

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN  
FACULTAD DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



**TESIS**

**LA FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO  
DEL ESTADO MODERNO: UNA APORTACIÓN CONSTITUCIONAL**

**PRESENTA**

**FÉLIX ROBERTO SÁENZ GONZÁLEZ**

**COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN  
DERECHO CON ORIENTACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y  
GOBERNABILIDAD**

**OCTUBRE, 2019**



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**  
**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**TESIS**

**LA FORMULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DEL  
ESTADO MODERNO: UNA APORTACIÓN CONSTITUCIONAL**

QUE PRESENTA

**LIC. FÉLIX ROBERTO SÁENZ GONZÁLEZ**

**COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO  
CON ORIENTACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y GOBERNABILIDAD**

DIRECTOR DE TESIS

**DR. LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO**

**SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, NUEVO LEÓN,**

**OCTUBRE DE 2019**

## **DEDICATORIA**

*A mí adorada esposa Claudia,  
en reconocimiento por su iniciativa  
y trabajo diario en pro de nuestra  
familia, así como por el apoyo  
y estímulo incondicionales  
que de ella he recibido,  
para acometer con decisión  
y valentía todos los días de mi vida.*

*A mis hijos Félix y Patricio  
fuentes inagotables de compromiso y  
superación.*

## ÍNDICE

Introducción.....	6
-------------------	---

### Capítulo 1

#### Contexto de la evolución de los derechos humanos

I. El constitucionalismo moderno y los derechos fundamentales.....	15
1. Doctrinas constitucionalistas....	15
2. Las revoluciones y los derechos en el constitucionalismo.....	30
2.1 La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.....	35
2.2 El contexto de las declaraciones americanas.....	41
II. Distinción entre los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales.....	53
III. Los derechos humanos entre dos tradiciones: iusnaturalismo y positivismo....	64
IV. El control de constitucionalidad y los derechos humanos.....	65

### Capítulo 2

#### Derechos humanos y el pensamiento ilustrado

I. Concepto de ilustración.....	66
II. La visión de los derechos humanos en la Ilustración.....	90
1. El cambio en el concepto de autoridad.....	95
2. Razón.....	97
3. Libertad de prensa, tolerancia y censura.....	99

III. Ilustración y revolución.....	106
IV. Ilustración y modernidad.....	114

### Capítulo 3

#### Los tres grandes valores

##### I. La formulación del valor de la libertad en la teoría de los derechos

Humanos.....	122
1. Libertad de los antiguos y modernos.....	131
2. El concepto de libertad.....	141
2.1 Libertad política y libertad económica.....	143
2.2 Sobre la distinción entre libertad positiva y libertad negativa.....	144
2.3 Los derechos de libertad.....	150
II. Igualdad.....	155
1. Igualdad formal.....	159
2. Igualdad sustancial.....	160
3. Las doctrinas igualitaristas.....	163
4. Los derechos de igualdad.....	164
5. Igualdad y justicia.....	170
III. Fraternidad.....	170
I. La fraternidad en los derechos del hombre.....	170
1. El concepto jurídico de solidaridad.....	175
2. Los derechos humanos de tercera generación.....	176

## Capítulo 4

### El Estado social y los derechos humanos

I. La dimensión histórica de los derechos sociales.....	177
II. El Estado social de derecho.....	187
1. La etapa de construcción del Estado social de derecho hasta 1914.....	193
2. La Constitución de Weimar de 1919.....	202
III. Derechos prestacionales.....	204

## Capítulo 5

### Derechos humanos y globalización: Del estado legislador al Estado constitucional

I. Estado legislador y estado jurisdiccional.....	221
II. Estado constitucional de derecho.....	237
III. La interpretación de los derechos humanos.....	245
IV. La Constitución como norma prescriptiva.....	259
Conclusión.....	271
Bibliografía.....	274

## INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos han tenido una evolución histórica, pero los avances en su reconocimiento, garantía y protección no pueden estudiarse en el campo de estudio del Derecho a partir de una cronología. Si es posible, sin embargo, establecer metódicamente paralelismos entre los acontecimientos históricos que han impulsado la expansión de la noción de derecho, cada vez abarcando una esfera más amplia de titularidad y contenido y que explica también la complejidad de su estudio, porque esta ampliación se funda en el papel que han desempeñado los valores, las tradiciones jurídicas, las corrientes de pensamiento y los movimientos revolucionarios.

En el presente trabajo doctoral estudiaremos con un enfoque descriptivo de la evolución de los derechos humanos mediante un método inductivo y deductivo, histórico e institucional. Como se desprende del índice elaborado que matiza la tesis descriptiva que se pretende defender mediante esta tesis doctoral y que consiste en los principales rasgos que caracterizan a la evolución de los derechos humanos, que estos rasgos son dependientes de factores individuales y sociales. La evolución de los derechos humanos también ha dependido de las diferentes teorías de derechos humanos y del Estado.

Hemos elegido estudiar el tema de los derechos humanos desde su enfoque histórico-evolutivo, porque consideramos que la evolución que han presentado a lo largo de la historia debe analizarse desde las metodologías descriptivas propias de la Ciencia del Derecho, como un proceso de evolución que trasciende a los esquemas de estudios lineales o cronológicos, porque si bien es cierto que los derechos fueron gestándose en movimientos emancipadores, de reclamos legítimos e innovaciones jurídicas que atienden directamente al concepto del poder político, la aportación de nuestro estudio estriba en que se estudian los derechos humanos y sus técnicas de protección en diferentes épocas que abarcan la Edad moderna hasta el presente atendiendo a los puntos en común que tienen sus principales etapas; por lo anterior, hemos centrado nuestro estudio en la Edad

moderna a través del contexto, los movimientos, corrientes filosóficas y jurídicas y pensadores que han influido mayormente en lo que ha venido a integrar un catálogo común de los derechos humanos.

Como bien señala el Doctor Arnulfo Sánchez García en su capítulo de libro “Protocolo de Investigación”: “Todo esfuerzo de investigación tiene que obedecer un orden”<sup>1</sup> de modo que siguiendo al Doctor Arnulfo Sánchez García el diseño de la investigación debe plantearse de acuerdo a la problemática que se pretende abordar<sup>2</sup>, en ese sentido cuando tomamos a la Edad moderna como el tiempo referencial para el ulterior proceso de positivación de los derechos lo hacemos con el objetivo de situar nuestro estudio atendiendo al contexto y a los elementos temporales y organizativos que tanto el diseño de investigación como un protocolo de investigación deben prever, según los términos científicos estudiados por el Doctor Arnulfo Sánchez García,<sup>3</sup> en ese orden de ideas fue que seleccionamos para nuestro proyecto a la Edad moderna como elemento temporal y a los derechos humanos como elemento espacial útiles para nuestro propósito investigativo con el objeto de tener una apreciación disciplinaria en un campo de conocimiento que pueda corresponderse con el estudio de los Derechos humanos en este siglo XXI, que es un contexto de globalización, de interdependencia política, jurídica y económica, agravado por crisis internacionales y un manejo inadecuado, no siempre científico del cuerpo normativo autónomo que constituyen los derechos humanos.

De manera que mediante la exposición de nuestro índice es como desarrollamos el abordaje de nuestro problema respecto de si el enfoque histórico ayuda a darle claridad metodológica al estudio de la actualidad de los derechos humanos para una mejor apreciación de las técnicas de protección de los mismos en relación a las demandas y reclamos que van derivando de los problemas de violaciones a los

---

<sup>1</sup>Sánchez García, Arnulfo, “Protocolo de investigación”, en Sáenz López, Karla, Tamez González, Gerardo (Coords.), *Métodos y técnicas cualitativas y cuantitativas aplicables a la investigación en ciencias sociales*, Tirant Humanidades, México, 2014, p. 46.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 46-47.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 46.



derechos humanos de las personas en el marco del Estado moderno.<sup>4</sup> Por lo anterior consideramos que la justificación del presente trabajo definida de forma concreta por el Doctor Arnulfo Sánchez García como “las razones que dan lugar a la investigación”<sup>5</sup> se adscribe a dos criterios de justificación expuestos por el Doctor Arnulfo Sánchez García: teórico y metodológico. Donde el primero consiste en el apremio por proponer novedosos paradigmas o reflexiones epistemológicas y el segundo criterio presenta nuevos métodos o estrategias que permitan que el conocimiento tenga validez y certeza.<sup>6</sup>

Podemos observar que el estudio de la evolución de los derechos humanos se integra por las formulaciones filosóficas de los derechos humanos, el concepto de derecho humano, su exigencia, positivación y hasta las técnicas garantistas para su protección y cumplimiento, los cuales para ser explicados en una teoría coherente jurídica tienen que estudiarse con las instituciones del Derecho constitucional, de la Teoría del Derecho y el Derecho público que son las disciplinas que para nuestro tema de estudio nos sirven para contextualizar a los derechos humanos en la naturaleza del Derecho y del Estado; en el enfoque social, por lo que hace a las teorías de la integración de una sociedad política, y finalmente, al elemento decisivo del Derecho y el Estado moderno, que es el papel que tiene el individuo como sujeto central del orden social y normativo. Lo anterior corresponde a los temas abordados en los capítulos 1 y 2 de la presente tesis. A continuación diferenciaremos cada uno:

El primer capítulo analiza el contexto de la evolución de los derechos humanos. Sostenemos la premisa aceptada de que el constitucionalismo moderno es

---

<sup>4</sup> Para el estudio de la definición del problema de investigación que debe ser planteado en un protocolo de investigación para explicar una investigación sobre un problema que resulta de las observaciones mediante las cuales se “recopilan” informaciones para materializar el problema se sugiere el texto “Protocolo de investigación” escrito por el Doctor Arnulfo Sánchez García, en el cual señala que para poder estar seguros que nos encontramos ante un problema de investigación este debe comprender las características de significación, pertinencia, factibilidad y viabilidad. Por lo tanto en la presente tesis hemos querido que el problema planteado pueda ser tan preciso para ser explicado y así poder estar en condiciones de comprobar la hipótesis de la presente tesis doctoral. Sánchez García, Arnulfo, “Protocolo de investigación”, en Sáenz López, Karla, Tamez González, Gerardo (Coords.), *op. cit.*, p. 49.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>6</sup> *Idem*.

definitivo para la fundamentación de un concepto de derecho moderno que contemple una esfera inviolable del individuo de la actuación del Estado, aunque tal inventiva se va transformando a medida que el Estado va aumentando en sus intervenciones en la vida pública.

Por lo tanto el origen individual de los derechos humanos en el constitucionalismo moderno transita hacia la positivación de tres grandes valores (capítulo tercero): libertad, igualdad y fraternidad. En el estudio de la recepción de estos valores por el constitucionalismo moderno opera la gran técnica del principio de legalidad en el Estado de derecho.

En el capítulo segundo se analiza la evolución de los derechos humanos tiene un rasgo saliente en la cultura, sin simplificar la evolución de los derechos humanos a la implosión de las declaraciones a finales del periodo ilustrado, particularizamos en las corrientes de pensamiento ilustradas que terminaron por definir los rasgos de la modernidad y del Estado moderno: como el racionalismo, el individualismo, la revolución, la ciencia y el conocimiento, en el capítulo cuatro relativo al Estado social y los derechos humanos se abordan aspectos de la cultura durante la consolidación del Estado social, que permiten comprender el progresivo acercamiento entre Derecho, Estado y Cultura y del que es imposible no contrastarlo con la Ilustración.

El modelo de Estado y el tipo de Derecho forman parte de actitudes cognoscitivas de los individuos en el contexto social e histórico que viven, de sus relaciones y de la forma como construyen sus identidades, por eso es muy importante reconocer el papel de las teorías del derecho natural; además de que para la evolución de los derechos fue necesaria la conformación de eventos y procesos históricos particulares de cada sociedad, que fueron perfilando la forma en como son exigidos y aprehendidos los derechos en esas épocas y en relación al futuro, el discurso generado por esas mismas exigencias; el concepto de la autoridad, y especialmente importante para su aplicación jurídica: la forma de gobierno, de acuerdo al tenor de los primeros dos capítulos: *“Contexto de la evolución de los*

*derechos humanos*” y *“Los derechos humanos y el pensamiento ilustrado”* contenidos en la presente investigación doctoral que se presenta.

En este trabajo una parte importante de la evolución que resultó útil para conseguir los objetivos de la presente investigación doctoral fue la época de la Ilustración, con lo cual lo que se explicará es que la recepción por parte de los pensadores ilustrados de conceptos como ciencia, conocimiento y sociedad generó una variedad de formulaciones, y finalmente en declaraciones de derechos que no fueron uniformes, sino que las exigencias de derechos, sus formulaciones y las corrientes filosóficas conforman un contexto amplio de la variedad intelectual de esa época, que incluye desacuerdos y diferentes concepciones del Derecho, la Naturaleza y la Persona.

Aquellas conclusiones sirven para entender la moderna concepción de los derechos humanos que se articuló en un discurso coherente, en esta instancia una vez que entendemos lo que se pretendía, lo que se logró y la actualidad del derecho humano podemos analizar un discurso coherente en el contenido de los derechos humanos. Lo cual ya incide en el concepto perteneciente a cada derecho humano que puede explicarse atendiendo a los valores principales que se han formulado como la libertad, la igualdad y la fraternidad y los derechos que han ido desprendiéndose fruto de esa evolución, para adquirir un carácter autónomo unos de otros, pero cuya coherencia discursiva es esencial para su positivación en la Constitución y la legislación con miras, por supuesto a su protección y garantía.

Para mantener un equilibrio entre la formulación filosófica y la coherencia jurídica del discurso de los derechos humanos el estudio de los derechos humanos debe enfocarse a estudiar el contenido de cada derecho con profusión. En ese orden de ideas se desarrolló el contenido del capítulo tercero: Los tres grandes valores, en los que se seleccionaron los principales derechos humanos que con más frecuencia están positivizados en los textos fundamentales de los derechos humanos a fin de tener una mayor precisión en la apreciación del elenco de los derechos humanos que tiene la característica de la universalidad de los mismos.

De este modo, en el tercer capítulo se analizan los tres grandes valores: la libertad, igualdad y fraternidad y su trascendencia para formular un test de la validez de los derechos humanos. Se estudian los derechos de libertad y los derechos de igualdad y su evolución progresiva.

El Estado moderno ha requerido desde sus orígenes de un marco normativo para justificarse, el positivismo fue la corriente jurídica predominante para efectos de medir la efectividad y eficiencia del Derecho como sistema racional de justificación de las decisiones del poder ante los individuos que anteponen sus derechos naturales como anteriores del Estado. Esta dualidad Positivismo/Derecho natural ha sido la constante en la evolución de los derechos humanos y por lo tanto toda la justificación se centra en el alcance que tienen los derechos humanos para proteger a la persona. De manera que se desarrollaron los dos últimos capítulos (4 y 5); el primero, *El Estado social y los derechos humanos*, y el segundo, *Derechos humanos y globalización: del estado legislador al estado constitucional*. De manera específica cada artículo analiza lo siguiente:

En el cuarto capítulo se estudian los derechos sociales y el Estado social. El objeto es estudiar sistemáticamente el Estado social desde su concepción doctrinal por Lorenz von Stein hasta su institucionalización en la Constitución de Weimar que a pesar de su escasa aplicación fue determinó la incorporación de un capítulo de derechos sociales significativos que expresaban los pactos entre sectores económicos y las alternativas para el crecimiento económico.

En el quinto capítulo se inicia con un planteamiento sobre las etapas del Estado de derecho en Estado constitucional y la significación para la interpretación de los derechos. La idea es sostener la tesis de que la evolución de los Derechos humanos es una evolución progresiva en las instituciones del Estado moderno en la que las diferentes tradiciones jurídicas y soluciones al problema de poder deben dejar espacio para los puntos comunes que unen a los derechos humanos para su protección y garantía.

Vinculados a la metodología y al orden de la presente investigación doctoral es que se seleccionó solamente una hipótesis a fin de contestar al cuestionamiento que ha dirigido por completo la presente investigación doctoral<sup>7</sup>, por lo tanto los argumentos de la presente tesis se llevaron a cabo para responder la siguiente hipótesis que por ende, es el hilo conductor de esta investigación y que surge a consecuencia del planteamiento del problema que hemos planteado de la forma más simplificada y de nuestra pregunta de investigación<sup>8</sup>: ¿Cómo puede ser útil el estudio de la evolución de los derechos humanos en el Estado moderno que mediante la formulación de derechos que fueron derivando de tres valores esenciales (libertad, igualdad y fraternidad) los cuales fueron conformando una concepción jurídica de un ámbito de protección inviolable del individuo, para garantizar un elenco normativo autónomo de los derechos humanos que sea coherente y efectivo conforme a las realidades del siglo XXI?, ¿y cómo pueden ayudarlo para conseguir la protección, garantía y efectividad de los derechos humanos la disciplina del derecho constitucional y las técnicas de la interpretación jurídica?

Respuesta: De acuerdo al estudio de las instituciones del Derecho constitucional, desde la doctrina en efecto coexisten peligros ocultos de llevar hasta el extremo un de los tres valores inspiradores de los derechos humanos (libertad, igualdad o fraternidad), de acuerdo a los principios que han fundado el modelo de Estado Constitucional. Por ejemplo, los valores de igualdad y la fraternidad por tratar de contenidos de derechos que encierran un alcance material o colectivo pueden derivar mayores en modelos políticos autoritarios; no obstante, la evolución de las sociedades humanas y la propia formulación filosófica de los derechos humanos partió de la visión de una sociedad ideal en la que la igualdad es una condición inherente a los individuos como por ejemplo Locke lo enunció. Lo cual significa

---

<sup>7</sup> Sánchez García, Arnulfo, "Protocolo de investigación", en Sáenz López, Karla, Tamez González, Gerardo (Coords.), *op. cit.*, p. 54. Para un concepto preciso sobre la hipótesis en el protocolo y el diseño de investigación, consultar el apartado "La hipótesis" de la autoría del Doctor Arnulfo Sánchez García en el mismo capítulo.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.49.

que sin ser Locke un pensador igualitarista, su pensamiento no era ajeno al tema de la igualdad aunque él se enfocara más en la igualdad moral, que en la material.

Tales consideraciones conllevan por lo tanto a que la justicia sea el valor que articula la suma de los tres valores y por lo tanto la protección de los derechos humanos requiera de dos variables: la interpretación de los derechos y la forma de gobierno a la luz de las instituciones del Estado moderno que todavía en el siglo XXI sigue siendo uno de los ámbitos legítimos de producción y aplicación del derecho como ente supraordenador de la vida social. Por ende, la historia de los derechos humanos en el Estado constitucional debe analizarse tomando en cuenta los elementos que en el pasado de los derechos humanos se formularon, para ver su vigencia en la actualidad de acuerdo a los temas de protección y garantía.

Con esta tesis se pretende hacer una aportación metodológica expuesta como una investigación científica descriptiva sobre el estudio del contenido específico de los derechos humanos, y aunque la investigación se concentró en el periodo de la Ilustración que evidentemente se proyectó hacia Europa lo que pretendemos es estudiar una corriente con un impacto universalista, que posteriormente pueda reflejarse en un estudio ulterior sobre la recepción de esas doctrinas y su positivación en el ámbito nacional. En este entendido es que nuestra investigación en conformidad con nuestra hipótesis y los objetivos de esta investigación doctoral se limitan solamente a la explicación o medición del fenómeno abordado en el problema de investigación planteado, es decir de los resultados de nuestra investigación descriptiva, así es como al tenor del Doctor Arnulfo Sánchez García transcribimos lo siguiente: "...el investigador finaliza su labor con la comprobación de la hipótesis, hecho que se verá reflejado en el reporte de investigación. El investigador explica o mide la realidad, de modo que la transformación de esta

mediante la aplicación del resultado de investigación corresponderá a otra persona”.<sup>9</sup>

Respecto de los alcances que esta tesis y sus conclusiones tengan para con el ámbito académico pretendemos que sea un trabajo de investigación de calidad que pueda integrarse a los productos que están auspiciándose mediante el programa de doctorado en derecho con orientación en derecho constitucional y gobernabilidad programa ofertado por la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, con miras a su publicación como libro y publicar los resultados de la investigación en un artículo indexado, también interesa que la tesis aporte para la ampliación del estudio de los derechos humanos como línea de investigación y que pueda centrarse a futuro en la coherencia y efectividad del discurso de los derechos humanos.

---

<sup>9</sup> Sánchez García, Arnulfo, “Protocolo de investigación”, en Sáenz López, Karla, Tamez González, Gerardo (Coords.), *op. cit.*, p.55.

# LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

## Capítulo 1

### Contexto de la evolución de los derechos humanos

#### I. El constitucionalismo moderno y los derechos fundamentales

##### 1. Doctrinas constitucionalistas

La evolución de los derechos humanos debe explicarse desde el propio concepto del constitucionalismo y situando para su estudio científico un determinado ámbito espacial e histórico que nos permita distinguir adecuadamente las categorías y conceptos con las que se realizará un examen de comparación cuando el trabajo amerite ese método. Es decir, que el método jurídico que en esta tesis elegimos para estudiar la evolución de los derechos fundamentales es una metodología descriptiva e histórica, utilizando la metodología comparada en la medida en que la comparación tenga elementos comunes que puedan ser útiles para el estudio de la evolución de los derechos, esto requiere claramente también de una clarificación de los conceptos y así lo haremos para proponer una definición de constitucionalismo moderno y porque es relevante para el estudio de los derechos humanos.

Para Maurizio Fioravanti plantea que una primera aproximación para entender el constitucionalismo de los modernos comprende a las doctrinas que durante el siglo XVII han tenido como objeto el análisis del límite y de la garantía en el espacio de la Constitución,<sup>10</sup> la perspectiva de los derechos humanos en el constitucionalismo moderno, reside entonces en esos dos grandes sectores una

---

<sup>10</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trad: Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 85.



doctrina sobre el control del poder y la normativización en palabras de Maurizio Fioravanti de “esferas de autonomía”<sup>11</sup>.

Así las cosas, en el constitucionalismo se han producido importantes modelos que son los que han permeado en el concepto de los derechos humanos, el modelo constitucional británico, el modelo estadounidense y el modelo francés, con esto no queremos decir que se descarten otros modelos sino simplemente acentuar las características del concepto de Constitución en esos modelos que tienen una resonancia directa en el proceso de establecer garantías y obligaciones normativas respectivamente entre Estado y sociedad en la realidad social del Estado moderno. De manera que el concepto de constitucionalismo moderno es relevante para nuestro estudio en la medida en que esos procesos incidan en la evolución de los derechos humanos.

Porque la evolución de las doctrinas constitucionales sobre el principio de separación de poderes, la soberanía popular, el concepto de derecho y de ley, por lo tanto la noción del principio de juridicidad, todas estas denominaciones aparecen en el contexto de legítimas reivindicaciones, de exigencias a las que se les requiere de dar un contenido normativo que queda definido precisamente en la noción de constitucionalismo como un proceso que armonice en el plano del sistema de fuentes los derechos de las distintas fuerzas que integran el territorio estatal, así la noción de los derechos humanos tiene una clara connotación estatal y sus alcances internacionales son consecuencia de esa base.

En el plano del constitucionalismo la noción de una forma de gobierno equilibrada y moderada fue considerada la primera condición para que una sociedad pudiera garantizar derechos y libertades,<sup>12</sup> así ocurre con los derechos políticos y el principio de representación política, es así que en el constitucionalismo parte

---

<sup>11</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, editorial Trotta, 2014, p. 17.

<sup>12</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 21.

esencial consiste en el debate en torno a la forma de gobierno<sup>13</sup>, así John Locke escribió: “Considero, pues que el poder político es el derecho de dictar leyes bajo pena de muerte y, en consecuencia, de dictar también otras bajo penas menos graves, a fin de regular y preservar la propiedad y emplear la fuerza de la comunidad en la ejecución de dichas leyes y en la defensa del Estado frente a injurias extranjeras. Y todo ello con la única intención de lograr el bien público.”<sup>14</sup>

Desde esta intención podemos encontrar que la doctrina sobre la forma de gobierno de John Locke se contextualiza en una concepción iusnaturalista del derecho, Maurizio Fioravanti describe rápidamente parte de esa concepción:

En síntesis, a diferencia de Hobbes, Locke consideraba a los hombres en el estado de naturaleza ya razonablemente capaces de instruir *property*, es decir, una condición en la que cada uno de ellos podía ya decirse relativamente seguro de su propia persona y de sus propios bienes. A los hombres les faltaba sin embargo lo que Locke llamaba una *standing rule*, una regla fija y considerada, capaz de asegurar en el tiempo la *property* ya adquirida en el estado de naturaleza.<sup>15</sup>

Por lo tanto forma de gobierno y derechos, aun no utilizaremos la denominación derechos humanos (que es la que hemos seleccionado para nuestro trabajo) no son conceptos opuestos, se retroalimentan y requieren claramente una ordenación en la cual prevalece el concepto de legitimidad política. El derecho de propiedad en este punto consiste en un interesante ejemplo.

El Estado de naturaleza fue definido por John Locke como un estado de “perfecta libertad”, de una autodeterminación personal: “para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno” limitados por la ley y la naturaleza, en este sentido la traducción utilizada usa el vocablo ley, aunque en el original la traducción de *law* tiene una connotación de derecho, por lo

---

<sup>13</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, p. 90.

<sup>14</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Trad. Carlos Mellizo, Madrid, Tecnos, 2006, p. 9.

<sup>15</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, p. 91.

tanto John Locke escribió en y para el contexto del derecho de su época y de su sociedad, en el Segundo Tratado, Locke profundiza en la concepción de la ley y que permite distinguir su doctrina sobre la forma de gobierno, de lo cual se desprende que el autor inició una distinción de las potestades del Estado y las vinculó con la protección de los derechos, y que de forma material tenemos una definición del concepto de garantía, de la propiedad en la reflexión de Locke:

Así, el Estado se origina mediante un poder que establece cual es el castigo que corresponde a las diferentes transgresiones de aquellos, que, entre los miembros de una sociedad, piensan que merece la pena cometerlas; este es el poder de hacer leyes, y a él debe añadirse el poder de castigar cualquier daño que se le haga a un miembro de la sociedad, cometido por alguien que no pertenece a ella. Este segundo poder es el poder hacer la guerra y la paz. Y ambos poderes están encaminados a la preservación de la propiedad de todos los miembros de la sociedad...<sup>16</sup>

Por eso el reconocimiento del límite de acuerdo a Maurizio Fioravanti la gran aportación de John Locke consistió en que en el contexto de la constitución de los modernos consiguió distinguir el poder absoluto del poder moderado<sup>17</sup>, en la constitución de una sociedad en estado natural y que pasa a convertirse en una sociedad civil o política, los hombres se forman como pueblo y se dotan de un gobierno o se pueden unir a un gobierno ya preexistente, en eso radica el acto por el que los hombres autorizan a la legislatura para hacer las leyes necesarias que el bien público necesita para realizarse y este proceso no se completa sin que falte la ejecución de las leyes (función o potestad ejecutiva).<sup>18</sup>

La formulación de John Locke sobre la inconsistencia de un gobierno absoluto para garantizar el ejercicio de los derechos de los miembros de la sociedad civil es un punto de inflexión en el constitucionalismo moderno y su consistencia reside en

---

<sup>16</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, op. cit.*, pp. 88-89.

<sup>17</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, p. 93.

<sup>18</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, op. cit.*, p. 89.

que precisamente todas las doctrinas del constitucionalismo se dirigen hacia la limitación del poder absoluto en el espacio de la Constitución, la medida en que esta concepción se desarrolla en el marco de los derechos de los miembros de la sociedad es por la propia concepción del individuo que es exclusiva del Estado moderno. La concepción moderna del individuo y por ende del concepto jurídico de persona es provocada por los diferentes constitucionalismos que como el británico buscan justificar la legitimidad del poder político, por eso John Locke subrayó que no se pueden concentrar las dos funciones del poder (legislativa y ejecutiva) en una sola persona, pues hacerlo es síntoma de un despotismo, como cualidad del poder:

Pues al suponerse que este príncipe absoluto es el único que tiene en sí mismo el poder legislativo y el ejecutivo, no existe juez ni recurso de apelación alguna a alguien que justa e imparcialmente y con autoridad pueda decidir, y de cuya decisión pueda esperarse consuelo y compensación por algún daño o inconveniencia sufridos por causa del príncipe o por lo que él ordene, de modo que un hombre así, ya sea que lo llamemos *czar*, o *grand seignior*, o cualquier otra cosa, se encuentra, con respecto a los que se hallan bajo su dominio, en el mismo estado de naturaleza con que se encuentra con respecto al resto de la humanidad.<sup>19</sup>

Se infiere que el absolutismo del poder tiene la oposición en el gobierno democrático, pero que en el contexto inglés en el que escribió John Locke es por medio de la primacía del parlamento, pero con la prerrogativa regia ejercida por el titular del ejecutivo para contrarrestar un absolutismo asambleario, es decir ejerciendo una cualidad moderada del poder que tiene su expresión en la técnica ulterior de la separación de poderes que trata no solamente sobre la separación formal y material de las funciones del poder político, sino también en el desenvolvimiento de las relaciones entre los tres órganos del poder, en el control recíproco que ejercen mutuamente para evitar el sometimiento de uno a los

---

<sup>19</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, op. cit.*, p. 90.

dictados del otro, por lo tanto la separación de poderes es condición para la garantía de los derechos individuales, los contrapesos de los titulares de los órganos del poder político los hacen paradójicamente controlables por los gobernados, encontramos el sustento en la relevancia que tiene el parlamento en el caso inglés por mencionar un ejemplo, porque para John Locke en palabras de Maurizio Fioravanti la principal máxima del constitucionalismo es un espacio equilibrado y moderado entre el órgano legislativo y el ejecutivo, que evite toda dimensión absoluta del poder<sup>20</sup>: "...la mayor y más concreta garantía de los derechos de los individuos: saber que quien tiene el poder de legislar sobre ellos no tiene ningún poder directo de coacción, y viceversa".<sup>21</sup> En estas ideas tenemos el contrato social y la formulación recogida en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de que la ley es expresión de la voluntad general.

El individuo es una característica central en el Estado moderno, desde luego la sociedad civil para John Locke no es compatible con el poder absoluto, pues la sociedad civil tiene como fin salir del estado de naturaleza, en el que cada uno se juzga y defiende por sí mismo y establecer una autoridad pública y a la que todos los miembros de la sociedad puedan apelar cuando sean objeto de una controversia o injusticia, situación que no ocurre con un príncipe absoluto, pues este concentra los dos poderes legislativo y el ejecutivo lo cual lo hace parcial en su juicio, dejando al ciudadano en estado de indefensa y desventaja, por eso el criterio de autoridad debe ejercerse escribió John Locke teniendo "norma establecida", y su carencia junto con la de un juez común produce la perpetuación del estado de naturaleza con sus consecuencias, por lo tanto instituyen una sociedad civil que requiere de un gobierno civil según palabras de John Locke para integrar la autoridad.<sup>22</sup>

El Fraile dominico Francisco de Vitoria (1486- 1546), quien vivió en la época del Renacimiento en "*De la reelección de la templanza*" dentro de sus "*Reelecciones*

---

<sup>20</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, p.93-94.

<sup>21</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, p.93.

<sup>22</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, op. cit.*, pp. 94-95.

*sobre los indios*” plantea la dificultad de la cuestión moral de definir si los príncipes cristianos se encuentran autorizados por si mismos o si pueden obtener la legitimidad por medio del papa para declarar y hacer la guerra a los pueblos que tienen costumbres caníbales o de realizar sacrificios como los rituales de los pueblos descubiertos en Yucatán en la Nueva España, pero esta reflexión no nos interesa solamente por los puntos correlativos a la paz y cuestiones humanitarias en conflictos bélicos sino por como el autor utiliza esta cuestión para dar una respuesta que a la perspectiva actual usa un planteamiento lógico para contestar a una cuestión moral y bélica, con un razonamiento que atiende a los contenidos esenciales del Derecho y la Justicia: “La razón estriba en que no pueden ser claramente convencidos de que obran mal, y, por lo tanto, no pueden ser condenados jurídicamente; y como nadie, sin ser antes condenado puede ser castigado, así tampoco se puede constreñir por medio de la guerra o de la persecución a los pueblos que incurren en tales pecados”.<sup>23</sup>

Tenemos así una premonitoria formulación del principio de legalidad como garantía del procesado o justiciable para defenderse, que en la época moderna evolucionará en el modelo de Estado de derecho hasta la fórmula de Estado constitucional de derecho. Es en el Derecho de guerra en el que se reflejan más acuciosos los límites que tiene la fuerza ante la naturaleza del hombre, en donde el Derecho se ve impelido a circunstancias extremas que se enfrentan a la búsqueda de una justificación moral, en ese sentido resultan interesantísimas las reflexiones de Francisco de Vitoria todavía situado en el tema de la legitimidad de la guerra, el catedrático de Salamanca en su lección *“De la lección que en que se trata sobre si el guerrear es siempre pecado mortal”*: “Se duda si es lícito matar en la guerra. Respondo que si ello es necesario para la victoria, es lícito, como lo es el matar fuera de la guerra a los hombres que perturban la república”,<sup>24</sup> pero entonces Vitoria argumenta sobre los alcances de esa validez, ¿hasta donde puede un reino llegar para acabar con los enemigos? Son los temas de la

---

<sup>23</sup> Vitoria, Francisco, *Reelecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, 3ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1975, p. 25.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 26.

masacre, de si es necesaria una “matanza generalizada”<sup>25</sup>, así el Fraile dominico argumenta sobre la ilicitud de proceder a la masacre generalizada de los enemigos, porque sería como si fueran todos los habitantes de una ciudad, el rey no puede castigarlos a todos, de la misma forma con los enemigos, más bien deberá inquirir la razón por la cual los enemigos hicieron la guerra si fue por mero afán de guerrear o cual fue la causa alegada,<sup>26</sup> de esta manera citamos su conclusión descriptiva:

Por lo tanto, yo afirmo que, una vez obtenida la victoria en la guerra en que ellos lícitamente peleaban, no es lícito matarlos si ya no amenazase peligro de su parte. Suponiendo que el rey de España pusiese sitio a Bayona y sus ciudadanos se defendieran lícitamente, ya que si no lo hicieran serían traidores, el rey de España, en el caso de ocuparla, no podría matarlos, si no temiese un peligro inminente de parte de ellos. La razón es porque son inocentes; a no ser que amenazase un nuevo peligro por parte de ellos, por estar en una guerra actual en la que es permitido rechazar la fuerza con la fuerza y en la cual los mismos inocentes tienen que perecer.<sup>27</sup>

La alocución de Vitoria respecto de los inocentes debe entenderse conforme al contexto histórico e intelectual en el que el catedrático de Salamanca escribió y vivió. El Renacimiento era todavía una época de crueldad refinada, y el concepto de la dignidad humana se encontraba todavía en evolución, la extensión de la condición de la igualdad formal es una creación moderna del modelo de Estado de derecho; sin embargo los límites morales del derecho natural están presentes cuando el dominico hace la siguiente discriminación de los inocentes en la guerra, confiriéndoles esta calidad a los niños, religiosos y clérigos que no presten auxilio al enemigo. La discriminación entre dos clases de grupos en una situación bélica, Vitoria la clasifica así: “La razón es clara; porque siendo ellos inocentes y no siendo menester su muerte para el fin de la victoria, sería herético sostener que se les pueda matar. Y así, en la intención han de diferenciarse los inocentes de los

---

<sup>25</sup> Vitoria, Francisco, *Reelecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, op. cit., p. 26.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 26-27.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 27.

que no lo son y respetar aquéllos.”<sup>28</sup> Retomaremos brevemente esta diferenciación y reconocimiento de los inocentes respecto de aquellos integrantes de la sociedad porque se consideran en alguna desventaja en el capítulo III al tenor de esta tesis doctoral. De momento podemos entender con las reflexiones de Francisco de Vitoria que está en los antecedentes del Derecho moderno: el concepto temprano del individuo y de los límites morales respecto de dañar a otro, la búsqueda de la autoridad para ejercer la violencia, los criterios morales y un marco estatal de protección de los derechos de los miembros de la sociedad, que durante esta época se constituyeron por los primeros Estados-nacionales: las monarquías.

La tutela de los derechos depende de la forma de gobierno, y particularmente en el constitucionalismo esa forma de gobierno debe ser moderada y equilibrada. ¿Es que se propone un gobierno democrático? La democracia significa básicamente la elección de los gobernantes por el pueblo. Al proponer un gobierno civil basado en la voluntad de la mayoría, John Locke ciertamente alude a una de los principios de la democracia, pero todavía estamos bastante lejos de un constitucionalismo democrático, si bien las distintas doctrinas constitucionalistas incidirán en el concepto de una esfera inviolable del individuo, tendremos que responder en este trabajo una de las premisas de la evolución de los derechos humanos que fueron concebidos en sus inicios desde la perspectiva de una relación individual y como se fueron desarrollando derechos sociales o colectivos.

Para Maurizio Fioravanti un tipo de constitucionalismo es el constitucionalismo primigenio que sucedió durante los primeros siglos de la Edad moderna y que tiende a la limitación del poder político (sabemos que es la premisa básica), pero sin conocer la dimensión del principio de igualdad, por lo tanto en este constitucionalismo las limitaciones del poder político no tienen como destinatarios sujetos iguales a los que se les reconocen derechos individuales, este constitucionalismo tutela la libertad y esferas de autonomía con una característica “corporativa y ciudadana”, el tipo de Constitución de este constitucionalismo es según Fioravanti una norma diseñada para la tutela de derechos y libertades

---

<sup>28</sup> Vitoria, Francisco, *Reelecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, op. cit., p. 28.



mediante reglas escritas y consuetudinarias resultantes de la articulación de equilibrios y de proporcionalidad entre los distintos poderes que integran el cuerpo político.<sup>29</sup>

En Inglaterra este constitucionalismo evoluciona en un modelo constitucional que proviene de una Constitución que se sustenta en el equilibrio de las corporaciones o fuerzas, no de los individuos, sino de en palabras de Maurizio Fioravanti de los “ámbitos de poder de los sujetos que actúan en concreto en el terreno histórico”. En Inglaterra esos sujetos estarán personificados por el Rey y el Parlamento ambos sujetos con sus respectivas prerrogativas que a imagen de la soberanía justificada por la tradición y que en Inglaterra tenía la dualidad, una el gobierno ejercida por el Rey con poderes militares y de designación de cargos públicos y la jurisdicción que permitía la intervención del Rey en el parlamento, por el principio King in parliament para intervenir en el proceso legislativo y en la imposición de los tributos. Estas relaciones entre el ejecutivo y el legislativo en Inglaterra escribe Fioravanti que fueron codificadas, por eso el carácter de la Constitución inglesa es histórico, la dirección era hacia moderar la monarquía<sup>30</sup> e inevitablemente conduciría más adelante a la expresión moderna de la soberanía como expresión del régimen político y de la forma de gobierno.

