino que es indivisible y abarca las fronteras físicas, eternas del mundo habitado.

Sin duda, esta idea cosmopolita contrasta notablemente con el creciente provincianismo territorial de los Estados naciones en los siguientes decenios. “Así pues, ni las abstracciones del

⁴⁴AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Dilemas y desafíos de la ciudadanía europea en el orden mundial: ¿hacia una Europa de los ciudadanos?” en Velásquez Ramírez, Ricardo y Bobadilla Reyes, Humberto (Coord.) *Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e integración en el Derecho Latinoamericano*, Lima, Ed. Grijley, 2007. pp. 401-415.

⁴⁵TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, del Renacimiento a Kant*, vol. 2, Madrid, Alianza Editorial, (4ªed.), 2007.

neoescolasticismo ni la concreción superficial del empirismo político, ni el idealismo de los humanistas cristianos podrían explicar por sí solos un fenómeno – la guerra- que en razón de su universalidad afectaba a todos los aspectos de la vida del renacimiento, tanto abstractos y doctrinales como reales y pragmáticos.”⁴⁶

El *ius gentium* es producto de la necesidad ante el nuevo contexto global. En otras palabras, el derecho de gentes está relacionado con la ley natural, al igual que la creación de la sociedad civil lo está con la asociación global y universal del hombre. En este sentido, el *ius gentium* ha de ser definido no como ley natural sino como ley humana. Victoria traza una distinción nítida y clara entre el *ius gentium* del *ius naturale*. Los derechos naturales del hombre son absolutos, inherentes e insustanciales a la condición humana, pues están fundados en la naturaleza humana.

En 1539, en sus *Relecciones de Indis recenter inventis* impartidas en la Universidad de Salamanca, Francisco de Vitoria reformulaba los títulos de legitimación de conquista de América por parte de los españoles sentando las bases del moderno derecho internacional y, al mismo tiempo, de la doctrina jurídica de los “derechos naturales”.

En cierta medida, Victoria da la espalda al nacimiento de los Estados modernos y afirma la *Comunitas Orbis*⁴⁷, es decir, los derechos humanos se superponen o están por encima de la pertenencia a un determinado Estado. La concepción del *ius gentium* de Victoria está próxima a lo que actualmente denominamos “Derecho transnacional” o “Derecho mundial”, el mismo Kant habla del “Derecho cosmopolita”⁴⁸.

⁴⁶FERNANDEZ SANTAMARÍA, J. A., *EL Estado, la guerra y la paz*, Akal, Madrid, 1977, p. 124. Vid. GARCIA PASCUAL, María Cristina, “Ciudadanía cosmopolita”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2003.

⁴⁷AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Globalización y derecho: hacia un orden cosmopolita desde la teoría política contemporánea” en DA CUNHA LÓPEZ, Teresa, VICÁINO LÓPEZ, María Teresa, IBARRA SERRANO, Francisco Javier (coord.) *Derecho, estado y sociedad democrática*, Universidad Michoacana San Nicolás de Hidalgo, Universidad Veracruzana y Universidad Juan Carlos I de Madrid, 2009, pp. 11-35.

⁴⁸ “El derecho, en tanto que conduce a la posible unión de todos los pueblos con el propósito de establecer ciertas leyes universales para su posible comercio, puede

En el pensamiento republicano kantiano dos siglos más tarde se parte de esta idea de Derecho comopolítica. No se trata de una idea filantrópica sino de un principio jurídico fáctico para eliminar la guerra, de la misma manera que los individuos entregan su libertad natural (*status naturalis*) para formar un Estado republicano (*status civilis*) y proteger, de esta forma, sus derechos y libertades civiles a través de un contrato social originario⁴⁹. Igualmente, los Estados deben formar un Estado de pueblos (*civitas gentium*) para salir del estado de naturaleza salvaje (*ius naturalis*), un estado de guerra de unos estados hacia otros, para formar una asociación universal que abarcará finalmente a todos los pueblos de la tierra. Aún, cuando esta idea pueda parecer utópica, considera Kant, es la única salida inevitable a la situación de indigencia y miseria en la que los seres humanos se sumen unos a otros, la paz perpetua⁵⁰ como la paz de los cementerios.

Según nuestro filósofo y teólogo español, la ciudadanía cosmopolita presupone la *Comunitas Orbis*, es decir, la comunidad política mundial en la cual la ciudadanía se concibe por la posesión

llamarse el derecho cosmopolita (*ius cosmopolitanum*).” Cfr. KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, (trad. Cast.) Kant, I., *Metafísica de las costumbres*, trad. Cast. A. Cortina y J. Conill, Tecnos, 1994, (2ª ed.), p. 352.

⁴⁹ Kant es escéptico frente a la condición humana y la situación de los Estados; sin embargo, atisba el horizonte jurídico como necesidad histórica, pues de lo contrario la historia se manifiesta a través de revueltas, revoluciones o conflictos. Más vale introducir paulatinas reformas en el Estado, pues de lo contrario los gobernantes se enfrentarán a todo tipo de disidencias, conflictos y convulsiones. Kant parte aquí de un premisa: “una idea guía toda la historia: la del derecho”. KANT, I., *La paz perpetua*, (Introducción A. Truyol y Serra y trad. Joaquín Abellán), Madrid, Tecnos, 1985.

⁵⁰ En la primera frase del famoso ensayo que, bajo el título de *La paz perpetua*, vio luz en 1795, alude Kant con ironía al rótulo de una posada holandesa así bautizada en la que había dibujada un cementerio, la paz de los cementerios. Con este rasgo de humor negro, el autor, que no se hace muchas ilusiones sobre la condición humana, parecía tomar cierta distancia de sus propias reflexiones acerca de un asunto demasiado serio: se trataba nada menos que de una propuesta para que la humanidad pudiera aproximarse paulatinamente al objetivo siempre anhelado de una paz definitiva y universal. La guerra es vista por Kant como el gran mal político, “el mayor obstáculo de lo moral” y “el mayor fracaso de la humanidad”. La paz es el sentido último del progreso y la historia del género humano. El proyecto filosófico de la paz perpetua de Kant persigue la extinción de los conflictos bélicos, la apuesta decidida por la conservación de la paz. Vid. LLANO ALONSO, Fernando H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Instituto de Derecho Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 2002.

de unos derechos inherentes y consustanciales⁵¹ al ser humano. Estos derechos naturales básicos (*ius naturale*) se derivan de *ius communicationis*, es decir, todos los hombres tienen una serie de derechos en la medida que pertenecen a una misma comunidad, un mismo espacio y escenario global sin limitaciones.

Estas primeras declaraciones fueron producto de utopías político-jurídicas que se plasmaron posteriormente con la supresión de las desigualdades que el antiguo régimen había instaurado y fijaron el inicio de la historia del constitucionalismo y la democracia moderna. De esta forma, podemos contemplar cómo la historia del derecho es también una historia de utopías, que mejor o peor, han sido convertidas en realidad.

Estos derechos de residencia y circulación, como apunta Ferrajoli, habían sido proclamados como universales en los orígenes de la modernidad por nuestra misma cultura occidental. La fundamentación de los derechos naturales los encontramos en *el ius communicationes ac societatis*, que él situaba en la base de su concepción de la sociedad internacional como *comunitas orbis* hermanada por el derecho de todos a comunicar con todos, y en una larga serie de otros derechos naturales⁵² que él formulaba como sus corolarios: *el ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi, el ius commercii, el ius praedicandi e annunciandi Evangelium, el ius migrandi* hacia los países del Nuevo Mundo y *al accipere domicilium in aliqua civitate illorum*.

⁵¹Vid. VITORIA, Francisco, *Derecho natural y de gentes*, título original: *Relectiones theologicae*, Buenos Aires, R. P. Fr. Franciscini Victorae, Emecé Editores, 1946, pp. 160-161; TRUYOL Y SERRA, “Fundamentos de Derecho Natural” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, F. Seix, 1954. Igualmente puede consultarse los trabajos de TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (del Renacimiento a Kant), Vol. 2, Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1975. PECES BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1983.

⁵²Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías... op. cit.*, p. 147; Véase también FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, (trad. Cast. De P. Andrés Ibáñez y otros), Trotta, Madrid; Véase para ampliar o profundizar sobre la teoría jurídica de Ferrajoli el trabajo conjunto: AGUILERA PORTALES, Rafael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, “Los Derechos fundamentales en la Teoría Jurídica garantista de Luigi Ferrajoli”, *Revista jurídica Iustitia*, Instituto Tecnológico de Monterrey, 2007, n° 14, pp. 67-93.

La modernidad como proceso paulatino de racionalización y secularización del fenómeno jurídico fue consolidando la diferenciación entre las normas que eran impuestas por los gobernantes (*Derecho moderno*) y la regulación tradicional de carácter predominantemente religioso-moral (*Derecho consuetudinario medieval*). Hasta ya avanzada la Modernidad, la distinción teórica entre los ámbitos jurídico y moral, entre derechos naturales y derechos positivos no sólo se consolidó, sino que fue explícitamente formalizada dentro de los siglos XVII y XVIII, gracias al esfuerzo teórico que, tras la huella de Puffendorf, desarrollaron Tomasio y Kant.⁵³

El Derecho moderno tiene ciertas características especiales y relevantes en la formación de los Derechos Fundamentales⁵⁴ como expresa el profesor Gregorio Peces Barba: 1) ser un Derecho estatal fundado en el poder del Estado como ordenación racional y completa de la sociedad (*iusnaturalismo racionalista moderno*). 2) el destinatario del Derecho será el “*homo iuridicus*”, el hombre y el ciudadano, frente a los destinatarios particulares y concretos de la Edad Media. 3) El Derecho se identifica plenamente con la ley, frente a la concepción medieval del Derecho como *ius*, búsqueda de lo justo en el caso concreto. 4) se formará y consolidará la idea de derecho subjetivo como capacidad jurídica del individuo desde la mentalidad moderna antropocéntrica. En la Escolástica española, Francisco Suárez realiza la distinción entre Derecho objetivo y subjetivo, *ius dominativum* y *ius praeceptivum*.

El proceso codificador es producto de la nueva racionalidad utópica ilustrada y se desarrolla a lo largo de todo el siglo XVIII. La codificación es un fenómeno típico del siglo de las luces, aunque la

⁵³Vid. TRUYOL Y SERRA, “Fundamentos de Derecho Natural” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, F. Seix, 1954. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado* (del Renacimiento a Kant), Vol. 2, Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1975. PECES BARBA, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1983; GONZÁLEZ VICÉN, F., *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XIV, Madrid, 1969.

⁵⁴ PECES BARBA, G. con la colaboración de DE ASÍS, R., FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y LLAMAS, A., “Fundamento y concepto: una visión integral y sus criterios” en *Curso de derechos fundamentales, (1) Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, 1995, p.139.

referencia inevitable de este proceso se encuentra en 1804 con la entrada en vigor del *Códe Civil* napoleónico. La codificación francesa es una aspiración revolucionaria. La *Constitución de 1791* estableció la exigencia de un código único para todo el territorio nacional. La *Codificación*⁵⁵ fue un fenómeno paradójico, por una parte, se rechaza el viejo derecho natural racionalista; que hace precipitarlo hacia la forma legal de los códigos (elaborados, por otra parte, a imagen y semejanza de la sistemática racionalista). La búsqueda del *sistema completo*, el “*cuero de leyes perfectas*”, facilita la realización del postulado formalista relativo a la sumisión del intérprete a la letra de la ley. Este legicentrismo⁵⁶ ha sido característico del modelo decimonónico de Estado liberal de derecho. El fenómeno de la codificación tuvo un impacto y significado profundo en la cultura jurídica occidental.

“[...] la codificación no puede ser considerada meramente como una reunión racional de máximas jurídicas dirigida a satisfacer la necesidad e uniformidad legislativa y de seguridad jurídica, o como un simple instrumento de unificación política y legislativa. Por el contrario constituye la expresión político-jurídica de un sistema filosófico (el racionalismo iluminista) que pregonaba por encima de todo la primacía del individuo, con todas sus consecuencias en el ámbito de las relaciones jurídicas.”⁵⁷

⁵⁵CALVO GARCÍA, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, 1994, y su trabajo posterior *Metodología jurídica*, Tecnos, Madrid, 1999. El código ya no es un punto de llegada, un sistema jurídico construido racionalmente por filósofos o juristas filósofos, sino un punto de partida. El código es una objetivación histórica que los juristas asumen como algo dado, con el cual va a ser susceptible de convertirse en el objeto científico del Derecho.

⁵⁶El legicentrismo se constituyó en una característica del nuevo Estado-nación bajo la fuerte interpretación de soberanía popular. La ley se convierte de este modo en la principal fuente del Derecho tratando de incorporar con ello el principio de seguridad jurídica del nuevo Estado. Este legicentrismo ha evolucionado hacia un fuerte normativismo y formalismo jurídico que trata de superar el neoconstitucionalismo en la actualidad. Vid., AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, (coord.) *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, (contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea)* México, Porrúa, 2010.

⁵⁷Cfr., GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio: *El historicismo filosófico-jurídico de F.K. von Savigny*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, Colección *Aula Abierta*, 2001, p. 82; Véase también GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio: "El problema del Derecho natural en la doctrina historicista del Derecho de F.K. von Savigny", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XVI, 1999, pp. 253-275.

Posteriormente, la Escuela histórica del Derecho –fundada por Gustav Hugo (1844) y Savigny (1861) siguiendo los criterios de Montesquieu (1755) trajo un importante cambio de jerarquía en beneficio del derecho positivo y aquel derecho adquirió el rango de validez universal como antaño tuvo el derecho natural.

CAPÍTULO II

DISTINTOS MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

2.1 Modelos de fundamentación constitucional de los Derechos Fundamentales

Mauricio Fiorovanti distingue tres corrientes interpretativas⁵⁸ de fundamentación constitucional de los derechos y la libertades, un modelo historicista e individualista, construida en clave antiestatalista (*Revolución Americana*), un modelo individualista y estatalista de las libertades y derechos fundamentales, construida en clave antihistoricista (*Revolución Francesa*), y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (juristas del Estado de Derecho del siglo XIX).

El modelo de explicación historicista de las libertades privilegia los tiempos históricos largos, y en particular tiende a tender un puente y una continuidad problemática entre la Edad Media y la Edad Moderna. Existe una fascinación por la edad media en el pensamiento historicista y esta se debe al hecho de que el sujeto político⁵⁹ de este género está ausente en la época: de aquí partiría la tradición europea de la necesaria limitación del poder político de “*imperium*”.

Esta historiografía considera que estaríamos ante una primera fase de la historia del Estado moderno y las raíces de la

⁵⁸ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 2ªed., Madrid, Trotta, 1996.

⁵⁹ El concepto de derechos humanos presupone cierta autonomía e independencia del sujeto en oposición a cualquier forma de poder opresivo y alienador que le impide ser plenamente libre. El concepto de autonomía moral y política constituye una categoría propiamente moderna que no se dio en el Medievo.

libertad como autonomía y como seguridad, como tutela de los propios derechos y bienes. Como dice Mauricio Fioravanti: “No se debe cometer el error de proyectar en el futuro, una de las más relevantes novedades contenidas en los contratos de dominación: el nacimiento de las asambleas representativas de los estamentos que colaboran con el señor en la gestión del poder.”⁶⁰

La posición historiográfica de Fiorovanti es de ruptura absoluta entre la modernidad con los precedentes históricos del medievo en cuanto al surgimiento de ciertos derechos y libertades en las clases privilegiadas sobre todo.

“No se puede, ni siquiera lejanamente, comparar lo que sucede en Europa a partir del siglo XIII con los ideales políticos mucho más tardíos, revolucionarios y democráticos, de la autodeterminación de un pueblo o nación.”⁶¹

El derecho es fundamentalmente *ius involuntarium*, que radica en las cosas y por lo tanto no depende de ningún poder constituido (Estado moderno), por tanto estamos ante *contratos de dominación* no de libertad que puedan fundamentar los derechos fundamentales. La práctica medieval raramente reconoce *iura y libertades*, en todo caso, los derechos y libertades tienen una estructuración corporativa, son patrimonio del feudo, de la urbe, la comunidad. Nada que ver con la concepción moderna de la libertad como libre expresión de la voluntad, como libertad positiva, facultad o capacidad del sujeto individual.

No obstante, “no debemos olvidar que uno de los países claves para la historia del constitucionalismo modernos, Inglaterra, funda en buena parte la doctrina de su identidad histórico-política sobre la imagen de la continuidad entre libertades medievales y modernas.”⁶²

Los derechos humanos tienen una prehistoria medieval en la medida que el constitucionalismo medieval pone límites y freno al poder político a través de privilegios otorgados a los gremios, a clases sociales o la burguesía naciente de las ciudades que se

⁶⁰ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. op. cit...* p 54.

⁶¹ *Ibidem*, p. 67.

⁶² FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. op. cit...*p. 31.

plasma en textos jurídicos como la Carta Magna Leonesa⁶³ otorgada por el rey Alfonso IX a las Cortes de León en 1188 o la Carta Magna inglesa en 1212. El paso de privilegio a derecho fundamental equitativo con **destinarlo** genérico será el siguiente paso en el proceso histórico de evolución de los derechos fundamentales. En este sentido, Inglaterra y también España a través de las Cortes de León y Castilla desarrollan una práctica parlamentaria muy anterior a cualquier país europeo. El modelo parlamentario constitucional inglés se fundamenta en la solución de gobierno equilibrado y moderado que une así los principios constitucionales y las fuerzas sociales para evitar conflictos y atropellos, y proteger al máximo posible los derechos históricamente adquiridos por cada uno, según la fórmula clásica de *liberty and property*.

En Inglaterra, hacia finales del siglo XII se producen unos enfrentamientos con “Juan sin tierra” se manifiestan en acciones conjuntas la fuerza de obispos, barones y ciudadanos londinenses, conjurados en 1211; éstos se organizan al margen de la legalidad y negocian con el rey la *Magna Carta* de 1215 que es sustancialmente, una más de las cartas libertad-privilegio (de clérigos y barones)⁶⁴ con algunas novedades importantes: se reconoce el derecho de todos a obtener justicia y se limita el poder real de imponer tasas sin el consentimiento del Consejo común, de

⁶³La Carta Magna Leonesa fue el conjunto de leyes aprobadas por las Cortes de León en 1188 que protegían y garantizaban los derechos procesales constitucionales como libertad personal, el derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio de todos los ciudadanos del Reino. Las Cortes del año 1188 se celebraron el 18 de abril en el claustro de la Real Colegiata de San Isidoro de León bajo el reinado de Alfonso IX. Su importancia reside en que en ningún lugar y en ningún momento la actividad política había contado con un hecho de similares características, al menos documentado, al reunirse en la misma cámara representantes de la nobleza, del clero y, por primera vez, del pueblo. Los tres estamentos sociales promulgaron una Constitución y una serie de decretos que perduran en la Edad Moderna desde la Baja Edad Media. Entre los temas abordados se contempló la delimitación y defensa de las prerrogativas del Rey, que pretendía profundizar en el pacto feudal sobre el que se constituye la legitimidad monárquica, así como la restauración del orden público y social y la transparencia judicial y las garantías procesales, que fueron otros de los aspectos abordados.

⁶⁴Algunos autores han puesto de relieve que la Carta es un mero producto de intereses de señores feudales para proteger sus derechos y privilegios estamentales; pero en cualquier caso no podemos descartar el enorme significado político-jurídico de esta reivindicación de representación estamental como contrapeso al poder del Rey.

la Curia feudal, el control del cumplimiento de los compromisos del monarca se encomienda a una comisión de veinticinco miembros.

La Carta Magna ha sido considerada como el baluarte y piedra angular del sistema constitucional inglés y como la primera ley fundamental de toda su historia política y jurídica.⁶⁵ La Carta tiene una finalidad pragmática, su objetivo es resolver un problema político específico de equilibrio de poderes y reconocimiento de los derechos fundamentales de los señores feudales. La Carta Magna simboliza, según Martín Kriele, el núcleo matriz de todos los derechos fundamentales⁶⁶ en cuanto a la protección contra la detención y persecución penal arbitraria, el derecho fundamental originario y la raíz de la libertad, pues sin este derecho la libertad del hombre está permanentemente amenazado, todo tipo de expresión política, ideológica o religiosa puede costarle su libertad personal.

“El sistema representativo se desarrolló en España antes que en ningún otro país de Europa y las Cortes se reunieron desde el siglo XIV hasta el siglo XVI con más frecuencia y más actividad que en cualquier otro territorio europeo.”⁶⁷

Esta práctica institucional fue acompañada en el siglo XVI por un desarrollo importantísimo de la Filosofía Política y Jurídica de la llamada Escuela Española del Derecho natural donde destacan pensadores como Soto, Victoria, Molina, Suárez, Mariana. Existe un gran error en parte de la historiografía e historia política de las instituciones modernas ha sido trasladar a la Edad Media conceptos modernos como *absolutismo* y *constitucionalismo*, tratándose de ver las Cortes como institución defensora de los

⁶⁵ Este consejo comienza a funcionar en 1258 coincidiendo con una grave situación de las finanzas reales: los barones imponen al rey un Consejo de veinticuatro miembros de los que doce serán nombrados por el monarca y los restantes por los barones. El Consejo común, que recibe por primera vez el nombre de *Parlamento* se reunirá tres veces al año y con carácter extraordinario cuando lo aconsejen las circunstancias, para estudiar el estado del reino y tratar de las necesidades del Rey y del Reino.

⁶⁶KRIELE, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, trad. Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 209.

⁶⁷CARLYLE, A. J.: *Political liberty; a history o the conception in the middle ages and modern times*, Oxford University Press, 1941.

derechos y las libertades de los ciudadanos en abierta oposición al monarca y sus consejeros.

Las Cortes tienen las mismas funciones, en primer lugar son asamblea política en la que coinciden y colaboran el monarca y los dirigentes del reino. En segundo lugar, son los representantes de los brazos o estamentos que defienden los privilegios de los grupos sociales a los que representan.

El caso español es especialmente singular y paradigmático en la configuración e inicios del parlamentarismo europeo actual. Las Cortes heredan de la curia (*Concilio de Toledo del siglo VI*) la función de consejo, pero éste va perdiendo importancia a favor de la ayuda económica, política y militar, que sólo en ocasiones es gratuita. La simple petición de ayuda refleja una debilidad del poder monárquico⁶⁸ y de ella se servirá las Cortes para exigir contrapartidas, para imponer sus condiciones, privilegios y derechos y poder pactar los acuerdos con el Rey.

La supremacía del Derecho que era primeramente expresión de la costumbre y después del consejo y consentimiento de la comunidad fue el primer elemento de la concepción de la libertad política de la Edad Media, porque ello significa que el rey o el príncipe tenía autoridad pero no incondicional o ilimitada, sino contrapesada por el poder de las Asambleas o Cortes. El Rey en la Edad Media lo era conforme a derecho, en tanto que el tirano ignoraba o violaba las leyes.

En las Cortes de León de 1188, Alfonso IX juró que no tomaría acción contra ningún hombre, salvo por juicio de la corte, y en las Cortes de Valladolid de 1299 se decretó que nadie sería muerto ni privado de su propiedad hasta que sus caso hubiese sido juzgado por fuero y ley. Aquí, podemos ver la supremacía del Derecho, derecho que era primeramente expresión de la costumbre y después del consejo y consentimiento de la comunidad. Esto

⁶⁸Una minoría de historiadores como Lousse y Margongiu, analizan estas asambleas políticas y observan como en ellas coinciden y colaboran el monarca y los representantes de los estamentos, que son, por definición, jurídica y socialmente privilegiados, éstos actúan en nombre de la Tierra, por una parte, para pedir respecto a los privilegios y mantenimiento de los derechos fundamentales de la tierra y, por otra parte, para ofrecer al príncipe los medios para su acción de gobierno.

significa que el Rey o príncipe tenía una autoridad⁶⁹, augusta ciertamente, pero limitada no absoluta.

La libertad política en la Edad Media significaba, en primer lugar, la supremacía del Derecho, derecho que era expresión de los hábitos de la vida de la comunidad y también de la voluntad misma, pero no sólo esto. En la Edad media se había desarrollando una forma o método de expresar la voluntad de la comunidad, a saber, el sistema representativo, no sólo adaptado a las ciudades pequeñas, sino también a los Estados nacionales que se estaban formando. Es cierto que el desarrollo de las libertades municipales de las ciudades de Italia tuvo una importancia inmensa, relacionada con el desarrollo económico, pero esto expresaba también las enormes energías vitales del espíritu humano y el republicanismo cívico que vivieron.

“Fue en España donde los representantes de las ciudades fueron convocados por primera vez a los grandes consejos del reino, más de cien años antes del “Parlamento modelo” de 1295 en Inglaterra, y en los siglos XIII y XIV encontramos algo parecido en casi todos los países de Europa.”⁷⁰

En Inglaterra, hacia finales del siglo XII se producen unos enfrentamientos con “Juan sin tierra” se manifiestan en acciones conjuntas la fuerza de obispos, barones y ciudadanos londinenses, conjurados en 1211; éstos se organizan al margen de la legalidad y negocian con el rey (1215) la *Magna Carta* que es sustancialmente, una más de las cartas libertad-privilegio (de clérigos y de los barones) con algunas novedades importantes: se reconoce el derecho de todos a obtener justicia y se limita el poder real de imponer tasas sin el consentimiento del Consejo común, de la Curia feudal, el control del cumplimiento de los compromisos del monarca se encomienda a una comisión de veinticinco miembros.

Este consejo comienza a funcionar en 1258 coincidiendo con una grave situación de las finanzas reales: los barones imponen al rey un Consejo de veinticuatro miembros de los que doce serán nombrados por el monarca y los restantes por los barones. El

⁶⁹CARBONELL, Miguel, *Una Historia de los Derechos Fundamentales*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2005.

⁷⁰CARLYLE, *Political liberty*, op. cit...p. 67.

Consejo común, que recibe por primera vez el nombre de *Parlamento* se reunirá tres veces al año y con carácter extraordinario cuando lo aconsejen las circunstancias, para estudiar el estado del reino y tratar de las necesidades del rey y del reino.

Aunque Maurizio Fiorovanti es explícito en la idea de que: “[...] la Edad Media falta un poder público institucionalizado, capaz de ejercitar el monopolio de funciones de *imperium* y normativas sobre un cierto territorio subordinado a él... muy raramente la práctica medieval reconoce *iura y libertades* a los individuos en cuanto tales, como al contrario es característica fundamental del derecho moderno... Derechos y libertades tienen en el medievo una estructuración corporativa, son patrimonio del feudo, del lugar, del valle, de la ciudad, de la aldea, de la comunidad y, por eso, pertenecen a los individuos sólo en cuanto que están bien enraizados en esas tierras, en esas comunidades.”⁷¹

La concepción de individuo que nació de la modernidad constituye el sustrato o fundamento de los derechos humanos. La modernidad reafirma la libertad entendida como facultad de autoderminación de todo ser humano y, en este sentido, supuso una revolución epistemológica y metafísica para el mundo moderno con respecto al mundo medieval.

