

Los derechos humanos como norma y decisión

Jorge Benavides Ordóñez

Los derechos humanos como norma y decisión

Una lectura desde la filosofía política

Los derechos humanos como norma y decisión

Una lectura desde la filosofía política

Jorge Benavides Ordóñez

Quito - Ecuador



Benavides Ordóñez, Jorge
Los derechos humanos como norma y decisión: una lectura desde la filosofía política / Jorge Benavides Ordóñez. 1° ed. Quito: Corte Constitucional, 2012. (Crítica y Derecho, 6)
136 p.; 15x21 cm + 1 CD-ROM
ISBN: 978-9942-07-332-7
Derechos de autor: 03992
1. Derechos humanos – Filosofía. 2. Filosofía del derecho. 3. Kelsen, Hans. 4. Schmitt, Carl.
I. Badillo O’Farell, Pablo, prol. II. Título. III. Serie.
CDD21: 323 CDU: 342.7 LC: K321.B46 2012 Cutter-Sanborn: B456
Catalogación en la fuente: Biblioteca “Luis Verdesoto Salgado”. Corte Constitucional.

Corte Constitucional del Ecuador

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional

Juan Montaña Pinto
Director ejecutivo del CEDEC

Jorge Benavides Ordóñez
Coordinador de publicaciones del CEDEC

Jorge Benavides Ordóñez
Autor

Miguel Romero Flores
Corrector de estilo

Juan Francisco Salazar
Diagramación y diseño de portadas

Imprenta: VyM Gráficas
Quito-Ecuador, noviembre 2012

**Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional (CEDEC)**
Av. 12 de Octubre N16-114
y Pasaje Nicolás Jiménez, Edif. Nader, piso 3.
Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170
www.corteconstitucional.gob.ec
publicaciones@cce.gob.ec

Índice

Presentación.....	11
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Prólogo	17
<i>Pablo Badillo O'Farrell</i>	
Introducción.....	21

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS HUMANOS COMO EXPRESIÓN DEL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

1.0. Aproximación conceptual.....	27
1.1. ¿En qué consistió el iusnaturalismo racionalista?.....	29
A. Los derechos humanos como derechos naturales.....	31
1.2. La positivación de los derechos humanos, o la incorporación de los derechos humanos a los distintos ordenamientos jurídicos (un repaso histórico).....	34
A. La tradición inglesa	37
B. La tradición norteamericana	41
a) La Declaración de Virginia y la Declaración de Independencia de 1776.....	45
C. La tradición francesa	49
1.3. La visión liberal de los derechos humanos.....	55

CAPÍTULO II

CRÍTICAS A LA FUNDAMENTACIÓN LIBERAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. La insuficiencia del planteamiento liberal en los contextos actuales.....	61
2.2. La perspectiva comunitarista	62
2.3. La perspectiva republicanista	70

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS HUMANOS VISTOS DESDE LA DISCUSIÓN ENTRE KELSEN Y SCHMITT

3.1. Los derechos humanos fundamentales como derechos públicos subjetivos.....	77
3.2. Hans Kelsen y el normativismo	82
3.3. Carl Schmitt y el decisionismo	87
3.4. Presente de los derechos humanos	93
IV. Conclusiones	101
V. Bibliografía	109

*A Leonor Benavides Palacio
y Leonor Palacio Valdivieso*

Presentación

Los historiadores profesionales, especialmente aquellos que hacen parte de la llamada “historiografía oficial” insisten en caracterizar a la modernidad, y a su hijo predilecto el liberalismo, como una ruptura radical con el pasado que representa el antiguo régimen. Esta ruptura, como es bueno recordar, está basada en el triunfo absoluto de la razón y en la hegemonía del hombre sobre todos los demás seres de la naturaleza que se transforman en mercancías y en cosas apropiables a través de la propiedad privada.

En el ámbito del derecho y de la historia del derecho, el momento simbólico de esa ruptura esencial y, por tanto, el comienzo de la nueva era se produce con el advenimiento, en las postrimerías del siglo XVIII, de las declaraciones de derechos,¹ momento en el cual los derechos naturales se transforman en los derechos humanos. Esa historia, como es bien conocido, ha sido el discurso hegemónico en países como el Ecuador y en ella nos hemos formado y deformado todos quienes hemos estudiado en cualquier universidad francesa española o latinoamericana.

Hay, sin embargo, otra postura historiográfica gestada, propia de los países anglosajones, que desconfía profundamente del voluntarismo racionalista e individualista, y que plantea,

¹ La declaración de independencia norteamericana (1776) y la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789).

por tanto, una esencial continuidad entre los procesos sociales y políticos del mundo antiguo y medieval y nuestro actual devenir histórico. Esta postura en el mundo del derecho es conocida como historicismo, y ha tenido gran influencia en la definición de los dogmas centrales del constitucionalismo como ideología y del derecho constitucional como disciplina dogmática y normativa.

En esa visión idílica de los historicistas, el proceso de formación de los derechos humanos, y del individuo como sujeto de la historia, comienza en la lejana Grecia clásica, se materializa en los planteamientos de los Estoicos, continúa con Cicerón, y pasando por San Agustín culmina en la Carta Magna de 1215 donde, según nos han contado, se establecen por primera vez límites al poder omnímodo basándonos en los conceptos como derecho natural y derechos naturales; para luego materializarse en las declaraciones de derechos, que andando el tiempo se transforman en los derechos fundamentales de las constituciones contemporáneas. La idea que subyace a este planteamiento historicista de la continuidad es que desde la firma de la Carta Magna y, particularmente, después de Hobbes y Kant no ha ocurrido hasta hoy nada significativo en el mundo de las ideas, como no sea el avance irremediable del individuo hacia el fin de la historia.

Hoy en día, este ideal, esta visión utópica, ha triunfado a escala global, a tal punto que —como dice Costas Douzinas— los derechos humanos se han convertido en el lugar de encuentro de todos los discursos legítimos y no legítimos de la izquierda y la derecha,² y como tales se han transformado en el único metarrelato viviente en estos días de crisis posindustrial y posmoderna y en el más importante y más noble hallazgo de nuestra cultura jurídica occidental.

2 Douzinas, Costas. *El Fin de los Derechos Humanos*. Bogotá, Editorial Legis, 2008, p. 1.

Sin embargo, a pesar de esta aparente legitimidad y buena salud del discurso de los derechos, tanto la doctrina liberal europea, como la historiografía anglosajona han sido incapaces de explicar el porqué a pesar del su indiscutible triunfo político, los derechos humanos conviven todos los días con la muerte, la deshumanización, la guerra y la barbarie, que prosperan sin talanquera en todos los lugares de la tierra, como lo demuestran las imágenes que hoy en día circulan por el mundo acerca de los efectos de los nuevos bombardeos israelíes sobre la atribulada y fracturada Palestina, donde, otra vez,³ no mueren los líderes de Hamas, que siguen tranquilos gobernando desde sus bunkers y refugios antibombas, sino las mujeres y los niños de brazos, que caminan y seguirán caminando por las destrozadas calles de Gaza y Cisjordania.

De todo eso nos habla el texto de Jorge Benavides Ordóñez. El autor, acorde con esta preocupación por el destino de la humanidad y de los derechos plantea una polémica utilizando una metodología y una entrada teórica novedosa que combina la filosofía política con la teoría y el derecho constitucional.

El estilo es también especial: su discurso formalmente aparece muchas veces como apologético, ya que utiliza argumentos propios del discurso oficial historicista,⁴ pero está signado por un compromiso ideológico humanista y progresista y matizado con apreciaciones del autor profundamente escépticas y críticas sobre los reales límites y posibilidades del discurso de los derechos una vez este se institucionalizó en el sistema internacional de los derechos humanos. Los objetivos críticos del texto no

3 Como no ha ocurrido todavía en ninguna guerra de la historia, pero menos en las guerras quirúrgicas e inteligentes de la actualidad.

4 Benavides hace un recorrido completo, desde la logia de la continuidad del discurso de los derechos desde sus orígenes en el derecho natural medieval (la Carta Magna de 1215) hasta los planteamientos de derechos fundamentales de las modernas constituciones, pasando por el debate de las implicaciones de la teoría alemana de los derechos públicos subjetivos en el proceso de nacionalización y estatización de los derechos.

se plasman en las formas panfletarias al uso entre los científicos sociales contradictores de las democracias liberales; tampoco se encuentra en el libro de Jorge Benavides el estilo académico propio de la dogmática jurídica, sino que esa mezcla entre discurso filosófico y teoría del derecho permite examinar a los derechos más allá de la óptica normativa e institucional y ahondar en el estudio de la influencia del derecho y los derechos en la construcción del sujeto.

Y ese es precisamente el valor añadido que encontramos en el texto. En este tiempo líquido, como diría Bauman,⁵ de victorias y cataclismos, en este mundo de vacilación e incertidumbre en el que nos ha tocado existir, es imperativo realizar un examen completo de la tradición y los logros de los derechos humanos como el que realiza nuestro autor y cuestionar desde el interior del propio discurso la promesa emancipadora de la razón y del derecho cuando ellos aparentemente están *ad portas* del triunfo definitivo.

Este escepticismo y este espíritu crítico es el que justifica la publicación del libro en las colecciones del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). La preocupación constante de Benavides por el futuro de la humanidad, es el elemento que permite hermanar el texto que presentamos con la tradición crítica de la teoría jurídica, y es este humanismo implícito el que lo pone a discutir con otras obras cuya difusión hemos impulsado en el contexto ecuatoriano como el fin de los derechos humanos de Costas Douzinas, la justicia frente al gobierno de Roberto Gargarella, o un largo termidor de Gerardo Pisarello.

En relación con este último autor y su obra publicada en Ecuador, vale la pena hacer un ejercicio de comparación. A pesar de las grandes diferencias formales y de enfoque entre los libros de Jorge y Gerardo, creo sin embargo que es posible encontrar un punto de encuentro en sus preocupaciones teóricas. Es justamente la necesidad de sustentar un discurso liberador que combine la denuncia

⁵ Bauman, Zygmunt. *Tiempos líquidos*. Barcelona, Tusquets Editores, 2010.

del absolutismo liberal con la mejor tradición clásica del pensamiento crítico, la que nos permite pensar que, no obstante, sus diferencias son textos comparables y complementarios. En efecto, los dos autores desde lugares metodológicos y epistemológicos diversos niegan la tesis del fin de la historia, y plantean la necesidad de mantener vigente la utopía humanista. Tanto para el argentino como para el ecuatoriano es imposible pensar en el fin de la historia que plantea la modernidad mientras el discurso de los derechos humanos mantenga el abismo entre retórica y realidad, y mientras haya desigualdad y pobreza en el mundo.

Eso no quiere decir, y este es otro punto en común entre los dos textos que los autores se abandonen al nihilismo posmoderno. A pesar de que es evidente que en esta fase posliberal que vivimos la idea moderna de la historia como un proceso singular que se mueve hacia el proyecto de liberación humana ya no es posible ni menos creíble.⁶ Sin embargo, los dos autores y sus textos mantienen que la propia idea de la existencia y los conflictos de los derechos humanos es la prueba de que Federico Nietzsche estaba equivocado cuando planteaba el ocaso de la razón.

Esperemos entonces que esta crisis de los derechos institucionalizados, no sea el fin de la historia, sino tan solo como plantean los mayas el comienzo de una nueva era donde los seres humanos abandonemos la prepotencia de la razón y aceptemos que somos parte de algo más grande llamado naturaleza.

Juan Montaña Pinto
Director del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional

6 Vattimo, Gianni. *El Fin de la Modernidad*. Cambridge University Press, 1988.

Prólogo

Es bien sabido que en los tiempos convulsos, y los que hemos vivido en los últimos años y seguimos viviendo los son, los derechos humanos suelen tener serios problemas para su realización. Pero también es cierto que, para ponerlos en práctica, parece que lo más idóneo es comprenderlos adecuadamente, ya que su genealogía es muy larga en el tiempo y bastante heterogénea. Por otro lado, al margen de sus primeros pasos, cuando se consagran en la modernidad y desde que el racionalismo se constituye en tendencia de pensamiento dominante, hay dos grandes corrientes, diferenciables geográfica e ideológicamente, que se convierten en las más claramente representativas respecto a su fundamentación. Me refiero a la anglosajona –con evidentes orígenes ingleses y su posterior traslación a Estados Unidos, contemplable en la teoría de los padres fundadores y su plasmación en la Constitución americana– y la europea continental, en la que destacan los autores franceses anteriores y posteriores a la revolución.

Ambas tradiciones han dado lugar a dos corrientes muy claramente definibles, no solo en la manera de fundamentar los derechos humanos, sino también respecto a la forma de entender la vida política. Una y otra son las raíces de las perspectivas liberal y democrática de entender la política, aunque no puedan contemplarse como variantes o arquetipos puros y totalmente diferentes. Pero hoy día ninguna de ellas es dominante, ya que

las circunstancias que nos han tocado vivir han producido una multitud de críticas y el intento de establecer modos alternativos de entender la vida política.

Circunstancias como el individualismo liberal a ultranza, la existencia de grandes fenómenos migratorios, el surgimiento de hechos multiculturales derivados de lo anterior, la reivindicación de fenómenos comunitarios como alternativa al individualismo, la defensa de unos valores participativos profundos en la vida pública, por solo citar algunos de los más destacados, han dado lugar a nuevas fórmulas de comprensión y análisis del fenómeno político.

Este fenómeno político, que vivió momentos muy agitados en el siglo pasado, y los sigue viviendo hoy, no es comprensible sin la correspondiente proyección en su desarrollo en el ámbito jurídico. Y en el convulso siglo pasado podemos decir que la política y el derecho se plasmaron en dos fórmulas muy destacadas, a la vez que muy opuestas, cuales son la positivista-formalista y la decisionista, que vemos encarnadas de manera emblemática en Hans Kelsen y Carl Schmitt, respectivamente.

Al margen de divergencias, críticas, posibles y severas observaciones que puedan hacérseles, es evidente que nos encontramos ante dos de las mentes filosófico-jurídicas y filosófico-políticas más poderosas de los últimos cien años. Y es claro que la pugna teórica entre ellos tuvo una clara incidencia en las formas posibles de entender los derechos y la política.

Todos estos asuntos son el telón de fondo y el contenido del trabajo de fin de máster de Jorge Benavides Ordóñez, que, dentro del Programa de Máster “Filosofía y Cultura Moderna”, realizó bajo mi dirección en la Universidad de Sevilla.

Jorge Benavides demostró durante la realización del mismo, no solo una extraordinaria vocación y capacidad de trabajo, sino también una formación y conocimientos notables en el ámbito del Derecho Constitucional y de la Filosofía Política, lo que se pone de manifiesto en el estudio que el lector tiene entre sus

manos. Por ello, es para mí una satisfacción poner estas palabras preliminares a este escrito que quizás será el primero en el desarrollo del trabajo intelectual y publicístico de Jorge Benavides, que estoy seguro que será amplio y fructífero.

Sevilla, noviembre de 2012

Pablo Badillo O'Farrell
Catedrático de Filosofía Moral y Política
Universidad de Sevilla

Introducción

En el presente trabajo pretendemos dar una visión general de los derechos humanos desde los principales planteamientos de la filosofía política moderna; desde su aparecimiento situado en la modernidad. Así, haremos un repaso a las implicaciones que concitó para los derechos el movimiento iusnaturalista racionalista con sus tesis innovadoras, pasando a su posterior positivación, especialmente a la producida en el siglo XVIII, es decir a los modelos de derechos inglés, norteamericano y francés. Con sus semejanzas y diferencias, comparten la consideración de la importancia de unos derechos naturales e individuales que le pertenecen al hombre por su condición de ser humano.

Luego nos referiremos a las críticas que se han hecho al modelo liberal de los derechos humanos; para lo cual acudiremos a las formulaciones de corte comunitarista y republicanista, como ejemplos de teorías objetoras del planteamiento universal y abstracto del modelo clásico. Por ejemplo, la crítica comunitarista que observa a la comunidad como la portadora de los derechos, implica de suyo, la negación de la tesis liberal en cuanto al individuo como poseedor de unos derechos naturales. Entre tanto, del planteamiento republicanista destacaremos su visión de un ciudadano activo y comprometido con los asuntos de su comunidad, o dicho en otros términos, los republicanos

son partidarios de una libertad activa, contraria a la visión liberal de una libertad negativa, o de no interferencia.

Finalmente, redireccionaremos la discusión hacia la teoría constitucional, para ello contrapondremos a dos de sus mayores referentes en el siglo XX: Kelsen y Schmitt, con sus modelos normativista y decisionista, respectivamente. Con relación al primer modelo, como su nombre lo indica, apunta al elemento normativo, es decir, propende a un análisis del derecho que se remite de modo exclusivo al estudio de las normas jurídicas —la búsqueda de la pureza metodológica—, como abordaje formalista de la ciencia jurídica. Por eso, pasaremos revista a la formulación doctrinaria previa al planteamiento kelseniano: la Escuela de derecho público alemana del siglo XIX que desembocó en la teoría de los derechos públicos subjetivos, que respondían a la autolimitación del poder estatal. En cambio, con relación al segundo modelo, nos referiremos a los esfuerzos emprendidos principalmente por Carl Schmitt en demostrar cómo el elemento esencial de toda construcción normativa es la decisión, como requisito previo para crear y mantener a las normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico, decisión que se conforma a partir de los valores y creencias compartidas de un pueblo.

Una vez que hayamos hecho el recorrido teórico señalado, estaremos en condiciones de emitir nuestro balance del estado actual de los derechos humanos, marcado por los esfuerzos de la comunidad internacional por el establecimiento de un sistema internacional efectivo de protección de los derechos. Esta preocupación tuvo ya su antecedente en la modernidad de la mano de Kant, cuando este se preguntó por la necesidad de establecer una paz perpetua sobre el fundamento de un “derecho cosmopolita”, en donde las personas y los Estados actúen como si se tratase de un “Estado humano universal”. De esta manera sus normas pueden ser entendidas como un derecho

aplicable a toda la humanidad,⁷ noción que puede ser adaptable a las nuevas realidades, debido primordialmente a la enorme importancia que tienen los derechos humanos para los Estados constitucionales y democráticos de derecho.

7 Al respecto véase Alfonso Julios-Campuzano. “Kant, Modernidad y Derecho Cosmopolita”. *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el Bicentenario de su muerte*.Coords. Alfonso Castro y otros. Sevilla, Editorial Lagares, 2003, pp. 91 ss.

Capítulo I

**Los derechos humanos como expresión
del iusnaturalismo racionalista**

Los derechos humanos como expresión del iusnaturalismo racionalista

1.0. Aproximación conceptual

Sin lugar a dudas la búsqueda del origen de los derechos humanos se convierte en una tarea de suma complejidad, pues habría que indagar en los inicios mismos del pensamiento occidental, pretensión que iría más allá del objeto de estudio del presente libro. No obstante arrancaremos desde la modernidad, puesto que, es a partir de ahí que podemos hablar propiamente de los derechos, debido a que si bien las nociones de dignidad humana, libertad e igualdad eran esgrimidas por autores como Platón, Aristóteles o Santo Tomás, estas no se unificaban bajo dicho concepto.⁸

Si partimos mencionando el carácter moderno de los derechos humanos debemos diferenciarlos de las antiguas libertades jurídicas, que eran consideradas como una suerte de posición, relacionada con la pertenencia a un gremio o corporación, siendo otorgados excepcionalmente a unos sujetos de modo individual, pero no como derechos sino como privilegios, así su validez era particular. Por eso, podemos sostener que su aparición tiene como sustento ideológico el pensamiento de

⁸ Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*. Madrid, Eudema, 1991, p. 99. En esa misma línea se encuentra Dieter Grimm, para quien los derechos fundamentales son un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y pertenecen, por tanto, al programa del moderno Estado constitucional. Véase su trabajo *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Estudio preliminar de Antonio López Pina. Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 77.

los siglos XVII y XVIII de impronta iusnaturalista racional, que remplaza la visión teológica medieval a partir de la idea de la dignidad humana, así como en la razón del individuo, elemento esencialmente caracterizador de personas libres, e iguales, que participan en el establecimiento de unos acuerdos, precautelando en tal virtud unos intereses originarios y previos, de ahí precisamente su carácter natural y preestatal.

Para algunos teóricos,⁹ los derechos humanos se presentan como un concepto histórico —posición a la que nos adherimos—, por cuanto son producto de una serie de variables sociales, económicas, culturales y políticas que aparecen en un determinado período de la historia. Así, para Antonio E. Pérez Luño: “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.”¹⁰

A continuación identificaremos algunos elementos de la posición iusnaturalista racionalista, que como lo sostuvimos sirve de fundamento teórico filosófico de aquellos.