Durante ese periodo prevalece la constitución histórica que en Inglaterra explica Maurizio Fioravanti la constitución recoge un significado normativo, recuerda la figura de Edward Coke quien defendió las antiguas leyes y costumbres, por considerarlas la Constitución y encargando a los jueces de tutelar las respectivas leyes para evitar la arbitrariedad del parlamento cuando el parlamento en uso de su potestad legislativa pretendiera violentarlas, lo cual era afirmar la superioridad de la ley, pero no en la doctrina de la supremacía constitucional que se desarrollaría en los Estados Unidos de América, con el subsiguiente sistema del control de constitucionalidad, lo que se salvaguardaba era un conjunto de leyes,

---

<sup>29</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 18 y 21.

<sup>30</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., pp. 22-25.

costumbres, pactos y acuerdos que integraban el derecho común y en consecuencia más antiguos que la ley y el parlamento, no se trataba de una norma general y abstracta, lo cual reafirmaba una constitución histórica y su tutela,<sup>31</sup> porque resultaba de pactos y acuerdos, de derechos y deberes recíprocos y proporcionales entre los miembros de la comunidad y que limitaban también el poder del rey<sup>32</sup>; pero en esa concepción el pueblo tiene un carácter histórico y no la concepción nacional que se le daría más adelante, por lo tanto en palabras de Maurizio Fioravanti si bien al pueblo se le permite una resistencia como límite, la resistencia individual está prohibida,<sup>33</sup> la Francia de las guerras de religión con el protestantismo explica como movimiento hace patente esa característica del constitucionalismo primigenio:

Pero la raíz protestante, en el contexto de las guerras de religión, introduce un nuevo elemento. Es el del *pacto originario* con el que el pueblo atribuyó al rey el ejercicio del poder. Ahora se vuelve especialmente claro que, en este constitucionalismo, se trata de un poder que puede siempre recuperarse cuando las cláusulas del pacto sean violadas por el rey al intentar instaurar una forma de gobierno no moderada que lleve a la tiranía. De este modo, comienza a abrirse camino en estos autores la idea de que el pueblo es *anterior* al rey y que, por ello, podría existir *sin él*.<sup>34</sup>

La evolución de los constitucionalismos da cuenta de que el Estado moderno se origina con una contradicción que consiste en la posición del individuo y los límites de la naciente sociedad civil. El concepto de pueblo evolucionará hacia el carácter nacional que se reflejó con el principio de soberanía nacional de los revolucionarios franceses, contrariamente en los Estados Unidos de América la noción de pueblo permanecerá en su tradición jurídica. Por lo tanto, en la tradición del constitucionalismo primigenio la noción de pueblo no tenía un significado

---

<sup>31</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op. cit.*, p. 25.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>34</sup> *Idem*.

subversivo como explica Maurizio Fioravanti, antes bien su resistencia era como ya se adelantó, considerada solo un límite y que denotaba de una legitimidad, en este periodo subsistía el elemento aristocrático que era el que defendía a nombre del pueblo a la Constitución de una monarquía exorbitante, porque el pueblo tenía en su concepción una naturaleza histórico-natural, no la artificial que sobrevendrá en el periodo de las revoluciones.<sup>35</sup> La transformación del concepto de pueblo es provocada por la mutación en la asignación de la soberanía, es la concentración de la soberanía en un poder que en los inicios del Estado moderno será en la figura monárquica, es decir que se reconcentra la soberanía antes dispersa en el modelo medieval estamental y es que la soberanía manifiesta la atribución de poderes, al poder monárquico Bodino le atribuye poderes soberanos como el de dar y anular la ley y la imposición de tributos, estos poderes que son soberanos se redistribuirán al órgano legislativo, pero la aportación de Bodino consiste en expresar el principio de la soberanía en el régimen político, y es porque distingue que la soberanía se manifiesta en los poderes que ejercen los titulares de los órganos.<sup>36</sup>

Lógicamente la trayectoria va en relación al individuo, porque el constitucionalismo es lo opuesto del despotismo como subraya Maurizio Fioravanti que Montesquieu recoge la tradición inglesa del principio del *King in parliament*<sup>37</sup>, pero también supo determinar al sugerir que la forma de gobierno moderada y equilibrada requiere de integrarse por dos cámaras, una que conserve el elemento aristocrático y un ejecutivo de titularidad monárquica, que entre sus facultades tuviera el veto, lo cual no equivale al principio de igualdad, pues Montesquieu no era partidario del extremismo de la igualdad que pensaba podía llevar a excesos el tipo democrático construyendo un despotismo que desequilibrara la forma de gobierno.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op. cit.*, p. 28.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>38</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op. cit.*, p. 29.

El tipo democrático era visto como un riesgo para toda una tradición que tuvo como exponentes a Inglaterra y después a Francia, por mencionar dos ejemplos clásicos, la tradición de una forma de gobierno moderada y equilibrada deseaba mantener el principio monárquico en una forma de gobierno moderada que garantizase los derechos de los individuos, es decir de sus derechos y libertades provistas en una correlación corporativa de fuerza, de pluralidad heredadas del contexto medieval estamental, inevitablemente significaba continuar manteniendo el orden, en el caso de Inglaterra de un poder ejecutivo y legislativo separados para evitar la concentración en un órgano de las principales prerrogativas, potestades de esos poderes: poder legislativo, poder de gobernar, de administración de los recursos, del patrimonio, etc. Era evitar la democratización de los órganos de gobierno que eliminaría la separación entre el poder legislativo y el poder ejecutivo.<sup>39</sup>

La transición de la sociedad estamental hacia una sociedad moderna sucede mucho antes a partir del Renacimiento con la aparición de las primeras Ciudades-estado en la Italia meridional. Papel importantísimo que desempeña la burguesía en las relaciones económicas, el desarrollo de la economía monetaria y el poder creciente de la monarquía que se traduce en las concesiones de garantías, tipo de los derechos civiles y políticos, el liberalismo como filosofía, como doctrina económica, los pequeños traficantes pasan a ser grandes comerciantes, se empiezan a disolver las formalidades y los convencionalismos de la tradición, consistente en una crítica contra las clases sociales privilegiadas que se encontraban en la cúspide del orden estamental.

La burguesía se apropia de la ideología liberal, es lo que le da sentido a esta ascendente clase social que tiene en las relaciones del capital su principal fuente de fuerza como grupo social, esto hace que cambien las relaciones que los individuos que integran la burguesía, tienen con la cultura y la inteligencia, lo que resulta en una “rebelión contra las antiguas formas de poder”, porque los

---

<sup>39</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 29.

estamentos integrados por la nobleza, el clero y el sistema feudal mandaban en la administración de la comunidad social. El ascenso de la burguesía, el principio “espíritu democrático”, la urbanización, fueron demoliendo el orden medieval que tenía entre sus fundamentos “el orden divino natural y consagrado” fueron factores presentes en el languidecer del feudalismo reflejan la rotura del vínculo comunitario que unía a la sociedad estamental, en el que “la sangre, la tradición y el sentimiento de grupo” eran las columnas del pacto y por ende de la legitimidad del poder político; por eso la primera manifestación del derecho del Estado moderno es un derecho individual, porque el individuo es el concepto por excelencia del Estado moderno: “Por eso fue necesario ordenar este mundo partiendo del individuo y darle forma, como a una obra de arte, guiados por fines que el sentido liberal y constructivo del hombre burgués establecía de por sí.”<sup>40</sup>

La diferencia entre ambos órdenes es que a simple vista se opone individuo a comunidad, pero lo que ocurre es que la burguesía crea a la sociedad. El orden medieval comunitario no puede desprenderse como señala Alfred Von Martin del paralelismo que existe entre la vida de un organismo o asociación comunal y una concepción de autoridad conservadora y religiosa que regula desde un ámbito superior las relaciones del organismo. De acuerdo a la filosofía medieval la naturaleza es un símbolo de lo suprasensible y es un espejo de lo sobrenatural. A esta visión medieval, la incipiente mentalidad burguesa que permea el Renacimiento y alcanzara su cénit con la Ilustración, propone otra metáfora: la de la polis griega, el inicio de un pensamiento calculador que es lo que luego se verá en la mentalidad ilustrada: “Al contrario, el mundo burgués, visto en la perspectiva de la polis, con su simple realismo calculador, es un mundo “desencantado”, en cuyo mecanismo la mentalidad liberal del “individuo” trata de intervenir lo más metódicamente posible, cada vez más desvinculado de su pasado y cada vez más consciente de sus propias fuerzas.”<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Martin, Alfred, von, *Sociología del renacimiento*, Trad. Manuel Pedroso, 15ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 14.

<sup>41</sup> *Idem.*

Aunque estamos en el terreno histórico del Renacimiento conviene recordar esta dicotomía comunidad/sociedad que es lo que distingue al orden estamental del orden de la Edad moderna. Pero esta realidad lo que pretende es la legitimidad del poder, por eso conlleva a un nuevo sistema de dominación y que en palabras de Alfred Von Martin consiste en la nueva oligarquía de los capitalistas y de la que forman parte las burguesías, así se van extendiendo las tendencias democráticas, porque los principios e instituciones del poder del Estado moderno requieren de otra legitimidad para poder ser obedecidos, y finalmente el organismo de la comunidad medieval que fundamentaba las relaciones del poder político y de los acuerdos sociales en la religión y por lo tanto prevalecía sobre otras instituciones, sociales, no puede disolverse completamente en el individuo, es la sociedad una lógica consecuencia de estos cambios. Los medios de religión y política fueron medios del orden medieval y en el Estado moderno similar papel desempeñarán la economía y la cultura secular y esto comenzó a gestarse durante el Renacimiento.

La época moderna no es rígida en la ordenación social, en este periodo inicia la divulgación de la libre competencia de acuerdo a las leyes de la naturaleza y la importancia del parentesco y de la divinidad toman otro papel al lado de un creciente secularismo, en cambio en el uso de la Edad media, en la que el orden social y político establecían en grados de una pirámide conformidad por estamentos y también por valores. La Edad Media, tanto en lo social como en lo político, presentaba una rígida ordenación, constituida por varios grados. Era una pirámide de estamentos y una pirámide de valores. Sin embargo, las instituciones de la Edad media siguen guardando importancia para fundamentar a las nuevas instituciones.

Desde la perspectiva de las relaciones económicas y el cambio que ocurrió para pasar de la Edad media al Estado moderno es importante señalar que la transformación del capitalismo es vital para el desarrollo de una concepción del poder y del individuo con primacía en los derechos individuales y en los derechos civiles y políticos. Alfred von Martin considera que es durante el Renacimiento cuando el espíritu del capitalismo comienza su imperio sobre el mundo, en esta

empresa se vacía quiere objetivar al mundo de la divinidad, pero el capitalismo del Renacimiento no deshumaniza, porque la razón “ratio” no quiere despojar al hombre de la esencia humana y vaciar a este mundo de la sustancia de Dios, con el fin de objetivarlo, pero, cuando menos el capitalismo prematuro y agrario que caracteriza al Renacimiento, no deshumaniza a ese mundo. La ratio no priva sobre lo esencialmente humano, pues no tenían fines soberanos. Es por eso que durante el Renacimiento la riqueza servía como medio para obtener libertad, independencia, prestigio y fama, etc. Todavía quedaban tiempo para mantener la personalidad y vivir en un entorno convenientemente cultural, y las siguientes palabras documentan esa época renacentista: “En la cultura italiana del Renacimiento —y tan sólo en Italia se da un Renacimiento originario y genuino— se mezclan desde un principio elementos aristocráticos que van cobrando mayor acogida cada vez. Es muy característico que en la época inicial del capitalismo ejerciera Italia una hegemonía que luego perdió con el auge del capitalismo.”<sup>42</sup>

Siguiendo a Maurizio Fioravanti el dilema del constitucionalismo primigenio consistía en frenar a los poderes tradicionales como el poder monárquico pero también en frenar el avance democrático, que evidentemente busca dotar de poder a la mayoría y reside en el “consenso popular”, situación que Montesquieu calificaba de “igualdad extremada” por lo que el constitucionalismo de ese periodo oponía moderación y equilibrio (oposición al gobierno despótico en la separación del poder legislativo y ejecutivo, legitimidad del derecho de resistencia del pueblo, derechos y libertades aseguradas a los estamentos decrecientes) a democracia.<sup>43</sup>

## 2. Las revoluciones y los derechos en el constitucionalismo

“Vivimos en una edad de revoluciones”, así describe Thomas Paine el periodo intenso entre dos revoluciones 1776 y 1789, y estudiamos en efecto desde un plano descriptivo, al constitucionalismo que Maurizio Fioravanti define como constitucionalismo de las revoluciones cuyo espacio temporal se encuentra en las

---

<sup>42</sup> Martin, Alfred, von, *Sociología del renacimiento, op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>43</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op. cit.*, p.30.

revoluciones de finales del siglo XVIII y que a diferencia del constitucionalismo primigenio no tiene como objeto la cuestión del límite y de la garantía, más bien le interesa a grandes rasgos como plantea Maurizio Fioravanti: “la coherencia de la voluntad del soberano”<sup>44</sup> lo cual conduce a la propuesta de la generalidad de la voluntad y la dimensión política y jurídica de la igualdad antes postergada, sin embargo, en el principio del pueblo soberano se desarrollará la clave de su limitación en el control de la constitucionalidad, es decir frenar la voluntad del legislador mediante el control de la constitucionalidad.

Los derechos humanos en su evolución tienen que estudiarse de manera crítica atendiendo también a las revoluciones, Peter Häberle, por ejemplo expresa que el Estado constitucional definido como un tipo, por su nivel de abstracción en sus prototipos nacionales es resultado también de las revoluciones y eso se refleja en las fechas que como 1776, 1789, así como fechas concernientes a los textos de autores clásicos conforman una un modelo evolutivo del tipo de Estado constitucional y también de sus peligros, retrocesos y debilidades.<sup>45</sup>

Para John Locke se debía tener cuidado en activar la soberanía popular, por eso al escribir sobre las causas de disolución del gobierno advirtió: “Los hombres no pueden estar jamás seguros de impedir la tiranía si no tienen medios de evitarla antes de estar completamente sometidos a ella. Por lo tanto, no solo es que no un tengan derecho a salir de un régimen tirano, sino que también lo tienen para prevenirlo.”<sup>46</sup>

Para Locke la causa por la que los hombres abandonan por consenso el estado de naturaleza y constituyen estados es la “preservación de la propiedad,”<sup>47</sup> es por lo tanto un derecho que en el sentido de los textos clásicos<sup>48</sup> impregna a los

---

<sup>44</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., pp. 45-46.

<sup>45</sup> Häberle, Peter, *El estado constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 45.

<sup>46</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, op. cit., p. 211.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>48</sup> Häberle, Peter, *El estado constitucional*, op. cit., p. 46.



constitucionalismos y también debe mencionarse en el constitucionalismo de las revoluciones. Además para John Locke el poder político se justifica porque pasa a preservar las vidas, libertades y posesiones de los miembros.<sup>49</sup> Como se ha señalado de acuerdo a Maurizio Fioravanti el orden que surge del abandono del estado de naturaleza es un perfeccionamiento del mismo, así para Locke según Maurizio Fioravanti el orden que antecedió a la sociedad política era ya un orden que aseguraba de forma primitiva las propiedades, los derechos y posesiones de los individuos es entonces la lectura de las Revoluciones aunque puntualiza en la Revolución francesa de que los derechos naturales son anteriores al orden político y social reflejada en la descripción del artículo segundo de la Declaración francesa de 1789 que declaraba la conservación de los derechos naturales.<sup>50</sup>

¿Cómo compatibilizar el derecho de propiedad con la igualdad? En la filosofía de John Locke, el estado de naturaleza es un estado de igualdad,<sup>51</sup> porque el poder y la jurisdicción son equitativos y solidarios, equitativos porque nadie dispone más de ellos que otro. Los hombres “criaturas” son todos de la misma “especie y rango, su origen no conlleva otra cosa más que permitirles el disfrute de forma equitativa de sus “ventajas naturales” y tienen la predisposición de ejercitar las mismas facultades porque todos son iguales, no existe sometimiento entre las criaturas del mismo rango, principio que tiene la excepción en que el amo de esa sociedad declare expresamente de su voluntad que una criatura tiene algún privilegio o potestad que le permita sujetar subordinados, pero esa declaración, además de la claridad debe formularse como un “derecho inalienable de dominio y de soberanía”.<sup>52</sup>

Más el estado de igualdad afirma John Locke no consiste en un estado de licencia y para evitar que se invadan los derechos de los otros es necesario instituir una

---

<sup>49</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, op. cit.*, p. 169.

<sup>50</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op. cit.*, p. 34.

<sup>51</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, op. cit.*, p. 11.

<sup>52</sup> *Idem.*

regla básica y esta regla requiere de ser ejercida por un poder pero que de ninguna manera puede ser un poder despótico, también adelanta un derecho fundado en la razón,<sup>53</sup> por eso la construcción de John Locke deriva de que considera a los derechos anteriores, esos derechos que el hombre tiene en el estado de naturaleza requieren de ser incorporados a la legislación escrita o no escrita sobre la que se asientan las relaciones entre los poderes, el poder legislativo y el poder ejecutivo, pero se percibe la doctrina de la consideración de los derechos naturales, es decir un tipo de iusnaturalismo para el que derechos que garanticen la propiedad, la prohibición de la esclavitud, la seguridad personal, el derecho a la tutela judicial, derecho a la jurisdicción, derecho de resistencia y el hipotético derecho a cambiar la forma de gobierno, entre otros.

Este derecho por ejemplo en palabras de Lynn Hunt sería recogido por Jefferson y por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “La autoridad política, según esta opinión, derivaba de la naturaleza más íntima de los individuos y de su capacidad para crear una comunidad por medio del consentimiento. Los politólogos y los historiadores han examinado este concepto de la autoridad política desde varios ángulos, pero han prestado poca atención a la visión del cuerpo y del yo que la hacían posible.”<sup>54</sup> Esta opinión es para subrayar el peso que tenía esta afirmación en textos clásicos como el de John Locke y que puntualizan en sobre un concepto de autoridad más enfocado hacia el individuo y que tenía una connotación iusnaturalista, pero que como explica Lynn Hunt también tiene un enfoque cultural producido por un cambio social y de experiencias que fomentaron la afirmación de que los derechos humanos eran evidentes y en ellos se encuentra precisamente este derecho que relacionado con la soberanía popular sería definitivo para el constitucionalismo de las revoluciones.

La regla básica de John Locke tiene una aproximación con la propuesta de Kant como escribe Maurizio Fioravanti de “identificar una ley segura que ofrezca a los

---

<sup>53</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil, op. cit.*, p. 65.

<sup>54</sup> Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Trad. Jordi Beltrán Ferrer, Tusquets editores, Barcelona, 2007, pp. 30-31.

derechos una garantía estable, pero sin englobar a los segundos en la primera y, por lo tanto, manteniendo siempre viva la conciencia de que los derechos son anteriores a la ley.”<sup>55</sup>

El principio de igualdad y el principio de la forma de gobierno tienen la lectura en un constitucionalismo de la voluntad general como escribe Maurizio Fioravanti, porque la realización en el plano constitucional de esos principios, el principio de igualdad y el principio de la forma de gobierno, por lo tanto también, del principio democrático requiere que los poderes estén provistos de una autoridad suficiente que solo puede ejercerse por medio de la ley<sup>56</sup>, podemos encontrar así la lógica de que esto se vio influenciado por el cambio en el concepto de autoridad que se estudiará a detalle en un apartado del segundo capítulo, pero se estima que la autoridad tiene que cumplir con criterios racionales que permitan su actuación y por ende se van transfiriendo las competencias que en el orden medieval llevaban a cabo las corporaciones al Estado.

Desde el punto de vista teórico en ese constitucionalismo abrevan dos fuentes principales la tesis de Thomas Hobbes como señala Maurizio Fioravanti del ejercicio de los poderes soberanos por medio de principios constitucionales y el ejercicio de la soberanía popular derivado de las ideas de Rousseau y el rechazo del absolutismo por parte de John Locke aun cuando pretenda ejercerse por medio del constitucionalismo democrático, son tres doctrinas constitucionalistas que influyen de manera especial como afirma Maurizio Fioravanti en la Revolución francesa en la que terminaría por predominar “la declaración y la garantía de los derechos a fuerza de ley.”<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 37.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>57</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., pp. 37-38.

Significa que la “idea revolucionaria de la soberanía popular”<sup>58</sup> no será la dominante pues aunque se incluye en sendas declaraciones tiene una connotación ideológica peligrosa y difícilmente materializarse para reflexionar sobre esto antes de pasar a examen el constitucionalismo particular de las declaraciones paradigmáticas (1776 y 1789) y porque en ambos constitucionalismos el principio de soberanía popular en el sentido en que fue propuesto por Rousseau fue adoptado en las dos revoluciones cada una con un constitucionalismo diferente como bien describe Maurizio Fioravanti, así las cosas en el constitucionalismo de la Revolución francesa, la ley como expresión de la voluntad general es el principio articulador a la par del valor de la representación política que se instituye como garantía, es decir que permanece la esencia del primer constitucionalismo de una forma de gobierno moderada y equilibrada y en el constitucionalismo estadounidense la adopción de un gobierno republicano, como gobierno republicando que limite al legislador, pero también a los otros dos poderes, porque la teoría del poder constituyente encontraba en los poderes constituidos la limitación por una norma suprema que derivaría en la doctrina de la supremacía constitucional<sup>59</sup>, por la razón de que los poderes eran desde un principio poderes constituidos.

## 2.1 La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

El constitucionalismo de la revolución francesa tiene varias características para Maurizio Fioravanti recoge la garantía de los derechos por la fuerza de la ley y el valor de la representación política como presupuesto para la formación de la voluntad general, el derecho al sufragio, aunque restringido y la garantía y limitación de los poderes constituidos.<sup>60</sup> La importancia de estas características reside en cuanto a la evolución de los derechos humanos porque los derechos humanos dependerán invariablemente de la propia evolución del Estado, de la

---

<sup>58</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit.,

p.

<sup>59</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., pp. 39-38.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 39.

distinción entre forma de gobierno y régimen político, es en este contexto en el que se explica la aportación del constitucionalismo de la Revolución francesa para los derechos humanos.

El pensamiento político nacional es también una pasión nacional como comenta Nicola Matteucci que impregnado de un profuso conocimiento del derecho romano y francés adoptó una nueva conciencia acorde a los tiempos históricos que tiene su punta de lanza en el *Methodus* de Bodino que es la muestra de que el pensador abordó de forma concreta el estudio teórico y práctico de la forma concreta del problema político de su época y cuyo análisis era más que necesario para la evolución y renovación jurídica de las instituciones políticas para que operaran en la naciente Edad moderna.<sup>61</sup> El tema de que la ley sea considerada expresión de la voluntad general, en el artículo 6 de la citada declaración se estableció:

La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.<sup>62</sup>

La construcción de la voluntad general no puede explicarse aludiendo solo a Rousseau, tiene que recurrirse a la elaboración por Thomas Hobbes de los dos constructos de la autorización y la representación,<sup>63</sup> en esa tesitura, Maurizio Fioravanti sostiene que los hombres poseen lo que comentamos como una característica natural, ciertos instintos de conservación como la protección de su vida y de su persona (integridad, personalidad), de modo que desde esas formulaciones podemos ver lo primario que resulta para la evolución de los derechos humanos el derecho a la vida, pues bien como el hombre tiene estos

---

<sup>61</sup> *Idem.*

<sup>62</sup> *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.*

<sup>63</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, p. 80.

instintos naturales es que no se arriesgarán a oponerse a un soberano que los prive de la vida y de derechos básicos, por eso oponerse al soberano es una cuestión imposible, porque independientemente de una motivación de insurrección, el soberano es “la persona” después de la Revolución francesa será de derecho público que representa el orden civil y político que integra a los individuos como un pueblo, si se menguaron las potestades de la soberanía, los hombres se perjudican pues retornan a la primaria condición de multitud que trae anarquía, caos y muchas veces guerra civil.<sup>64</sup>

Sin embargo las reflexiones de Hobbes son paralelas como escribe Maurizio Fioravanti a la consolidación de los Estados absolutos, pues los gobernados están imposibilitados de oponer límites al poder del soberano por lo tanto es coherente con el desarrollo del constitucionalismo que para Hobbes el soberano debe proteger las vidas, los derechos y la propiedad de las personas mediante la ley, pero lo más concreto es que cuando los individuos autorizan al soberano abandonan el estado de multitud y activan la “maquinaria de la representación” sin embargo no olvidemos que la reflexión de Hobbes va en torno a la justificación de un cierto absolutismo que aun así garantizaría los derechos que en el estado de naturaleza no son realizables, pero para la garantía y los límites es necesario instrumentar como ya se señaló la autorización y después la representación, no obstante la anulación que Hobbes propone de oponerse al soberano no es producto de un absolutismo, sino por el temor a la guerra civil, es decir una regresión a un estado de naturaleza que menoscabe los derechos garantizados, por eso es que su tesis sobre la autorización y la representación constituye una aportación para la base del constitucionalismo del límite y la garantía.<sup>65</sup> En base a lo anterior, Maurizio Fioravanti expresa que la importancia del poder legislativo, como el órgano encargado de “hacer la ley” que era considerado necesario por Hobbes y también su fundamentación fue decisivamente afirmada por Rousseau tiene dos acepciones, la importancia cada vez más creciente del poder legislativo,

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>65</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit., p. 81.

de la potestad que ejerce y el significado de rompimiento con un modelo estamental diferente al Estado moderno al que pertenece los derechos humanos.

La obra de Rousseau vino a poner un dique en las ideas políticas sobre la soberanía al atribuir según palabras de Maurizio Fioravanti directamente al pueblo el poder soberano, escribió literalmente el pensador ginebrino: “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes.” Tal es el problema fundamental al que da solución el contrato social.”<sup>66</sup>

Para concretar los rasgos de generalidad de la ley y el principio de igualdad era necesario garantizar que el legislador cumpliera con su misión, en las ideas de Rousseau tal encomienda era posible mientras que el pueblo soberano que es el que institúa al legislador constantemente lo estuviera exhortando y que es el principio democrático que si identifica al pueblo como soberano y por lo tanto se encuentra en condiciones de expresar una voluntad “propia y autónoma”.<sup>67</sup> Pues en las tesis de Rousseau subyace una desconfianza sobre los dictados de los gobernantes, proveniente del temor de que la ley fuese utilizada en pro de la consecución de objetivos particulares y por eso se invoca a la voluntad soberana residente en el pueblo constantemente fuera convocada para examinar constantemente los términos del acuerdo, es decir del pacto social, lo particular de esta posición consistía en que se le atribuyese al pueblo la potestad de hacer la ley<sup>68</sup>: “Al no tener el soberano otra fuerza que el poder legislativo, no actúa más que por leyes, y no siendo las leyes más que actos auténticos de la voluntad general, el soberano sólo podría actuar cuando el pueblo está reunido. ¡El pueblo

---

<sup>66</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *Del contrato social, Discurso sobre las ciencias y las artes, Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, 10ª ed., Trad. Mauro Armiño, Alianza editorial, Madrid, 1996, p. 38.

<sup>67</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 32.

<sup>68</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 33.

reunido!, dirá alguien. ¡Que quimera! Es una quimera hoy, pero no lo era hace dos mil años. ¿Han cambiado los hombres de naturaleza?”<sup>69</sup>

Al no reconocer límites a la asamblea soberana, el pensamiento de Rousseau no permite como señaló Maurizio Fioravanti la introducción de un modelo de control de la constitucionalidad o de una técnica de equilibrio entre los poderes, mencionemos el principio de separación de poderes, en el pensamiento de Rousseau prevalece el principio de igualdad y la ley como expresión de la voluntad general: “Al ser todos los ciudadanos iguales por el contrato social, lo que todos deben hacer lo pueden prescribir todos, mientras que nadie tiene derecho a exigir que otro haga lo que no hace el mismo. Ahora bien, es precisamente este derecho, indispensable para hacer vivir y moverse al cuerpo político, el que el soberano da al príncipe al instituir el gobierno.”<sup>70</sup>

Para Rousseau: “No hay más que un contrato en el Estado, es el de la asociación; y éste solo excluye cualquier otro. No podría imaginarse ningún contrato público que no fuera una violación del primero”.<sup>71</sup> La lectura de este periodo de revoluciones tiene con las ideas de Rousseau una aportación para conciliar el principio de la soberanía con la atribución de las potestades al pueblo, los derechos naturales, así como la voluntad general según se desprende de las ideas de Maurizio Fioravanti acerca de la relación del constitucionalismo kantiano mediante sus escritos que datan entre 1793-1797 en los que Kant plantea la vía de la constitución republicana, modelo de constitución futura y a la que los gobiernos se irán adaptando gradualmente según el filósofo, y esa constitución debe recoger un conjunto de principios: el principio de libertad, el principio de igualdad y el principio de la separación de poderes, respecto de la forma de gobierno.<sup>72</sup>

Para Kant respecto del principio de libertad, la formulación del artículo 4 de la Declaración de 1789 de que el límite de los derechos de la libertad solo puede ser

---

<sup>69</sup> Rousseau, Jean-Jacques, *Del contrato social*, op. cit., p. 115.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>72</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., pp. 36-37.



establecido por la ley para garantizar la libertad de todos es identificable con un concepto de ley como garantía estable, es decir que mantiene la esencia del pensamiento de John Locke de que los derechos son anteriores a ley.<sup>73</sup>

En cuanto al principio de igualdad, la formulación de Kant significa sumisión de todos los miembros de la sociedad a la ley pero no entendida en la formulación de voluntad en el significado que le dieron Hobbes y Rousseau, para Kant el deber de obediencia a la ley es absoluto y excluye el derecho de resistencia, pero la legitimidad del reconocimiento de la igualdad por fuerza de ley consiste en garantizarles a los individuos que otras autoridades que no sean las establecidas por fuerza de ley pretendan mandar por las razones del antiguo régimen, la ley como expresión de la soberanía resume Maurizio Fioravanti tiene la misión de garantizar los derechos.<sup>74</sup>

El tercer principio consiste en la forma de gobierno mediante el principio de separación de poderes, no pueden reunirse el poder ejecutivo y el legislativo, independientemente de la forma de Estado si un poder supremo acumula las dos grandes potestades de hacer la ley y de ejecutarla tenderá hacia el despotismo, en esta reflexión se resume el quid de la posición de Kant ante la Revolución francesa, para Kant, el poder democrático puede tender igualmente al despotismo y la Revolución aun cuando sirve como instrumento para la concreción de los principios de igualdad y libertad, es también la fuente de una clase de democracia que degenera en un poder despótico, incapaz de adoptar una constitución equilibrada concentrando el poder legislativo y el poder del gobierno en un órgano asambleario o de “mandatarios del pueblo soberano”.<sup>75</sup>

El tema que formula Kant en su constitucionalismo es la concreción de una constitución equilibrada, y por eso también opone el constitucionalismo al

---

<sup>73</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 37.

<sup>74</sup> *Idem.*

<sup>75</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 38.

despotismo como señaló Maurizio Fioravanti<sup>76</sup>, por eso el constitucionalismo de Kant pretende:

En la orientación de Kant y de su constitucionalismo, más allá de esos límites, había una igualdad extrema que se oponía a los principios de la constitución republicana y que habría terminado, más pronto o más tarde, por generar despotismo, como lo demostraba la propia revolución. Mientras, dentro de esos límites estaban la racionalidad y la moderación supremas de los individuos propietarios que, según el modelo de Locke, se habían mostrado capaces, ya en el estado de naturaleza, del acto fundamental de reconocimiento de la *property*, y a ellos les estaba atribuida de modo explícito la construcción de una forma política al mismo tiempo moderada y equilibrada y con una función contraria al despotismo.<sup>77</sup>

## 2.2 El contexto de las Declaraciones americanas

La Revolución americana ocurrió ante el descontento por un impuesto aprobado por el parlamento inglés, las colonias americanas ya habían desarrollado como escribe Maurizio Fioravanti asambleas: “formas legítimas de representación política”<sup>78</sup> Parte del panorama que explica porque la causa de la Revolución americana era contra el legislador y la política legislativa:

El 7 de octubre, veintiocho delegados se reunieron en el Ayuntamiento de la ciudad de Nueva York. Representaban a 9 colonias; solamente les fue imposible participar a Virginia, Nueva Hampshire y Carolina del Norte. Seis de las colonias estaban representadas por comisiones de sus legislaturas, pero como Nueva York, Delaware, New Jersey no habían podido obrar dentro de las reglas, su representación estaba a cargo de hombres que habían sido designados informalmente por organizaciones populares diversas. Los veintiocho fueron tratados como pares, y el “Primer Congreso

---

<sup>76</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 38.

<sup>77</sup> *Idem.*

<sup>78</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit., p.104.

de las Colonias Norteamericanas en Oposición a las Tiránicas Leyes del Parlamento Británico” (conocido popularmente como el Congreso de la Ley de Sellos), comenzó a deliberar.<sup>79</sup>

El ingrediente mayoritario es inseparable de un análisis del contexto de la Revolución americana, de su constitucionalismo y de la Declaración, parte de esta reflexión la ilustra Herbert Aptheker cuando estudia opiniones en la historia de la Revolución estadounidense que alientan la opinión de que la Revolución fue organizada por una mayoría, para Herbert Aptheker si hubo un apoyo de mayorías que contribuyó al éxito de la Revolución y parte del apoyo logrado entre la opinión pública de la América del Norte fue por medio de las elecciones,<sup>80</sup> así se empezaron a organizar asociaciones clandestinas y oficiales, que fueron debatiendo sobre asuntos públicos. Así en el contexto previo a la Revolución estadounidense sucedieron antecedentes de la Declaración de 1776 como la Declaración del 19 de octubre de 1765, que fue aprobada una petición al Rey y un Memorial a Ambas Cámaras del Parlamento. Los tres documentos no fueron reconocidos formalmente por el Rey ni por el Parlamento pero fueron publicados y por lo tanto tuvieron una excelente acogida entre la opinión pública, una característica de la particularidad del constitucionalismo revolucionario estadounidense: “El Congreso de la Ley de Sellos levantó sus sesiones el 24 de octubre de 1765. Una semana después doscientos comerciantes dirigentes de la ciudad de Nueva York hicieron público el primero de los acuerdos de no-importación. Se trataba de nuevos instrumentos revolucionarios, cuyo efecto se repetiría a lo largo de medio siglo dentro de la historia norteamericana.”<sup>81</sup>

En la Declaración del 19 de octubre de 1765 se asentaron un conjunto derechos y libertades considerados básicos por los colonos como el derecho a no ser coaccionado a pagar impuestos, tributación directa o por medio de los representantes, competencia de las legislaturas coloniales para la aplicación de

---

<sup>79</sup> Aptheker, Herbert, *The american revolution (1763-1783)*, International Publishers Co, United States of America, 1960, p. 63.

<sup>80</sup> Aptheker, Herbert, *The american revolution (1763-1783)*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 64.

impuestos, en atención a la proximidad geográfica<sup>82</sup>: “La declaración de derechos era una exposición franca de los puntos de vista de los colonos, y representaba un nuevo instrumento para la lucha política, reflejo de la nueva institución de esa lucha: un Congreso cuyos delegados habían sido designados o elegidos por el pueblo.”<sup>83</sup>

Para Maurizio Fioravanti la revolución americana tenía el objeto de limitar un poder existente, limitar al parlamento y su poder que proviene de la ley, pues a diferencia de la Revolución francesa que quería alterar el antiguo régimen por medio de la fuerza de la ley.<sup>84</sup> La diferencia que tiene el poder constituyente en los Estados Unidos convocado para separarse de la Corona y adoptar la forma de Estado federal es distinta a la concepción del poder constituyente de la revolución francesa. El poder constituyente en Estados Unidos parece que continúa por una estela algo próxima a la voluntad general de Rousseau significa concentrar la soberanía en un titular llamado pueblo o nación pero no vincula esta voluntad general al poder legislativo, a la asamblea sino a un poder distinto, en Estados Unidos de América la doctrina del poder constituyente produce la supremacía constitucional es producto de la tentativa de obtener un gobierno limitado.<sup>85</sup>

De acuerdo a un ensayo publicado por Thomas Jefferson en el que diserta sobre los derechos de los hombres en la tierra americana, en el ensayo aparecen los dos aspectos que se reflejarán en la Declaración de Independencia y posteriormente en la Constitución, responden a la tradición de la Constitución inglesa pues como afirma Maurizio Fioravanti, para Thomas Jefferson, la Constitución es un acto del pueblo soberano en el que actuando como poder constituyente puede imponerse frente a situaciones de tiranía o que degraden los

---

<sup>82</sup> *Idem.*

<sup>83</sup> *Ibidem*, pp. 63-64.

<sup>84</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 39.

<sup>85</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., pp. 39-40.

derechos del individuo, la Constitución es la garantía frente a la tiranía y la actuación del pueblo soberano solo será para restablecer el orden.<sup>86</sup>

Al igual que la Revolución francesa, la revolución americana ejerció el poder constituyente, con lo cual escribe Maurizio Fioravanti los americanos y los franceses opusieron soberanía popular a la tradición constitucionalista, los americanos no solo ejercieron el poder constituyente en 1776, también lo hicieron para la promulgación de la Constitución federal de 1787 y las constituciones estatales: “Poder constituyente que los mismos revolucionarios franceses ejercitaron a partir de 1789, con la finalidad de destruir las instituciones del antiguo régimen y de generar una nueva forma política.”<sup>87</sup> La forma política y los derechos fundamentales se conjuntarán en el *Federalista*, aunque los recoge como derechos privados:

Apenas podía esperarse que en una revolución popular el espíritu humano se detuviera en el límite saludable entre el poder y los fueros, y que armoniza la energía del gobierno con la seguridad de los derechos privados. Los males que sufrimos ahora tienen como principal origen el hecho de haber fracasado en este importante y delicado punto, y si no cuidamos de evitar la repetición de tal error en nuestros intentos futuros por rectificar y mejorar nuestro sistema, andaremos de una quimera a otra; ensayaremos cambio tras cambio; pero no conseguiremos jamás una verdadera mejora.<sup>88</sup>

El poder constituyente que fue ejercido por los colonos americanos, los pueblos de los Estados americanos y el pueblo francés resalta Maurizio Fioravanti puso en discusión la oposición entre constitucionalismo y soberanía popular, así en la innovación revolucionaria introduce la expresión de la soberanía popular que implicaba la intervención de “todo un sujeto colectivo pretendía reconstruir toda

---

<sup>86</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 105.