Sin duda, el detonador o polvorín estaba cargado en la filosofía nominalista de Duns Scoto y Guillermo de Ockham. Para el nominalismo sólo existen y son reales los seres singulares designados con nombres propios, los nombres propios, los nombres comunes o universales son sólo instrumentos útiles para connotar una pluralidad de seres individuales. La noción de derecho subjetivo⁷² no es romana ni medieval sino posterior, es

⁷¹FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 27 y 30. La irrupción del cristianismo profundizó y desarrolló el repliegue del individuo hacia la vida privada frente al descrédito y renuncia de la vida pública. La superioridad de la vida contemplativa en oposición al descrédito de la vida activa trajo consigo la extensión y desarrollo de una visión antipolítica. La inmortalidad de la polis (mundo clásico) fue sustituida por la inmortalidad individuo (mundo medieval) y su problema de salvación eterna.

⁷²VILLEY, Michel, “La genèse du droit subjectif chex Guillaume de Occam”, en *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1964, t. 9. Luc Ferry y Alain Renault,

decir que no podemos equiparar el significado a la *facultas* o *potestas* hasta bien entrada la modernidad.

En este sentido, debemos afirmar la plena modernidad del concepto de derechos humanos. Como señala el profesor Truyol y Serra: “La conciencia clara y universal de los derechos humanos es moderna; es en la modernidad cuando a la conciencia universalista de dignidad, una vez hecho el recorrido desde los medievales “derechos estamentales” hasta los “derechos del hombre”, se añade la reivindicación de la protección jurídico-política de los derechos que a dicha dignidad corresponden”⁷³

Igualmente Peces Barba⁷⁴ es contundente en la afirmación de que no se puede hablar propiamente de derechos fundamentales hasta la modernidad por lo que estamos afirmando un concepto histórico propio de este tiempo. Evidentemente esto no quiere decir que las ideas de dignidad humana, libertad e igualdad no existiesen con anterioridad, podemos apreciar estas ideas en autores clásicos como Platón, Aristóteles o Santo Tomás; pero se consolidan como concepto autónomos dentro de una cultura política y jurídica propia del Renacimiento. La positivación de los derechos naturales, el surgimiento de una nueva concepción de individuo como interlocutor exclusivo del nuevo Estado, la desaparición de las relaciones estamentales, el fortalecimiento del poder del Estado frente a otros ordenes o poderes como la Iglesia, el monopolio de la producción normativa (*autoritas, non veritas facit legem*), el cambio o sustitución del paradigma teocéntrico por uno antropocéntrico con un ética humanista, sin duda, todo ello contribuye al surgimiento de los derechos humanos.

Sin lugar a dudas la burguesía fue la clase social hegemónica y sobresaliente que impulsó la práctica de los nacientes derechos fundamentales. La transición del sistema económico feudal al

Philosophie politique, cit, vol3, p. 74, (trad. Cast. *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchsertien, 1968, pp. 254-262.) Véase Carpintero, *Historia del derecho natural*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

⁷³TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1984, p.12.

⁷⁴PECES BARBA, Gregorio (*et al.*), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1999.

sistema capitalista fue lenta hasta alcanzar su plena madurez con el capitalismo industrial del siglo XVII y XIX. Como dice Von Martin: “[...] El espíritu de democrático y urbano iba carcomiendo las viejas formas sociales y el orden divino, “natural” y consagrado. Por eso fue necesario ordenar este mundo partiendo del individuo”⁷⁵

El surgimiento del Estado moderno obedece a numerosas causas entre las cuales podemos enumerar: el monopolio en el uso de la fuerza legítima frente a la supremacía de la Iglesia Católica. El Estado asume la función como soberano de creación del Derecho, la tensión medieval entre derecho natural y derecho positivo se diluye cuando el Estado positiva esos derechos. Los derechos fundamentales surgen como un reflejo del iusnaturalismo racionalista que va a ser progresivamente estatalizándose, es decir, como una expresión dialéctica de pretensiones morales del hombre (derechos naturales) que va a ser reconocidos y protegidos por el Derecho positivo como derechos fundamentales.

“Los derechos fundamentales que se originan y se fundan en la moralidad y que desembocan en el Derecho lo hacen a través del Estado, que es el punto de referencia de la realidad jurídica a partir del tránsito a la modernidad. Sin el apoyo del Estado, esos valores morales no se convierten en Derecho positivo, y por consiguiente, carecen de fuerza para orientar la vida social en un sentido que favorezca su finalidad moral.”⁷⁶

Desde el inicio de la modernidad podemos apreciar varias características, entre las que podemos citar la desvinculación del derecho natural respecto de Dios iusnaturalismo medieval la ley natural mantenía una estrecha conexión con Dios en cuanto que no era sino manifestación referida al hombre de un plan divino. En segundo lugar, la construcción del derecho natural a través de la razón. La fuerte fe en el poder de la razón (racionalismo) supuso la construcción de un amplísimo sistema de derecho natural. En tercer lugar, existe en todos los autores la distinción entre estado o

⁷⁵ *Ibidem*, 95.

⁷⁶ PECES BARBA, G. con la colaboración de DE ASÍS, R., FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y LLAMAS, A., “Fundamento y concepto: una visión integral y sus criterios” en *Curso de derechos fundamentales, (1) Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, 1995, p.105.

situación del hombre individual anterior a su convivencia política (*status naturalis*) y otro posterior a su inclusión o entrada en las formas sociales (*status civilis*). El tránsito del *status naturalis* al *status civilis* está explicado en los diferentes autores por la teoría del pacto⁷⁷, según la cual lo que da origen al nacimiento de la sociedad es un contrato o convenio establecido entre los hombres en el estado de naturaleza. El Estado es concebido no como institución natural- al modo de la doctrina tradicional- sino como una creación convencional y artificial, que, en definitiva debe su origen y existencia al individuo, ya que ha nacido por voluntad de éste. La familia, las sociedades políticas menores, las asociaciones corporativas no son naturales, sino creaciones voluntarias y libres de los hombres.

2.2 Los Derechos Fundamentales en las Revoluciones liberales burguesas

El nacimiento exponencial y contundente de los derechos ciudadanos en nuestro constitucionalismo contemporáneo podemos ubicarlo en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789* como texto jurídico inaugural acompañado de la *Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787*. Sin duda, estos dos textos jurídicos representan el inicio y desarrollo fundamental de nuestros Estados constitucionales actuales.

Haberlas, recordando el argumento de Hegel, sostiene como la filosofía había trasladado la revolución de los libros a la realidad.⁷⁸ La filosofía, es decir: los principios fundamentales del derecho natural racional se convierten en los principios de las nuevas constituciones. De esta forma, podemos afirmar que existe una íntima relación entre filosofía y revolución burguesa,

⁷⁷AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "Origen, evolución y constitución del principio de tolerancia en el Estado Constitucional" en *Teoría política y jurídica contemporánea (Problemas actuales)*, México, Editorial Porrúa, 2008, pp. 161-186.

⁷⁸HABERMAS, Jürgen, "Derecho natural y revolución", incluido en su *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 1997 (3ª ed.).

Ilustración y revolución política, principios iusnaturalistas y Constituciones políticas.⁷⁹

Tanto en América como en Francia se produjo la positivación de Derecho natural bajo la formulas jurídicas de las distintas declaraciones de Derechos humanos. El impulso revolucionario trato de conectar racionalmente las normas fundamentales y la voluntad de garantía de las mismas. “esta idea de la realización política de la filosofía, a saber: la creación autónomo-contractual de la coerción jurídica a partir tan solo de la coerción de la razón filosófica es el concepto de revolución que sigue inmanentemente de los principios fundamentales del Derecho natural moderno; bajo el otro nombre de contrato social [...] en este sentido, el tópico de los jóvenes hegelianos de la realización de la filosofía ya fue anticipado en aquellos tiempos”⁸⁰

No es tarea del filósofo convertir la verdad en obras, sino exponerla, declararla; *déclarer*. Este es el camino por el que la teoría se convierte en poder práctico: “Si todos los hombres pensasen con verdad, entonces las más grandes transformaciones, tan pronto como representasen un objeto de interés público, no ofrecerían ninguna dificultad.”⁸¹

Los derechos fundamentales quedan también legitimados en virtud del hecho de que en la sociedad industrialmente desarrollada se exige un mayor grado de autonomía e independencia individual. La autonomía privada sólo puede mantenerse y asegurarse conforme al derecho en tanto que es un derivado de una constitución política general. La garantía positiva:

⁷⁹Ante esta diferencia entre la comprensión de unos pocos y las opiniones de la mayoría, corresponde al “Filósofo” la tarea practica de, mediante su influencia sobre la fuerza de la opinión pública, procurar a la misma razón validez política. Los filósofos deben propagar la verdad, deben difundir sus conocimientos pública e íntegramente, pues sólo cuando la razón “alcanza a todas las partes, las alcanza correctamente, ya que sólo entonces se forma aquella fuerza de la opinión pública a la que quizá puedan atribuirse la mayoría de las transformaciones ventajosas para los pueblos”. *Vid.*, HABERMAS, Jürgen, “Derecho natural y revolución”, incluido en su *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 1997 (3ª ed.), p. 93.

⁸⁰HABERMAS, Jürgen, “Derecho natural y revolución”, incluido en su *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 1997 (3ª ed.), p. 90.

⁸¹HABERMAS, Jürgen, “Derecho natural y revolución”, incluido en su *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 1997 (3ª ed.), p. 118.

la participación en las producciones sociales y la intervención en las organizaciones de la opinión pública política.⁸² Esto consolida otro grupo de derechos fundamentales que garantizan una opinión pública políticamente actuante, que se transforma funcionalmente en una garantía positiva de participación política.

Los derechos naturales individuales y el principio de soberanía nacional son dos realidades que surgen del mismo proceso histórico de la *Declaración de los derechos de 1789*. De esta forma, la cultura de los derechos y libertades de la Revolución Francesa no puede ser historicista. La gran novedad de la revolución francesa fue la de hacer aparecer de improviso sobre la escena, “una sociedad civil unificada en la perspectiva de la voluntad política constituyente, como pueblo o nación”⁸³.

Igualmente, debemos destacar el *legicentrismo*, la ley es un valor en sí y no un mero instrumento, porque sólo gracias a su autoridad se hacen posibles los derechos y las libertades de todos, con su ausencia, faltando un legislador firme y autorizado, se caería en el detestado pasado de la sociedad de los privilegios del antiguo régimen. Junto al factor legicentrista encontramos el factor constituyente, fuertemente unido al modelo individualista, sobre todo en lo que se refiere al aspecto contractualista. Individualismo y estatalismo se fusionan, primacía de los derechos individuales y

⁸²En la sociedad industrializada burguesa constituida y organizada estatalmente ya no cabe la ficción del carácter pre-político de los derechos subjetivos de libertad; la fundamental distinción entre derechos del hombre y del ciudadano, que ya faltaba en las Declaraciones francesas, no es sostenible por más tiempo. Nadie puede esperar ya que la ejecución positiva de los derechos fundamentales negativamente actuantes acontezca “automáticamente”, no sólo se han añadido derechos sociales fundamentales y reservas complementarias, los mismos derechos del hombre ya no pueden ser interpretados como derechos políticos. Los derechos fundamentales de un modo liberal como reconocimiento de un ámbito autónomo privado y no como atribución de la libertad natural – principalmente extraestatal – ahora sólo pueden derivar su sentido específico a partir de la conexión de los principios objetivos de un orden jurídico general que abarque al Estado y a la a sociedad. *Vid.*, HABERMAS, Jürgen, “Derecho natural y revolución”, incluido en su *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Tecnos, 1997 (3ª ed.), p. 120.

⁸³FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales...op. cit...*p. 61. *Artículo 3.-* El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella. *Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789).*

primacía de la soberanía nacional y sus legisladores frente a la sociedad estamental. “El legicentrismo es el punto sobre el cual la revolución media entre individualismo y estatalismo.”⁸⁴ El gran mito del legislador que encarna la voluntad general, que habla la lengua nueva de la generalidad y de la abstracción.

Ahora bien, sobre “la base de la opción legictrista, la cultura revolucionaria de los derechos y la libertades no podrá nunca ser radicalmente individualista ni radicalmente estatalista.”⁸⁵ Ninguno de los dos extremos es posible en la revolución francesa. Contra el individualismo será siempre posible recordar que la ley general y abstracta es la primera condición necesaria de existencia de los derechos y la libertades en sentido individualista; contra el segundo será posible releer el art. 2 de la Declaración de los derechos: “*El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre*”. El legicentrismo se fundamenta en la convicción de que la ley general y abstracta es el instrumento más idóneo para la garantía de los derechos.

En oposición del modelo historicista la apelación al derecho natural clásico no era revolucionaria, sin embargo la apelación al derecho moderno si lo es. Con el derecho natural racional que se transforma en derecho estatal positivo surge el concepto de revolución como forma de asegurar estos derechos fundamentales. “*Contra tal realidad –la del antiguo régimen– se alían individualismo y estatalismo, ideologías de los derechos naturales individuales y de la soberanía de la nación y de sus legisladores. Por ello la cultura de los libertad y de los derechos de la revolución francesa no puede ser de tipo historicista*”⁸⁶

Durante la Edad Media, el mandato imperativo⁸⁷ fue el modelo de representación adecuado como modelo de participación

⁸⁴*Ibid.*, 62.

⁸⁵*Ibidem.*

⁸⁶ *Ibid.*, p.59

⁸⁷Existe un gran error en parte de la historiografía e historia política de las instituciones modernas ha sido trasladar a la Edad Media, los conceptos modernos de *absolutismo* y *constitucionalismo*, viéndose las Cortes como institución defensora de los derechos y las libertades de los ciudadanos en abierta oposición al monarca y sus consejeros. “Fue en España donde los representantes de las

política feudal de base patrimonial donde no cabían otras voces que los dueños del país que las hacen oír directamente a través de sus portavoces, los consejeros del monarca o rey. En realidad al principio para superar el antiguo régimen se trató de fundar una democracia representativa basada en el consenso de los ciudadanos, pero al mismo tiempo capaz de separarse con fuerza de los intereses particulares y dar autonomía a la nueva clase política respecto de la sociedad civil.

El modelo de la representatividad política, en clara oposición a la democracia directa, tiende a destruir todo intento de mandato imperativo del antiguo régimen, cuando la nación tiene a obrar directamente cae inevitablemente en la trampa del particularismo, de la fragmentación de facciones y en secciones. En este momento, se cree que sólo el mecanismo de la representación tiene capacidad de sublimar los intereses particulares y crear una verdadera representación unitaria del cuerpo político. Se es ciudadano francés esencialmente porque existe un parlamento francés que representa al pueblo francés, no porque se ejerce la responsabilidad política de forma activa, asamblearia o directa.

“Fue con la Revolución Francesa cuando la burguesía alcanzó una representación política paritaria en oposición a los estamentos privilegiados, y lo hizo basándose en ciertos principios políticos: la soberanía nacional frente a la monarquía absoluta y el mandato representativo frente a al imperativo.”⁸⁸

ciudades fueron convocarlos por primera vez a los grandes consejos del reino, más de cien años antes del “Parlamento modelo” de 1295 en Inglaterra, y en los siglos XIII y XIV encontramos algo parecido en casi todos los países de Europa.” CARLYLE, *Political liberty*, Cambridge University Press, 1941.

⁸⁸TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Atomo Ediciones, Madrid, 1988, vol.I, p. 94, Véase también su otro trabajo *Democracia y representación política en los orígenes del Estado constitucional*, en REP 203, Madrid, 1975. Condorcet (1787) es el primero en utilizar el concepto de democracia representativa, no obstante, abogó siempre por la participación directa popular, al menos para la aprobación de la Constitución y de la Declaración de derechos. De este modo, comenzó a llamarse también democracia al gobierno representativo, basándose en que gobiernan los representantes de la nación. Según el profesor Torres del Moral “No es de extrañar que apenas haya funcionado nunca a satisfacción y que hoy haya entrado en franca crisis en el Estado de partidos, en el que ha aparecido un pseudomandato imperativo de éstos sobre la representantes, imponiéndoles una rígida disciplina en su comportamiento

Hasta finales del siglo XVIII, se pensaba que la democracia era inaplicable a los Estados-nación a gran escala, era una forma de gobierno adecuada para los Estados-ciudades o para pequeñas repúblicas, aunque David Hume señaló que “en un gobierno grande [...] hay ámbito y espacio suficiente para pulir la democracia”⁸⁹ un ejemplo claro y palpable de esto puede ser el origen y fundación de la democracia en los Estados Unidos.

El principio de la República, para Montesquieu, consistía en la virtud política, es decir, el amor a la patria, al amor a la igualdad y, en consecuencia, el amor a la frugalidad. La república entendida como forma de gobierno basada en la participación ciudadana está basada en la virtud política que antepone el interés general de todos al particular es cosa del pasado. Exige, un territorio poco extenso, un reducido número de ciudadanos, una actitud cívica que no encaja con la complejidad de los tiempos modernos, incluso una vigilancia virtuosa. Únicamente en una república pequeña sería posible comprender el interés público. Según Montesquieu: “en una república extensa, el bien público es sacrificado a miles de opiniones privadas. Está subordinada a excepciones y depende de accidentes. En una república pequeña, el interés del público es más obvio, mejor comprendido y está más al alcance de todo ciudadano; los abusos tienen mejor extensión y por supuesto, están menos protegidos.”⁹⁰

La *Declaración francesa de Derechos de 1789* sufrió una notable influencia del pensamiento político y jurídico de Rousseau, al igual que la *Declaración del buen pueblo de Virginia* tuvo una influencia tanto de Locke como de Rousseau. En este sentido, cuando Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) publica en 1762 el *Contrato Social*, el escándalo y los temores fueron grandes ante el excesivo poder soberano que atribuía al pueblo. El Procurador

político especialmente en las votaciones en que intervienen, y obligándolos a dimitir, o pretendiéndolo al menos, en caso contrario.

⁸⁹HUME, David, *Essays and Treatises on Several Subjects*, vol. 2, Edimburgo, 1973, pp. 514-515.

⁹⁰MONTESQUIEU, *De L'esprit des Lois* (trad. Cast. Blázquez y Pedro de Vega), Tecnos, Madrid, 1972, libro VIII, cap. XVI, p. 120). Para Montesquieu, Esparta tuvo éxito debe en parte a que el número de sus ciudadanos había sido limitado a 10.000 habitantes, mientras que Roma cayó debido en parte a que permitió que el número de sus ciudadanos se expandiera.

General de la ciudad de Ginebra proscribió la grandiosa e influyente obra, prohibiendo su reproducción y difusión. La propuesta de la obra hablaba de fijar asambleas periódicas del pueblo soberano, durante las cuales el gobierno sería suspendido y, en cada ocasión, se decidiría “si debía conservarse la forma de gobierno recibida y los magistrados en cargo.”⁹¹

Nos encontramos, indiscutiblemente, ante uno de los problemáticas más sugestivas y sugerentes del pensamiento de Rousseau y cuya vigencia se mantiene hasta nuestros días. Por tanto, ¿dónde reside la verdadera democracia en la Asamblea en la que participan directamente todos sus miembros o en un cuerpo restringido de representantes elegido democráticamente por una base social?

En realidad, Rousseau defiende no sólo la primacía absoluta del pueblo soberano como valor de la estabilidad de los poderes constituidos, sino la misma idea de la permanencia de algunas “leyes constitutivas”, que fijan el puesto y la función de todos los sujetos, el contenido de los deberes de obediencia a los gobernante, pero también los límites que los gobernantes no pueden sobrepasar. “La legislación debe tener dos objetivos, la libertad e igualdad”⁹²

Rousseau escribe en el Libro II, cap. 1 del *Contrato social*: “la soberanía no es otra cosa que el ejercicio de la voluntad general” donde la voluntad general es esa autoridad mayor y superior a todas que nace como consecuencia del pacto social. Por tanto, la soberanía popular, para Rousseau, es indelegable. El pueblo puede tener mandatarios, pero no representantes. Todo sistema representativo es una enajenación de la libertad del ciudadano como soberano, la democracia se ejerce directamente, como en las antiguas repúblicas griegas, o simplemente no es democracia, sino

⁹¹Puede consultarse la edición de María José Villaverde, *El Contrato social*, Madrid, 1999 que contiene las conclusiones del Procurador General de la ciudad de Ginebra. El escándalo parecía provenir de la radical puesta en discusión de toda autoridad, aunque la intención de Rousseau era buscar formulas de revocabilidad de cargos públicos y leyes a fin de que existiese un mayor control democrático sobre el ejercicio del poder. Véase también FIOROVANTI, Mauricio, *Constitución, de la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 83.

⁹²ROUSSEAU, J. *Contract Social*, Libro II, cap. 11.

otra cosa. “En cuanto a vosotros – nos advierte Rousseau- pueblos modernos, no tenéis esclavos, pero los sois; pagáis su libertad con el vuestra (...) En el instante en que un pueblo se da un representante, ya no es libre, ya no es.”⁹³ Rousseau prosigue en su discurso analizando como el pueblo inglés se piensa libre y se equivoca, sólo durante la elección de los miembros del parlamento; pero en cuanto han sido elegidos, es esclavo, no es nada. Rousseau deja bien claro su desconfianza hacia el poder, su rechazo hacia todo cuerpo intermedio y contra todo tipo de representación política. Sin embargo, Rousseau es consciente que en sociedades numerosas y complejas esta representación directa resulta difícil y poco viable.

El principio de soberanía popular⁹⁴ va a ser reemplazado por el principio de soberanía nacional en la medida que democracia directa es sustituida por democracia representativa. En este aspecto, se produce una pequeña inflexión semántica que realizan Sieyès y Cordocet bajo la lectura de Rousseau. El *artículo 3º de la Declaración de 1789* expresa: “el origen de toda la soberanía reside esencialmente en la *nación*. Ningún órgano ni ningún individuo pueden ejercer su autoridad que no emanen expresamente de ella”. Rousseau es consciente de que en sociedades complejas y numerosas la democracia directa es difícil o prácticamente inviable; pero deja abierta la posibilidad de que el modelo de democracia representativa adopte modelos de participación política directa. “En todo caso, los diputados de la Asamblea constituyente dejaron al menos la vía abierta del asambleísmo. Y de hecho habrá órganos

⁹³ ROUSSEAU, J. *Contract Social*, III, 15, Pléiade, III, p. 431. Iglesias, Carmen, “El contrato social de Rousseau: la política como liberación” en IGLESIAS, Carmen (comp.) *Razón y sentimiento en el siglo XVIII*, Real Academia de Historia, Madrid, 1999 Véase también el trabajo de profesor RUBIO CARRECEDO, J., *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Rousseau sostenía, incluso, que era indispensable una “religión civil” en la cual pudiese cimentarse el respeto a las leyes y el comportamiento ético-cívico.

⁹⁴ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “*El debate entre democracia directa y democracia representativa: hacia una democracia de mínimos*” en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (coord.) *La democracia en el Estado constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2009.

revolucionarios como la *Commune* que funcionarían asambleariamente.”

Rousseau al respecto sigue insistiendo en el principio de soberanía que ofrece un Estado democrático bajo el gobierno de las leyes: “El pueblo, nos dice, sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas” (Libro II, cap. VI), que tiene su expresión jurídica en el artículo 6 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* que establece: “todos los ciudadanos tienen el derecho de participar en la formación de la ley personalmente o por sus representantes.” Los legisladores del 1789 abren una doble vía: participación personal o mediante unos representantes. Igualmente, establece la posibilidad de participación política igualitaria de los ciudadanos en el acceso al poder político: “Todos los ciudadanos deben ser iguales ante la ley”, y en consecuencia, “son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y cargos públicos”.⁹⁵

a) *Declaración de los Derechos de Virginia (1776)*. Sección II: “Que todo el poder está en el pueblo, y consecuentemente deriva de él...”

b) *Constitución de Maryland (1776)*. Art I “Todo gobierno de derecho tiene su origen en el pueblo, está fundado solamente en el contrato, es instituido únicamente para el bien de todo.”

c) *Constitución de Carolina del Norte (1776)*. Art I: “Todo el poder reside en el pueblo y deriva solamente de él”.

d) *Constitución de Vermont (1777)*.Capítulo IV: “Todo poder es originariamente inherente al pueblo, y por tanto, deriva de él.”

e) *Constitución de Massachusetts (1780)*. Parte primera, Art. V: “Dado que todo poder reside originariamente en el pueblo y deriva de él [...]”.

En este sentido, considero que Rousseau se anticipó premonitoriamente a las deficiencias del modelo de democracia representativa en todo el mundo, que ni siquiera es representativa, sino partidocrática, con una excesiva burocratización,

⁹⁵Artículo 6 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*.

jerarquización, la oligarquización y estatalización de los partidos políticos⁹⁶, su creciente carácter corporativista de intereses.

No cabe duda de que en nuestras democracias latinoamericanas hemos avanzado de partidos únicos y orgánicos hacia la implementación de un mayor pluralismo político y democrático; pero el problema radica en la disyuntiva entre democracias representativas indirectas y democracias participativas directas⁹⁷. De alguna forma, debemos ir superando, a mi modo de ver, una concepción meramente electoralista de las democracias representativas demasiado estrecha y limitada, por una concepción más abierta, plural y compleja de democracia participativa y deliberativa.

Por consiguiente, la pregunta que inmediatamente surge es: ¿por qué, entonces, se ha terminado hablando de democracia representativa si en los orígenes del Estado Constitucional aparecen democracia y representación como conceptos, equívocos, contradictorios y excluyentes?

En la revolución existe una doctrina una postura ambigua que rechaza radicalmente las instituciones de la democracia representativa como su contraria que exalta sin medida las virtudes de esta última. Como dice el profesor Fioravanti: “La revolución es necesariamente radical en una doble y opuesta dirección: al afirmar la prioridad del cuerpo constituyente soberano de ciudadanos políticamente activos contra los poderes constituidos; y al afirmar la primacía del legislador que encarna la voluntad general por encima de las facciones agentes de la nación o el pueblo.”⁹⁸

⁹⁶PRADO MAILLARD, J. L., “Elecciones, sociedad y gobernabilidad en México: Una experiencia de provecho para Latinoamérica” en GORJÓN GÓMEZ, F. J. (comp.): *Evolución del Derecho en América Latina*, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2004, pp. 245-274, p.252.

⁹⁷AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *La ciudadanía y la participación política en el Estado democrático de derecho*, México, Porrúa, 2010.

⁹⁸FIOROVANTI, Mauricio, *Constitución, de la Antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, P. 67. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Atomo ediciones, Madrid, 1988, vol.I, p. 94, Especialmente su trabajo *Democracia y representación política en los orígenes del Estado constitucional*, en REP 203, Madrid, 1975 donde analiza la Inflexión semántica que se produjo entre los términos “pueblo” y “nación”, que se convierten en sinónimos, con lo que la soberanía nacional no necesitaba comportar el sufragio universal, sino tan sólo

En consecuencia, hemos heredado una antítesis irresuelta entre democracia directa y democracia representativa, entre soberanía del poder constituyente y soberanía de los poderes constituidos, entre libertades y derechos positivos y libertades y derechos naturales. De forma que el contractualismo revolucionario por ser radicalmente hostil a toda forma de institucionalización de los poderes constituidos acaba inexorablemente por convertirse en voluntarismo político. La doctrina de la democracia representativa asume “acentos fuertemente estatalistas, hasta incorporar la soberanía originaria de la nación o pueblo a la soberanía del legislador y de los poderes constituidos en general.”⁹⁹

Durante la época liberal, las asambleas representativas, elegidas de modo censitario, van adquiriendo su propio espacio; pero la sociedad burguesa no tiene necesidad de sentirse constituyente¹⁰⁰; le basta con sentirse sociedad de individuos que progresan de manera tranquila y ordenada, de esta forma, se pone de manifiesto cómo el liberalismo decimonónico repudia la versión jacobina y voluntarista de la Revolución. Esto llevará históricamente a implantar mecanismos de democracia menos directa, participativa y asamblearia por mayores mecanismos de delegación y representatividad indirecta.