9 Véase Gregorio Peces-Barba. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 325; Antonio Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 9^a ed., 2005, p. 51; Pablo Badillo O'Farrell. “Los derechos humanos en el umbral del siglo XXI”. *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 7. Nueva Época, 2006. La referencia a la historicidad de los derechos fundamentales ha operado en los más distintos contextos, siguiendo a Pietro Costa, podemos sostener que varián de forma drástica “[...] de sociedad en sociedad de época en época, los contenidos: el tenor de las pretensiones, su formulación, las relaciones de fuerza subyacentes, los valores compartidos, la imagen de sociedad evocada en cada momento [...]”, aunque también señala el mismo autor, que existe una suerte de exigencia general y formal que se mantiene constante en todas las sociedades, que consiste en la ordenación de los individuos en cuanto a sus pretensiones y a sus obligaciones. Véase “Derechos”. *El Estado Moderno en Europa: Instituciones y Derecho*. Edición de Maurizio Fioravanti. Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 46.

10 Antonio Enrique Pérez Luño. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Tecnos, 10^a ed. 2011, p. 42.

1.1. ¿En qué consistió el iusnaturalismo racionalista?

Se puede comprender al iusnaturalismo racionalista como aquel movimiento filosófico, que concibió al derecho natural basado en la razón, modelo que se aparta del inicial derecho natural de origen divino, el cual tuvo en el pensamiento de San Agustín, Santo Tomás, Suárez y Vitoria con la Escuela escolástica española a sus principales precursores.¹¹ Ahora bien, ¿cuál fue el aporte de dicho movimiento a los derechos? Consideraremos básicamente los que sirvieron como inspiración teórica abstracta para los movimientos revolucionarios que incorporaron dichos ideales en documentos escritos conocidos como Declaraciones o Cartas de derechos.

Así tenemos como algunos elementos que nos permiten identificar al derecho natural racionalista, aquellos que contribuyeron de modo decisivo al tránsito hacia la modernidad, por su carácter secularizante, lo que implicó que podamos hablar de un derecho natural secularizado, de modo que la naturaleza humana será a partir de este instante su fundamento ético, y con ello, el hecho de la validez universal: la razón humana. En consecuencia, el nuevo derecho natural sería aceptado por todos los hombres sin que importe, por tanto, sus creencias religiosas,

11 No obstante se debe decir también, que Grocio y Pufendorf —las dos principales figuras del iusnaturalismo racionalista— bebieron de las formulaciones teóricas de la Escuela española. Así tenemos como el primer autor ha sido considerado como el fundador de la Escuela del derecho natural racionalista, teniendo sus teorías amplia influencia en la historia de las ideas políticas, como en el derecho Internacional. Para Hugo Grocio, la razón actúa como el método que permite conocer los principios del derecho natural y de las relaciones de la vida social, de modo que para el autor holandés, el derecho natural aparece como “un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza.” Véase Eusebio Fernández García. “El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII”. *Historia de los Derechos Fundamentales*, t. I. Dirs. Gregorio Pece-Barba, Eusebio Fernández. Madrid, Dykinson S.L., 2003, p. 586.

es decir, la independencia de la razón humana de una razón teologizante.¹²

Por otro lado, se puede observar cómo el cambio del derecho natural viene aparejado de transformaciones en el aspecto metodológico, es decir que los conceptos de razón y naturaleza humana para su explicación se asemejan a las explicaciones propias del método de corte deductivo cartesiano aplicado a las ciencias naturales,¹³ lo que además pondrá de manifiesto la admiración profesada por los representantes del iusnaturalismo racionalista hacia la cosmovisión expresada por el pensamiento científico moderno. De esta manera, la aplicación del método deductivo propio de las matemáticas y el pensamiento filosófico jurídico era ejemplificado por Eusebio Fernández, como el hecho de que partiendo de unos pocos principios, claros y evidentes, captados por medio de la meditación sobre la naturaleza del hombre, sería factible deducir un sistema jurídico en su totalidad.¹⁴

Es relevante, asimismo, el papel de autonomía que alcanzan las ideas de naturaleza y razón humana con el iusnaturalismo racionalista, lo que implica la edificación de una ética que reúna el elemento universal, por un lado, y el de mínimos, por otro. Es decir, “universal porque sus principios se van a obtener de común razón humana, y mínima, porque se pretende su validez sin negar las diferencias culturales o religiosas”.¹⁵ De ahí que de ese grado de autonomía obtenido por la razón humana, se llegará al reconocimiento de una autonomía individual, que redundará finalmente en el señalamiento de la existencia de unos derechos naturales innatos a los hombres.¹⁶

12 *Ibid.*, p. 575.

13 *Ibid.*, p. 577.

14 *Ibid.*, p. 580.

15 *Ibid.*, p. 580.

16 *Ibid.*, p. 581.

A. Los derechos humanos como derechos naturales

Siguiendo a Pablo Badillo O'Farrell, diremos que ha sido un criterio compartido por largo tiempo, el considerar a los derechos humanos como continuadores de los derechos naturales, con independencia de compartir o no las tesis del iusnaturalismo en sentido estricto.¹⁷ Lo dicho a grandes trazos conlleva la noción teórica de considerar como antepasado de los derechos humanos a los derechos naturales. Así, entre las fundamentaciones iusnaturalistas de los derechos humanos, dos son sus grandes pilares: por un lado tenemos la distinción entre derecho natural y derecho positivo, y, por el otro, la superioridad del primero sobre el segundo. De tal suerte que partiendo de que el derecho natural implica un ordenamiento universal que se deduce de la propia naturaleza humana, se deriva de ahí, por tanto, la existencia de derechos naturales, por lo que su fundamentación se encuentra en el derecho natural y no en el derecho positivo, siendo además esos mismos derechos anteriores y superiores al derecho positivo, y con ello poseedores de un carácter inalienable.¹⁸

La tradición iusnaturalista que considera la existencia de unos derechos previos al aparecimiento del Estado y del Derecho, es tan antigua, que según Karl Loewenstein: “La idea de que existen derechos del individuo fuera del Estado tiene sus raíces en la filosofía helénica de los estoicos (Panecio y Cicerón): la ley natural, la razón, la igualdad y la dignidad del hombre son valores que están por encima del Estado y fuera de su alcance”.¹⁹

Pero es sin duda, como ya lo expresamos en el acápite anterior, que con el advenimiento del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, el momento originario en que aparece

17 Pablo Badillo O'Farrell, *op. cit.*, p. 70.

18 Eusebio Fernández. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid, Editorial Debate, 1984, pp. 86-87.

19 Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Trad. y estudio de la obra Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Editorial Ariel, 1979, p. 393.

el concepto de derechos humanos comprendido como derechos naturales, se marca el paso de una teoría del derecho natural abstracta a una teoría de los derechos naturales en concreto, que desembocaría en las declaraciones de derechos del siglo XVIII,²⁰ planteamientos sobre los que volveremos más adelante cuando tratemos los modelos inglés, norteamericano y francés de derechos.

La diferencia entre el nuevo significado del derecho natural para los iusnaturalistas racionalistas con los iusnaturalismos precedentes, a decir de Alessandro Passerin, consiste en:

La moderna teoría del Derecho natural no era, hablando con propiedad, una teoría del Derecho objetivo, sino una teoría de los derechos subjetivos. Se ha producido un cambio importante bajo la envoltura de las mismas expresiones verbales. El iusnaturale del filósofo moderno no es ya la lex naturalis del moralista medieval ni el ius naturales del jurista romano".²¹

La influencia del pensamiento iusnaturalista racionalista se presenta en la obra de célebres teóricos como Grocio, Pufendorf, Locke, Rousseau y Kant.²² Para ellos, lo que en términos

20 Karl Loewenstein, *op. cit.*, pp. 88-89.

21 Alessandro Passerin D'Entreves. *Derecho Natural*. Madrid, Ed. Aguilar, Trad. M. Hurtado Bautista, p. 75, citado por Eusebio Fernández, *op. cit.*, p. 90.

22 La figura de Immanuel Kant es clave en la comprensión iusnaturalista racionalista de los derechos, ya que este filósofo a partir de la formulación del imperativo categórico, sostiene que el hombre es un fin en sí mismo, por su condición de ser racional, de ahí su planteamiento: "obra como si tu máxima debiera servir al mismo tiempo de ley universal para todos los seres racionales" y "obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio". Ahora bien, es la capacidad moral que posee el hombre en su condición de ser racional autónomo lo que le lleva a ser portador de una dignidad, valor incondicionado sobre el que se edifica la noción de los derechos naturales, o lo que es lo mismo, en los derechos naturales hay un contenido inherente de la dignidad humana. Immanuel Kant. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Edición de Luis Martínez de Velasco. Madrid, Editorial Espasa Calpe, S.A., 2009. Ya en nuestros tiempos la influencia kantiana ha sido de enorme relevancia para la dogmática de los derechos, así por ejemplo, el jurista alemán Hans Peter Schneider sostuvo: "Considerados en abstracto, los derechos fundamentales son, en primer lugar, *fin en sí mismos* y

contemporáneos se comprenden como derechos humanos, tiene su fundamento en el derecho natural; además se debe señalar la conexión que hacen de sus planteamientos sobre los derechos naturales a las tesis contractualistas.²³ Entonces, tenemos como su punto de partida la existencia de un “estado de naturaleza”, en el que todos los hombres gozaban de una libertad natural — pierden la libertad natural y ganan la libertad civil en palabras de Rousseau—, disponiendo con ello de unos derechos que les son innatos por su condición de seres humanos, por tanto, ese contrato de asociación del que surge el Estado no trae como consecuencia la pérdida de los derechos naturales de los que gozaban los hombres, puesto que, sus derechos son preestatales y por tanto naturales los que —en palabras de Kant— serían: “aquellos derechos que independientemente de un acto jurídico son transmitidos a cada individuo por la naturaleza”²⁴ o “aquellos —como lo sostiene Paine— que le corresponden al hombre por el mero hecho de existir”.²⁵

expresión de la dignidad humana que sólo se pueden funcionalizar de manera limitada.” Hans Peter Schneider. “Peculiaridad y Función de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” (La práctica constitucional en el Estado Democrático). *Democracia y Constitución*. Trad. Joaquín Abellán. Prólogo Luis López Guerra. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 136.

23 Eusebio Fernández, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, p. 91.

24 Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* 1797, citado por Alexei Julio Estrada: *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 29. Para Kant “[...] las exigencias de respeto a la dignidad de la persona como fin en sí mismo implicaba la necesidad de reconocimiento de una serie de derechos que se entienden: originarios y universales, desde el punto y hora que pertenecen a toda persona en cuanto a tal desde su nacimiento, siendo deber del Estado positivarlos y protegerlos; inalienables, porque su disposición implica un agravio intolerable; inviolables e inderogables, en la medida en que se deben hacer valer frente a cualquier otro tipo de consideraciones; e imprescriptibles, pues no han de decaer por el mero transcurso del tiempo.” Véase Miguel Álvarez Ortega. “Exigencias jurídico-políticas de dignidad: una aproximación filmográfica a los derechos fundamentales”. *Derecho al cine. Una introducción cinematográfica al Derecho Constitucional*. Coord. Abraham Barrero. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 57.

25 Thomas Paine. *Los derechos del hombre*. Trad. cast. de J. A. Fernández de Castro y T. Muñoz Molina. México, Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 61, citado por Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 32.

Entonces el Estado, al aparecer como una construcción artificial y convencional, debe su origen y existencia a la voluntad del hombre, por tanto aquel encuentra su razón de ser, en tanto preserve los bienes jurídicos esenciales de las voluntades humanas que lo crearon, así Locke²⁶ y la Escuela del derecho natural sostienen una respuesta que concuerda en considerar el patrimonio jurídico del individuo, como algo previo a la comunidad política, como algo que esta tiene la obligación de garantizar. Es decir, lo que justifica la existencia del Estado, posición teórica que encontraría su plasmación en un documento jurídico, con motivo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en el artículo 2 sostiene: “El fin de toda asociación política es la conservación de derechos naturales e imprescriptibles del hombre [...]”

Sin embargo, antes de finalizar este acápite debemos señalar que acogemos el planteamiento que hace Pérez Luño, respecto de que existe una tendencia generalizada a concebir a los derechos humanos como un término más amplio que el de derechos naturales, aun para la posición teórica de que reconoce la vinculación entre ambos conceptos.²⁷

1.2. La positivación de los derechos humanos, o la incorporación de los derechos humanos a los distintos ordenamientos jurídicos (un repaso histórico)

La positivación de los derechos naturales implicó un gran avance de los documentos del siglo XVIII, podemos decir que

26 Según Josep Colomer: “El elemento más específico de la concepción lockeana del estado de naturaleza es la existencia de unos derechos naturales de todos los individuos, básicamente a la vida, la libertad y la posesión de bienes, que fundamentan los mandatos de no matar, no violar y no robar. Véase “Ilustración y liberalismo en Gran Bretaña: J. Locke, D. Hume, los economistas clásicos, los utilitaristas”. *Historia de la Teoría Política* 3. Ed. Fernando Vallespín. Madrid, Alianza, 1990, p. 20.

27 Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 32.

una vez que los derechos humanos se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente, convirtiéndose en tal virtud en derechos fundamentales de un ordenamiento jurídico. La positivación tiene tal trascendencia que modifica el carácter de los derechos humanos prepositivos, puesto que, permite la modificación de criterios morales en auténticos derechos subjetivos.²⁸ De ahí que gran parte de la doctrina entiende que los derechos fundamentales no son más que aquellos derechos humanos positivados.²⁹ Al respecto, Pérez Luño señala que el proceso de positivación de los derechos humanos alude a un asunto técnico-jurídico, de tal suerte que la positivación de los derechos es un aspecto del proceso general de formación de reglas jurídicas, de tal forma la positivación de los derechos humanos “[...] viene entendida como su formulación normativa a través de unos preceptos emanados según los cauces formales establecidos por el principio de validez de un determinado ordenamiento jurídico.”³⁰

No obstante, consideramos apropiado decir que con relación a los derechos fundamentales, en la doctrina se señala de modo reiterado la tensión existente entre su conceptualización y su fundamentación,³¹ cuestión a la que para nuestro entender

28 Gregorio Robles. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1992, p. 20.

29 Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 33.

30 *Ibid.*, p. 54.

31 Cuestión polémica por autonomía, puesto que, como conocemos la noción de los derechos humanos que nos viene desde la modernidad ha sido construida desde una perspectiva occidental y universalizante, de ahí que sean los planteamientos que vienen desde el multiculturalismo que cuestionen dicha fundamentación por la multiplicidad de sociedades y con ello de valores, sosteniendo la imposibilidad por tanto, de establecer unos que sean aplicables a todo el mundo, así tratando de zanjar el tema Norberto Bobbio, planteaba que más que preocuparse por la fundamentación de los derechos, se debe centrar la preocupación por llevarlos adelante en la práctica.

subyace la pugna entre los planteamientos iusnaturalistas³² y positivistas,³³ en tal sentido, nos decantamos por una posición

- 32 Como se conoce es propio de la tradición iusnaturalista el considerar que no se requiere la positivación de un derecho para su existencia. Eusebio Fernández distingue dos tipos de fundamentación iusnaturalista de los derechos, por un lado el denominado iusnaturalismo ontológico o “del ser”, propio de las concepciones clásicas grecorromanas, escolásticas, medievales, iusnaturalistas y las posiciones neotomistas, y por otro lado, nos habla del iusnaturalismo deontológico que aparece como el conjunto de valores que determinan la obligación del Derecho. Véase Eusebio Fernández, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, p. 87.
- 33 Al contrario de lo ocurrido con el iusnaturalismo, para la Escuela positivista si no existe como derecho positivizado no existe, así tenemos como Hans Kelsen una de sus más grandes figuras, en su *Teoría Pura del Derecho*, aparecida en los años treinta del siglo pasado manifestó: “El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden.” Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 4^a ed., 1999, p. 40. En tanto que para Norberto Bobbio —siguiendo a Rafael de Asís Roig en su estudio preliminar del *Positivismo Jurídico*— el positivismo supone: a) Una determinada manera de abordar el derecho; b) Una determinada teoría del Derecho; c) Una determinada ideología sobre el Derecho. En cuanto a la forma de abordar el Derecho, se establece que el positivismo jurídico representa un esfuerzo por convertir el Derecho en una auténtica ciencia, que tiene como característica la neutralidad valorativa, por tanto el estudio del Derecho debe ser llevado adelante teniéndolo como un hecho y no como valor, ya que los juicios de valor van más allá del ámbito de la ciencia jurídica. Lo anotado tiene estrecha relación con el tema de la validez del Derecho, de tal suerte que para Bobbio, son normas jurídicas aquellas que se producen en conformidad a lo establecido en el ordenamiento jurídico, así lo importa es cómo se produce el Derecho y no cómo se regula. Lo expresado da como consecuencia, según Asís Roig, que se contemple: a) El Derecho como hecho y no como valor; b) Es Derecho válido sólo aquel que se ha producido siguiendo los requisitos formales establecidos en su interior, lo que implica que el único criterio de validez jurídica es el formal, y c) Tener la actividad cognoscitiva del Derecho para su aplicación como una actividad que reproduce y no produce. Por otro lado, cuando hablamos del positivismo jurídico como Teoría del Derecho, para Bobbio —según Asís de Roig— se parte de seis concepciones esenciales: a) La teoría coactiva del Derecho; b) La teoría legislativa del Derecho; c) La teoría imperativa del Derecho; d) La teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico; e) La teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico; y e) La teoría de la interpretación lógica o mecanicista del Derecho. Las tres primeras características anotadas, según Bobbio, son fundamentales en el sistema de la teoría iuspositivista, en tanto que las tres restantes tienen una importancia secundaria, de ahí que para el filósofo italiano se puede hablar de un positivismo en sentido estricto y de un positivismo en sentido amplio, según se acojan integralmente estas seis concepciones, o solamente las tres primeras. De tal forma que cuando hablamos de positivismo jurídico en sentido amplio se lo caracteriza por sostener tres principios: a) La coacción

que aboga por un entendimiento que supere los reduccionismos de ambas tesis, esto es por una perspectiva integradora, o en palabras de Gregorio Peces-Barba, por una Filosofía de los Derechos, lo que el autor español conoce como la naturaleza ambivalente o dualista de los derechos fundamentales,³⁴ es decir el resultado de las exigencias de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación en textos normativos positivos,³⁵ o dicho de otro modo, la ambivalencia reconoce el fundamento filosófico del valor justicia que contienen los derechos, pero cree en la necesidad de su positivación para su eficacia³⁶. También Badillo O'Farrell resalta la importancia de la eficacia de los derechos, al sostener que hay que acercarse a estos con la perspectiva de una determinada política, es decir, como un conjunto determinado de normas conducentes a la protección y a la defensa efectiva de los derechos de las personas frente a posibles arbitrariedades de los diferentes poderes que existen en la sociedad, principalmente los públicos.³⁷

A. La tradición inglesa

Según Peces-Barba, la tradición inglesa se describe como una suerte de lucha histórica, que confronta los derechos del Parlamento y del *common law* en su búsqueda de limitar

es un elemento esencial y típico del Derecho; b) La prioridad de la ley sobre las restantes fuentes del Derecho; c) La norma jurídica tiene la estructura de un mandato, en tanto que para el positivismo en sentido estricto, se acoge las tres características señaladas, más: a) La teoría de la coherencia del ordenamiento; b) La de la plenitud del Derecho; c) La interpretación mecanicista del Derecho. Finalmente, el positivismo jurídico como ideología quiere decir para Bobbio —siguiendo a Asís de Roig— que este no ha logrado conseguir una posición neutral frente al Derecho, puesto que contiene una pretensión sobre cómo debe ser este, por ello se colige que alberga una actitud valorativa del hombre frente a la realidad, es decir una posición ideológica. Rafael de Asís Roig. Estudio preliminar. *Positivismo Jurídico*. Por Norberto Bobbio. Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid, Editorial Debate, 1993, pp. 18-31.

³⁴ Gregorio Peces-Barba, *Curso de Derechos Fundamentales*, p. 91.

³⁵ Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 33.

³⁶ Esta tesis pertenece al llamado Iusnaturalismo crítico

³⁷ Pablo Badillo O'Farrell, *op. cit.*, p. 73.

el poder del rey, por medio del viejo derecho inglés, es decir, frente a las pretensiones de varios monarcas por instaurar un régimen absolutista, se produjo la resistencia del Parlamento y de los jueces. Es a través de la disputa como se fue edificando la supremacía de la Institución Legislativa y del *common law*, que aparecen como los pilares sobre los que se asienta el sistema político inglés.³⁸ Para el autor el modelo británico es producto de la evolución, es decir, se moldea en la experiencia histórica, de tal suerte que parte de la limitación al poder, y con ello no es consecuencia de las construcciones racionales abstractas, de modo que a la usanza inglesa, existe una suerte de continuidad evolutiva desde la Carta magna del siglo XIII, hasta los textos del siglo XVII.³⁹

Podemos decir que de los varios documentos medievales en los que el rey reconoce limitaciones de sus facultades, en beneficio de las libertades de ciertos grupos de la sociedad, se destaca la Carta magna de 1215 —en España existieron coetáneamente documentos similares como el Pacto de las Cortes de León de 1118, entre el Rey Alfonso IX y el reino, o el Privilegio General Aragonés de 1283— suscrita entre el rey Juan sin Tierra, los clérigos y la nobleza inglesa. La Carta en cuestión contenía 63 artículos, destacándose principalmente el artículo 39, que establecía que ningún hombre libre podría ser arrestado, detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera, sin que medie un juicio previo, constituyéndose en un principio que influenció decisivamente en los posteriores instrumentos declarativos ingleses, por lo que se le ha otorgado una importancia trascendental en el desarrollo de las libertades, y con ello, mostrándose como una luz en el

38 Gregorio Peces-Barba. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 29.

39 *Ibid.*, p. 30. De ahí que cuando nos referimos a la Constitución inglesa lo hacemos como Constitución histórica. Véase Manuel García Pelayo sobre su clasificación de tipos de Constitución, en su obra *Derecho constitucional comparado. Obras Completas I*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

sendero de la positivación de los derechos humanos, no obstante no se debe perder de vista que se trataba de una Carta que consagraba privilegios estamentales únicamente a las élites de aquella sociedad feudal.