<sup>87</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit., 103.

<sup>88</sup> El *federalista*, número 26.

una nueva política”<sup>89</sup>, es decir la masa, el pueblo, con la diferencia de relacionar al poder constituyente a la Constitución, que pasa a ser el símbolo del orden, de una estabilidad, por eso para Maurizio Fioravanti “el poder constituyente de las revoluciones” representa el espacio en el que dos tradiciones constitucionalismo y soberanía convergen. Este momento tiene relevantes implicaciones, por una parte el fundamento del poder soberano y su solución moderna, de la voluntad que es fuente de la organización política y con la consiguiente distinción entre régimen político y forma de gobierno, que resulta de la discusión de cuales órganos deben ejercer los poderes soberanos (de hacer la ley, imponer tributos, declarar la guerra), el monarca o la asamblea, por lo tanto de la estabilidad y el constitucionalismo como condición moderna del límite y garantía de los poderes del soberano.<sup>90</sup>

La Constitución americana recogió la tradición inglesa del gobierno moderado y equilibrado mediante la adopción de los matices democrático y constituyente, es decir una Constitución democrática resultante de la cohesión de la fuerza del pueblo soberano que opone una ley superior a un poder constituido que es el parlamento, por eso para Maurizio Fioravanti la Constitución americana tiene una connotación democrática,<sup>91</sup> mediante la adopción de un gobierno equilibrado, así las cosas James Madison afirma que el carácter republicano de los principios revolucionarios, que es la cuestión de resolver la forma de gobierno como una forma de gobierno republicana, que era la forma más apropiada a la esencia del pueblo norteamericano que había ido desarrollando condiciones naturales de libertad, se manifiestan estas concepciones en los principios fundamentales que la Revolución americana enarbó como los derechos naturales, soberanía popular, supremacía de la ley y el principio federal y la recuperación del principio inglés: “*no taxation without representation*” pero la Revolución una vez finalizada debe asentarse así se dan los experimentos políticos en la capacidad que tiene la especie humana para gobernarse, por eso Madison consideraba que el plan de la

---

<sup>89</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, p. 103.

<sup>90</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, p.82.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 106.

Convención no debía desviarse del proyecto republicano y cualquier proyecto ajeno era indefendible.<sup>92</sup>

Para Madison la descripción de las características de la forma republicana de gobierno se responde mediante los principios no por su aplicación; como primer criterio de una república Madison propone que la fuente del gobierno republicano deriva de la gran masa, es decir del pueblo, que ejerce de forma directa o indirecta pues es administrado por personas que conservan sus cargos por voluntad del pueblo durante un periodo limitado en el que deben observar buena conducta. Madison describe claramente este principio revolucionario: la oposición al elitismo como base de un gobierno popular, pero democrático.<sup>93</sup> Es decir, que para que a un gobierno popular pueda reconocérsele un carácter republicano se deben cumplir esos requisitos designación directa o indirecta de las personas por el pueblo, tenencia del cargo limitada y sujeta a observación, así admite que algunos funcionarios pueden ser de nombramiento indirecto por el pueblo como los integrantes de la rama judicial, algunos cargos del departamento ejecutivo y legislativo.

Como segundo principio de un gobierno republicano, obviamente también se percibe la fuente del texto revolucionario, agrega Madison: la prohibición de los títulos nobiliarios, en los gobiernos locales y en el gobierno federal, y conjunta con este principio la garantía de conservar de forma expresa la forma republicana federal pues para él la forma de gobierno nacional consiste en la consolidación de los estados, propone tres criterios para la distinción del gobierno nacional del federal, su argumento de que la Convención debió de haber adoptado además de la forma de gobierno republicana, la forma federal y porque la forma federal es la base que debió recoger la Convención sobre la forma de gobierno, así las cosas plantea tres criterios:

- 1) Determinar el verdadero carácter del gobierno en cuestión

---

<sup>92</sup> Madison, Número 39.

<sup>93</sup> Madison, Número 39.

- 2) Nivel de autorización de la Convención para proponer el gobierno
- 3) Deber de la Convención para con el país y si estaba en condiciones de suplir una supuesta ausencia de facultades regulares.<sup>94</sup>

Para determinar el carácter del gobierno y la base sobre que se habrá de establecer Madison estima que el acto que instituye la constitución no es un acto federal, sino nacional, porque la Constitución deberá fundarse por asentimiento y ratificación del pueblo americano, eligiendo a diputados para ese fin especial, el asentimiento y la ratificación no los externalan como individuos, sino que representan a los distintos estados, independientes entre sí, el asentimiento y la ratificación de cada estado procedentes de sus respectiva autoridad suprema, la autoridad del pueblo de cada estado. El acto es federal y no nacional porque el acto del pueblo que conforma a los estados independientes que darán su asentimiento y ratificación no es resultado de la mayoría del pueblo ni de la mayoría de los estados, consiste en un asentimiento unánime de los estados que participan en el acto, con la diferencia de que no se expresa por el consentimiento ordinario de la autoridad legislativa, sino por el pueblo mismo. Si en la ocasión de la adopción del acto se considerase al pueblo como una sola nación, el pueblo de los Estados Unidos, es decir el pueblo nacional obligaría a la minoría, lo que provocaría la adopción de dos normas: teniendo que compararse la voluntad de la minoría por votos individuales o se tendría que considerar la voluntad de la mayoría de cada Estado como prueba de la voluntad de la mayoría del pueblo de los Estados Unidos, por lo tanto cuando cada Estado ratifica la Constitución, cada estado se considera como un cuerpo soberano, independiente de los demás estados y su vinculación a los otros estados se produce por un acto propio y voluntario, por lo que en caso de que fuera establecida por la Convención la Constitución será una Constitución federal y no nacional.<sup>95</sup>

Los poderes ordinarios en palabras de Madison que son los poderes constituidos deben de proceder de unas fuentes. La fuente de la Cámara de Representantes

---

<sup>94</sup> Idem.

<sup>95</sup> Madison, No. 39.



resulta del pueblo americano (Estados Unidos) y representa al pueblo en proporción a la población y de acuerdo al principio de la legislatura de cada estado, esta es la característica de un gobierno nacional, pero la característica de una base federal resulta del poder supremo del Senado, que representa el principio de igualdad entre los Estados, órgano que recibe la fuente de su poder de cada estado, es decir representa a sociedades políticas iguales entre sí, en esta característica se refleja la base del gobierno federal. En cuanto al otro poder supremo, pues el poder ejecutivo estima Madison que sus fuentes son más complejas, porque el presidente primero por elección inmediata por los Estados, por medio de votos que asignan una proporción compuesta porque se les considera como sociedades distintas e iguales y como miembros desiguales de la misma sociedad, por lo tanto su elección por medio de los estados tiene un carácter político. Segundo, por elección eventual, por la rama de la legislatura que se integra de los representantes nacionales, para este acto se agrupan delegaciones singulares procedentes de cuerpos político, distintos e iguales entre sí, por lo que el gobierno, es decir el titular del ejecutivo tiene un carácter mixto porque contiene características nacionales como federales.<sup>96</sup>

Por lo que concierne a la actuación de gobierno, el gobierno federal a diferencia del gobierno nacional que actúa sobre los cuerpos políticos que integran a la confederación en su característica política y el carácter federal en su característica de ciudadanos individuales que integran la nación. Este criterio si se aplica a la Constitución pudiera aparentar que la base de la forma de Estado americana fuera nacional y no federal, y lo tiene en parte, por ello Madison ejemplifica que en las controversias en las que los estados sean partes se debe proceder considerándoseles en su característica política y colectiva (control constitucional), es un aspecto nacional del gobierno así lo define pero como apunta que resulta en una deformación con características federales, y así anota: “Pero esta imperfección es posiblemente inevitable en cualquier plan; y el hecho de que el gobierno actúe sobre el pueblo o, mejor dicho, sobre sus miembros considerados

---

<sup>96</sup> Nota 39.

como individuos, en sus actos ordinarios y más esenciales, permite designar al gobierno en conjunto como nacional en lo que se refiere a este aspecto.”<sup>97</sup>

Por lo que respecta al alcance de la Convención para regular la suplencia de facultades regulares el argumento de Madison esclarece visiblemente la diferencia entre la forma nacional y la forma federal en la materia en comento y esto permitirá atender más adelante en la historia constitucional, los aspectos técnicos de la separación de poderes y distribución de competencias en el Estado federal, como ocurre en el caso mexicano, en relación a la garantía y tutela de derechos, más todavía en materia de garantías jurisdiccionales, el punto se analiza en atención al concepto de soberanía nacional y concurrencia de competencias.

El gobierno que proponían no podían calificarlo como nacional, porque la jurisdicción se extiende a ciertos objetos establecidos, dejando a los Estados la competencia que deriva de una soberanía residual e inviolable en su relación hacia los demás estados. Para lo cual cuando surgieran controversias referentes a la delimitación de ambas jurisdicciones el tribunal que decidirá en última instancia será el establecido en el gobierno general. En este diseño del principio federativo se establece que la decisión de los tribunales debe ser imparcial y pronunciada conforme a las reglas de la Constitución es decir se estaría realizando un control de constitucionalidad de los actos de autoridad, que surgen del ejercicio de competencias entre los distintos niveles de gobierno y las precauciones que se toman en la facultad decisoria del juez deben ser eficaces y buscar la imparcialidad. El Poder judicial que planteaba Madison es un tribunal que actúe como contrapeso de los restantes poderes evitando que un poder público o que los estados contravengan el pacto social, porque la convivencia se establece en el gobierno general antes que en los gobiernos locales: “... que lo único seguro es que forme parte del primero.”<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Nota 39.

<sup>98</sup> Nota, 39.

Considera Maurizio Fioravanti que el régimen republicano fue el que prevaleció en el diseño constitucional de los padres fundadores, pretendían que el fundamento fuera democrático porque la Constitución expresa la voluntad del pueblo soberano, pero evita la concentración de poderes en un órgano, como la asamblea. La opción de la Constitución republicana representa una transformación de la tradición de la Constitución inglesa de la que se adopta la técnica de los pesos y contrapesos, de la forma de gobierno equilibrada, así como la argumentación revolucionaria de los derechos naturales<sup>99</sup>: “La complejidad de estas alusiones, en parte referidas a la nueva realidad con fundamento iusnaturalista del poder constituyente, y en parte referidas a la tradicional constitución inglesa, es lo que constituye en su conjunto la base intelectual de la Constitución federal de 1787”.<sup>100</sup>

Mediante el modelo de una constitución republicana que organizara “poderes disciplinados” que no interfirieran en sus respectivas competencias, asentando la distribución de los poderes soberanos, de lo cual se origina un diseño que evita la subordinación al poder legislativo, no a la ley, así en El Federalista se propuso, como también lo destaca Maurizio Fioravanti el poder soberano de los jueces para declarar la nulidad de actos legislativos que no sean conformes a la Constitución, fórmula que consiste en que los jueces en el momento de hacer esta declaración no es que sean superiores al poder legislativo, sino que son instrumento del pacto fundamental para ratificar la superioridad de la Constitución sobre las leyes ordinarias y por ende, de declarar que el poder soberano y originario del pueblo es superior al poder derivado del legislador o de la mayoría.<sup>101</sup> Es la fundamentación teórica del sistema de control de la constitucionalidad, que es una solución mediante la cual se concilió el concepto de soberanía con el constitucionalismo, porque la Constitución funciona como el espacio propicio del equilibrio del régimen político y la forma de gobierno, mantiene la estabilidad, el sitio de las potestades derivadas de la soberanía popular aunado al problema moderno de los derechos individuales, derechos privados en el léxico de El Federalista. Por primera vez la

---

<sup>99</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, pp. 104-105.

<sup>100</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, p. 105.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 109.

noción del límite en la técnica de la separación de poderes es la primera condición para el desarrollo de las garantías de los derechos.

Ciertamente que es mediante el control de la constitucionalidad que los constituyentes americanos introdujeron la base para el concepto de una Constitución jurídica lo cual será de gran relevancia para la protección de los derechos así lo señala Maurizio Fioravanti, pero también es un instrumento para la conservar la estabilidad y el equilibrio del régimen y de la forma de gobierno, de acuerdo al fundamento de la soberanía popular<sup>102</sup>: “Es como si los jueces, actores e instrumentos de aquel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber sido recibido del pueblo soberano mediante la constitución.”<sup>103</sup>

Los constituyentes franceses se propusieron crear un nuevo régimen que contradijera lo que impidió el antiguo que era señala Maurizio Fioravanti, la concepción de la soberanía popular que actúa con un carácter político en el proceso revolucionario y sostiene así la constitución,<sup>104</sup> el pueblo actúa con personalidad. Así señala con precisión Maurizio Fioravanti que Emmanuel Joseph Sieyès expuso una completa teoría del poder constituyente francés y de sus consecuencias para con los poderes limitados a los que instituye, porque la Nación, como constituyente no tiene límites y por eso Fioravanti señala que en la formulación teórica sobre el acto constituyente revolucionario de Emmanuel Joseph Sieyès queda patente el debate del siglo XVIII sobre el concepto de constitución: como constitución de orden del reino o como constitución del Estado dirigida a “a perfeccionar, a fijar”.<sup>105</sup> Los revolucionarios franceses adoptaron el camino inverso de los constituyentes revolucionarios, porque fijaron un orden nuevo no el de los colonos que recogieron en la tradición de la constitución inglesa por lo cual adoptaron la solución del control de constitucionalidad para frenar la constante intervención del pueblo, de manera que los jueces pudieran ejercer un

---

<sup>102</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, p. 109.

<sup>103</sup> *Idem.*

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 111.

<sup>105</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días, op. cit.*, p. 112.

control constitucional como “garantía”<sup>106</sup> para mantener el equilibrio entre los poderes y los derechos individuales, los revolucionarios franceses se decantaron por la individuación del poder soberano en el pueblo, como expresó Maurizio Fioravanti.<sup>107</sup> Y como resultaba imposible que el pueblo actuase como persona soberana la solución para el “problema” de transferir a uno de los poderes constituidos la fuerza originaria, es decir la soberanía, si los estadounidenses optaron por una técnica equilibrio en la cual bajo su sistema de separación de poder, el “poder más débil”, el judicial tuviera un medio de control para evitar la extralimitación de uno de los órganos, que inevitablemente conduce a la tiranía: “Y este poder no podía ser otro que el legislativo, el poder de los representantes del pueblo, que por ello asumía una configuración que excedía de la dimensión perteneciente a un mero poder constituido”<sup>108</sup>

Los dilemas que apareja esta concepción de soberanía popular adoptada en la doctrina del constitucionalismo de la Revolución francesa, para Maurizio Fioravanti uno de los primeros problemas consiste en la definición de la representación política y por ende la forma de gobierno, el problema de la garantía de los derechos y particularmente de los derechos públicos, el órgano se encomienda su protección, la separación de poderes y el control de la legalidad como paradigma de la voluntad general y por ende, dirigido a garantizar la forma de gobierno instituida sobre una tradición de soberanía en la representación y el mandato en el que el pueblo actúa como sujeto soberano por conducto del legislador,<sup>109</sup> se intuye un concepto de constitución política y del lugar que la ley tendrá en el Estado de derecho.

A diferencia de los revolucionarios americanos, que fundaron el carácter democrático de su República por medio del sistema electoral y la representación de los estados de la federación, el carácter democrático del proceso revolucionario francés que se tradujo en la Constitución de 1791 limitaba los derechos políticos

---

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>107</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit., p. 113.

<sup>108</sup> *Idem*.

<sup>109</sup> *Ibidem*, pp. 113-116.

solo a un determinado grupo que se estipuló como ciudadanos activos, y a pesar de ello no elegían a los diputados, elegían a los electores de los diputados que también eran elegidos sobre un censo más amplio, la complejidad de este sistema de elección indirecta de representación indica el carácter democrático incipiente del proceso revolucionario y de su Constitución: “La Constitución de 1791 mostraba así claramente que temía la fuerza inmediata del pueblo soberano, el sufragio universal y directo. Era claramente una constitución imperfectamente democrática, que conservaba al rey y temía la voz directa del pueblo”.<sup>110</sup>

## II. Distinción entre los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales

Para que los derechos fundamentales como medio de protección de las esferas de autonomía adquirieran un significado en el constitucionalismo fue precisa una evolución y sobre esa evolución estudiaremos el significado de la expresión de los derechos humanos. El análisis histórico de los derechos humanos trae consigo diversas preguntas como destaca Costas Douzinas:

El significado de la historia y la determinación histórica enuncia una segunda pregunta subsidiaria de la primera: ¿cuál es el vínculo, si es que existe alguno, entre la tradición clásica del derecho natural y la tradición moderna de los derechos humanos y naturales?. La Declaración de los Derechos inauguró una tendencia al proclamar que estos derechos eran “naturales, inalienables y sagrados”. A ella le siguió la Declaración de Independencia norteamericana, de acuerdo con la cual “Todos los hombres son iguales y han sido investidos por el Creador con derechos inalienables”, esta declaración a su vez fue repetida textualmente por el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Estas

---

<sup>110</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit., p. 116.

declaraciones radicales y extremas nos presentan unos derechos naturales y humanos como una continuación directa de la tradición jurídica clásica.<sup>111</sup>

Acerca del contenido radical y extremo de las declaraciones de derechos humanos como apunta Costas Douzinas volveremos sobre el mismo a lo largo del trabajo para resaltar las diferencias entre la vinculación histórica y jurídica a las declaraciones y el reconocimiento del Estado. Históricamente el reconocimiento de los derechos humanos se ha producido progresivamente mediante normas escritas como la Carta Magna (1215), Súplica de la Demanda de Derecho (1628), Declaración de Derechos (1689), Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), Declaración de Derechos de los Estados Unidos de América (1791).

La expresión y el contenido de los derechos esbozados en cada documento reflejan las particulares condiciones sociales y políticas de su época, polarizaciones y conflictos de clase, también su aspecto institucional indica la transformación de los gobernados con el poder político, en ese sentido Antonio Enrique Pérez Luño indica que los derechos fundamentales han evolucionado a medida que el Estado liberal fue evolucionando hacia formas de Estado social de derecho: “Al propio tiempo, los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos.”<sup>112</sup>

Al respecto, Antonio Pérez Luño señaló que en el “horizonte del constitucionalismo”, los derechos fundamentales han tenido una doble función subjetiva y objetiva. La función subjetiva para la protección de garantías de libertad y defensa de aspectos sociales y colectivos de la subjetividad y una dimensión institucional con el objeto de garantía de fines y valores constitucionales;<sup>113</sup> por su parte Costas Douzinas también recoge este criterio, en

---

<sup>111</sup> Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos*, Ed. Legis, Bogotá, 2008, p. 17.

<sup>112</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 21.

<sup>113</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 25.

lo que él denomina como doble perspectiva de los derechos humanos: “Los derechos humanos pueden ser examinados desde dos perspectivas principales que están relacionadas pero que son relativamente diferentes, una perspectiva subjetiva y otra institucional. Primero, ellas ayudan a construir el sujeto (de derecho) como sujeto libre y a la vez como sujeto sometido al derecho.”<sup>114115</sup>

Entre los textos revolucionarios de los colonos americanos destaca la Declaración de Derechos de Virginia (*The Virginia Declaration of Rights*), “Declaración de derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en asamblea plenaria y libre; derechos que pertenecen a ellos y a su posteridad, como la base y fundamento del gobierno.” En la sección primera de la Declaración se utilizó la expresión derechos:

Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o desposeer a su posteridad; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad, y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad.<sup>116</sup>

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 (*The Declaration of Independence of the United States of America*) que en palabras de Antonio Enrique recoge un pensamiento iusnaturalista e individualista, enuncia entre los derechos inalienables, el de la búsqueda de la felicidad<sup>117</sup>:

Tenemos por evidentes en sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que están dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que, entre éstos, están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que, para asegurar esos derechos, se instituyen entre los hombres los gobiernos, los cuales derivan sus legítimos poderes

---

<sup>114</sup> Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos, op. cit.*, p. 5.

<sup>115</sup> Los movimientos revolucionarios y las declaraciones.

<sup>116</sup> Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, 1776.

<sup>117</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 35.



del consentimiento de los gobernados; que cada vez que una forma de gobierno se pone en contradicción con estos principios, el pueblo tiene derecho a modificarla o abolirla y a establecer un nuevo gobierno, basándolo en dichos principios y organizando sus poderes de la forma que estime más apropiada para conseguir su seguridad y su felicidad.<sup>118</sup>

Para Antonio Pérez Luño la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) aunque mantuvo el carácter universal de los derechos y les reconoce una validez racional también mantuvo un matiz individualista y contractualista,<sup>119</sup> como en su preámbulo indica:

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas 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 presente constantemente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes...

El artículo 2 de la Declaración de 1789 expresó ese carácter individualista: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.” Esos derechos son consustanciales al concepto de individuo que se va perfeccionando en la mentalidad occidental, el hombre viene a ser considerado persona pero también lo son los otros. El pensamiento cristiano mucho influyó, por ejemplo Francisco de Vitoria en un fragmento de una carta que envió al padre Bernardino de Vique considera a los esclavos de los portugueses como prójimos:

Mayor escrúpulo y más que escrúpulo es que ordinariamente los traten inhumanamente, no se acordando los señores que aquéllos son sus

---

<sup>118</sup> Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, 1776.

<sup>119</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 36.

prójimos, y de lo que dice sant Pablo, que el señor y el siervo tienen otro Señor a quien el uno y el otro han de dar cuenta. Que si los tratasen humanamente, sería mejor suerte la de los esclavos inter cristianos, que no ser libres en sus tierras; demás que es la mayor bienaventuranza venir a ser cristianos.<sup>120</sup>

La universalización, así como la especificación de los derechos humanos se demuestra mediante otro antecedente resultante del reconocimiento de derechos como el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre con el antecedente dentro del derecho internacional de la Convención sobre la esclavitud de 1926, artículo 2, que estableció:

Las Altas Partes se obligan, en tanto no hayan tomado ya las medidas necesarias, y cada una en lo que concierne a los territorios colocados bajo su soberanía, jurisdicción, protección, dominio (suzerineté) o tutela: a) A prevenir y reprimir la trata de esclavos. b) A procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas.<sup>121</sup>

El proceso de “afirmación de los derechos humanos”<sup>122</sup> en el ámbito internacional continuará a lo largo del siglo XX con diversos textos y convenciones de carácter vinculante como la Convención sobre el Trabajo Forzoso (1930), que en el artículo 1 estableció:

Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas.

Al efecto, el artículo 2 de la Convención que representó un avance en materia de prohibición de trabajo forzoso, tipificó el carácter de esa violación en materia de derechos, propiamente estamos ante una característica básica de las esferas de

---

<sup>120</sup> Vitoria, Francisco, *Reelecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, op. cit., p. 23.

<sup>121</sup> Convención sobre la esclavitud de 1926.

<sup>122</sup> Pérez Luño, E., *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 42.

autonomía de las personas: “A los efectos del presente Convenio, la expresión «trabajo forzoso u obligatorio» designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.<sup>123</sup>

La IX Conferencia Internacional Americana dio un paso hacia la integración regional y la creación de un sistema regional americano de protección de los derechos humanos con la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su preámbulo estableció el carácter universal derivado de la naturaleza de la persona humana:

Que en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.

En el preámbulo se introdujeron los valores de libertad e igualdad, correspondientes a la tradición liberal: “Todos los hombre nacen libres e iguales en derechos...”, además en el párrafo segundo asentaron el carácter complementario entre derechos y deberes que la Convención quiso satisfacer: “El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.”

El carácter vinculante de la protección de los derechos se dio progresivamente a través de la firma y ratificación por los Estados de diversos convenios sobre asuntos de derechos, como el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948) de la Organización Internacional del Trabajo, que tiene como objeto la protección de la libertad sindical:

---

<sup>123</sup> Convención sobre el trabajo forzoso.

Considerando que el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo enuncia, entre los medios susceptibles de mejorar las condiciones de trabajo y de garantizar la paz, «la afirmación del principio de la libertad de asociación sindical».

El reconocimiento de los derechos humanos requiere de una sustantivización es decir que la norma debe tener una finalidad que tenga aplicación efectiva en tutela de violaciones de derechos, un ejemplo de la evolución en el derecho contemporáneo de los derechos humanos consistió la aprobación por los Estados miembros de Naciones Unidas de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948), que en el artículo I estableció al genocidio como una violación de los derechos humanos: “Las partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar.” Así la Convención define al delito de genocidio como cualesquier tipo de actos que pretendan la intencionalidad de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. Los actos pueden ser los siguientes: matanza de miembros del grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.<sup>124</sup>

La adopción por Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos presenta varios enfoques. Uno de ellos fue mencionado por Antonio Enrique Pérez Luño: “En nuestro siglo se ha producido una serie de acontecimientos trágicos, gravemente lesivos para la causa de las libertades, que han potenciado el esfuerzo de los hombres y de las naciones para establecer cauces internacionales de protección de los derechos humanos”.<sup>125</sup> Así diferentes

---

<sup>124</sup> Artículo II, Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio.

<sup>125</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 41.

eventos de violaciones masivas e individuales de derechos humanos han provocado la creación de “un catálogo básico de derechos y libertades”<sup>126</sup>

La Declaración Universal de Derechos Humanos plantea fundamentalmente la difícil cuestión de la prevención y sanción de las violaciones de derechos humanos: “Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad...” luego acorde al contexto incipiente de globalización y en el marco del estado nacional hace hincapié en el régimen de derecho como condición para la protección de los derechos humanos: “Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”. Este catálogo por supuesto que no es literalmente la Declaración universal de derechos humanos de 1948, como se observará el reconocimiento de los derechos humanos debe buscarse en el marco del Estado nacional<sup>127</sup> o mejor del modelo ideal de Estado constitucional como lo ha considerado la teoría constitucional, por lo tanto recordemos que el objeto del presente trabajo es estudiar la evolución de los derechos humanos situación que se ha dado aunque en un marco internacional, teniendo como punta de lanza la transformación del Estado moderno, al respecto Peter Häberle señaló:

Los derechos humanos, entendidos como derechos de todo ser humano de todas las naciones, incluyendo los llamados “apátridas”, tienen su raíz al mismo tiempo en el Estado constitucional nacional de la actual etapa evolutiva y en la “humanidad” universal. Los elementos textuales se encuentran ya en la formulación del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948): “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>127</sup> “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;” Pacto de San José.

dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; más adelante se habla de la “conciencia de la humanidad”. También ahí se hace referencia a la “fe” de los pueblos de las Naciones Unidas en los “derechos fundamentales del hombre”.<sup>128</sup>

Volveremos sobre este punto de interrelación de que los derechos humanos no corresponden solamente a un contexto internacional, aunque haya sido muy importante su progresiva positivación en el sistema de fuentes del derecho internacional, sino que los derechos humanos tienen su fuente en el marco del Estado de derecho, aunque el marco del Estado de derecho haya estado sujeto a las limitaciones de Estado-nación, que a medida se han considerado excluyentes. Esta aclaración es importante para comprender la evolución de los derechos humanos en los constitucionalismos y el robustecimiento de un sistema de protección de la persona humana, así como el alcance de la protección de las normas de derechos humanos y en su caso, de los derechos fundamentales, concepto más específico para un cierto tipo de Estado, el Estado constitucional.

Además en la Declaración Universal de Derechos Humanos se utilizó la expresión derechos fundamentales en uno de los considerandos: “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”

En el marco regional de protección de los derechos humano, el Consejo de Europa firmó en 1950 el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) y recogió el término derechos humanos:

Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político

---

<sup>128</sup> Häberle, Peter, *El estado constitucional, op. cit.*, p. 182.

verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan;<sup>129</sup>

A fin de garantizar los derechos humanos protegidos en el Convenio, se reafirmó el contenido de los derechos humanos de la Declaración de 1948: "...a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal."<sup>130</sup>

El proceso de universalización y especificación de los derechos humanos motivó también a la aprobación por los Estados miembros de Naciones Unidas de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), el en citado texto la expresión utilizada fue derechos y libertades fundamentales:

"Considerando que las Naciones Unidas han manifestado en diversas ocasiones su profundo interés por los refugiados y se han esforzado por asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales."

El reconocimiento regional en el continente americano se produjo mediante la aprobación de los Estados americanos firmantes del Pacto de San José de Costa Rica (1969), en el texto se reafirmó que los principios de esa convención ya habían sido previamente consagrados, es decir que son interdependientes de declaraciones no vinculantes del ámbito universal y regional, como la Carta de la Organización de los Estados Americanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con la formulación en el artículo 1 de la expresión derechos y libertades:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas

---

<sup>129</sup>Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

<sup>130</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.<sup>131</sup>

La Convención reafirma el carácter universal de la persona humana: “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana,”<sup>132</sup> además de mantener el carácter regional del sistema de protección, por medio de la inclusión del principio de complementariedad de los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos: “razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.<sup>133</sup>

La confusión entre la expresión derechos humanos y derechos fundamentales debe aclararse, el constituyente permanente mexicano en la reforma constitucional de derechos humanos del año 2011 prefirió la noción derechos humanos. Al respecto Antonio Enrique Pérez Luño proporciona una definición del concepto derechos fundamentales: “En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.<sup>134</sup>

Como concepto los derechos humanos tienen un contenido prescriptivo e identificable en ambos marcos el nacional e internacional, cuando el uso de la noción de los derechos fundamentales refiere a la recepción en un ordenamiento estatal de un conjunto de derechos que tienen la característica de ser sancionados por el derecho positivo y con instrumentos de tutela, el trabajo que nos ocupa consiste en analizar la evolución de los derechos humanos y que los derechos humanos tienen un contenido normativo:

---

<sup>131</sup> Pacto de San José Costa Rica.

<sup>132</sup> Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica).

<sup>133</sup> Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José Costa Rica).

<sup>134</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 47.



Si nuestro objetivo fuera construir una concepción de los derechos humanos para un orden global idealizado compuesto de sociedades decentes y liberales, tal vez sería suficiente simplemente estipular el rol que deberían desempeñar los derechos humanos dentro de ese orden normativo más amplio. Sin embargo, nuestro objetivo es comprender el concepto de derecho humano tal como éste surge dentro de una práctica existente, y para este propósito necesitamos, no una estipulación, sino un modelo que represente los aspectos destacados de esta práctica tal como existe.<sup>135</sup>

### III. Los derechos humanos entre dos tradiciones: iusnaturalismo y positivismo

La tradición de los derechos humanos es una tensión constante entre Espíritu y Materialismo en cuyo centro están debatiéndose el poder y la economía. Los burgueses viven en el presente inmediato y que les es natural, por eso no admiten limitaciones previas a los derechos ni que provengan de un pensamiento religioso trascendental o del pasado como las limitaciones de la tradición.<sup>136</sup>

Como destaca Antonio Enrique Pérez Luño, los teólogos y juristas españoles algunos de quienes contribuyeron a que los principios y fundamentos de la ley natural se conformaron en la teoría de los derechos naturales en los siglos XVI y XVII.<sup>137</sup>

El positivismo como explica Norberto Bobbio: “Pero además, es evidente que la razón de esta definición formal no es teórica sino ideológica, deriva de la concepción del fin del derecho como límite de la libertad individual, deriva de la concepción del fin del derecho como límite de la libertad individual, concepción

---

<sup>135</sup> Beitz, Charles R., *La idea de los derechos humanos*, Trad. Hugo Omar Seleme, Cristián A. Fatauros, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 135.

<sup>136</sup> Martin, Alfred von, *Sociología del renacimiento*, op. cit., p. 50.

<sup>137</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, op. cit., p.30.

que nace de una ideología de tipo individualista y desemboca en la teoría liberal y negativa del Estado.”<sup>138</sup>

#### IV. El control de constitucionalidad y los derechos humanos

El control de constitucionalidad es esencial para la protección de los derechos de los individuos y de las minorías, el desarrollo de este instrumento tiene como objeto la protección del individuo ante posibles actos arbitrarios de los legisladores y de las mayorías. Lo que planeaba era evitar la arbitrariedad del poder legislativo, poder al que se consideró como el más fuerte de los tres y siguiendo a Maurizio Fioravanti este mecanismo determina el espacio que guarda la Constitución que fundamenta que el poder soberano reside en el pueblo.<sup>139</sup>

La experiencia americana consistía por lo tanto en una progresiva práctica de control constitucional ejercida por los jueces mediante “un difuso poder de no aplicación, atribuido a cada juez, de las leyes tenidas en contraste con la constitución.”<sup>140</sup>El juez era el recordatorio de que la soberanía popular del pueblo fundamenta a la Constitución y que ninguno de los tres poderes puede sobrepasar los límites del acuerdo.

---

<sup>138</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Trad. Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1993, p. 23.

<sup>139</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit., p. 109.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 129.

## Capítulo 2

### Derechos humanos y el pensamiento ilustrado

#### I. Concepto de ilustración

El Estado de derecho moderno tiene una gran relación con la filosofía de la Ilustración. Este periodo que tuvo vigencia que se extiende entre el periodo histórico comprendido entre los siglos XVII y XVIII, en Europa con diferentes pensadores de Francia, Inglaterra y Alemania, por lo que puede conocerse a ese movimiento como una ilustración europea. Entre los pensadores más destacados de la ilustración se encuentran Montesquieu, Voltaire, Denis Diderot, D' Alembert, pensadores como Leibniz, Kant, Herder, Moses Mendelsohn, Lessing, Goethe y Schiller, además Thomas Munck ha destacado la deuda que contrajo la ilustración alemana con influencias de la lengua inglesa como los pensadores escoceses como Thomas Reid, David Hume y Adam Ferguson.<sup>141</sup>

En cambio, el Renacimiento fue un periodo histórico que se origina aproximadamente según algunos autores se produjo en los siglos XV y XVI<sup>142</sup>, nació en Florencia y que se considera fue el apelativo para una trayectoria evolutiva en el arte, la ciencia y el desarrollo de la tecnología con expresiones humanistas, que se enfocaban en la dignidad del ser humano mediante un espíritu intelectual que empezaba a debatir con crítica la ortodoxia religiosa, inquiriendo en el arte, después de este periodo se sucederán la Reforma y la Contrarreforma por lo tanto inevitablemente con sus aportaciones precede a la

---

<sup>141</sup> Munck, Thomas, *Historia social de la ilustración*, Trad. Gonzalo G. Djembé, Barcelona, Crítica, 2001, p. 17.

<sup>142</sup> Jerry Brotton alude la consideración general de que la transformación política y cultural que se denomina Renacimiento ocurrió entre los años 1400 y 1600. En el siglo XV tendría lugar en Italia una transformación de la vida política, y que consiste en la especificidad del renacimiento italiano porque es la vida política de Italia en donde se origina la individualidad moderna y en el siglo XVI termina la proyección de la Antigüedad, la cultura clásica. Por eso Brotton pregunta si es posible separar en su datación ese periodo de la Edad media precedente y del mundo moderno que le sucedería pues el término francés "*Renaissance*" se utilizó para denominar ese periodo histórico hasta finales del siglo XIX por el historiador francés Jules Michelet. Brotton, Jerry, *El bazar del renacimiento. Sobre la influencia de Oriente en la cultura occidental*, Trad. Carme Castells, Ediciones Paidós, Barcelona, 2003, p. 33-37.

Ilustración pero no son lo mismo, aunque en realidad los pensadores de la Ilustración buscan contestar a cuestiones que se desencadenaron en el Renacimiento, pues en este periodo histórico como destaca Alfred von Martin quedaron vestigios de sentimiento religioso y eclesiástico en las capas superiores, un ejemplo fueron las fundaciones de caridad que se hacían para mantener el buen nombre, el prestigio como se mencionó en el primer capítulo que era uno de los objetivos para los cuales el dinero del burgués era un medio, en este sentimiento religioso puede subrayarse la diferencia entre la sociedad renacentista de la sociedad o las sociedades ilustradas.

En ese sentido acertadamente señala Agnes Heller que se ha sido excesiva la relación de estos dos momentos Renacimiento/Ilustración en atención al carácter polémico que derivaba de la expresión en ambos, de una ideología revolucionaria que desplegaba nuevas relaciones sociales y las confrontaba con las viejas formas<sup>143</sup>, pero en realidad significaban en sus palabras: “la relación de Ilustración y Renacimiento fue la relación que suele darse entre la última y la primera batallas: en consecuencia, tanto una como otra se acometieron con armas del todo diferentes.”<sup>144</sup>En su opinión el Renacimiento pudo haber retrocedido socialmente al sistema del medioevo, en cambio, la Ilustración significaba definitivamente un paso hacia adelante, los fundamentos sociales que apoyaron el movimiento de la Ilustración eran irreductibles, y aunque admitiendo la correlación reaccionaria que puede tener cualquier movimiento y a esto no era ajena la Ilustración, en la Ilustración comenzó a reproducirse la burguesía, por lo tanto hay un carácter universalista en la Ilustración que el Renacimiento no tuvo y este derivó de que la Ilustración desarrolló una burguesía universal, mientras que la ideología burguesa de la Ilustración se desarrolló solo y para la nobleza.<sup>145</sup>

La sociedad del renacimiento aunque si bien es cierto era anticlerical en cuanto al “sentir religioso” según lo estudiado por Alfred von Martin no era en otro sentido

---

<sup>143</sup> Heller, Agnes, *El hombre del renacimiento*, trad. José Francisco Ivars y Antonio Prometeo Moya, ediciones Península, Barcelona, 1980, p. 19.