Rousseau consideraba irrepresentable la soberanía y sostenía que los elegidos por el pueblo debían ser no

censitario. De esta manera, podía seguir hablándose de soberanía nacional y representantes de la nación.

⁹⁹*Ibidem*, p. 68. En concreto, la cultura individualista y contractualista de los derechos naturales, entre el *pactum societatis* y *pactum subiectionis*, no existe ninguna *societas* antes del único y decisivo sometimiento de todos a la fuerza imperativa y autoritativa del Estado. Surge la distinción entre contrato (*contract*) y pacto (*pact*) (Duso, 1987). Desde la cultura estatalista el Estado político organizado nace de la voluntad de individuos, y en particular de la necesidad de seguridad, sin embargo, este contrato no se obtiene ya con un contrato en el que las partes se dan ventajas y asumen el compromiso, sino un pacto, acto de subordinación unilateral, no negociable, irreversible y total con el que todos simultáneamente e someten al sujeto investido con el monopolio del *Imperium*.

¹⁰⁰AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique “Constitución y democracia: fundamentos políticos del poder constituyente” en TORRES, Pedro y NÚÑEZ, Michael (Coord.), *La reforma constitucional, sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, Editorial PORRÚA, México, 2010.

representantes, sino meros comisionados permanentemente sometidos a la autoridad (instrucciones y revocación) del soberano, del pueblo. Estas ideas se practicaron por los jacobinos en la Constitución de 1793 y luego en la Comuna de París de 1848.

El Estado democrático de derecho ha surgido como producto histórico de la conjugación e imbricación contingente de dos tradiciones político-jurídicas diferentes.¹⁰¹ Por un lado tenemos la tradición del liberalismo político (Locke, Montesquieu, Stuart Mill), constituida por el imperio de la ley, la defensa de los derechos humanos y el respeto a la libertad individual; por otro lado, la tradición democrática (Suárez, Rousseau, Dewey) cuyas categorías centrales son la igualdad política, identidad entre gobernantes y gobernados y el principio de soberanía popular.

2.3 Diferencias entre la Revolución Americana y la Francesa

La garantía de los derechos fundamentales, según el modelo tradicional británico se resuelve con la prioridad del poder judicial sobre el gobierno y sobre su prioridad también del poder legislativo. En la Revolución Francesa este modelo es diferente, pues no quiere conceder un papel garantizador importante a los jueces, porque parte de una experiencia histórica del Estado absoluto y condena a ver los jueces como enemigos de la unidad política de la nación. El planteamiento francés es tremendamente simple: “el legislador no puede lesionar los derechos individuales

¹⁰¹ El Estado constitucional se fundamenta en dos pilares básicos: por un lado, el principio político *democrático*; por otro, el principio jurídico de *supremacía constitucional*. De acuerdo con el primero, con respecto al principio político, *democrático* se entiende que corresponde al pueblo, en cuanto titular de la soberanía, al que compete el ejercicio indiscutible del poder constituyente. Según el principio de *supremacía constitucional*, se considera que la Constitución es norma superior, que obliga por igual a gobernantes y gobernados. *Vid.* PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Miguel Carbonell (coord.), Madrid, Trotta, 2003; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995 (hay ediciones posteriores); ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.

porque es necesariamente justo; y es tal porque encarna en sí la voluntad general del pueblo o nación.”¹⁰²

“Lo decisivo era que le monarca absoluto –a diferencia del rey limitado constitucionalmente representaba algo más que la vida potencialmente perpetua de la nación, de tal forma que el grito “¡el rey ha muerto, viva el rey!” significaba en realidad que el rey “es una corporación que no muere nunca”; encarnaba también sobre la tierra un origen divino en que coincidían derecho y poder. Debido a que suponía que el rey representaba la voluntad de dios en la tierra, la suya era fuente del poder y del derecho y era este origen común el que hacía al derecho poderoso y al poder legítimo. Por ello, cuando los hombres de la Revolución Francesa pusieron al pueblo en el lugar del rey. Se produjo en un país que no conocía la pobreza de las masas y en un pueblo que tenía una amplia experiencia en gobierno autónomo; no hay duda que fue una gran cosa que la revolución surgiese de un conflicto con una “monarquía limitada”. En el gobierno del rey y del parlamento del que se desprendieron las colonias no existía una *potestas legibus soluta*, ningún poder desligado de las leyes. Tenían que establecer una nueva fuente del Derecho y proyectar un nuevo sistema de poder, nunca se sintieron tentados de hacer derivar derecho y poder de un origen común. El asiento del poder se encontraba en el pueblo, pero la fuente del Derecho iba a ser la constitución, un documento escrito, una entidad objetiva y duradera que, sin duda, podía concebirse de mil modos distintos e interpretarse de formas muy diversas y que podía cambiarse y reformarse de acuerdo con las circunstancias, pero que, sin embargo, nunca fue concebida como un estado de ánimo.”¹⁰³

El problema principal, para el modelo francés, no es limitar el arbitrio del legislador, como en el modelo británico, sino afirmar su autoridad como dominio de la voluntad general sobre el espíritu de facción y construir un *legislador virtuoso*, necesariamente respetuoso con los derechos de los individuos en cuanto a expresión necesaria de la voluntad general. Garantía que

¹⁰²FIORAVANTI, Maurizio, Los derechos fundamentales...op. cit...p. 73.

¹⁰³ARENDT, Hannah, *Sobre la Revolución*, op. cit... pp. 112 y 113.

históricamente está ligada al concepto de rigidez constitucional, es decir, a la presencia de una Constitución que sea como tal capaz de imponerse, para fines de garantía, sobre las voluntades normativas del poder político, incluida la ley. Dos extremos de la revolución, el voluntarismo y el estatalismo, acaban por tocarse.

Los americanos podían declarar sin ningún inconveniente los derechos naturales porque allí la sociedad estaba constituida en su mayoría por propietarios, los cuales estaban acostumbrados a la igualdad y apenas conocían el yugo de los impuestos y los prejuicios. La positivación de los derechos naturales no alentó en América ningún papel revolucionario para la filosofía. Aquí no hubo tensión entre teoría y praxis, entre principios del derecho natural y su realización técnica en el derecho positivo. No obstante, en la Revolución Francesa (1789) la positivación del derecho natural se convirtió en una tarea revolucionaria, con la ayuda de leyes se debía instruir una organización perfecta.

“La Revolución Americana, por su parte, tiende a combinar individualismo e historicismo, excluyendo de sus propios horizontes las filosofías estatalistas europeas de la soberanía política. Y precisamente en esta combinación algunos ven la mejor expresión posible del constitucionalismo moderno en materia de derechos y libertades.”¹⁰⁴

La Revolución Americana supone una continuidad histórica y armonía entre la larga herencia jurídica inglesa y la vida política-constitucional de las trece colonias que se inicia en 1764. El idioma común, el aflujo constante de nuevos inmigrantes sobre todo de población inglesa y unas excelentes relaciones comerciales donde no sólo productos, sino ideas y pensamientos se intercambian provocó una continuidad y adaptación de las instituciones políticas y jurídicas inglesas a la nueva realidad americana. De esta forma, podemos observar una similitud absoluta entre muchos artículos de la *Declaración de derechos y libertades del buen pueblo de Virginia* y la *Bill of Rights* inglesa de 1689.

Los textos fundamentales de la tradición jurídica inglesa fueron la *Carta Magna* de 1215, la *Petition of Rights* de 1628 y la

¹⁰⁴FIORAVANTI, Maurizio, Los derechos fundamentales...*op. cit.*...p. 77.

Bill of Rights de 1689. Podemos constatar una fuerte influencia y semejanza con los textos constitucionales como la *Declaración del pueblo de Virginia* en cuanto a la institución ciudadana del *Habeas corpus*, los derechos procesales en materia penal, la implantación de la institución del jurado,

Mientras en la cultura revolucionaria francesa de los derechos y libertades, historicismo e individualismo¹⁰⁵ son absolutamente incompatibles e irreconciliables. La Revolución Americana no advirtió esta necesidad porque, sencillamente, no tenía ningún “antiguo régimen” que derribar, esto dio como origen la necesidad de construir un mundo nuevo y un nuevo sistema político fundado sobre el valor preeminente de los derechos naturales individuales, sobre los *Rights*. La Revolución Americana no tenía que destruir ningún orden estamental, ni afirmar el dominio de la ley general y abstracta sobre viejas fuentes de derecho. El gran hilo conductor de la cultura político-constitucional americana será siempre la desconfianza frente a los legisladores, en particular frente a su pretensión de encarnar la voluntad general a la manera de la Revolución Francesa. La Revolución Americana, por su parte, se afirma precisamente contra toda versión estatalista de los derechos y libertades. En resumen, podemos decir que la revolución francesa confía los derechos y libertades a la obra de un legislador virtuoso, que quiere ser altamente representativo del pueblo o nación, sin caer en sectarismo o facciones; mientras que la revolución americana desconfía de las virtudes de todo legislador.

“Desde una perspectiva histórica, la diferencia más notoria y decisiva entre las Revoluciones francesas y americana reside en que la herencia histórica de la Revolución americana era la “monarquía limitada”, en tanto que la Revolución francesa era un absolutismo que aparentemente hundía sus raíces en los primeros siglos de nuestra era y en los últimos del Imperio romano.”¹⁰⁶

La Revolución Americana huye de la omnipotencia parlamentaria británica. La Constitución para los americanos, más allá de la tradición británica, debe corresponder a un texto orgánico

¹⁰⁵ZAGREBELSKY, Gustavo *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.

¹⁰⁶ARENDT, Hannah, *Sobre la Revolución*, Pág. 210 y 211.

escrito querido por el cuerpo constituyente que defienda los derechos y las libertades, pero desde una clara preestatalidad de los derechos (*iusnaturalismo*), mientras que la concepción constitucional francesa es más positivista.

En este sentido, historicismo y *iusnaturalismo* individualista se acercan y se convierten en la única doctrina de los *Rights*, de la prioridad de los derechos sobre los poderes públicos, de este modo, se configura el constitucionalismo moderno como doctrina de la prioridad de los derechos, y por consiguiente, de los límites de los poderes públicos con finalidad de garantía.

En la Revolución Francesa se da una ambivalencia clara entre voluntarismo jacobino de la democracia directa que bascula entre la presencia física constante del pueblo y estatalismo de la democracia representativa que se obstinaba en cortar toda forma de mandato a los representantes por parte del pueblo. La Revolución Francesa precisa de una nueva representación política para legitimar a los legisladores representantes, mientras la revolución americana tiende a desconfiar de ellos, de aquí, que nos propone un modelo de relaciones políticas más cercano al jacobino, el lado democrático-radical (doctrina republicana)¹⁰⁷ de la revolución francesa, por lo menos al comienzo de la *Declaración de Independencia*.

El concepto de soberanía¹⁰⁸ como atribución al pueblo de una autoridad superior a la de los legisladores y el concepto de

¹⁰⁷FIOROVANTI, Mauricio, *Constitución, de la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001.

¹⁰⁸ El concepto de soberanía es una categoría político-jurídica fundamental en la Historia del Pensamiento Político que ocupa un lugar privilegiado en las exploraciones institucionales e intelectuales de la modernidad occidental. La tensión poder soberano popular y derechos humanos universales, en muchos debates intelectuales, se ha resuelto a favor de los derechos humanos, aunque en la práctica política nacional e internacional, lamentablemente, no ha ocurrido así. Los procesos de globalización y cosmopolitismo están debilitando progresivamente el concepto de soberanía nacional. El concepto de soberanía nacional desplazó y sustituyó el concepto roussoniano de soberanía popular. Sobre esta tensión entre cosmopolitismo, globalización y soberanía, puede consultarse: FARIÑAS, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Madrid, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2000; A. MCGREW, "Globalization and Territorial Democracy", en A. MCGRAW (comp.), *The Transformation of Democracy?*, Cambridge, 1997; Dentro de la literatura política crítica, puede consultarse STIGLITZ, J. E., *El malestar en la*

constitución como máxima fuente de derecho son el fundamento de la visión de los derechos individuales. La experiencia estadounidense el concepto de poder constituyente se une desde el principio al de rigidez constitucional, es decir, a la presencia de reglas fijas como máxima forma de tutela de los derechos y libertades contra el arbitrio del legislador. Los revolucionarios americanos, como los franceses, sobre la base de ideales iusnaturalistas en una sociedad de libres y de iguales. Los revolucionarios americanos realizaron así una constitución que es más lugar de competición entre los individuos y las fuerzas sociales y políticas que proyecto común para el futuro.

2.4 Los derechos en la época liberal: nacimiento del Estado de derecho

El Estado de derecho constituye el producto histórico resultante de las Revoluciones liberales que tuvieron lugar en Europa y América durante los siglos XVII y XVIII como Revolución gloriosa de 1688, Revolución Francesa de 1789 y la Revolución Americana que produjo la *Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia en 1776*.

Nunca se repetirá bastante que nada hay más fecundo que el arte de ser libre; pero nada asimismo tan duro como el aprendizaje de la libertad. No sucede igual con el despotismo [...]. Los pueblos se adormecen en el seno de la prosperidad momentánea que produce y cuando se despiertan son miserables. La libertad, por el contrario, nace de ordinario entre tormentas, se establece trabajosamente y con discordias civiles y sólo cuando ya es vieja se pueden conocer sus beneficios [...]. Es difícil hacer participar al pueblo en el gobierno; pero lo que es aún más procurarle la

globalización, Madrid, Taurus, 2002; HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Imperio*, Barcelona, Paidós, 2002; STRANGE, Susan, *La retirada del Estado*, Barcelona, Icaria, 2001; BECK, U., *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 1998; IANNI, Octavio, *La sociedad global*, México, Siglo XXI, 1995; THIEBAUT, C., "Cosmopolitismo y pertenencia", *Laguna*, número extraordinario, 1999, pp. 101-119; DE CABO MARTÍN, Carlos, "¿Crisis del concepto de soberanía?", en A. de Cabo y G. Pisarello (eds.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2000.

experiencia y los sentimientos que le hacen falta para gobernar bien.¹⁰⁹

El aprendizaje de la libertad, nos recuerda Tocqueville, es complejo y difícil, pero cuando se llega a él, los beneficios son múltiples y fecundos. El liberalismo europeo de la primera mitad del siglo pasado, también el francés y el alemán, está marcado por una decidida vuelta al modelo historicista, enfrentado precisamente al voluntarismo político jacobino de la Revolución Francesa. Desde esta perspectiva se critica a la revolución su exceso político, su pecado es precisamente haber querido crear artificialmente una voluntad política constituyente. En este sentido, “el liberalismo vuelve indudablemente a privilegiar la *libertad como seguridad* de la persona y los bienes, y así pone en primer plano las libertades civiles, las negativas, relegando el aspecto participativo propio de las libertades políticas, las positivas”¹¹⁰

Durante la época liberal, las asambleas representativas, elegidas de modo censitario, van adquiriendo su propio espacio; pero la sociedad burguesa no tiene necesidad de sentirse constituyente; le basta con sentirse sociedad de individuos que progresan de manera tranquila y ordenada, de esta forma, se pone de manifiesto como el liberalismo decimonónico repudia la versión jacobina y voluntarista de la revolución.

Sin dudas, Thomas Hobbes es el filósofo que proporciona sin quererlo la visión estatalista que despoja a los derechos naturales de su condición de preexistencia a todo derecho positivo. La Filosofía Política de Hobbes suministra por tanto el fundamento teórico de la visión estatalista¹¹¹ al afirmar como el estado de naturaleza se caracteriza por *bellum omnium contra omnes*, esto legitima la no existencia de ninguna libertad o derecho individual anterior al Estado, antes de las fuerza imperativa y autoritaria de las normas del Estado, las únicas capaces de fijar posiciones

¹⁰⁹ TOCQUEVILLE, A., *op. cit.*, vol. I, pp. 242 y 315.

¹¹⁰ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales...op. cit...*p.99.

¹¹¹ Vid. HOBBS, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto, Fondo Cultura Económica, México, 1987, (original en inglés 1651); MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1970.

subjetivas a cada uno. Hobbes de alguna forma suplanta a Locke, aunque este último sea un filósofo posterior. La fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparece en el *Leviatán* de Hobbes, en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica¹¹² y por tanto del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Aquí, podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo de Derecho moderno, pero no el origen del Estado constitucional de Derecho. En concreto, Spinoza y Locke son los padres del constitucionalismo democrático del Estado contemporáneo.

En concreto, la cultura individualista y contractualista de los derechos naturales, entre el *pactum societatis* y *pactum subiectionis*, no existe ninguna *societas* antes del único y decisivo sometimiento de todos a la fuerza imperativa y autoritativa del Estado. Surge la distinción entre contrato (*contract*) y pacto (*pact*) (Duso, 1987). Desde la cultura estatalista el Estado político organizado nace de la voluntad de individuos, y en particular de la necesidad de seguridad, sin embargo, este contrato no se obtiene ya con un contrato en el que las partes se dan ventajas y asumen el compromiso, sino un pacto, acto de subordinación unilateral, no negociable, irreversible y total con el que todos simultáneamente se someten al sujeto investido con el monopolio del *Imperium*.

“Lo que la cultura estatalista no puede admitir es un poder constituyente entendido como contrato de garantía (*contract*) entre partes distintas, que ya poseen bienes y derechos y promueven el nacimiento del Estado político para poseer mejor los unos y los otros.”¹¹³

¹¹² La fórmula *Auctoritas, non veritas facit legem* aparece en la obra *Leviatán* de Thomas Hobbes, en ella se expresa la afirmación del monopolio estatal de producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de un Estado válido que responde a la visión ideológica del positivismo jurídico actual. Podemos apreciar el origen y configuración del Estado legislativo de Derecho moderno, pero no el origen del Estado constitucional de Derecho. Hobbes, Thomas (1940) *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, (trad. Manuel Sánchez Sarto), F.C.E., México (original en inglés 1651).

¹¹³ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales...op. cit...*p. 49.

Se opta por dar por terminado el desarrollo histórico que el iusnaturalismo racionalista moderno había alcanzado en el siglo XVII, o sea que, ya no es posible fundar los derechos y libertades sobre el gran argumento del estado de naturaleza, contraponiendo el derecho natural de las libertades al derecho positivo del Estado.

En el Estado liberal de derecho decimonónico, la amplitud de las libertades civiles, las negativas, así como las formas de garantía de estas libertades dependen de un acto de auto limitación del Estado soberano; y las libertades políticas positivas, dependen de un acto de soberanía del Estado, que llama a los individuos-lectores a desarrollar la función pública, es decir, a designar a la clase política dirigente.

“La libertad política – dirá Montesquieu – no se halla sino en los gobiernos moderados, pero ni siquiera en éstos la hallamos siempre; la libertad no existe más que cuando no se abusa del poder: pero hay una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder abusa de él, justo hasta el punto en que encuentre límites ¡Quién lo diría! Incluso la virtud tiene necesidad de límites. Para que no se pueda abusar del poder es necesario disponer las cosas para que el poder frene al poder.”¹¹⁴

Todas las libertades se fundan sólo y exclusivamente sobre las normas del Estado, se tiene que admitir por fuerza que solo los derechos fundamentales son tratados conforme a las leyes del Estado. Toda la problemática de las libertades se reduce a la problemática de las soluciones jurisdiccionales que se pueden invocar en el caso de que alguien lesione un derecho individual fundado sobre la ley. Los derechos y libertades tienden a asegurarse más sobre el Estado y su derecho que sobre la constitución. En una palabra, “la tutela de los derechos garantizados por la constitución se sustituye por la certeza del derecho garantizado por el código y por la ley, por el derecho positivo del Estado.”¹¹⁵ Mientras en los Estados Unidos los derechos están en la Constitución y el arbitrio puede provenir de los poderes del Estado, en la Europa continental

¹¹⁴ MONTESQUIEU, *Oeuvres complètes*, t. I: *L'esprit des lois*, A. Belin, 1817, p. 128.

¹¹⁵ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales...op. cit...*p. 110.

los derechos están en el Estado y el arbitrio puede provenir del poder constituyente, del contrato social.

Habermas constata que el Estado democrático de derecho está construido sobre una desconfianza frente a la naturaleza corrompible del ser humano¹¹⁶. Al Estado le preocupa más la desobediencia al imperio de la ley que, por ejemplo, si está o no bien fundamentado moralmente su ordenamiento jurídico o se va eliminando progresivamente la corrupción de sus instituciones. En este sentido, un Estado de Derecho meramente legalista y formalista se sitúa en una situación paradójica, ambivalente y controvertida. Este Estado de legalidad debe ser superado por un Estado plenamente constitucional cuyo referente último de legitimación política y democrática viene garantizado por los derechos fundamentales. La tarea urgente ahora es construir un verdadero Estado Constitucional donde las libertades públicas y los derechos fundamentales formen parte integrante de la cultura socio-jurídica de la sociedad civil y del resto de las instituciones políticas y sociales.

El absolutismo contemporáneo que subyace actualmente en la fórmula parlamentario-paridocrática no se concilia con la finalidad del Estado Constitucional: la garantía de la libertad y los derechos fundamentales a partir de la limitación objetiva del poder reglada por vía constitucional. Y es que el disfrute de las libertades civiles y políticas¹¹⁷ no basta, no es pleno si no se acompaña del ejercicio efectivo de la libertad política que constituye el alma de la democracia constitucional. Nuestro constitucionalismo contemporáneo debe pasar de ser una constitucionalismo

¹¹⁶Cfr. HABERMAS, J., "La desobediencia civil: piedra de toque del Estado de Derecho" en *Ensayos políticos*, Ediciones península, Barcelona, 1988, p.75; HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 1994, (trad. Español *Facticidad y validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998); HABERMAS, J., "Derecho Natural y Revolución" en *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, Madrid, Ed. Altaya, pp. 86-116.

¹¹⁷En este sentido, la concepción de Constitución como integración ciudadana me parece muy acertada de cara a implementar las reformas del Estado democrático hacia un Estado de libertades y derechos fundamentales. Vid., AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (coord.), *La democracia en el Estado constitucional*, México, Porrúa, 2009.

meramente formal y normativo a convertirse en un constitucionalismo plenamente integrador y democrático.

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS SOCIALES EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL

3.1 Los derechos económico-sociales en el Estado social

En las sociedades avanzadas, el reconocimiento de la ciudadanía y de los derechos sociales constituye una de las formas primordiales de mantener una mayor cohesión social y política. Estos derechos sociales garantizados por los Estado social moderno surgen del ejercicio de los valores de la solidaridad y justicia social que han reivindicado tradicionalmente los movimientos obreros bajo la visión filosófica socialista. Hoy por hoy, casi todos los autores están de acuerdo en como el Estado benefactor ha sido sometido a tensiones que no son fáciles de resolver en los países desarrollados, y muy especialmente, en aquellos que están en vías de desarrollo con necesidades fuertes, urgentes e ineludibles. El Estado de bienestar (*Welfare State*) nació en este siglo como una respuesta a la crisis de inestabilidad del capitalismo y remedio a la incapacidad de autorregulación del mercado.

El Estado social de Derecho¹¹⁸ constituye un Estado decididamente intervencionista, un Estado activo con un “ejecutivo fuerte”. El Estado social de Derecho es considerado así como una

¹¹⁸Salvador GINER y Sebastián SARASA analizan los dilemas, fallos, aporías e inconvenientes del actual Estado de bienestar en “Altruismo cívico y política social” en GINER, S, y SARASA S. (comp.) *Buen gobierno y política social*, Ariel, Madrid, 1997. Igualmente puede verse la obra de LUCAS VERDÚ, P., *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensia, 1955, donde manifiesta cómo junto a los derechos de libertad aparecen con Weimar (1919) los derechos sociales de forma que se conjugan y compatibilizan el Estado material del Derecho junto a su el carácter formal de reconocimiento de derechos y libertades.

auténtica conquista histórica, como un paso adelante respecto a los tradicionales Estados liberales y su desviación histórica de éstos en los Estados totalitarios.

El profesor Elías Díaz establece la distinción y oposición entre Estado social de Derecho y Estado de Bienestar (*Welfare State*). El modelo de Estado de bienestar no produce todavía una sociedad suficientemente democrática, una sociedad suficientemente nivelada. Como dice el profesor Tierno Galván: “Apoyándose en el hecho del crecimiento constante del bienestar, se configura un hombre occidental trivializado por la facilidad y el nivel de consumo. En otras ocasiones lo hemos llamado el *consumidor satisfecho*.”¹¹⁹ Económicamente el *Welfare State* (el Estado social de Derecho) supone y significa la culminación del capitalismo, de modo que este modelo de Estado no es todavía Estado democrático de Derecho. El Estado de bienestar representa un intento de compatibilizar dos elementos, neocapitalismo y bienestar en el marco de una sociedad fuertemente tecnificada.

“El mayor inconveniente del *Welfare State* es el aflojamiento de la tensión moral. El modelo de *consumidor satisfecho* es más materialista –dice el profesor Aranguren- que el modelo marxista del proletariado revolucionario.”¹²⁰

Los derechos sociales pueden considerarse expectativas o pretensiones de recursos y bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas, en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas; pero fundamentalmente a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo o inexistente.

El destacado filósofo del derecho Luigi Ferrajoli observa cómo estos derechos sociales sufren una laguna de garantías,

¹¹⁹TIERNO GALVÁN, Enrique, Acotaciones a la historia de la cultura occidental en la Edad Moderna, Madrid, Tecnos, 1964. p. 319. Ver DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998 (3ªed.), p. 110.

¹²⁰ARANGUREN, José Luis, *Ética y Política*, Madrid, Ed. Guadarrama, 1963., pp. 293. El profesor Elías Díaz concibe el “*Welfare State* como un *Warfare State*, y que con esta mentalidad –de absoluto desprecio al ser humano- ha pasado de la dirección de los viejos “campos de concentración” del nazismo a la dirección de los nuevos “campos de consumición” del neocapitalismo”. Cfr., DÍAZ, ELÍAS, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, *op.cit.*, p. 127.

imperfecciones o incluso aún su conculcación. La ciencia jurídica no ha elaborado aún formas de garantías en eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales, como los de libertad y autonomía. Los derechos sociales imponen deberes de hacer (u obligaciones). Su violación no se manifiesta por tanto, como en el caso de los de libertad en reparaciones por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones o en carencias de prestaciones simplemente. Por consiguiente, el derecho al trabajo incluido como derecho fundamental en todas las Constituciones de América latina se convierte en una norma menos efectiva y retórica. Evidentemente, esto se debe a que los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y político, tanto porque estos derechos tienen unos costes elevados, como por todo el complejo y aparatoso sistema de mediación burocrática del Estado de bienestar (*Welfare State*).