Más adelante, esos mismos privilegios estamentales fueron adecuados a la realidad inglesa del siglo XVII; ya no se trataba de privilegios otorgados por la pertenencia a un estamento en específico, sino que llegaban a todos los ingleses por su condición de personas, lo que demuestra la relación de los derechos fundamentales con el origen de la sociedad burguesa, al respecto el constitucionalista alemán Schneider describe esa transformación histórica: “Junto a esta secularización del derecho natural se consumó una transformación de las libertades estamentales, tal como estaban recogidas en la Carta Magna de (1215) o incluso en el Acuerdo de Tübingen (1514), en derechos individuales a la seguridad personal y a la independencia, que el poder del Estado, encarnado por los respectivos señores territoriales, tenía que respetar.”⁴⁰

Ahora bien, la *Petition of Right* de 1628 aparece como el documento por medio del cual el Parlamento le hizo conocer al rey de las violaciones que este había cometido en contra de los derechos de los ingleses, solicitándole por tanto, que reparase las infracciones jurídicas cometidas, y pidiendo además, el compromiso real de no volver a cometer tales violaciones en el futuro, así la *Petition* tuvo un carácter contractual y confirmador de derechos,⁴¹ derechos que básicamente garantizaban la prohibición de que el rey pudiera establecer impuestos sin que medie

40 Hans Peter Schneider, *op. cit.*, p. 122.

41 *Ibid.*, p. 87. Al respecto dice Horst Dippel que el lenguaje utilizado por el Parlamento en la Petition de 1628 fue bastante mesurado: “(...) ruegan muy humildemente (...) a vuestra majestad (...) que se digne declarar que vuestras sentencias, actos y procedimientos realizados en perjuicio de vuestro pueblo en todos los lugares, no tenga luego consecuencias ni se utilicen como ejemplo”. Véase Horst Dippel. *Constitucionalismo moderno*. Trad. Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez. Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 24.

el beneplácito del Parlamento, así como se prohibía los préstamos al rey cuando estos no sean voluntarios por parte de los súbditos. Por otro lado, se garantiza que ningún hombre libre sea arrestado, encarcelado u obstaculizado en el ejercicio de sus libertades, ni desterrado sin juicio previo, que deberá observar las normas del debido proceso.

Casi cincuenta años después, aparece el *Habeas Corpus Act* de 1679, que tenía como fin el precautelar la libertad de movilización de los ingleses. En el transcurso de tiempo que medió entre la *Petition of Right* y la *Habeas Corpus Act*, se produjeron una serie de acontecimientos relevantes, destacándose principalmente la revolución liderada por Oliver Cromwell que puso fin al reinado de Carlos I, y condujo a la adopción de un sistema republicano o *Commonwealth*, proceso político que a la sazón promulgó la única Constitución escrita de Inglaterra: *Instrument of Government* de 1653, considerada para algunos teóricos como el primer ejemplo de una moderna Constitución. No obstante, dicha revolución inglesa no trajo aparejada una forma de gobierno democrática, puesto que, se trató más bien de una dictadura liderada por Cromwell “el protector”.

Finalmente en 1689 arribamos al *Bill of Rights*, instrumento jurídico promulgado por el Parlamento y sancionado por Guillermo de Orange, declaración que cierra el ciclo de documentos ingleses de positivación de derechos que arrancó en 1215.⁴² Así una acertada descripción del *Bill of Rights* nos viene de Carl Schmitt, quien siguiendo a Gneist sostuvo:

La Declaración de Derechos de 1688 (Bill of Rights) es, por la forma, una fijación contractual entre el Príncipe de Orange al trono por el Parlamento inglés, y este Parlamento. Pero el Parlamento aparece aquí como el representante de la unidad política de Inglaterra. La Declaración contiene 13 preceptos

42 Antonio Enrique Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, p. 30.

contra el abuso del poder real, la no suspensión de leyes por el rey, el no empleo de la prerrogativa real para el levantamiento de imposiciones financieras, el derecho de petición de los súbditos, el no mantenimiento de ejército sin asentimiento del Parlamento, el derecho de los súbditos protestantes a llevar armas, la libre elección de los miembros del Parlamento, la libertad de discusión y discurso en el Parlamento.⁴³

Se debe recordar que el *Bill of Rights* fue consecuencia de la *Glorious Revolution*,⁴⁴ relevante episodio político que viene a consolidar el proceso de positivación de los derechos, al que subyace toda esa carga histórica que considera la existencia de unos derechos naturales inherentes a los ciudadanos ingleses.

B. La tradición norteamericana

Corresponde ahora el análisis de la experiencia norteamericana, que significa un avance sustancial respecto de la teoría de derechos fundamentales a través de conceptos como supremacía e inviolabilidad. Así tenemos que : “El mérito de la transformación de los derechos legales de libertad en derechos fundamentales sancionados constitucionalmente corresponde más bien a las colonias inglesas en Norteamérica”.⁴⁵

43 Continúa Schmitt: “Aquí puede hablarse ya de determinaciones legal-constitucionales en sentido moderno, porque aquí está clara ya la idea de la unidad política y la estipulación entre Parlamento y Rey no constituye la unidad, sino que la supone en cuanto que el Parlamento actúa como representante de la unidad”. Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. Versión española Francisco Ayala. Madrid, Alianza, 2011, p. 90.

44 Loewenstein destaca la importancia de la Gloriosa manifestando que: “Fue, sin embargo, la revolución puritana la que en su lucha contra el despotismo religioso de los Estuardos y fomentada por la tradición del common law, llevó el derecho de autodeterminación religiosa a la realidad política y a su triunfo histórico en la formulación legal de las libertades individuales en la Glorious Revolution”. Véase Loewenstein, *op. cit.*, p. 394.

45 Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 88.

De esa manera, se pasó de la protección básicamente legal de los derechos individuales por parte de los británicos, a una protección de base constitucional hecha por los norteamericanos,⁴⁶ pero ¿existe alguna otra diferencia en el tratamiento de los derechos, que vaya más allá de la regulación legal otorgada en Inglaterra frente a la constitucional de Norteamérica?⁴⁷ más aún cuando los habitantes de esta última se sentían *Englishmen*, es decir, herederos orgullosos de un legado histórico-constitucional que había ofrecido aportaciones de enorme valor a la causa de los derechos y libertades⁴⁷ Es así como el significado de los acontecimientos que sobrevienen en Norteamérica pueden ser entendidos como una suerte de continuidad de los antiguos derechos de los ingleses, es decir, la lucha por parte de los colonos americanos —que se consideraban súbditos de la Corona británica— se llevaba adelante con el objetivo de preservar sus libertades, siendo precisamente esta consideración la que los llevaría a sostener, en primera instancia, su negativa frente a la grabación impositiva por parte de la monarquía inglesa apelando a los preceptos de la *Ancient Constitution*.⁴⁸

La pertenencia de las colonias norteamericanas al *common law* —de acuerdo con Grimm— no provocaba un sentimiento de falta de libertad en los colonos, sino más bien de satisfacción, de superioridad frente a la Europa feudal y estamental, ya que “América (basada, desde luego, en una economía esclavista) poseía un orden social más cercano a las metas burguesas más que el de cualquier país europeo, incluida Inglaterra.”⁴⁹ No debemos olvidar que en aquel contexto histórico Inglaterra se mostraba

46 En este trabajo se maneja como sinónimos los términos norteamericano y estadounidense.

47 Mauricio Fioravanti. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Presentación de Clara Álvarez, Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid, Editorial Trotta, 5^a ed., 2007, p. 78.

48 *Ibid.*, p. 80.

49 Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 89.

como un país clave en el tránsito hacia un sistema capitalista burgués y era precisamente contra la cual Norteamérica se enfrentaba por obtener su independencia, esto hace que el movimiento jurídico político que se produce en el siglo XVIII dé como resultado, en palabras de Javier Pérez Royo:

[...] a que el constitucionalismo de los Estados Unidos no tenga que superar los obstáculos, los residuos del modo de producción anterior y de su forma de organización política, que tanto peso tuvieron en la génesis y evolución del constitucionalismo europeo. [...] y que por ello que los problemas que se plantean de entrada y los peligros a los que la organización constitucional ha de hacer frente sean los problemas de una sociedad moderna, capitalista [...]⁵⁰

El proceso de profundas transformaciones operado en los Estados Unidos del siglo XVIII, trajo consigo un importantísimo impulso en la positivación de los derechos, compuesto principalmente por los documentos que surgen en las colonias. A decir de Rafael de Asís Roig y Francisco Javier Ansúategui, este proceso puede ser dividido en cuatro etapas. La primera, correspondiente a la época de formación de las colonias⁵¹ y a sus incipientes formulaciones en relación con los derechos. La segunda etapa, coetánea con el proceso de independencia,

50 Javier Pérez Royo. *La Reforma a la Constitución*. Madrid, Congreso de los Diputados, 1988, p. 14.

51 Para un análisis de los textos sobre derechos en las colonias, así como de los documentos intercoloniales más relevantes antes de la Declaración de Independencia, véase Rafael de Asís Roig, Francisco Javier Ansúategui y Javier Dorado Porras. “Los Textos de las Colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”. *Historia de los Derechos Fundamentales*, t. II: *Siglo XVIII*, vol. III: *El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*. Dirs. Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís Roig. Madrid, Dykinson S.L., 2001, pp. 66 ss. También véase de Rafael de Asís Roig, Francisco Javier Ansúategui. “Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica”. *Historia de los Derechos Fundamentales*, t. I: *Tránsito a la Modernidad siglos XVI y XVII*. Dirs., Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís Roig. Madrid, Dykinson S.L., 2001, pp. 797 ss.

cuando se produce una evolución en el tratamiento de los derechos naturales y en los asuntos atinentes a la organización política. En tanto que la tercera etapa va de la mano con la aparición de la Constitución de los Estados Unidos y sus diez primeras enmiendas, en donde se produce una suerte de consolidación de los derechos en Norteamérica. Finalmente, y como cuarta etapa del modelo, tiene lugar en los siglos XIX y XX, por medio en gran medida del desarrollo jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia.

En lo que sigue nos referiremos a la segunda etapa antes mencionada; circunscribiremos el análisis a los acontecimientos relacionados con la Declaración de Independencia de 1776, documento que nos interesa resaltar porque plasma el ideario iusnaturalista de los derechos, con ello, sostendremos que más allá de las diferencias de cada proceso a los dos lados del océano —que más adelante serán desarrolladas—, ambos comparten el impulso modernizador, propio de una sociedad secularizada cargada de una visión antropocéntrica, que se fundaba en valores como la dignidad humana, la igualdad y la libertad.

Así pues, la lucha por la independencia de la metrópoli por parte de las colonias tuvo esencialmente su origen en la imposición de los impuestos al timbre y al té por parte del Parlamento inglés, de ahí que los colonos inconformes con dichos impuestos impugnarán ante el rey su malestar alegando los *rights of Englishmen*, que eran válidos al otro lado del Atlántico, esto es, el principio de igualdad y el principio *No taxation without representation*, reclamo al que la Corona británica respondió señalando el principio de la soberanía del Parlamento, y con ello la representación virtual de los colonos por los diputados de la metrópoli, por eso los cobros —impuestos— eran tenidos por voluntarios, ya que eran adoptados por sus representantes conformes a derecho.⁵²

52 Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 89.

De modo que los colonos tuvieron que abandonar la defensa de sus libertades de conformidad al antiguo derecho inglés, y adoptar, por tanto, una justificación que tome su inspiración en los derechos naturales, de tal suerte que pudieran sostener que los impuestos venidos de Inglaterra se constituían en cargas ilegítimas, ya que no fueron adoptados por un Parlamento en donde se hallaren sus legítimos representantes: los diputados elegidos por los colonos. Por eso se puede distinguir una diferencia clave entre el *common law* inglés y la posición de los colonos, ya que, si bien en los primeros se estableció el principio político de la soberanía parlamentaria —resultado de la Gloriosa de 1689— y con ello el papel de esta corporación como defensora de los derechos individuales, en Norteamérica se percibió la acción del Parlamento como una amenaza a los derechos fundamentales, por ello, los derechos se ubicaron por encima de aquél, dando como resultado su categorización de fundamentales para el orden político.

a) La Declaración de Virginia y la Declaración de Independencia de 1776

El año 1776 se convirtió en un año clave en los acontecimientos políticos de Norteamérica, en junio se adopta la *Virginia Declaration of Rights* que, a decir de Dippel, comporta una importancia singular por haber establecido un catálogo completo de caracteres esenciales del moderno constitucionalismo, como son, la soberanía del pueblo, una Constitución fundada en principios universales, *derechos humanos* —las cursivas son nuestras—, gobierno limitado, la supremacía constitucional, la separación de poderes, el gobierno representativo, la responsabilidad del gobierno y con ello la rendición de cuentas, la independencia

judicial, y la potestad del pueblo para reformar su propio gobierno.⁵³

La Declaración de Virginia, aun cuando toma como referencia el *Bill of Rights* inglés de 1689, introduce un nuevo lenguaje al sostener: “Declaración de Derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunido en convención plena y libre, como derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad como base y fundamento de su gobierno”,⁵⁴ así se presentaba como una auténtica declaración de derechos y no como un documento personal que declaraba derechos, por tanto se declaraban libertades que le pertenecían al pueblo y a sus futuras generaciones, y no se trataba de derechos propios de las asambleas o de los parlamentos, actuando por tanto aquellos contenidos “como base y fundamento del gobierno”.⁵⁵

De lo anotado podemos colegir la importancia que tuvo la Declaración de Virginia en el proceso de positivación de los derechos humanos, puesto que, en esta se sentaron los principios fundamentales sobre los que se edifica el constitucionalismo moderno, tomando como sustento al ideal iusnatural racionalista, al hacer alusión al carácter natural de los derechos inherentes a los individuos por su condición de personas, y con ello, la idea de que los derechos tienen una existencia preestatal. Esto implica que no pueden ser negados posteriormente por ningún congreso o corporación, poniendo por tanto énfasis en la pertenencia del poder al pueblo, o sea este y sus derechos como el fundamento del gobierno.

53 Horst Dippel, *op. cit.*, p. 48. Aunque como lo señala el mismo autor, la Declaración de Virginia no es la primera en el proceso revolucionario norteamericano, puesto que le precedieron las constituciones de New Hampshire de enero de 1776, así como la de Carolina del Sur de marzo del mismo año, encontrándose la diferencia en que estas dos últimas se referían a los antiguos derechos y libertades inglesas que habían sido recuperados, sin que ninguna aluda disposición alguna a la soberanía popular, principios universales o derechos inherentes a la persona, o a una Constitución escrita como fundamento del gobierno, véase *ibid.*, p. 47.

54 *Ibid.*, p. 46.

55 *Ibid.*, p. 47.

Seguidamente, en la sesión de 2 de julio el segundo Congreso continental⁵⁶ aprobó la proposición de R.H. Lee que actuaba en nombre de Virginia, por medio de la cual las colonias se asumían como libres e independientes. De tal suerte que el Congreso el día 4 de julio aprueba la *Declaration of Independence* que hace conocer al mundo la separación de Norteamérica de la metrópoli, documento que viene a ratificar formalmente un acto ya ejecutado.⁵⁷ Así la declaración de Independencia de los Estados Unidos tiene notable interés, puesto que “es la primera vez que la legitimidad jurídico-política racionalista hace entrada total y franca en la Historia”,⁵⁸ de ahí que sea a partir de dicho documento, que se supera el modelo historicista inglés de los derechos, para caminar por una senda de libertades naturales, abstractas e inalienables, es decir, el tránsito del *common law* a los derechos naturales de los individuos.⁵⁹

El documento en cuestión marca como sabemos la ruptura y establece por tanto, la separación entre las colonias norteamericanas con Inglaterra. Se destacan como antecedentes teóricos de la Declaración los escritos de Locke —de gran influencia en el pensamiento de Thomas Jefferson— y Paine principalmente, y se ha sostenido también que la misma se apoya en tres principios: la representación parlamentaria, los derechos naturales y las posiciones pactistas.⁶⁰ Así, el primero de los principios citados hace alusión a la necesidad del gobierno legítimo, es decir,

56 Se debe recordar que los colonos se reunieron previamente en Filadelfia el mes de junio de 1774, con motivo del primer Congreso continental, en donde acudieron todas las colonias excepto Georgia, en este cónclave se discutieron los asuntos relativos a los intereses de los colonos americanos, luego de la arremetida de cobros aduaneros por parte de la metrópoli.

57 Manuel García Pelayo, *op. cit.*, p. 496.

58 *Ibid.*, p. 496.

59 Rafael de Asís Roig, “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, p. 92. Aunque como bien lo señalan los autores los derechos contenidos en el *common law* son considerados también derechos naturales. Véase *supra* en este mismo trabajo la experiencia inglesa.

60 *Ibid.*, p. 93.

los gobernantes como representantes que gozan del beneplácito de la voluntad popular; en tanto que el segundo se refiere a la idea de la existencia de unos derechos inherentes y propios a la condición de hombre y, finalmente, el pacto social que describe el origen político de la sociedad, que puede ser roto cuando se cometan arbitrariedades por parte del poder en contra de los derechos individuales.

Como ejemplo de lo sostenido aparecen las líneas iniciales de la Declaración que expresan: “Cuando, en el curso de los acontecimientos humanos, se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto, separado e igual, a que las leyes de la naturaleza y del Dios de esa naturaleza, le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad le obliga a declarar las causas que lo impulsan a la separación.”⁶¹ Expresiones que según Fioravanti se encuentran cargadas por “las doctrinas de los derechos naturales individuales y del contrato social”, las cuales eran ajenas hace poco tiempo en esas latitudes geográficas, debido a su ascendiente historicista inglés.⁶²

La afirmación de la Declaración de Independencia de 1776, según la cual “*these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men.*”, aparece como una “revolución copernicana”, en la manera de comprender las relaciones entre el Estado y los hombres, así por ejemplo la idea de unas “verdades evidentes” per se demuestra la influencia —como ya lo sostuvimos anteriormente— de la ciencia moderna y de la nueva metodología propia del cartesianismo, en cuanto a la deducción que partía de unos axiomas innegables. Así análogamente se constituirá un sistema

61 *Ibid.*

62 Mauricio Fioravanti, *op. cit.*, p. 81.

jurídico que estribé sobre unos derechos innegables, como la igualdad de todos los hombres “que todos los hombres han sido creados iguales”, premisa esencial de los derechos humanos —aunque no debemos olvidar que los Estados Unidos, en ese entonces se trataba de una sociedad esclavista⁶³—, o el señalamiento de unos derechos inalienables, la vida, la libertad, la búsqueda de la felicidad otorgados por el Creador, de ahí la importancia que cobró la Declaración no solo para los estadounidenses, sino para el mundo entero.

C. La tradición francesa

El proceso revolucionario francés del siglo XVIII, que dio por terminado el *Ancien Régime*, ha pasado a la posteridad por la enorme influencia mundial que produjo en la organización política jurídica conocida hasta entonces en Europa. Como sabemos es posterior con unos pocos años al proceso independentista norteamericano,⁶⁴ aunque como ya se ha dicho una cosa fue conquistar la libertad respecto de la metrópoli, y otra distinta, el echar abajo todo un sistema político conocido como el absolutismo.

63 Bruce Ackerman, al respecto sostiene: “Never forget that James Madison was a slaveholder as well as a great political thinker”. Véase su trabajo, *We the people Foundations*, vol. I. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991, p. 5.

64 Así, Manuel García Pelayo sostiene que es un asunto firmemente decidido el hecho de que la Declaración Francesa fuera inspirada por las de los Estados norteamericanos de reciente emancipación de Inglaterra, más también no es menos verdad —continúa el autor— que “en su esencia es una obra fundamentalmente francesa, tanto por su racionalidad como por el pathos que la inspira y su sentido ideológico. Véase Manuel García Pelayo, *op. cit.*, p. 602. También Ricardo García destaca la influencia americana en el proceso revolucionario francés, aduciendo a que la misma se puede ver reflejada en dos aspectos, por un lado en la forma del documento producido en 1789, o sea la opción de llamar declaración al texto que recoge los derechos del hombre y del ciudadano, y por el otro la ideología iusnaturalista racionalista que inspira a los documentos de ambos lados del Atlántico. Ricardo García y Gregorio Pece-Barba. “Los Textos de la Revolución Francesa”. *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, p. 234.