<sup>144</sup> *Idem.*

<sup>145</sup> *Idem.*

antirreligiosa y toda su estructura existencial se encontraba muy ligada a la vida de la Iglesia. Esta contradicción presentó un ilustrativo ejemplo con la pompa eclesiástica y las expresiones pagadas que fueron derivando del catolicismo. Situación que ocasionaba una realidad, por un lado ser incrédulos convencidos, pero sin ser enemigos de la Iglesia, por lo tanto la inteligencia de la sociedad renacentista que ironiza y también ofende sobre asuntos eclesiásticos, como parte de la mentalidad del renacimiento tiene sus límites, pues no pretende poner en marcha una ilustración y mucho menos una ruptura con los poderes de la Iglesia como institución capital de la Edad media.<sup>146</sup>

En el Renacimiento, como etapa tardía de la Edad media se continuaron respetando los límites de ese orden, y uno de estos límites fue mantenerse adscrito a la Iglesia y no se le atacó como institución, y pone el ejemplo de Lorenzo Valla quien no dudó en hallar refugio en la cura que contaba con grandes recursos para mecenazgo. La sociedad renacentista no fue una sociedad revolucionaria, porque no tenían deseos de revoluciones espirituales o políticas y más bien contendían a evitar la rebelión o la revolución, por eso el interés en el Renacimiento por el problema de lo estético para la formación de su particular concepción del mundo.

Se satisfacen con ese platonismo "de salón" que es más bien un problema sociológico que intelectual: modas, trajes, tónica del ambiente, "eterno diálogo", las cuestiones de gusto; siempre libres, propias de una sociedad diletanti. Las poesías de Lorenzo el Magnífico, los diálogos de Castiglione y de Bembo son más característicos que los libros de Ficino. Cuando se trata de algo más que de estética, se conserva también la honda oposición interna entre la concepción libre del mundo y 'la religión esotérica, especial, de una minoría de "doctos", y la religión popular, el catolicismo oficial, a la manera de un Bisticci.<sup>147</sup>

---

<sup>146</sup> Martin Alfred, von, *Sociología del renacimiento*, op. cit., p. 129.

<sup>147</sup> *Ibidem*, pp. 129-130.

En el Renacimiento se establece una escisión entre dos religiones: aquella que pertenece a los cultos y la religión que pertenece a las clases populares. Esta oposición tiene paralelismo con la cultura de los últimos tiempos de la antigüedad en la que se escindía a la sociedad entre dos capas la docta y la indocta. Y corresponde a la separación de la mentalidad moderna entre lo espiritual y lo material, sensible y vital. En el pensamiento medieval estas tres propiedades de la cosmovisión estaban ligadas, pues en la Edad media los elementos diversos de la filosofía corriente conformaban el orden de la comunidad, en cambio en la Edad moderna cuyos cimientos comienzan en el Renacimiento se esparce la división moderna del puro espíritu que reserva para si la filosofía y sus elementos a una capa intelectual superior y que son los intelectuales burgueses y humanistas.<sup>148</sup>

La reacción a los elementos de la filosofía medieval ocurre gradualmente, primero como destaca Alfred von Martin con el racionalismo de los capitalistas y de los humanistas que colocan en la cima del poder a la virtud: “todo lo puede el hombre por sus propias fuerzas”, está por ejemplo, la doctrina de Pico della Mirandola sobre la dignidad del hombre: “se hinchó hasta la equiparación con Dios”, y sobre los efectos de esta doctrina racionalista tienen según Alfred von Martin, una reacción.

La doctrina del racionalismo unilateral completamente desconocida en el Medioevo, es una producción de la ideología de las capas sociales superiores que tenían la posesión del poder político y económico, pero consiguieron además una “reacción naturalista” como la doctrina reformista de Lutero, que también era desconocida en la Edad media. La doctrina reformista de Lutero es descrita por Alfred von Martin “*servum arbitrium* y de la *sola gratia*”. Pero lo que trae la reacción además de una visión del mundo distinta es que es una respuesta a una reacción social que “viene de abajo” de la clase media enfrentada a las capas

---

<sup>148</sup>Martin Alfred, von, *Sociología del renacimiento, op. cit.*, p. 130.

superiores que perpetuaban ese orden, porque estaban ligadas a la Iglesia como poder económico, pero no es una reacción del proletariado.<sup>149</sup>

El proletariado reacciona por medio de una relación sociológica del tipo de secta según palabras de Alfred von Martin y su reacción será aplastada por fuerzas más poderosas en lo social y en lo religioso. En este contexto de relaciones sociales, la clase media se encontraba en una situación de impotencia política que se extendía a los aspectos religiosos y sociales lo cual provocaba que tendiera a comprometerse y este acto podía asumir la forma de una sumisión al absolutismo político o al absolutismo religioso de esa nueva Iglesia (Iglesia económica o Iglesia nacional), que era auspiciado por quienes detentaban el poder.

La aparición del evento de la Reforma tiene como trasfondo la actitud que la Reforma tiene ante el fenómeno del capitalismo, por eso Alfred von Martin considera que es una “reacción contra la capa económica superior” y ejemplifica con el siguiente comentario de Martín Lutero: “Sería más conforme con Dios aumentar la agricultura y disminuir el comercio”. Lutero que era hijo de un campesino es quien pronuncia esas palabras que reflejan la opinión pública “reaccionaria”, sobre dos intereses y también su idealización: la producción primitiva y el trabajo manual, porque la clase media estaba detrás de la Reforma y el elemento popular también estaba parcialmente de acuerdo: “con la que marcha también parcialmente “el pueblo”, por esa tendencia suya a dejarse impresionar” por eso esa mentalidad y opinión pública en comparación con la mentalidad renacentista capitalista, la califica como reaccionaria frente a la expansión capitalista.<sup>150</sup> Para que se pusieran en marcha las condiciones para esa reacción es que en Alemania sucede el juicio moral de las “repercusiones morales del capitalismo”.

La Reforma fue el acontecimiento que le dio voz a las capas que en la Edad media ya habían hecho sentir su presencia, por eso los estudiosos del periodo han

---

<sup>149</sup> *Idem.*

<sup>150</sup> Martin Alfred, von, *Sociología del renacimiento, op. cit.*, p. 131.

estimado que Lutero forma parte de la Edad media. El Calvinismo también es otro ejemplo de la tendencia anticapitalista que permeó en el siglo XVII. Los predicadores puritanos que eran generalmente de procedencia campesina o artesana según las propias palabras de Alfred von Martin sus doctrinas ofrecían una constitución económica que iba en contra de las tendencias mundiales.<sup>151</sup>

Las tendencias anticapitalistas que tuvo el protestantismo, a diferencia de la Iglesia católica que en igualdad con el Estado absoluto estuvo del lado de los grupos que controlaban la riqueza, impulsando como agentes directos, el desarrollo de las relaciones capitalistas, las doctrinas de la Reforma tienen un contexto de reacción ante los efectos del capitalismo primitivo, aunque se apaciguarían, ocurrió con el puritanismo que a fin de cuentas consiguió complementar el estilo de vida burgués con el “estado de gracia”, pero no cambia la naturaleza interna de la doctrina, sino que son formas que adoptan como concesiones a “la fuerza de las relaciones económicas que correspondía por completo a las concesiones de la ética económica del catolicismo.” Así fue que las confesiones del calvinismo y el puritanismo acabaron por tener influencia religiosa en la mentalidad económica y su papel fue el de freno y sujeción del afán de lucro en esa etapa del capitalismo primitivo;<sup>152</sup> de manera que mediante el capítulo del protestantismo se van sucediendo reacciones con efectos en lo económico, en lo social, en lo religioso y finalmente en lo jurídico.

En resumen, la Reforma y por ende, la Contrarreforma representaron una reacción ante la etapa histórica del Renacimiento, en los ámbitos económicos y sociales. En este sentido, es acertada la opinión de Alfred von Martin de que el protestantismo fue una reacción hacia la Iglesia mundana de Renacimiento y pretendía restaurar las tesis primitivas de la religión cristiana que abanderaban una actitud indiferente hacia el poderío económico, por lo que las tesis protestantes representaron un riesgo que cuestionaba el espíritu del capitalismo que en el Renacimiento comenzaba su expansión. Por eso terminantemente

---

<sup>151</sup> Martin Alfred, von, *Sociología del renacimiento*, op. cit., p. 131.

<sup>152</sup> *Ibidem*, pp. 131-132.



podemos admitir la postura de Alfred von Martin de que la Reforma y la Contrarreforma fueron el cierre de la génesis de la Edad moderna que continuará su evolución mediante la “cultura de la Ilustración.”<sup>153</sup>

Así como el problema del conocimiento, también la cuestión de la moral fue de interés en la filosofía británica desde el siglo XVII hasta la Ilustración como señala Enrique Romerales.<sup>154</sup> La influencia del pensamiento británico en la Ilustración es tal que algunos expertos han destacado que la Ilustración se originó en Gran Bretaña.<sup>155</sup> Entre los pensadores ingleses cuyas ideas tuvieron influencia en la Ilustración se destaca la influencia de John Locke, particularmente con la publicación de su obra: *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Al efecto de John Locke Nazario González ha expresado la importancia que tuvo el pensamiento inglés con ese filósofo para la abolición del absolutismo como forma de gobierno dominante y el cambio de época histórica que tuvo lugar en las ideas históricas y en la ideología.

Como hombre del Renacimiento, Francisco de Vitoria supone un ejemplo muy interesante del planteamiento entre conocimiento y moral en su alocución “*Reelección primera de los indios últimamente descubiertos*”, para contestar sobre el derecho para sujetar al señorío español a los entonces denominados bárbaros (indios), de este modo es que el Fraile dominico alude a Aristóteles:

Para resolver esta objeción, hay que tener presente lo que Aristóteles dice en el tercer libro de los *Éticos*, que es, que así como la consulta y la deliberación no caben en las cosas imposibles y necesarias, tampoco cabe consulta moral en aquello que es notoriamente lícito y honesto o que, por lo

---

<sup>153</sup> Martin Alfred, von, *Sociología del renacimiento*, op. cit., pp. 130-132.

<sup>154</sup> Romerales, Enrique, *Del empirismo soberano al parlamento de las ideas. El pensamiento británico hasta la ilustración*, Ediciones Akal, Madrid, 1997, p. 60.

<sup>155</sup> Appleby, Joyce, Hunt, Lynn, Jacob, Margaret, *La verdad sobre la historia*, Trad. Oscar Luis Molina S., Barcelona, Editorial Andrés Bello, 1994, p. 52.

contrario, es cierta y evidentemente ilícito y deshonoroso. Pues nadie tiene que consultar si debe vivir con fortaleza, templanza y justicia,...<sup>156</sup>

También situado en el Renacimiento Pico della Mirandola (1463-1494) en el “Discurso sobre la dignidad del hombre” escribe: “La dialéctica calmará a la razón, ansiosamente mortificada entre las pugnas de las palabras y los silogismos capciosos. La filosofía natural pacificará los conflictos de opinión y los disensos que desgastan, dividen y desgarran de diversos modos el alma inquieta. Pero los tranquilizará de modo de recordarnos que la naturaleza, como ha dicho Heráclito, es engendrada por la guerra; de ahí que Homero la llame «contienda».”<sup>157</sup>

Sin embargo, las citas anteriores sirven para aludir en que ambos momentos Renacimiento/Ilustración fueron diferentes siguiendo a Agnes Heller la diferencia decisiva de contenido en las polémicas se dio en el desarrollo de la Ciencia y la Razón, porque una vez apareciendo la cuestión del método, con los progresos de Galileo a Newton, el concepto de inmanencia, que es la interpretación renacentista de la relación hombre-naturaleza que como escribe Heller, no podía conciliarse con la ideología religiosa; por cuanto se empiezan a separar los procesos cognoscitivos de los comportamientos éticos, lo cual atañe completamente al papel que tiene la naturaleza en el pensamiento renacentista,<sup>158</sup> y en cuanto a la razón, en la Ilustración se le consideraba como una iluminación, en cambio, en el Renacimiento la Razón se consideraba como una “fuerza contradictoria, especialmente preñada de contradicciones éticas.”<sup>159</sup> En estos aspectos se dan varias de las diferencias aunque de todos modos el Renacimiento tuvo sin duda un papel precursor.

En los siglos siguientes evolucionarán las concepciones sobre ciencia, naturaleza, razón y conocimiento que son las que determinarán la posición que el hombre tiene en el Estado moderno y como consecuencia del pensamiento ilustrado. John

---

<sup>156</sup> Vitoria, Francisco, *Reelecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, op. cit., pp. 33-34

<sup>157</sup> Della Mirandola, Pico Giovanni, *Discurso sobre la dignidad del hombre*, Trad. Silvia Magnavacca, Ediciones Winograd, Buenos Aires, 2008, 223.

<sup>158</sup> Heller, Agnes, *El hombre del renacimiento*, op. cit., pp. 17-18.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 20.

Locke (1632-1704) considerado como un pensador que influyó en la Ilustración y en el pensamiento filosófico y político de su país, puesto que la Ilustración cambiaría al pensamiento occidental y también a los habitantes de las colonias en ultramar como las colonias americanas que recibieron la producción intelectual y científica de la Ilustración aunque ellos con una diferencia a las élites ilustradas políticas e intelectuales europeas, pues la tierra en la que se sembraban las ideas carecía de ideas y producción intelectual propia y de la tradición medieval que aunque recibía la rebelión de los nuevos tiempos europeos fue el suelo fértil en el que el constitucionalismo fue desarrollando las grandes instituciones al cuestionar que las instituciones políticas y jurídicas medievales no se adecuaban a los nuevos tiempos, se necesitaba una nueva técnica de límites, otro Derecho y la superación de la idea de la comunidad por la titularidad jurídica del individuo, el problema de la soberanía, las potestades de los nacientes estados y el Derecho administrativo como instrumento de la Administración para el ejercicio de sus actividades, antesala de la prestación de servicios públicos.<sup>160</sup>

Como ya escribimos, la influencia del pensamiento de John Locke se sitúa en los orígenes de la ilustración,<sup>161</sup> parte de los pensamientos de Locke los encontramos también en Diderot: “El poder que se adquiere a través de la violencia no es más que usurpación, y sólo dura mientras la fuerza del que manda prevalece sobre la de quienes obedecen; de suerte que si estos últimos llegaran a su vez a convertirse en los más fuertes y se sacudieran el yugo, lo harían con idéntico derecho y justicia al impuesto por aquél. La misma ley que ha creado la autoridad, la destruye luego: la ley del más fuerte.”<sup>162</sup> Esto guarda correspondencia con la obra de John Locke que tiene entre sus relevantes aportaciones la crítica al poder absoluto, pero también con su concepto de conocimiento que da cuenta de porque sería un filósofo muy influyente para los pensadores ilustrados, pues la ilustración normaliza la incertidumbre y ello parte de un concepto de conocimiento ilustrado:

---

<sup>160</sup> González, Nazario, *Los derechos humanos en la historia*, Bellaterra, Edicions Universitat de Barcelona, 1998, p. 70.

<sup>161</sup> Marshall, John, *John Locke, Toleration and early enlightenment culture*, Cambridge University Press, 2006, p. 517.

<sup>162</sup> Diderot, *Escritos políticos*, Trad. Antonio Hermosa Andujar, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 3.

El conocimiento no siempre es claro, cuando las ideas sí lo son. Pero, puesto que nuestro conocimiento está fundado y solamente se ocupa en nuestras ideas, ¿no acaso, se sigue, entonces, que el conocimiento se ajusta a nuestras ideas, y que si nuestras ideas son claras y distintas u oscuras y confusas, así también lo será nuestro conocimiento? A lo cual contesto que no; porque, como nuestro conocimiento consiste en la percepción del acuerdo o del desacuerdo de dos ideas cualesquiera, su claridad o su oscuridad consiste en la claridad u oscuridad de esa percepción, y no en la claridad u oscuridad de las ideas mismas.<sup>163</sup>

No significa esta aparente sencillez tomar el camino del conocimiento intuitivo sino que la filosofía y la metodología sobre las que Locke escribe están insertas en un racionalismo, sensualista en su caso, como por ejemplo de forma limitada establece al distinguir un tipo de conocimiento sensitivo: “por sensación, percibiendo la existencia de cosas particulares”<sup>164</sup>; pero racionalista al fin y al cabo, al respecto John Locke distingue que el raciocinio es lo que sigue para medir el alcance del conocimiento:

Así, por ejemplo, teniendo las ideas de dos triángulos, uno obtuso y el otro agudo, y ambos trazados sobre bases iguales y entre dos paralelas, me es posible, por conocimiento intuitivo, percibir que uno de esos triángulos no es el otro; pero de esa manera no puedo saber si son o no son iguales, porque su acuerdo o desacuerdo en igualdad no puede percibirse jamás por una inmediata comparación: la diferencia de formas, hace que sus partes no sufran una aplicación inmediata, la una encima de la otra, y por eso se hace necesaria la intervención de otras cantidades para medirlas, que es en lo que consiste la demostración o conocimiento de raciocinio.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 3ª ed., Trad. Edmundo O’Gorman, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 536.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 357.

<sup>165</sup> *Idem*.

El sensualismo de John Locke por lo tanto se desprende de su particular concepto del conocimiento, que para John Locke consiste en que la confusión del conocimiento no es consecuencia de una oscuridad o claridad de las ideas, sino de la oscuridad o claridad en la propia percepción, por tanto para Locke un primer concepto de conocimiento consistiría: "...el conocimiento consiste en la percepción del acuerdo o desacuerdo de nuestras ideas, se sigue que primero, no podemos tener conocimiento más allá de las ideas que tenemos."<sup>166</sup>

Es interesante la postura que John Locke sostiene sobre el conocimiento humano cuyo alcance considera limitado porque para Locke el conocimiento consiste ante todo en las percepciones de acuerdo o desacuerdo de las ideas personales, porque Locke consigue entender de acuerdo a su sensualismo las limitaciones de la demostración, es decir del raciocinio, por cuanto no considera cualquier conocimiento demostrativo, pues el conocimiento que se alcanza a por raciocinio es incapaz de comprender las ideas en su totalidad, lo cual queda patente cuando al pasar a examen dos ideas diferentes no es frecuentemente posible encontrar ideas intermedias que se puedan vincular al conocimiento intuitivo en todas las etapas de la demostración, y como falla la vinculación con el conocimiento intuitivo es que surge la dificultad de conciliar una clase de conocimiento humano, como lo es el conocimiento intuitivo con la demostración.<sup>167</sup>

Así el concepto de conocimiento de John Locke tiene como gran referencia la limitación, hasta la estrechez del conocimiento humano, por eso escribe que el conocimiento sensible es el más estrecho de los conocimientos (intuitivo y demostrativo, o racional), porque es un conocimiento que solo se forma a partir de los fenómenos que están disponibles para los sentidos, por lo tanto tenemos que recordar que cuando Locke teoriza sobre los grados de conocimientos analiza las limitaciones de las percepciones y como contribuyen para la claridad de la mente, en definitiva sobre el acuerdo y desacuerdo por una idea, entonces es claro que el conocimiento si no está bien trabajado puede estar formado por percepciones

---

<sup>166</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, op. cit., p. 538.

<sup>167</sup> *Ibidem*, pp. 537-538.

erróneas que no son las correctas, no la naturaleza, no la idea, no la materia.<sup>168</sup> La forma de corregir lo estrecho de las ideas según Locke puede conseguirse:

Pero, a pesar de todo, estoy persuadido de que el conocimiento humano, aun dentro de las presentes circunstancias de nuestro ser y de nuestra constitución, puede llevarse mucho más lejos de donde hasta ahora ha sido llevado, con sólo que los hombres con sinceridad y libertad de mente, empleen en mejorar los medios para descubrir la verdad toda esa industria y esos empeños mentales que emplean en dar color o en defender la falsedad, sólo por mantener algún sistema o por apoyar el interés de un partido que los ha comprometido.<sup>169</sup>

Aunque su pensamiento no puede calificarse de materialista, situación que Francisco Sánchez-Blanco plantea en su obra sobre la Ilustración en España, al situar que el pensamiento de Locke no es empirista, sino una “metafísica de la totalidad”, fuera del control de la mentalidad religiosa, un tipo de escepticismo, que evade derivaciones metafísicas y religiosas, lo cual considera motivó a que la recepción de este pensamiento fuera bien acogida en España a diferencia del materialismo.

La filosofía de Locke representaba un problema para España y que según la doctrina que estudiamos procedía de que la duda acerca de si Locke había sido partidario del materialismo, porque Locke con su filosofía suprimía el dualismo en la teoría del conocimiento que era lo más característico de la filosofía cartesiana y esto autorizaba las deducciones materialistas en la filosofía. Era la difícil cuestión de que la filosofía materialista no consideraba “inerte”<sup>170</sup> a la materia “sino una energía a la que se le conceden posibilidades ilimitadas”, si en la teoría del conocimiento se reducía el conocimiento al principio único de la sensación, es decir la reflexión también abordada por Locke y que muchos de sus seguidores como destaca Francisco Sánchez Blanco no se han detenido a analizar, esta

---

<sup>168</sup> *Ibidem*, pp. 528-538.

<sup>169</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, op. cit., p. 538.

<sup>170</sup> Sánchez-Blanco, Francisco, *La ilustración en España*, Madrid, Ediciones Akal, 1997, p. 23.

situación cambiaba paradigmas porque el espíritu se consideraba un “supuesto superfluo”<sup>171</sup>. Atendiendo a esta concepción de conocimiento es posible explicar los fenómenos, como los de la naturaleza sin necesidad de acudir a otras instancias diferentes a la materia; en este punto Francisco Sánchez Blanco comenta que Locke aunque plantea la pregunta de si la materia tiene capacidad de pensar no llega a formular una afirmación taxativa, por eso Locke recibió reproches desde la palestra de las tesis y filosofías materialistas.<sup>172</sup>

Para Francisco Sánchez-Blanco no deben confundirse el sensismo o sensualismo de Locke con el empirismo de Bacon y Feijoo, si bien ambas concepciones tienen como punto en común rechazo del conocimiento a priori y “de las formas sustanciales”, el empirismo mantiene su escepticismo de la especulación metafísica y de los sistemas y el pensamiento de Locke es una continuidad del discurso filosófico pero sin intentar explicar de manera concreta los fenómenos de la naturaleza, la filosofía de Locke recalca Sánchez-Blanco se lee como una exposición de la lógica, como una estética y en ese rasgo lo empareja con la obra *La Poética* de Ignacio Luzán. Las consecuencias de estas escuelas en los ámbitos educativos y psicológicos tendrá el efecto de que al no brindar una explicación ontológica de los conceptos matemáticos que tanto aprecian los empiristas, pero cuya reflexión de los conceptos crea ideas que operan en la mente y que solo se circunscriben a expresar ideas del mundo físico.<sup>173</sup>

El concepto de Locke por lo tanto tiene que ver con la cuestión que el papel de la religión tuvo en el pensamiento ilustrado y que parte en el caso de Locke no de una negación sino de un reconocimiento de la estrechez para salir de las percepciones del mundo físico o sensorial, pues recordemos que las reflexiones de Locke están influenciadas por las guerras de religión que asolaron a Europa: “Quien considere lo difícil que es conciliar en nuestro pensamiento la sensación con la materia extensa, o bien la existencia con cualquier cosa que no tenga extensión alguna, admitirá que está muy lejos de saber lo que sea su alma. Es

---

<sup>171</sup> *Idem.*

<sup>172</sup> *Idem.*

<sup>173</sup> Sánchez-Blanco, Francisco, *La ilustración en España, op. cit.*, p. 23.

una cuestión que me parece estar situada más allá del alcance de nuestro conocimiento...”<sup>174</sup>Locke que escribe desde la ilustración temprana, aunque preferimos mejor denominarlo como modernidad temprana va colocando ideas centrales en la filosofía de la ilustración y que tendrán que ver con una concepción de los grandes sistemas, de la ciencia, la religión y el derecho y una de sus cualidades es precisamente que enlaza que la libertad de opinión, pero sobre todo un tipo de conocimiento informado es la base de la comprensión y de la libertad para evitar la tiranía:

...camino indebido de algunos hombres, quienes por lo inconcebible de algo que encuentran en un lado, abrazan violentamente la hipótesis contraria, aun cuando ésta sea tan ininteligible para un entendimiento desprejuiciado. Esto sirve, no tan sólo para mostrar la flaqueza y la exigüidad de nuestro conocimiento, sino para poner de relieve la insignificancia del triunfo de esos argumentos que, sacados de nuestras propias opiniones, pueden convencernos de que no podemos encontrar ninguna certidumbre en uno de los lados de la cuestión; pero que, por eso, en nada contribuyen a la búsqueda de la verdad, precipitándonos hacia la dirección opuesta, que, al ser examinada, se encontrará erizada de iguales dificultades.<sup>175</sup>

Las libertades de opinión, de expresión y de pensamiento serán derechos centrales en las teorías de la ilustración no en su garantía pero si en su teorización influenciada en las pretensiones legítimas de los movimientos revolucionarios, pero la pretensión de garantía de estos derechos parte de un concepto de conocimiento y eso deriva también en la opinión pública, la industria cultural y de masas.

El siguiente elemento en importancia en la Ilustración es el derecho natural. Las posiciones iusnaturalistas son desde diversos puntos de vista como el individualista y los diferentes tipos de legitimidad. Respecto del Derecho natural,

---

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 540.

<sup>175</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, *op. cit.*, pp. 540-541.



por ejemplo Diderot filósofo francés señala Antonio Hermosa Andujar en su estudio introductorio a los Escritos políticos reflexionó sobre el problema jurídico y político de la moralidad y que se responden a partir del concepto de legitimidad, al respecto señala Hermosa Andujar que son dos cuestiones las que se plantean frente a la afirmación de que el Estado legítimo, preferentemente el democrático es la técnica para el “problema moral” y que son dos puntos interesantes que transcribimos, porque son planteamientos modernos: “...la naturaleza de las leyes del Estado legítimo, y que garantías ofrecen de constituir la solución técnica del problema moral”.<sup>176</sup>

Ciertamente la Ilustración desarrolla en palabras de Max Horkheimer y Theodor Adorno: “doctrinas morales” en opinión de estos autores tienen el objeto de ser razones intelectuales para sostener el interés de la sociedad ante el desuso de la religión, este movimiento que en la teoría eliminó la fundamentación divina de los poderes, en la práctica los mantiene, por eso para los autores las doctrinas morales consisten en una especie de propaganda de las teorías terrenales, sensoriales, estrechas que el desencanto ilustrado ofrece. Eso coloca ideas como la kantiana de considerar a las fuerzas morales como un hecho, “un recurso”, de fundar una norma de respeto mutuo en la ley de la razón, y paradójicamente ese pensamiento ilustrado fundamenta a la civilización en el interés material y la violencia, al respecto se transcribe lo siguiente: “Pero ante la razón científica las fuerzas morales son ya, según el mismo Kant, impulsos y modos de conducta no menos neutrales que las inmorales, en las que se convierten tan pronto como se orientan no a aquella oculta posibilidad, sino a la conciliación con el poder. La Ilustración destierra de la teoría esta diferencia. Ella contempla las pasiones «como si fuese cuestión de líneas, superficies o cuerpos».”<sup>177</sup>

Lo anterior sirve para explicar un equívoco acerca de la Ilustración, que es pensar que como movimiento emancipador pretendió normalizar las pasiones, pero no es

---

<sup>176</sup> Hermosa Andujar, Antonio, “Estudio preliminar”, en Diderot, *Escritos políticos, op. cit.*, p. XXXVI

<sup>177</sup> Horkheimer, Max, Adorno, Theodor W., *Dialéctica de la ilustración Fragmentos filosóficos*, Trad. Juan José Sánchez, 3ª ed., Madrid, editorial Trotta, 1998, p. 133.

así la Ilustración persigue un objeto que pueda ser organizado. En ese tenor Diderot expresó:

Llevamos una existencia mísera, controvertida, inquieta. Tenemos pasiones y necesidades. Queremos ser felices; y en todo momento el hombre injusto y pasional se siente tentado a hacer a otro lo que en modo alguno querría que se le hiciera a él. Se trata de un juicio que pronuncia en el fondo de su alma, y del que no puede desprenderse. Percibe su maldad, y es necesario que se lo confiese a sí mismo, o que acuerde a cada uno la misma autoridad que se arroga.<sup>178</sup>

Sin volver al concepto de conocimiento ilustrado, interesa profundizar en que el tema de la moralidad en la Ilustración está fuertemente influido por el iusnaturalismo y el individualismo, en tono crítico Max Horkheimer y Theodor Adorno afirman el papel del interés natural en un movimiento que da menos importancia al espíritu y muy enfocado a la influencia de un iusnaturalismo que tiene una fuerte carga sensualista: “Al desenmascarar fines objetivos como poder de la naturaleza sobre el espíritu, como menoscabo de su propia legislación autónoma, queda, en su formalidad, a disposición de cualquier interés natural. El pensamiento se convierte por completo en órgano; se reintegra en la naturaleza. Pero, para los que dominan, los hombres se convierten en material, como lo es la entera naturaleza para la sociedad.”<sup>179</sup> John Locke en sus propias palabras expresaría que las ideas morales no son susceptibles de demostración a diferencia de las ideas de cantidad.<sup>180</sup>

Esta tendencia se observa en las reflexiones de Diderot sobre la moral en el derecho natural y en donde plantea que es difícil determinar el significado del derecho natural así plantea que el significado de la justicia que consiste en dar a cada uno lo que le toca, pero lo difícil es contestar que pertenece a cada uno en el

---

<sup>178</sup> Diderot, *Escritos políticos, op. cit.*, p. 15.

<sup>179</sup> Horkheimer, Max, Adorno, Theodor W., *Dialéctica de la ilustración Fragmentos filosóficos, op. cit.*, p. 135.

<sup>180</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano, op. cit.*, pp. 548-549

estado de las cosas, en una referencia al Estado de naturaleza, Mario Piccipini ha considerado que para Hobbes esa expresión significa: “antes que nada la condición definida por la ausencia de obligaciones y de un poder capaz de sancionarlas irresistiblemente”<sup>181</sup> el constitucionalismo de Thomas Hobbes es esencial para el Derecho moderno, entonces ¿cómo influyeron sus reflexiones en la Ilustración? Para Hobbes, “la Naturaleza (el arte con que Dios ha hecho y gobierna el mundo) está imitada de tal modo, como en otras muchas cosas, por el arte del hombre, que éste puede crear un animal artificial”.<sup>182</sup>

Las tesis de Thomas Hobbes, como ya se apuntó en el primer capítulo constituyen un escalón en la demolición del poder absoluto y de sus fundamentos, también de la transformación progresiva en algunos, radical en otros (Francia) de las instituciones medievales, el poder absoluto es lo opuesto a los derechos humanos, por eso la garantía de los derechos tiene como condición la separación de poderes, Thomas Hobbes y Hugo Groccio aunque no fueron del periodo de la Ilustración fueron pensadores muy influyentes, el quid se encuentra en las reflexiones sobre la naturaleza humana.

Para Hobbes la razón: “A base de todo ello, podemos definir (es decir, determinar) lo que es y lo que significa la palabra razón, cuando la incluimos entre las facultades mentales. Porque Razón, en este sentido, no es sino cómputo (es decir, suma y sustracción) de las consecuencias de los nombres generales convenidos para la caracterización y significación de nuestros pensamientos...”<sup>183</sup>

Le haremos pues notar que, aun cuando lo que abandona le perteneciese tan perfectamente que pudiese disponer de ello a voluntad, y la condición que propone a los demás les fuera también ventajosa, no dispone de ninguna autoridad legítima para hacérsela aceptar; que quien dice: quiero vivir, tiene idéntica razón que quien dice: quiero morir; que éste no tiene

---

<sup>181</sup> Piccinini, Mario, “Poder común y representación en Thomas Hobbes”, *El poder para una historia de la filosofía política moderna*, Duso Giuseppe (Coord.), Siglo XXI, México, 2005, p.100.

<sup>182</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, p. 3.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 33.

más que una vida y que, abandonándola, se convierte en dueño de una infinidad de vidas: que su intercambio apenas si sería equitativo aun quedando sobre toda la superficie de la tierra tan sólo él y otro malvado;<sup>184</sup>

La naturaleza es uno de los grandes temas de la Ilustración así Diderot formula varias consideraciones para el Derecho natural como una noción de la moral para poder establecer una definición de justicia, y el elemento para definir al Derecho natural es la naturaleza, porque a partir de esas reflexiones de Diderot podemos observar una filosofía para la que encontrar el juicio moral tiene una gran importancia, pero es un juicio que no se explica con alocución a la bondad o maldad animales, a los bienes o males morales a lo justo o a lo injusto necesita pasar del voluntarismo a una libertad en la que lo verdaderamente relevante es el juicio personal, que nace de la autoridad personal, a continuación transcribimos una reflexión de Locke sobre la naturaleza que nos servirá para explicar la tentativa de las diferentes corrientes del periodo de la Ilustración que se sirven de la naturaleza para explicar los asuntos morales:

Es la voz de la naturaleza, que nunca se expresa con mayor claridad en mí como cuando me habla en mi favor. Pero, ¿no es en mi corazón donde aquélla se hace oír con la misma violencia? ¡Oh, hombres!, es a vosotros a quienes apelo: ¿Cuál de vosotros, en el umbral de la muerte, no readquiriría su vida a expensas de la mayor parte del género humano si se le garantizasen la impunidad y el secreto? Pero —continuará— yo soy equitativo y sincero. Si mi felicidad exige que me deshaga de todas las existencias que me resulten inoportunas, es necesario también que cualquier individuo, sea cual fuere, pueda deshacerse de la mía, caso de verse importunado por ella. La razón así lo quiere, y yo lo suscribo.<sup>185</sup>

Son las ideas de la ilustración centradas en hacer inteligible el lenguaje de la naturaleza, por eso en sus formulaciones sobre el derecho natural Diderot propone

---

<sup>184</sup> Diderot, *Escritos políticos, op. cit.*, p. 17.

<sup>185</sup> Diderot, *Escritos políticos, op. cit.*, p. 16.

analizar una realidad sólida, la voluntad general. Por eso lenguaje y conocimiento en la Ilustración modelan también el discurso jurídico. Lo que Eduardo García de Enterría como el lenguaje de los derechos y que se origina con la ruptura histórica de la Revolución francesa tiene en los conceptos del Siglo de las luces su fuente, relación que estudiaremos a profundidad en el análisis de los derechos humanos para la Ilustración.

La dificultad de definir el Derecho natural y que curiosamente Diderot supo reconocer como queda patente en los textos citados, proviene de qué el pensamiento ilustrado no ve el error en la naturaleza sino en las percepciones que se producen por el conocimiento humano, por eso hay varias corrientes iusnaturalistas que influyen en el Derecho y eso se proyecta en el énfasis de la actividad del raciocinio, de obtener un conocimiento ilustrado, por eso se ha mencionado que la Ilustración se conforma por diferentes pensamientos.

Las voluntades particulares son sospechosas; pueden ser buenas o malas, pero la voluntad general es siempre buena; nunca ha engañado, nunca engañará. Si los animales fuesen de un orden más o menos igual al nuestro, si hubiesen medios seguros de comunicación entre ellos y nosotros, si pudiesen transmitirnos con evidencia sus sentimientos y sus pensamientos, y conocer los nuestros con idéntica evidencia; en una palabra, si pudiesen votar en una asamblea general, sería menester convocarles; y la causa del derecho natural ya no se celebraría ante la humanidad, sino ante la animalidad.<sup>186</sup>

La Ilustración busca claridad en el lenguaje y esto concierne al concepto de ilustrado de verdad y de conocimiento, a propósito de la relación que tiene el concepto de verdad con la naturaleza, Diderot escribió:

Poseéis el más sagrado derecho natural sobre todo lo que no os es contestado por la especie entera. Es ella la que os ilustrará sobre la

---

<sup>186</sup> Diderot, *Escritos políticos, op. cit.*, p. 18.

naturaleza de vuestros pensamientos y de vuestros deseos. Todo lo que concibáis, todo lo que meditéis será bueno, grande, elevado, sublime, si es de interés general y común. No hay otra cualidad esencial a vuestra especie sino la que exigís en todos vuestros semejantes en favor de vuestra felicidad y de la suya.<sup>187</sup>

Después de esto es notorio que la Ilustración precediera a las revoluciones y que los movimientos insurrectos apelaran a las fuentes de la Ilustración a los conceptos de naturaleza, voluntad general y esto tiene una conexión con el concepto de verdad, por lo tanto consideramos apropiado el razonamiento de José Luis Villacañas Berlanga sobre el análisis de las Revoluciones realizado por Kant, para este autor Kant consideró que el hombre admira a la Revolución porque se afirma una unión entre la naturaleza y la libertad, si bien la política es un medio para la realización de fines materiales, los hombres se plantean fines morales por medio del proceso revolucionario y no se entregan a una forma individualista per se para conseguir sus fines naturales, se pliegan a condiciones morales por medio de formas colectivas de acción y decisión, porque detecta que los hombres pueden cumplir con sus necesidades de la naturaleza sensible respetando las leyes de las libertades morales: “Así que la Revolución Francesa reveló que los hombres, al perseguir sus fines naturales, pueden imponerse condiciones morales.”<sup>188</sup>El Derecho natural depende mucho del concepto de moral:

Que aun cuando se supusiera la noción de especie en un perpetuo fluir, la naturaleza del *derecho natural* no cambiaría, puesto que permanecería siempre relativa a la voluntad general y al deseo común de la especie en su totalidad; 8. Que la equidad es a la justicia lo que la causa es a su efecto, o que la justicia no puede ser más que equidad declarada; 9. En fin, que todas estas consecuencias son evidentes para quien razona, y que quien

---

<sup>187</sup> *Idem.*

<sup>188</sup> Villacañas, José Luis, *Kant y la época de las revoluciones*, Ediciones Akal, Madrid, 1997, p.16.

no quiere razonar, renunciando a la cualidad de hombre, debe ser tratado como un ser desnaturalizado.<sup>189</sup>

Así para Locke un punto central para investigar las ideas morales consistiría en aplicar un método como el de las verdades matemáticas y realizado con indiferencia,<sup>190</sup> esta filosofía y su metodología no son negativas para el concepto de la verdad antes bien forman parte de la evolución del pensamiento ilustrado pero debemos recordar que la Ilustración fue muy variada y el tema central de la naturaleza le dota un significado distinto a la verdad, conseguir la verdad implicará un constante examen de las ideas, un cambio, innovación, para Adorno y Horkheimer supone una separación de la ciencia y la poesía y por lo tanto del lenguaje, el lenguaje se unifica mediante el cálculo: “En realidad, dicho arte se convierte una vez más en mundo, en duplicación ideológica, en dócil reproducción. La separación de signo e imagen es inevitable. Pero si se hipostatiza nuevamente con ingenua complacencia, cada uno de los dos principios aislados conduce entonces a la destrucción de la verdad.”<sup>191</sup>

Por lo tanto según Adorno y Horkheimer: “En cuanto signo, el lenguaje debe resignarse a ser cálculo; para conocer la naturaleza ha de renunciar a la pretensión de asemejarse”. Paradójicamente la imagen para parecerse a la Ilustración renuncia a conocerla, esto tiene consecuencias en la separación entre arte y ciencia y ambas son ámbitos culturales que serán administrados, la ciencia se recicla en un estecismo y el arte se vuelve positivista, se refuerza y se recrudescen el poder social del lenguaje.<sup>192</sup> Por lo tanto la Revolución tiene una transformación en el lenguaje que se traslada al ámbito de las relaciones entre el Estado y los subditos y por ende a la ciencia, en una evolución necesaria, pero entender el significado que tuvo el concepto de verdad en el pensamiento ilustrado de forma crítica enriquece a la evolución de los derechos humanos.