El Estado de bienestar (*Welfare State*) no desarrolla una normatividad específica propia, ni una teoría del derecho del Estado social, ni una teoría política del Estado social del Derecho. Como afirma Ferrajoli, no da origen en suma, “a un garantismo jurídico-social en añadidura al garantismo jurídico-liberal de los tradicionales derechos individuales de libertad.”¹²¹ De este modo, el *Welfare State* se presenta como un conjunto consolidado de prácticas económicas y políticas marcado por la anomia o ajuricidad, y, en cualquier caso, un rebosamiento exorbitante de la vieja forma de Estado de Derecho con su fachada constitucional.

“El objetivo, en suma, en la fase de crisis del derecho que atravesamos, es un galantismo de los derechos sociales casi completamente por fundar, y una galantismo de la libertades individuales en gran medida por restaurar.”¹²²

En la organización práctica de estos derechos económicos y sociales, como el derecho a la educación o la protección de la salud, se equipara con los derechos individuales, civiles y políticos, y se les

¹²¹FERRAJOLI, Luigi, “Stato sociale e estato diritto”, publicado en *Política del Diritto*, a.XIII, núm. 1, marzo 1982, (trad. Italiano de Alexei Julio y Gerardo Pisarello en ABRAMOVICH, V. AÑÓN, M.J. Y COURTIS, Ch. (comp.) *Derechos sociales*, México, Fontamara, 2003, pp. 7-21, p. 12.

¹²² FERRAJOLI, Luigi, op. cit. p. 21.

otorga el carácter de universales, esto es, derechos iguales para todos. No obstante, como ha señalado el profesor Gregorio Peces-Barba, un serio error de concepto de estos derechos es que sirven para mantener la desigualdad, y actúan, para aquellos beneficiarios que no los necesitan realmente y, de cierta forma, están potenciando una mayor desigualdad.¹²³

John Rawls defiende un “*liberalismo americano del Estado de bienestar social*”, la idea de que los gobiernos han de prestar a sus ciudadanos el mayor abanico posible de derechos civiles y de oportunidades económicas. Cualquier gobierno que no sepa conducirse por normas democráticas, que fracase en la apertura de oportunidades económicas y promoción del bienestar de los ciudadanos menos prósperos y más desamparados estaría violando sus derechos morales.

El liberalismo político de Rawls intenta compaginar los ideales de libertad e igualdad. Ni individualismo exacerbado, ni igualitarismo que de lugar a la uniformidad, la mediocridad y la anulación de diferencias. Ni individualismo que venda la igualdad a cambio de libertad total, ni igualitarismo que venda la libertad y la descarte. Como buen liberal, la libertad es fundamental para Rawls. Sin embargo, los otros dos ideales ilustrados¹²⁴, igualdad y la fraternidad, esta última formulada en el segundo principio de justicia o principio de diferencia, están presentes en toda su obra.

El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad¹²⁵, es decir, como las instituciones sociales más importantes regulan la distribución de los derechos y deberes fundamentales y las ventajas derivadas de la cooperación social, en concreto la *Constitución política* y principales ordenamientos económicos y sociales.

Según el último *Informe* del Banco Interamericano de Desarrollo, América Latina en su conjunto cerró el siglo XX como la zona más desigual de la tierra, con bastante más de un tercio de la

¹²³ PECES BARBA, G. “La universalidad de los derechos humanos” en Nieto Navia, R. (ed.) *La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH Ed., San José, 1994, pp. 399-421.

¹²⁴ RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford, 1972 (ed. Cast. *Teoría de la Justicia*, trad. M.d. Gonzalez, México, FCE, 1993.)

población por debajo de los niveles de subsistencia usualmente estimados como mínimos y con casi una cuarta parte de sus habitantes carentes de educación. La región padece claramente de una grave situación de desigualdad si la comparamos con otras regiones del mundo con niveles similares de PBI. “América Latina brinda desde hace tiempo el ejemplo por excelencia de una gran *desigualdad* unida a una gran *pobreza* y a una gran *polarización*”

La actual crisis fiscal y económica de los Estados en América Latina producida por la financiación de los mismos, impiden el ejercicio efectivo de estos derechos económicos-sociales. El aumento de la demanda de los titulares de estos derechos, junto al problema interno de la financiación estatal (aumento del déficit público, excesiva deuda externa, mala gestión, corruptelas) impiden un efectivo desarrollo de los mismos. Como ha manifestado Habermas el Estado social, en su desarrollo, ha entrado en un callejón sin salida, de alguna forma, en él se agotan las energías de la utopía de la sociedad del trabajo; pero, por otra parte, constituye la única esperanza de los más desheredados y desfavorecidos de la sociedad.

“Desde los años setenta están haciéndose evidentes los límites del proyecto del Estado social sin que, hasta la fecha, sea visible una forma sustitutoria nítida [...] el programa del Estado social, que sigue alimentándose de la utopía de la sociedad del trabajo, ha perdido la capacidad de formular las posibilidades futuras de alcanzar un vida colectiva mejor y más segura.”¹²⁵

La globalización implica el libre movimiento de capitales y el aumento de dominio por parte de los mercados financieros y las corporaciones multinacionales de las economías nacionales. En este sentido, vemos que existe un desequilibrio o desfase al ver cómo el desarrollo de nuestras instituciones internacionales no han seguido el mismo ritmo que el desarrollo de los mercados financieros internacionales: la globalización de la economía ha avanzado mientras nuestras medidas políticas se han quedado atrás.

¹²⁵HABERMAS J., “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energía utópicas” en *Ensayos políticos*, Península, Madrid, p.166.

La pobreza priva a millones de personas de sus derechos fundamentales, derechos políticos, culturales y socio-económicos. Sin embargo, tenemos que abordar una concepción integral y amplia de desarrollo, que dependa de una concepción de democracia, pues la prosperidad económica también está ligada al desarrollo y profundización de las libertades y derechos fundamentales. La democracia está indisolublemente ligada al desarrollo socio-económico, como afirma Giovanni Sartori: “La teoría economicista no nos debe hacer olvidar que la democracia como sistema político de demo-protección es un bien en sí mismo, y que es siempre mejor ser pobres “libres”, en libertad, que no pobres en esclavitud”¹²⁶

El Estado social de Derecho, como agente central de crecimiento y justicia, sufre por un lado el ataque de la internacionalización de la economía, y por el otro el de la fragmentación de identidades culturales, el primero a nivel global, mientras que el segundo es a nivel local; globalización económica y diversificación o fragmentación cultural son los dos filos de la nueva espada de Damocles¹²⁷ que desafía al príncipe del Estado, dejando su trono y reinado semivacío.

“En realidad lo que se está produciendo es un hecho muy diferente: en un mundo globalizado y universalizado como el actual, aunque no necesariamente tenga que seguir siendo siempre así, el Estado ya no es la unidad más eficiente para la consecución

¹²⁶SARTORI, Giovanni: *Democracia: exportabilidad e inclusión*, Discurso de entrega del Premio Príncipe de Asturias a las ciencias sociales del 2005, *El País*, 22-10-2005. Las teorías economicistas de la democracia han relacionado frecuentemente la prosperidad material y económica de una determinada sociedad (liberalismo económico) con el desarrollo y evolución de sus libertades políticas (liberalismo político) cayendo en un determinismo economicista y no dejando claro ni explícito, a menudo, el tipo de liberalismo que se está defendiendo, pues no hay nada necesariamente democrático en una Estados económicamente liberales donde no se facilita la igualdad de oportunidades a todos sus ciudadanos.

¹²⁷ Maquiavelo, en el siglo XV, contempló la fragmentación y la debilidad de los Estados italianos y apostó por su fortalecimiento y conservación como garantía segura frente al caos, la guerra y la inseguridad. Indudablemente, las amenazas son otras; pero volvemos a asistir a una desintegración de los Estados modernos, por diferente causa. Entonces se constituían los Estados-nación, hoy comienza su crisis crónica, tal vez, irreversible especialmente en algunos países de América Latina.

de objetivos económicos, fiscales, monetarios, sociales, culturales, educativos o incluso militares. El Estado está siendo superado, en cada una de estas parcelas por las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, las empresas transnacionales, las fuerzas de mercado, todas ellas.”¹²⁸

Estamos asistiendo a un doble proceso, por un lado, la ruptura de las sociedades nacionales en beneficio de los mercados internacionales (transnacionales, corporaciones...) y por el otro, una vuelta a ciertos nacionalismos regresivos y defensivos frente al proceso de globalización. La construcción de una ciudadanía democrática en América Latina se fundamenta en dos pilares imprescindibles, por un lado, el fortalecimiento y consolidación del Estado Constitucional de derecho y, por otra parte, la vertebración de la sociedad civil¹²⁹ en organizaciones no gubernamentales, asociaciones civiles, movimientos cívicos que, de alguna forma, impulsen la participación política-ciudadana y signifiquen un control democrático y contrapeso al poder establecido.

Respecto a este aspecto debemos resaltar una clara y nítida diferencia entre Estado de Derecho y Estado Constitucional; un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. Esta delimitación puede ser útil para expresar la legitimidad constitucional de nuestras instituciones políticas como garantes y defensoras de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, sin embargo, el Estado

¹²⁸Véase CARRIÓN RODRÍGUEZ, Alejandro J.: “El derecho internacional a la hora de la globalización” en Oliet Palá (comp.) *Globalización, Estado y Democracia*, Servicio publicaciones Universidad de Málaga, Málaga, 2003, p. 276. Aunque también tenemos precisar en oposición a los análisis apocalípticos de los Estados-nación, como afirma el eminente sociólogo Ralf Dahrendorf y Adair Turner, que los gobiernos nacionales todavía tienen aún más margen de maniobra de lo querían hacernos creer algunas exageradas descripciones de la globalización, véase en Dahrendorf, R., *Después de la democracia*, FCE, México, p.21.

¹²⁹Para ampliar más la importancia del desarrollo de la sociedad civil puede consultarse otro trabajo AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Problemas de gobernabilidad democrática y ciudadanía social en América Latina” en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (ed.) *Las transformaciones del derecho en Iberoamérica*, Editorial Comares, Granada, 2008.

Constitucional específica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado.

Por el segundo aspecto, es importante no sólo la democratización del Estado, sino de la sociedad civil en general. Sin la participación en los múltiples asociaciones que puedan existir en una sociedad liberal, más que ciudadano, el ser humano es un individuo vulnerable en manos de las modas culturales (cultura de masas) y de líderes y partidos políticos oportunistas. La opinión pública no consiste en la opinión de las masas o de la mayoría, sino la opinión de un pueblo organizado y articulado con una información veraz y plural. El liberalismo político, en cierta manera, ha formado al individuo, pero no al ciudadano. Y el concepto de ciudadanía, por otra parte, ha quedado reducido a sus aspectos meramente formales y legales (pertenencia a un territorio, derechos básicos,...)¹³⁰ Hemos olvidado que la ciudadanía es un derecho; pero también una fuente de responsabilidad y obligaciones.

3.2 Los Derechos fundamentales en el Estado constitucional

La modernidad ha considerado siempre el concepto de ciudadanía como un concepto ligado al de derechos humanos, de forma que derechos del hombre y del ciudadano se marcaron desde un principio como indisolublemente unidos. Esta lucha y conquista de los derechos que durante décadas han realizado los hombres y las sociedades pueden verse reflejados en el reconocimiento de los derechos fundamentales, a nivel nacional como internacional.

Los derechos fundamentales constituyen, de este modo, la categoría político-jurídica que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales forman parte integrante, necesaria e ineludible de la cultura jurídica de todo “Estado constitucional” en la medida que se incorporan como derechos constitucionales al ordenamiento jurídico estatal.

¹³⁰Para ampliar más consúltese AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *La ciudadanía y la participación política en el Estado democrático de derecho*, México, Porrúa, 2010.

“El Estado constitucional *“internaliza”* los derechos humanos de un modo específico, porque, y en la medida en que los convierte en tema de los fines de la educación. En el fondo pretende educar a sus ciudadanos, desde la juventud, como “ciudadanos del mundo” [...]”¹³¹

La peculiaridad del concepto de Constitución del primer constitucionalismo, tanto francés como norteamericano consiste en su fuerte “carga política”. Así, no es Constitución cualquier ordenación jurídica del Estado, sino como señala el art. 16 de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789*: “*toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución*”

El Estado democrático de derecho es un proceso de conquista histórica de los derechos fundamentales expresado a través de la disidencia colectiva o de formas de resistencia al poder establecido. La historia europea de los derechos fundamentales, por ejemplo, puede entenderse como un proceso de aprendizaje colectivo de este tipo, interrumpido por derrotas. Desde esta perspectiva, afirma Habermas “El Estado democrático de derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar una ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes”¹³²

La *Constitución* de un Estado democrático es una “*obra abierta*” con un carácter necesariamente falible y, por tanto, revisable. No es un documento histórico muerto, sino un proyecto de sociedad justa que señala el horizonte de expectativas de una comunidad política y que sus miembros mediante sus diferentes

¹³¹HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. p. 177 Peter Haberle interpreta cómo la teoría de la Constitución, entendida como ciencia jurídica de los textos y la cultura, puede asociarse con una “filosofía de las imágenes”, ya que la teoría del derecho del Estado trabaja tanto con la “imagen de hombre”, “imagen del Estado” y la “imagen del mundo”.

¹³²HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Madrid, Trotta, 1998. (trad. Manuel Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998, p. 203.

lecturas deben ir adaptando a los cambios sociales más allá del papel de meros destinatarios de las normas, los ciudadanos conforman “la sociedad abierta de intérpretes constitucionales”.¹³³

La doctrina tradicional afirma la naturaleza pre y supra estatal de los derechos fundamentales, considerados estos como “derechos absolutamente inderogables e intocables”. Esta autosuficiencia de los derechos fundamentales ha sido defendida por un corriente iusfilosófica amplia y dominante que defiende la primacía constitucional de los principios y valores frente a las reglas. Como afirma Werner Kagi “es una realidad que los *derechos fundamentales* –si bien no garantizados por el instrumento formal constitucional- son mejor defendidos por el “*Rule of law*” inglés que por cualquier Constitución”.¹³⁴ Sin duda, nos encontramos ante dos modelos jurídicos de interpretación totalmente diferentes, por un lado el modelo de “*Comon Law*” y, por otro, al modelo continental europeo que busca una protección eficaz de los derechos fundamentales a través del principio de supremacía constitucional.

La Constitución no es una mera norma jurídica del Estado, sino la norma fundamental, y, desde esta posición, desempeña la función primordial y prioritaria de garantizar los derechos civiles y políticos de los ciudadanos acomodando a tal fin la organización de los poderes del Estado. Desde un punto de vista jerárquico-normativo, la Constitución es la norma suprema, aquella que no depende de ninguna otra superior. Así pues, la Constitución se articula con un *critério hermenéutico*¹³⁵ que inspira a todo el resto del ordenamiento jurídico, o sea, la necesidad de interpretar todo el

¹³³ HÄBERLE, Peter: “El Estado Constitucional europeo” en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Ed.) *La Constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004.

¹³⁴ Cfr. KÄGI, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, (estudio preliminar Francisco Fernández Segado), Dykinson, Madrid, 2005, p. 215.

¹³⁵ La Filosofía Jurídica de Radbruch, Stammler, Hart, Larenz, Alexy, Perelman ponen de manifiesto el enorme papel de la hermenéutica jurídica dentro de lo que es la constitucionalización de todo ordenamiento jurídico y la enorme relevancia que adquieren los conceptos morales del Derecho dentro de esta labor interpretativa, argumentativa y legislativa. DIAZ, Elías, *Filosofía del Derecho: legalidad y legitimidad*. Madrid, Fundación Juan March, 1999.

conjunto legislativo en conformidad con la Constitución. El sistema constitucional es un proceso técnico abierto en cuanto norma, porque supone, por un lado, la participación de la pluralidad de intérpretes que van desde el Tribunal Constitucional a la doctrina iuspublicista, pasando por los diferentes operadores jurídicos y políticos, de este modo, aplicar es ya interpretar.

El Estado constitucional moderno se caracteriza, por una creciente densidad normativa¹³⁶, es decir, como manifiesta el profesor Werner Kagi, una progresiva precisión, delimitación y restricción de las competencias de las autoridades estatales. En la actualidad presenciamos un desarrollo inverso: un nuevo avance del “poder político”. Esto redundo, sin lugar a dudas, a un declive claro y contundente de la densidad normativa (disminución de los preceptos fundamentales constitucionales) y, por otro lado, una disminución de la firmeza y precisión de las normas (inclinación a debilitar y cuestionar su sentido jurídico normativo).

Peter Häberle subraya la importancia de la dimensión cultural de la Constitución que impide fluctuaciones arbitrarias de la norma, hace predecible y controlable el funcionamiento de las instituciones, reduce la tensión entre gobernantes y gobernados y refuerza el Estado de derecho mediante un sistema espontáneo, general y duradero de adhesión a la norma. De esta forma, Häberle constata la relación estrecha y directa entre el desarrollo de los derechos fundamentales y los procesos culturales. Ambos procesos el normativo y el cultural entran en sinergia y se estimulan recíprocamente¹³⁷. El deterioro del entorno cultural, las regresiones autoritarias, la ausencia de políticas culturales precisas y adecuadas, las deficiencias institucionales, las tensiones políticas no resueltas, las crisis económicas y sociales afectan directamente

¹³⁶ Véase capítulo “El demontaje de la Constitución jurídica” en Kagi, Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado*, Dykinson, Madrid, 2005 p. 136. En los regímenes fascistas, totalitarios y nazis el legislador se ha convertido en la mayor amenaza para la libertad y los derechos fundamentales. De esta forma los constitucionalistas europeos, después de la segunda guerra mundial han dirigido su mirada hacia el constitucionalismo norteamericano.

¹³⁷ HÄBERLE, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001; ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.

al desarrollo y crecimiento de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva a lo largo del tiempo y cuentan con una dinámica propia que les permite desdoblarse hacia nuevos espacios y ensanchar su contenido. De este modo, Haberle interpreta la Constitución no sólo como un entramado jurídico de reglas sino como condición cultural de un pueblo. “No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de autorepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas.”¹³⁸

De esta forma, Häberle reivindica Constituciones vivas como producto y resultado de de todos los intérpretes constitucionales desde una concepción de sociedad abierta popperiana donde la eficacia y acatamiento de la misma radica en el arraigo de un *ethos* ciudadano y en la vida de la comunidad política. De esta forma, el ámbito jurídico es sólo un aspecto más de la Constitución como cultura, en palabras de Haberle: “la realidad jurídica del Estado constitucional representa sólo una parte de la realidad de una Constitución viva, que, en profundidad, es de naturaleza cultural.”¹³⁹

De este modo, el profesor Häberle profundiza y conecta la idea de un Estado constitucional en el concepto de soberanía popular y democrática, a la manera de Rousseau, cuando critica las deficiencias del sistema representativo: “el pueblo no es precisamente una majestad unitaria que emana sólo el día de la elecciones. El pueblo como majestad pluralista no es menos presente y legitimador para las interpretaciones del proceso constitucional.”¹⁴⁰

¹³⁸HÄBERLE, Peter: *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. (prologo de Antonio López Pina), Trotta, Madrid, 1998, p. 46.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 47.

¹⁴⁰VALADÉS, Diego, Estudio introductorio Haberle, Peter: *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México. Sin lugar a dudas como expresa acertadamente corresponde a un tipo evolucionado de sociedad, en tanto, que sociedad abierta de los intérpretes constitucionales tiene que ser, a la vez, una sociedad altamente informada e integrada o al menos, medianamente culta, ilustrada y cívica.

El punto de partida de la doctrina de Haberle es que el contenido de la Constitución es, en su mayor parte indeterminado y que, por consiguiente, la Constitución vive de la interpretación. En este sentido, Haberle distingue entre interpretación e intérpretes “*en sentido estricto*” y “*en sentido amplio*”. La interpretación en sentido estricto es una actividad consciente dirigida a la comprensión y aplicación de la norma. La interpretación en sentido amplio comprende cualquier “*actualización*” de la Constitución (cualquier ejercicio de derecho constitucional, de una función constitucional...) La puesta en práctica de la Constitución es pues, interpretación de la Constitución en sentido amplio y en ella participan todos los ciudadanos, grupos sociales y órganos estatales. Todos ellos son “*fuerzas productivas interpretadoras*”¹⁴¹ que proporcionan materiales hermenéuticos a los intérpretes en sentido estricto. De este modo, podemos decir que la interpretación de la que vive la Constitución es una forma de participación cívica y democrática.

La Constitución debe remitirnos a una concepción dinámica, abierta y creativa de derecho, actividad tendente a preservar una cierta unidad política y que tiene que ver no sólo con la competencia jurisdiccional, sino con decisiones ético-políticas. Si concebimos la Constitución exclusivamente como “*sólo texto escrito*”¹⁴² y la defensa de la Constitución como control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y la

¹⁴¹Véase para un estudio más destallado y profundo sus obras Haberle *La Constitución como proceso público (öffentlich)* y *Materiales para una teoría constitucional de la sociedad abierta*. También puede consultarse la obra del profesor Estévez Araujo, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, donde se realiza un estudio pormenorizado de las implicaciones y consecuencias constitucionales de la desobediencia civil en un Estado democrático de Derecho.

¹⁴²Con la culminación de la unificación alemana y el dominio del positivismo jurídico en el ámbito del derecho público se impuso un concepto de Constitución estrictamente formal y despojado de exigencias políticas. La Constitución era entendida como una ley. En este sentido, la constitución aparecía como fruto de la voluntad de Estado y no como el elemento creador y dinámico, constitutivo del mismo. Esta concepción de constitución como ley responde al modo como nació históricamente el imperio alemán y se corresponde con el pensamiento de su creador, Bismark. De esta forma, la tarea del jurista debe ceñirse exclusivamente al material jurídico-positivo.

interpretación constitucional como mera operación técnico-jurídica podemos encontrarnos ante un estrecha, simple y reduccionista visión positivista. La Constitución, con frecuencia, nos remite a principios iusnaturalistas y su interpretación no es una operación meramente técnico-jurídica, con lo que se pone en duda el carácter jurisdiccional de la actividad del juez constitucional.

“La Constitución no es un orden jurídico exclusivamente dirigido a juristas a fin de ser interpretado conforme a antiguas y nuevas reglas; esencialmente opera como referencia para quienes no son juristas, para el ciudadano. 12 *Ibíd.*, p.99. En el Estado constitucional los derechos fundamentales no pueden ser abarcados suficientemente por más tiempo con el convencional concepto de eficacia concebida, sea jurídica, sea sociológicamente. De lo que andamos solícitos es de la categoría de (cultura de los derechos fundamentales). [...]. Ésta comprende tanto el comportamiento de los ciudadanos y grupos participantes en la realidad de los derechos fundamentales, como la expresión de los poderes públicos y los particulares vinculada por los derechos fundamentales, siendo capaz de integrar el otro aspecto, es decir, la eficacia como objetivo pedagógico para los jóvenes.”¹⁴³

Muy a menudo existe el problema de la vaguedad e imprecisión de las disposiciones constitucionales materiales, que incorporan criterios de decisión situados fuera del texto de la Constitución (como valores suprapositivos o creencias compartidas por la población), entonces la capacidad y la legitimidad exclusiva del Tribunal Constitucional para defender la Constitución queda puesta seriamente en duda. Un tribunal no puede pretender, por ejemplo, ser mejor interprete de la voluntad popular que un órgano electivo, y en cierta medida, debe disponer de censores más eficaces que otros órganos estatales para detectar los valores realmente vigentes en el seno de la sociedad. Nadie puede arrogarse una absoluta infalibilidad en la interpretación constitucional, esto podría llevarnos a una cierta posición arrogante y prepotente y, sobre todo, nos hallaríamos ante una concepción demasiado

¹⁴³HÂBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 267 – 268.

estrecha del control constitucional del ordenamiento jurídico normal.

La diferencia estriba en concebir la Constitución como proceso abierto, dinámico y creativo siempre cambiante ante los nuevos procesos sociales, económicos e históricos que se producen. Una concepción más dinámica de la Constitución obliga al intérprete a la Constitución a adoptar una posición más abierta y flexible. La Constitución no debe ser interpretada de forma aislada, sino en un proceso integrador global, contextualizando el texto en un proceso social y político cambiante y dialéctico. De esta forma, sería conveniente una apertura del Tribunal Constitucional ante los procesos institucionales y sociales que surgen de una sociedad democrática pluralista. En este sentido, considero que tenemos que superar la concepción de que la democracia¹⁴⁴ como la voluntad soberana del pueblo entendido como un todo homogéneo y compacto, sino ver la democracia como la posibilidad de la minoría en convertirse en mayoría, es decir, como la expresión de un juego de mayorías y minorías donde las minorías tienen voz y voto, y de esta forma podemos alcanzar un “*pluralismo democrático agonístico*”. Desde este punto de vista, garantizar la democracia consiste en salvaguardar los mecanismos que permiten la configuración de alternativas y proporcionan oportunidades a todos los participantes para poder expresarse., puesto que el valor fundamental de la democracia es alcanzar el pluralismo político, ideológico y religioso.

¹⁴⁴Ante este punto de vista puede leerse los trabajos de MOUFFE Chantal: *La paradoja de la democracia*, Barcelona, Paidós, 2002.

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

*“Cuanto que gozar, en un mundo donde hay tanto que
transformar, reformar, tantas injusticias que suprimir,
tanto sufrimiento que eliminar,
tanta belleza que construir.”
John Stuart Mill, On liberty*

4.1 Fundamento iusnaturalista, iuspositivista e iusociologista

Los derechos humanos constituyen una de las grandes invenciones de la modernidad política y jurídica producida en nuestra cultura occidental. Una cultura multiseular donde dialogan diversas tradiciones con un fuerte componente de vocación universalista. Los derechos humanos representan un instrumento idóneo y pertinente para evitar cualquier tipo de atropello, vulneración o catástrofe contra la vida humana.

En la actualidad, hemos alcanzado un consenso normativo internacional respecto a los derechos humanos, acontecimiento que representa una sólida defensa de un cierto universalismo relativamente fuerte en oposición a un relativismo cultural en sentido débil expresado por ciertas corrientes iusfilosóficas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas representa una respuesta mínima de convergencia de valores humanos interculturales frente a las amenazas especiales que conllevan las instituciones modernas. En este sentido, la Declaración Universal de 1948 no se limitó sólo a fundamentar los derechos humanos desde una lógica estrictamente iusnaturalista o positivista, sino que también comenzó a utilizar la categoría de consenso global como referente fundacional de los mismos.