Con independencia de las diferencias existentes entre las dos tradiciones jurídicas, nos interesa destacar preferentemente en este trabajo las semejanzas que comparten el modelo francés, con el estadounidense y el inglés, como ejemplo de lo dicho, nos referiremos a ese magnífico instrumento que legó a la humanidad una visión racionalista, naturalista y humanista de los derechos humanos, estamos hablando de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual fue tan trascendente que Kant sostuvo que: “un hecho semejante en la historia de la humanidad ya no se olvida, pues se ha descubierto en la naturaleza humana una disposición y capacidad para el bien, que ningún político hubiera podido deducir”.⁶⁵

Pues bien, el modelo de derechos frances parte de una visión que fusiona la perspectiva individualista y contractualista de un lado, y la estatalista por el otro,⁶⁶ es decir que en la Declaración convergen la tradición individualista, o sea aquella posición que considera la existencia de unos derechos inmanentes y propios a la calidad de individuo, y una estatalista, esto es, la que considera que es la ley con sus características de generalidad y abstracción como condición esencial, que permite la existencia de los derechos y libertades individuales, de tal modo que podemos sostener que en el sistema francés se deja por fuera a la tradición historicista⁶⁷ que caracterizó al modelo inglés y al norteamericano en menor medida —no olvidar que estamos frente a un fenómeno que sin excluir la posición historicista de

65 Immanuel Kant, “Acerca de la Ilustración y la Revolución”, VV. AA. ¿Qué es Ilustración? Madrid, Tecnos, 3^a ed., 1993, p. 692, citado por Ricardo García Manrique en “Los Textos de la Revolución Francesa”, p. 219.

66 Mauricio Fioravanti, *op.cit.*, p. 57.

67 No puede ser historicista, pues lo que hace la Revolución francesa es acabar con el *Ancien Régime*, por tanto, no puede apelar a valores y tradiciones anteriores a la insurrección, así Fioravanti sostiene que “[...] todo el proyecto revolucionario se construye a través de la contraposición radical al pasado del antiguo régimen, en la lucha contra la doble dimensión del *privilegio* y del *particularismo* y, por lo tanto, a favor de los nuevos valores constitucionales: fundamentalmente, los derechos naturales individuales y la soberanía de la nación.” Mauricio Fioravanti, *ibid.*, p. 59.

la metrópoli, incorporó además las tesis del contractualismo de estirpe natural racionalista— y esto se debe principalmente a que las condiciones de las que tuvo que partir la Francia del siglo XVIII fueron totalmente distintas, así por ejemplo, en el caso inglés lo que se hizo fue el invocar el restablecimiento de los antiguos derechos individuales de la larga tradición británica, esto es, desde la Carta de Juan sin Tierra,⁶⁸ del mismo modo, lo que hicieron los estadounidenses fue luchar por el respeto y la prevalencia de los derechos que venían gozando en primer momento como colonos ingleses al otro lado del Atlántico,⁶⁹ acudiendo a la fundamentación iusnaturalista cuando la Corona y el Parlamento no revirtieron las cargas arbitrarias.

Podemos colegir que en ambas experiencias —inglesa y norteamericana— se trata de apelar al retorno y al mantenimiento de los derechos respectivamente, es decir se presentaron como modelos históricos que reivindicaban unos derechos en concreto, para una sociedad específica, frente a la pretensión racional, universal, y abstracta de la Declaración gala.⁷⁰ Así pues, siguiendo a Passerin D'Entrevés, autor que parte

68 Técnicamente como ya lo hemos dicho, se trataban en aquel contexto del siglo trece, no de derechos sino más bien de privilegios de tipo estamental.

69 Como lo sostiene Dieter Grimm: “El orden liberal-burgués que los colonos americanos habían disfrutado desde hacía mucho tiempo, necesitado de defensa exclusivamente contra las amenazas de la metrópoli y protegido por medio de los derechos fundamentales tras el logro de la independencia, no era en Francia sino el postulado político de una clase media consciente de su importancia, partidaria del racionamiento crítico y económicamente fuerte, pero que veía entorpecidas su influencia y su experiencia por el orden establecido [...] Por consiguiente, ese orden que los americanos habían defendido, en Francia primero debía producirse. Dieter Grimm, *op. cit.*, p. 91.

70 Lo dicho es matizado por García Pelayo, para el cual si bien se destacan las ideas de la Ilustración sobre la Declaración, no es menos verdad que las referidas ideas se hallan relacionadas al contexto Francés de ese momento, y por tanto en el contenido positivo del texto “[...] se expresa no tanto en unos derechos históricos cuanto en unos derechos destinados a impedir los abusos del hasta entonces poder absolutista francés”. Manuel García Pelayo, *op. cit.*, p. 602. Asimismo, T. Paine en su contestación a la crítica que hace Burke de la Revolución francesa, la describe no como un proceso político que se dirigía contra un hombre en específico —Luis XVI—, sino contra los principios de un gobierno despótico. Thomas Paine, *Derechos del Hombre*, Traducción, introducción, cronología y notas de Fernando Santos Fontela, Madrid, Alianza editorial, 2008, p. 69.

del preámbulo⁷¹ de la Declaración para afirmar como elementos característicos de esta teoría moderna de los derechos naturales al racionalismo, al individualismo y al radicalismo, aludiendo por el primero la comprensión de los derechos naturales como unos principios sencillos e indiscutibles; en tanto que, por el segundo, la idea de unos derechos naturales e inalienables pertenecientes a los hombres en general; entendiendo por el último elemento, la vinculación del respeto a los derechos por parte del poder público.⁷²

En el carácter contractualista de la Declaración se puede observar la influencia del pensamiento de Locke —influencia que conforme a lo sostenido hasta el momento fue clave en el modelo norteamericano de derechos—, que se expresa desde la enunciación de que el objetivo de la asociación política producto del contrato es:

[...] la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, artículo dos de la Declaración, como también en la formulación contenida en el Preámbulo, la misma que dice que los derechos aparecen como el límite a la actuación del poder legislativo y ejecutivo, aparecen por tal razón como disposiciones enraizadas en criterios pactistas, puesto que, la obra lockeana persigue justificar el tránsito del Estado de Naturaleza a la Sociedad Política a través de un convenio para “juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, en

71 “Los representantes del Pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta Declaración siempre presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Ejecutivo puedan ser comparados a cada instante con el objeto de toda institución política, sean más respetados, a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios sencillos e indiscutibles, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos”.

72 Eusebio Fernández, “El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII”, p. 581.

el disfrute tranquilo de sus bienes propios, y una salvaguardia mayor contra cualquiera que no pertenezca a esa comunidad.⁷³

Siendo a la vez por tanto, el fin del contrato el establecer límites al poder, así como proceder a su justificación, puesto que, este último es creado por aquel, por ello la obediencia es el resultado del acatamiento del contrato, perdiendo los gobernantes el deber de obediencia cuando no cumplen con las finalidades establecidas en el referido contrato.⁷⁴

De ahí que lo dicho se encuentre recogido en los artículos tres y seis de la Declaración francesa de 1789, el primero de los cuales establece el principio fundamental del Estado moderno, es decir que la soberanía radica en la nación, y por tanto que ninguna autoridad pueda ejercer poder alguno si no es por y en nombre del pueblo. En tanto que, el segundo de los artículos consagra a la ley como expresión de la voluntad general, destacando el derecho de todos los ciudadanos a participar sea de manera directa o indirecta en su formación, estableciendo asimismo que debe ser igual para todos ya sea cuando protege, o cuando castiga —el conocido principio de generalidad—, prescribiendo además que todos los ciudadanos son iguales ante la ley —principio de igualdad—, el mismo que se encuentra también recogido en el artículo uno del documento que dice: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común”.

Por su lado, el artículo diez de la Declaración dispone que nadie podrá ser molestado por sus opiniones incluidas las religiosas, y es por tanto el diseño de protección de la libertad religiosa, cuestión que comparte con el modelo norteamericano de derechos, puesto que como ya lo hemos dicho, uno de los pilares

73 John Locke, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, citado por Gregorio Peces-Barba, en “Los textos de la Revolución Francesa”, p. 147.

74 *Ibid.*, p. 147.

sobre el que se edifica el modelo estadounidense, es precisamente la libertad religiosa, no se debe olvidar que muchos de los colonos salían de Inglaterra por la intolerancia religiosa que se producía en la Isla en aquellos momentos, situación que se vio reflejada en el artículo uno de la Enmienda de 1791 del texto Constitucional Federal, el carácter laico y la libertad religiosa de los Estados Unidos de Norteamérica. Es decir, en los dos modelos se observa la impronta del iusnaturalismo racionalista, que atribuyó una especial importancia a la tolerancia religiosa, puesto que el modelo moderno de derecho natural, como ya lo hemos dicho, responde a una ética secularizada.

Más adelante la disposición número 16 de la Declaración se muestra como el corazón del modelo francés, al expresar: “Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución”, lo que significa que los derechos y libertades son el fin de la organización política llamada Estado, estableciendo también la importancia de que el poder se encuentre dividido, de tal suerte que se precautele los derechos individuales, es decir, la conocida idea de dividir el poder con el fin de proteger los derechos, evitando por tanto que no sea uno solo el que haga y aplique la ley, como ocurría a la usanza absolutista. De ahí que aparezca entonces por primera vez la división en parte dogmática y orgánica de la Constitución. Precisamente, es esta finalidad de limitar el poder político para garantizar los derechos y las libertades ciudadanas, uno más de los rasgos que comparte la Declaración francesa con sus predecesoras tanto del continente europeo, como en Estados Unidos, puesto que el fin en cuestión fue recogido tanto por el modelo inglés de derechos, como por el norteamericano, es decir, se llega a una misma meta: la preservación de los derechos individuales, pero por distintas vías.

La función que le correspondió a la Declaración dentro del sistema político francés del siglo XVIII, para Ricardo García puede ser observada desde tres perspectivas: una función

crítica, una función legitimadora y una función constitutiva.⁷⁵ La primera de estas se muestra como denuncia, al poner en evidencia la arbitrariedad e injusticia del *Ancien Régime*; en tanto que la segunda tiene dos fines: por un lado está presentar a la Asamblea como corporación constituyente legítima, puesto que carecía de carácter legal y por ello no podía vincular al rey con sus mandatos y, por otro lado está la justificación misma de la gesta revolucionaria, tomando como punto de partida la no disponibilidad de los derechos naturales. Entre tanto, la tercera perspectiva (la constitutiva) es la más importante para García, puesto que la Declaración contiene en sí misma un programa legislativo extenso, que va desde la remisión a la ley para el desarrollo de los derechos, hasta convertirse en un antecedente valioso de la Constitución que se aprobará en 1791, ya que será situada aquella como el preámbulo de la Carta, por tanto la Declaración posee categoría constitucional al incluir los derechos y los principios que organizan el poder político.⁷⁶

Para finalizar, podemos señalar como elemento característico de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano la capacidad de traducir en derecho objetivo lo que se encontraba en el ámbito de las especulaciones morales y filosóficas. De ahí que, según Tocqueville, “los franceses hicieron en 1789 el mayor esfuerzo realizado jamás por pueblo alguno para cortar, por así decirlo, su destino en dos partes y separar por un abismo lo que hasta entonces habían sido de lo que querían ser en adelante.”⁷⁷

1.3. La visión liberal de los derechos humanos

Luego del repaso histórico que hemos realizado en las líneas que nos preceden, podemos llegar a sostener que los planteamientos

75 Ricardo García, *op. cit.*, p. 232.

76 *Ibid.*, p. 232.

77 Alexis de Tocqueville, *El antiguo régimen y la revolución*, citado por R. García, *op. cit.*, p. 219.

teóricos que se incorporaron en dichas declaraciones fueron evolucionando desde una visión iusnaturalista hasta engarzar con los postulados liberales, propios de la burguesía en ascenso, o dicho en otros términos, el tránsito del antiguo iusnaturalismo al derecho natural secularizado moderno que funda unos derechos naturales, que al ser acogidos por la burguesía se convierten en una suerte de visión liberal de los derechos. Esto es descrito de modo bastante claro por Francisco López Cámaras:

El iusnaturalismo debe ser considerado hoy como una de las posiciones filosóficas más acordes con las inquietudes de la burguesía en aquella época de transición hacia el industrialismo. La teoría moderna de los derechos naturales venía a refrendar, esta vez sobre bases filosófico-jurídicas, la necesidad histórica de una clase para la cual la propiedad, el trabajo y la ambición personal constituyen los verdaderos engranajes de la vida social. Pero, además, permitía justificar la resistencia política y económica a la administración absolutista que pretendía asegurar sus recursos financieros a base de recargos fiscales sobre el comercio y la manufactura. Para ello se apeló nuevamente a la doctrina del contrato social, con la cual trató de resolverse el complicado problema de la soberanía... el iusnaturalismo podía verse como la filosofía social y política más coherente con los intereses del buen burgués.⁷⁸

Se muestra como un lugar común el señalamiento de Locke como el padre del liberalismo político y de los derechos a la vida, la libertad y la propiedad —los hombres son libres e iguales en derechos—. Particularmente se menciona la influencia del pensador inglés en cuanto al hombre como poseedor de unos derechos naturales inalienables, lo que a decir de José Ignacio Solar, contrasta con sus textos, puesto que el carácter

78 Francisco López Cámaras. *Origen y evolución del liberalismo europeo*. México, UNAM, 1971, pp. 38-39, citado por Eusebio Fernández, *El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVIII*, p. 585.

inalienable no aparece de modo explícito en los escritos de Locke, argumentando que para los teóricos que infieren la inalienabilidad, lo hacen sosteniendo que dicha característica se muestra de modo implícito en el *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, en cuestiones como la inadmisión de la esclavitud voluntaria y, principalmente, la prohibición de disponer de la propia vida.⁷⁹

Pero más allá de aquella discusión teórica, lo realmente importante es señalar que significa inalienabilidad de los derechos. No se puede entender como la posesión de un derecho por parte de su titular de modo incondicional ante cualquier circunstancia, como por ejemplo la suspensión de los derechos políticos para los privados de libertad por haber cometido algún delito, de modo que la inalienabilidad debe ser comprendida en términos de que esta va unida a la idea de dignidad humana, es decir inherente a la condición de persona y como tal nadie puede ser privado de la condición de portador de derechos.

Cuando hablamos de la fundamentación liberal de los derechos humanos, se parte del hombre como titular de unos derechos esenciales —libertad, vida, propiedad— que son propios de cada individuo, siendo a la vez universales, ya que son compartidos por todos los hombres. De ahí que engarzamos con la idea de la inalienabilidad de tales derechos, en el sentido de que pertenecen al hombre por ser tal.

Ahora bien, junto a la pretensión universalista, el contenido inspirador de los derechos humanos para los liberales, es pues la libertad, pero esa libertad entendida de modo negativo —a la usanza de Isaiah Berlin—, comprendida como la inexistencia de obstáculos puestos al individuo para poder actuar y escoger entre distintas opciones. A eso se le suma además la idea de *agency* del individuo, vista como la capacidad de la persona de poder realizar las acciones que considere adecuadas, que son tomadas

79 José Ignacio Solar Cayón, *Los Derechos Naturales en la Filosofía Política de Locke*, p. 618.

luego de una libre elección, teniendo entonces, la posibilidad de producir cambios en su realidad, así como en la de los demás, siendo esta acción o agencia del hombre en últimas garantizada por los derechos,⁸⁰ debiendo señalarse además que es común a la visión liberal esencialista —los derechos derivan de la idea de libertad— el observar a los derechos humanos desde un prisma de no interferencia estatal, es decir, el argumento en pro de la neutralidad del Estado, cuestión que más adelante desarrollaremos al tratarse de una de las críticas que se hace a esta posición.⁸¹

80 Pablo Badillo O'Farrell, *op. cit.*, p. 72.

81 Para un análisis de las visiones esencialista y posibilista del planteamiento liberal de los derechos, véase la explicación de Badillo O'Farrell, *ibid.*, p. 74.

Capítulo II

Críticas a la fundamentación liberal

Críticas a la fundamentación liberal

2.1. La insuficiencia del planteamiento liberal en los contextos actuales

Como se sostuvo en el primer capítulo, de entre las características más relevantes del modelo liberal de derechos tenemos a la universalidad, así como el énfasis en la individualidad el “yo” portador de unos derechos inalienables, y con ello, la idea de un Estado abstencionista, que no se entrometa en los asuntos particulares de los individuos. Que propicie entonces una posición neutral del Estado respecto de los valores que profesan sus ciudadanos,⁸² pues en caso de que el Estado se inmiscuyera en estos asuntos, caería en una suerte de contradicción con principios esenciales para el pensamiento liberal: la tolerancia entre las distintas creencias y la libertad para poder practicarlas. De esta manera, la crítica al primer asunto ha tenido mucha fuerza con el advenimiento de los planteamientos multiculturales⁸³, que a grandes rasgos sostienen la imposibilidad

82 Así el liberalismo, como lo señala Roberto Gargarella, sostiene que el Estado debe comportarse de modo neutral frente a las diversas concepciones del bien que surgen al interior de una comunidad, por ello la vida pública debe ser el producto “espontáneo” de los libres acuerdos celebrados por los particulares; en cambio para el comununitarismo, el Estado debe ser particularmente activo, comprometiéndose por tanto, con ciertos planes de vida, y con ello con una cierta organización de la vida pública. Véase Roberto Gargarella. *Las teorías de la justicia después de Rawls: Un breve manual de filosofía política*. Madrid, Paidós, 2010, p. 128.

83 Como lo señala Badillo O’Farrell, el multiculturalismo se presenta como un nuevo elemento en las sociedades actuales, que ejerce influencia en la conformación de los grupos respecto de los individuos y sus derechos. Destaca que se trata de un “concepto poliédrico” que depende del ámbito geográfico, de ahí que sea difícil el dar una significación unitaria de este fenómeno. Por su lado, Iris Marion Young destaca como

de un modelo hegemónico y único en la fundamentación de los derechos por la multiplicidad de valores.

La segunda objeción es el reflejo de distintos pareceres sobre ¿quién detenta los derechos: el yo individual en la tradición liberal, o el nosotros de la tradición comunitarista? De ahí que sea de esta diferente idea que se desprenda precisamente la última observación: para los liberales la neutralidad estatal, en tanto que, para los comunitarios, la justificación de la intervención estatal es plausible, ya que, por medio de esta se busca propender a la construcción de unos valores sociales compartidos, que al dar vida y cohesión al grupo lo hacen también con el individuo miembro de dicha comunidad.

Teniendo en cuenta algunas de las observaciones ya señaladas en este libro en contra de la visión liberal, que nos hace pensar que si bien su aporte ha sido decisivo e imprescindible para la implementación de los derechos, concomitante al surgimiento del Estado de Derecho, no podemos dejar de decir que dicha visión se muestra seriamente cuestionada en los momentos actuales; cuestión harto investigada en la teoría y con ello bastante afirmada en el debate, pero que sin embargo, por la importancia que implica dicha crítica, nos referiremos a ella de modo descriptivo.

2.2. La perspectiva comunitarista

Como lo sostiene Roberto Gargarella, en su trabajo *Las teorías de la justicia después de Rawls*, la tesis comunitaria puede ser

punto de referencia de objeción a la teoría liberal, la escasa consideración que hace esta sobre el reconocimiento de los contextos sociales en concreto y las diferencias culturales colectivas —multiculturalismo—, así pues sostiene la importancia de Will Kymlicka con su trabajo *Liberalism, Community and Culture* en cuanto a que no desarrolla consideraciones abstractas acerca de la comunidad y de la cultura, sino que las analiza desde la perspectiva cultural y política específica de los pueblos indígenas en relación con el Estado canadiense. Véase I. Young. “Teoría política: una visión general”. *Nuevo Manual de Ciencia Política*, t. II. Madrid, Istmo, 1996, p. 716.

observada como un planteamiento que apareció en los años ochenta,⁸⁴ y que ha ido creciendo en permanente polémica con el liberalismo. No obstante señalar también que dicha disputa liberal-comunitaria puede ser vista como un capítulo más en esa disputa filosófica que enfrentaba a las posiciones kantianas⁸⁵ con las hegelianas⁸⁶, planteamiento último que coincidía con el período histórico conocido como romántico. La visión hegeliana se caracterizaba porque ponía énfasis en el hombre más allá de su dimensión individual, destacándose que es integrante de una realidad supraindividual o comunitaria, de la que es parte de forma natural, compartiendo por tanto con los otros miembros de dicha comunidad perspectivas y esencias.⁸⁷

Vemos cómo el comunitarismo recoge las críticas que hizo en su momento Hegel a Kant, en cuestiones como que este último sostenía la existencia de unos deberes universales que debían tener preeminencia sobre otros contingentes producto de

84 Roberto Gargarella, *op. cit.*, p. 125. En el mismo sentido, en los ochenta como nos lo señalan Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo en su estudio introductorio a la *Comunidad Liberal* de Ronald Dworkin, se produjo un embate que provino de diversos autores anglosajones conocidos como “comunitaristas”, que trataron de evidenciar los límites del proyecto racionalista, su ineficacia y sus inconsistencias internas. Véase Ronald Dworkin. *La Comunidad Liberal*. Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 2004, p. 21.