---

<sup>189</sup> Diderot, *Escritos políticos*, op. cit., p. 20.

<sup>190</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, op. cit., pp. 550-551.

<sup>191</sup> Horkheimer, Max, Adorno, Theodor W., *Dialéctica de la ilustración Fragmentos filosóficos*, op. cit., p.

<sup>192</sup> Horkheimer, Max, Adorno, Theodor W., *Dialéctica de la ilustración Fragmentos filosóficos*, op. cit., p. 76.

Por lo tanto un concepto esencial para la ilustración consiste en el concepto de voluntad general sobre la que Diderot resume:

Nunca la perdáis, pues, de vista: sin ella veréis tambalearse en vuestro entendimiento las nociones de bondad, de justicia, de humanidad, de virtud. Repetíos con frecuencia: “Soy hombre, y no tengo más derechos naturales verdaderamente inalienables que los de la humanidad”.<sup>193</sup>

Por su parte, la recepción de la Ilustración en las colonias americanas tiene en la experiencia revolucionaria y constitucional de los americanos consecuencias, al respecto Ralf Dahrendorf ha denominado ilustración aplicada, a la representación de los Estados Unidos como la “forma más pura de occidente”, los Estados Unidos como América escribe Ralf Dahrendorf son una creación del siglo XVIII, la experimentación de las ideas ilustradas a diferencia de Europa no se encontraba restringida por patrones culturales y por los antiguos privilegios, los americanos, parafraseando a Ralf Dahrendorf podían no dejar de crear algo nuevo, la Ilustración como actitud objetiva de normalización de la incertidumbre, ideal emancipador, basado en la idea del progreso por medio del ensayo y del error deriva en dos grandes discursos, los europeos en constante duda, alimentándola como la gran fuerza que mueve a la ciencia y a su racionalismo, aunque ello implique cometer error tras error y los estadounidenses sin cesar de intentar algo nuevo, escogiendo la acción antes que la teoría, movidos por la necesidad, aunque el resultado sea el caos, pero es mejor a dejar que lo “intolerable” fluya.<sup>194</sup> La anterior opinión puede corroborarse con la siguiente cita de otro ilustrado D’Alembert en su “*Discurso Preliminar a la Enciclopedia*” en la que subraya la valía que tiene el error en el obrar humano y resaltar las ventajas de lo nuevo:

Para tener el derecho de admirar los errores de un gran hombre, es preciso saber reconocerlos cuando el tiempo los ha descubierto. Así, los jóvenes a

---

<sup>193</sup> Diderot, *Escritos políticos, op.cit.*, p.18

<sup>194</sup> Dahrendorf, Ralf, *El recomienzo de la historia De la caída del muro a la guerra de Irak*, Trad. Griselda Mársico, Buenos Aires, Kats, 2006, p. 317.



quienes de ordinario miramos como jueces bastante malos, son tal vez los mejores en materias filosóficas, y en muchas otras, cuando no están desprovistos de luz; porque siéndoles todo igualmente nuevo, no tienen otro interés que el de elegir bien.<sup>195</sup>

Las características centrales de este movimiento insisten en una racionalización de las relaciones humanas, por ello parte esencial de su filosofía y de su discurso es la ciencia y el derecho, de manera simbólica se considera que la Revolución francesa fue una culminación de ese periodo. Sin embargo haremos algunas aclaraciones. El historiador Ernst Cassirer subraya el carácter racional del movimiento y que no necesariamente implica un impulso revolucionario, cuando la revolución es de ruptura, la ilustración tuvo un carácter restaurador:

La filosofía de las Luces no considera su misión como un acto destructivo, sino restaurador, Hasta en sus revoluciones más atrevidas no pretende otra cosa que restaurar; *restitutio in integrum*, por la que la razón y la humanidad son restablecidas en sus viejos derechos. En el aspecto histórico esta doble tendencia se revela, por una parte, en que la Ilustración, en toda su lucha contra lo existente y contra el pasado inmediatamente próximo, vuelve con preferencia a motivos intelectuales y planteamientos antiguos.<sup>196</sup>

La Ilustración recurre a la herencia del humanismo del renacimiento, prosigue Cassirer, para estudiar su filosofía con la libertad que ese periodo histórico le permitía y toma los rasgos que de ese humanismo le interesan para sus reflexiones y así consigue llegar parcialmente al “manantial del auténtico problema” que es “el problema del derecho”, aun con sus reflexiones filosóficas, políticas y jurídicas con las categorías de los antiguos, la Ilustración no quiere continuar encallada en el derecho histórico, la ilustración pretende avocarse a un tipo de derecho más terrenal, no considerado como un derecho dado: “derecho

---

<sup>195</sup> D’Alembert, Jean le Rond, *Discurso preliminar a la enciclopedia, A dos siglos de su publicación*, Buenos Aires, Losada, 1954, p. 71.

<sup>196</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, 4ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 261.

que ha nacido con nosotros”, pero esa reflexión resalta Cassirer se encuentra vinculada a una herencia antigua.<sup>197</sup>

La reflexión sobre el problema del derecho conduce a la conciliación entre el derecho y la justicia y con ello a una reflexión sobre la fundamentación del poder. En la Ilustración las ideas platónicas sobre la idea de la justicia de la naturaleza continuarán vigentes y que resulta siguiendo la reflexión de Ernst Cassirer de la reflexión planteada por Platón de la relación entre el derecho y la fuerza, concepto capital porque la Ilustración hará de este un planteamiento medular en su filosofía y en su discurso, es decir como ya se apuntó resolver el cuestionamiento acerca de la naturaleza de lo justo, en la Ilustración se vuelve a la idea platónica de dar un contenido lógico al derecho, que pueda ser traducida por la experiencia, después vendrá la voz verificable,<sup>198</sup> por lo tanto para Cassirer uno de los exponentes de la reflexión sobre el problema del contenido del derecho, es decir asegurarse de que sea lógico, libre de las fundamentaciones arbitrarias del poder fue expuesto en su momento por Hugo Grocio, lo cual documenta Ernst Cassirer:

Así como en Platón la doctrina del derecho surge en una relación recíproca de lógica y ética, en el espíritu de Gracia el problema del derecho se enlaza con el de la matemática. Esta síntesis es rasgo típico de la dirección fundamental del siglo XVII. En él la matemática constituye siempre el medio y el instrumento espiritual para la restauración de la idea platónica. La ciencia natural tanto como las ciencias del espíritu han recorrido este camino. Pero la vinculación metódica establecida de esta suerte implica para la ciencia del derecho una consecuencia a primera vista paradójica y peligrosa en extremo; porque lo que el derecho parece ganar en el aspecto

---

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>198</sup> “Cuando Platón se opone en este punto a la solución de los sofistas y trata de mantener el contenido fundamental del derecho, aquello que “es” en el más puro sentido y que más profundamente significa, libre de toda mezcla con el mero poder y de cualquier fundamento en el poder, plantea la cuestión capital de su filosofía. Aquí se decide el ser o no ser, de la ética, y también de la lógica. El desarrollo histórico posterior conduce ciertamente a un aflojamiento de este vínculo. Cada vez más raramente se recoge la forma metódica de la cuestión platónica en su peculiar sentido; su contenido pervive y constituye un elemento que encontraremos siempre en toda teoría del derecho y del Estado.” *Ibidem*, p. 263.

puramente ideal, eso mismo parece perder en lo que se refiere a su realidad, a su aplicación empírica.<sup>199</sup>

La búsqueda del racionalismo de la ilustración ha recibido una crítica acertada formulada por los filósofos Theodor W. Adorno y Max Horkheimer, en su obra "*Dialéctica de la ilustración*" plantean críticamente las tesis positivistas de separar el arte y la ciencia como "ámbitos culturales" que permitan instrumentalizarlas y así administrarlas, esto deforma el fin que ellas tienen como ámbitos del conocimiento porque se oponen y a su vez caen en una superficialidad, la ciencia a la luz de la escuela neopositivista alcanza un contenido rayano en el esteticismo, por la superficialidad de sus conclusiones ya que se integra solo por signos, datos aislados que no tienen una intencionalidad de trascendencia en el sistema científico y como nuestros autores concluyo a los matemáticos declaran orgullosamente que ese juego es su actividad. Y como se intercambian paradójicamente en vías de su administración por los detentadores del sistema, el arte en toda su totalidad queda a expensas de los dictados del positivismo científico.<sup>200</sup>

No hay una sola Ilustración se trata en suma de una noción que siguiendo a Anthony Padgen como el conjunto de respuestas y de argumentaciones de los filósofos para obtener una respuesta para la comprensión del ser humano en medio del proceso histórico, y que los retos que el racionalismo del siglo XVII desencadenaron.<sup>201</sup>

## II. La visión de los derechos humanos en la ilustración

Los Derechos fueron una preocupación de la Ilustración, pero la mejor manera de definir la importancia de ellos durante ese movimiento histórico es como el proyecto ilustrado de los derechos humanos<sup>202</sup> que refiere James Griffin, porque

---

<sup>199</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, op. cit., p. 264.

<sup>200</sup> Adorno, Theodor W., Horkheimer, Max, *Dialéctica de la ilustración*, op. cit., p. 72.

<sup>201</sup> Padgen, Anthony, *La ilustración y sus enemigos* Dos ensayos sobre los orígenes de la modernidad, Trad. José María Hernández, Ediciones Península, Barcelona, 2002, pp. 121-122.

<sup>202</sup> Griffin, James, *On human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 9-10.

como correctamente formula este autor no hubo una única concepción de Derecho natural o de Derechos naturales.<sup>203</sup> Uno de los puntos de inflexión ocurrió con dos autores que no son propiamente ilustrados pero que sí influyeron mucho Thomas Hobbes y Hugo Grocio. La teoría de la soberanía de Hobbes su ideación de que el poder soberano es una construcción artificial que es como da respuesta a su análisis del problema teológico político del Estado y de la soberanía, la voluntad de la sociedad civil que toma personificación en la representación política.

Entonces lo particular del concepto del individuo en relación con la sociedad civil es por el valor de la libertad y como se fundamenta la noción de la dignidad humana este concepto tiene un sentido religioso, por que hace al carácter de lo sagrado del hombre, y sobre lo anterior Adela Cortina destaca lo siguiente:

Cuenta el libro del Génesis que en el comienzo Dios hizo al hombre a su imagen y semejanza y, por tanto, se gozó de compartir con él desde ese mismo instante la santidad que a Él, como Dios, correspondía. La santidad de la persona, ese carácter de ser sagrado, inviolable, contagiado por Dios, es desde entonces una de aquellas características de la persona que más tarde la Ilustración traducirá en versión secular como «valor absoluto». El hombre es sagrado para el hombre, la persona es lo absolutamente valioso, y esto significa que nadie está autorizado a tratar a los demás o a sí mismo como medios para fines cualesquiera, que nadie está autorizado para instrumentalizar a los seres humanos, utilizándolos exclusivamente como medios para sus propósitos.<sup>204</sup>

Como destaca Adela Cortina, desde el libro del Génesis se subraya la necesidad de la compañía: “reconoce Yahvé abiertamente que el hombre está incompleto si vive como individuo en soledad. Todo era bueno, y así lo vio Dios; sólo había una sombra: que el hombre estuviera solo.” Es la necesidad de un semejante, en el cual se reconocería recíprocamente “y ponerle y recibir de él un nombre por el que

---

<sup>203</sup> Griffin, James, *On human rights*, pp. 9-10.

<sup>204</sup> Cortina, Adela, *Alianza y contrato política, ética y religión*, 2ª ed., editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 16.

nacer realmente como persona.” Lo que Adela Cortina subraya es que el sentido de esa relación entre las dos personas se obtiene que el ser humano tiene un “carácter relacional” porque el individualismo egoísta no es suficiente para el desarrollo del hombre y si en relato del comienzo el individuo no se quedó en soledad, tampoco se formó una comunidad, sino otra clase de relación: “fue la persona en relación con otra persona.”<sup>205</sup>

Además tampoco debe confundirse al movimiento de la Ilustración con el del Romanticismo, aunque si bien ambos tienen grandes diferencias y además supusieron una disputa radical, los dos pertenecen a la modernidad:

A pesar de sus enormes diferencias y de la radicalidad de su enfrentamiento, podemos ver la común pertenencia a la Modernidad tanto de la Ilustración como del Romanticismo comentando un texto del profesor Isaiah Berlín. Éste defiende su conocida tesis que sitúa en el Romanticismo el surgimiento de una muy peligrosa ruptura civilizatoria que amenazaba los ideales liberales e ilustrados (de los que Berlin era un gran partidario): «Es esta encarnación del ideal romántico la que tomó formas cada vez más histéricas y, a la postre, terminó en el más violento irracionalismo y fascismo».<sup>206</sup>

El romanticismo se consideraba como una ruptura que cuestionaba los valores de la Ilustración, pero Isaiah Berlin también reconoció que ambos movimientos, quizás contrapuestos, sin embargo, estaban adscritos a un marco común de la modernidad y da cuenta de aportaciones del romanticismo que son conformes a los valores ilustrados y de la modernidad, como el respeto a la individualidad, respeto por el impulso creativo, la libertad de vivir y de actuar a la luz de creencias y principios personales no determinados, necesidades personales no deformadas, el respeto por la vida privada, las relaciones personales, la conciencia individual y los derechos humanos. Frente a las diferencias entre la Ilustración y el

---

<sup>205</sup> Cortina, Adela, *Alianza y contrato política, ética y religión*, op. cit., 16.

<sup>206</sup> Mayos Solsona, *Ilustración y romanticismo Introducción a la polémica entre Kant y Herder*, Herder, Barcelona, 2004, pp. 141-142.

romanticismo, tienen similitudes que dan identidad a lo que tiene de común la modernidad en Occidente.<sup>207</sup>

Si la Ilustración como explica Anthony Pagden nos legó un lenguaje, entonces ese lenguaje tendría que ser el de los derechos humanos, esta suposición, es de interés para la ciencia del derecho, por lo cual proporcionaremos algunas precisiones. Eduardo García de Enterría fue uno de los juristas en observar el papel que tuvo la Revolución francesa para la formación del derecho público, como se desprende del título de su obra: “La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa”, pero esto no significa reducir las influencias de este periodo ni considerar que el sentido del Estado moderno y de los derechos se restrinja al momento revolucionario, sino entender la magnitud de lo que significó una concepción del derecho ilustrada que acabaría por culminar con la Declaración de 1789 que es más que simbólica.

En palabras de Eduardo García de Enterría la Revolución tiene un ingrediente utópico que proviene de los pensadores ilustrados y de todos ellos, particularmente de Rousseau, quien influyó enormemente en la doctrina revolucionaria, produciendo que se introdujera el “mito de la libertad” que prodigiosamente se introdujo en el nuevo orden político instaurado tras el antiguo régimen con el concepto de voluntad general, concepto que infería que al obedecer a todos se obedecía a sí mismo. Este mito de libertad sería pensar que se estaba restituyendo a los miembros de la sociedad de una libertad humana originaria de la que se habían visto privados tras siglos de abuso por los poderes absolutistas. La doctrina revolucionaria formuló una mitología que contenía festividades, proyecto educativo, nuevo calendario, sistema decimal de pesas y medidas en una empresa de restauración de la democracia lacedemonia o de Atenas, de los Gracos, cuando dirigía el discurso a los pueblos extranjeros hacia los príncipes que hacían guerra a la Revolución, la nueva ciencia, nuevo arte, y

---

<sup>207</sup> Mayos Solsona, *Ilustración y romanticismo Introducción a la polémica entre Kant y Herder*, op. cit., pp. 141-142.

escribe textualmente García de Enterría que toda esta obra de la Revolución: “es constante esa esperanza, que tiene, en ocasiones, mucho de delirio”.<sup>208</sup>

Parafraseando a Eduardo García de Enterría con la revolución se cree con firmeza que se inicia una nueva época en la historia humana y por eso todo se piensa posible, tanto como a intentar reproducir el siglo de Pericles en sus “glorias y artes” y proporciona un ejemplo que permite ver de primera mano el impulso por la participación popular que planea sobre el torbellino de la voluntad revolucionaria: “En un discurso de 1790 ante los jacobinos el pintor David, que propone una suscripción cívica para financiar un cuadro que inmortalice el Juramento del Juego de la Pelota, dice literalmente: «Comencemos, pues, por borrar de nuestra cronología tantos siglos de error».”<sup>209</sup>

El movimiento de la Ilustración conceptúa que el origen de los soberanos se encuentra en la voluntad general. Resulta claro que su poder y sus derechos se fundan únicamente en el consenso de los pueblos; los que se establecen mediante la violencia no son sino usurpadores: y sólo se convierten en soberanos legítimos cuando el consenso de los pueblos reconfirma a los soberanos los derechos de que se habían adueñado.<sup>210</sup>

Por eso la Ilustración dio difusión a derechos que se habían ido procesando por las diferentes tradiciones jurídicas tales como: la garantía de las posesiones, el poder legislativo como garantía de la seguridad y libertad de los hombres.<sup>211</sup> Además de que canalizó el valor de la dignidad humana que también se había ido desarrollando durante los periodos del Renacimiento y de la Reforma como acción y reacción, pero que harán hincapié en un carácter sagrado de la persona humana a la que la Ilustración le confiere el sentido religioso de absoluto, aunque en términos laicos, a continuación citamos a Adela Cortina:

---

<sup>208</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Real Academia Española, Madrid, 1994, pp. 28-29.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>210</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>211</sup> *Idem*.

La estela de la santidad del hombre —lo santo, lo sagrado, lo inmanipulable— recorre desde entonces la historia humana hasta nuestros días, hasta tal punto que Ludwig Feuerbach hace del hombre dios para el hombre, homo *homini deus*. Y aunque en la vida cotidiana bien poco se respeta ese carácter sagrado de la persona para la persona, nadie se atreve a rechazarlo verbalmente porque pertenece ya al discurso de lo «éticamente correcto».<sup>212</sup>

Las primeras declaraciones de derechos humanos que se irán difundiendo en el periodo que abarca la Ilustración están infundidas por lo tanto, de la influencia del cristianismo, de las doctrinas como el contrato social de Rousseau y de las transformaciones del pensamiento renacentista y reformista, y también del capitalismo, propenso a conciliar valores contrarios en un universalismo que empieza a poner como centro al individuo:

Sin embargo, el cristianismo carece de sentido si no compromete los corazones, amén de los comportamientos. Justamente la conversión del corazón, que Kant recogía con toda fidelidad como clave de la transformación personal y social, constituye la entraña de la religión. Podemos decir entonces que el cristianismo no asegura la santidad del contrato social, sino la santidad de la vida humana y la del reconocimiento recíproco entre los seres humanos, que abre el camino del cosmopolitismo. El cristianismo no puede ser una religión civil, en el sentido de creadora de identidades cívicas diferenciadas, precisamente por su carácter universalista.<sup>213</sup>

#### 1. El cambio en el concepto de autoridad

El cambio en el concepto de razón que la concibe como explica Ernst Cassirer, como una fuerza, una energía, para el siglo XVIII no existe un conjunto de

---

<sup>212</sup> Cortina, Adela, *Alianza y contrato*, op. cit., p. 16.

<sup>213</sup> *Ibidem*, pp. 126-125.



conocimientos firme sino que la fuerza de la razón solo puede comprenderse por medio del ejercicio y la acción. Lo cual separa los hechos fácticos, de lo dado y de lo creído, por ende tres grandes testimonios de revelación, tradición y autoridad.<sup>214</sup>

Francisco de Vitoria por ejemplo como pensador renacentista refleja con las siguientes citas que una de las diferencias entre las épocas del Renacimiento y la Ilustración consiste en el criterio de autoridad, respecto de si era necesario que los príncipes y los españoles consultasen todos los derechos y títulos de los territorios que los españoles poseyeron en el nuevo orbe en los que habitaban hombres que en su época fueron denominados “bárbaros” también hace referencia en ese texto Vitoria a que usualmente se les denominaba “indios”; lo que destacamos de la siguiente cita más allá de su contexto es el énfasis en una autoridad demostrada, en una opinión especializada y autorizada para contestar las consultas y deliberaciones de los hombres, y especialmente en este tema<sup>215</sup>: “Que así como en el fuero contencioso el juez está obligado a juzgar según lo alegado y probado, en el fuero de la conciencia todos deben juzgar no por su propio albedrío sino por razones probables o por la autoridad de los sabios. Lo contrario es temerario y expone a errores, y verificándolo, en sí ya se yerra.”<sup>216</sup> Para Vitoria la seguridad de la conciencia es insuficiente, lo justifica por cuanto a las dudas que pueden surgir de la licitud de los actos, en “materia dudosa”, es decir a nuestro parecer de las dudas razonables entre lo que puede ser aparentemente justo o injusto, bueno o malo<sup>217</sup>:

Pero cuando tratamos de hacer algo de lo que racionalmente podemos dudar si es bueno o malo, justo o injusto, entonces es procedente la duda y debemos usar de la consulta, para no tener que lamentarnos de haber hecho temerariamente alguna cosa, antes de haber averiguado si es lícita o no. Y de esta suerte son cosas que, como muchos géneros de contratos,

---

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>215</sup> Vitoria, Francisco, *Reelecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, *op cit.*, pp. 32-35.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>217</sup> *Ibidem*, pp. 34-37.

ventas y otros negocios, según se las mire, tienen aspectos buenos y malos.<sup>218</sup>

La transformación del criterio de autoridad en el pensamiento ilustrado influye en para la formación de la opinión pública y las libertades que tienen que ver con la expresión, la conciencia, la opinión, el pensamiento y la tolerancia, por ejemplo encontramos John Milton que en su discurso *Aeropagítica* defendió a la libertad de prensa analizando los límites de la publicación y de la censura, con sus reflexiones sobre la publicación, la autorización para licenciar, el límite de la censura, Milton concluye que la licencia de lo publicado debe de ser el juicio, es decir la razón, reflexión que se ubica en el concepto ilustrado de autoridad: “¿Y cómo podrá alguien enseñar con autoridad lo que es vital para la enseñanza? ¿Cómo podrá ser alguien doctor en su libro, cual debe? Más le valiere guardar silencio si todo lo que enseña, todo lo que entrega, está bajo escrutinio, bajo la corrección de su patriarcal licenciador, quien emborriona o altera lo que no concuerda exactamente con el retrógrado humor que considera su juicio.”<sup>219</sup>

## 2. Razón

La Ilustración no fue un solo proyecto, por ejemplo para Christian Wolf según el estudio de Ernst Cassirer no se separan los contenidos de la fe y del saber, porque aunque se niega que los contenidos de la fe no sean contrarios a la razón, pero no afirma que el contenido pueda obtenerse solo de la razón y que no comprenda elementos suprracionales, sino que se distinguen los derechos y los límites de ambos sistemas, así la razón y la revelación en la Ilustración son fuentes de conocimiento que no se oponen sino que se complementan,

---

<sup>218</sup> Vitoria, Francisco, *Reelecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, *op cit.*, p. 34.

<sup>219</sup> “Cualquier lector agudo, al instante de encontrarse con alguna licencia pedante, se aprestará a arrojar el libro a la distancia que lanzare un herrón con estas mismas palabras: Desprecio a cualquier maestro de escuela y no soporto a instructor alguno que se me aparece blandiendo la tutela de un puño vigilante. Nada conozco del licenciador, salvo que aquí está su mano para atestiguar su arrogancia: ¿quién podrá garantizarme su juicio? El Estado, señor, responde el editor, quien obtiene pronta respuesta: El Estado será mi gobernador, pero no mi crítico; podrá equivocarse al elegir un licenciador, con la misma facilidad con la que el licenciador yerra con el autor, lo que es bien sabido.” Milton, John, *op. cit.*, pp. 64-65.

conformando una totalidad de la verdad religiosa, ambas fuerzas no lucharán, solo se fomentará su coincidencia sin afectar el contenido fundamental de la fe revelada, aunque se irán reconociendo las metodologías de la demostración.<sup>220</sup>

Baruch Spinoza en su Tratado Teológico Político, vincula a la facultad de juzgar con la libertad y la libertad de filosofar la teoriza con el discurso racional, el filósofo sostiene que la facultad de juzgar pertenece jurídicamente a cada persona. El uso correcto de la razón es la condición para que el alma pueda ser plenamente autónoma y no depender de los engaños de los demás que tienen el mismo acceso a esa facultad de juzgar. Sostiene que el valor del poder humano no se mide en términos corporales sino en la fortaleza del alma, por eso la autonomía de la persona se infiere de quienes posean los máximos grados de inteligencia, pero además guíen sus acciones con ella. La libertad en sentido irrestricto, significa para Spinoza que el hombre se deje gobernar por la razón. Como confía mucho en la razón, Spinoza sostiene que cuando se sigue este sendero, la capacidad de obrar se determina por causas que son correctamente comprendidas por su particular naturaleza aunque las causas estén provocando inevitablemente la obra. La libertad es acción incontenible<sup>221</sup>: "...sino que presupone la necesidad de actuar."<sup>222</sup>

En la Ilustración el concepto de la razón va ligado a los límites de la experiencia. Sostiene Mayos Solsona que en Kant aunque la moral que no es fundamento de lo teórico contrario a la tesis de Fichte, su razonamiento otorga un lugar preferente a la moral en el interés y en las naturales predisposiciones de los hombres, porque para Kant la razón práctica esta encima de la razón teórica pero no por ello puede despojar sus derechos. Mayos Solsona destaca que el verdadero significado de la célebre frase de Kant: "He puesto límites al saber para dejar lugar a la creencia". Es por eso que el uso práctico y el uso teórico de la razón no

---

<sup>220</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración, op. cit.*, p. 206.

<sup>221</sup> Spinoza, Baruch, *Tratado político*, Trad. Atilano Domínguez, Madrid, Alianza Editorial, 1986, p.

91.

<sup>222</sup> *Idem.*

deben confundirse o interferir uno sobre el otro, ocurre que la experiencia tiene una ampliación que es legítima solamente por medio del uso práctico de la razón, que quiere decir que el hombre no se mortifique por la perfección en la especulación cuando afirma que es consciente de que no está seguro nunca de sus argumentos para darle certeza a sus conclusiones, porque es consciente que su adversario en la discusión racional se encuentra en una situación equitativa, porque en el ámbito de la razón práctica el hombre posee una legitimidad para sus argumentos que es indemostrable y no se puede probar por medio de la experiencia.<sup>223</sup>

### 3. Libertad de prensa, tolerancia y censura

Voltaire escribió su Tratado sobre la Tolerancia a raíz de la ejecución de Jean Calas el 9 de marzo de 1762. Y se infiere como Facultad de juzgar, Tolerancia y Conclusiones se entrelazan en estas líneas: “La debilidad de nuestra razón y la insuficiencia de nuestras leyes se dejan notar todos los días, pero, ¿en qué ocasión se descubre mejor su defectuosidad que cuando la preponderancia de un solo voto hace morir en el suplicio de la rueda a un ciudadano?”. Voltaire contrapone este ejemplo con el periodo griego en el que para dictar una sentencia de muerte se necesitaba obtener una mayoría de cincuenta votos y deduce que los griegos eran más humanos que sus contemporáneos franceses, para juzgar.

De las reflexiones de la Ilustración su actitud ante la tolerancia consideró Ernst Cassirer que fue desconocida y malinterpretada, cuando se entiende solamente en su acepción negativa. En la filosofía del Siglo de las Luces sostiene este autor que la tolerancia no es solamente negativa, la tolerancia no significa un relajamiento ante los planteamientos religiosos. Algunos pensadores periféricos defienden la tolerancia en una manera que equivaldría a una actitud indiferente. En esta época, la pauta es son las tendencias contrarias, porque el principio de libertad de fe y

---

<sup>223</sup> Mayos Solsona, *Ilustración y romanticismo Introducción a la polémica entre Kant y Herder*, op. cit., pp. 120- 121.

libertad de conciencia es la más pura expresión del nuevo poder religioso de naturaleza positiva que será la característica definitiva de la Ilustración, además de adoptar una nueva forma, la conciencia religiosa se siente sostenida por esta filosofía.<sup>224</sup>

La forma que va a adoptar la conciencia religiosa consiste en que la religión será el resultado de un padecimiento, tiene que convertirse en acción y cobrar su carácter desde el centro de ella, el hecho religioso que “anima” al hombre no tiene su causa en una fuerza extraña y externa, tiene que provenir de su interior, por eso el hombre tiene que “apoderarse” del sentimiento religioso, formularlo en una libertad íntima que no proviene de un efecto sobrenatural o de la gracia divina, esto no es otra cosa que la inversión total según palabras de Ernst Cassirer del sentimiento religioso.<sup>225</sup>

La libertad de conciencia, como la libertad de tolerancia tienen una estrecha conexión con las formulaciones de la acción que provienen de la libertad, por lo tanto esto conlleva a las doctrinas individualistas que caracteriza el pensamiento que emanará de la Ilustración:

Todavía hay bastantes fanáticos, pero dejemos obrar a la razón y ella nos traerá, sin falta, la salud. "Es suave, es humana, nos educa en la circunspección y destruye la discordia, vigoriza la virtud y hace amable la obediencia frente a las leyes en lugar de sostenerlas por la coacción". Así resulta que los criterios puramente intelectuales se sienten cada vez menos suficientes. No es posible fijar el valor de verdad de la religión con criterios puramente teóricos ni es posible resolver acerca de su validez de manera abstracta; sin tener en cuenta sus efectos morales. Se anuncia ya la fábula del anillo, de Lessing: la verdad última y profunda de la religión no puede ser probada exteriormente sino de manera íntima.<sup>226</sup>

---

<sup>224</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., p. 188.

<sup>225</sup> *Idem*.

<sup>226</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., pp. 192-193.

El discurso “*Aeropagítica*” dado en 1644, que John Milton (1608-1674), disertó ante el Parlamento de Inglaterra en su defensa por la libertad de prensa se ha calificado como precursor de libertad de expresión y de prensa y de oposición a la censura: “Pero guardándome de ser condenado por licencioso, cuando en realidad me opongo a las licencias, no rechazo el esfuerzo de mostrar a través de la historia lo que han hecho antiguas y famosas mancomunidades contra tal desorden, hasta el momento mismo en que este proyecto de licencias salió reptando de la Inquisición, fue atrapado por nuestros prelados y atrapó a algunos de nuestros presbíteros”.<sup>227</sup> El texto inicia con una referencia al poema de Eurípides “*Las Suplicantes*”: “Esto es la libertad: “¿Quien, quiere si lo tiene, proponer públicamente algún consejo útil para la ciudad?” Y el que lo desea, se luce, y el que no quiere, se calla ¿Qué es más equitativo que esto para una ciudad?”.<sup>228</sup> Su texto es una defensa de la libertad de prensa, un alegato contra la censura y el *imprimatur*<sup>229</sup> pues en ese momento el Parlamento había publicado un Mandato para regular la prensa: la Orden de Licencias de 1643, que ordenaba dictaminar cualquier texto antes de ser publicado, encuadernado o comercializado.<sup>230</sup> A continuación transcribimos la frase en la que John Milton despliega la característica del mandato al que se opone:

Pero que un libro, en peores condiciones que un alma pecadora, hubiere de presentarse ante un jurado antes de venir al mundo y soportar en tinieblas el juicio de Radamantis y sus colegas antes de retornar la barca a la luz, es algo inaudito, hasta que esa misteriosa iniquidad, provocada y azuzada al primer advenimiento de la Reforma, persiguere nuevos limbos y nuevos infiernos para también incluir nuestros libros en el total de sus condenados. Éste fue el exquisito manjar tan trabajosamente arrebatado y tan

---

<sup>227</sup> Milton, John, *Aeropagítica*, trad. Mario Murgia, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 24.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p.16.

<sup>229</sup> *Ibidem*, pp. 19-20. Por *imprimatur* entendemos una voz d origen latino que significaba la licencia que otorgaba la autoridad eclesiástica para a impresión de un escrito.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 21. Refiero también al prefacio escrito por Mario Murgia a la publicación de *Aeropagítica*, específicamente a la página 9.

torpemente imitado por nuestros obispos inquisitoriados y esa minoría servil de sus capellanes.<sup>231</sup>

Ese discurso de John Milton contribuye para la expansión del valor de la tolerancia, particularmente la tolerancia religiosa<sup>232</sup> y la libertad de conciencia,<sup>233</sup> John Milton al referirse a la libertad de conciencia distingue entre dos autoridades, la autoridad civil y la autoridad eclesiástica y ninguna debe entrometerse en los asuntos de la otra son ámbitos separados esta es la más clara expresión del significado del principio y libertad de conciencia, es decir que revelación y conocimiento no es que sean enemigas sino que responden a diferentes ámbitos en los cuales introducir la censura puede resultar perjudicial para el hombre público, para la publicación de libros y el saber, por lo cual es esencial gozar de libertad para imprimir opiniones que puedan permitir la conformación de la verdad por absoluta que fuese<sup>234</sup>. En "*Aeropagítica*", John Milton argumenta lo siguiente:

Pero a esa otra cláusula sobre la autorización de libros, la cual pensábamos había fenecido con su hermana cuaresmal y matrimonial cuando expiraron los preladados, atenderé ahora con una homilía como ésta en la que expondré ante vosotros: primero, que son sus inventores individuos que consideraréis odiosos; luego, lo que ha de pensarse en general sobre la lectura, sean los libros de la clase que fueren; y que este mandato no contribuye en absoluto a la supresión de libros escandalosos, sediciosos y difamatorios, a los que en principio se consideraba suprimir. Finalmente, que promoverá en principio el abandono de todo aprendizaje y el detenimiento de la verdad, no sólo al emperezar y achatar nuestras habilidades en cuanto a lo que ya

---

<sup>231</sup> Milton, John, *Aeropagítica*, op. cit., p. 34.

<sup>232</sup> Lewalski, Barbara K., *The life of John Milton*, 3 ed., Oxford, Blackwell Publishing, 2003, p. 180.

<sup>233</sup> "Aunque no desprecio la defensa de justas inmunidades, amo mucho la paz, si esto fuese todo. Dadme la libertad de saber, hablar y discutir libremente de acuerdo con mi conciencia, sobre todas las libertades." Milton, John, *Aeropagítica*, op. cit., pp. 93-94.

<sup>234</sup> Saxonhouse, Arlene W., *Free speech and democracy in ancient Athens*, New York, Cambridge University Press 2006, p. 20. Achinstein, Sharon, *Milton and the revolutionary reader*, New Jersey, Princeton University Press, 2004, pp. 58-69.

sabemos, sino al obstaculizar y segar cualquier descubrimiento por hacerse en el saber tanto religioso como civil.<sup>235</sup>

Esta lectura de John Milton de la censura de las publicaciones ejercida por la autoridad religiosa, en este caso el cristianismo, en el periodo de la Inquisición y del Concilio de Trento<sup>236</sup>, provenientes de la religión dominante en Europa, expuso la redundancia de la intolerancia en los asuntos de la religión, por su parte Ernst Cassirer retomando el Tratado de la Tolerancia de Voltaire subraya que Voltaire al considerar a la tolerancia como una justificación de la filosofía y no una pretensión aislada, la filosofía “se hermana con la religión”: A la primera se debe, y constituye su mayor triunfo, que haya pasado la época de las guerras de religión y que el judío, el católico, el luterano, el griego, el calvinista, el anabaptista y el sociniano vivan como hermanos y sirvan del mismo modo al bien del conjunto.”<sup>237</sup>

No solamente destaca John Milton la obviedad de que las actividades de censura son nocivas para el conocimiento y su transmisión, la veracidad y aportación de su discurso radica en que la actividad de censura se ha presentado desde los Griegos en Atenas cuando los jueces de *Aerópago* desterraron a Protágoras ordenaron quemar sus libros a causa de un discurso en el que confesaba desconocer la existencia de los dioses; y en cuanto a la calumnia señalaron

---

<sup>235</sup> Milton, John, *op. cit.*, pp. 21-22.

<sup>236</sup> Concilio Ecuménico de la Iglesia católica que se reunió a convocatoria del Papa Paulo III como una reacción a la reforma protestante y para defender la doctrina de la Iglesia basada en la Escritura, la tradición y los sacramentos. El Concilio se efectuó entre los años 1545 a 1563. No funcionó la unidad con los protestantes rompiendo definitivamente en 1547 lo que provocó la urgencia de elaborar un índice —*Index*— romano de libros prohibidos, en el marco de uno de los objetivos del Concilio que consistía en condenar la herejía que apareció finalmente en 1559 durante el pontificado de Gian Pietro Carafa llamado Pablo IV. En este primer *Index* se prohibieron tres categorías de libros obras completa de ciertos autores, figurando protestantes y algunos como Erasmo, el segundo, obras concretas de autores concretos y el tercero las obras anónimas, posteriormente el sucesor de Pablo IV, Pablo V pretendió moderar ese primer *Index* romano encomendando esa tarea a clérigos convocados en la tercera sesión del Concilio de Trento, entre los resultados de esta acción, los clérigos tridentinos rechazaron algunas medidas duras contenidas en el primer *Index*, confirmaron competencias en materia de censura a los obispos e implementaron la expurgación que consistía en rehabilitar obras condenadas como ocurrió con la obra de Erasmo y autorizaron la lectura de la Escritura en lenguas vernáculas aunque manteniendo licencia para ejercerlo. Fernández Collado, Ángel, *Historia de la Iglesia en España – Edad moderna-*, Instituto Teológico San Idelfonso, Toledo, 2007, p. 113. Po-Chia Hsia, R., *El mundo de la renovación católica, 1540-1770*, Trad. Sandra Chaparro Martínez, Akal, Madrid, 2010, p. 206.