El problema del fundamento de los derechos humanos no es una cuestión baladí, estéril o superflua¹⁴⁵ sino que tiene una íntima relación con sus procesos de garantía, protección e interpretación de los mismos, tanto por parte del Poder Legislativo como del Poder Judicial. Por consiguiente, el concepto y fundamento de los derechos humanos toma especial relevancia en su proceso de positivación legislativa y en su interpretación y aplicación judicial¹⁴⁶. El problema del concepto y fundamento de los derechos humanos adquiere vital importancia sobre todo en lo que concierne a la interpretación jurídica, pues los derechos humanos se convierten en *criterio hermenéutico fundamental*¹⁴⁷ de todo razonamiento judicial, es decir, los derechos humanos son el pilar básico a través del cual debe ser interpretado todo ordenamiento jurídico. Toda interpretación jurídica básica tiene que atender los derechos fundamentales pues éstos son el fundamento legítimo de toda legislación y lo que es más importante de todo Estado democrático y social de derecho.

El fundamento de los derechos humanos reside y gira en torno a la dignidad: la dignidad de la persona se refiere al libre desarrollo de la personalidad como presupuesto de todos los derechos y libertades fundamentales. El profesor Antonio Enrique Pérez Luño establece y propone una diferenciación entre derechos

¹⁴⁵Aunque todavía existe una tendencia a dejar de lado en la dogmática jurídica, bajo la fuerte herencia e influencia del neopositivismo jurídico, los problemas relativos al concepto y fundamento de los derechos humanos por considerarlos problemas insustanciales e intrascendentes para la aplicación e interpretación del Derecho. Para ampliar véase AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "Concepto y fundamento de los Derechos Humanos en la Teoría Jurídica Contemporánea" en Aguilar Cavallo, Gonzalo, *60 años después: Enseñanzas pasadas y desafíos futuros*, Santiago de Chile, Librotecnia, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, pp.18-76.

¹⁴⁶Vid., DE ASÍS ROIG, Rafael, *Escritos sobre Derechos humanos*, Ara editores, Lima, 2005.

¹⁴⁷El uso de este término se debe en gran medida a la obra de H. G. Gadamer y su importante obra *Truth and Meth*, en la cual deja claro que la hermenéutica no es un método para conseguir la verdad. GADAMER H. G., *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca, Sígueme, 1977; FERRARIS, Maurizio, *La hermenéutica*, (trad. José Luis Bernal), Taurus, México, 1999. Véase para un estudio más acabado y riguroso del tema la obra de PEDRO SERNA, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006.

humanos y derechos fundamentales en orden a su positivación jurídica. Según su concepción iusfilosófica, son derechos humanos las exigencias de dignidad, de la libertad y las igualdades humanas deben ser reconocidas jurídicamente. Mientras los derechos fundamentales, son aquellos ya garantizados por el ordenamiento jurídico, normalmente en el texto constitucional y con una tutela reforzada.

La concepción del Derecho en un sentido amplio nos lleva ineludiblemente a una conexión necesaria entre concepciones morales y aspectos jurídicos. Con ello no podemos desdeñar, según Hart, las implicaciones de las morales de un sistema jurídico¹⁴⁸ considerado como un todo integral.

Todo esto nos demuestra, según Hart¹⁴⁹, que el Derecho no puede explicarse exclusivamente en términos puramente formalistas o normativos sin hacer referencia a contenidos o necesidades sociales. La idea hartiana de derechos humanos traduce y explicita un derecho natural universal como un derecho igual de todos los hombres a ser libres. Los presupuestos vitales que prohíben el homicidio, la violencia y el robo son ejemplos claros y contundentes que manifiestan la coincidencia y conexión entre todos los sistemas jurídicos y estos principios morales básicos. Estos presupuestos básicos son los que posibilitan la convivencia con nuestros semejantes y hacen referencia a una “concepción humilde mínima de derecho natural”¹⁵⁰.

“Las reglas que prohíben el uso de la violencia y las que constituyen la forma mínima de propiedad –con los derechos y los deberes suficientes para que los alimentos puedan crecer y ser guardados antes de su consumo –no tendrían el status necesariamente no arbitrario que tienen hoy para nosotros”¹⁵¹

¹⁴⁸*Ibid.*, p. 51.

¹⁴⁹H. L. Hart siguiendo, desde postulados de la filosofía analítica, elabora una teoría del derecho en su obra *El concepto del Derecho* (1961) en la cual trata de subrayar las diferencias entre Derecho, coacción y moral. Vid. HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, (trad. De G. Carrió) Ed. Nacional, México, 1961.

¹⁵⁰Cfr. HART, “El positivismo y la separación entre el derecho y la moral” en *Derecho y moral*, *op. cit.* 1962, p. 73.

¹⁵¹ *Ibid.*, 52.

Dworkin nos habla de principios que tienen su origen no tanto en alguna decisión particular de algún legislador, sino convicciones, prácticas, intuiciones profesionales y populares entendidas en sentido amplio. Y además los principios tienen una peculiaridad: “son proposiciones que describen derechos”¹⁵² Los derechos se imponen en particular a las “directrices políticas” (*policies*) definidas en términos utilitaristas. Un derecho es algo que debe ser respetado y satisfecho, aún cuando su respeto y satisfacción vayan contra la directriz política a favor del interés general. Los derechos, que son descritos a través de los principios pertenecen en parte, no al sistema normativo jurídico, sino a la vida y la cultura: es decir, a la moralidad de una determinada comunidad.

La expresión “*derecho natural*” o *iusnaturalismo* constituye una expresión polisémica, equívoca y ambigua que ofrece una enorme variedad de sentidos en el ámbito de los estudios jurídico-filosóficos. De aquí, que resulte imprescindible atisbar y dilucidar alguno de sus significados. Por “*iusnaturalismo*” podemos entender una multiplicidad de corrientes doctrinales muy diferentes, pero todas ellas con un núcleo común: la creencia en un orden objetivo suprapositivo de carácter universal, permanente e inviolable que contiene los valores últimos de todo ordenamiento humano.

El *iusnaturalismo* moderado de Ronald Dworkin¹⁵³ pretende recuperar la idea de la existencia de unos derechos morales, naturales, previos al Estado que sirven de módulo justificador para su operatividad y eficacia práctica, creando una protección de los ciudadanos frente al Gobierno. Estos principios morales son

¹⁵²Cfr. DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London; trad. Cast. *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, p. 307. La teoría de Ronald Dworkin se ubica claramente dentro del Derecho norteamericano y su filosofía jurídica pone de manifiesto y evidencia la enorme vinculación que existe entre Derecho y moral, en todo sistema jurídico existen principios inmanentes que de alguna manera fundan la interrelación entre Derecho y moral. Estos principios extrajudiciales operan en la interpretación y aplicación de la norma jurídica que realiza el juez en su casuística contextual ordinaria y fáctica. Vid. DWORKIN, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona, Paidós, 1993.

¹⁵³Vid., DWORKIN, R., *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política como clave de la teoría y la práctica*. Barcelona, Gedisa, 1998.

vividos por una determinada comunidad y a ellos puede acudir un juez para decidir ante los casos difíciles.

La teoría político-jurídica de Dworkin se fundamentada principalmente en una concepción de derechos individuales que sustenta a estos derechos y, sobre todo, el derecho a la igual consideración y respecto significan históricamente un triunfo frente a la mayoría¹⁵⁴ En este sentido, ningún ordenamiento jurídico, directriz política ni objetivo social colectivo puede rebasar, anular o transgredir este auténtico derecho humano cuyo fundamento reside en la igualdad y la dignidad humana. Esto convierte a los derechos humanos en la instancia legítima última fundamental de toda institución política y jurídica. Los conceptos de dignidad humana e igualdad política presiden la noción de derechos individuales, éstas dos categorías se constituyen en baluartes inexpugnables ante los que el poder estatal ha de detenerse para salvaguardar la primacía de la persona según la tradición del liberalismo político; pero no sólo eso, sino que además deben convertirse en faros orientadores de todo Estado democrático y social que se precie.

“Cualquiera que declare que se toma los derechos en serio y que elogie a nuestro gobierno por respetarlos debe tener alguna idea de qué es ese algo. 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, pero que defienden filósofos de diferentes escuelas 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. La segunda es la idea, más familiar, de la igualdad política, que supone que los miembros más débiles de una comunidad política tienen derecho, por parte del Gobierno, a la misma consideración y el mismo respecto que se han asegurado para sí los miembros más poderosos, de manera que si algunos hombres tienen libertad de

¹⁵⁴Cfr. CALSAMIGLIA, A. “Estudio preliminar” en DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, p.16

decisión, sea cual fuere el efecto de la misma sobre el bien general entonces todos los hombres tienen que tener la misma libertad.”¹⁵⁵

El positivismo jurídico considera que los únicos derechos existentes son los reconocidos por el sistema jurídico. En oposición a esta concepción positivista Dworkin mantiene que junto a los derechos legales existen los derechos morales. Los derechos jurídicos y los derechos morales no pertenecen a órdenes conceptuales distintos y en caso de conflicto entre derechos morales y derechos jurídicos, éstos últimos no triunfan necesariamente sobre aquellos. Según Dworkin el problema de los derechos no se resuelve mediante la positivación o el mero reconocimiento legal porque la frontera o demarcación entre los derechos morales y jurídicos es una frontera difusa, movediza y permeable. Una demarcación no demasiado explícita y clara entre moral y Derecho, derechos humanos y derechos positivos. “La garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico”¹⁵⁶

Ronald Dworkin defiende la prevalencia de unos derechos morales fuertes (*strong rights*), derivados de la tutela de los principios básicos, principalmente, la dignidad humana e igualdad política, que no pueden ser desconocidos por los poderes públicos. En este sentido, nuestro autor sostiene la existencia de derechos preexistentes, sin defender una teoría metafísica concreta¹⁵⁷. Los individuos tienen derechos, aún cuando éstos no están positivizados en ningún texto legal. Por tanto, al lado de los derechos legales existe otro tipo de derechos cuyo fundamento jamás será el consenso social reconocido en una norma sino, según le hemos visto, un cierto tipo de moralidad básica. Los derechos humanos tienen un marcado carácter moral que posibilita su fundamentación para la teoría y práctica jurídica, por el principio

¹⁵⁵Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit... p. 295.

¹⁵⁶Cfr. CALSAMIGLIA, A. Estudio preliminar en DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, p 17; Véase también su trabajo “Dworkin y el enfoque de la integridad” en *Revista de Ciencias sociales*, Universidad de Valparaíso, Chile, pp.45-68, 1995.

¹⁵⁷Vid. DE ASIS ROIG, Rafael, “Dworkin y los derechos en serio” en SQUELLA Agustín, *Ronald Dworkin*, Revista de Ciencias sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, nº 38.

intrínseco de justicia que tienen de forma inherente. El Derecho no es más que un instrumento que tiene como fin tutelar y garantizar los derechos fundamentales frente a las agresiones o violaciones de la mayoría y del gobierno. Por esta razón Dworkin prefiere hablar de los derechos contra el Gobierno es decir derechos¹⁵⁸ cuya violación admitiría y justificaría ciertos actos de desobediencia u oposición legítima al gobierno. Estos derechos no son derivados del propio ordenamiento jurídico, sino derechos morales del individuo. En este sentido, la teoría del Ronald Dworkin acerca del Derecho y la justicia es una postura antipositivista en el sentido que sostiene la existencia de derechos preexistentes al reconocimiento legal y positivo del ordenamiento jurídico.

El positivismo jurídico no acepta la idea de que puedan preexistir derechos a cualquier forma de ordenamiento jurídico, es decir, rechaza la idea de que a los individuos se les pueda adjudicar derechos no explícitamente previstos en el conjunto de normas explícitas que componen la totalidad del ordenamiento jurídico de una comunidad. “El razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido en que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles.”¹⁵⁹

Por tanto, la tesis central del positivismo defiende una separación radical entre Derecho y moral, una separación drástica que en la práctica judicial es falsa e ilusoria. Por tanto, no podemos separar razonamiento jurídico de razonamiento moral. Este filósofo norteamericano, según el profesor Calsamiglia, intenta construir una tercera vía entre el iusnaturalismo e iuspositivismo, fundamentada en el modelo constructivista social de Rawls. En mi opinión, considero que no se trata de una tercera vía sino de la recuperación y restauración de un iusnaturalismo moderado, crítico y progresista que pretende restaurar la abrupta ruptura neopositivista entre razonamiento moral y razonamiento jurídico, defendido por Bentham, Austin y Hart.

¹⁵⁸Vid. DWORKIN, R, *Freedom`s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1999.

¹⁵⁹Cfr. CALSAMIGLIA, *Estudio preliminar... op. cit.*, p. 11.

En consecuencia, desde este iusnaturalismo deontológico moderado, Dworkin está tratando de demostrar la concepción de Isaiah Berlin cuando planteaba que existe una serie de valores compartidos, “un mínimo sin el que las sociedades difícilmente podrían sobrevivir”¹⁶⁰ La necesidad de aceptar y respetar esos valores fundamentales es imperiosa en nuestra actual sociedad.

En su famosa obra *Taking Rights Seriously*, publicada en 1977, Dworkin sostiene una visión clara de los derechos humanos como derechos fundamentales del individuo. “Estos derechos funcionarán como cartas de triunfo al ser invocadas por los ciudadanos; permitirán a los individuos resistirse a decisiones particulares a pesar de que esas decisiones hayan sido alcanzadas por medio del funcionamiento normal de instituciones generales, las cuales no son en sí mismas desafiadas por esta resistencia.”¹⁶¹ Esta visión de los derechos humanos permite una mayor eficacia de protección de los mismos respecto a cualquier interpretación judicial o legislativa.

4.2 Fundamento constitucional democrático del sistema de Derecho

Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores jurídicos superiores y principios de alcance universal que subyacen en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y a los *convenios internacionales sobre derechos humanos*, ratificados por México, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar a todo el resto del ordenamiento jurídico mexicano. Igualmente, debemos destacar que los derechos fundamentales y libertades públicas constituyen el fundamento político-jurídico del Estado¹⁶² en su conjunto.

El régimen político democrático constituye el fundamento para la realización y construcción del Estado de Derecho. La

¹⁶⁰Cfr. BERLIN, I., *El fuste torcido de la humanidad*, (trad. J.M. Álvarez Flores), Península, Barcelona, 1992, p. 9.

¹⁶¹Cfr. DWORKIN, Ronald, *Liberalismo, Constitución y Democracia*, Buenos Aires, Ed. La isla de la Luna, 2003, p. 32.

¹⁶²Vid., PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

soberanía popular y la participación política de los ciudadanos garantiza que el Estado de Derecho sea expresión del imperio de la ley, en su sentido objetivo, expresión del gobierno nomocrático para la superación de toda forma de autocracia y autoritarismo vertical.¹⁶³ La soberanía expresa la fórmula de cómo el poder emana del pueblo y, por tanto, debe responder a las necesidades y demandas de la ciudadanía. Igualmente, en su sentido subjetivo, la ley incorpora los derechos y libertades como demandas sociales y políticas fundamentales. Por consiguiente, los derechos humanos constituyen la base, sustento y fundamento de todas las instituciones políticas y sociales.

El concepto esencial de democracia, por tanto, radica en el autogobierno del *demos* (pueblo) como decisión autónoma sobre sus propios asuntos, por lo que en sentido pleno y auténtico alude a la democracia directa como unidad (identidad) entre gobernantes y gobernados.¹⁶⁴ En el sentido estrictamente etimológico y semántico, el ideal de democracia proviene del modelo de democracia directa griega. No obstante, no es factible empíricamente que la

¹⁶³La consolidación de las instituciones representativas, la búsqueda de transparencia y eficiencia de sus instituciones, el deterioro de la cultura política e institucional representan nuevos retos a los que se enfrenta en su conjunto México como país. Normalmente, las situaciones de cambio y transición democrática pasan por una coyuntura crítica e inestable, donde los sistemas políticos están en una situación permanente "al borde de crisis de gobernabilidad." Cfr., ALCANTARA, Manuel, *Gobernabilidad, crisis y cambio, (elementos para el estudio de la gobernabilidad de los sistemas políticos en épocas de crisis y cambio)*, México, FCE, 2004, (2ª edición), p. 209; LINZ, J., *El factor tiempo en las transiciones democráticas*, México, Centro de Estudios sobre la Transición, 1994; O' DONNELL, G., SCHMITTER P. y WHITEHEAD L. (eds.), *Transiciones desde un gobierno autoritario*, 4 vols., Buenos Aires, Paidós, 1988; NOHLEN, Dieter, "¿Más democracia en América Latina? Democratización y consolidación de la democracia en una perspectiva comparada", Revista *Síntesis*, Madrid, núm. 6, pp. 37-63; OFFE, Claus, "Ingovernabilidad. Sobre el renacimiento de teorías conservadoras de la crisis", en *Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales*, Sistema, Madrid, 1988; LINZ, J., *La quiebra de las democracias*, Madrid, Alianza Universidad, 1987; para ampliar ver AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "Problemas de gobernabilidad democrática y ciudadanía social en América Latina" en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (ed.) *Las transformaciones del derecho en Iberoamérica*, Editorial Comares, Granada, 2008.

¹⁶⁴ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, "El debate entre democracia directa y democracia representativa: hacia una democracia de mínimos" en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (coord.) *La democracia en el estado constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2009.

configuración de la democracia pueda darse bajo la forma de la democracia directa e identidad, sino que está referida necesaria y primariamente a una estructura representativa, en la cual, no es incompatible, se pueden introducir ciertas técnicas y elementos de participación política directa. Somos conscientes que la representación introduce siempre una mediación entre la decisión y el titular originario de la soberanía (“el pueblo”). En este sentido, se supone que el pueblo debe conceder a los representantes políticos mayor libertad para que actúen como juzguen conveniente. El artículo 6 de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* establece “que los ciudadanos tienen el derecho de participar en la formación de la ley personalmente o por sus representantes.” Los legisladores del 1789 abren una doble vía: participación personal o mediante unos representantes.¹⁶⁵

El Estado democrático de Derecho constituye la verdadera garantía del sistema constitucional de los derechos. En un Estado democrático de derecho es a través de la ley, nunca al margen de ella, menos contra ella, como la dignidad y los derechos humanos

¹⁶⁵Vid. ROUSSEAU, J., *Contract Social*, III, 15, Pléiade, III. Consúltese también Iglesias, Carmen, “El contrato social de Rousseau: la política como liberación” en IGLESIAS, Carmen (comp.) *Razón y sentimiento en el siglo XVIII*, Real Academia de Historia, Madrid, 1999 Véase también el trabajo de profesor RUBIO CARRECEDO, J., *¿Democracia o representación? Poder y legitimidad en Rousseau*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Rousseau sostenía, incluso, que era indispensable una “religión civil” en la cual pudiese cimentarse el respeto a las leyes y el comportamiento ético-cívico. Véase también PORRAS NADALES, A (comp.), *El debate sobre la crisis de la representación política*, Tecnos, Madrid, 1996. La soberanía popular, para Rousseau, es indelegable. El pueblo puede tener mandatarios, pero no representantes. Todo sistema representativo es una enajenación de la libertad del ciudadano como soberano, la democracia se ejerce directamente, como en las antiguas repúblicas griegas, o simplemente no es democracia, sino otra cosa. “En cuanto a vosotros – nos advierte Rousseau- pueblos modernos, no tenéis esclavos, pero los sois; pagáis su libertad con el vuestra (...) En el instante en que un pueblo se da un representante, ya no es libre, ya no es.” Rousseau prosigue en su discurso analizando como el pueblo inglés se piensa libre y se equivoca, sólo durante la elección de los miembros del parlamento; pero en cuanto han sido elegidos, es esclavo, no es nada. Rousseau deja bien claro su desconfianza hacia el poder, su rechazo hacia todo cuerpo intermedio y contra todo tipo de representación política. Sin embargo, Rousseau es consciente que en sociedades numerosas y complejas esta representación directa resulta difícil y poco viable.

adquieren toda su consolidación, eficacia y fortalecimiento.¹⁶⁶ En este sentido, es imprescindible seguir fortaleciendo la cultura de la legalidad que impregne a todas nuestras instituciones, autoridades así como a particulares o ciudadanos.¹⁶⁷ La Ley no puede ser objeto de negociación o intercambio, sino expresión de cumplimiento que garantiza el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales. Los derechos y libertades son la esencia del Estado democrático de Derecho y éste la garantía de aquéllas; no hay derechos sin Estado democrático de Derecho ni viceversa. El artículo primero de la Constitución neoleonese declara que: “[...] todas las leyes y autoridades del Estado deben respetar, proteger y sostener estos derechos fundamentales”, es decir, proclama en su artículo primero el principio de supremacía constitucional

Cualquier ley del Estado debe respetar dichos derechos y libertades fundamentales y en consecuencia estos derechos constitucionales vinculan a los poderes públicos tanto en su desarrollo legislativo como su eficacia judicial. De este modo, otorga y proporciona a los derechos y libertades fundamentales un estatuto jurídico que les brinda un carácter operativo y funcional.

¹⁶⁶El fenómeno de la corrupción implica, en este sentido que en primer lugar el acceso igualitario a la ley se restringe a unos pocos y en segundo lugar que el interés público y en bien general queda reducido y disuelto en un bien privado y particular. Igualmente en consecuencia con la corrupción se realiza un grave atentado al principio de legalidad que es un pilar fundamental del Estado de derecho. El imperio de la ley es el soberano y no las motivaciones, intereses de los particulares. Con la corrupción no se administran los bienes y recursos públicos del Estado, no se administran con arreglo a la ley, sino, distorsionando esta misma. De este modo la ley se convierte en un recurso público generador de beneficios particulares.

¹⁶⁷ Sin cultura de la legalidad no podemos implementar el Estado de derecho, sin imperio de la ley sólo vamos a cosechar caudillismos, corruptelas, tráfico de influencias, discriminación, mordidas, arbitrariedad e injusticia.

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO LOCAL

5.1 Principios fundamentales para la eficacia de los Derechos Humanos

Anteriormente, hemos afirmado que los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y autoridades, así como al cuerpo de leyes que regula nuestra sociedad. Pero igualmente, tenemos que añadir que los derechos constitucionales deben regir también el tráfico jurídico entre particulares, sean individuos, como organizaciones sociales tanto de interés público como privado.¹⁶⁸ La legislación, la jurisprudencia y la propia Constitución deben ser expresión de la eficacia de los derechos constitucionales tanto si se trata de garantías frente a otros como frente al Estado y sus instituciones. Igualmente, tenemos que tomar en consideración que a menudo se puede producir una colisión entre derechos con la correspondiente limitación recíproca de uno por otro, así sucede con la limitación de la libertad de comunicación pública y los derechos de honor, a la intimidad y a la propia imagen. En este sentido, los derechos constitucionales son básicos, pero no absolutos e incondicionales. La Constitución debe establecer los límites previstos por la propia Constitución a los mismos donde los valores superiores y principios constitucionales pueden solucionar los problemas de colisión y antinomias jurídicas entre derechos fundamentales. La

¹⁶⁸Vid., TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Ediciones Átomo, Madrid, 1988, vol.1. Véase también su otro trabajo “*Democracia y representación política en los orígenes del Estado constitucional*”, en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, nº 203, 1975.

argumentación e interpretación constitucional¹⁶⁹ a través de la ponderación ocupa aquí un lugar privilegiado, antes que la subsunción o aplicación silogística de la norma al caso.

5.2 Principio de Igualdad

*“Todos somos iguales,
pero unos más que otros”
-George Orwell, *Animal Farm**

En todos los ordenamientos jurídicos constitucionales el valor de la igualdad es un principio fundamental. La igualdad es un valor normativo, político y axiológico referencial¹⁷⁰ que inspira el desarrollo e implementación de nuestros Estados democráticos y sociales de derecho hacia una mayor integración social, política, jurídica y económica. No obstante, la igualdad como categoría fundamental posee un carácter multiforme, complejo y multidimensional por lo que nos encontramos ante un concepto complejo, controvertido, polisémico que conviene dilucidar y aclarar con mayor profundidad y hondura por la enorme diversidad de sentidos, aristas e interpretaciones que presenta.

¹⁶⁹La argumentación jurídica supone abrir el espacio jurisdiccional y legislativo hacia una interpretación jurídica abierta, amplia y flexible. La interpretación jurídica constituye una parte fundamental y decisiva de la Filosofía del Derecho. La hermenéutica filosófica pretende analizar los fenómenos de la interpretación y comprensión en su sentido último y, en particular, la hermenéutica jurídica trata de analizar los métodos de decisión jurídica y judicial, la búsqueda de una decisión o solución acertada a las controversias o conflictos que acontecen en el mundo del Derecho, la determinación de la norma jurídica correcta en su sentido formal y material con las circunstancias del hecho.

¹⁷⁰Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2006; LAPORTA, F., *El principio de igualdad: introducción a su análisis* en Sistema, n. 67, 1985, pp. 3-31. En este sentido, existe una clara y contundente multidimensionalidad del concepto, es decir, podemos contemplar el principio de igualdad desde una visión múltiple y variada, donde incluso numerosas perspectivas se entrecruzan. Igualmente, la noción de igualdad presenta “estrechas concomitancias con otros principios ideales (libertad, justicia, bien común...) dirigidos al desarrollo ético-social de la comunidad humana”. Cfr., PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 16. Véase para ampliar AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental” en FIGUERUELO, Ángela, *Igualdad ¿para qué?*, Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 15-49.

La igualdad posee innumerables facetas y dimensiones, en este sentido, podemos hablar de la dimensión moral, política, económica, social y jurídica de la igualdad¹⁷¹, por lo cual, tenemos que atender a una enorme diversidad de horizontes ideológicos y doctrinales. La igualdad es una aspiración, un constructo, un artificio, una exigencia, un sueño, un impulso¹⁷² inscrito en la historia humana, aunque debemos señalar que la modernidad política y jurídica ha sido, precisamente, el momento histórico decisivo cuando este valor normativo ha adquirido mayor fuerza y expansión.

La noción de igualdad opera funcionalmente como un concepto plural, relacional y comparativo a través del cual se establecen equivalencias y diferencias entre personas, bienes y cosas¹⁷³. La igualdad es un concepto relacional que implica un juicio comparativo desde donde se pretende atisbar y dilucidar identidades y diferencias. El juicio de igualdad es un instrumento a través del cual se establece una relación comparativa entre dos o más sujetos que poseen al menos una característica relevante en común.¹⁷⁴

¹⁷¹ Podemos observar una cierta similitud entre la multidimensionalidad del concepto de igualdad con el fenómeno ontológico jurídico. Miguel Reale advierte que la contribución de Luis Recasens Siches a la teoría tridimensional del derecho ha sido enormemente relevante, tanto en el estudio de la concepción general del derecho como en la concreción del fenómeno jurídico-normativo, como producto cultural y, por tanto, histórico. REALE, Miguel, *Teoría tridimensional del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, véase también REALE, Miguel. *Filosofía Do Dereito*. Edit. Saravia Sao Pablo, Brasil, 1972; LEGAZ y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. Edit. Bosch. Barcelona, 1972; DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1999, p.62. PEREZ LUÑO, A. E.: *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997.

¹⁷² VALCARCEL, A., *El concepto de igualdad*, Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 1994; FIGUERUELO BURRIEZA, Angela, "Comentarios al anteproyecto de Ley orgánica de igualdad de mujeres y hombres" en *Revista Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Colombia, v.6, 2006, pp. 197-213.