85 Como lo señala Alfonso de Julios-Campuzano, Kant representa la culminación de la construcción teórica de la Ilustración, la misma que se caracterizaba por la fe en una capacidad sin límites de la razón humana y su potencia emancipatoria, que se concentra —a decir de nuestro autor— en cuatro premisas teóricas: a) el racionalismo, que se presenta con la utilización del método de las ciencias experimentales aplicado a las ciencias políticas; b) el individualismo, como valor que constituye la individualidad en ámbitos como el derecho, la ética y la política, de ahí se desprende la idea del contractualismo como elemento que funda la sociedad; c) la búsqueda de criterios válidos para limitar el poder, consistiendo dichos criterios en unos derechos naturales y universales; d) la “crítica universal” del Iluminismo que conlleva el planteamiento del progreso indefinido de la especie humana. Véase Alfonso de Julios-Campuzano. “Kant, modernidad y derecho cosmopolita”. *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*. Coords. A. Castro, F. Contreras, F. Llano, J. Panea, Sevilla, Editorial Lagares, 2002, p. 92.

86 Roberto Gargarella, *op. cit.*, p. 125.

87 Pablo Badillo O’Farrell, *op. cit.*, p. 77.

nuestra pertenencia a una comunidad en concreto, en tanto que el primero invertía dicho orden, dando mayor relevancia a los lazos comunitarios, en síntesis, frente a la valoración máxima del individuo autónomo kantiano, la plena realización hegeliana del individuo participando en su comunidad.⁸⁸

En el mismo sentido, Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo señalan en relación al debate liberal-comunitario que este encuentra sus raíces en las críticas románticas a la Ilustración. Sintetizan la polémica en cuatro grandes temas, siendo el primero de ellos el que hace referencia a las diferencias en cuanto a la moral y su origen, de modo que si por un lado los ilustrados —Kant, por ejemplo— son partidarios de la racionalidad y formalización de los principios morales, por otro, los románticos —Hegel, por ejemplo— abogan por la sustantivización de los mismos, tomando en cuenta circunstancias de espacio y tiempo imperantes en cada sociedad. Como segundo tema, la discusión entre Kant y Hegel se sitúa en el modo de concebir la “identidad individual”, ya que mientras la Ilustración comprende la identidad subjetiva como un proceso individual y aislado, los románticos señalan la necesidad de que en dicha construcción participen de forma ineludible los elementos de la comunidad como el territorio, la lengua, la religión, así solo se puede comprender un proyecto de vida inmerso en las condiciones que determinan las sociedades en donde se desenvuelven los individuos. Como tercer tema, las divergencias entre las tesis kantianas y hegelianas se centran en el conocimiento,⁸⁹ de modo que si para las primeras el conocimiento es producto de una razón neutra que se centra en sí misma, para las segundas el saber es una construcción lingüística e histórica. Finalmente, y como cuarto tema, los hegelianos refutan la pretensión kantiana de establecer unas “estructuras básicas de la sociedad más allá del contexto”, abogando por alternativas que

88 Roberto Gargarella, *op. cit.*, p. 125.

89 En relación con las diferencias en la teoría del conocimiento en Kant y Hegel, se puede consultar el trabajo de Ernst Cassirer. *El problema del conocimiento en la filosofía y la ciencia moderna*, t. 3. México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

encierren dentro de sí las variables históricas que reflejan a cada sociedad, así como los procesos morales interiores de cada comunidad.⁹⁰

En la crítica hegeliana-romántica hacia la ilustración-kantiana se puede observar la resistencia frente al planteamiento de la existencia de unos principios morales que son universales y abstractos, que se derivan en última instancia del modo distinto de concebir la forma en cómo se constituye el sujeto, para los ilustrados, “un hombre en abstracto”; para los románticos, “la construcción dialéctica de la subjetividad”, es decir la necesidad del reconocimiento del otro para poder existir como sujeto.⁹¹

Una vez que hemos hecho un repaso del debate liberal-comunitario en su perspectiva histórica, ¿qué nos sirve de lo dicho en cuanto a la visión de los derechos? Podemos destacar su valía para la comprensión del planteamiento liberal que, como ya lo hemos señalado centra su visión del hombre como un ser puramente racional, alejado por tanto de toda influencia de la sociedad que los circunda; así tenemos cómo su planteamiento se convierte en una tesis con pretensiones universales y atemporales. Lo que importa es el individuo como tal, en sí mismo, y no como parte, o en su relación con la comunidad. De modo que en la visión liberal de los derechos, los individuos son los detentadores únicos de la titularidad de las prerrogativas, mientras que para los comunitaristas, se persigue una suerte de endoso de la titularidad de los derechos del individuo hacia la comunidad. Se anhela entonces que el titular de los derechos sea la comunidad⁹² y no aquellos singularmente considerados.

90 Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, *op. cit.*, nota 18, pp. 22-24.

91 *Ibid.*, p. 23.

92 Así pues, acogiendo este tipo de argumentaciones aparecen los denominados derechos colectivos de los pueblos ancestrales, los mismos que oponiéndose a una visión de corte hegemónica en el plano cultural, reivindican sus derechos de modo colectivo, es decir, de forma distinta a la reivindicación liberal de corte individual, cuestión que ha tenido repercusión tanto en la normativa internacional como ocurre con el Convenio 169 de la OIT, como en la jurisprudencia, con fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como sucedió en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awá Tingni.

Como ha sido dicho, la denominación “comunitarista”⁹³ como tal surge en la década de los ochenta en la academia anglosajona, en donde se destacan figuras como Taylor, Sandel, MacIntyre,⁹⁴ quienes cuestionan la concepción de persona que propugna el liberalismo igualitario. Así, cuando Rawls⁹⁵

- 93 El término “comunitarismo”, como bien lo sostiene Tom Campbell, es de nuevo cuño, bajo el cual se cobijan una serie de posiciones contrarias a los postulados del individualismo liberal, sin que se encuentren unificadas como una posición política determinada, así nuestro autor sintetiza que el grueso de la crítica comunitaria enfila sus ataques hacia el individualismo moral del liberalismo, el mismo que centra su fuerza en la libertad personal, sin conferir por tanto, la debida importancia a los asuntos relativos a la responsabilidad social: “(...) se centra demasiado en la autonomía y la independencia y no suficientemente en la reciprocidad, la lealtad y la solidaridad.” Véase Tom Campbell. *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Barcelona, Gedisa, 2002, p. 51.
- 94 Como ocurre en la inmensa mayoría de posiciones teóricas, entre sus autores existen algunas diferencias, así por ejemplo podemos decir que los dos primeros (Taylor y Sandel) son partidarios de posiciones progresistas, en tanto que MacIntyre exhibe más bien una posición de corte conservador.
- 95 La obra de Rawls, *Teoría de la Justicia*, aparecida en 1971 es de gran importancia en el estudio de la filosofía política y filosofía del derecho en Occidente, pudiendo circunscribir el texto entre las posiciones liberales de estirpe neocontractualista. A grandes rasgos podemos decir que los principios de justicia que son objeto del acuerdo entre personas racionales, libres e iguales pretenden contar con una validez universal e incondicional —influencia kantiana—. Para esto Rawls pensaba que solo se podía obtener resultados imparciales si se partía de condiciones imparciales, en este sentido denominó a su teoría de justicia como “imparcialidad”. La imparcialidad de la situación contractual a la cual Rawls denomina “posición original” se ve garantizada por un “velo de ignorancia”, por el que los contratantes desconocen su posición en el contrato, así como ignoran los conocimientos particulares, las destrezas que poseen, y su puesto en la sociedad, por ello, el acuerdo se encontraría depurado de todo tipo de influencia natural o social. Esto lleva a los concordantes a adoptar posiciones que se traducen en “bienes sociales” que consideran importantes para todos. El sentido de la justicia para el filósofo norteamericano consiste en la capacidad moral que tenemos las personas para juzgar cosas como justas, sustentar esos juicios en razones, actuando, por tanto, de acuerdo con ellos y deseando que otros actúen de la misma forma. De tal modo que el objeto de la justicia es el ocuparse de la forma en el que las instituciones sociales distribuyen derechos y deberes fundamentales, llegando a determinar las ventajas de la cooperación social, así podemos colegir que para Rawls, la teoría de la justicia se encarga de la adecuada distribución de derechos y deberes por parte de las instituciones que conforman la estructura social. En cuanto a los principios de justicia para Rawls son dos: el principio de las libertades, y el principio de la diferencia. El primer principio aboga por el derecho de cada persona a tener un extenso esquema de libertades básicas que sea compatible con un esquema igual de libertades para los demás, es decir, que todos gocemos de un mismo número de libertades. En este sentido el principio en mención persigue la igualdad y la maximización de las libertades

manifiesta “el yo antecede a sus fines”,⁹⁶ quiere decir a grandes líneas que el individuo tiene la posibilidad de separarse del grupo o comunidad al que pertenece si así lo quiere; para el liberalismo —dice Gargarella— no debe asumirse que un individuo por el hecho de haber nacido dentro de una determinada comunidad, no exista la facultad de poder cuando así lo deseé cuestionar dicha pertenencia, para poder optar, libre de ataduras, hacia la búsqueda de metas diferentes de las que podrían perseguir los miembros de su comunidad originaria, operando una lógica invertida en el caso comunitario, ya que, para esta posición, la identidad de una persona se encuentra marcada en gran medida por la comunidad a la que pertenece, operando como

básicas, consistiendo las libertades en la libertad política, de expresión, de conciencia, de pensamiento, de libertad de personal, agresión física, o sea, los derechos conocidos como de primera generación (civiles y políticos). Del planteamiento expuesto podemos colegir que todos deben gozar de los derechos de libertad, ya que, se constituyen en el presupuesto para la realización del plan de vida de las personas. En cuanto al segundo principio de la diferencia, podemos decir que las desigualdades económicas y sociales deben ser configuradas de modo tal que sean ventajosas en mayor medida para los que están peor ubicados en la escala social, por tanto, las desigualdades económicas deben apoyarse en el principio de justa igualdad de oportunidades. El principio de diferencia adhiere a la concepción de que un grupo aventajado de la sociedad no quiera mayores ventajas a menos que estas beneficien a los peor situados, es decir, la distribución desigual mejorará las expectativas de los menos favorecidos, otorgándoles así mejor réditos de los que obtendrían con una distribución equitativa. A mi entender estas posiciones dan apertura a tratos de discriminación positiva en beneficio de los peor ubicados en la sociedad, ya que legitiman un trato diferente siempre y cuando redunde en los sectores más deprimidos socialmente. En resumen, es de tal importancia el planteamiento rawsoniano que ha concitado la atención crítica de las distintas posiciones políticas, por consiguiente, podemos decir que las objeciones van desde tesis asociadas al conservadurismo, hasta el progresismo. Véase John Rawls. *Teoría de la Justicia*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995.

96 Siguiendo a Kymlicka, diremos que Rawls resume la visión liberal del yo desvinculado como “el yo es anterior a los fines”, lo que significa “que siempre podemos tomar distancia de cualquier proyecto particular y plantearnos si todavía aspiramos a su consecución. Todo fin es susceptible de una posible revisión por parte del yo. Esto es lo que habitualmente se denomina una concepción “kantiana” del yo, pues Kant fue uno de los más firmes defensores de la idea según la cual el yo es anterior a los papeles y relaciones socialmente dados, y es libre sólo si es capaz de ver en perspectiva estos componentes de su situación social y de juzgarlos atendiendo a los dictados de la razón.” Véase Will Kymlicka. *Filosofía política contemporánea. Una introducción*. Barcelona, Ariel, 1995, p. 229.

una suerte de vínculos aquellos lazos que unen al individuo con su comunidad. La pregunta para los liberales tiene que ver con quién quiero ser, en tanto que para los comunitaristas el interrogante es quién soy, de dónde vengo.⁹⁷

Esa distinta concepción de la persona es lo que lleva a los liberales a postular una suerte de visión “atomista” de la sociedad, que implica una agregación de individuos orientados por objetivos individuales.⁹⁸ El atomismo otorga prioridad a los individuos y sus derechos frente a los requerimientos sociales, de modo que los comunitaristas critican a los liberales su premisa que considera que el individuo puede crecer y autorrealizarse prescindiendo de un contexto determinado, llegando entonces a afirmar los primeros lo contrario: que los individuos bajo ningún concepto son autosuficientes, requieren por tanto de la ayuda de los demás para poder llevar adelante sus planes de vida.⁹⁹

Finalmente, con relación a la crítica que hace el multiculturalismo hacia la posición liberal, como ya se sostuvo, su cuestionamiento va por el lado de que el liberalismo no proporciona una respuesta acorde a los tiempos actuales que se caracterizan por sociedades multiculturales, de ahí que se produzca un acercamiento entre comunitaristas y multiculturalistas. Por eso, ciertos planteamientos comunitaristas convergen¹⁰⁰ con las tesis multiculturalistas ya que comparten su “incomodidad” frente a políticas liberales de resistencia a ciertas minorías culturales,¹⁰¹ tesis liberal que —tanto para los comunitaristas como para los multiculturalistas— justifica la no actividad del

97 Roberto Gargarella, *op. cit.*, pp. 126-127.

98 C. Taylor. “Atomism”. *Philosophical papers*, vol. 2. Cambridge University Press, 1985, citado por Roberto Gargarella, *op. cit.*, p. 130.

99 *Ibid.*, p. 130.

100 Cuestión que se observa en el énfasis puesto por ambas teorías hacia el contexto cultural, promoviendo además el reconocimiento de derechos para los grupos social y culturalmente deprimidos.

101 Roberto Gargarella, *op. cit.*, p. 142.

Estado. Respecto de las minorías culturalmente desaventajadas implica que el Estado liberal no repara en la marginación que puede haber sufrido y que sufren ciertos grupos dentro de la sociedad, promoviendo una suerte de defensa del *statu quo*,¹⁰² defensa que obedece a su omisión producto de su carácter neutral y pasivo, limitándose en tal sentido a garantizar unos derechos humanos mínimos a todos los miembros de la sociedad. Lo que a decir de Gargarella devela para los críticos del proyecto liberal, el sesgo individualista del Estado liberal, que pone énfasis en los derechos individuales frente a los derechos de algún grupo social; de esta manera, se defiende la autonomía individual sobre el “contexto social”.¹⁰³

De ahí que volvemos a la cuestión de si la inversión en el planteamiento sobre los titulares de los derechos se puede decir que implica una quiebra del planteamiento de corte universalista, con el que inicialmente aparece la teoría ilustrada sobre los derechos humanos, en cuanto se concede el protagonismo a las diversas comunidades por encima del dado a los individuos.¹⁰⁴ No obstante, se debe señalar que como respuesta a las críticas hechas por los partidarios de la comunidad, han surgido posiciones como las de Ronald Dworkin,¹⁰⁵ quien sin dejar su planteamiento liberal, acoge la necesidad de tomar en cuenta los contextos históricos y culturales, tendencias que son conocidas como eclécticas o híbridas, que se caracterizan por la elaboración de una ética sustantiva de corte liberal, de la que estriban principios políticos liberales, y en donde dicha ética sustancial sea a su vez derivada de las convicciones de cada comunidad.¹⁰⁶

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*, p. 142.

104 Pablo Badillo O'Farrell, *op. cit.*, p. 81.

105 Nos referimos a su trabajo *La comunidad liberal*.

106 Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, *op. cit.*, p. 36.

3. La perspectiva republicanista

Del mismo modo que sostuvimos que la objeción comunitaria fundía sus raíces en un debate que nos viene del pasado, en el caso de la teoría republicanista nos encontramos ante un escenario similar. Sus orígenes pueden ser rastreados en el pensamiento de Aristóteles, como en el de Cicerón, pudiendo decir que en este último se destaca el énfasis del compromiso del ciudadano con la cosa pública, con la que más allá del simple pertenecimiento, existe una especie de “convenio”, por medio del cual la res publica otorga al cives los medios necesarios para que pueda desarrollarse, lo que conlleva una obligación del ciudadano con el buen desempeño de la civitas.¹⁰⁷ En la teoría se señala que el asidero mismo de la tesis republicana se encuentra en la antigüedad clásica, que ha tenido un fuerte repunte a fines del siglo XX y con especial énfasis en la academia angloamericana, siendo estos los que establecieron las conexiones del republicanismo con el humanismo renacentista en la Italia del Renacimiento, así como en el radicalismo inglés de los siglos XVII y XVIII.¹⁰⁸

Entonces, podemos decir que el republicanismo de la modernidad centró su atención en el cultivo de unas determinadas virtudes que son propias de los ciudadanos comprometidos con la construcción de una buena sociedad, llegando también a plantearse dentro de esta perspectiva, una nueva comprensión de la libertad, conocida como neorromana, o como lo señala Badillo, parafraseando a Q. Skinner, una tercera variante de libertad.¹⁰⁹

107 Pablo Badillo O'Farrell, *op. cit.*, p. 84.

108 Roberto Gargarella, *op. cit.*, p. 161. Como lo señala el teórico argentino, la historia suele relacionar con el republicanismo a autores del pensamiento clásico como Homero, Sófocles, Eurípides, Tucídides, Plutarco, Cicerón, Séneca, así como con la república romana, con especial énfasis en el resurgimiento de la idea de república en varias ciudades-estado en la Italia del Renacimiento; en la Inglaterra del siglo XVII que logra su máxima expresión en la conocida “constitución mixta”, y en el proceso norteamericano como en la Francia revolucionaria, *ibid.*, p. 162.

109 Pablo Badillo O'Farrell, *op. cit.*, p. 85. Esta tercera forma de libertad —continuamos con este autor— persigue ir más allá de las dos formas clásicas de libertad: la positiva y la negativa, ya que, según los primeros, en últimas ambas visiones clásicas son complementarias, *ibid.*, p. 85.

Sin embargo, esta nueva noción de libertad de corte republicano, si bien coincide con la libertad negativa y liberal, en cuanto a la posibilidad de actuar sin la intromisión de otro, va más allá, ya que propugna entender la libertad como la no dominación, cuestión que en últimas implica una comprensión más radical de la autonomía del individuo.¹¹⁰

Si bien no es posible dar una sola definición de lo que entendemos por republicanismo, porque existen varias versiones de esta teoría, si se pueden señalar unos puntos comunes compartidos por todas ellas: la reivindicación de la libertad, contraria a toda forma tiránica, propugnando así una vida en estado libre, que es posible por medio del cultivo que hagan los ciudadanos de unos valores o virtudes de carácter cívico.¹¹¹ Entonces, frente a virtudes como la igualdad, honestidad, simplicidad, patriotismo, amor a lo justo, solidaridad entre otras, se encuentran las antivirtudes, como la ambición, orgullo, avaricia, egoísmo, ostentación, que eran actitudes propias de gobernantes opresivos.

Así observaron a la monarquía como la principal artífice de estos males,¹¹² de modo que era esencial para la perspectiva republicana contar con ciudadanos plenamente comprometidos con los asuntos de su comunidad política, que al actuar conforme a las virtudes, no permitirían que se produzca un gobierno opresivo. La tesis en cuestión implicó una nueva forma de comprender a la sociedad, desafiando en tal sentido a la organización del antiguo régimen monárquico, lo que sin duda llevó a preparar el terreno de lo que serían los grandes acontecimientos decimonónicos a ambos lados del Atlántico.

Volviendo al valor de la libertad, podemos decir que para el republicanismo la idea de no dominación da seguridad al sujeto

110 *Ibid.*, p. 85.

111 Roberto Gargarella, *op. cit.*, p. 163.

112 *Ibid.*, p. 164.

para que este pueda ejercer dicho valor.¹¹³ Entonces, ¿cómo repercute la visión republicana de la libertad en los derechos? En que frente a la tesis de la libertad negativa, propia del pensamiento liberal, para los republicanos el asunto se desplaza al binomio no dominación-seguridad que implica la protección del individuo frente a sus congéneres, así como su protección frente a los detentadores del poder público, puesto que para los republicanistas el Estado deja de ser un ente meramente pasivo, es decir, ya no es más el no interventor que protege unos derechos mínimos, sino que, más bien, interviene activamente para proteger, promover y reparar los posibles derechos y garantías lesionadas. De ahí que sea plausible poner en marcha el poder coactivo del Estado, con el fin de promocionar el cultivo de ciertos valores,¹¹⁴ que caracterizan al ciudadano comprometido con su comunidad.