<sup>237</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, *op. cit.*, p. 192.



también que nadie fuera vejado por nombre de acuerdo a las formas de la Antigua comedia, lo cual da cuenta de la forma de censura hacia la calumnia, otro aspecto de la libertad de expresión que no detallaremos en este punto. Y así es como John Milton escribe sobre la presencia de la censura en otra destacada ciudad griega Lacedemonia, de castigos y silenciamiento de buenos o malos libros en el Imperio Romano con lo cual Milton considera que existen elementos para afirmar que entre los antiguos era posible tratar todo argumento, pero ciertos contenidos de la escritura eran punibles.<sup>238</sup>

A partir del momento histórico en el que los emperadores se convirtieron al cristianismo John Milton no observa que la actividad de censura se hubiera endurecido más de cómo era antes, los libros paganos, escribe, no se encontraban con algún interdicto que pueda nombrarse hasta aproximadamente el año 400, entonces podemos inferir que los libros podían publicarse posteriormente los obispos podían declarar cuales libros eran meritorios y los que no, y por ende, delegar a la conciencia de cada cual leerlos o abstenerse, todo así transcurrió hasta después del año 800 según lo observado por el Padre Paólo Sarpi<sup>239</sup> quien escribió la obra titulada *"Historia del Concilio Tridentino"*.

Así John Milton disertó sobre el papel que tuvieron la formulación de índices de prohibición de obras instaurados por parte de los gobernantes, los papas de Roma revestidos del poder políticos no solo al juzgar, sino que quemando y prohibiendo la lectura de los libros con los que no estuvieran de acuerdo observó que eran frugales al censurar, pero en el acto de la prohibición la publicación de muchos libros no fue autorizada, particulariza en el caso de Martin V quien prohibió la lectura de los libros calificados como heréticos y excomulgó su lectura, pero admite que el protestantismo encabezado por líderes como Wickliffe y Huss presionó a la Corte papal de tal modo que se fueron aprobando políticas de censura más estrictas que siguiendo con papas como Leon X agravándose la

---

<sup>238</sup> Milton, John, *op. cit.*, pp. 24-28.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 29.

aprobación de índices de censura de publicaciones de buenos escritores antiguos con el Concilio de Trento y la Inquisición española.

Los asuntos expurgados (rehabilitados) podían ser heréticos y no heréticos y dependían del gusto de los censores, en este caso de la autoridad religiosa y con ello John Milton puntualiza en la individualidad del censor y si este tiene la autoridad para decidir cuál libro se publica y cual no. Con lo cual podemos entender que el movimiento ulterior de la Ilustración con su referencia a la tolerancia pretende conferirle autoridad a la facultad de juzgar y de ello depende todo el discurso de los Derechos humanos así como su interpretación en los ámbitos de la esfera pública y privada.

La censura se ha presentado en diversos periodos de las civilizaciones occidentales y a ella no ha sido ajena tampoco la modernidad, porque la actividad de la censura, de vigilar con restricciones el efecto que los libros producen y que John Milton sitúa en el contexto de la Iglesia y la Mancomunidad, sin embargo debe cuidarse que el celo de esas actividades no mate la razón y rechace una verdad<sup>240</sup>, pues para el poeta y escritor inglés influido por su profundo pensamiento protestante: “quien destruye un buen libro mata la razón misma, mata la imagen de Dios, como si estuviese en el ojo”<sup>241</sup>; sin embargo, pese a la actividad de la censura las ideas se siguen desarrollando, es la parte donde entra la relevancia de los valores de tolerancia y razón y que referimos a la religión por ser este el sistema de pensamiento y autoridad predominante durante la Edad media, el avance de los derechos de libertad como la tolerancia evoluciona en constante fricción con las limitaciones de sus antítesis a saber: la intolerancia y el autoritarismo, por lo tanto el discurso de los Derechos del hombre que en la Ilustración resulta de una concepción del hombre individualista y liberal culminará a través de las demandas legítimas del pensamiento Revolucionario (Revolución francesa y la Revolución americana) que inauguran la transformación del modelo

---

<sup>240</sup> Milton, John, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 23.

de autoridad que fundamentaba a las relaciones políticas del antiguo orden estamental.<sup>242</sup>

### III. Ilustración y revolución

Definir la relación entre la Ilustración y la Revolución supone no incurrir en equívocos porque el significado que tiene la segunda en el Siglo de las Luces se distingue por su paradoja, en una reflexión ya mencionada brevemente, Ernst Cassirer pone como ejemplo la defensa de Descartes en la que niega su pretensión de crear una nueva filosofía, este filósofo enuncia que los principios racionales en los que solo se fundamenta su filosofía pretenden hacer posibles los privilegios de los antiguos, porque la razón tiene derechos de primogenitura superiores a las opiniones y prejuicios que la oscurecieron durante el desarrollo de los siglos, por eso para Cassirer la filosofía de la Ilustración a pesar de su huida hacia adelante tenía el objeto de reflexionar sobre los “problemas filosóficos radicales de la humanidad” y hace suyo el planteamiento de René Descartes:

La filosofía de las Luces se apropia este lema. En todos los campos lucha contra el poder de la mera tradición y contra la autoridad; pero no cree realizar con esto un trabajo puramente negativo y disolvente. Pretende, más bien, arrumbar los escombros del tiempo para dejar al desnudo los grandes muros del edificio que son para ella incommovibles y permanentes, tan

---

<sup>242</sup> Queremos hacer una mención acerca de los instrumentos de censura y prohibición de libros y publicaciones en la Inquisición española desarrollada mediante los índices inquisitoriales por elaborados por los colaboradores inquisitoriales por orden del Santo Oficio tenían como destinatario al lector hispano, por lo anterior José Pardo Tomás escribe: “Es evidente que los índices inquisitoriales ofrecen tan sólo un aspecto de la censura, aunque ciertamente se trata de un aspecto esencial: la relación exhaustiva de todo aquello considerado por los censores fuera de lo permitido, el universo de lo prohibido”. Pardo Tomás, José, *Ciencia y censura La inquisición española y los libros científicos en los siglos XVI y XVII*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1991, pp. 49-59. Acerca de la publicación de los índices inquisitoriales, en este caso específico de los índices quiroguianos, José Pardo Tomás se refiere a los índices del Inquisidor General Quiroga publicados en 1583 y 1584: “Las instrucciones para llevarla a cabo iban orientadas a dar la mayor difusión posible a lo contenido en el catálogo y a hacer saber a toda la comunidad —lectora o no lectora— que el Santo Oficio volvía a disponer de un instrumento de prohibición y censura y que se hallaba dispuesto a utilizarlo para impedir cualquier contagio con la herejía de la cual el libro se convertía en el más perfecto transmisor”. Pardo Tomás, José, *Ciencia y censura La inquisición española y los libros científicos en los siglos XVI y XVII*, op. cit., pp. 54-59.

viejos como la humanidad misma. La filosofía de las Luces no considera su misión como un acto destructivo, sino restaurador.<sup>243</sup>

El concepto de Revolución con el que se identifica a la Ilustración proviene de la concepción que el discurso de los Derechos tuvo durante este periodo, todavía estamos lejos de los procesos revolucionarios más conocidos como 1776 y 1789, pero si se puede entender que la filosofía de la Ilustración al cuestionar al absolutismo influirá en la evolución de los Derechos humanos y de los derechos fundamentales. De estas Revoluciones se obtendrán los fundamentos del liberalismo político que se recogerá de distinta forma en los constitucionalismos británico, francés y americano, pero lo particular es la expansión de la relevancia que tienen los Derechos y el pensamiento liberal y como influyó en ello el concepto de Revolución, así señala Gregorio Peces Barba: “Estos derechos responderán directamente a los intereses de la burguesía. Pero otros -libertad de expresión, garantías procesales- no nacerán tan vinculados a los intereses de la clase burguesa. Responderán más bien a la necesidad de superar el absolutismo del Estado Moderno.”<sup>244</sup> Ernst Cassirer destaca así que para poder extender la filosofía de la Ilustración a la esfera del Derecho y conseguir así su sistematización y por ende la aplicación de los principios del Derecho natural a las demandas concretas y obtener una evidencia numérica que una Derecho y matemática en la que los elementos de la ciencia del Derecho se estructuren en un todo y que las soluciones obtengan garantía y sanción del todo:

Para dar vigencia a esta tesis fundamental del derecho natural había que vencer dos obstáculos y derrotar a dos poderosos enemigos. Por un lado, el derecho tenía que afirmar su radicalidad y su independencia espiritual frente al dogma teológico y sustraerse a su peligrosa captación; por otro, había que determinar y demarcar claramente la pura esfera del derecho

---

<sup>243</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., p. 261.

<sup>244</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. I Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Ansuátegui Roig, Francisco Javier; Rodríguez Uribe, José Manuel (coords.) . IDHBC; Dykinson, Madrid, 2003, p. 34.

frente a la esfera estatal y protegerla en su peculiaridad y en su valor frente al absolutismo del Estado.<sup>245</sup>

La Ilustración vuelve a los rasgos fundamentales del humanismo del Renacimiento, en ello radica que puntualice en un problema básico que ya mencionamos anteriormente y consistente en el problema del Derecho, pero no en la consideración del Derecho histórico y con ello a los contenidos que engarzan al Derecho con el Estado. En esta lectura se refleja la importancia de los Derechos humanos y como motivarán reivindicaciones que se adoptarán en los procesos revolucionarios: "...esas libertades -de expresión, garantías procesales-- son creación de la ideología burguesa, pero no sirven sólo, como en el derecho de propiedad, para defender los intereses de la burguesía. Su generalización es perfectamente posible. Este es un ejemplo importante de la validez de la teoría pluralista de la causalidad social, frente a la tesis del factor causal preponderante."<sup>246</sup>

Influyen por lo tanto en la concepción de los procesos revolucionarios las disertaciones de los derechos como la libertad de pensamiento, de modo que el pensamiento de la Ilustración habla de acción, pero de una acción que tiene que surgir del centro del hombre, es decir un asunto de humanidad, esta concepción de la Ilustración la podemos encontrar en Voltaire cuyas ideas inspiraron al pensamiento revolucionario, pero sin embargo no lo era, más bien el pensamiento francés acuñó a los derechos inalienables como un evangelio moral, aquellos Derechos naturales y fundamentales como la propiedad y la libertad personal que teorizados por John Locke determinaban a los fines y funciones esenciales del Estado de protegerlos y garantizarlos, debidos a un cúmulo de derechos anteriores al Estado, es decir Derechos naturales que no dependen de los contratos que los hombres celebran en reciprocidad, es decir el contrato social, porque los Derechos naturales son vínculos originarios que anteceden al contrato es decir, el contrato social, al respecto escribe Cassirer sobre la introducción en la

---

<sup>245</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., p. 265.

<sup>246</sup> *Ibidem.*, p. 35.

política real de esta filosofía de los Derechos por la filosofía francesa y que posteriormente adoptarán las fuerzas de choque y explosión que tuvieron lugar durante la Revolución de 1789, en esta tesitura surge el debate consciente de que el Derecho tiene que tener alguna estructura objetiva que no se pueda cambiar al arbitrio de una decisión personal, experiencia o escepticismo, sino que tiene que prevalecer una razón moral que funde las verdades en el mundo físico.<sup>247</sup>

Voltaire como escribe Cassirer fue consciente de la contradicción en la Teoría del conocimiento de dos ideas, por una parte, la inmutabilidad del derecho y por la otra la proposición de que las ideas provienen de los sentidos y se apoyan de las experiencias sensibles.<sup>248</sup> Voltaire rebate a Locke en su planteamiento de que no existen “ideas innatas”, Voltaire no niega que exista un principio universal de la moral, más bien que este principio no es inherente a cada ser racional, sino que tiene que ser encontrado, así tenemos que el verbo encontrar quiere indicar un tiempo determinado y una etapa concreta de desarrollo y aquí tenemos la variación en el concepto de Revelación, que había sido la idea inmanente de la Edad media, el contenido que se revela a la conciencia es anterior al acto, es decir que Voltaire esta siempre pendiente del descubrimiento del carácter inmutable de la moral.<sup>249</sup> Cassirer deja ver que la doctrina de los derechos del hombre y del ciudadano se levanta sobre las reflexiones filosóficas de la filosofía de las luces sobre el Derecho y que versan sobre la búsqueda de un contenido fundamental del Derecho, es decir el proyecto llevado a cabo por juristas como Grocio de la fundamentación del moderno Derecho natural para lo cual se requieren dos técnicas: independizar al Derecho de la apropiación de los dogmas teológicos y delimitar el campo del Derecho del ámbito estatal, protegiendo su particularidad y valores ante el absolutismo del ente estatal.<sup>250</sup>

La declaración francesa de 1789 es producto de la evolución de la fundamentación del moderno Derecho natural por Grocio y las declaraciones americanas aunque

---

<sup>247</sup> Cassirer, *Filosofía de la ilustración, op. cit.*, p. 270-271.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 271.

<sup>249</sup> Cassirer, *Filosofía de la ilustración, op. cit.*, pp. 271-271.

<sup>250</sup> *Ibidem*, pp. 265-266.

recibieron una influencia del ejercicio del principio de libertad de conciencia y de las luchas religiosas que tuvieron lugar en Inglaterra en el siglo XVII muestran la acción que se desencadenó por el “nuevo espíritu iusnaturalista”, así se van montando la tesis de la existencia derechos naturales al hombre anteriores a la formación de las sociedades y de los Estados y el Estado respecto de ellos, solo tiene la función de reconocerlos en el orden jurídico, protegerlos y garantizarlos. La filosofía de los derechos aunque no inventa la idea de los derechos inalienables del hombre los defiende de tal manera y esa defensa raya en la propaganda que no sorprende porque culminó en la implosión revolucionaria, en este complejo factor es que cobra sentido el problema metafísico de la libertad según lo expondría Voltaire en sus ideas y así tenemos que las vacilaciones que demuestra Voltaire sobre la libertad tienen una razón y consiste en que el filósofo alcanzó una visión concreta del problema de la libertad al comparar y ponderar las diferentes formas de gobierno:

Voltaire, por temperamento y por reflexión, no es ningún revolucionario; mas siente también en este terreno el acercamiento de una nueva época y se convierte en su heraldo. Lo que ha expuesto como filósofo puramente teórico, como metafísico, acerca del problema de la libertad. Es insuficiente y algo vago y equívoco. En su *Traité de métaphysique* (1734) defiende la libertad de la voluntad humana y trata de mantenerla frente a todas las objeciones. Las de carácter conceptual y dialéctico levantadas contra ella fracasan, como trata de demostrar Voltaire, ante el testimonio sencillo de la conciencia. El sentimiento de libertad que vive en cada uno de nosotros y nos es presente de una manera inmediata, no puede ser una pura ilusión. Así, el puro fenómeno de la voluntad alcanza para demostrar su libertad...<sup>251</sup>

La relación que tiene la Revolución con la Ilustración en relación al paso determina a la evolución de los derechos humanos y es por esa concepción de la naturaleza. Así la filosofía del siglo XVIII aun influenciada por la Ilustración tiene una

---

<sup>251</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., p. 278.

evocación del pasado pero que buscan cambiar mediante la unión entre pensamiento y acción que tiene su origen en la concepción ilustrada del entendimiento del conocimiento humano.<sup>252</sup> Esta concepción de conocimiento no es perfecta pero estará implícita en los cambios revolucionarios así como advierte Ernst Cassirer:

Con la conquista y aseguramiento de una auténtica libertad de pensamiento está resuelto todo lo demás. Voltaire injerta esta máxima a la filosofía de su siglo y con ella se desata la corriente intelectual que abre brecha incontenible en la literatura de la Francia revolucionaria. Por todas partes se acentúa que el primer paso para la liberación y la constitución intelectual auténtica del nuevo orden estatal no puede consistir en otra cosa sino en una declaración de los derechos fundamentales inalienables, el derecho de seguridad de la persona, del disfrute libre de la propiedad, de la igualdad ante la ley y de la participación de cada ciudadano en la legislación.<sup>253</sup>

Los pensadores del siglo XVIII así destaca Cassirer no idealizan ni espiritualizan al pasado de forma incondicional, antes bien lo ven como un hecho como si lo hicieron los pensadores románticos del siglo XIX, para quienes el pasado tiene un contenido espiritual y que es una de las características que más distingue al pensamiento romántico, esto significa que: “Todo deviene comprensible, justificable y legítimo en cuanto podemos referirlo a su origen. Esta disposición mental no la tuvieron en modo alguno los pensadores del siglo XVIII.” El pensamiento de la Ilustración veía al pasado solo con la vista puesta en el futuro, si esta vista contemplaba la formación de un nuevo orden social y político, preocupación legítima del pensamiento ilustrado.<sup>254</sup>

Por lo tanto los pensadores de la Ilustración tenían una visión de la historia que a diferencia del planteamiento romántico no es definitiva ni es infalible, la historia no

---

<sup>252</sup> Cassirer Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., p. 281; Cassirer, Ernst, *El mito del estado*, 2ª ed., trad: Eduardo Nicol, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 214 – 216.

<sup>253</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., p. 280.

<sup>254</sup> Cassirer, Ernst, *El mito del estado*, op. cit., pp. 214 – 216.



tiene un final, por eso para Cassirer los pensadores de la Ilustración no glorificaban el pasado, como ejemplo pone al *ancien régime*: “una confirmación del *ancien régime*, estaría, a los ojos de los “filósofos” de la “Gran Enciclopedia”, sentenciada desde el principio. Para ellos, no podía tener un verdadero interés teórico porque carecía de valor ético. De acuerdo con el principio del primado de la razón práctica, las dos cosas eran correlativas e inseparables.”<sup>255</sup>

Porque los pensadores del siglo XVIII, etiquetados por sus adversarios de propender al intelectualismo estudiaron a la historia escribe Cassirer con el objeto de obtener una “guía para la acción, una brújula que podía conducirlos hacia un futuro en que la situación de la sociedad humana fuera mejor”<sup>256</sup>, recordemos que el pensamiento Ilustrado tiende al ideal de encontrar una correspondencia entre pensamiento y acción, por eso a juicio de Ernst Cassirer los filósofos de ese tiempo no estudiaban la historia solo para satisfacerse intelectualmente, y sin embargo no tenían un impulso revolucionario corriente, y así cita Ernst Cassirer que uno de estos pensadores de ese siglo expresó: “Nosotros hemos admirado menos a nuestros antepasados, dijo un escritor del siglo XVIII, pero hemos querido más a nuestros contemporáneos, y hemos esperado más de nuestros descendientes.”<sup>257</sup>

La Ilustración tiene como fin obtener una acción humana que se produzca en un acuerdo con la libertad íntima, pero esa acción procede del cálculo, de un razonamiento que debe tener un signo matemático, pretende establecer un control racional, y en ello consiste para Ernst Cassirer la gran diferencia entre la Ilustración y el romanticismo alemán, en un conocimiento de la historia basado en el pasado y otro en el futuro, así la cita de Duclos que Ernst Cassirer proporciona lo demuestra: ““nuestro conocimiento de la historia no puede ser nada más ni nada mejor que “una experiencia anticipada””.<sup>258</sup> La anticipación por medio del uso de la razón es el carácter que identifica a la Ilustración y nada más opuesto a la

---

<sup>255</sup> Cassirer, Ernst, *El mito del estado*, op. cit., pp. 214 – 216.

<sup>256</sup> *Idem.*

<sup>257</sup> *Idem.*

<sup>258</sup> Cassirer, Ernst, *El mito del estado*, op. cit., pp. 214 – 216.

Revolución, por eso el resultado del romanticismo es la Revolución, como Ernst Cassirer en sus palabras detalla: “En un panfleto político, escrito en vísperas de la Revolución Francesa o poco después de su inicio, se lee lo siguiente, “disponemos de guías seguros, más viejos que los monumentos antiguos, guías que existen en todas partes y que todos los hombres los poseen: una razón que gobierne nuestros pensamientos, una moral que enderece nuestros sentimientos, y un derecho natural”.”<sup>259</sup>

La visión del romanticismo es un relativismo, en el que el principio opuesto es no considerar una totalidad de la moral, del derecho natural y por ende de la razón, se amparan en la historia, y por ello a cada carácter histórico le conceden su propia justificación, a cada época histórica le corresponde su propio derecho, sus propias normas y por eso cada periodo se juzga según sus “propias normas” en una visión historicista:

Los fundadores de “la escuela histórica del derecho” afirmaron que la historia es la fuente, el origen mismo del derecho. No existe ninguna autoridad por encima de la historia. La ley y el estado no pueden ser “obra” del hombre. No son productos de la voluntad humana y no están, por consiguiente, bajo la jurisdicción de dicha voluntad. No están vinculados a los supuestos derechos inmanentes de los individuos, ni estos derechos pueden restringirlos. El hombre no pudo hacer la ley, como tampoco pudo hacer el lenguaje, el mito o la religión. Según los principios de la escuela histórica del derecho, tal como los concibiera Savigny y se desarrollaran en las obras de sus discípulos y partidarios, la cultura humana no surge de las actividades libres y consientes de los hombres. Tiene su origen en una “necesidad superior”. Y esta necesidad es metafísica; es el espíritu natural que actúa y crea inconscientemente”.<sup>260</sup>

---

<sup>259</sup> *Idem.*

<sup>260</sup> Cassirer, Ernst, *El mito del estado, op. cit.*, pp. 214 – 216.

#### IV. Ilustración y modernidad

El pensamiento filosófico moderno tiene que estudiarse atendiendo a algunas de las ideas que darían las características que la modernidad tiene. Son distintos los diversos momentos que se recorrieron en la historia para alcanzar el significado que tiene la palabra moderno y uno de lo tiene sin lugar a dudas el Siglo de las Luces con este periodo se abarcan doctrinas y teorías que en el pensar filosófico como escribe Cassirer tiene una imagen científica del mundo y del sistema, por ende del discurso de la modernidad y de la concepción de los derechos naturales.<sup>261</sup> A fin de entender la influencia de la filosofía de la Ilustración en la modernidad transcribimos el siguiente párrafo:

De hecho, el sentido fundamental y el empeño esencial de la filosofía de la Ilustración no se reducen a acompañar a la vida y a captarla en el espejo de la reflexión. Antes bien, cree en la espontaneidad radical del pensamiento; no le asigna un trabajo de mera copia sino que le reconoce la fuerza y le asigna la misión de conformar la vida. No se ha de contentar con articular y poner en orden, sino para mostrar en el acto mismo ele la verificación su propia realidad y verdad.<sup>262</sup>

Como el conocimiento es un ideal racional que acompaña a los pensadores de la Ilustración, la modernidad se inicia con un concepto del conocimiento sistemático y positivo. Para el pensamiento ilustrado la evolución de la ciencia demuestra que lo positivo y lo racional son alcanzables y se puede cumplir. Esto procede del conocimiento de la naturaleza que se va desarrollando con el conocimiento analítico moderno y de las etapas que permitieron lograr ese conocimiento. La

---

<sup>261</sup> "The Enlightenment, I maintain, was the most important and profound intellectual, social, and cultural transformation of the Western world since the Middle Ages and the most formative in shaping modernity. It must be understood both as an intellectual movement and as a mainstream socio-economic and political history –historiography a distinctly unfamiliar combination. It evolved on both sides of the Atlantic and began in the second half of the seventeenth century. The product of a particular era, it has profoundly affected every aspect of modernity," Israel, Jonathan I., *Democratic enlightenment. Philosophy, revolution and human rights 1750-1790*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 3.

<sup>262</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración, op. cit.*, p. 12.

Ilustración es testigo de que se van comprendiendo los fenómenos naturales, esa totalidad de lo real que parecía tan inalcanzable, porque los fenómenos naturales se unifican en una sola regla universal, como nueva formulación cosmológica que se demuestra palpablemente la ley de la atracción universal de Newton ejemplo del conocimiento metódico, no por revelación ni la causalidad.<sup>263</sup>

La filosofía natural del Renacimiento es la raíz hacia el tránsito de la ciencia natural matemática como explica Ernst Cassirer y para lograr eso se requiere de la observación sensible, de la experimentación y de las mediciones (o medición exacta). Observar a la naturaleza que es una nueva formulación de la teoría natural establecida por Kepler y por Galileo, es una huida hacia adelante, esa visión de futuro que el pensamiento de la Ilustración absorberá inspirado por los logros de las ciencias de la naturaleza, pero Ernst Cassirer destaca que esas nuevas formulaciones de la teoría natural tienen un impulso religioso, pretenden comprobar en “legalidad de la naturaleza las huellas de su divinidad”, pero esta nueva inspiración religiosa entrará en “conflicto creciente con las formas tradicionales de la fe”,<sup>264</sup> así Ernst Cassirer describe la actitud de la Iglesia frente a esos descubrimientos en las ciencias de la naturaleza:

Desde este punto de vista se comprende perfectamente la lucha emprendida por la Iglesia contra los avances del moderno espíritu matemático-natural. Lo que combatía en él no eran los particulares resultados de la investigación. Entre ellos y el contenido de la doctrina eclesiástica era posible una conciliación y el mismo Galileo creyó largo tiempo en esta posibilidad y trabajó sinceramente por ella. Pero el trágico equívoco que le hizo fracasar reside en su intento de zanjar la oposición por un lugar que no era el debido- pues se subestimó a sí mismo y subestimó la renovación radical del sentido metódico que tuvo lugar con él.<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., p. 24.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>265</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., p. 59.

El papel que los pensadores del Siglo de las Luces le confieren al conocimiento sensible tendrá un impacto en el Derecho, porque el Derecho se quiere interpretar con los conocimientos de la naturaleza y en atención a los cambios que se están produciendo en el campo del conocimiento científico, en la imagen científica que los pensadores tienen de la modernidad. Así en la opinión de Ernst Cassirer Galileo en su enfrentamiento con la Iglesia no se fijó en la característica esencial del cambio metódico que tenía su concepto de verdad:

No era, en verdad, a la nueva cosmología a lo que las autoridades eclesiásticas se opusieron con todas sus fuerzas, puesto que, como hipótesis puramente matemática, lo mismo podían aceptar la copernicana que el sistema tolemaico. Pero lo que no toleraban, porque amenazaba los pilares del sistema eclesiástico, era el nuevo concepto de la verdad anunciado por Galileo." Junto a la verdad de la revelación se presenta ahora una verdad de la naturaleza, autónoma, propia y radical. Esta verdad no se nos ofrece en la palabra de Dios, sino en su obra, no descansa en el testimonio de la Escritura o de la tradición, sino que se halla constantemente ante nuestros ojos. Es legible tan sólo para aquel que conozca los rasgos de la escritura que la expresa y sepa descifrarlos.<sup>266</sup>

La modernidad que se anuncia con este cambio en el conocimiento de la verdad y que el pensamiento del Siglo de las Luces no descubre sino que estudia es equiparar el saber humano con el saber de la naturaleza, extendiendo este conocimiento al saber filosófico, por eso Ernst Cassirer subraya la apreciación que la filosofía de la Ilustración tuvo de Newton:

La admiración sin límites con que el siglo XVIII honra a Newton se basa en la comprensión de su obra, que no aparece de valor incomparable merced a lo que aporta y al fin que se propuso, sino más bien, por el camino que la condujo al logro de este fin. Newton ha sido el primero que ha llevado el

---

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 60.

conocimiento de la naturaleza, de las suposiciones arbitrarias y fantásticas a la claridad del concepto, de la oscuridad a la luz.<sup>267</sup>

El pensamiento de la Ilustración “cree” en palabras de Ernst Cassirer que la obra de Newton puede ser el fundamento inmovible de un conocimiento de la naturaleza, porque su admiración proviene no del conocimiento específico sino del método seguido para obtenerlo, así considera que el conocimiento obtenido de la naturaleza puede fijar para siempre: “la relación recíproca entre la naturaleza y el conocimiento humano y el vínculo que les une es ya irrompible.”<sup>268</sup> Dos saberes, el conocimiento de la naturaleza y el conocimiento humano autónomos pero que se encuentren en armonía: “La naturaleza del hombre sale al encuentro de la naturaleza del cosmos y Se vuelve a encontrar en ella. Quien descubre la una adquiere de inmediato certeza de la otra. La filosofía natural del Renacimiento entendió por naturaleza la ley que, lejos de que las cosas la reciban de fuera, mana de su propio ser, ley con que fueron dotadas desde el origen.”<sup>269</sup>

El sentido moderno consiste siguiendo a Ernst Cassirer en que la ley de la naturaleza no puede conocerse colocando representaciones subjetivas o fantasías particulares, el registro que tiene esta filosofía es seguir el curso de la naturaleza con los recursos del conocimiento sensible y el recurso del intelecto, que tiene una organización más universal, con acciones de compartir, contar y enlazar, en suma un conocimiento abstracto, por lo tanto el curso de la naturaleza registrará por medio de la observación, el experimento, las mediciones y el cálculo. El saber natural y el saber humano se pretenden sean complementarios: “De esta suerte a la pura autolegalidad de la naturaleza corresponde la autonomía del entendimiento que la filosofía de la Ilustración trata de mostrar, en un mismo proceso de emancipación espiritual. Ambos tienen que ser conocidos en lo genuino de cada uno y, mediante este conocimiento, referidos en firme reciprocidad.”<sup>270</sup> Así puntualiza Ernst Cassirer en la característica definitiva de la modernidad que

---

<sup>267</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., p. 61.

<sup>268</sup> *Ibidem*, pp. 61-62.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>270</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., p. 62.

deviene de esta búsqueda de reciprocidad entre la naturaleza y el entendimiento, a este cambio de pensamiento le mueve que no exista mediación entre el vínculo de la naturaleza y el espíritu:

...al contrario, por el solo planteamiento del problema, por la cuestión en que envuelve a la naturaleza y al espíritu, ha aflojado este vínculo y conducirá a su total rompimiento. La metafísica de la época moderna lleva a cabo esta ruptura con los sistemas del ocasionalismo: en ellos sacrifica a la omnipotencia de la suprema causa divina la acción autónoma de la naturaleza y la forma autónoma del espíritu.<sup>271</sup>

Como no se conciben al espíritu y a la naturaleza, ni oscuros ni misteriosos, ni inalcanzables para el entendimiento, sino que se integran por principios accesibles, que pueden ser comprendidos mediante la sistematización. Lo cual considera Ernst Cassirer como una “concepción fundamental” que hace evidente que el conocimiento científico fuera considerado omnipotente por el pensamiento filosófico de la época. Así, la filosofía de la Ilustración recae en una trascendencia que reclama el principio de inmanencia al igual que para la naturaleza también para el espíritu, así señala Ernst Cassirer.<sup>272</sup> Por lo tanto pensadores como D'Alembert señala Ernst Cassirer consideran al siglo XVIII como siglo filosófico, pero esta época también se conoce como el siglo de la ciencia natural. Ya desde el siglo XVII porque había progresado las actividades científico-naturales y obtenido protección interna, como sucedió en Inglaterra fundarse en 1660 *Royal Society* que inicialmente se creó como centro para la ejecución de labores científico-naturales que inicialmente operó como asociación libre de investigadores y también como “invisible *college*” posteriormente recibiría un Decreto real, con su correspondiente reglamentación pública y sanción estatal, al respecto escribe Ernst Cassirer que este órgano se caracterizó por los siguientes principios: “La inspiraba un sentido metódico determinado; advirtió siempre de que no puede ser

---

<sup>271</sup> *Idem.*

<sup>272</sup> *Ibidem*, pp. 62-63.

admitido en física ningún concepto que no haya sufrido su prueba empírica, que no haya sido corroborada por el experimento.”<sup>273</sup>

En materia de religión, la Ilustración continúa en el avance hacia un universalismo provocado por el progreso de la ciencia, y en la relación del conocimiento con la religión subyace el problema del conocimiento que se adquiere por la experiencia y las apariencias que no pueden ser experimentadas por el conocimiento humano:

Cree el universalista abstracto que la Modernidad ha mostrado sobradamente que las diversas religiones no son sino apariencias, fenómenos, de una religión moral única, de una espiritualidad única, asequible a la razón de todo ser humano. Esta religión común va descubriéndose paulatinamente con el progreso en la Ilustración y haciendo innecesarias las diversas religiones, manifestaciones al cabo de esa religión universal.<sup>274</sup>

Históricamente los derechos fundamentales se desarrollan en varias tradiciones, una de las cuales fue la tradición del constitucionalismo de ideología liberal, revolución liberal ocurrida en Inglaterra en el siglo XVII, así como la Revolución francesa y la Revolución de las colonias americanas en el siglo XVIII, al respecto Gregorio Peces Barba señaló que los Derechos fundamentales de esta tradición tienen como núcleo argumentativo la fundamentación jurídica del derecho a la propiedad privada:

Los derechos fundamentales serán un elemento clave en esa nueva ideología. A través de los derechos fundamentales se construirá jurídicamente la fundamentación del derecho de propiedad privada, y se superarán las trabas que los restos de la organización medieval de la industria y de comercio mantenían, a través de la libertad de industria y de comercio.<sup>275</sup>

---

<sup>273</sup> Cassirer, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, op. cit., p. 63.

<sup>274</sup> Cortina, Adela, *Alianza y contrato*, op. cit., 125-126.

<sup>275</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Historia de los derechos fundamentales I*, op. cit., p. 34.



De todos modos los actos constituyentes que resultarán de las Revoluciones cada uno en su tipo, tenderá hacia el inicio del proceso de positivación de los derechos y libertades, con una primera preeminencia por los derechos del Estado liberal, aquellos orientados a la protección de la propiedad privada y las libertades individuales. Sin embargo esta comparación debe aclarar que el proceso revolucionario en Francia tendió a ser radical y se orientó hacia una forma de gobierno parlamentaria, en Estados Unidos sus ideas influenciadas por la Ilustración se orientaron hacia el modelo de control de la constitucionalidad, en ambas teorías constitucionales coinciden se busca la moderación y no invocar a la soberanía popular en un proceso revolucionario, la voluntad general y la teoría de la representación, principios constitucionales que entienden que el concepto radical de la Revolución que se entiende como inherente a la Ilustración tan solo consiste en uno de los grandes temas que la filosofía ilustrada intentó responder para entender el acontecer de la historia humana ante las fuerzas de la historia.

El papel de la sociedad es una contradicción para la modernidad, porque exige una utopía para la construcción de las relaciones en la que el pensamiento moderno no se conforma con el mundo sino que busca ofrecer caracteres alternativos al sistema dominante, Peter Gay aunque en una obra sobre la modernidad, que ya no se sitúa históricamente en periodo de la Ilustración, lo explica así:

Ningún moderno constituye una isla apartada y autosuficiente. Todos ellos, es casi innecesario decirlo, vivían en el mundo que les había tocado en suerte y respondían a los estímulos de ese mundo, aunque fuera solamente, al modo de los auténticos radicales, para rechazar sus rasgos dominantes y ofrecer alternativas a los hábitos estéticos en boga. Entre los dedicados al teatro, los representantes más destacados, al igual que en la arquitectura y el diseño, fueron los expresionistas alemanes, propagandistas de un mundo mejor que dotaron al ambiente cultural de los

primeros tiempos de la República de Weimar de una apariencia de unidad.<sup>276</sup>

Así tenemos que el pensamiento Ilustrado trabajó no eliminó completamente la idea de la sociedad civil, aun cuando su principal motivo era el individualismo, la relación de la Ilustración con la modernidad pasa por la complejidad de las relaciones sociales que tiene el hombre con el mundo. Para complementar lo anterior transcribimos la siguiente cita del doctor Arnulfo Sánchez García acerca de los proyectos de investigación y de la explicación de la realidad: “Ya decía Carnelutti (2008) que en la búsqueda de las reglas de la vida, por rudimentario que sea el método e incierto el resultado, estamos ante la obra de la ciencia”.<sup>277</sup> El Estado moderno se ancló sobre el fundamento de la búsqueda de un control humano sobre las acciones individuales, es decir de encontrar la razón, haciendo nuestras las palabras del Doctor Arnulfo Sánchez García: “...a satisfacer necesidades que procuren el bienestar de la colectividad, es decir, aquella investigación que tiende al mejor control del hombre sobre los hechos.”<sup>278</sup>

---

<sup>276</sup> Gay, Peter, *Modernidad La atracción de la herejía de Baudelaire a Beckett*, Trad. Marta Pino, Antón Corriente, Carmen Artime, Eva Almazán, editorial Paidós, Barcelona, 2007, p. 339.

<sup>277</sup> Sánchez García, Arnulfo, “Protocolo de investigación”, en Sáenz López, Karla, Tamez González, Gerardo (Coords.), *op. cit.*, p. 44.

<sup>278</sup> Sánchez García, Arnulfo, “Protocolo de investigación”, en Sáenz López, Karla, Tamez González, Gerardo (Coords.), *op. cit.*, p. 44.

## Capítulo 3

### Los tres grandes valores

#### I. La formulación del valor de la libertad en la teoría de los derechos humanos

La Revolución americana y la Revolución francesa son muy mencionadas en los orígenes modernos de la positivación de los Derechos humanos, ahora bien particularizaremos en este tema en la formulación del valor de la libertad.

En lo que concierne a la Revolución de las colonias americanas (las 13 colonias), en el proceso constituyente tendrá una importancia esencial mantener una ideología liberal burguesa que ya imperaba en el desarrollo social y político de las colonias, al respecto Habermas explica las razones históricas que motivaron la invocación de los derechos naturales en América.

En lo que concierne a la Revolución de las colonias americanas (las 13 colonias), en el proceso constituyente tendrá una importancia esencial mantener una ideología liberal burguesa que ya imperaba en el desarrollo social y político de las colonias, al respecto Habermas explica las razones históricas que motivaron la invocación de los derechos naturales en América era que los americanos no tenían limitaciones para declarar derechos naturales, porque la sociedad se encontraba integrada por propietarios, lo cual explica la relevancia que los derechos patrimoniales como la propiedad privada tienen desde las Declaraciones americanas y como tener medios materiales es siempre una condición de superioridad, los colonos se encontraban muy acostumbrados a la igualdad, no padecían impuestos y perjuicios, así las cosas estaban mejor preparados que sus contemporáneos franceses para la libertad.<sup>279</sup>

---

<sup>279</sup> Habermas, Jürgen, "Derecho natural y revolución", en *"Teoría y Práxis (Estudios de Filosofía social)"*, trad. de Salvador Más Torres y Carlos Moya Espí, Madrid, Tecnos, 1990, p. 92.