¹⁷³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Dimensiones de la igualdad*, op. cit., p. 45.

¹⁷⁴ La igualdad se configura desde distintas vertientes y dimensiones, un supuesto, un postulado moral, pero también como principio normativo, un valor axiológico-constitucional de los distintos ordenamientos jurídicos. LAPORTA, F., *El principio de igualdad: introducción a su análisis en Sistema*, n. 67, 1985, pp. 3-31; PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984; DE LUCAS, Javier, "La igualdad ante la ley" en GARZÓN VALDÉS, E. Y LAPORTA, Francisco, *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 493-501, p.498.

La aspiración a la igualdad ha sido una constante humana tan antigua como su continua anulación, restricción o vulneración. Cada época histórica ha sentido y definido este valor fundamental de manera diferente, con mayor o menor intensidad, desde una enorme diversidad de estrategias retóricas, argumentativas y doctrinales; pero sin lugar a dudas, desde una perspectiva siempre abierta, ampliando su horizonte de sentido y significación. Por tanto, nos encontramos ante un problema complejo e irreductible, de difícil solución, nunca agotado plenamente por los retos y desafíos que presenta la realidad socio-política, un imaginario socio-jurídico, un valor normativo, un ideal regulativo de conducta en sentido kantiano siempre por realizar.

Sin lugar a dudas, no podemos hablar de igualdad sin hablar de derechos humanos, pues los derechos humanos son la aspiración o exigencia moral, política y jurídica más acabada, nítida y perfecta que ha alcanzado nuestra cultura occidental. En algún momento de nuestras vidas, todos hemos experimentado la situación de injusticia o agravio como una experiencia comúnmente compartida, la experiencia de indignación ética ante algo intolerable o discriminación personal. Con la expresión común *no hay derecho!* reconocemos una verdad transcultural y transfronteriza de la común dignidad de los humanos¹⁷⁵, desde la cual podemos exigirnos obligaciones y deberes comunes.¹⁷⁶

La igualdad jurídica y formal constituye un principio fundamental del Estado de derecho, es decir, la concepción de cómo todos los ciudadanos debemos ser tratados con imparcialidad y trato igualitario por parte de las instituciones, es decir, ser tratado con la misma medida y la misma vara. A pesar de estar reconocida la igualdad de género como un derecho fundamental de toda persona humana, no hemos alcanzado todavía una relación

¹⁷⁵ETXEBARRIA, Xavier, "Universalismo ético y derechos humanos" en RUBIO CARRACEDO, J. L. *Retos pendientes en Ética y política* Revista Malacitana, nº 5; RUBIO CARRECEDO, J. L., *Educación moral, postmodernidad y democracia (más allá del liberalismo y comunitarismo)*, Madrid, Trotta, 2000, 2ª edición.

¹⁷⁶ Sobre este punto puede consultarse una extensa bibliografía VALCARCEL, A., *El concepto de igualdad*, Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 1994; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, "Comentarios al anteproyecto de Ley orgánica de igualdad de mujeres y hombres" en *Revista Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Colombia, v.6, 2006, pp. 197-213.

plenamente equitativa entre mujeres y hombres, por esta razón, hoy en día, el problema de equidad de género sigue constituyendo una de las principales exigencias, retos y desafíos de nuestros países latinoamericanos en vías de desarrollo.

El principio de igualdad se concibe fundamentalmente como un principio de no discriminación. En este sentido, no se puede hacer distinciones o diferencias en razón de criterios como la raza, la religión, el sexo, el origen social, es decir, el principio de igualdad implica la exclusión de todo trato desigual que no pueda justificarse constitucionalmente.

En este aspecto, cualquier forma de discriminación constituye un atentado grave a la dignidad humana de la persona. Discriminar a alguien es negarle a otro los derechos más elementales y el disfrute de los bienes a que tiene derecho; tal negación se produce frecuentemente por el mero capricho (basado en creencias, ideologías, mitos, valores clasistas o raciales, etc.) de aquellos que poseen el poder para separar e impedir a los demás el acceso a una existencia digna. De este modo, discriminar o marginar es sinónimo de humillar.

La marginación y discriminación¹⁷⁷ se ha convertido en una forma de vida y actitud común de nuestro tiempo y nuestra sociedad. En la actualidad, en nuestro Estado de Nuevo León mucha gente vive discriminada, apartada o segregada. La inmigración nacional interna producto del progreso y crecimiento económico de nuestra región ha atraído a numerosos compatriotas

¹⁷⁷Artículo 14 de la Constitución española, 1978 establece: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Vid. LAPORTA, F., *El principio de igualdad: introducción a su análisis* en Sistema, n. 67, 1985, pp. 3-31; PRIETO SANCHÍS, L., *Igualdad y minorías* en Derechos y libertades, n. 5, 1995; OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; GARCÍA AÑÓN, J., *El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y del derecho europeo* en el vol. Col., a cargo de DE LUCAS, J., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002; BERLIN, I., *Equality* en su obra *Concepts and Categories*, Oxford, Clarendon Press, 1981; ARA PINILLA, I., *Reflexiones sobre el significado del principio constitucional de igualdad* en el vol. Col., a cargo de GARCÍA SAN MIGUEL, L., *El principio de igualdad*, Madrid, Dykinson, 2000.

que con frecuencia pueden padecer estas formas de discriminación. Incluso, podemos constatar como la delincuencia, en un alto porcentaje, se nutre frecuentemente de la marginalidad, discriminación, resentimiento, odio ante la fuerte polarización social y económica que existe en nuestras ciudades.

ARTÍCULO 2.- En el Estado todos nacen libres. Los esclavos que pisen el territorio del Estado recobran por ese solo hecho su libertad y tienen derecho a la protección de las Leyes.

Esta categoría histórica de la dignidad humana¹⁷⁸ nos muestra la convicción de que el ser humano no puede ser usado como puro medio, instrumento u objeto. Históricamente podemos reconocer que la esclavitud constituyó una práctica generalizada muy normal en otras épocas, culturas y sociedades, podemos igualmente encontrar otros ejemplos como la subordinación histórica de la mujer al hombre desde nuestra larga herencia patriarcal judeo-cristiana; las prácticas de explotación laboral infantil; pero, indudablemente, nos encontramos en un nuevo contexto donde surgen nuevos derechos, nuevas sensibilidades, nuevas demandas que deben renovar nuestra sociedad hacia fórmulas más democráticas, igualitarias, abiertas y tolerantes.

La desigualdad se ha convertido en una forma de vida de nuestro tiempo. Hay gente que vive discriminada, que se siente

¹⁷⁸El principio de no discriminación podía considerarse implícito en el texto original del artículo 1º sobre todo si era leído en conjunción de otras disposiciones constitucionales, como las contenidas, por ejemplo, en los artículos 2º (prohibición de la esclavitud), 3º (principios y valores que rigen la educación) y 4º (igualdad entre el varón y la mujer) “cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. El movimiento abolicionista empezó a tomar fuerza a partir de la época de la ilustración, como consecuencia de la creciente difusión de la idea de la igualdad y la libertad naturales e inalienables de todos los seres humanos. La mayoría de los países civilizados término por abolir esa práctica apenas en el siglo XIX y en el siglo XX continuo la lucha contra la esclavitud y practicas análogas, tomando la forma de diverso tratados y convenciones de Ginebra de 1925 y 1956. RUIZ MIGUEL, A., *Discriminación inversa e igualdad* en el vol. col., a cargo de VALCARCEL, A., *El concepto de igualdad*, Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 1994; RUIZ MIGUEL, A., *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* en *Doxa*, n. 19, 1996. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *El principio de igualdad y las relaciones laborales* en *Revista de Política Social*, num. 121, 1979; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ, M^a. F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

apartada o segregada. El fenómeno delictivo, a menudo, en un alto porcentaje se nutre frecuentemente de esa marginalidad, segregación y pobreza. En consecuencia, nos enfrentamos a fenómenos tan diversos como la violencia de género, la discriminación salarial, el amplio nivel de desempleo femenino, la escasa presencia política de la mujer en puestos de responsabilidad política, social y económica, la integración de la inmigración, la ampliación de derechos de grupos minoritarios como discapacitados, ancianos o niños, en definitiva, el desafío de una mayor igualdad de oportunidades y derechos de los sectores poblacionales más desfavorecidos históricamente.

La igualdad liberal o formal ha resultado ser demasiado insuficiente para paliar o disminuir las graves desigualdades a las que nos enfrentamos actualmente por lo que precisamos ampliar el horizonte de sentido, significación y efectividad del valor constitucional igualitario hacia formas plurales y diversas de implementación de una justicia compleja. Como el profesor Peces Barba nos advierte: “La igualdad consiste en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor de solidaridad, en crear las condiciones materiales para desarrollar una libertad posible para todos y contribuir a la seguridad con la satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo”¹⁷⁹.

En resumen, la fórmula de Estado social de Derecho consiste en aquel Estado que, basado en estos principios axiológicos y normativos, que garantiza a todos los ciudadanos el acceso a una igualdad de oportunidades y recursos para el desarrollo de su personalidad.

¹⁷⁹Cfr., PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos fundamentales, Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, p. 283; Véase también DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, México, Fontamara, 1993; PÉREZ LUÑO, A. E., Dimensiones de la igualdad material en *Anuario de Derechos Humanos*, tomo 3, 1985.

5.3 Propuestas de clasificación de los Derechos Fundamentales

El profesor Luís Prieto Sanchís sostiene que la vaguedad que rodea al concepto de derechos humanos¹⁸⁰ constituye una consecuencia de un cierto abuso lingüístico y retórico. Pero lejos de su abuso retórico los derechos humanos representan la exigencia ética y jurídica más importante como criterio último de legitimidad de todo sistema político y estatal. Podemos afirmar que aunque las clasificaciones de los derechos humanos son aleatorias e insustanciales pueden servirnos desde un punto didáctico para agrupar a los derechos humanos desde características afines. En este sentido, Jellinek diferencia los derechos de libertad, los derechos del ciudadano a ciertas prestaciones del Estado y los derechos de participación.

Igualmente, Carl Schmitt clasifica los derechos del individuo aislado, del individuo en relación con otros, del individuo a prestaciones del Estado y derechos del ciudadano¹⁸¹. La clasificación que proponemos se va a centrar en cuatro grandes grupos entre los que podemos destacar: 1) Derechos civiles individuales que comprenden el Derecho a la integridad física y moral 2) Libertades públicas 3) Derechos políticos y por último 4) Derechos sociales, económicos y culturales.

5.4 Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica

La vida es un fenómeno biológico y existencial que no puede ser convertido en un derecho en sí, sino un valor previo al ordenamiento jurídico. Pero lejos de devaluarlo constituye un valor supremo de todo el sistema constitucional en cuanto presupuesto y fundamento de todos los derechos fundamentales. La vida constituye un valor jurídico fundamental, un valor ontológico, axiológico y antropológico superior.

El derecho a la integridad física constituye un corolario del derecho a la vida y derivación del presupuesto constitucional de la dignidad de la persona humana. El derecho a la vida constituye el

¹⁸⁰ Cfr., PRIETO SANCHÍS, Luís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2002, p. 41.

¹⁸¹ Vid., SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.

derecho fundacional y esencial en cuanto actúa como plataforma y base de los restantes derechos humanos¹⁸², sin el cual los restantes derechos no tendrían existencia o sentido posible. El estudio del derecho a la vida presupone inevitablemente el estudio del concepto de *persona humana* y *dignidad humana*.

5.5 La dignidad humana como presupuesto constitucional fundamental

Históricamente, con el pensamiento estoico apareció cierta idea de igualdad y dignidad humana entre todos los seres humanos dotados de naturaleza racional común. No obstante, el concepto y valor de persona, tal como nosotros, lo concebimos, se incorpora a nuestra cultura de mano de la tradición judeo-cristiana, una tradición profética-sapiencial que constituye el núcleo importante de nuestra cultura occidental a partir de la extensión y expansión del cristianismo en el periodo romano.

En la concepción del judaísmo y cristianismo, los seres humanos hemos sido creados por Dios a imagen y semejanza suya, con lo que se amplía el horizonte estoico, si bien todavía no se utiliza la palabra *persona*. Con el cristianismo, el concepto de persona hace su irrupción en la historia: *todos los seres humanos somos personas*. En la Epístola a los Gálatas de San Pablo se afirma: “Por la fe de Cristo Jesús todos somos hijos de Dios... Ya no hay más judío ni griego, esclavo o libre, varón o hembra: todos somos uno en Cristo Jesús”¹⁸³

Esta definición se mantiene prácticamente igual hasta la Ilustración, cuando es reformulada por Immanuel Kant desde una visión secular, la persona es fin en sí misma, dado que es un ser autónomo (capaz de darse a sí mismo normas morales); porque las

¹⁸²Sobre el concepto de dignidad humana puede consultarse una amplia bibliografía, véase BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden- Nomos, Baden, 1993; HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, (trad. Héctor Fix-Fierro), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984; RUIZ MIGUEL, A., *Discriminación inversa e igualdad* en el vol. col., a cargo de VALCARCEL, A., *El concepto de igualdad*, Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 1994;; RODRÍGUEZ-PINERO, M. y FERNÁNDEZ, M^a. F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.

¹⁸³*Vid.*, Pablo de Tarso, *Epístola a los Gálatas*, 3, 26-29. (*Evangelio Nuevo*).

personas somos autónomas y, por tanto, fines en sí mismas y dignas de respeto, es posible que la razón encuentre en la ética un imperativo moral incondicionado, es decir, cumplido por todos, si queremos que nuestra conducta sea moral. Kant enuncia esta norma en el valor absoluto de todas y cada una de las personas en su libro *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*:

*“Obra de tal modo que trates la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”*¹⁸⁴

La respuesta de Kant es clara y contundente: los seres humanos no tienen precio, no son un medio o instrumento para nadie, no pueden intercambiarse por un equivalente, sino que tienen *dignidad*. No obstante, esta concepción de sujeto kantiano no deja de ser solipsista e individualista con una fuerte dosis de suficiencia racional fácilmente refutable.

La vida en sociedad significa la necesidad de mirarse en los otros y querer ser mirado uno mismo, pues la estima personal y pública tiene un precio. Nadie puede llegar a quererse a sí mismo, a auto estimarse, si es continuamente despreciado o maltratado. Hegel decía que la sociedad es el espacio natural privilegiado donde el nosotros se convierte en un yo y el yo en un nosotros. Con dicho reconocimiento básico y fundamental nace el ideal de autenticidad, que no es sino la capacidad de cada individuo de tener un sentido moral y justicia, una voz interior que le lleva a distinguir el bien y el mal. Una voz que no depende de una autoridad o instancia externa, sino interna y por tanto, autónoma. La sociedad perfecta es aquella donde la vida en común es posible sin que suponga la anulación de lo singular, lo individual o lo diferente. La dignidad humana significa autonomía, esto es, libertad para escoger la forma de vida que cada uno prefiera.

¹⁸⁴Vid. KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, trad. Cast. A. Cortina y J. Conill, Tecnos, 1994, (2ª ed.), p. 96; LECLERQ, J., *Historia de la tolerancia en el siglo de la reforma*, Editorial De. Marfil, 1969; DE PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., *Tolerancia y liberalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; DE ASÍS ROIG, R., *Sobre la discriminación positiva: especial referencia al Derecho europeo*, en el vol. Col. *La protección de las personas y los grupos vulnerables en el Derecho europeo*, a cargo de MARIÑO, F. y FERNÁNDEZ DE LIESA, F., Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

El desarrollo integral de la persona humana, es decir el modo cómo se realiza personalmente nos ofrece indicios de lo que denominamos y atribuimos por “*dignidad humana*”, y aquí debemos distinguir dos cuestiones: cómo se forma la identidad humana en una sociedad, y en qué medida puede partirse de un concepto válido entre culturas y, por tanto, universal. Peter Haberle desarrolla la concepción de la dignidad humana como “*premisa antropológica-cultural*”¹⁸⁵ una sociedad plenamente desarrollada, el conjunto de derechos y deberes que permiten al ser humano llegar a ser persona, serlo y seguir siéndolo. El Estado constitucional, por tanto, tiene como último fin, garantía y referente el desarrollo integral de la persona humana en todas sus dimensiones.

La defensa de la libertad de conciencia, pensamiento y religión¹⁸⁶ constituye un deber moral humano y un principio normativo constitucional que debemos ir plasmando en nuestras prácticas cotidianas. La libertad de conciencia incluye la libertad de pensamiento y de religión; se trata de la manifestación más importante de la libertad del hombre en cuanto afecta a lo que más le dignifica, el ámbito de autonomía personal.

5.6 La abolición de la pena de muerte

En este sentido, está reconocida su máxima protección constitucional en la carta magna neoleonense. La Constitución se inscribe en la corriente jurídica progresista contemporánea que declara abolida la pena de muerte tratando de buscar en caso de delitos graves y en función del daño producido por delincuente

¹⁸⁵Cfr. HÂBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. Hécor Fix-Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. p. 169. Ver también HÂBERLE, P., “La protección constitucional y universal de los bienes culturales: en análisis comparativo” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54, Sept.-Dic. 1998, pp.11-38.

¹⁸⁶El artículo 18 de la *Declaración de la ONU* afirma en relación a este derecho: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.” Véase BASTERRA, D., *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1989.

penas educadoras, socializadoras y reinsertoras del individuo a la sociedad.

ARTICULO 21.- Queda abolida la pena de muerte para los delitos políticos, y en cuanto a los demás, podrá imponerse al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo y al salteador de caminos.

Históricamente, la pena de muerte no ha servido para disuadir o presionar de posibles delitos a los criminales, por lo que se declara su inutilidad social, jurídica y política. En este sentido, la problemática del narcotráfico y la criminalidad exige otro tratamiento distinto al de la pena capital si lo queremos combatir eficazmente.

5.7 El derecho a la integridad física y psíquica

El artículo insiste en forma de prohibición que en ningún caso puede una persona ser sometida a torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes. La asamblea de Naciones Unidas aprobó por unanimidad en noviembre del 1984 la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes. Esta prohibición es absoluta y fue continuada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal europeo de Derechos Humanos.

ARTICULO 20.- Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas o trascendentales.

No obstante, la realidad social y política que vivimos dista mucho del cumplimiento de este precepto constitucional, la espiral de violencia desencadenada ha seguido creciendo de forma escandalosa.

5.8 El incremento de la violencia en México

El incremento de la violencia con altos índices de asesinatos y homicidios a población generalmente vulnerable constituye un problema alarmante en México. En la actualidad, más de 26 mil personas han sido ejecutadas en México desde diciembre de 2006

hasta la fecha, cuando el primer mandatario mexicano, Felipe Calderón anunció la guerra contra el crimen organizado, según un informe revelado este lunes durante las reuniones del Gabinete de Seguridad Nacional. Tanto la Secretaría de la Defensa Nacional como la Procuraduría General de la República han presentado un informe en el que se detalla que más de 70 por ciento de las víctimas tenían entre 20 y 35 años de edad.

El reporte de los órganos de inteligencia¹⁸⁷ respecto del número de personas asesinadas por grupos criminales del primero de diciembre de 2006 al 31 de julio del 2009 fue de 14 mil 371, la mayor parte en Chihuahua, Durango, Coahuila, Guerrero, Sinaloa, Jalisco, Michoacán, estado de México, Guanajuato, Veracruz, Tabasco, Quintana Roo, Baja California y Nuevo León.

5.9 La violencia de género: una pandemia preocupante

En los índices de discriminación y violencia hacia las mujeres, que afectan diversos ámbitos de su desarrollo, entre los cuales, encontramos en México, según se establece en los resultados obtenidos por el estudio publicado en 2008, ENDIREH 2006 del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, las siguientes cifras de condición de las mujeres: a) en el ámbito laboral, la posición de desventaja económica reporta que del 30.1% de las mujeres ocupadas reporta violencia laboral, de las cuales 79.2% son víctimas de discriminación y 41.4% de acoso laboral. b) En el ámbito comunitario, 39.7% de las mujeres de 15 y más años

¹⁸⁷*Fuente:* publicado por *el informador* en Septiembre del 2009. En México ninguna autoridad brinda con oportunidad datos sobre el número total de muertes violentas que ocurren en el país, y sólo el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) ofrece datos de homicidios pero con varios meses de retraso. Los últimos días de enero del 2010 estuvieron marcados por varias masacres ocurridas durante el fin de semana pasado: la madrugada del domingo fueron asesinados 16 jóvenes en una fiesta en la norteha Ciudad Juárez, y 10 personas más murieron a tiros en un bar de Torreón. El asesinato de los jóvenes, que asistían a una fiesta con otros 45 adolescentes, principalmente estudiantes de diversas escuelas, muestra "una falta elemental de sentido y de aprecio por la vida", afirmó hoy Calderón durante una visita a Japón. A juicio del mandatario mexicano, en Ciudad Juárez "no basta la acción policiaca o del Gobierno, de las Fuerzas Armadas, se requiere una estrategia integral de recomposición social, de prevención y tratamiento de adicciones, de búsqueda de oportunidades de empleo, de esparcimiento y educación para jóvenes".

han sufrido alguna agresión pública de carácter sexual, que varían desde insultos hasta violaciones; de estas mujeres, 92.4% sufrieron intimidaciones y 41.9% abuso sexual, agresiones que tuvieron lugar en cualquier espacio comunitario, o inclusive se pudieron perpetrar en su mismo hogar. c) violencia escolar, 15.7% de las mujeres padecieron humillaciones, agresiones físicas, propuestas de tipo sexual a cambio de calificaciones o fueron obligadas a tener relaciones sexuales, y ser objeto de contactos obscenos. Por otra parte, producto del estudio, se conoció que la mayoría de las agresiones a las mujeres provienen de autoridades escolares, 64.0%, y de compañeros 41.0 por ciento. d) violencia a lo largo de su relación de pareja, a nivel nacional se indica que 47 de cada 100 mujeres son agredidas por su pareja.

La *IV Conferencia Mundial de las Mujeres celebrada en Beijing*, China en el año de 1995, planteó la obligación internacional de todos los Estados soberanos de formular, planificar y poner en práctica en su agenda pública el diseño de políticas públicas con perspectiva de género, que a manera de *prevención*, eliminen las formas de violencia contra las mujeres, así como, se alcance la supresión de los obstáculos que impidan la igualdad no sólo de derechos, sino actitudes y hechos en la convivencia cotidiana entre mujeres y hombres. Igualmente, se insistió mucho desde la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, aprobada en 1979 por la Asamblea General de Naciones Unidas y ratificada por España en 1983, hasta las Conferencias Mundiales de Nairobi en 1985, El Cairo en 1994 y Beijing en 1995, incluyendo el *Tratado de Ámsterdam* que convirtió la igualdad en un principio fundamental de la UE, son numerosas las Cumbres, los Encuentros y los Acuerdos Internacionales que dan prueba del enorme avance en el reconocimiento del derecho a la igualdad.

5.10 El problema constitucional del aborto

El aborto es un dilema moral y jurídico complejo y difícil, casi siempre traumático para la mujer, incluso cuando no existe violación o incesto, y la mujer decide en plena libertad. El aborto es ilegal, por lo que la mayoría de los casos, las mujeres abortan en la

clandestinidad con el consiguiente riesgo a su vida, su salud y su libertad, trastornos psicológicos y alteraciones. El 26 de Abril del 2007 se realizaron en el Código penal del Distrito Federal una serie de reformas con la finalidad de despenalizar la interrupción del embarazo siempre que se produzca antes de la décima semana de gestación en determinados supuestos.

5.11 EL derecho constitucional a la muerte digna: el dilema de la eutanasia

Entre los derechos que surgen actualmente con el avance y mejora de las nuevas tecnologías, medicina, alimentación y la consiguiente prolongación de la esperanza de vida es el supuesto derecho a una muerte digna. El debate ético, político y jurídico actual gira en torno a la licitud e ilicitud de la supresión de un tratamiento y asistencia médicas cuya función no puede pasar de prolongar sin esperanza la fase terminal de ciertos enfermos sin actividad cerebral o en estado de coma o vegetativo permanente. Ante al petición de los enfermos de no prolongar una agonía y sufrimiento innecesaria se reivindica progresivamente este derecho fundamental. La muerte es el *gran proyecto*, es el fin totalizador. En la muerte acaba la conciencia del hombre, diluyéndose en lo desconocido. La muerte es, en parte, metafísica, pero también es acontecimiento, aleatoriedad, focalización, accidente, la muerte es *hegeliana*, pero también es *nietzscheana*; *es dialéctica y eterno retorno* a la vez. Es el punto cero de nuestro mundo, es el momento que no podemos aprender, del que habla Ernst Bloch. La muerte es el infinito horizonte que se nos escapa a cada instante, desorden y orden sintetizados, fragmento dislocado que se diluye en la historia, en la vida, en nuestro ser¹⁸⁸.

La muerte se nos presenta como biológica, pero también como cultural, es dato empírico, pero también simbólico, es *el rasgo más humano* ¹⁸⁹. Somos los únicos seres vivos en la Tierra

¹⁸⁸ *Vid.*, AGUILERA PORTALES, Rafael y GONZÁLEZ CRUZ, Joaquín, “La muerte como límite antropológico. El problema del sentido de la existencia humana” en *Gazeta Antropológica*, Universidad de Granada, n° 25, 2099, pp. 25-56.

¹⁸⁹ *Cfr.* MORIN, Edgard, *El hombre y la muerte*, Barcelona, Kairós, 1999, p. 13; véase también MORIN, Edgard, *El paradigma perdido*, Barcelona, Kairós, 2000.

que reflexionamos acerca de la muerte, y no sólo de *la muerte*, sino,- y esto es más importante-, de nuestra propia muerte, es el siguiente paso que nos lleva a una nueva madurez, saber que nos estamos muriendo y que otros también se van a morir. Ningún animal tiene la capacidad de hacer consciente su propia muerte, sólo muere, no existe la muerte para los animales, sino aquel instinto, que igual que nosotros, está instaurado biogenéticamente: el instinto de supervivencia. Pero el animal no es consciente que se está muriendo instante a instante, que cada día que pasa se acerca inevitablemente, que en cualquier momento puede irrumpir inesperadamente en nuestra vida.

Sin duda no podemos equiparar suicidio y eutanasia pues ambos conceptos no son jurídicamente estables y diferentes. La doctrina jurídica diferencia claramente al eutanasia activa de la eutanasia pasiva, al considerar la primera cuando se administra un tratamiento médico destinado a provocar la muerte del paciente, mientras que la eutanasia pasiva consiste en la eliminación de medios médicos que prolongan la vida.

5.12 Libertad y seguridad personal

“Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano.”

John Stuart Mill, *On liberty*

El principio de la libertad humana¹⁹⁰ puede ser visto desde distintos enfoques y dimensiones debido a su enorme riqueza conceptual. Desde el ámbito de investigación de la Filosofía del Derecho, estas categorías aportan un alto grado de confusión en lo que respecta tanto a su reflexión doctrinal-ideológica como en su tratamiento técnico-jurídico como principios fundacionales de los derechos fundamentales, garantías procesales y su aplicación en el Estado

¹⁹⁰ Vid., CAMPS, V., “El descubrimiento de los Derechos humanos” en Mugerza, J.: *El Fundamento de los derechos humanos*, ed. Debate, Madrid, 1989, Sobre el concepto de dignidad humana ver el trabajo de CASTRO CID, Benito. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría General de los Derechos Humanos*, León, Ed. León. 1987 p. 67.