Encontramos aquí una notable diferencia entre los planteamientos liberal y el republicano, que consiste en la neutralidad tantas veces señalada como una de las características más enraizada en la primera tradición. No se debe olvidar la idea de los liberales, de separar los espacios público del privado, de modo que lo que se circunscriba en la vida privada de los individuos no tiene por qué ser objeto de intromisión por parte del poder público, debiendo ser tan solo garantizado el ejercicio de dichas libertades. En tanto que, de la idea de un Estado activo que promueva el bien común, criterio fuertemente señalado por la tesis republicana, se desprende la compresión de unas instituciones públicas que alienen el cultivo de ciertas virtudes

113 Pablo Badillo O'Farrell, *op. cit.*, p. 86.

114 En relación al cultivo de valores cívicos, los republicanistas consideraban imprescindible para que dichos valores se establezcan, un específico modo de organización político y económico que los promueva, así tenemos el planteamiento de James Harrington, pensador inglés, para quien en el ideal de su república, esbozada en su obra *Océana*, es que esta sea de leyes y no de hombres. Por otro lado, comprendía la construcción de una sociedad igualitaria, en tanto en cuanto los ciudadanos en su mayoría se dedicasen a tareas agrícolas. En relación con este asunto véase el trabajo de Pablo Badillo O'Farrell. *La Filosofía político-jurídica de James Harrington*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977.

y valores, desalentando por tanto, otras que no promuevan el ambiente propicio para la construcción de unos buenos, activos y virtuosos ciudadanos,¹¹⁵ de modo que si ponemos énfasis en el planteamiento que promueve instituciones que alienten la discusión pública sobre el bien común, empoderado así a los ciudadanos dándoles voz en los asuntos públicos, a más de una determinada organización económica que promueva las virtudes, y todo esto amparado de la posibilidad de utilizar la coactividad estatal, en aras de promover la identificación de los ciudadanos con su comunidad, “el republicanismo aparece como una concepción distintivamente antiliberal”.¹¹⁶

En síntesis, para los republicanos la libertad debe ser comprendida de modo activo, lo que implica un individuo plenamente comprometido con los asuntos públicos, protagonista del manejo de los asuntos de su comunidad.¹¹⁷ De ahí que dicha actividad sea considerada como una virtud que permite el mantenimiento de la libertad y con ello la prohibición de la dominación arbitraria. Es pues, producto de la identificación del ciudadano republicano con su sociedad, lo que invierte la neutralidad estatal liberal, de ahí que se deducen una

115 No se debe dejar de señalar que como la mayoría de los planteamientos de la teoría política circunscritos a los siglos precedentes, la visión del ciudadano es el hombre que posee algún tipo de propiedad, así los republicanos consideraban que para poder ser partícipe de la discusión de los asuntos públicos se debía poseer algún tipo de propiedad privada, ya que, su dominio generaba que el sufragante estableciera una mayor relación de pertenencia a la comunidad. En tal sentido, no hace falta señalar que todas estas perspectivas tratadas hasta el momento (la liberal, la comunitaria y la republicana) no tomaban en cuenta a la mujer en su esquema político, de ahí que una de las principales objetoras del modelo liberal de organización política sean precisamente las tesis feministas, no tratadas en el presente texto. Para una visión de la relación entre los planteamientos feministas y la Ilustración, véase el trabajo de Celia Amorós y Rosa Cobo, eds. “Feminismo e Ilustración”. *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Madrid, Minerva Ediciones, 2005.

116 Roberto Gargarella, *op. cit.*, p. 173.

117 Como se puede advertir, el republicanismo comparte algunos puntos con el comunitarismo, entre los cuales, podemos señalar su oposición crítica a la tesis liberal, en cuanto a su énfasis individualista, así también, el hecho compartido de creer en la importancia de fomentar una cultura de las virtudes entre los miembros de la sociedad.

suerte de deberes y obligaciones de los particulares para con el todo político. Estamos, por tanto, ante la defensa de una libertad y de unos derechos más responsables, frente a la perspectiva más individualista de los liberales,¹¹⁸ lo que implica en últimas que se otorgue prioridad a la atención de los asuntos relacionados con el bien común, al interés general de la comunidad, por sobre los derechos individuales de las personas.

Es pues, la visión del ciudadano comprometido con los asuntos públicos de su comunidad lo que me interesa destacar del republicanismo, ya que nuestra lectura coincide con la de tantos otros, que consideran que para el adecuado funcionamiento del sistema político, se requiere del establecimiento de un conjunto de derechos y libertades básicas que alienten la construcción de una ciudadanía deliberante o —lo que es lo mismo— derechos políticos que permitan al ciudadano participar de modo activo en la formulación de la voluntad pública, y que por tanto no se agote dicha participación a momentos electorales puntuales, sino que vaya más allá en la línea de fomentar, incluso desde el propio Estado, ciertas virtudes ciudadanas que compartan su primigenia preocupación por el bienestar de la comunidad, lo que tampoco quiere decir que si nos decantamos por un planteamiento republicanista, estemos desdeñando la dimensión individual de los derechos, tan solo que en el caso de la existencia de alguna tensión sobre el modo de comprender ciertos valores, como por ejemplo la libertad, nuestra interpretación de la misma, vaya por el lado de poner el acento en la dimensión que más favorezca al interés común.

118 Pablo Badillo O'Farrell, *op. cit.*, p. 87.

Capítulo III

**Los derechos humanos vistos desde la
discusión entre Kelsen y Schmitt**

Los derechos humanos vistos desde la discusión entre Kelsen y Schmitt

En este capítulo retomaremos el punto central de nuestra investigación: los derechos, solo que en este apartado los abordaremos desde una arista jurídica. Si en los capítulos precedentes acudimos a los planteamientos teóricos de la filosofía política, aquí pretendemos a continuación explicar desde las formulaciones del derecho la construcción teórica de la naturaleza de los derechos.

3.1. Los derechos humanos fundamentales como derechos públicos subjetivos

Es con la Escuela de derecho público alemana del siglo XIX,¹¹⁹ que se da un viraje respecto a la naturaleza de los derechos humanos como derechos naturales, puesto que para la teoría alemana en cuestión, los derechos no son innatos ni inherentes

119 Destacan principalmente como representantes de esta corriente Gerber, Laband y Jellinek, los que adscribían al positivismo estático que posteriormente fue reemplazado por el positivismo dinámico de Kelsen. Según Gerber, para poder considerar a un individuo titular de derechos, tenía primero que ser considerado súbdito: los derechos al individuo no le llegan por ser parte de una comunidad determinada, sino por estar sometido a un poder político específico. “Todos estos derechos públicos —sostiene Gerber— sólo los tiene el individuo en el Estado por el hecho de pertenecer jurídicamente a este Estado como un súbdito”. Cfr. Javier Pérez Royo. *El proyecto de constitución del Derecho Público como Ciencia en la doctrina alemana del Siglo XIX*. Internet. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1427277>.

a la persona, sino que aparecen como una simple concesión del Estado, según Fernando de los Ríos: “(...) si la antigua escuela del Derecho Natural identificaba estos derechos con la libertad previa a la existencia del Estado, Jellinek hace de ellos una creación arbitraria del Estado”.¹²⁰ O, como sostiene Pérez Luño: “Los derechos públicos subjetivos surgieron como un decidido intento de situar la teoría de los derechos humanos dentro de un marco estrictamente positivo, al margen de cualquier contaminación ideológica iusnaturalista”.¹²¹ Así, según Jellinek,¹²² el Estado tiene dos formas de presentarse, formas que se conocen como la *Zweitseitentheorie*¹²³ o “teoría de las dos concepciones del Estado”: desde una perspectiva sociológica, o sea el estudio del Estado como fenómeno social, y otra desde una arista jurídica, es decir el derecho actúa en el mundo del deber ser, y es precisamente en esta segunda faceta

120 Fernando de los Ríos. Prólogo. *Teoría General del Estado*. Por Georg Jellinek. Buenos Aires, Editorial Bdef, 2005, p. 48.

121 Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 35.

122 Teórico de los derechos públicos subjetivos, que siguió a Bernatzik en su síntesis de las posiciones previas de los derechos públicos, que eran, por un lado, la teoría voluntarista, o sea que el derecho subjetivo es concebido —Savigny— como “un poder o dominio de la voluntad reconocido por el derecho objetivo”; y por otro, la posición que defiende la teoría del interés, el “interés jurídicamente protegido” —Ihering—. De esta manera, Jellinek concluye manifestando que el derecho subjetivo “es el poder de la voluntad humana dirigido hacia un bien o interés reconocido y protegido por el orden jurídico”. Véase Fernando de los Ríos, *op. cit.*, p. 42.

123 El teórico alemán desarrolla lo que comprende por este dualismo: “La doctrina general del Estado ha de investigar a éste en su plenitud y singularmente atendiendo a dos órdenes principales de fenómenos que corresponden a los dos puntos de vista básicos para esta ciencia, el Estado es, de un lado, una construcción social y, de otro, una institución jurídica. Conforme a esto, divídese la doctrina del Estado en doctrina social y doctrina jurídica del Estado. Por consiguiente, la doctrina general del Estado abarca dos puntos: la doctrina general sociológica del Estado (*Allgemeine Soziallehre des Staates*) y la doctrina general del Derecho político (*Allgemeine Staats rechtslehre*). Esta última, o sea, el conocimiento de la naturaleza jurídica del Estado y de los conceptos fundamentales del Derecho político es, pues, tan sólo una parte de la doctrina general del Estado”, citado por Pablo Lucas Verdú, Estudio preliminar. *Reforma y mutación de la Constitución*. Por Georg Jellinek. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 41.

en que Jellinek añade un nuevo elemento caracterizador del Estado, la “personalidad jurídica”.¹²⁴

Por tanto, el Estado-persona, según este teórico alemán, se autolimita, se autoobliga por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que la Constitución es una manifestación de la personalidad del Estado, en donde se establecen, por un lado, los presupuestos de la organización política (parte orgánica) y, por otro, como fruto de la mencionada autolimitación del Estado surgen unos derechos consagrados en la Constitución (parte dogmática). Los derechos surgen gracias a los límites que se autoimpone el Estado, así aparecen los denominados derechos públicos subjetivos, o derechos reflejos que consisten en “(...) la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se dirija a un bien o a un interés. Solamente el reconocimiento jurídico de la potestad de querer dirigida a un bien o a un interés, puede producir esta individualización del derecho, su conexión con una determinada persona, que es uno de los elementos esenciales del derecho subjetivo”.¹²⁵

Lo anotado significa que los derechos contenidos en una Constitución son producto de la concesión que hace el Estado a los individuos, y que, por tanto, no son más que el resultado de la autolimitación estatal, posibilitando al individuo poner en práctica determinadas normas jurídicas en la defensa de un interés particular. De esta forma, la condición de derechos reflejo, hace alusión a la puesta en movimiento de unas normas abstractas frente a un hecho concreto, creándose con ello una facultad, o sea un derecho subjetivo para el individuo.

124 Como sabemos, debemos a la tradición jurídica del derecho público alemán del siglo XIX la idea del Estado como persona jurídica de derecho público. Al respecto véase Alfredo Gallego Anabitarte. *Constitución y personalidad jurídica del Estado*. Madrid, Tecnos, 1992, pp. 24 ss.

125 Alexei Julio Estrada. *Los derechos fundamentales frente a particulares*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 37-38.

Según José María Bilbao, para Jellinek el reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado, posibilita el que los individuos, como ciudadanos, mantengan relaciones jurídicas con el Estado; es decir, frente a este, aquellos se encuentran en una serie de situaciones jurídicas de las que derivan pretensiones jurídicas, siendo estas pretensiones los denominados derechos públicos subjetivos; entonces los derechos individuales no son prerrogativas naturales anteriores al Estado, sino simples derechos reflejos que tienen asidero en la autolimitación estatal.¹²⁶ Por tanto, los derechos públicos subjetivos operaban en una suerte de “estatocentrismo”, es decir, eran libertades negativas, o pretensiones dirigidas al Estado para impedir su injerencia en los asuntos de los particulares. Así tenemos como para Pablo Lucas Verdú, cuando Jellinek se plantea la obligación del Estado con relación a su derecho, es porque para el estudioso alemán se “(...) acompaña a todo principio jurídico la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo. Ello es una garantía para los sometidos al Derecho.”¹²⁷ Así el fundamento último de la autovinculación va por el lado de la convicción inmediata de la obligatoriedad de su fuerza determinante y normativa.¹²⁸

Una de las primeras críticas de tipo metodológico que ha recibido la construcción jellikeniana, nos llega desde connnotados positivistas posteriores como Hans Kelsen¹²⁹ o Alf Ross, quienes cuestionan el concepto de autoobligación, pues lo que hace este

126 José María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997 pp. 234-235.

127 Pablo Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 52.

128 *Ibid.*, p. 52.

129 Paradójicamente es un error en el que cae también Kelsen al fundamentar su teoría pura del derecho en un supuesto metajurídico, como es la norma hipotética fundamental, así al respecto dice el teórico vienes: “La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es “puesta” sino “supuesta”. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas.” Véase Hans Kelsen. *La Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, 4^a ed., Eudeba, 1999, p. 113.

es que se busque en sistemas metajurídicos la razón de aquella, asimismo la autoobligación no expresa una obligación de tipo jurídico, sino un deber moral, que desplaza el estudio del derecho a la ética.¹³⁰

Por otro lado, en cuanto a los cuestionamientos sustanciales a la teoría de los derechos públicos subjetivos, nos llegan también desde el propio Kelsen y de Duguit, para quienes la autolimitación del Estado depende en últimas cuentas del capricho del Estado.¹³¹ Es más, Duguit ahonda en relación a la falta de exigibilidad presente en el concepto de autoobligación estatal: “Decir (...) que el Estado está limitado por el derecho, porque se impone a sí mismo esa limitación, es, a pesar de los términos inteligentes que se usen, una simple broma porque una obligación que uno mismo se crea y de la que se puede sustraer cuando y como se quiera no es una obligación.”¹³²

En tiempos recientes Zagrebelsky, en su crítica a la tesis de los derechos públicos subjetivos, nos dice que para esta perspectiva, los derechos no podían concebirse como una limitación al Estado, sino tan solo como una autolimitación y como una concesión. “Los derechos —continúa Zagrebelsky— existían en la medida en que el legislador los hubiese ya no reconocido, sino creado, y el derecho subjetivo del individuo respecto a la autoridad pública consistía exclusivamente [según Jellinek] “en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés”.¹³³ Los derechos, por tanto, no eran comprendidos como una sustancia, sino como una mera forma jurídica que comportaba la forma de ley, así la garantía de los derechos se circunscribía a la reserva de ley.

130 Gonzalo Ramírez Cleves. *Límites de la reforma constitucional en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 110-111.

131 *Ibid.*, p. 54.

132 Duguit Leon, citado por Gonzalo Ramírez, *op. cit.*, p. 109.

133 Gustavo Zagrebelsky. *El Derecho dúctil: ley, derechos justicia*. Madrid, Editorial Trotta, 7^a ed., 2007, p. 48.

Sin embargo, y más allá de las observaciones que se han hecho a la formulación teórica de los derechos públicos subjetivos, no se debe dejar de reconocer la gran valía de los postulados de Jellinek, quien perseguía el establecimiento de la seguridad jurídica, por medio de principios esenciales para el Estado de derecho como la reserva de ley y el de legalidad, de tal suerte que se ponga freno a posibles arbitrariedades en las que pudiera incurrir la autoridad pública, es decir, la capacidad de ponerle límites a la actuación estatal, beneficiando por tanto la protección de los derechos.

3.2. Hans Kelsen y el normativismo

Siguiendo a Pablo Lucas Verdú, podemos decir que el pensamiento kelseniano, viene a coronar los principios de la dogmática del derecho público alemán, es decir, los esfuerzos teóricos realizados por Gerber, Laband, Jellinek,¹³⁴ aun cuando como lo vimos más arriba, Kelsen cuestionó a Jellinek, el no haber eliminado los contenidos extrajurídicos de sus categorías formales.

Lucas Verdú señala cómo en la teoría se ha llegado a sostener la influencia kantiana sobre las tesis kelsenianas, en lo referente principalmente a la pureza metódica que observa conceptos jurídicos formales exentos de influencias empíricas y metajurídicas, así como en la distinción entre el ser y el deber ser, sustituyendo finalmente, la esfera subjetivista propia del sicologismo, por el ámbito de la validez lógico objetivo. En síntesis, “el neokantismo de Kelsen sostiene el principio que el método crea el objeto de estudio”,¹³⁵ de ahí que sea de su afán por la pureza metódica lo que lo lleve a sostener la tesis de la neutralidad, en cuanto al rechazo de la influencia de elementos

134 Pablo Lucas Verdú. *Curso de Derecho Político*, vol. I. Madrid, Tecnos, 1992, p. 73.

135 *Ibid.*, p. 74.

externos a la ciencia jurídica, es pues, como el propio Kelsen lo señaló en su *Teoría Pura del Derecho*, que el principio fundamental de su método es “(...) eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños.”¹³⁶ Cabe señalar también que a la pretensión kelseniana por la neutralidad, le han salido críticos que consideran que ha dicho deseo subyacen elementos de corte democrático liberal —no olvidar el postulado liberal respecto a la importancia de la neutralidad del Estado en los asuntos morales particulares de la sociedad—, así por ejemplo Francisco Javier Conde, sostiene que:

Detrás del Derecho político Kelseniano está el Estado de Derecho Liberal. No ya un Estado concreto y una doctrina liberal concreta, sino lo que podríamos llamar el tipo ideal del liberalismo. (...) Todos los conceptos “puros”, la democracia “pura”, el parlamentarismo “puro”, tienen tras de sí, en la zona de sombra, la silueta utópica del Estado de Derecho y del postulado de un universo utópico regido por un sistema normativo de ámbito planetario, en estado de paz perpetua.¹³⁷

Es precisamente del afán de Kelsen por edificar una concepción pura del derecho, que expulse de este a todos aquellos elementos meta y extrajurídicos, cuya tesis normativista, en últimas cuentas quiere decir que el objeto de estudio del derecho son las normas jurídicas, o sea aquellas construcciones formales, que se limitan a describir una relación concreta de un hecho que condiciona con una consecuencia de tipo condicionada, o lo que es lo mismo, el derecho comprendido como normatividad.¹³⁸ Así tenemos como, si según la ley natural se enlaza de modo unívoco una causa con un efecto de forma necesaria, o sea “si es A debe necesariamente ser B”, por su lado en el mundo jurídico la norma expresa “si es A debe ser B”, sin que este deber

136 Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba, 1999, p. 19.

137 Francisco Javier Conde. *Introducción al Derecho Político actual*. Madrid, Ediciones Escolar, 1942, p. 105, citado por Pablo Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 75.

138 Pablo Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 78.

ser implique en absoluto algún valor político o moral,¹³⁹ de ahí que como lo sostuvo Kelsen, que al igual que la ley natural la regla de derecho también señala una relación entre dos hechos, pero que mientras en la primera se trata de una relación causa-efecto, la causalidad no actúa en la segunda, así Kelsen entonces, procedió a escindir el mundo del ser, con el del deber ser, o lo que es lo mismo, el mundo natural del mundo de las normas,¹⁴⁰ por tanto, si para la ley natural actúa la causalidad, en la norma jurídica es la “imputación”,¹⁴¹ como lo señala Francisco Javier Conde, la consecuencia es referida a la condición, pero esta no es “causa” de aquella, así la consecuencia es “imputada”, de ahí que la referencia no tiene significación de tipo causal, sino de tipo normativo.¹⁴²

Con estos antecedentes Kelsen, se propuso eliminar las diferenciaciones, que a su entender aparecían como contradicciones, pues consistían en la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo, entre derecho público y privado y, entre Estado y derecho. En las líneas que siguen nos centraremos de modo exclusivo en la primera cuestión: el planteamiento que persigue eliminar la diferenciación entre derecho objetivo y subjetivo. ¿Por qué lo hacemos así? Debido a que el tema desarrollado en el presente escrito, se refiere a los derechos individuales y, como ya lo sostuvimos en el acápite anterior, el punto en común de las tesis positivistas que surgieron en la Alemania del siglo XIX, como sus continuadoras, niegan a grandes líneas esa concepción de los derechos del derecho natural, de ahí precisamente que

139 *Ibid.*, p. 78.

140 Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 20.

141 El principio en cuestión para Enrique Bocardo cumple dos fines dentro de la teoría pura del derecho: “El primero es justificar epistemológicamente una correcta representación del conjunto de normas que integran un sistema jurídico; y el segundo asegurar la pureza de la teoría sobre una base lógica que impida justificar la validez del derecho sobre cualquier otro criterio que no sea estrictamente jurídico.” Enrique Bocardo. *Tres ensayos sobre Kelsen*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1993, p. 16.

142 Francisco Javier Conde, *op. cit.*, p. 89, citado por Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 78.

surgen los derechos como derechos públicos subjetivos, o derechos reflejos.