Así es evidente que textos emblemáticos como la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, hayan declarado la protección de la libertad de prensa como ocurrió en el artículo XII: "Que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás a no ser por gobiernos despóticos", coloca a esta libertad como un elemento esencial del valor de la libertad y establece que su violación corresponde a formas de gobierno despóticos. Es así como una declaración sintetiza el objeto del constitucionalismo moderno como una confrontación hacia el absolutismo.

Las 13 colonias ya habían tenido ejercicios de autogobierno pues se les había permitido aprobar cartas constitucionales en las que ya se reconocían previamente libertades.

Diferentes textos como la Declaración de Independencia del 4 de junio de 1776 de las 13 colonias, Constitución de Virginia de 1776 que sirvió de modelo a la Constitución americana de 1787, por lo que hace a la Constitución de Virginia se destaca que este texto fue aprobado con una Declaración de Derechos que enuncia un catálogo de derechos naturales que son los de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de Junio de 1776.

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), es un texto interesante por los planteamientos por sus aportaciones al pensamiento político ya que la Declaración y lo afirmamos sin retórica es importante para el estudio de los orígenes de las declaraciones de derechos humanos y entre algunos autores también para el estudio del pensamiento revolucionario.<sup>280</sup> Así queremos enfatizar que esta Declaración junto con otras declaraciones algunas ya citadas otras por mencionar subrayan un carácter determinante en el que hemos insistido y que señalamos en las palabras de Gregorio Peces Barba para quien son el eslabón final en el desarrollo de una primera generación de derechos

---

<sup>280</sup> Tema ya analizado en el segundo capítulo.

humanos que provienen del siglo XVI, derechos que son reivindicaciones de la burguesía para limitar al absolutismo.<sup>281</sup>

El primer párrafo de la Declaración de Independencia (1776) comienza con una advocación a la Naturaleza y el lugar similar que le corresponde al hombre, consecuencia de la interpretación que operó en la filosofía de las luces respecto de las esferas de autonomía del Hombre y de la naturaleza:

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 el Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad exige que declare las causas que lo impulsan a la separación.<sup>282</sup>

Declara como evidentes que los hombres son iguales y como derechos inalienables: derecho a la vida, derecho a la libertad y la búsqueda de la felicidad, consagrando el derecho de resistencia:

...que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad.<sup>283</sup>

En la Constitución de Virginia (1776) se declaran derechos naturales que corresponden al hombre por naturaleza: “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a

---

<sup>281</sup> Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, pp. 57-58.

<sup>282</sup> Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, 1776.

<sup>283</sup> Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, 1776.

su posteridad por ningún pacto.”<sup>284</sup> Las ideas de John Locke acerca de que el contrato social no puede restringir o suspender ciertos derechos naturales, pues bien estos derechos que son anteriores al contrato, es decir a la voluntad general son formulados por la Declaración: derecho de goce de la vida, derecho de libertad, derecho de adquirir y poseer la propiedad, derecho de seguridad y derecho a la felicidad.<sup>285</sup>

En el artículo XVI enuncia el derecho a libertades de índole individualista:

Que la religión, o los deberes que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlos, sólo pueden regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza y la violencia; en consecuencia, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con el dictamen de su conciencia, y que es deber recíproco de todos el participar de la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo.<sup>286</sup>

La Constitución de Pennsylvania (1776), declaró también los derechos naturales: “Considerando que todo gobierno debe instituirse y mantenerse para seguridad y protección de la comunidad como tal y para posibilitar que los individuos que la componen puedan disfrutar sus derechos naturales y las demás bendiciones que el Autor de la existencia ha concedido al hombre...”<sup>287</sup>

Por la formulación de los derechos humanos en relación al valor de la libertad resulta interesante que esta Constitución en comento remite también al Derecho de resistencia: “y que cuando estos grandes fines de gobierno no se consiguen, el pueblo tiene un derecho, con el consentimiento general, a cambiarlo y a tomar las medidas que considere necesarias para fomentar su seguridad y felicidad.”<sup>288</sup>

---

<sup>284</sup> Art. I, Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de Junio de 1776.

<sup>285</sup> *Idem.*

<sup>286</sup> XVI, Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de Junio de 1776.

<sup>287</sup> Constitución de Pennsylvania, 1776,

<sup>288</sup> Constitución de Pennsylvania, 1776.

En la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 también se enunciaba ese derecho de resistencia que deviene del dogma de la soberanía popular: "...y que cuando un Gobierno resulte inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público."<sup>289</sup>

En su artículo 1, enuncia a la igualdad y la libertad como condición natural de los hombres: "Que todos los hombres nacen igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos naturales, inherentes e inalienables entre los que se encuentran el disfrutar y proteger la vida y la libertad, adquirir, poseer y proteger la propiedad, y buscar y obtener la felicidad y la seguridad."<sup>290</sup>

No se puede obviar que el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 establece a la libertad como una condición esencial de su pacto constitucional:

NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCION para los Estados Unidos de América.<sup>291</sup>

Las primeras 10 enmiendas (*Bill of Rights*, 1791), que se introdujeron en la Constitución americana de 1787 fueron ratificadas para integrarse al texto constitucional contienen una enunciación de derechos básicos, con la excepción de la 10 enmienda que remite a las facultades implícitas de los Estados, por lo que concierne a los derechos de libertad, la enunciación de la libertad religiosa, libertad de asociación, libertad de expresión y libertad de imprenta, las célebres

---

<sup>289</sup> Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776, art. III.

<sup>290</sup> Constitución de Pennsylvania, 1776.

<sup>291</sup> Constitución de los Estados Unidos de América, 1787.

cuatro libertades (Enmienda I), la garantía de legalidad y la inviolabilidad del domicilio (Enmienda III).

En Estados Unidos la visión de los derechos de libertad es diferente a Francia, pues con los primeros predominan, siguiendo al Profesor Gregorio Peces-Barba, las tesis de Calvino, Beze, Hotmann. Duplessi-Mornay, Juriey, Knox, Bichanan, Roger Williams, puritados y sectas minoritarias,<sup>292</sup> y en una menor medida el humanismo laico de Voltaire o la filosofía igualitaria de Rousseau,<sup>293</sup> puesto que la libertad forma parte de la vida a la que se habían acostumbrado los colonos, por ello la colocación de la libertad negativa en la primera enmienda: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.”<sup>294</sup>

El liberalismo político de los Estados Unidos de América tenderá al mecanismo del control de la constitucionalidad para no recaer en una dialéctica del proceso revolucionario, las distintas libertades consagradas en la enmienda todas subrayan la percepción de una condición natural de los hombres y todas están también influenciadas por el sensismo de Locke y la práctica constitucional británica, por lo tanto es evidente que sean libertades individualistas las que mayormente se protejan a saber, la libertad religiosa, que relacionamos como consecuencia con el clima adverso de intolerancia imperante en Europa durante las Guerras de religión; la libertad de imprenta; la libertad de conciencia y de pensamiento y la libertad de expresión, Alexis de Tocqueville en su célebre obra “La democracia en América” recopiló importantes observaciones:

En un país donde rige ostensiblemente el dogma de la soberanía del pueblo, la censura no es solamente un peligro, sino un absurdo inmenso.

---

<sup>292</sup> Peces-Barba, G., "Los derechos del hombre en 1789 (Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa)", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1989, n. 6, p. 69.

<sup>293</sup> *Idem.*

<sup>294</sup> Enmienda I, Constitución de los Estados Unidos de América, 1787.



Cuando se concede a cada uno el derecho de gobernar a la sociedad, es necesario reconocerle la capacidad de escoger entre las diferentes opiniones que agitan a sus contemporáneos, y de apreciar los diferentes hechos cuyo conocimiento puede guiarle. La soberanía del pueblo y la libertad de prensa son, pues dos cosas enteramente correlativas: la censura y el voto universal, son por el contrario, dos cosas que se contradicen y no pueden encontrarse largo tiempo en las instituciones políticas de un mismo pueblo.<sup>295</sup>

Así el valor de libertad formulado por el pensamiento revolucionario estadounidense y el pensamiento revolucionario formulado por el proceso revolucionario francés seguirán senderos distintos en el campo del liberalismo político en lo concerniente a la forma de gobierno como garantía de los derechos humanos, el paradigma de Estado de derecho y el tipo de derecho o principio de juridicidad.

Con justeza escribió Eduardo García de Enterría que el comienzo del derrumbamiento del Antiguo régimen en la fecha emblemática de 1789 inauguró una nueva época en la historia humana, con implicaciones geográficas en la que se expanden sus postulados básicos y que fueron la libertad y la igualdad que se plasmaron en dos documentos esenciales de la Revolución: Decretos de 4-11 siguientes y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de modo que los derechos que sintetizan aquellos valores fueron: eliminación total de los privilegios y la igualdad de todos los franceses,<sup>296</sup> en sus propias palabras Eduardo García de Enterría señala: “Esos dos documentos constituyen la primera y certera expresión de la nueva concepción política que la Revolución porta en su seno.”<sup>297</sup>

Por lo que hace al Decreto del 4 de agosto de 1789 está referido a la constitución de una sociedad de semejantes, sin embargo, siguiendo a Eduardo García de

---

<sup>295</sup> Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*.

<sup>296</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos*, op. cit., p. 24.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 25.

Enterría la Revolución francesa a diferencia de las demás revoluciones históricas no tenía como objeto sustituir al jefe político, al grupo dominante por otro, cambiar de régimen político o reorientar la acción política o la dirección: Se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable.<sup>298</sup>

Por lo tanto aunque la Revolución de 1789 tiene una serie de componentes y eventos que la hacen única interesa solo recordar que el cambio que impulsó la Revolución francesa afectaba a toda la estructura social que asentaba un orden jurídico y social basado en una superioridad que se legitimaba por voluntad divina o humana y que unía a los súbditos en una relación de fuerza y que había durado por siglos, lo que la Revolución pretendía cambiar era ese sistema por otro en el que las relaciones del orden social y político estuviesen conectadas por medio de relaciones de igualdad y libertad, solo que Eduardo García de Enterría apunta que esa construcción tenía un torrente que procedía del lenguaje, pues bien este aspecto argumentador de la Revolución y de la apropiación de la autoridad del lenguaje de la Revolución, para después convertirlo en la lengua de los derechos tiene varias significaciones: primero, que no consistió en un simple ejercicio demagógico, al contrario es como su creadora, un instrumento para la formación de un nuevo orden, pero tiene los componentes del pensamiento ilustrado, como la generalización del lenguaje jurídico, no se le considera un privilegio de cultos.<sup>299</sup>

Frente a ese estilo «legicida», que mataba el sentido de las leyes nuevas imbuidas de libertad, el propio Mirabeau invitaba a que estas leyes nuevas se redactasen en forma «inteligible, para poner de acuerdo a los ciudadanos ilustrados sobre sus derechos, vinculándolos a todo lo que

---

<sup>298</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos, op. cit.*, p.26.

<sup>299</sup> “El resultado final será, en el epígrafe de un capítulo de la gran historia de Brunot, la «entrada de la lengua Jurídica en la lengua general» que él ve como el resultado de los grandes códigos napoleónicos (Código Civil de 1804, Código de Procedimiento del mismo año, Código de Comercio de 1807, Código de Instrucción Criminal de 1808, Código Penal de 1810) y de su formidable efecto sobre el cuerpo social.” *Ibidem*, p.43.

puede recordarles las sensaciones que han servido para hacer surgir la libertad» Es manifiesto, pues, que frente a la oscuridad y torpeza de las antiguas leyes opresoras, una nueva lengua de los derechos y de la libertad se presenta como una de las tareas revolucionarias más caracterizadas.<sup>300</sup>

El uso del lenguaje, le confiere al derecho el carácter de un sistema, por lo tanto el discurso para las relación de los hombres con el orden político y social se apoya en un discurso sistemático; el uso político del lenguaje jurídico por la autoridad, a la vez que funda a la nación como el epílogo de la lucha entre el Antiguo régimen.<sup>301</sup>

El punto final de la Revolución como destaca Eduardo García de Enterría fue la producción técnica de un sistema jurídico nuevo, de derecho público moderno, que regularía las relaciones entre el poder y los ciudadanos, cuya influencia se extendería a Europa y se globalizaría en el mundo. Esta construcción fue dirigida y pensada por dirigentes y juristas de diversas procedencias, en un término temporal no demasiado amplio en el que reencusaron los mitos de la utopía revolucionaria, los postulados de libertad e igualdad para reordenar la vida colectiva en dos instrumentos: la institución de los derechos subjetivos y la técnica o el principio de legalidad como medio indispensable para legitimar y ejercer el poder político y como medio de garantía de los derechos de libertad u otros derechos, como los derechos civiles y políticos que son los que más relación tienen en materia de intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos.

---

<sup>300</sup> García de Enterría, *La lengua de los derechos*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>301</sup> “El poder está en manos de quienes pretenden hablar en nombre del pueblo; «lo que quiere decir a la vez que el poder está en la palabra, puesto que la palabra, pública por naturaleza, es el instrumento que desvela lo que querría permanecer oculto... y consiste en una pugna constante de palabras, únicas cualificadas para apropiárselo, pero rivales en la conquista de ese lugar evanescente y primordial que es la voluntad del pueblo. La Revolución sustituye a la lucha de intereses por el poder una competición de discursos por la apropiación de la legitimidad. Sus líderes no hacen otro oficio que el de la acción; son intérpretes de la acción... la palabra ocupa toda la escena de la acción... aspira al poder, al mismo tiempo que denuncia su inevitable corrupción.»” García de Enterría, Eduardo, *Ibidem*, pp. 46-47.

## 1. Libertad de los antiguos y modernos

En el presente trabajo se pretende demostrar la evolución que los derechos humanos sin separarla del contexto del constitucionalismo, por lo tanto los derechos humanos deben estudiarse atendiendo al núcleo estatal, al respecto sobre la forma de gobierno moderada como ideal del constitucionalismo antiguo Maurizio Fioravanti destacó: “Como recordaremos, el ideal de la constitución mixta ya había sido afirmado por los antiguos, en los términos de un gran proyecto de conciliación social y política, capaz de disciplinar las respectivas funciones del gobernante, de los estamentos aristocráticos, de las fuerzas populares.”<sup>302</sup>

Benjamin Constant acuñó el término Libertad de los antiguos y libertad de los modernos en su “Discurso sobre la Libertad de los antiguos comparada con la de los modernos,” en el cual Constant pretendía exponer la diferencia entre ambas libertades consideraba que la confusión entre ambas libertades en las “épocas célebres de nuestra revolución” había causado numerosos males. En palabras de Constant:

La libertad individual, lo repito, he ahí la verdadera libertad moderna. La libertad política es su garantía; la libertad política es por consecuencia indispensable. Pero pedir a los pueblos de nuestros días sacrificar, como los de antaño, la totalidad de su libertad individual a su libertad política, sería el medio más seguro de desafeccionarlos de una; y cuando se hubiera logrado, no se tardaría en arrancarles la otra.<sup>303</sup>

La libertad política entiende Benjamin Constant tiene el objetivo de la protección individual, pero la libertad política entendida por este tiene dos derivaciones: la limitación de la autoridad política y también poner límites a la soberanía popular y de sus representantes: “Resulta de lo que acabo de exponer que nosotros no

---

<sup>302</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., p. 21.

<sup>303</sup> Constant, Benjamin, *Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos*.

podemos ya gozar de la libertad de los antiguos, la que comprendía la participación activa y constante al poder colectivo. Nuestra libertad se debe componer del goce pacífico de la libertad privada. La parte que en la antigüedad cada uno tenía de la soberanía nacional, no era como en nuestros días, una suposición abstracta.”<sup>304</sup>

Además Isaiah Berlin destacó en sus diferencias entre libertad positiva y libertad negativa. Dos valores se oponen constantemente y son la libertad y la autoridad. Precisamente los valores que los filósofos ilustrados teorizarán tomando las reflexiones del pensamiento político moderno y estableciendo una comparativa con los logros en las ciencias de la naturaleza que quieren incorporar a la filosofía. En estas luchas ente la libertad y la autoridad es donde se percibe la diferencia entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos. Así las civilizaciones que menciona Isaiah Berlin como la griega, la romana y la inglesa en todas sobresalió el rasgo de oponer libertad y autoridad. No obstante, la diferencia entre las dos clases de luchas (la antigua y la moderna) resalta por el tipo de libertad que la sociedad concebía.

No existía en la antigüedad una idea equivalente a la soberanía popular y la garantía contra la tiranía en la antigüedad propendía a mantener una forma equilibrada de gobierno. Las sociedades de la antigüedad recordemos eran esclavistas, las disputas entre el gobierno y los súbditos solo tenían lugar entre una parte de los súbditos y una parte de los gobiernos. El significado de libertad era ser libre y estar protegido de la “tiranía de los gobiernos políticos” en los términos de John Stuart Mill:

Se consideraba que éstos (salvo en algunos gobiernos democráticos de Grecia), se encontraban necesariamente en una posición antagónica a la del pueblo que gobernaban. El Gobierno estaba ejercido por un hombre, una tribu o una casta que derivaba su autoridad del derecho de sucesión o

---

<sup>304</sup> Constant, Benjamin, *op. cit.*

de conquista, que en ningún caso contaba con el asentimiento de los gobernados y cuya supremacía los hombres no osaban, ni acaso tampoco deseaban, discutir, cualesquiera que fuesen las precauciones que tomaran contra su opresivo ejercicio. Se consideraba el poder de los gobernantes como necesario, pero también como altamente peligroso; como un arma que intentarían emplear tanto contra sus súbditos como contra los enemigos exteriores.<sup>305</sup>

El concepto de libertad de los antiguos era entendido en función de la comunidad un orden político que tenía que mantener el equilibrio, por el contrario en el pensamiento político moderno, la libertad se entiende en función del individuo al que hace falta proteger, así la libertad negativa se va desarrollando progresivamente en el pensamiento político moderno como una prohibición de interferencia en la esfera de autonomía individual:

Para impedir que los miembros más débiles de la comunidad fuesen devorados por los buitres, era indispensable que un animal de presa, más fuerte que los demás, estuviera encargado de contener a estos voraces animales. Pero como el rey de los buitres no estaría menos dispuesto que cualquiera de las arpías menores a devorar el rebaño, hacía falta estar constantemente a la defensiva contra su pico y sus garras. Por esto, el fin de los patriotas era fijar los límites del poder que al gobernante le estaba consentido ejercer sobre la comunidad, y esta limitación era lo que entendían por libertad.<sup>306</sup>

Así la colocación de límites a los poderes soberanos se fue desarrollando primeramente como destacó Isaiah Berlin enfocándonos en tema de los derechos humanos, con el progresivo reconocimiento de inmunidades en la esfera de autonomía del individuo/persona. Así se reconocen dos conjuntos de derechos o libertades: los derechos políticos. Tenemos entonces la comprensión de que en

---

<sup>305</sup>Stuart Mill, John, *Sobre la libertad*.

<sup>306</sup>*Idem*.

todas las primigenias declaraciones de derechos humanos se declare el derecho de resistencia, el gobierno no podía transgredir ciertos deberes y si se efectuaba una sanción al ordenamiento jurídico, se autorizaba la resistencia individual o una rebelión generalizada. Segundo: Se requerían garantías constitucionales para el orden político, así se fueron legislando controles “frenos constitucionales” que consistían en que la comunidad o una parte de ella otorgara su consentimiento a los actos del poder gobernante, al respecto es importante transcribir la reflexión de John Stuart Mill sobre ambos dispositivos:

En la mayoría de los países de Europa, el Gobierno ha estado más o menos ligado a la primera de estas restricciones. No ocurrió lo mismo con la segunda; y llegar a ella, o cuando se la había logrado ya hasta un cierto punto, el lograrla completamente fue en todos los países el principal objetivo de los amantes de la libertad. Y mientras la Humanidad estuvo satisfecha con combatir a un enemigo por otro y ser gobernada por un señor a condición de estar más o menos eficazmente garantizada contra su tiranía, las aspiraciones de los liberales pasaron más adelante.<sup>307</sup>

Para Isaiah Berlin la conceptualización de la libertad política y social tiene un problema que es diferente a la perspectiva del determinismo histórico y social. El problema consiste en que la disminución de un ámbito de decisiones libres es incompatible con la libertad política y social. Se estarían complementando ambas libertades y la libertad política no tendría un sentido eminentemente colectivo. Establece que el indeterminismo no significa reducir o tratar al hombre al nivel de un animal o cosa. En el caso de la libertad política y social surge un problema que es totalmente diferente al del determinismo histórico y social. El indeterminismo tampoco significa libertad política como libertad de decisión, considerarla intrínseca a la idea del ser humano, porque la idea del ser humano se ha forjado con la historia en un ámbito restringido por fronteras, es decir ciertas civilizaciones han desarrollado plausiblemente la idea de libertad de decisión, para Berlin el

---

<sup>307</sup> Stuart Mill, John. Sobre la libertad.

análisis se refiere al problema de “sus fronteras” de cómo aplicar el término libertad a la idea del ser humano.<sup>308</sup>

Las fronteras no son nacionales sino del tipo de derechos o de la extensión que la libertad puede tener, así Isaiah Berlin discute cual concepto de las fronteras, es decir de los alcances puede ser aplicado para el concepto de libertad y resume tres cuestiones esenciales de sus tesis: a) si no ha sido radical, la diferencia que se ha debatido entre libertad positiva o libertad negativa; b) si al término libertad puede concedérsele una amplia extensión, sin que eso sea en detrimento de un significado y disminuya su utilidad, y c) el valor de la libertad política.<sup>309</sup>

El significado de la libertad política no puede desligarse de los planteamientos del determinismo histórico y social y del indeterminismo. El concepto histórico de la libertad depende del desarrollo de las esferas de autonomía individuales, la protección de un ámbito interno y externo de decisiones individuales. Pero el indeterminismo histórico puede hacer poco para la consagración de ese desarrollo, porque no siempre se consiguen conciliar la libertad política con la libertad individual y se les ve como contrapuestas. El concepto de libertad se desarrolla a la par del principio de dignidad humana. El ser humano tiene una posición que lo hace diferente de las demás criaturas es el centro del ordenamiento jurídico y el Estado en el sentido moderno está limitado por las garantías individuales. Sin duda influye en estos avances la noción de interés público y servicio público y una visión de la sociedad moderna no equivalente a la de las sociedades antiguas.

Así es que estamos de acuerdo en que el estudio de la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos en que la libertad y la idea del ser humano en el sentido de la historia deben estudiarse referidas a “un ámbito limitado por fronteras. En

---

<sup>308</sup> Berlin, Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza editorial, 1998, p. 187.

<sup>309</sup> Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, *op. cit.*, p. 38-39.



efecto, el problema de sus fronteras, de si el concepto de éstas puede serle aplicado con propiedad...”<sup>310</sup>

De forma rápida Isaiah Berlin resume que la libertad “es la oportunidad de actuar, no el actuar mismo; la posibilidad de acción y no necesariamente es realización dinámica de ella con la que la identifican tanto Fromm como Crick.”<sup>311</sup> Su planteamiento es interesante porque tenemos una visión que de la libertad que se ha considerado ilustrada pero que como vimos fue una emulación de los descubrimientos en la naturaleza y de un pensamiento filosófico de la modernidad temprana y que consiste en vincular al pensamiento humano con la acción, por eso la relevancia de la libertad de obrar, por lo tanto puntualizamos en que como destaca Isaiah Berlin que la libertad de obrar no puede considerarse como un no hacer: “Si el no hacer caso de una manera apática, de varias posibilidades que llevan a una vida más vigorosa y abundante —por mucho que esto pueda condenarse por otras razones —no se considera incompatible con la idea de ser libre, no tengo nada que discutir con las formulaciones que han dado estos dos escritores.”<sup>312</sup>

En el sentido moderno se puede pensar que solo prevalece el concepto de la libertad negativa, es decir considerar que los deseos del ser humano no se vean limitados por obstáculos, tales como el orden superior de una comunidad (sea de derecho o social), ciertamente que este concepto de la obtención de los deseos tiene el antecedente en el sensismo de filósofos como Locke y en la divulgación e interpretación de su filosofía, pero bajo esta tesis se oculta un defecto que ha sido negativo para el ensanchamiento del valor de la libertad la libertad negativa puede ejercerse de forma negativa que interfiera en los deseos y en la integridad de los otros. Si analizamos cuidadosamente el pensamiento político moderno como en el primer capítulo el desarrollo de la garantía de los derechos tiene como objeto al vincularse con un constitucionalismo que la forma de Estado y de gobierno sea

---

<sup>310</sup> Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, op. cit., pp. 38-39.

<sup>311</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>312</sup> Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, op. cit., p. 44.

garantía de un equilibrio entre las acciones y las individualidades, el principio de separación de poderes, el desarrollo del Estado de derecho en su fórmula exclusivamente alemana, y posteriormente europea, el sistema de control constitucional difuso de los Estados Unidos de América son técnicas dirigidas a limitar al poder público y la tiranía, pero la gran pregunta es ¿Cuál fue el planteamiento de los derechos individuales como las libertades para conciliar la convivencia pacífica y la autodeterminación interna?

En este planteamiento pueden resumirse las principales diferencias en cómo era concebida la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos y porque el estudio del Estado moderno y de los derechos humanos tiene que analizarse en el ámbito del tiempo presente. De la antigüedad pueden extraerse lecciones sobre el ámbito de la libertad que es necesario proteger, lo que queda claro es que la libertad de los modernos no puede considerarse como una libertad que tiene como objetivo la satisfacción continua de los deseos como bien lo explica Isaiah Berlin, porque esto conllevaría a condicionar y reducir las libertades de otros hombres, de esta manera es importante referir que Isaiah Berlin pone como ejemplo el mecanismo de libertad interior que fue desarrollado por algunos filósofos de la antigüedad como Epicteto y Cicerón:

Si los grados de libertad estuviesen en función de la satisfacción de los deseos, yo podría aumentar la libertad de una manera efectiva tanto eliminando éstos como satisfaciéndolos; podría hacer libres a los hombres (incluyéndome a mí mismo) condicionándoles para que perdiesen los deseos originarios que yo he decidido no satisfacer. En lugar de oponerme a las presiones que me reprimen o en lugar de quitarlas, yo puedo «interiorizarlas». Esto es lo que consigue Epicteto cuando pretende que él, que es un esclavo, es más libre que su amo. Ignorando los obstáculos, olvidándolos, «poniéndome por encima» y haciéndome inconsciente de ellos, puedo conseguir la paz y la serenidad, un noble distanciamiento de los miedos y odios que acosan a otros hombres, y la libertad en un cierto

sentido, desde luego, pero no en el sentido del que quiero hablar. Cuando (según Cicerón) el sabio estoico Posidonio, que estaba muriéndose de una dolorosa enfermedad, dijo: «haz lo peor que puedas, dolor; haz lo que hazas, no puedes hacer que te odie», aceptando con esto a la «Naturaleza» y logrando su unión con ella, la cual, al ser idéntica a la «Razón» cósmica, hacía a su dolor no solamente inevitable, sino también racional, el sentido en que conseguía la libertad no es el que ésta tiene cuando se dice que los hombres la pierden al ser encarcelados o, literalmente, esclavizados. Hay que distinguir el sentido estoico de la libertad, por muy sublime que sea, de la libertad (tanto en el sentido de estar libre de algo como en el de serlo) que reducen o destruyen los opresores o las actividades opresivas institucionalizadas.<sup>313</sup>

Pero no hay que caer en el equívoco de pensar que esta interiorización de la libertad practicada por diversos filósofos de la antigüedad estuviera institucionalizada como en la modernidad. El Estado es una realidad social adscrita a la modernidad. Benjamin Constant ilustra de manera puntual con un ejemplo sobre la libertad religiosa, la distinción entre la concepción de libertad antigua y la moderna:

Todas las acciones privadas están sometidas a una vigilancia severa. Nada está concedido a la independencia individual, ni bajo la relación de las opiniones, ni bajo la de la industria, — ni sobre todo bajo la de la religión —. La facultad de escoger un culto, facultad que vemos como uno de nuestros derechos más preciosos, habría parecido a los antiguos un crimen y un sacrilegio. En las cosas más fútiles, la autoridad del campo social se interpone y entorpece la libertad de los individuos. Terpandre no pudo entre los espartanos agregar una cuerda a su lira sin que los éforos se ofendiesen. En las relaciones más domésticas la autoridad interviene también. El joven Lacemonio no pudo visitar a su joven esposa. En

---

<sup>313</sup> Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, op. cit., pp. 39-40.

Roma, los censores llevan sus escrutadores ojos al interior de las familias.<sup>314</sup>

La fórmula con la que Constant resume el orden social y jurídico de la antigüedad en relación la libertad consiste en las costumbres del ámbito de la “vida privada” no existe un concepto equiparable de “vida privada” moderna al de la antigüedad, en el contexto antiguo: “Las leyes regulan las costumbres, y las costumbres lo gobiernan todo. No hay nada que no regulen las leyes.”<sup>315</sup> Por ende las leyes de la antigüedad tenían otro objeto y otra relación respecto de la vida de la comunidad y esto implica también a los valores. Esto inmediatamente trae como consecuencia toda una gran diferencia en el ámbito de las relaciones privadas de cómo se entendía con los antiguos y en la modernidad, lo cual explica en múltiples formas la importancia que tienen los derechos relacionados con la vida privada, la intimidad, el derecho al honor, derecho a la imagen, derechos de la autonomía individual cuya protección está indiscutiblemente ligada al ámbito de las libertades y de forma rápida porque no decirlo a las libertades negativas.

Hemos planteado que la diferencia entre el constitucionalismo de los antiguos y el constitucionalismo de los modernos es esencial para entender el papel que tendrán los Derechos humanos en el Estado moderno. Esta evolución se explica si consideramos la transformación del concepto de soberanía que se va direccionando en el dogma de la soberanía popular, Alexis de Tocqueville en su célebre obra “La democracia en América” observó la recepción en el constitucionalismo americano del “dogma de la soberanía del pueblo” y establece que soberanía popular y libertad de prensa son correlativas, es importante puntualizar en lo escrito por Tocqueville la soberanía popular significa que cada persona tiene el derecho político de gobernar por lo tanto es obvio que también tendrá el derecho basado en su capacidad de escoger entre las distintas opiniones

---

<sup>314</sup> Constant, Benjamin, *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*, Katz Editores, Buenos Aires, 2010, p. 421-422.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 422.

de sus coetáneos.<sup>316</sup> En esta opinión podemos encontrar un ejemplo del efecto que los derechos humanos tienen sobre la forma de Estado y de gobierno.

Pero este dogma de soberanía popular se aplicará en el constitucionalismo moderno siguiendo la técnica de la separación privada así como “La constitución mixta representaba la respuesta de los antiguos a la posibilidad, profundamente temida por ellos, de la crisis y de la disolución de la comunidad política,”<sup>317</sup> los teóricos del Estado moderno se dan cuenta de que la soberanía popular tiene limitaciones, por lo tanto el constitucionalismo americano es el primer ejemplo del ejercicio de la práctica constitucional para conciliar soberanía popular y libertad al adoptar el sistema de control constitucional difuso.

Los derechos de libertad que fueron impulsados por la burguesía se encuentran en los orígenes de las primeras declaraciones de derechos y fueron impulsando el reconocimiento de esferas inviolables y de autonomía de la persona como límites al poder absoluto, sobre lo anterior Gregorio Peces-Barba distingue que los orígenes intelectuales predominantes de la Declaración de 1789 se encuentran las declaraciones inglesas y americanas motivadas por la forma de pensamiento del siglo XVIII que se había desarrollado con las distintas corrientes de Ilustración europeas y americanas, contando con autores como John Locke, Pufendor, Vattel, Tomasio, Montesquieu, el humanismo laico de Voltaire, los fisiócratas, así como Rousseau, así también los constituyentes americanos tuvieron una mayor presencia del pensamiento protestantes con pensadores como Calvino, Beze, Hotmann. Duplessi-Mornay, Juriey, Knox, Bichanan, Roger Williams, puritados y sectas minoritarias.<sup>318</sup>

---

<sup>316</sup> Tocqueville, Alexis, *La Democracia en América*.

<sup>317</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, op. cit., p. 55.

<sup>318</sup> Peces-Barba, G., "Los derechos del hombre en 1789 (Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa)", op. cit., p. 69.

A diferencia de los antiguos los modernos si declararon cartas de derechos porque como destaca Antonio Enrique Pérez Luño no se admitían el origen de situaciones jurídicas objetivas que derivaban del ordenamiento jurídico de la comunidad.<sup>319</sup>

## 2. El concepto de libertad

El concepto de la libertad refiere a la distinción entre sus diferentes conceptos, así las “cuestiones fundamentales” siguiendo las reflexiones de Isaiah Berlin sobre la libertad positiva y la libertad negativa, una tipología de libertades importante en su estudio, comprenden que la diferencia entre ambas no es tan radical, que el concepto de libertad puede tener un alcance amplio sin que eso deforme sus finalidades y el valor que tiene la libertad política para la realización de la libertad individual: “La libertad de la que yo hablo es tener oportunidad de acción, más que la acción misma.”<sup>320</sup>

Para Isaiah Berlin la libertad política o la libertad civil no se consigue enseñándoles a los hombres que si no puede obtener lo que desea solo tiene que desear aquello que pueda contribuir a su seguridad o felicidad. pero esto no hará mayor su libertad civil o política. Este significado de libertad tiene dos sentidos, uno consiste en considerar a la libertad como la ausencia de investigación y para conseguirla tienen que limitarse los derechos y otro sentido consistente en la ausencia de impedimentos para las tentativas decisiones y actividades, así como la ausencia de obstáculos en los senderos que el hombre por libre decisión decida caminar.<sup>321</sup>

La libertad que significa la ausencia de obstáculos en las decisiones individuales. El concepto de libertad política y por ende, positiva que interesa a Isaiah Berlin no depende de los deseos individuales, de a donde deseamos dirigir nuestros deseos, claro que es una instancia, pero la libertad depende en sus palabras aunque reconoce que la dificultad de medir cuantitativamente esa libertad, pero en

---

<sup>319</sup> Pérez-Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 33.

<sup>320</sup> Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad, op. cit.*, p. 44.

<sup>321</sup> Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad, op. cit.*, p. 39

una última pretensión consiste: "...de cuántas puertas tengo abiertas, de lo abiertas que están, y de la importancia relativa que tienen en mi vida". De esta manera para Isaiah Berlin el ámbito que pertenece a la libertad social o política consiste en dos aspectos, el primero en la ausencia de cualesquier obstáculo que conformen impedimentos para la toma de decisiones reales y el segundo la ausencia de obstáculos que sean impedimentos para las decisiones posibles, para obrar de una forma determinada, si es que así son decididas por las personas:<sup>322</sup>

Igualmente, la falta de esta libertad se debe a que se cierren esas puertas, o a que no se abran, como resultado, querido o no querido, de determinadas actividades humanas alterables, o del funcionamiento de las gestiones de los hombres; aunque sólo puede llamarse opresión a estos actos, si es que han sido queridos deliberadamente (o, quizá, si van acompañados de la certeza de que pueden dificultar determinadas posibilidades).<sup>323</sup>

Estos dos aspectos si seguimos a Isaiah Berlin tienen que ir juntos y comprueban al menos teóricamente, la compatibilidad entre la libertad positiva y la libertad negativa. Para Isaiah Berlin admitir que ese es el alcance de la libertad positiva y que concierne a una libertad de obrar no real sino ideal del individuo, aproxima la según nuestro razonamiento una libertad moderna a un concepto intemporal de libertad, que es distinta a saber, del concepto estoico de la libertad para quienes la verdadera libertad tiene un significado moral y puede confundir la libertad a nuestro entender de la forma de gobierno: "A no ser que se conceda esto, la concepción estoica de la libertad (la «verdadera» libertad, la situación en que está el esclavo moralmente autónomo), que es compatible con un alto grado de despotismo político, no hará más que confundir esta cuestión."<sup>324</sup>

---

<sup>322</sup> *Idem.*

<sup>323</sup> *Idem.*

<sup>324</sup> Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, op. cit., pp. 39-41.

## 2.1 Libertad política y libertad económica

Para entender el significado de la libertad política tenemos que tener en cuenta que su conformación depende de la libertad de los demás, por eso el pequeño ejemplo de Isaiah Berlin de las puertas es muy ilustrativo, es decir que esa libertad puede confundirse con un despotismo político si las puertas se cierran o se abren como un resultado querido o no querido por la persona, o las personas (si varias tienen interés por esa actividad) del estado que guarda esa actividad, es decir si puede alterarse o no, estamos por lo tanto entrando al ámbito específico de la acción y lo que depende de la persona de cambiar o no cambiar, esto es lo que Isaiah Berlin expresa cuando menciona: “del funcionamiento de las gestiones de los hombres”, es en esa tesitura que aparece la noción de expresión si por ella entendemos también en expresión de Isaiah Berlin: “aunque sólo puede llamarse opresión a estos actos, si es que han sido queridos deliberadamente (o, quizá, si van acompañados de la certeza de que pueden dificultar determinadas posibilidades).”<sup>325</sup>

Esto conlleva a reflexionar que la libertad política es siguiendo a Benjamin Constant una libertad adyacente al Estado moderno y por lo tanto no oponible con las libertades individuales, antes bien se integra a la individualidad, porque este tipo de libertad se actualiza en la ausencia de obstáculos, para las decisiones reales de la persona, así como por la ausencia de obstáculos que sean impedimentos en las decisiones del ámbito de lo posible, lo que conlleva a la capacidad de obrar que reside en una verdadera autonomía de la voluntad de la persona humana. Si no se le reconocen a la libertad política estas características retornaríamos a darle a la acción una importancia en el sentido estoico y por lo tanto se justificaría el despotismo político, es esencial el aspecto moral en una libertad que no admita esclavitud a las decisiones de otro,<sup>326</sup> como expresa Norberto Bobbio:

---

<sup>325</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>326</sup> Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, op. cit., p. 41.