Constitucional¹⁹¹. En ese sentido, al igual que podemos hablar de diversos modos y sentidos de igualdad: igualdad jurídica, igualdad formal, igualdad política, igualdad material, igualdad de oportunidades, igualdad de recursos y bienes; del mismo modo, podemos hablar de diversidad de sentidos de libertad: libertad social, política, jurídica, psicológica, metafísica, moral, libertad-autonomía (Kant), libertad-participación (Hegel), libertad-prestación (Marschall), libertad positiva o negativa (Berlín).

El filósofo liberal inglés John Stuart Mill cree en protección del individuo y su libertad frente a la intromisión ilegítima del Estado. Pero nos advierte que existe otra intromisión mayor y más peligrosa: la tiranía de la opinión. En su breve ensayo titulado *On Liberty* nos advierte también de como el verdadero peligro de la democracia no es el despotismo; sino la tiranía de la mayoría, de la igualdad, de la colectividad mediocre, un falso igualitarismo pernicioso para el desarrollo y la libertad individual. La muchedumbre con su imposición de las costumbres puede empobrecer e impedir el desarrollo de los individuos y de un pueblo.

“[...] la esfera propia de la libertad humana comprende, en primer lugar, el dominio interno de la conciencia, exigiendo la libertad de conciencia en el sentido más amplio de la palabra, la libertad de pensar y de sentir, la libertad absoluta de opiniones y de sentimientos, sobre cualquier asunto práctico, especulativo, científico, moral o teológico.”¹⁹²

El filósofo político norteamericano John Rawls ha sido uno de los grandes pensadores en conceptualizar la relación entre libertad e igualdad.¹⁹³ Rawls es consciente de que no hay libertad

¹⁹¹ *Vid.*, AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Neoconstitucionalismo, Derechos Fundamentales e interpretación constitucional” en CIENFUEGOS, David y RODRIGUEZ, Luis Gerardo, *Estado de Derecho, Democracia y Derechos Fundamentales*, México, Ediciones Jurídicas, 2008.

¹⁹² *Cfr.*, STUART MILL, J. *Sobre la libertad*, Barcelona, Aguilar Ediciones, 1985. p.40.

¹⁹³ Rawls acepta las virtudes del capitalismo y la economía de mercado; pero tratando de paliar las desigualdades que esa economía libre provoca. RUBIO CARRACEDO, J.: “Paradigmas de la obligación política”, en *Sistema*, nº85, pp. 89-106. También recogido en su libro *Paradigmas de la política. Del Estado justo al estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick)*, Barcelona, Antropos, 1990.

sin igualdad. El concepto de igualdad de Rawls no tiene nada que ver con el igualitarismo gregario propio del socialismo real practicado en los regímenes comunistas. En este sentido, opta por una posición conciliadora: ni individualismo exacerbado, ni igualitarismo que de lugar a las uniformidad, homogeneización y anulación de diferencias. Ni individualismo que venda la igualdad a cambio de libertad total, ni igualitarismo que venda, descarte o margine la libertad completamente a favor de la igualdad. Como pensador liberal, la libertad es la categoría fundamental y principal de su pensamiento, pero sin descartar los otros dos ideales ilustrados, igualdad y fraternidad que vienen expresados en los dos principios de justicia, el principio de libertad y principio de diferencia, ambos presentes en toda su obra.

El derecho a la libertad y la seguridad personales es un derecho de antiguo reconocimiento. La *Carta Magna* inglesa de 1215 establecía que: “Ningún hombre libre será detenido, ni preso, ni privado de propiedad, de sus libertades o libres usos, ni puesto fuera de la ley, ni arrestado, ni molestado de manera alguna, y no haremos poner mano alguna sobre él, a no ser en virtud de un juicio legal de sus pares y según la ley de su país.”¹⁹⁴

La Declaración de Derechos de 1789 prescribió que nadie podría ser acusado, ni detenido, ni preso sino en los casos determinados por la ley y con arreglo a formas por ella establecidas. La ley se configura en una garantía de este derecho. En Inglaterra, la garantía de la libertad personal adoptó la forma de procedimiento judicial denominada *habeas corpus*. En nuestra Constitución neoleonese el procedimiento constitucional del

¹⁹⁴ En Inglaterra, hacia finales del siglo XII se producen unos enfrentamientos con “Juan sin tierra” se manifiestan en acciones conjuntas la fuerza de obispos, barones y ciudadanos londinenses, conjurados en 1215; éstos se organizan al margen de la legalidad y negocian con el rey (1215) la *Magna Carta* que es sustancialmente, una más de las cartas libertad-privilegio (de clérigos y barones) con algunas novedades importantes: se reconoce el derecho de todos a obtener justicia y se limita el poder real de imponer tasas sin el consentimiento del Consejo común, de la Curia feudal, el control del cumplimiento de los compromisos del monarca se encomienda a una comisión de veinticinco miembros. *Vid.*, AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Origen, evolución y constitución del principio de tolerancia en el Estado Constitucional” en *Teoría política y jurídica contemporánea* (Problemas actuales), México, Porrúa, 2008, pp. 161-186.

habeas corpus viene recogido y expresado en el artículo 18. El derecho a la libertad y seguridad personales incluye la interdicción a la arbitrariedad de cualquier detención o prisión¹⁹⁵, la presunción de la inocencia y la limitación temporal de medidas de prisión.

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.

El derecho a la tutela judicial efectiva¹⁹⁶ constituye una garantía procesal constitucional que conlleva una serie de derechos entre los que se encuentran, que todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a agilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. Estas garantías constitucionales¹⁹⁷ conforman.

¹⁹⁵ ARTÍCULO 18.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la Ley Penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad. *Constitución Política del Estado de Nuevo León* (Publicada en el Periódico Oficial del Estado de fecha 16 de Diciembre de 1917).

¹⁹⁶ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Edit. UNAM, México, 1991; SÁNCHEZ RUBIO, María Aguilina, "Derecho a la tutela judicial efectiva: Prohibición de sufrir indefensión y su tratamiento por el Tribunal Constitucional", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n° 21, 2003.

¹⁹⁷ ARTÍCULO 16.- *Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, y bajo los principios de seguridad jurídica, de la búsqueda de la verdad y de la transparencia, a través de los medios y en los términos que establezca la Ley. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.* *Constitución Política del Estado de*

En el plano procesal, es necesario que el derecho de acceso a la justicia sea interpretado ampliamente por los jueces y tribunales que deben conocer, tramitar y resolver las demandas y recursos, con la finalidad de subsanar los defectos procesales, evitando su rechazo. En este sentido, el derecho de acceso a la justicia pregona el antiformalismo, bajo la idea rectora de que el proceso es sólo un instrumento para hacer efectivo un derecho, y la gratuidad de la justicia, con el objetivo de facilitar el acceso al sistema judicial a quienes carecen de recursos económicos.

5.13 Libertad de expresión e ideología

La Libertad de pensamiento, conciencia, ideológica y expresión consagra un marco competencial del individuo respecto a su libertad de comunicación pública. La libertad de pensamiento y expresión convierte a las personas en ciudadanos activos y responsables dentro del sistema político democrático, de aquí deriva su importancia para implementar un verdadero Estado democrático de derecho. En consecuencia, nos encontramos ante un derecho político de primer orden para salvaguardar, consolidar y fortalecer la democracia mexicana. La libertad de expresión protege a los ciudadanos frente a cualquier injerencia de los poderes públicos o la misma ley. La libertad de expresión viene formulada de forma general como la libertad de expresar o difundir el pensamiento por cualquier medio y las específicas como libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, junto a la libertad de expresión docente o libertad de cátedra fundamental para el avance de la ciencia y la educación¹⁹⁸ en nuestro país. En 1791, la primera

Nuevo León (Publicada en el Periódico Oficial del Estado de fecha 16 de Diciembre de 1917).

¹⁹⁸ SMEND, Rodolf, “Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el tribunal constitucional federal alemán”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F, 2005. LUCAS VERDÚ, Pablo, “*El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*”, Reus, Madrid, 1985; LUCAS VERDÚ, Pablo, “*La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*”, Madrid, Tecnos, 1987. También puede consultarse la obra del profesor Roberto Garza donde desarrolla un análisis minucioso sobre estos derechos de creación y autoría GARZA BARBOSA, Roberto, *Derechos de Autor y Derechos Conexos, marco*

enmienda a la Constitución federal de los Estados Unidos incluyó esta libertad cuando estableció: “El Congreso no podrá... restringir la libertad de palabra y de prensa”.

El *artículo 10* de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de 1789: “Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden publico establecido por la Ley”. El *artículo 11* dice: “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo la responsabilidad que el abuso de la libertad produzca en los casos determinados por la ley”.

Al respecto, el artículo 371 de la *Constitución política española de 1812*, que estuvo vigente en nuestro territorio nacional. Del decreto de libertad política de imprenta de 1810 estableció que “*todos los cuerpos y personas particulares, de cualquier condición y estado que sean, tienen la libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas, sin necesidad de licencia, revisión o aprobación algunas anteriores a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan la leyes*”. Por su parte el artículo 31 de la misma constitución estableció como una de las facultades de las cortes la protección de la libertad de imprenta. Años más tarde, una vez restablecida la constitución de 1812, se expidieron nuevos instrumentos en materia de libertad de expresión e imprenta.

*ARTÍCULO 6.- La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, si no en el caso de que se ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público.*¹⁹⁹

jurídico internacional. Aspectos Filosóficos, Sustantivos y de Litigio Internacional, Porrúa, México, D.F., 2009.

¹⁹⁹ La doctrina jurídica ha desarrollado dos concepciones de moral pública. La primera que se refiere fundamentalmente a la exposición oral, escrita, o en imágenes de altos u objetos obscenos que ofendan públicamente el pudor, la moral o las buenas costumbres. No obstante, el concepto de moral pública sigue siendo difícil de precisar y catalogar. En este sentido la corte ha definido que dado el carácter variable de las nociones de buenas costumbres y de moral pública, en necesario dejar a los jueces el cuidado de determinar cuáles actos puede ser considerado como impúdico, obsceno o contrario al pudor étnico.

El precepto constitucional neoleonés en este caso es un precepto negativo al establecer la prohibición de obstaculizar la manifestación de ideas, salvo cuando suponga un ataque a la integridad moral de las personas o a derechos de terceros o provoque algún delito al orden público. No obstante, el ataque a la moral es demasiado indeterminado, vago y equívoco y no especifica de qué moral social se trata. En este caso convendría tipificar que el precepto constitucional marque límites a la libertad de expresión respecto al derecho al honor, a la intimidación personal y familiar y a la propia imagen cuando se refiere a derechos de terceros. Los medios de comunicación de masas expresan y desempeñan un papel que en la mayor parte de los casos sirve a los intereses de los grupos oligárquicos y poderosos económicamente de modo que se produce un grave deterioro de la esfera pública. Los medios de comunicación de masas son instrumentalizados por poderes fácticos que no contribuyen a realizar una profundización en el modelo de democracia social equitativa y proporcional. En este sentido, las instituciones políticas y jurídicas deben regular y corregir los excesos de esta injerencia e instrumentalización a través de una fuerte promoción y defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En esta misma línea, para Benito Espinoza, filósofo de origen hispano-sefardita²⁰⁰, la libertad religiosa se encuadra dentro de la temática de la libertad de pensamiento, a la “*libertas philosophandi*” le corresponde una análoga “*libertas credendi*”. Espinoza es especialmente sensible a esta problemática porque vivió en propia carne la persecución religiosa, sobre todo, por el problema de las relaciones entre la Iglesia reformada, la sociedad

²⁰⁰Espinoza es un librepensador racionalista, heterodoxo y disidente con las ideas y convenciones hegemónicas de su época. Un pensador plenamente moderno que se debate entre un mundo medieval teocéntrico de inspiración judeo-cristiana y un mundo moderno laico y secularizado que comienza a surgir, un filósofo que se esfuerza en construir una nueva visión del mundo fundada sobre la razón, la libertad religiosa y política. BODEI, R. *Una geometría de las pasiones*, Muchnick, Barcelona, 1995. BRETON, S.S. *Theologie et Politique*, París, 1978; GINER, S. *Historia del Pensamiento social*, Barcelona, 1975; PEÑA, V. *El materialismo de Spinoza*, Madrid, 1977; RABADE, S .E. *Razón y Felicidad*, Madrid, 1987; SAVATER, F. *Apóstatas razonables*, Madrid, 1990.

civil y la organización del Estado como uno de los grandes poderes del siglo XVII en Holanda.

Espinoza va a ser un defensor radical de la libertad de pensamiento, conciencia y expresión. En oposición al fanatismo y fundamentalismo religioso de distinto signo (judío, católico, calvinista...) imperante en su época, defiende la libertad de opinión. La libertad de opinión no sólo no es un peligro ni un inconveniente para la paz civil sino una condición ineludible y necesaria para la implantar un verdadero Estado democrático. Su *Tratado teológico-político* es un verdadero manifiesto político en defensa de las libertades públicas, los derechos fundamentales y la democracia.

“El Estado no tiene por fin transformar a los hombres en seres racionales en animales o autómatas, sino hacer que los ciudadanos desarrollen en seguridad sus cuerpo y su espíritu, que hagan libremente uso de su razón, no se profesen odio, furia y astucia, y no se miren injustamente con ojos celosos. El fin del Estado es, pues, verdaderamente la libertad”²⁰¹

La libertad de conciencia, pensamiento y expresión constituyen ideas fuerza de la modernidad política y jurídica occidental²⁰². Sus raíces se encuentran en la nuestra tradición iusfilosófica en Erasmo, Vives, Vitoria, Suárez, Montaigne, pero su conceptualización más elaborada, completa y explícita no se produce hasta el movimiento intelectual ilustrado con John Locke, *Carta a la tolerancia*, 1689, Voltaire, *Tratado sobre la tolerancia*, 1763, Diderot, *Enciclopedia*, 1751-1772, o los moralistas ingleses, deístas y librepensadores como Anthony Collins, *Discurso sobre el librepensamiento*, 1713, Shaftesbury, *Carta sobre el entusiasmo*, 1710, o Kant, *Sobre el fanatismo*, 1790. Normalmente, el fanático vive obsesionado por una idea, credo o concepción desde la que filtra, interpreta y observa la realidad tratando de imponerla a los demás. ¿Por qué se da la intolerancia y el fundamentalismo? Por

²⁰¹SPINOZA, B., *Tratado teológico-político*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 211.

²⁰²Véase el siguiente capítulo para ampliar AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Origen, evolución y constitución del principio de tolerancia en el Estado Constitucional” en *Teoría política y jurídica contemporánea* (Problemas actuales), México, Editorial Porrúa, 2008, pp. 161-186.

debilidad mental o impostura responde Collins, por cobardía o pereza intelectual responderá Kant²⁰³ en su breve ensayo *¿Qué es la Ilustración?*

Locke pretende que todos los hombres puedan disfrutar de los mismos derechos civiles y políticos, sólo así se podrá conseguir una comunidad libre y diversa donde brille el pluralismo moral, religioso y político. Con Locke como también posteriormente con Kant, ambos pensadores hacen recaer el principio de tolerancia en el reconocimiento de este derecho a la diferencia (*libertad de conciencia y culto*) que nos lleva a la diversidad de opiniones, concepciones y creencias, o sea, al pluralismo ideológico, político y religioso.

Igualmente, Voltaire (1694-1778), filósofo ilustrado fue un claro defensor de la libertad y la tolerancia frente a las actitudes dogmáticas e intransigentes y solía referir: *detesto lo que dices, pero defendería hasta la muerte tu derecho a decirlo*. Sin lugar a dudas, un sano y fecundo principio de una democracia pluralista y tolerante. El fanatismo religioso desencadenó en Europa en el siglo XVI todo tipo de guerras, matanzas y convulsiones políticas. Para Voltaire, las religiones son una forma de alienación si no son confrontadas con el juicio racional y el sentido común. El triunfo de la razón, pensaba, debe iluminar a todos los hombres y liberarlos de las tinieblas de la superstición y la ignorancia. La razón debe triunfar sobre las fuerzas irracionales y conducirnos así hacia la mayoría de edad. Voltaire trató de luchar por una sociedad laica, secular, pluralista y tolerante reflejo de la libertad de expresión y de pensamiento. Su lema favorito era: *¡Aplastad al infame!*, refiriéndose al oscurantismo, la intolerancia y la estupidez humana, que no es precisamente poca. Voltaire se preguntaba en el siglo

²⁰³Vid. KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, (trad. Cast.) Kant, I., *Metafísica de las costumbres*, trad. Cast. A. Cortina y J. Conill, Tecnos, 1994, (2ª ed.), p.230; Véase también BRANDT, R., "Observaciones crítico-históricas al escrito de Kant sobre la paz", en R. R. Aramayo, J. Muguerza y C. Roldán (ed.), *La paz y en el ideal cosmopolita de la ilustración*, A propósito del bicentenario de Hacia la paz perpetua de Kant, tecnos, Madrid, 1996, pp. 31-63. LLANO ALONSO, Fernando H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, Madrid, 2002. Véase también el trabajo CORTINA, A., "La calidad moral del principio ético de la universalización", *Sistema*, nº 77, Marzo, 1987, pp. 111-120.

XVII: ¿qué es la tolerancia? y ofrecía una respuesta muy acertada: *tolerancia es la consecuencia necesaria de que somos personas falibles: equivocarse es de humanos, y todos nosotros cometemos continuos errores. Por tanto, dejémonos perdonar unos a otros nuestras necesidades. Esta es la ley fundamental del derecho natural.*²⁰⁴ Voltaire basa la tolerancia en que debemos perdonarnos unos a otros nuestros errores y tonterías. Y la tontería más extendida, frecuente, y perjudicial que existe es la intolerancia.

La tolerancia ilustrada se convirtió de esta forma en una herramienta eficaz e idónea para la confrontación dialéctica e intelectual que desarrolla el pluralismo ideológico, político y cultural; más aún, que activa dicho pluralismo democrático porque si no es activo las sociedades tienden al conformismo, dogmatismos, etnocentrismos y fundamentalismos de todo tipo. Al respecto el filósofo Stuart Mill afirmaba:

“El deber de los gobiernos y los individuos es el de conformar las opiniones que más se ajusten a la verdad, elaborarlas cuidadosamente, y no imponerlas jamás al resto de la comunidad sin estar completamente seguros de tener razón para ello [...]”²⁰⁵

Hoy en día, podemos contemplar un nuevo resurgir de fundamentalismos religiosos, ideológicos y políticos. El auge del integrismo islámico, los nacionalismos regresivos, genocidios, etnocidios, la limpieza étnica y cultural en la ex-república yugoslava, la guerra del Golfo Pérsico, Irak y Afganistán, la condena

²⁰⁴ Cfr. VOLTAIRE, *Tratado sobre la tolerancia*, Ed. Crítica, Barcelona, 1992, p. 173; Véase especialmente voz “Igualdad” en su *Diccionario filosófico*, en Obras completas, ed. cast. a cargo de PUJOL, C., Barcelona, Vergara, 1968, pp. 592-593; DE TOCQUEVILLE, A., *El Antiguo Régimen y la Revolución*, trad. cast. de SÁNCHEZ DE ALEU, D., Madrid, Alianza, 1982; RUIZ MIGUEL, A., *Concepto y concepciones de la igualdad* en la obra *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Tomo I, 2002; RODRÍQUEZ PANIAGUA, J. M., “Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa a fines del siglo XVII y la distinción entre moral y derecho a principios del XVIII”, *Anuales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1989, págs. 331-352. SEVILLA, José María, “Algunas raíces filosóficas del pluralismo en la modernidad”, en BADILLO O´ FARRELL, Pablo (coord.), *Pluralismo, tolerancia, multiculturalismo*, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, Madrid, 2003. KYMLICKA, W., *Ciudadanía multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 2002.

²⁰⁵ Cfr. STUART MILL, J. *Sobre la libertad*, Barcelona, Aguilar Ediciones, 1985, p.48.

del escritor Salman Rushdie o la escritora Taslima Nasrin, o el problema palestino-israelí, o los atentados terroristas de *Al Qaeda* del 11-S de Nueva York en 2001 y del 11-M en Madrid en 2004, y en 11-F en Londres en 2005. Estos acontecimientos bárbaros y brutales nos siguen demostrando que no han dejado de existir guerras de religiones o guerras provocadas por diferencias religiosas, culturales, ideológicas, atentados y persecuciones políticas con vulneraciones a la libertad de expresión y conciencia.

5.14 Libertad de reunión y manifestación

La libertad de reunión se entiende como la congregación transitoria de varias personas para el intercambio y defensa de intereses. La doctrina jurídica establece la diferencia entre mera aglomeración y reunión con alguna finalidad pública. En este sentido, la finalidad de la reunión es intercambiar ideas y defender intereses que sirvan como instrumento para la comunicación y formación de la opinión pública.²⁰⁶ La opinión pública y voluntad política son imprescindibles para el desarrollo y consolidación de una democracia constitucional y deliberativa.

La reconstrucción y transformación de la esfera pública supone un reto y desafío inaplazable e urgente, sobre todo cuando nos encontramos inmersos en un fuerte proceso de democratización política, social y ciudadana. En este sentido, no debemos soslayar ni menospreciar o negar la enorme importancia que juega la esfera pública como espacio de deliberación ciudadana en la transición y consolidación democrática. La esfera pública²⁰⁷

²⁰⁶J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad., sobre la cuarta edición revisada, de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998. En esta traducción de Manuel Jiménez Redondo se traduce «*Öffentlichkeit*» por «esfera o espacio de la opinión pública» y por «espacio de la opinión pública». Dado que Habermas también utiliza «*öffentliche Meinung*», es discutible esa conversión de «espacio público» en «espacio de la opinión pública». Vid. HABERMAS, J., «El Estado de derecho democrático: ¿una unión paradójica de principios contradictorios?» en *Tiempo de transiciones*, Madrid, Trotta, 2004.

²⁰⁷La configuración del *espacio público político* constituye un presupuesto fundamental de consolidación democrática. La democracia deliberativa es un modelo óptimo de democracia que surge con la pretensión de armonizar las dos grandes tradiciones teóricas modernas de las democracias existentes: la democracia liberal y la democracia republicana, y que, en alguna medida,

constituye el lugar privilegiado donde la ciudadanía, desde el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas, demanda, reclama y discute cualquier decisión que concierne a sus intereses. Tanto los partidos políticos de izquierda como los partidos de derecha son críticos ante la baja participación política, la apatía, el cansancio, la desideologización y despoltización que sufre nuestra sociedad. Igualmente, manifiesta la baja opinión pública, cultura política y capacidad política de amplios sectores importantes de la población.

Por tanto, existe un sentimiento de frustración e impotencia por parte de la ciudadanía ante los problemas graves que padece nuestra esfera pública como el desempleo, la pobreza, la violencia organizada, la inseguridad ciudadana, la corrupción, la impunidad, la manipulación mediática, la desigualdad social, el deterioro de la educación pública o la sanidad, la falta de transporte público, problemas que requieren de una solución urgente y reflexiva de nuestra parte. La contemplación crítica de la realidad nos permite realizar un ejercicio sano de racionalidad pública donde existe no sólo mantenemos nuestro descontento, sino aspiramos a un mejor modelo de justicia social o como diría Rawls hacia la reestructuración básica de la sociedad.

El hombre privado es un hombre incompleto, inauténtico, desposeído de la posibilidad de convivir con los demás. La tarea principal de una cultura auténticamente democrática y constitucional²⁰⁸ es tratar de crear diferentes espacios dentro de la

reivindica el papel de la deliberación como método fecundo e interesante de “*toma de decisiones*” no sólo por sus resultados prácticos y funcionales tanto pedagógicos como políticos, sino también por ser una fuente continua y renovable de legitimación política democrática. Véase GÓMEZ GARCIA, Juan Antonio, “Fundamentación de la democracia a propósito de la dialéctica legalidad-legitimidad: Relación estructural entre sociología política weberiana y los modelos procedimentalistas de Ética discursiva” en AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *La democracia en el Estado Constitucional*, Editorial Porrúa, México, 2009, pp. 23-43.

²⁰⁸“El espacio de la aparición cobra existencia siempre que los hombres se agrupan por el discurso y la acción, y por lo tanto precede a toda formal constitución de la esfera pública y de varias formas de gobierno, o sea las varias maneras en las que puede organizarse la esfera pública.” Cfr. ARENDT, H. (1958). *The Human Condition*. Chicago: The University of Chicago Press. Versión castellana: *La condición humana*. Barcelona, Paidós, 1993, p. 222 .

vida en comunidad, donde cada actividad pueda lograr una excelencia propia y mantener la integridad de este espacio. La acción es sólo entonces posible desde la relación con los demás y lo político se convierte en este sentido en la acción conjunta de unos con otros. La mejor manera que tiene una cultura democrática de derechos y libertades de mantener la integridad de sus diferentes espacios y actividades, consiste en educar a cada uno de sus miembros en las virtudes y las artes, en las costumbres y los hábitos que requiere cada espacio.

La libertad de reunión constituye una técnica de acción política directa que favorece el avance y desarrollo de la democracia en cualquier parte del mundo. La Enmienda 1º de la Constitución de Estados Unidos y la francesa de 1791 reconocieron este derecho como fundamental para superar el régimen político despótico anterior.

“No se puede llamar libre a una sociedad, cualquiera que sea la forma de su gobierno, si estas libertades no son respetadas, y ninguna será completamente libre es estas libertades no existen en ella de una manera absoluta y sin reserva.”²⁰⁹

En este sentido, la Constitución de Nuevo León consagra el derecho a asociarse y reunirse pacíficamente y legítimamente en busca de un interés público, siempre que no se actúe con coacción o violencia contra terceros o contra las mismas autoridades.

5.15 Derechos sociales, económicos y culturales

En el siglo XX se accede a la formación de la *ciudadanía social* conformada por los derechos sociales, económicos y culturales.²¹⁰

²⁰⁹Cfr. STUART MILL, J. *Sobre la libertad*, Barcelona, Aguilar Ediciones, 1985. p.41.

²¹⁰MARSHALL, Th. H., *Citizenship and Social Class*, 1950, (trad. cast. Marschall, Th. H, y Bottomore, T. *Ciudadanía y Clase social*, (trad. Pepa Linares), Alianza Editorial, Madrid, 1998. En esta obra clásica define la ciudadanía como posesión de derechos fundamentales a una comunidad. La noción marshalliana de ciudadanía se inscribe en la tradición ética-comunitarista-republicana que tiene como antecedentes a Aristóteles, Maquiavelo y Rousseau. En el año 1949, T.H. Marshall, catedrático de sociología en la London School of Economics and Political Science, pronunció en Cambridge una serie de conferencias que fueron publicadas un año más tarde con el título de Ciudadanía y clase social. No obstante, hay que señalar que todo su análisis se centra en la historia inglesa.