Hans Kelsen considera como una contradicción el argumento que sostiene que el derecho tiene que ser entendido como objetivo y como subjetivo simultáneamente, puesto que cuando se hace mención al derecho objetivo nos referimos a un carácter normativo, como conjunto de normas; en tanto que, cuando aludimos al derecho subjetivo nos estamos situando en el ámbito del interés o de la voluntad, por ello en la medida que se quiera mantener esta dualidad, se trata de una contradicción de principio en la teoría del derecho, así no es posible subsumir cosas tan dispares bajo un concepto único. El teórico alemán enfatiza en que la contradicción se mantiene aun cuando se diga que el derecho subjetivo es un interés protegido objetivamente.¹⁴³ De esta manera, para la posición dualista en cuestión, el derecho subjetivo es anterior al objetivo, tanto lógica como cronológicamente hablando, así los derechos subjetivos nacen primero, y solo después el derecho objetivo como orden estatal los reconoce y garantiza a las prerrogativas subjetivas que surgieron de modo independiente,¹⁴⁴ argumentos que como podemos ver son propios de las tesis que surgieron con el iusnaturalismo racionalista.

Entonces, según Kelsen los derechos subjetivos aparecen cuando una norma jurídica coloca a un individuo en la posición de defender sus intereses, de ahí que los derechos subjetivos no son más que creaciones del derecho objetivo, por ello, no debe existir la dualidad que preconiza a la vez la existencia del derecho objetivo y del subjetivo. La teoría pura resuelve el dualismo, al sostener que para ella ambos derechos son de la misma naturaleza, el subjetivo no es más que un aspecto del objetivo, y puede tomar forma de un deber cuando el derecho objetivo dirige

143 Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 95.

144 *Ibid.*, p. 95.

una acción contra un individuo específico, así esta absorción del subjetivo por parte del objetivo, excluye el posible manejo abusivo de corte ideológico de las dos nociones.¹⁴⁵

Sobre la absorción del derecho subjetivo por parte del objetivo, nos interesa recalcar que dicha situación implica, una suerte de disolución del concepto de persona y de personalidad jurídica, debido a que para Kelsen la persona física es la personificación de las normas jurídicas que regulan los comportamientos de los individuos, y no es por tanto, la persona considerada como hombre, puesto que no se trata de un concepto jurídico, sino de tipo biológico, fisiológico y sicológico¹⁴⁶ Afirmación que pone de modo claro la diferencia de la tesis normativista y su pureza metódica, respecto de los planteamientos del derecho natural, que consideran, como ya ha sido dicho, a la persona como el ser moral, hombre o mujer, portador de una dignidad humana de la que se desprende la titularidad de unos derechos inherentes e inalienables, por su condición de persona como tal.

En síntesis hay derecho subjetivo para Kelsen, cuando por medio de una manifestación de voluntad del interesado —acción judicial— aparece como elemento de un procedimiento que termina en la norma individual por la que un juez determina la sanción a aplicar en un caso específico.¹⁴⁷ En términos de Lucas Verdú: “Desaparece la diferencia entre Derecho objetivo y Derecho subjetivo, porque este último consiste en participar en la creación jurídica”.¹⁴⁸

145 *Ibid*, p. 100.

146 *Ibid*, p. 102.

147 *Ibid*, p. 100.

148 Pablo Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 79. Así Kelsen sostiene que: “si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad.” Véase Hans Kelsen, *op. cit.*, p. 101.

3.3. Carl Schmitt y el decisionismo

Frente a la tesis formalista de Kelsen, aparece en Alemania una suerte de reacción contra esta, que a grandes líneas cobija, por un lado, las formulaciones teóricas conocidas como decisionistas —Schmitt, Heller—, las que frente a la visión dominante de la norma, como construcción lógica jurídica desvinculada de su entorno histórico y social, así como en contra de su metodología de corte deductivo, abogan por la incorporación de elementos sociológicos, políticos, históricos, en fin en condicionamientos vitales.¹⁴⁹ Por otro lado está la integracionista —Smend—, tesis que viene a reivindicar a los derechos en su dimensión axiológica, es decir los derechos como valor¹⁵⁰ y no meramente desde una significación formal, en otras palabras, los derechos subjetivos como reflejo del derecho objetivo.

149 Pablo Lucas Verdú,*op. cit.*, p. 83.

150 Así se señala en la teoría cómo los derechos como valores, o “teoría axiológica de los derechos fundamentales”, tienen su punto de partida en la teoría de la Integración de Smend, caracterizada por su concepción del Estado como una estructura dinámica en constante transformación y renovación: “para este proceso —dice Smend— que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración”. Dicha actividad dinámica es conocida por Smend como integración material —junto a esta para el teórico alemán se hallan la integración personal y la funcional— cuando persigue objetivos comunes, que vienen a legitimar la existencia del Estado. Estos objetivos comunes se presentan como “contenidos sustantivos de tipo eidético” o valores, cuya realización presupone la existencia de la comunidad, existiendo en tal virtud una relación de mutua justificación entre la comunidad y sus valores, puesto que, como sostiene el teórico alemán: “La condición para que los valores tengan eficacia y vida propia es la misma comunidad en que son vividos y a la que actualizan. Y viceversa, también la comunidad depende de los valores que la sustentan”. Por tanto, la integración para Smend es la realidad espiritual del Estado que implica un sentimiento común abarcante, en una suerte de conjunción de valores y sentimientos. “El Estado —dice Smend— existe y se desarrolla exclusivamente en este proceso de continua renovación y permanente reviviscencia, por utilizar aquí la célebre caracterización de la nación en frase de Renan, el Estado vive de un plebiscito que se renueva cada día”. Véase Rudolf Smend. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 63 ss.

En las líneas que siguen, nos circunscribiremos a la objeción del primer tipo (la formulación decisionista en el pensamiento schmittiano), cuya posición contraria al formalismo normativista parte de su idea de decisión, lo que implica entonces la tensión entre decisionismo y normativismo. Pero, ¿qué significa decisión para Schmitt? Según Francisco Javier Conde: “El concepto de ‘decisión’ es el eje de la más formidable ofensiva dirigida victoriamente contra el Estado liberal¹⁵¹ y el derecho político asentado en sus supuestos. Es un concepto orientado hacia un enemigo concreto, genuinamente político, si hemos de atenernos a la propia terminología schmittiana”.¹⁵² De modo que Schmitt fustigaba el normativismo kelseniano, afirmando que: “También el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma”,¹⁵³ de ahí que el teórico germano problematice sobre ¿quién asume la competencia en un caso para el cual no se ha previsto competencia alguna?¹⁵⁴ Para Schmitt esto quiere decir que existen situaciones en que el poder no se halla regulado por medio de una norma jurídica, o lo que es lo mismo, que en un momento extraordinario, no se puede continuar con la lógica del sistema normativo de la imputación,¹⁵⁵ porque dicho sistema no contempla ese

151 Se debe señalar que la crítica de Schmitt al Estado liberal no va por el lado de su rechazo a las libertades individuales, sino que más bien su embate contra el liberalismo se sitúa en cuanto este considera a la economía como categoría básica de análisis de los fenómenos sociales, hecho que vendría a desplazar a la política y su condición de categoría primigenia. A más que, por otro lado, el liberalismo propende a la eliminación del conflicto, reemplazándolo por lógicas de tipo consensual, planteamiento que de suyo implica entonces la negación de la existencia del conflicto —cuestión que para Schmitt aparece como la esencia de lo político—, de ahí precisamente la construcción del “amigo-enemigo” en la relación política.

152 F. Conde, *op. cit.*, p. 197, citado por Pablo Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 87.

153 Carl Schmitt. *Teología Política*. Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 16.

154 *Ibid.*

155 Así Schmitt sostiene: “El Estado, es decir, el orden jurídico, es un sistema de imputaciones con referencia a un punto final de imputación y a una última norma fundamental. La relación de jerarquía y subordinación que existe dentro del Estado estriba en el hecho de nacer de aquel punto central unitario una red de autorizaciones y competencias que se extiende hasta los últimos grados.”, *ibid.*, p. 23.

momento que se encuentra por fuera de lo común. Entonces, esto nos ubica en un escenario de no normalidad, es decir de excepcionalidad,¹⁵⁶ siendo por tanto en tal situación en que a la falta de regulación jurídica, o sea en casos de no normalidad, en donde actúa la decisión, por consiguiente, el normativismo y sus normas actúan de modo pleno en los casos de normalidad, pero se resquebrajan y no resuelven el problema del poder político como competencia en los casos excepcionales. La decisión es el elemento primordial del orden jurídico, crea la norma, la mantiene, la aplica, de ahí que esta no provenga de norma jurídica alguna.¹⁵⁷ Por eso Schmitt vincula a la decisión con la soberanía. Basta recordar su afirmación: “Soberano es quien decide sobre el estado de excepción”.¹⁵⁸

Según Schmitt, en el plano teórico no se discute sobre el concepto de soberanía —“como poder supremo y originario de mandar”—, sino que el problema estriba en su aplicación concreta, o lo que es lo mismo, “sobre quien decide en caso de conflicto”¹⁵⁹ en el mantenimiento del orden público, de tal suerte que el caso extraordinario, que al no estar previsto en el ordenamiento en vigencia viene a poner de relieve el “problema del sujeto de la soberanía” o asunto esencial de la soberanía. Al ser extraordinaria la contingencia, los supuestos y contenidos de las competencias a ser asumidos por el que toma la decisión, no pueden ser delimitados como ocurre ordinariamente

156 O estado de excepción, debiendo aclararse que cuando Schmitt se refiere a este no lo hace desde la perspectiva jurídica normativa, es decir, de las normas contenidas en una Constitución que prevén la suspensión de unos determinados derechos y garantías por parte del poder público en aras de controlar una situación convulsa dentro de las fronteras de un Estado de Derecho, sino más bien, se trata de una situación de excepción de tipo filosófico político, en donde la supervivencia misma de la comunidad agrupada bajo una decisión política fundamental se encuentra seriamente atacada, y no hay un arreglo normativo contemplado en el ordenamiento jurídico que podamos aplicar para dominar dicho suceso.

157 Pablo Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 87.

158 Carl Schmitt, *Teología Política*, p. 13.

159 *Ibid.*

en el Estado de derecho, en donde la Constitución establece las competencias y atribuciones correspondientes a cada órgano del Estado. De esta forma, al no tener limitaciones impuestas por un orden jurídico, se llega a identificar al soberano como aquel que detenta plenos poderes para dominar una situación, nos ubicamos por tanto en lo que dice Schmitt: por fuera del orden jurídico en vigencia, sin que esto implique que no pertenece a este, ya que “tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida in toto”.¹⁶⁰

Esto último nos interesa resaltar, puesto que al sostener el autor alemán que el autorizado para decidir en los momentos extraordinarios, si bien no está sujeto a las normas vigentes en un momento determinado, ya que al tratarse de una situación fuera de lo común en la vida ordinaria de un Estado, mal podría el referido orden prever todas esas circunstancias. Sin embargo, esto no quiere decir necesariamente que quien toma la decisión deje de pertenecer al orden jurídico vigente, porque si vamos hasta su origen mismo nos encontramos ante el escenario de que este soberano —que en realidad actúa como representante del soberano auténtico, o sea el pueblo¹⁶¹— fue designado de conformidad a esas normas jurídicas previamente establecidas, es decir su autoridad proviene de unas normas que conforman al Estado dederecho.

De modo que la decisión última no implica un poder tal que le permite hacer a quien decide lo que a bien tenga, sino que circscribe su función a las medidas que deba adoptar para mantener la vida del Estado, y con ello, de sus finalidades como el bien común. Lo que sostenemos es que el decisionismo no implica una capacidad de decisión hacia cualquier arbitrio de la autoridad, sino que esta facultad de decisión —ya que la

160 *Ibid.*, p. 14.

161 O como rezan algunos ordenamientos constitucionales —por ejemplo el ecuatoriano— bajo la fórmula de que la soberanía radica en el pueblo y se ejerce por medio de los órganos y autoridades establecidos en la Constitución.

función de la autoridad se condensa en la toma de decisiones de modo permanente— debe comportar el mantenimiento de un Estado en su forma de derecho, ya que en su actuación común y ordinaria lo hace en plena armonía con el ordenamiento jurídico vigente, apareciendo la *decisión* en su sentido fuerte, exclusivamente en los casos excepcionales.¹⁶²

Es de tal importancia el concepto de decisión para el pensamiento de Schmitt, que a criterio de Pablo Badillo O'Farrell, aparte del rol que juega dicha conceptualización en los estados de excepción desde el abordaje jurídico, es una formulación que desempeña un papel básico en un terreno de lucha política;¹⁶³ a más que la decisión, por un lado, fundamenta el plano de la soberanía, expresión esencial del poder, y por otro, actúa como medio secularizador del máximo poder de tipo teológico.¹⁶⁴ Con relación a esto, es importante recordar que para el profesor alemán: “Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados”,¹⁶⁵ de ahí precisamente sus esfuerzos teóricos plasmados en su trabajo *Teología Política*, el mismo que persigue —según Badillo O'Farrell— dar una fundamentación de corte trascendente a la política, es decir, una fundamentación filosófica en un período de la historia en que la secularización tenía plena presencia, así como se presentaba una crisis de las ideas filosóficas, en tal virtud la decisión

162 Es este sentido Schmitt sostiene: “La decisión se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta en sentido propio. Ante un caso excepcional, el Estado suspende el derecho por virtud del derecho a la propia conservación. Los dos elementos que integran el concepto del orden jurídico se enfrentan uno con otro y ponen de manifiesto su independencia conceptual. Si en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es la norma la que en el caso excepcional se aniquila. Sin embargo, el caso excepcional sigue siendo accesible al conocimiento jurídico, porque ambos elementos —la norma y la decisión— permanecen dentro del marco de lo jurídico.” Véase Carl Schmitt, *Teología Política*, p. 18.

163 De ahí la categoría schmittiana de *amigo-enemigo*, como elemento básico para el análisis del fenómeno político.

164 Pablo Badillo O'Farrell. *Fundamentos de Filosofía Política*. Madrid, Tecnos, 1998, p. 135.

165 Carl Schmitt, *Teología Política*, p. 37.

pretende desempeñar para el fenómeno político jurídico, lo que es el dogma para la religión.¹⁶⁶

Una vez que hemos hecho un breve recorrido por el estado de la polémica normativismo versus decisionismo, podemos decir en relación con los derechos, que como ya lo sostuvimos, para la primera tesis normativista lo que importa es el derecho objetivo, noción que abarca a la formulación subjetiva, en tanto que para la segunda, los derechos humanos fundamentales envuelven —en términos de Schmitt— una decisión política de conjunto del pueblo sobre el modo de su existencia.¹⁶⁷ Schmitt entiende por Constitución a “la decisión conjunta de un pueblo sobre el modo de su existencia política”. Para el teórico germano, a diferencia de la tesis normativista kelseniana que concentra sus esfuerzos en el aspecto formal, la importancia esencial la concede a los factores extrajurídicos, es decir, a las condiciones, a las relaciones entre las distintas fuerzas políticas, sociales, culturales, históricas, que son el reflejo del sentir propio, de las esencias de cada pueblo. Pero esto no quiere decir que Schmitt sea contrario a la positividad normativista, sino que considera que el derecho, y con ello los derechos, son más que simples construcciones lógicas formales, es decir, son más que normas, puesto que detrás de un ordenamiento jurídico subyace siempre una decisión política de los que detentan el poder.

166 Pablo Badillo O'Farrell, *op. cit.*, p. 135.

167 Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 223. En el mismo trabajo el teórico alemán sostiene que por el “principio fundamental de la distribución del Estado de Derecho”, los derechos fundamentales son anteriores y superiores al Estado, lo que significa que esas “esferas de la Libertad” son en principio ilimitables, por lo que la intervención del Estado en esas libertades se encuentra limitada en principio. Para nuestro autor, los derechos fundamentales en sentido estricto son esencialmente derechos del *hombre individual* libre, que los posee frente al Estado, es decir los derechos de libertad individual, tanto en la dimensión del individuo aislado, como en la relación de este con los otros. Ejemplos de los primeros, Schmitt enumera a la libertad personal, a la libertad de conciencia, a la propiedad privada, a la inviolabilidad de domicilio y al secreto en la correspondencia. Entre tanto, como ejemplos de los segundos menciona a la libre manifestación de opinión, a las libertades de discurso, prensa, cultos, reunión, asociación, y la libertad de coalición, que a su criterio se encuentra en tránsito hacia lo político (pp. 217 ss.).

Planteamiento que comparto y que me hace rememorar la tesis de Lasalle en su trabajo *¿Qué es una Constitución?*, respecto de la idea de la Constitución como expresión genuina de unos “factores reales de poder”, puesto que, en caso de no ser así la Constitución no será más que esa simple “hoja de papel”, o lo que es lo mismo, la Constitución es tal, en la medida de que sea el reflejo auténtico de unas relaciones políticas que se producen en una sociedad determinada.

3.4. Presente de los derechos humanos

Sin duda, señalar la importancia de los derechos humanos fundamentales para los actuales Estados constitucionales y democráticos, es realizar una afirmación abrumadoramente compartida, en la medida de que no podemos hablar de un Estado constitucional, si no lo hacemos en clave de derechos, es decir, los derechos legitiman el aparecimiento del Estado, así como señalan sus fines. Claro está, que del escenario que alude a su función de justificación de la aparición de la estructura política estatal, ya ha transcurrido bastante tiempo, como lo vimos, fueron los acontecimientos revolucionarios a ambos lados del Atlántico del siglo XVIII los que marcaron dicho carácter. Más adelante, concretamente en siglo XX, es cuando el asunto de los derechos cobra una suerte de impulso, debido en gran parte con el advenimiento del constitucionalismo democrático y con ello la afirmación del principio de soberanía popular, ya que si bien en los siglos precedentes ya había sido formulado, este tuvo plena eficacia sino hasta las primeras décadas del siglo XX. De este modo, la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 o la Constitución alemana de Weimar de 1919¹⁶⁸ aparecen como

168 Al respecto señalar como en la teoría constitucional se sostiene a esta Constitución como aquella que introduce la noción de los derechos valor, es decir el elemento axiológico que comportan los derechos, planteamiento que tuvo en Rudolf Smend a uno de sus principales exponentes.

ejemplos de textos fundamentales que contienen el principio de la soberanía popular, así como desarrollan una serie de derechos que incorporan al novísimo —en esos tiempos— constitucionalismo social. Es decir, en la ampliación del catálogo de derechos ya no solo contaban los derechos civiles y políticos, sino que debían tenerse presente también aquellos derechos de corte social, que permitían el aseguramiento de una vida digna.

Sin embargo, como se sabe con la llegada de la Segunda Guerra Mundial, se produjo un enorme y terrible retroceso en materia de derechos, ejemplificado en el abominable holocausto judío, del que Zygmunt Bauman¹⁶⁹ sostiene que es producto de ese proceso de racionalización y tecnificación máxima que se gestó en la edad moderna, es decir el genocidio como un hecho que se ejecutó dentro de la sociedad moderna. Por tanto, se discute entonces a la tesis que considera al holocausto como una suerte de lapso carente de racionalidad, es decir, como resultado de los instintos salvajes y violentos de tipo preestatal que subyacen aún en el individuo, que deben ser cambiados

169 El trabajo de Bauman es crítico de la modernidad. Cuestiona seriamente a los hitos de la civilización, y con ello a los teóricos que propugnan que un gran logro alcanzado con su proceso modernizador fue acabar con la violencia del estado presocial: “domesticar al animal que hay en el hombre”, por medio del aparecimiento del Estado, que actuando como “jardinero”, es decir que toma a la sociedad como objeto a diseñar y cultivar, en últimas cuentas observa al holocausto como la falta de civilización, o lo que es lo mismo, que aún no ha llegado a su máxima plenitud el proceso racional moderno, y que en el hombre aún quedan unos rezagos de su comportamiento animal. De este modo, el holocausto no aparece como un producto de la sociedad moderna, sino que es una falla en cuanto a su tarea de civilizar al salvaje presocial, de ahí que precisamente no haga falta para esta posición repensar los planteamientos sobre los que se edifica la sociedad, a lo que rebate Bauman, al sostener que si bien la civilización moderna no fue la única condición para que se produzca el holocausto, si fue una condición necesaria, ya que, sin dicha civilización habría sido impensable el terrorífico acontecimiento. De esto se colige que en el asesinato sistemático de los judíos por parte de los nazis confluyeron el desarrollo tecnológico de la sociedad industrial con la planificación organizacional de la burocracia, con ello se diferencia, por ejemplo, al holocausto de hechos explosivos de violencia popular como la *Kristallnacht* o de los *pogroms* que, aunque igualmente reprochables, en la magnitud de daños no se compara con aquel, entre otras cosas, por la sistematicidad y la organización que supuso su puesta en práctica. Véase Zygmunt Bauman. *Modernidad y Holocausto*. Madrid, Sequitur, 1998.

y domesticados a base de mayores dosis de civilización, la cual hace su arribo con la edad moderna, o lo que es lo mismo, los individuos que participaron en el cometimiento del genocidio actuaron como una especie de bárbaros irracionales, porque de haber sido permeados sus comportamientos por la razón, jamás hubieran aflorado esos sentimientos presociales, entendiendo por presociales a las actitudes propias de los seres humanos anteriores a la aparición de la sociedad política.

Una vez concluida la Segunda Gran Guerra, la comunidad internacional —el concierto de los Estados nacionales reunidos en la Organización de Naciones Unidas, así como en sus ámbitos internos— concentraron sus energías en el establecimiento de un sistema internacional de protección de derechos, de modo que los macabros acontecimientos que ocurrieron en los años inmediatamente anteriores no se vuelvan a repetir, así por ejemplo, aparece como documento emblemático la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que si bien no posee una vinculación en el sentido jurídico del término,¹⁷⁰ en la medida en que se trata de una Declaración y no de un Tratado o Convenio Internacional legalmente celebrado por un Estado, es indudable su peso moral para la humanidad en su conjunto. Posteriormente en los años sesentas, ya con plena vinculación jurídica para los Estados suscriptores aparecen los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, así como los referentes a los Económicos, Sociales y Culturales, que vienen a ratificar la importancia de los derechos para el orden internacional. Es en esta lógica que el Convenio Europeo de Derechos Humanos,

170 Cuestión que depende del ordenamiento jurídico de cada país, así existen Estados como el Ecuador en que en su Constitución en el artículo 10 señala la vinculación a los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos, lo que implica que no solo se refiere a los Tratados o Convenios sino a todo tipo de documento jurídico que haga relación a los derechos, por ejemplo, declaraciones, opiniones consultivas de organismos de protección regional de derechos entre otros. La Constitución española, afirma también en el número 2 del artículo 10 que los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados internacionales de la materia.

o la Convención Interamericana de Derechos Humanos, con sus respectivas Comisiones y Cortes, que se inscriben como una suerte de empeño por hacer efectivos los derechos.¹⁷¹

Por el lado doméstico de los Estados, podemos destacar a la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que ha servido de inspiración para numerosas constituciones, debido básicamente a la importancia que cobran los derechos humanos fundamentales. Por ejemplo, el artículo 1, entre otros enunciados, establece que “[l]a dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”, lo que quiere decir que los derechos actúan como un límite y como una obligación a ser respetada, protegida y promocionada por parte del Estado. También destacamos a la Constitución española de 1978, que en el artículo 10 señala “[l]a dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”. Finalmente la Constitución del Ecuador de 2008,¹⁷² que recogiendo las

171 Vale decir que en el ámbito de la comunidad internacional las relaciones se rigen por principios como el *pacta sunt servanda*, por medio del cual un Estado miembro de la comunidad no puede alegar incompatibilidad de una norma interna, para no cumplir con una regulación contemplada en un Convenio legalmente ratificado, y en caso de hacerlo caería en responsabilidades.

172 Debemos señalar que la influencia europea en los procesos constituyentes latinoamericanos ha hecho presencia en los últimos tiempos desde la Constitución brasileña de 1988, pasando por la Constitución colombiana de 1991, hasta llegar a la Constitución ecuatoriana de 2008 o la boliviana de 2009. Estas dos últimas se ven enriquecidas por las cosmovisiones ancestrales andinas con instituciones novedosas como el *sumak kawsay*. Para un vistazo de lo que ha venido a llamarse el nuevo constitucional latinoamericano, el que según Juan Montaña Pinto se caracteriza por: “a) la adopción de un modelo de democracia participativa; b) la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; c) la transformación del tradicional paradigma difuso de control constitucional latinoamericano por un modelo mixto más cercano al arquetipo europeo de inspiración kelseniana; d) el fortalecimiento del papel de los jueces y la función judicial dentro de la arquitectura constitucional; y, finalmente, e) el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de las naciones latinoamericanas.” Véase Juan Montaña Pinto. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: perspectiva comparada*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, pp. 53-54. En el mismo sentido puede

formulaciones anteriores, sostiene en el número 9 del artículo 10 que: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Todas ellas, disposiciones constitucionales de clara impronta garantista, que encuentran en el ámbito nacional su justa protección por medio de los tribunales y cortes constitucionales que tienen entre las funciones que justifican su existencia, a más de la de preservar la supremacía del texto constitucional, y con ello, la conformidad formal y material de las leyes de menor rango jurídico con aquel, la protección de los derechos y libertades fundamentales. Por tanto, podemos sostener que los derechos humanos fundamentales son una especie de mapa de ruta, que señala el camino a seguir por parte de los Estados y de la comunidad internacional en sus actuaciones, ya que la protección de los derechos justifica y legitima a los primeros desde el mismo momento de su aparecimiento. También condicionan su proceder, llevándolos al establecimiento de una serie de compromisos con los ciudadanos, que pueden ser entendidos como valores superiores a los que se aspira a llegar como sociedad. Por eso es de tal magnitud la importancia de los derechos para los ordenamientos jurídicos, y en general para las sociedades democráticas, que suscribimos con Dworkin, cuando sostiene que los derechos son el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada.¹⁷³

consultarse también el trabajo de Roberto Viciana y Rubén Martínez. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *El nuevo constitucionalismo en América Latina. Memorias del Encuentro internacional, El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010, pp. 9 ss. Así también en referencia a la Constitución ecuatoriana puede consultarse el trabajo *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Eds. Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 2009; así como *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, 2008.

173 Ronald Dworkin. *Los Derechos en Serio*. Barcelona, Ariel, 1984, p. 303.

IV

Conclusiones

Conclusiones

1. Podemos hablar de los derechos humanos a partir de la modernidad, debido a que es en este período histórico cuando se empieza a relacionar bajo dicho concepto formulaciones como la libertad, la igualdad o la dignidad humana, principios que si bien ya habían sido tratados desde la Grecia antigua, solo desde la modernidad se unifican con un sentido de prerrogativa propia de la persona.

Es en estos contextos en donde aparece esta primera concepción de los derechos como derechos naturales, como derechos que se desprenden de la condición misma de persona, es decir como hecho propio a su naturaleza humana. Debe diferenciarse, en todo caso que un primer momento se trató de una fundamentación de corte iusnaturalista que estribó en la idea de la divinidad —el hombre poseedor de derechos, hecho a imagen y semejanza de su creador—, pasando posteriormente a separarse del carácter teológico, debido en gran medida al proceso secularizante, acogiendo en consecuencia un origen iusnaturalista, pero sujeto a la condición humana del hombre como ser moral y racional portador de una dignidad.

2. El sujeto es portador de dignidad y en consecuencia de unos derechos, reflejados en los procesos político-revolucionarios de la Europa decimonónica. Si bien el modelo inglés de derechos

al cual hicimos referencia en nuestro texto, se contextualiza más bien en el siglo XVII con instrumentos como la *petition of rights*, sirvió como vimos de fundamento al modelo norteamericano de derechos una vez que las trece colonias obtuvieran la independencia de la metrópoli. Hacemos esta afirmación en el sentido de la fundamentación iusnaturalista de los derechos que es abrazado a los dos lados del Atlántico, basta recordar que los patriotas de las colonias reivindicaban en un inicio sus derechos como ciudadanos ingleses, pero al no ser acogidas sus peticiones, volcaron su argumentación al fundamento de los mismos, el cual estriba en la naturaleza del hombre. De ahí que en la Declaración de Derechos contenida en la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776 —obra de Jefferson—, se sostenga la argumentación en torno a las verdades evidentes, que todos los hombres son creados iguales, que su Creador les ha otorgado determinados derechos inalienables, entre los que se encuentran la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

En el mismo sentido los acontecimientos de la Francia revolucionaria del siglo XVIII, que pusieron fin al ancien régime destacan por su consideración de los derechos como facultades inalienables de los hombres. Por eso sostendremos que más allá de las diferencias de los tres modelos (inglés, norteamericano y francés), coinciden en la fundamentación iusnaturalista racionalista de los derechos humanos.

3. Es con motivo del surgimiento de las teorías de la Escuela de derecho público alemana del siglo XIX, en que se pasa a una distinta fundamentación de los derechos, es decir, nos encontramos ante un fundamento de corte positivista. Así tenemos como en esta etapa hallan asidero las tesis de los derechos públicos subjetivos, como producto de la autolimitación del Estado, o en otros términos, los derechos no encuentran su fundamentación en la naturaleza humana, sino que más bien son el resultado

de los límites que se autoimpone el poder público. El Estado concede los derechos. Además, como lo muestra nuestro trabajo, más adelante Hans Kelsen será heredero de estos postulados y elaborará sus tesis en torno al normativismo, que en esencia circunscribe el estudio de la ciencia jurídica y con ello de los derechos en relación con la norma —la pureza metodológica—, por eso sostiene el maestro vienes que el derecho subjetivo existe en la medida en que se trata del derecho objetivo aplicado a un caso concreto, o lo que es lo mismo, los derechos existen como reflejo de lo dispuesto por una norma de derecho positivo. Este tipo de consideraciones llevaron a Kelsen a identificar Estado con Derecho, así como a sostener la inexistencia de diferencias entre derecho objetivo con derecho subjetivo.

Es en contra de estas formulaciones teóricas que se erigen las construcciones de Carl Schmitt, o de Rudolf Smend, con relación a la creencia de los derechos como productos de la decisión de un pueblo, que reflejan los valores, los principios, las creencias compartidas de una comunidad determinada. De este modo se sostiene que fue con Smend que se origina la visión axiológica de los derechos —Constitución de Weimar 1919—, mientras tanto Schmitt contrapone su modelo decisionista a la pretensión normativa de Kelsen, en donde la decisión política fundamental que se expresa en los derechos y en la Constitución será su elemento central. Por consiguiente, no importan tanto los derechos en cuanto categoría formal, sino que la dimensión de su verdadera importancia radica en que se trata de la representación de unos valores compartidos por la comunidad, que dan sustento a la decisión política unitaria y trascendental.

4. Por otro lado, vale señalar que frente al modelo iusnaturalista racionalista de los derechos derivado de la fundamentación liberal de los mismos, tempranamente surgieron planteamientos que los cuestionaban. Por eso, hicimos referencia a la objeción

comunitaria, que tuvo como antecedente la polémica entre Kant y Hegel, liberalismo versus comunitarismo, respectivamente. Dicha teorización encuentra propiamente asidero en la Escuela angloparlante en la década de los ochentas, cuando se cuestiona la visión liberal individual de los derechos, cuya titularidad le corresponde al individuo aislado, sosteniendo más bien la tesis de los derechos como facultades o prerrogativas que le pertenecen a la comunidad, cuestionando así la esencia del planteamiento liberal.

Finalmente, sostenemos cómo el embate republicanista a la visión liberal de los derechos cuestiona de modo principal esa suerte de individuo pasivo, en el sentido político del término, es decir, esa suerte de doble personalidad o esferas de los individuos, una particular y una pública: el republicanismo al respecto cuestiona esa supuesta división y aboga más bien por un individuo comprometido por los asuntos políticos de su comunidad, que participe en la vida pública —posición que compartimos—, es decir, haciendo uso de esa “libertad grecorromana”, tesis que tuvo en el inglés Harrington a uno de sus primeros cultores.

Por tanto, podemos afirmar cómo los dos planteamientos objetores del modelo liberal han cobrado especial fuerza en los momentos actuales, caracterizados por sociedades marcadas por el pluralismo, el multiculturalismo y por las exigencias de la ciudadanía en la búsqueda por tener un papel más activo en la construcción de la voluntad política, en aras de proporcionarse una mayor calidad de vida dentro de su comunidad. Es a este tipo de exigencias que se enfrentan los esfuerzos emprendidos por parte de los Estados nacionales, así como de la comunidad internacional en su lucha por el respeto y promoción de los derechos humanos, destacándose el connotado interés que concentran por hacerlos efectivos, es decir, que pasen de ser meros enunciados contenidos en documentos solemnemente promulgados —constituciones, tratados—, a vivirlos de modo

permanente, tanto en las relaciones del particular con el Estado, como en la dimensión entre particulares, y esto a escala nacional como internacional.

Es en este marco en donde las garantías normativas y jurisdiccionales de los derechos juegan un papel primordial en la medida en que permiten activar los mecanismos jurídico-procesales para la protección efectiva de los derechos, teniendo como premisa que tan solo si se camina en dicha dirección, podremos construir una sociedad más justa y democrática, ya que los derechos humanos constituyen ese mínimo ético de carácter universal que sirve de fundamento al sistema político constitucional. Esto quiere decir, en resumen, que en este trabajo hacemos una apuesta por los derechos como instrumentos de avance social, lo que implica que pensamos al sistema democrático desde el Estado constitucional, así como desde los derechos humanos,¹⁷⁴ que como ya lo hemos señalado de modo reiterado, se edifican sobre la dignidad humana de cuño moderno.

174 Para un planteamiento distinto, véanse los trabajos de Ricardo Sanín. *Teoría Crítica Constitucional 1 y 2*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador/ Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011 y 2012.

V

Bibliografía

Bibliografía

Ackerman Bruce. *We the people Foundations*, vol. I. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991.

Alvarez Ortega Miguel. “Exigencias jurídico-políticas de dignidad: una aproximación filmográfica a los derechos fundamentales”. *Derecho al cine. Una introducción cinematográfica al Derecho Constitucional*. Coord. Abraham Barrero. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Amorós, Celia y Rosa Cobo, eds. “Feminismo e Ilustración”. *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Madrid, Minerva Ediciones, 2005.

Andrade, Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini, eds. *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 2009.

Ávila Santamaría, Ramiro, Agustín Grijalva y Rubén Martínez, eds. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Tribunal Constitucional, 2008.

Badillo O’Farrell, Pablo. “Los derechos humanos en el umbral del siglo XXI”. *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 7. Madrid, Nueva Época, 2006.

- _____. *Fundamentos de Filosofía Política*. Madrid, Tecnos, 1998.
- _____. *La Filosofía político-jurídica de James Harrington*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1977.
- Bilbao, José María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- Bocardo, Enrique. *Tres ensayos sobre Kelsen*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1992.
- Bonilla Daniel , Jaramillo Isabel Cristina, *Estudio Preliminar, La Comunidad Liberal de Ronald Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre. Editores, 2004.
- Campbell, Tom. *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Trad. Silvina Alvarez. Barcelona, Gedisa, 2002.
- Cassirer, Ernst. *El problema del conocimiento en la filosofía y la ciencia moderna*. México, Fondo de Cultura Económica, 1953.
- Colomer, Josep. “Ilustración y liberalismo en Gran Bretaña: J. Locke, D. Hume, los economistas clásicos, los utilitaristas”. *Historia de la Teoría Política*, vol. 3. Ed. Fernando Vallespín. Madrid, Alianza, 1990.
- Conde, Francisco Javier. *Introducción al Derecho Político actual*. Madrid, Ediciones Escorial, 1942.
- Costa, Pietro. “Derechos”. *El Estado Moderno en Europa, Instituciones y Derecho*. Ed. Maurizio Fioravanti. Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- De Asís Roig, Rafael y Francisco Javier Ansúátegui. “Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica”. *Historia de los Derechos Fundamentales, t. I: Tránsito a la Modernidad siglos XVI y XVII*. Dirs. Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael

- de Asís Roig. Madrid, Dykinson S.L./ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2001.
- De Asís Roig Rafael. Estudio preliminar. *Positivismo Jurídico*. Por Norberto Bobbio. Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid, Editorial Debate, 1993.
- De Asís Roig Rafael, Francisco Javier Ansútegui y Javier Dorado Porrás. “Los Textos de las Colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”. *Historia de los Derechos Fundamentales*, t. II: *Siglo XVIII*, vol. III: *El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*. Dirs. Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís Roig. Madrid, Dykinson S.L., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2001.
- De Julios-Campuzano, Alfonso de. “Kant, Modernidad y Derecho Cosmopolita”. *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el Bicentenario de su muerte*. Coords. Alfonso Castro y otros. Sevilla, Editorial Lagares, 2003.
- De Los Ríos, Fernando. Prólogo. *Teoría General del Estado*. Por Georg Jellinek. Buenos Aires, Editorial Bdef, 2005.
- Dippel, Horst. *Constitucionalismo moderno*. Trad. Clara Álvarez Alonso y María Salvador Martínez. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- Dworkin, Ronald. *La Comunidad Liberal* Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 2004.
- _____. *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona, Ariel, 1984.
- Estrada, Alexei Julio. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

- Fernández, García Eusebio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos.* Madrid, Editorial Debate, 1984.
- _____. “El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo XVII”. *Historia de los Derechos Fundamentales*, t. I. Dirs. Gregorio Pe-ces-Barba, Eusebio Fernández. Madrid, Dykinson S.L., 2003.
- Fioravanti, Mauricio. *Los Derechos Fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Presentación de Clara Alvarez. Trad. Ma-uel Martínez Neira. Madrid, Editorial Trotta, 5^a ed., 2007.
- Gallego Anabitarte, Alfredo. *Constitución y personalidad jurídica del Estado*. Madrid, Tecnos, 1992.
- García Pelayo, Manuel. *Derecho constitucional comparado. Obras Com-pletas I*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- García, Ricardo, Peces-Barba, Gregorio. “Los Textos de la Revolu-ción Francesa”. *Historia de los derechos fundamentales*, t. II: Si-glo XVIII, vol. III: *El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*. Dirs. Gregorio Pe-ces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís Roig. Madrid, Dykinson S.L., Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2001.
- Gargarella, Roberto. *Las teorías de la Justicia después de Rawls: un breve manual de filosofía política*. Madrid, Paidós, 2010.
- Grimm, Dieter. *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*. Es-tudio preliminar de Antonio López Pina. Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- Kant, Inmanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Ed. Luis Martínez de Velasco. Madrid, Editorial Espasa Calpe, 2009.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, 4^a ed., Eudeba, 1999.

- Kymlicka, Will. *Filosofía política contemporánea: una introducción.* Trad. Roberto Gargarella. Barcelona, Ariel, 1995.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución.* Trad. y estudio de la obra Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona, Editorial Ariel, 1979.
- López Cámara, Francisco. *Origen y evolución del liberalismo europeo.* México, UNAM, 1971.
- Lucas Verdú, Pablo. *Curso de Derecho Político*, vol. I. Madrid, Tecnos, 1992.
- _____. *Estudio Preliminar de la obra Reforma y mutación de la Constitución de Georg Jellinek.* Trad. Christian Forster. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Montaña Pinto, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: perspectiva comparada.* Quito, Corte Constitucional del Ecuador/ Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Paine, Thomas. *Derechos del Hombre.* Trad., introducción, cronología y notas de Fernando Santos Fontela. Madrid, Alianza editorial, 2008.
- Passerin D'Entreves, Alessandro. *Derecho Natural.* Trad. M. Hurtado Bautista. Madrid, Ed. Aguilar, 1972.
- Peces-Barba, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General.* Madrid, Eudema, 1991.
- _____. *Derecho y Derechos Fundamentales.* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Madrid, Tecnos, 9^a ed., 2005.
- _____. *Los Derechos Fundamentales.* Madrid, Tecnos, 10^a ed., 2011.

- Pérez Royo, Javier. *El proyecto de constitución del Derecho Público como Ciencia en la doctrina alemana del Siglo XIX*. Internet. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1427277>.
- _____. *La Reforma a la Constitución*. Madrid, Congreso de los Diputados, 1988.
- Ramírez Cleves, Gonzalo. *Límites de la reforma constitucional en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Rawls, John. *Teoría de la Justicia*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Robles, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid, Editorial Civitas, 1992.
- Sanín, Ricardo. *Teoría crítica constitucional 2*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador/ Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Schmitt, Carl. *Teología Política*. Trad. Francisco Javier Conde. Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- _____. *Teoría de la Constitución*. Versión española Francisco Ayala. Madrid, Alianza, 2011.
- Schneider, Hans Peter. “Peculiaridad y Función de los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. (La práctica constitucional en el Estado Democrático)”. *Democracia y Constitución*. Trad. Joaquín Abellán. Prólogo de Luis López Guerra. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Smend, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*. Trad. José María Beneyto Pérez. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- Taylor, Charles. “Atomism”. *Philosophical papers*, vol. 2. Cambridge University Press, 1985.

- Tocqueville, Alexis. *El antiguo régimen y la revolución*. Madrid, Guadarrama, 1969.
- Viciano, Roberto Rubén Martínez Dalmau. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *El nuevo constitucionalismo en América Latina. Memorias del Encuentro internacional “El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI”*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.
- Young, Iris. “Teoría política: una visión general”. *Nuevo Manual de Ciencia Política*. Eds. Robert E. Goodin y Hans-Dieter Klingemann, t. II. Madrid, Istmo, 1996.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil: ley, derechos justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid, Editorial Trotta, 7^a ed., 2007.

ISBN 978-9942-07-332-7



9 789942 073327

www.corteconstitucional.gob.ec