La definición tradicional de ciudadanía consiste en la titularidad y ejercicio de los derechos ciudadanos: civiles, políticos y sociales íntimamente relacionados con el sistema de gobierno y la estructura social y económica de un país determinado. Estos elementos sociales aluden a la garantía para los ciudadanos de la titularidad de los estándares históricos, económicos y sociales en el contexto de una sociedad determinada. La gran observación que realiza Marshall consiste en poner de manifiesto como los derechos sociales que hasta ese momento había pasado desapercibidos como componentes de la ciudadanía son básicos para el disfrute efectivo de los derechos civiles y políticos, pues la pobreza, la ignorancia, la marginación merman inevitablemente el deseo y la oportunidad de poder ejercer y disfrutar estos derechos fundamentales.

En todos los países de América Latina, la construcción de una ciudadanía social, como reconocimiento de los derechos sociales, constituye una de las tareas primordiales y urgentes que debemos conseguir si queremos alcanzar una mayor cohesión social, política y económica. Estos derechos sociales²¹¹ garantizados por los Estados sociales modernos surgen del ejercicio de los valores como la igualdad, solidaridad y justicia social que han reivindicado todo tipo movimientos sociales, obreros, campesinales y sindicales desde la Revolución industrial en el siglo XIX. El tradicional Estado liberal de derecho ha sufrido una metamorfosis hacia la fórmula de Estado del bienestar²¹². El Estado ha ido penetrando en todas las esferas de la vida social como educador, gestor de servicios públicos, productor, consumidor, patrón, inversionista, transformando la relación tradicional que mantenía

²¹¹Vid., PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007; ABRAMOVICH, V. AÑÓN, M. J. Y COURTIS, Ch. (comp.) *Derechos sociales*, México, Fontamara, 2003; ABRAMOVICH, Víctor y Cristian Courtis, *Derechos sociales como derechos exigibles*. Barcelona, Trotta, 2005; DE ASÍS, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992; CASTRO CID, Benito. *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los Derechos Humanos*, León, Ed. León. 1987.

²¹²Al respecto los profesores Salvador Giner Sebastián Sarasa analizan los dilemas, fallos, aporías e inconvenientes del los actual Estado de bienestar en “Altruismo cívico y política social” en GINER, S, y SARASA S. (comp.) *Buen gobierno y política social*, Ariel, Madrid, 1997.

con la sociedad civil. Esta transformación ha supuesto una mayor cercanía hacia la ciudadanía a través de políticas públicas de bienestar, tributación, educación, seguridad pública y ciudadana, justicia, sanidad y fiscalidad.

En principio, los derechos sociales pueden considerarse expectativas o pretensiones de recursos y bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la vivienda, la salud, la alimentación o la educación; en consecuencia, su reivindicación interesa a todas las personas; pero fundamentalmente a las miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo o inexistente. El reconocimiento de estos derechos en las constituciones estatales y en los tratados internacionales comporta tanto obligaciones positivas como negativas, tanto de hacer como de no hacer, ligadas a la satisfacción de las mismas.

En la actualidad, América Latina constituye la región continental más desigual de la tierra, con bastante más de un tercio de la población por debajo de los niveles de subsistencia usualmente estimados como mínimos y con casi una cuarta parte de sus habitantes²¹³ carentes de educación básica. Nuestra región padece claramente de una grave situación de desigualdad si la comparamos con otras regiones del mundo con niveles similares de desarrollo humano.

La desigualdad social en las zonas rurales experimentó un incremento significativo entre 1994 y 2009. El incremento de la pobreza en las zonas rurales ha generado niveles mayores de desigualdad social. Las distribuciones del ingreso per cápita muestran grandes disparidades entre las áreas urbanas y rurales.

En la organización práctica de los derechos sociales, como el derecho a la educación o la protección de la salud, estos derechos se

²¹³ En varios países, la situación fiscal y económica comenzó a deteriorarse porque las tendencias a un aumento del gasto público superaron ampliamente los aumentos de los ingresos. Los saldos en cuenta corriente de la mayoría de los países comenzaron a debilitarse o ya eran negativos. El crecimiento de la tasa del desempleo, la precariedad laboral, el alza de los costos de los alimentos y la energía en varios países comenzaba a reflejarse en una mayor inflación y el déficit público. KLIKSBURG Bernardo (comp.), *Pobreza: un tema impostergable. Nuevas respuestas a nivel mundial*, CLAD/FCE/PNUD, Caracas, 1993.

equiparan a los derechos individuales y se les otorga el carácter de derechos universales, esto es, derechos inherentes a todo ser humano²¹⁴. En esta línea, John Rawls ha defendido un “*liberalismo político del Estado de bienestar social*”, es decir, la idea de que los gobiernos deben prestar a sus ciudadanos el mayor abanico posible de derechos civiles y oportunidades económicas. Cualquier gobierno que no sepa conducirse por normas democráticas, que fracase en la apertura de oportunidades económicas y promoción del bienestar de los ciudadanos menos prósperos y más desamparados está violando sus derechos fundamentales. El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad²¹⁵, es decir, como las instituciones sociales más importantes regulan la distribución de los derechos y deberes fundamentales y las ventajas derivadas de la cooperación social, en concreto la *Constitución política* y principales ordenamientos económicos y sociales.

No obstante, debemos señalar las dificultades por las que atraviesa el Estado social en un contexto mundial y particular de México. “Desde los años setenta están haciéndose evidentes los límites del proyecto del Estado social sin que, hasta la fecha, sea visible una forma sustitutoria nítida [...] el programa del Estado social, que sigue alimentándose de la utopía de la sociedad del trabajo, ha perdido la capacidad de formular las posibilidades futuras de alcanzar un vida colectiva mejor y más segura.”²¹⁶

La globalización económica ha potenciado el libre movimiento de capitales y el aumento de dominio por parte de los

²¹⁴PECES-BARBA, G. “La universalidad de los derechos humanos” en NIETO NAVIA, R. (ed.) *La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Corte IDH Ed., San José, 1994, pp. 399-421. No obstante, como ha señalado el profesor Gregorio Peces-Barba, un serio error de concepto de estos derechos es que sirven para mantener la desigualdad, y actúan, para aquellos beneficiarios que no los necesitan realmente y, de cierta forma, están potenciando una mayor desigualdad.

²¹⁵RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford, 1972 (Ed. cast. *Teoría de la Justicia*, trad. de M. d. González, México, FCE, 1993).

²¹⁶HABERMAS, J., “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energía utópicas” en *Ensayos políticos*, Península, Madrid, p.166. También puede consultarse una de su trabajo, HABERMAS, J., *Crisis de legitimación del capitalismo tardío*, Madrid, Cátedra, 1989. En este trabajo analiza las distintas crisis sistémicas a que se ve enfrentado el actual Estado de bienestar, crisis económica, racional, de legitimación y motivación.

mercados financieros y las corporaciones multinacionales en las economías nacionales. Indudablemente, el desarrollo del Estado de los Estados en América Latina ha sido favorecido por una fuerte inversión extranjera que ha generado empleo, prosperidad y riqueza; pero tenemos que advertir que sigue existiendo un desequilibrio entre el desarrollo de nuestras instituciones estatales federales y federativas y el crecimiento de los mercados financieros internacionales: la globalización de la economía ha avanzado fuertemente mientras nuestras medidas políticas, gubernamentales, administrativas se han quedado rezagadas.

Los análisis sobre la pobreza y la inequidad no deben limitarse a sus componentes materiales. La pobreza en México y Nuevo León tiene componentes psicosociales que deben ser tomados en cuenta a la hora de analizar las distancias socioeconómicas entre los diferentes estratos sociales en cuestión de expectativas de movilidad social, confianza en las instituciones del Estado, participación ciudadana y percepciones de ser discriminado. Estas brechas o limitantes obstaculizan la inclusión de los más pobres, amenazan la cohesión social generando focos de delincuencia y criminalidad y ponen de manifiesto la necesidad de formular políticas sociales que permitan disminuir las distancias entre sectores sociales.

El Estado social de Derecho, como agente central de crecimiento y justicia social, sufre por un lado el ataque de la internacionalización de la economía, y por el otro lado, la fragmentación de identidades culturales, regionales y políticas, el primero a nivel global, mientras que el segundo es a nivel local; globalización económica y diversificación o fragmentación cultural son los dos filos de la nueva espada de Damocles²¹⁷ que desafía al príncipe del Estado dejando su trono y reinado semivacío.

²¹⁷Maquiavelo, en el siglo XV, contempló la fragmentación y la debilidad de los Estados italianos y apostó por su fortalecimiento y conservación como garantía segura frente al caos, la guerra y la inseguridad. Indudablemente, las amenazas son otras; pero volvemos a asistir a una desintegración de los Estados modernos, por diferente causa. Entonces se constituían los Estados-nación, hoy comienza su crisis crónica, tal vez, irreversible especialmente en algunos países de América Latina. Vid. OLIVAS CABANILLAS, Enrique, "Globalización y derecho: una aproximación desde Europa y América Latina" en *Dilex*, 2007.

El debate actual sobre la crisis del Estado social y de bienestar no se centra exclusivamente en la tendencia al crecimiento de las cargas económicas. También son objeto de censura la excesiva burocratización, la centralización, la profesionalización, la monetarización y la juridificación, que siempre han ido asociadas al desarrollo del Estado social. No obstante, pese a sus críticos, es indiscutible que el Estado social²¹⁸ ha actuado como un potente motor de cambio y desarrollo social, y que con la extensión de sus servicios públicos al campo de la seguridad social ha contribuido de forma decisiva a paliar, mitigar y reducir enormes diferencias socio-económicas.

Frente a las corrientes neoliberales económicas que pretenden una privatización salvaje e insisten en el paradigma de que lo público debe “gobernar más y administrar menos”. No obstante, este modelo no nos aclara las directivas políticas que lleven a decir claramente qué debe ser administrado directamente por lo público y que puede ser de alguna manera, administrado desde afuera. Además, este modelo no facilita a los ciudadanos la evaluación de las prestaciones de los servicios públicos con lo que no permite combatir los enemigos importantes de la administración pública, como la burocratización, el aumento de costos y recaudación fiscal.

5.16 Nuevos desafíos del constitucionalismo local

Los derechos fundamentales y las libertades públicas como categorías éticas, culturales e históricas constituyen reivindicaciones continuas y permanentes de todo sistema político-jurídico y constituyen un componente fundamental que revierte un alto grado de legitimidad democrática. Por tanto, nos encontramos ante categorías prejurídicas abiertas y flexibles que requieren de desarrollos positivos en nuestro ordenamiento jurídicos. Los derechos constituyen límites y obligaciones del poder; pero también posibilidades y expectativas para ir alcanzando un sistema

²¹⁸Véase para ampliar más AGUILERA PORTALES, Rafael y ESPINO TAPIA, Diana, “Fundamento, naturaleza y garantías jurídicas de los derechos sociales ante la crisis del Estado social” en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Universidad Carlos III de Madrid, nº 10, año 2006, pp.1-29.

político más justo y equitativo. Al respecto, el profesor Antonio Enrique Pérez Luño afirma:

“Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, preformativas y axiológicas.”²¹⁹

El Estado democrático de derecho es un proceso de conquista histórica de los derechos fundamentales expresado a través de distintas reivindicaciones, luchas políticas, movimientos sociales, disidencias colectivas o formas de resistencia al poder establecido. La historia occidental de los derechos fundamentales, por ejemplo, puede entenderse como un *proceso de aprendizaje colectivo* de este tipo, interrumpido por derrotas y conquistas en diversos momentos. Desde esta perspectiva, afirma Habermas “El Estado democrático de derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes.”²²⁰

Nuestra sociedad padece una alienación social y política profunda que amenaza la dignidad y la libertad, pero la tradición de nuestro pensamiento político carece de recursos para resolver esta amenaza de manera efectiva. El clima cultural predominante alienta la irreflexión, la falta de crítica y sensibilidad, pero nuestra necesidad de pensar, de examinar las realidades existentes de la vida pública y personal es inseparable de nuestra necesidad de discernimiento de búsqueda de significación, juicio y sentido. Los ciudadanos modernos han perdido el espíritu de la tradición republicana, se encuentran inermes, vacíos y sin sentido cívico y público. Al egoísmo complaciente del bienestar de unos pocos se opone el malestar económico de muchos. La esfera pública se ha

²¹⁹Cfr., PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 66.

²²⁰Cf., HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 203.

desinflado por lo que la terapia política debe consistir en la búsqueda de un nuevo espacio de renovación política.

En las sociedades democráticas avanzadas, el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales constituye una de las formas primordiales de mantener una mayor cohesión e integración social y política²²¹. Estos derechos sociales garantizados por los Estado social moderno surgen del reconocimiento y ejercicio jurídico de valores como la igualdad, la solidaridad y la justicia social que históricamente y tradicionalmente han reivindicado los movimientos obreros y sociales.

En este aspecto, considero interesante esta idea constitucional de integración, apertura y flexibilidad de la Constitución pues sólo desde esta concepción podremos vivir una cultura auténtica, sólida y dinámica de los derechos fundamentales, en este sentido, frente a cierto formalismo y positivismo jurídico imperante todavía en muchos centros académicos, tribunales y juzgados debemos ver la configuración del Estado constitucional de derecho como una tarea urgente, pendiente y por hacer.

La cultura de los derechos humanos inaugura una nueva mentalidad política y cívica²²². En este sentido cuando hablamos de derechos humanos no solo nos estamos refiriendo a exigencias éticas fundamentales y valores superiores del ordenamiento jurídico cotidiano, sino que aludimos a referentes éticos que promueven la participación social y política de los ciudadanos. En consecuencia, los derechos humanos son elementos centrales de una nueva cultura política y jurídica de la ciudadanía.

²²¹GINER, Salvador y SARASA, Sebastián analizan los dilemas, fallos, aporías e inconvenientes del actual Estado de bienestar en “Altruismo cívico y política social” en GINER, S, y SARASA, S. (comp.) *Buen gobierno y política social*, Ariel, Madrid, 1997. Igualmente puede verse la obra de LUCAS VERDÚ, P., *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Salamanca, Acta Salmanticensia, 1955, donde manifiesta cómo junto a los derechos de libertad aparecen con Weimar (1919) los derechos sociales de forma que se conjugan y compatibilizan el Estado material del Derecho junto a su el carácter formal de reconocimiento de derechos y libertades.

²²² AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Participación ciudadana, servicios públicos y multiculturalidad” en CIENFUEGOS SALGADO, David y RODRÍGUEZ LOZANO, Luís Gerardo (Coord.), *Actualidad de los Servicios Públicos en Iberoamérica*, México, UNAM, 2008, pp.1-38.

La credibilidad de los derechos humanos depende estrictamente de que no se conviertan en una mera declaración de principios formales o constitucionales que no traspasan la realidad social y económica de la ciudadanía. En consecuencia, los derechos humanos no son únicamente una referencia jurídica, sino una realidad social que debe ser vivida tanto por la ciudadanía como por las instituciones políticas de nuestro país. Frecuentemente, la cultura de la legalidad ha sido manejada exclusivamente por especialistas y profesionales del derecho; por tanto, nos encontramos ante una realidad político-jurídica que realmente no ha impregnado creencias, hábitos, actitudes y motivaciones de la ciudadanía. En este momento, México fracasará como país y sociedad democrática y plural si no sabe defender la cultura de los derechos humanos en el seno de su territorio. Por consiguiente, el desafío de la eficiencia es sumamente importante pues cuestiona ampliamente la eficacia de nuestras instituciones políticas y jurídicas que deben velar por el cumplimiento de los derechos humanos. Todos sabemos que los procedimientos de recursos legales que posee la ciudadanía cuando se conculcan los derechos humanos son muy lentos y dependen del control que ejercen los gobiernos. En este sentido, precisamos de una verdadera independencia del poder judicial que se ocupa de velar por la aplicación de los derechos humanos.

Los Derechos Humanos enriquecen y alimentan la cultura política democrática en la medida en que nos ayuda a resolver los numerosos conflictos que surgen cotidianamente en la sociedad. Una cultura fuerte y solida de los derechos humanos permite una contestación rápida y eficaz en oposición a cualquier tipo de injusticia; igualmente permite la vigilancia de las normas institucionales, igualmente estimula la creación alternativa de leyes e instituciones justas y facilitan el derecho a la diferencia como un derecho fundamental del pluralismo político y democrático. El constitucionalismo que hemos vivido ha sido excesivamente formal y normativo, sin acudir a un verdadero impacto y transformación de los valores y sentimientos de la ciudadanía. En este sentido necesitamos un constitucionalismo integrador de la ciudadanía en función de compromisos cotidianos con los que vamos

transformando una cultura de los derechos y garantías constitucionales en una cultura de las obligaciones y deberes ciudadanos. Precisamos de un orden humano donde vayamos eliminando numerosos obstáculos materiales e institucionales que impiden el ejercicio efectivo de los derechos humanos. La defensa de los derechos humanos no es una tarea fácil y siempre varía según el contexto circunstancial en el que nos encontremos inmersos; pero ante todo necesitamos de un trabajo revolucionario a favor de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA



AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *Teoría política y jurídica contemporánea* (Problemas actuales), México, Porrúa, 2008.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique y ESCÁMEZ NAVAS, Sebastián (ed.), *Pensamiento Político Contemporáneo: una panorámica*, México, Editorial Porrúa, 2008.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *La democracia en el Estado Constitucional*, México, Porrúa, 2009.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *La ciudadanía y la participación política en el Estado democrático de derecho*, México, Porrúa, 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, BECERRA ROJASVERTÍZ, Rubén y ORTEGA, Santiago (coord.) *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales, (contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea)* México, Porrúa, 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique “*Constitución y democracia: fundamentos políticos del poder constituyente*” en TORRES, Pedro y NÚÑEZ, Michael (Coord.), *La reforma constitucional, sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, Editorial PORRÚA, México, 2010.

AGUILERA PORTALES, Rafael, “*Esfera pública, sociedad civil y propuesta política del republicanismo cívico*” en SAHUI, Alejandro (coord.), *Gobernanza y sociedad civil: retos democráticos*, México, ediciones Coyoacán, 2009, pp. 55-85.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “*Concepto y fundamento de los derechos humanos en la teoría jurídica contemporánea*” en AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, *60 Años después: Enseñanzas pasadas y desafíos futuros*, Santiago de Chile, Librotecnia, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2008, pp.18-76.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Problemas de gobernabilidad democrática y ciudadanía social en América Latina” en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (ed.) *Las transformaciones del derecho en Iberoamérica*, Editorial Comares, Granada, 2008.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Participación ciudadana, servicios públicos y multiculturalidad” en CIENFUEGOS SALGADO, David y RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo (Coord.), *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México, UNAM, 2008.

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “La multidimensionalidad de la igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental” en FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela (coord.), *Igualdad ¿para qué?*, editorial Comares, Granada, 2007, pp. 15-49.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEPC, Madrid, 1997.

- *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002.

- *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.

ARENDT, H., *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1973.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, IIJ, UNAM, México, 2003.

BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, 2003.

- *El Positivismo Jurídico*, Debate, Madrid, España, 1998.

- *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, España, 1998.

BOVERO, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía* No. 16, Abril 2002, México.

- *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*, Trotta, Madrid, 2002.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, Estudio preliminar a HÄBERLE, Peter, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado Constitucional*, México, 2006, UNAM

COMANDUCCI Paolo, “Formas de Neoconstitucionalismo, un análisis metateórico”, En: *Neoconstitucionalismo (s)*, Coordinador: Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003, pp. 83-87.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La Constitución inédita (Estudios ante la constitucionalización de Europa)*, Madrid, Trotta, 2004.

DE LORA, Pablo, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.

DE VEGA, Pedro: “Constitución y Democracia” en *La Constitución de la Monarquía Parlamentaria*, Fondo de Cultura Económica, México, Madrid, 1983.

DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, España, 1999.

ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.

ESTRADA, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006, pp. 135-169.

FERRAJOLI, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2005.

- *Epistemología Jurídica y Garantismo*, Fontamara, México, 2004.

- *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006.

- *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1998.

- *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

- “Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones Constitucionales*, No. 15, Julio-Diciembre 2006, IIJ, UNAM, México, pp. 113-136.

FIORAVANTI Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000,

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*, Madrid, Dykinson, 2006,

GARCIA DE ENTERRÍA, *La constitución como norma y Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.

GARZA BARBOSA, Roberto, *Derechos de Autor y Derechos Conexos, marco jurídico internacional. Aspectos Filosóficos, Sustantivos y de Litigio Internacional*, Porrúa, México, D.F., 2009.

GREPPI, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, en CARBONELL, Miguel y otros (comp.), *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.

GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.

HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.

- *El Estado Constitucional*, IIJ, UNAM, 2001.

- *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado Constitucional*, México, UNAM, 2000.

- *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. (prologo de Antonio López Pina), Trotta, Madrid, 1998.

HABERMAS, J., *El discurso de la modernidad*. Taurus, Madrid, 1983.

HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Taurus, Madrid, 1992.

HABERMAS, J., *La constelación postnacional*, (trad. Cast. Pere Fabra Abat, prólogo Camps, V.), Paidós, Barcelona, 2000,

KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1985.

LUCAS VERDÚ, P., *Curso de Derecho político*, Madrid, 1974.

LUCAS VERDÚ, Pablo, “*El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*”, Reus, Madrid, 1985;

LUCAS VERDÚ, Pablo, “*La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*”, Madrid, Tecnos, 1987.

PECES BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001.

PINTORE, Ana, “Derechos insaciables”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2005.

PRIETO SANCHÍS, Luís, “Constitucionalismo y garantismo”, en *Garantismo, estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.

- “Derechos fundamentales”, en *El derecho y la Justicia*, Trotta, Madrid, 1996.

- *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.

- *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1999.

- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2002.

- “Contenido esencial de los derechos fundamentales”, en *Diccionario de Derecho Constitucional*, Coordinador: Miguel Carbonell, Porrúa, México, 2002.

- “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial” En *Neoconstitucionalismo (s)*, Miguel Carbonell (Coord.), Trotta, Madrid, 2003.

- *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002

PÉREZ LUÑO, E. *Derechos humanos. Estado de derecho. Constitución*, Tecnos, Madrid 1999, (6º ed.).

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002.

RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000.

SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971.

-*Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.

SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1985, (trad. José María Beneyto Pérez).

TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Átomo ediciones, Madrid, 1988.

TORRES ESTRADA, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, México, Limusa, 2006.

VALENCIA SÁIZ, Ángel, y FERNÁNDEZ-LLEBREZ GONZÁLEZ, Fernando, coord., *La teoría política frente a los problemas del siglo XXI*, Universidad de Granada, Granada, 2004.

ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos en la sociedad contemporánea*, México, Editorial Lago, 2007.

ACERCA DEL AUTOR



Rafael Enrique Aguilera Portales es profesor-investigador titular de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL) en Monterrey (México). Coordinador del Departamento de Filosofía del Derecho del Centro de Investigaciones Jurídicas y Criminológicas de la UANL. Asesor del Tribunal Electoral Federal del Poder Judicial de la Federación, (Sala Regional de Monterrey). Doctor en Filosofía Política y Jurídica (2001) en el Departamento de Filosofía moral, política y jurídica de la Universidad de Málaga (España), Maestría en Filosofía Política en la Universidad de Málaga (1997), Maestría en Teoría Jurídica Contemporánea (2007) en la Facultad de Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Licenciado en Filosofía (1992) y primer ciclo de la Licenciatura en Derecho (1995), miembro del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT), miembro de la Cátedra “Estado de Derecho” de la Escuela de Graduados en Administración Pública (EGAP) del Instituto Tecnológico de Monterrey (ITEMS), miembro de la Asociación Española de Filosofía moral, política y jurídica, miembro de la Asociación Española de Ciencia Política, vocal y profesor de los Comités Académicos de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho (UANL), Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública (UANL), Instituto de Investigaciones sociales (IINSO) de la Universidad Autónoma de Nuevo León y del Doctorado en Humanidades (Centro investigaciones en Artes y Humanidades de Monterrey), Evaluador del PNP y PIFI de CONACYT y SEP. Sus líneas de investigación en

los últimos años se centran en Ciudadanía, Democracia, Teoría Política y Constitucional. Cuenta con numerosas publicaciones en obras colectivas, libros, artículos en Revistas científicas nacionales e internacionales, entre sus libros recientes podemos destacar *Derecho, Ética y política a inicios del siglo XXI* (2007), *Teoría política y jurídica contemporánea (Problemas actuales)*, (2008), y *Pensamiento Político Contemporáneo: una panorámica*, (2008), éste último libro en coordinación con el profesor Sebastián Escámez Navas; *La democracia en el Estado constitucional* (2009) *Educación ciudadana para una cultura de la legalidad* (2010), *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales* (2010) Igualmente es Co-Director y Fundador de la Revista *Isotimia (Revista de Filosofía Política y Jurídica)* editada por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL)- y la Escuela de Graduados en Administración Pública del Instituto Tecnológico de Monterrey (EGAP-ITEMS) publicada en la Editorial Porrúa (México). En la actualidad dirige el proyecto de investigación apoyado por la UANL en el que se inscribe la presente estudio titulado: *“El desarrollo de la cultura cívica-jurídica de los Derechos Humanos para la formación de una ciudadanía democrática en el Estado de Nuevo León”*.

El Proyecto Centro de Altos Estudios e Investigación Pedagógica (CAEIP), representa una de las cuatro funciones sustantivas del CECyTE, N.L.: Investigación (las otras tres son la Docencia, la Vinculación y la de Tutorías).

El Dr. Luis Eugenio Todd Pérez, Director General del CECyTE, N.L. es el autor de este Proyecto que se plantea como objetivo general: Generar información y nuevos conocimientos de educación, útiles para el diseño de las políticas y acciones educativas.

Sus objetivos particulares son:

1. Formar recursos humanos para la investigación educativa.
2. Incidir mediante la investigación en la creación de conocimientos en la educación básica.
3. Contribuir a la formación de recursos humanos de extracción magisterial para la investigación educativa en Nuevo León.
4. Divulgar los conocimientos derivados de los hallazgos de las investigaciones mediante conferencias, publicaciones e inserción en la red.

Obras publicadas
Disponibles en www.caeip.org
SERIE: ALTOS ESTUDIOS

1. Aprender a enseñar Español
2. Aprender a enseñar Matemáticas
3. Aprender a enseñar Ciencias Naturales
4. Aprender a enseñar Historia
5. Aprender a enseñar Geografía
6. Aprender a enseñar Educación Cívica
7. Aprender a enseñar Educación Artística y Educación Física
8. Aprender a enseñar... en la escuela primaria
9. Educación. Presencia de mujer
10. La democracia en la escuela. Un sueño posible
11. Pescador. Pensamiento educativo
12. Formación ciudadana. Una mirada plural
13. Reconocimiento. A personajes nuestros
14. El medio ambiente. En la formación de los futuros profesores
15. Lo esencial de los valores
16. Educación ciudadana para una cultura de la legalidad
17. Utopía es compromiso y tarea responsable
18. Concepto y fundamento de los derechos humanos

Concepto y fundamento de los derechos humanos;
terminó de imprimirse en junio de 2010.
En su composición se utilizaron fuentes del tipo Georgia.
La edición fue coordinada y supervisada
por Ismael Vidales Delgado.