...la conquista de la libertad es siempre una condición necesaria (si no suficiente) para la conquista del poder, y el poder de unos se afirma, y no puede dejar de afirmarse, con el menoscabo de la libertad de otros. No es que baste con ser libre para ser poderoso. Pero todos los poderosos, antes de serlo han sido libres.<sup>327</sup>

## 2.2 Sobre la distinción entre libertad positiva y libertad negativa

El concepto de libertad es primario para el desarrollo de los derechos individuales y su desarrollo proviene de distintas ideas políticas de pensadores liberales ingleses como John Locke, Tom Paine, Wilhelm von Humboldt, pensadores liberales como Condorcet, pensadores contemporáneos de corriente liberal de la Revolución francesa: Benjamin Constant, Madame de Staél. El concepto de libertad que para Isaiah Berlin tiene la sustancia que condensa el pensamiento político liberal fue en el sentido propuesto por John Stuart Mill para quien libertad consistía según las interpretaciones de Isaiah Berlin: “el derecho de forjar libremente la propia vida como se quiera, la producción de circunstancias en que los hombres pueden desarrollar sus naturalezas tan variada y ricamente y, en caso de ser necesario, tan excéntricamente como sea posible.”<sup>328</sup>

Por lo tanto este significado de libertad va en sintonía con las proposiciones que Isaiah Berlin ha desarrollado en torno a los conceptos de libertad positiva y libertad negativa, y por lo que hace a su complementariedad, es decir, en que la libertad depende nada más y nada menos que para su ejercicio del contexto y de las circunstancias en las que los hombres desenvuelven su vida. Por eso el concepto de libertad tiene que ser amplio, es decir que si quisiéramos establecer sus alcances se materializan los alcances de la formulación de John Stuart Mill a saber, en las expresiones de Isaiah Berlin: “La única barrera a ella está formada por la necesidad de proteger a otros hombres respecto a los mismos derechos, o

---

<sup>327</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Trad. Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1993, p. 131.

<sup>328</sup> Berlin, Isaiah, *La traición de la libertad Seis enemigos de la libertad humana*, Trad. María Antonia Neira Bigorra, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 23.

bien, de proteger la seguridad común de todos ellos, de tal modo que en este sentido soy libre si ninguna institución o persona me obstaculiza, salvo para su propia protección.”<sup>329</sup>

Es ese el sentido que se subrayó en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, enunciación que consiste: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley”.

No obstante, la conceptualización de la libertad se ha ensanchado por medio de su oposición, así puede analizarse que la libertad también ha tenido detractores y esto explica nuestro argumento, el cual no es original pero si es un hilo conductor de esta tesis doctoral acerca de que el constitucionalismo se ha realizado como la consecución de técnicas al autoritarismo y al despotismo. Autoritarismo y constitucionalismo son opuestos y los derechos humanos han resultado de la continua limitación de los poderes soberanos. Son esferas que se contraponen en torno a los principios y valores que las constituciones han reconocido en las declaraciones de derechos. Las normas dogmáticas que han sido constitucionalizadas y con su consecuente evolución hacia normas de tipo programáticas que han caracterizado al modelo de Estado social. Pero es sobre la tensión entre autoritarismo y constitucionalismo que queremos subrayar el significado preciso de la libertad.

En su obra “La traición de la libertad”, Isaiah Berlin pone de relieve un aspecto importante acerca de las ideas de seis pensadores que fueron detractores de la libertad mediante doctrinas que contradecían el valor de la libertad. Son seis los pensadores que fueron hostiles a la libertad: Helvétius, Rousseau, Fichte, Hegel, Saint Simon y Maistre. Para Isaiah Berlin la influencia en una dirección

---

<sup>329</sup> *Ibidem*, pp. 23-24.

antilibertaria que tuvo sobre la humanidad de esos pensadores rindió en el siglo XIX y en el siglo XX. Particularizando que en el siglo XX la tradición antilibertaria tuvo los problemas más apremiantes. Porque estos hombres fueron quienes primariamente formularon el problema de la libertad. Situación que debe examinarse atendiendo a los diferentes matices que tuvieron estas doctrinas y sus discusiones con las “variaciones locales y temporales”.<sup>330</sup>

La discusión del concepto de la libertad se formula por lo tanto colocando la siguiente pregunta: ¿Por qué debe obedecer un individuo a otros?<sup>331</sup> Para contestar esa pregunta tenemos que explicar que en la teoría política se distinguen las dos formas más relevantes de libertad como las califica Isaiah Berlin en base a la función que tiene el sujeto histórico como portador de la libertad negativa o la libertad positiva. El sujeto histórico puede ser el individuo o el ente colectivo, cuando el primero está referido a la libertad como ausencia de obstáculos y de impedimentos para el individuo, en sí el conjunto de libertades individuales y el segundo a la libertad del ente colectivo para ejercer acciones colectivas. Un ejemplo claro de esta libertad como autodeterminación como residente en la cualidad humana, pero también de sus peligros que une al sujeto colectivo es la presencia del principio de la soberanía popular.<sup>332</sup>

El sujeto histórico de la libertad refiere al ideal del ser humano y su desarrollo en la historia, sin perseguir un análisis que exagere de historicista consideramos que la parte básica es como señala Isaiah Berlin, la oportunidad de actuar y no la acción concreta, porque la oportunidad de actuar remite al libre albedrío y a la decisión individual. Si se enfocará en la acción el acto de libertad, entonces el hombre se convertiría en esclavo de la acción, por eso la importancia del estudio de los conceptos de libertad política, planteemos así la discusión entre la libertad positiva y la libertad negativa. En este orden de ideas Isaiah Berlin plantea dos distinciones, una que se refiere a “por quien soy gobernado” y que implica

---

<sup>330</sup> Berlin, Isaiah, *La traición de la libertad*, op. cit., p. 24.

<sup>331</sup> *Ibidem*.

<sup>332</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., p. 108.

respuestas y preguntas que el procede a señalar y consiste en los dos sentidos que tiene la palabra libertad como política o como individual y en el centro se encuentra el ser humano, como sujeto de la libertad y agregaríamos en su autonomía de voluntad.<sup>333</sup>

El concepto de libertad toma en principal sujeto al individuo pero sin descuidar al sujeto colectivo. Es importante señalar que las libertades civiles se ejercitan a partir de una autodeterminación del ente colectivo. El estudio de las libertades va de la mano del principio de dignidad humana y asegurar la protección de ciertos derechos colectivos que es donde se origina la problematización del valor de la libertad.<sup>334</sup>

El sujeto histórico de la libertad refiere al ideal del ser humano y su desarrollo en la historia, sin perseguir un análisis que exagere de historicista consideramos que la parte básica es como señala Isaiah Berlin, la oportunidad de actuar y no la acción concreta, porque la oportunidad de actuar remite al libre albedrío y a la decisión individual. Si se enfocará en la acción el acto de libertad, entonces el hombre se convertiría en esclavo de la acción, por eso la importancia del estudio de los conceptos de libertad política, planteemos así la discusión entre la libertad positiva y la libertad negativa. En este orden de ideas Isaiah Berlin plantea dos distinciones, una que se refiere a “por quien soy gobernado” y que implica respuestas y preguntas que el procede a señalar y consiste en los dos sentidos que tiene la palabra libertad como política o como individual y en el centro se encuentra el ser humano, como sujeto de la libertad y agregaríamos en su autonomía de voluntad.<sup>335</sup>

Para Isaiah Berlin los “dos yos pueden estar representados como separados por una distancia aún mayor”, es decir que mientras un yo se concibe como verdadero, como algo que es más grande un contexto en el que el individuo es un

---

<sup>333</sup> Berlin, Isaiah, *op. cit.*, p. 44.

<sup>334</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, p. 108.

<sup>335</sup> Berlin, Isaiah, *op. cit.*, p. 44.

elemento o parte de una totalidad que puede asumir una forma de tribu, de raza, de Iglesia, de Estado, sociedad de los vivos, de los muertos o de aquellos que no han nacido todavía, si tomamos en cuenta el estudio de la masa en la sociedad, en la cual el concepto de individuo primariamente se entiende como “todo social” del que el individuo es un elemento o aspecto: una tribu, una raza, una Iglesia, un Estado, o la gran sociedad de los vivos, de los muertos y de los que todavía no han nacido, porque el individuo pertenece a una entidad enorme que es buscada como el verdadero yo, pero es decir el segundo, asume una forma orgánica, una persona con voluntad colectiva, capaz de imponer su voluntad al entero de sus miembros incluso aquellos que son obstinados y se observa a esta realización como el cumplimiento de una libertad superior y que se considera como la más apta para el desarrollo de la libertad de los miembros y que es por lo tanto la libertad positiva.<sup>336</sup>

El concepto de libertad por lo tanto tiene que unir ambos conceptos, el de la libertad positiva y el de la libertad negativa, Isaiah Berlin lo distinguió así: no puede ser libertad solo aquel contexto que signifique la inexistencia de obstáculos para realizar la voluntad, “los deseos” del hombre, y Berlin arriba así a la conclusión de que la libertad vista así es un concepto corriente y no representativo de su postura sobre la libertad, pues visto así libertad en sentido negativo significaría así este sentido, ya que esta libertad en sentido negativo implicaría por la prelación que tienen la ejecución de los deseos individuales con lo cual habría varias maneras de conseguir esa libertad es decir para evitar que las personas no nos impidan hacer lo que queramos por lo que Isaiah Berlin detecta que una manera de seguir esa libertad consistiría en extinguir los deseos si no es posible que otras personas, la libertad no puede circunscribirse a la satisfacción de los deseos, porque como señala Isaiah Berlin el sujeto podría aumentar la libertad eliminando o satisfaciendo los deseos, podría hacer libres a los hombres condicionando que pierdan sus deseos originarios que el sujeto decidió no satisfacer. Y como otro ser humano puede ser capaz de este tipo de ejecución para alcanzar su particular tipo

---

<sup>336</sup> *Ibidem*, pp. 202-203.

de libertad, lo que pueden hacer las personas es entonces interiorizar las libertades.

Puesto que la libertad negativa consiste en la situación subjetiva en la cual el individuo no está sometido a límites, como pueden ser situaciones que derivan de normas restrictivas o aquellas normas que una autoridad social establece de obligatoriamente por algún tipo de orden social. La libertad negativa es ser libre de los límites impuestos por la autoridad.

Así podemos estar en condiciones de comprender que Epicteto haya ideado que aun como esclavo podría ser más libre que su amo, esto diserta Isaiah Berlin y si lo entendemos así no es una libertad completa, es un ejercicio mental: ignorar los obstáculos, olvidarlos, pensar que siendo inconsciente de su existencia o distanciándose de los miedos y odios que acongojan la serenidad exterior e interior y hacer como si el sujeto se situase encima de ellos fuera suficiente para tener paz, claro que es una clase de libertad, pero no la que Isaiah Berlin pretende exponer y que se acerca al contenido que queremos contextualizar, este sentido estoico que pretende aceptar el destino, la situación, la circunstancia, el dolor en conformidad a un orden cósmico a la naturaleza, tiene el objeto de dotar al dolor, a la circunstancia trágica, quizás de opresión, de un significado en la mentalidad antigua tan hermanada con la Naturaleza, de racional, pero este sentido no es el mismo que se tiene en función de los derechos civiles de considerar a la libertad como un bien que el hombre pierde al hacer encarcelado o esclavizado, siguiendo a Isaiah Berlin que es una libertad que tiene un fin instrumental no interior ni dado, el sujeto es activo y plenamente consciente de ello y su entorno, es libertad: “tanto en el sentido de estar libre de algo como en el de serlo” y este concepto de libertad es uno de los primeros bienes que pretenden reducir o destruir los opresores o las actividades opresivas institucionalizadas.<sup>337</sup>

---

<sup>337</sup> Berlin, Isaiah, *op. cit.*, pp. 39-40.

La conjunción entre la libertad positiva y la libertad negativa es quizás lo más difícil en cuanto a las situaciones de opresión y de tiranía y la dificultad para la realización de los deseos individuales en respeto de los derechos de los demás, pero más allá de su teoría, estas dos ideas abordan la aplicación de este valor y por eso no extraña que en el pensamiento liberal se intentará siempre conciliar el valor del individuo con el de la sociedad, la sociedad civil. Es así como podemos comprender que dos grandes sectores de las libertades, las civiles y las políticas, aun cuando sean complementarias, sus disputas presenten como explica Isaiah Berlin exigencias y demandas encontradas, posturas teológicas y filosóficas contrapuestas, posturas deterministas o indeterministas que también se oponen, y las demandas de libertad negativa justifican que es necesario que la naturaleza humana siga su natural cauce y que no se obstaculice mediante artificios y procedimientos constrictivos el libre devenir de las fuerzas de la naturaleza, de los mercados, de la libre competencia, del individualismo etc., y luego están las exigencias de demandas de libertades positivas o libertades políticas en la que Isaiah Berlin ubica posturas indeterministas, las cuales sostienen que la voluntad colectiva tiene derecho a una autodeterminación y las individualidades pasan a segundo término.

### 2.3 Los derechos de libertad

La Revolución francesa tuvo como postulados básicos a la libertad y la igualdad, según lo reflejaron dos documentos esenciales de la Revolución: Decretos de 4-11 siguientes y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de modo que los derechos que sintetizan aquellos valores fueron: eliminación total de los privilegios y la igualdad de todos los franceses, <sup>338</sup>ambos documentos fueron los que mejor expresaron la concepción política de la Revolución francesa, pero la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se convirtió en su texto fundacional y continua conservando el lugar más marcado hasta la

---

<sup>338</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos*, op. cit., p. 24.

actualidad.<sup>339</sup> La Revolución como se sabe fue particular de otras por la forma como por medio del lenguaje fundaron un nuevo discurso público, de la autoridad y del poder para dar pie a las relaciones de igualdad y libertad con el orden político, pues todo cambio social requiere de instituciones nuevas y del andamiaje para ejercer esas relaciones, lo particular de la Revolución francesa para los derechos de libertad es que las técnicas que produjo fueron esenciales para la protección de la libertad en la vida colectiva, y en este capítulo las técnicas que desempeñaron el principal trabajo y que se produjo por enunciar mediante su discurso y lenguaje en un sistema el uso de la ley para la protección y la garantía de los valores centrales de igualdad y libertad,<sup>340</sup> y que se encuentran presentes en la Declaración de 1789, artículo 1: Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos.

Como destaca Eduardo García de Enterría es en el campo jurídico en el que se articularían los principios del nuevo derecho público que produjo la Revolución “donde más habría de operar la influencia de la lengua de los derechos y de la libertad”;<sup>341</sup> así que para lograrlo se abrieron dos frentes: el abandono del derecho del antiguo régimen para de una vez por todas implantar los principios del nuevo sistema de libertad y de igualdad y que en base a los principios revolucionarios que lo impulsaron era definitivamente la articulación de las relaciones entre los ciudadanos y el poder que derivaba de la voluntad general y el segundo, que es el que marca a los derechos de libertad: la institución de un derecho privado que pusiese las condiciones para una sociedad igualitaria, de la que se substraen los privilegios nobiliarios, para dar lugar a los beneficios de las sociedades abiertas.<sup>342</sup>

La formación de los derechos subjetivos es por lo tanto parte esencial desde la visión del derecho positivo para la protección y garantía de los derechos considerados según la vertiente iusnaturalista como innatos, sagrados e inviolables del hombre y también para la prelación que guarda la libertad en

---

<sup>339</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 25.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>342</sup> *Idem*.



relación a los demás derechos<sup>343</sup>El artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) consagra a la ley como técnica para la protección y garantía de los derechos de libertad, en lo que en un segundo estadio se definirán como derechos subjetivos de la persona: “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.”<sup>344</sup>

Pese a las diferencias entre el constitucionalismo inglés y el francés, la influencia del pensamiento liberal inglés en la filosofía jurídica francesa fue considerable, por eso siguiendo a Eduardo García de Enterría retomamos al pensador John Locke quien en su formulación sobre la libertad teorizó que el objetivo de la libertad institucionalizada es el mantenimiento de la libertad individual, queremos señalar este aspecto para profundizar en el resto de derechos de libertad, que queremos abordar y uno de ellos consiste en la: Libertad de censura, que también fue enunciado por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, (1789): “Nadie debe ser incomodado por sus opiniones”.<sup>345</sup>

Ciertamente que el anhelo de disfrutar de la libertad se extiende a lo religioso, se positiviza en diferentes textos a la libertad de culto, como en el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia: “Que la religión, o los deberes que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlos, sólo pueden regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; en consecuencia, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con el dictamen de su conciencia, y que es deber recíproco de todos el participar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo”;<sup>346</sup> Artículo 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, (1789): “Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive

---

<sup>343</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos*, op. cit., pp. 58-59.

<sup>344</sup> Artículo 4, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

<sup>345</sup> Artículo 10, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

<sup>346</sup> Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia, 1776.

religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley”.<sup>347</sup>

Otro derecho: la Libertad de palabra o libertad de expresión, aparece mencionado en diversos textos emblemáticos de ese periodo como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776): “Que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás a no ser por gobiernos despóticos”; Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, (1789), artículo 11: “La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.”<sup>348</sup>

En la Segunda Constitución de Pennsylvania del 2 de septiembre de 1790, artículo IX, se recoge la libertad de expresión con un amplio contenido:

Que las actas serán accesibles a cualquier persona que quiera examinar los procedimientos de las cámaras o cualquier otra sección del gobierno; y por lo tanto ninguna ley limitará nunca este derecho. La libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los inestimables derechos del hombre: y cada ciudadano puede hablar libremente, escribir e imprimir sobre cualquier tema, siendo responsable por el abuso de esta libertad. En los procesos por la publicación de documentos que investiguen la conducta pública de funcionarios, o individuos con competencias públicas, deberá demostrarse la verdad de los mismos. y en todos los procesos por libelo, el jurado tendrá derecho a determinar la ley y los hechos bajo la dirección del tribunal como en otros casos<sup>349</sup>

---

<sup>347</sup> Artículo 10, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

<sup>348</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

<sup>349</sup> CHAFEE, Zechariah, Jr .. (ed.). "Documents on fundamental human rights. The anglo-american tradition", vol I, cit., p. 228.

Para Norberto Bobbio se ha introducido la costumbre de denominar a la libertad negativa libertad “respecto de”, para resaltar el aspecto negativo de la libertad, por lo que el menciona que la libertad respecto del terror que fue una de las cuatro libertades enunciadas por el presidente Roosevelt en 1941 en su mensaje al congreso de los Estados Unidos pertenece como las otras tres libertades, libertad de culto, libertad de palabra y libertad de la necesidad a la libertad de obrar y no pertenecen a la libertad de autodeterminación.<sup>350</sup>

El derecho o Libertad de prensa que no debe confundirse con la libertad de expresión también fue consagrado en diferentes textos: Artículo 12 de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, (1776): "Que la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad y no puede ser restringida jamás a no ser por gobiernos despóticos"<sup>351</sup>; Artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier Ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley.

También es una libertad el Derecho de propiedad. Artículo 1, Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776): “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: ...poseer la propiedad”; Artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): “Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y con la condición de haya una justa y previa indemnización.”<sup>352</sup>

---

<sup>350</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., pp. 110- 114.

<sup>351</sup> Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, 1776.

<sup>352</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

La Libertad de tortura fue adoptada en diferentes textos como el artículo IX de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776): “No se exigirán fianzas excesivas ni se impondrán multas excesivas ni se infligirán castigos crueles o inusitados”; artículo 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): “Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.”<sup>353</sup>

## II. Igualdad

La cuestión de la igualdad proviene de una concepción política que avanza a medida que el poder del monarca y el principio democrático van disminuyendo y va creciendo el principio democrático. Por lo tanto las doctrinas de la igualdad tienen desde el inicio un claro enfoque material como producto del reconocimiento del tipo de igualdad política. Al respecto la igualdad desde un principio se cifra con el tema de las necesidades y fue también un valor ampliamente discutido a rasgos generales durante la Ilustración y sobre la difusión de este valor dedicaremos algunas reflexiones para comprender la evolución de los derechos de igualdad como derechos humanos.

Para Thomas Hobbes la misión del soberano consiste en garantizar la seguridad del pueblo. Seguridad que comprende un contenido amplio que engloba todos los aspectos de las modernas libertades individuales que refieren a los derechos de la personalidad: “Pero por seguridad no se entiende aquí una simple conservación de la vida, sino también de todas las excelencias que el hombre puede adquirir por sí mismo por medio de una actividad legal, sin peligro ni daño para el Estado.”<sup>354</sup> La protección de los derechos de los individuos se observa por el poder

---

<sup>353</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

<sup>354</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, *op. cit.*, p. 275.

soberano lógicamente mediante leyes que tengan la característica de la generalidad:

La desigualdad de los súbditos procede de los actos del poder soberano; por consiguiente, no tiene ya lugar en presencia del soberano, es decir, en un tribunal de justicia, así como tampoco existe desigualdad entre los reyes y sus súbditos en presencia del Rey de Reyes. El honor de los magnates debe estimarse por sus acciones benéficas, y por la ayuda que prestan a los hombres de inferior categoría; o no ser apreciado en absoluto.<sup>355</sup>

Recordemos el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que estableció que los hombres nacen libres e iguales, pero que las distinciones sociales solo se pueden fundar en la utilidad común.

John Locke al describir el Estado de naturaleza:

Es también un estado de igualdad, en el que todo poder y jurisdicción son recíprocos, y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás. Nada hay más evidente que el que criaturas de la misma especie y rango, nacidas todas ellas para disfrutar en conjunto las mismas ventajas naturales y para hacer uso de las mismas facultades, hayan de ser también iguales entre sí, sin subordinación o sujeción de unas a otras, a menos que el amo y señor de todas ellas, por alguna declaración manifiesta de su voluntad, ponga a una por encima de otra, y le confiera, mediante un evidente y claro nombramiento, un derecho indudable de dominio y de soberanía.<sup>356</sup>

Uno de los filósofos más importantes en la discusión filosófica del problema de la igualdad fue Rousseau así fue que desarrollaría sus reflexiones sobre la igualdad material: “Al ser todos los ciudadanos iguales por el contrato social, lo que todos deben hacer lo pueden prescribir todos, mientras que nadie tiene derecho a exigir que otro haga lo que no hace él mismo. Ahora bien, es precisamente este

---

<sup>355</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, op. cit., p. 283.

<sup>356</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, op. cit., p. 10.

derecho, indispensable para hacer vivir y moverse el cuerpo político, el que el soberano da al príncipe al instituir el gobierno.”<sup>357</sup>

Asimismo Voltaire también dedicó sus reflexiones a la igualdad y aunque sus conclusiones no sean las mismas que filósofos que fundamentaron doctrinas igualitaristas su reflexión sirve porque plantea el problema cuando la igualdad se opone a la libertad.

Mientras que «libertad» e «igualdad» son términos conceptual y axiológicamente muy diferentes, aunque a menudo estén ideológicamente unidos, el concepto e incluso el valor de la igualdad no se distinguen del concepto y del valor de la justicia en la mayor parte de sus acepciones, hasta el punto de que la expresión «libertad y justicia» se usa con frecuencia como equivalente de la expresión «libertad» e igualdad».<sup>358</sup>

Por influencia de la secularización y de la instauración de un orden social nuevo, con la Revolución francesa se dejaba atrás desde un plano simbólico, la tradición de los derechos estamentales, que dan paso a la posición central que tiene la libertad en el Estado moderno como valor supremo junto con la justicia,<sup>359</sup> pero la modernidad no permanecerá ajena a la importancia de la igualdad por eso este valor es relevante en el estudio de la evolución de los derechos humanos, aun y cuando es difícil por su contenido y valor relacional especificar las situaciones subjetivas que se desencadenan con este derecho.<sup>360</sup> Sobre el papel que tiene la igualdad en el pensamiento moderno sirva la siguiente reflexión de Ignacio Sotelo:

El hombre es libre por naturaleza, o, dicho de otra forma, la libertad le es consustancial, de modo que, si la perdiera, se quebrantaría el meollo de su humanidad. No puede resignarse a perderla sin por ello renunciar a su propia humanidad. La cuestión política básica que plantea la Modernidad es

---

<sup>357</sup> Rousseau, Jean Jacques, *Del contrato social*, op. cit, p. 122.

<sup>358</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., p. 56.

<sup>359</sup> *Ibidem*, pp. 50-59.

<sup>360</sup> *Idem*.

cómo construir una convivencia en la que se haya eliminado la guerra y la inseguridad, es decir, se pueda vivir en paz y, sin embargo, se mantengan la libertad y la igualdad originarias, en cuanto la una dependería de la otra. En el *Contrato social* Rousseau cree haber resuelto esta cuestión básica que plantea la Modernidad.<sup>361</sup>

La relación que la Modernidad, en el estadio de la Ilustración tiene con la igualdad es compleja, porque la Ilustración pugna por el pensamiento como acción y como voluntad individual, y por lo que hace a la igualdad se precisa saber que tanto al Estado le conviene esa acción y ese pensamiento libre, pues como escribió Tocqueville: “Todo poder central que sigue sus instintos naturales ama la igualdad y la favorece; pues la igualdad facilita singularmente la acción de tal poder, lo extiende y lo asegura”.<sup>362</sup> En el Estado moderno Estado e Individuo son los opuestos de una relación con dos valores libertad e igualdad, la primera es suprema, pero la segunda comporta el carácter complejo de la relación, como destaca Ignacio Sotelo, el Estado requiere de la Ilustración y esta del Estado por lo que el orden social esta decantado por la disputa entre los dos valores igualdad versus libertad:

El Estado necesita de la Ilustración tanto como la teme, pero sin un Estado fuerte, capaz de imponer el derecho, la libertad, y con ella la Ilustración, los tres se desvanecen. Aunque el Estado no cese en su empeño de cercenar aquello que considere indispensable para proteger el orden establecido, la Ilustración lo necesita como artífice del orden. De esta contradicción Kant cree que únicamente cabría escapar si se lograra saltar del principio de legalidad al de moralidad, antinomia que, como le critica Hegel, no fue capaz de resolver...<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 47.

<sup>362</sup> Tocqueville, Alexis, *La democracia en América*, op. cit., p. 224.

<sup>363</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social*, op. cit., p. 68.

En el presente capítulo se pretende explicar si la igualdad puede ser configuradora de derechos, es decir si puede conformar prescripciones, utilizando un término de Gregorio Peces-Barba que dote a la formulación como la denomina Norberto Bobbio: “corriente” que se ha incluido como regla jurídica en diversas declaraciones de derechos humanos desde el siglo XVIII, de “Todos los hombres son (o nacen) iguales y que tanto ha recorrido el espectro del pensamiento político occidental desde los estoicos, el cristianismo primitivo, la Reforma, la filosofía de Rousseau o las corrientes del socialismo utópico.”<sup>364</sup>

### 1. Igualdad formal

Este concepto significa igualdad de derecho. Según Norberto Bobbio la máxima de que todos los hombres son iguales ante la ley o de que la “ley es igual para todos”, es de las diferentes determinaciones históricas que han proclamado la igualdad de todos los hombres, la que universalmente se ha recogido con más vehemencia en diferentes tipos de constitución e ideologías. Es básicamente un principio que no fue en absoluto moderno es en realidad muy antiguo, en ese tenor Norberto Bobbio nos recuerda que tuvo un equivalente en el pensamiento político griego *Isonomia*, considerado como un “concepto fundamental” y un “ideal primario.”<sup>365</sup>

La igualdad formal es distinta de la igualdad material, según Norberto Bobbio explica que: “La expresión igualdad de derecho se usa en contraposición a igualdad de hecho, y corresponde casi siempre a la contraposición entre igualdad formal e igualdad sustancial o material.”<sup>366</sup> Norberto Bobbio explica que igualdad formal no significa lo mismo que “la igualdad en los derechos (o de los derechos)”, porque este segundo concepto es más que una igualdad ante la ley: “como exclusión de toda discriminación no justificada”, porque consiste en que todos los ciudadanos tengan disfrute en condiciones de igualdad de un conjunto de derechos fundamentales, fundamentales porque están garantizados por el

---

<sup>364</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., p. 68.

<sup>365</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., pp. 70-71.

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 75.



ordenamiento constitucional, y alude como ejemplo a las históricas declaraciones de derechos de 1789 y 1948.<sup>367</sup>

En este capítulo ya se empiezan a considerar la posibilidad de que igualdad en los derechos comprenda más allá del derecho a ser considerados iguales frente a la ley, prescripciones que adopten la forma de derechos fundamentales, porque están formalmente positivizados, protegidos y garantizados por la Constitución.<sup>368</sup>

La igualdad formal es más amplia que la igualdad jurídica porque esta designa a la igualdad como un atributo particular de cualquier miembro de un grupo social, incluso puede aplicarse a un infante para determinar que como sujeto jurídico se encuentra dotado de capacidad jurídica. La igualdad de derechos tiene un campo más amplio que la igualdad frente a la ley y la igualdad jurídica tiene un campo más restringido. La igualdad frente a la ley tiene como desafío la sociedad esclavista: porque no a todos los miembros que integran esa sociedad se les reconoce como personas jurídicas; mientras que la igualdad jurídica tiene como desafío a la sociedad de castas: todos se consideran sujetos de derecho, porque tienen capacidad jurídica, pero de un derecho distinto que rige la particularidad y por lo tanto la pertenencia al estamento, lo cual puede generar la condición de que no tengan la misma igualdad frente a la ley y por eso los miembros no tienen la misma igualdad de derechos fundamentales.<sup>369</sup>

## 2. Igualdad sustancial

Norberto Bobbio explica que el principio que proviene de la distinción entre igualdad frente a la ley y del principio de igualdad de oportunidades es la igualdad sustancial al que se le denomina también igualdad material, también conocida en algunas legislaciones como igualdad de hecho, y que consiste en una igualdad que tiene por objeto los bienes materiales, la igualdad económica, por eso

---

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>368</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., p. 76.

<sup>369</sup> *Idem*.

Norberto Bobbio puntualiza que esta igualdad no debe confundirse con la igualdad de oportunidades.<sup>370</sup>

Este concepto de igualdad es problemático, Norberto Bobbio explica que es difícil llevar a cabo esta igualdad que tiene como objeto a los bienes materiales. Por lo cual Norberto Bobbio plantea la dificultad de definir los bienes materiales: “Si se definen los bienes respecto de las necesidades que tienden a satisfacer, la pregunta en torno a las determinaciones de lo que es un bien y de lo que no lo es, remite a la pregunta en torno a la determinación de cuáles sean las necesidades dignas de satisfacerse y respecto de las cuáles se considera «justo» que los hombres sean iguales.”<sup>371</sup>

Corresponde a calificar así cual de todas las necesidades se tiene que satisfacer. Norberto Bobbio escribe que no parece que se pueda contestar que sean todas las necesidades. Por lo que se tendría que determinar cuál criterio se debería establecer para elegir cuales necesidades son más merecedoras que otras para satisfacerse. Plantea el criterio de utilidad social, el cual significa reconocer necesidades útiles de las necesidades nocivas. El criterio de la correspondencia con la naturaleza, de las necesidades naturales de los bienes, que significa distinguir las necesidades naturales, necesidades artificiales, necesidades espontáneas o necesidades provocadas por los productores.

También para el estudio de los criterios para determinar el nivel que tienen las necesidades para su satisfacción en relación con el problema de la igualdad sustancial consiste según las reflexiones de Norberto Bobbio: “Una vez determinada la naturaleza de los bienes respecto de los cuales los hombres deberían ser iguales, el problema de la igualdad no está aún resuelto: es necesario también establecer de qué modo los hombres consiguen y permanecen en relación con esos bienes.”<sup>372</sup>

---

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>371</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., p. 80.

<sup>372</sup> *Ibidem*, p. 81.

Se requiere de la posesión de los bienes o solamente es necesario el uso de los bienes. Además se requiere de la distinción entre los diferentes tipos de bienes como instrumentos de producción de aquellos productos que solo son lícitos en producciones individuales. La dificultad de considerar a la igualdad en materia de bienes como absoluta o relativa. La doctrina aristotélica de distribuir una proporción en partes iguales. Así la igualdad proporcional surge como una fórmula igualitarista:

Por lo demás, si la determinación de lo que se debe entender por igualdad sustancial no planteara tantas preguntas, no se habrían propuesto a lo largo del curso histórico, como es conocido, tantas formas distintas de doctrinas igualitarias, a menudo en conflicto entre sí, y, ya que el igualitarismo es el aspecto más constante y caracterizado de las doctrinas socialistas y comunistas, no nos encontraríamos frente a tantos comunismos y socialismos distintos, de ahí que algunos sean totalmente igualitarios, otros parcialmente, algunos absolutamente, y otros lo sean relativamente.<sup>373</sup>

El reconocimiento de la igualdad material va por lo tanto relacionado con alguna carencia dentro de un miembro o miembros de la sociedad, por lo tanto es de esperarse que este valor esté estrechamente vinculado al principio de no discriminación, igualdad racial, igualdad de los sexos y al reconocimiento de las diferencias y los grupos vulnerables, pero también a fin de cuentas a las nociones de igualdad formal e igualdad de derechos, aunque Renacentista, Francisco de Vitoria al considerar la categoría de inocentes para referirse a los niños, religiosos y clérigos que no proporcionan ayuda al enemigo, por lo cual comienza con una presunción de esa característica de vulnerabilidad: “A este respecto debo advertir que siempre debe presumirse que en la ciudad hay algunos inocentes, y por lo tanto, no es piadoso ni cristiano disponer de la matanza de todos, porque aparejaría muertes de inocentes; y así los vencedores, por evitar ese peligro, al conseguir la victoria, podrían ocuparse en castigar a los culpables tomando esa

---

<sup>373</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad, op. cit.*, p. 82.

represalia como satisfacción de su vindicta.”<sup>374</sup>Es decir, que invariablemente se articulen las concepciones en lo posible en el marco estatal las concepciones liberal y la igualitaria, la primera que es más conflictual, pluralista e individualista, la segunda, más totalizadora, monista y armónica en la convivencia civil siguiendo la expresión de Norberto Bobbio,<sup>375</sup> de manera que aquí entra el tratamiento específico de que para abordar una relación de igualdad son necesarias las dos preguntas formuladas por Norberto Bobbio para describir el indeterminado significado de igualdad y que para definir eso se requiere especificar de qué entes trata la igualdad y sobre qué cosa u objeto son iguales: ¿igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué?.<sup>376</sup>

### 3. Las doctrinas igualitaristas

Señala Norberto Bobbio dos preguntas como las básicas para atender al significado de la relación de igualdad: ¿Igualdad entre quienes? e ¿igualdad en qué? Según Norberto Bobbio las ideologías igualitarias son diferentes de otras ideologías sociales por la exigencia de igualdad sustancial. Admiten claramente la diferencia de la igualdad sustancia o material, de la igualdad formal (ante la ley) y de la igualdad de oportunidades. Genéricamente el igualitarismo en palabras de Norberto Bobbio es una doctrina que valora por encima de otros valores a la igualdad, determinar de qué clase de igualdad se trata y las medidas en las que se debe aplicar.

Sin entrar todavía a detalle en el ideal casi utópico del igualitarismo que consiste en la “igualdad de todos los hombres en todos los aspectos”<sup>377</sup>; retomamos a los conceptos de igualdad sustancial e igualitarismo podemos comentar que las doctrinas igualitarias siguiendo a Norberto Bobbio no puntualizan tanto en tratar a todos como iguales respecto de los bienes, sino más bien en adoptar el criterio de

---

<sup>374</sup> Vitoria, Francisco, *Reelecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, op. cit., p.28.

<sup>375</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., pp. 91-92.

<sup>376</sup> *Ibidem*, pp. 53-54 y p. 83.

<sup>377</sup> *Ibidem*, p. 83.

la distribución de los bienes sea lo máximamente igualitaria.<sup>378</sup> Por eso una doctrina igualitaria consiste históricamente en sostener la igualdad del “mayor número de hombres en el mayor número de aspectos”<sup>379</sup>. El igualitarismo subraya Norberto Bobbio tiene la tendencia a la obtención de ese ideal-límite por medio de “sucesivas aproximaciones”<sup>380</sup> y eso hace válido identificar a doctrinas más igualitarias que otras: igualitarismo parcial o limitado, igualdad en todo, según la doctrina platónica en relación a la clase guerrera; o también señalando a algunas reglas que se aplican en la gestión de las órdenes religiosas; y el igualitarismo parcial o limitado puede compatibilizarse con una concepción no igualitaria de la sociedad en su conjunto, por eso destaca Norberto Bobbio la diferencia que tienen de peticiones igualitarias como el derecho de sufragio de las mujeres o la supresión de la discriminación racial, pero que son provenientes de una ideología liberal.<sup>381</sup>

#### 4. Los derechos de igualdad

La dificultad para considerar que la igualdad pueda ser constitutiva de situaciones jurídicas subjetivas y que se extiende al concepto jurídico de bienestar proviene de la colisión que se presenta entre los valores de libertad e igualdad; pues la igualdad a diferencia de la libertad es un concepto todavía indeterminado, porque si bien la libertad como cualidad de la persona física o moral y que puede representar los aspectos de la persona relativos de voluntad y acción, la igualdad consiste en una relación formal que a la que se asignan diversos contenidos, porque tiene que especificarse de los sujetos que se están tratando y respecto de que contenido son iguales, en tanto que la igualdad aunque valor, supone la complejidad de considerar al sujeto, al hombre con respecto a una totalidad<sup>382</sup>, por lo anterior, Norberto Bobbio indica: “En todo caso, la igualdad consiste solamente en una relación: lo que da a esta relación un valor, es decir, lo que hace de ella

---

<sup>378</sup> *Idem.*

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>380</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>381</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, pp. 84-85.

<sup>382</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, *op. cit.*, pp.53-54.

una línea humanamente deseable, es el ser justa.”<sup>383</sup>La relación en la cual la igualdad es una condición para el equilibrio interno del sistema que es la justicia, que junto con la libertad son los valores supremos del “vivir civil”, porque libertad como bien individual y justicia como bien social, porque “la libertad es el valor supremo del individuo respecto del todo y que la justicia es el bien supremo del todo en cuanto compuesto de partes”.<sup>384</sup>

Para Eduardo García de Enterría la consagración de la igualdad sucedió con la supresión del “sistema esencial de privilegios en que el Antiguo Régimen consistía”<sup>385</sup>, la proclamación de igualdad se extendió mediante las originarias declaraciones de derechos humanos: Artículo 1, Decreto del 4 de agosto de 1789: “La Asamblea Nacional suprime enteramente el régimen feudal y decreta que los derechos y deberes, tanto feudales como censales, los que se refieren a la mano muerta real o personal y a la servidumbre personal y los que representan, son abolidos sin indemnización, y todos los demás declarados redimibles, y que el precio y el modo de la redención serán fijados por la Asamblea Nacional (...);”<sup>386</sup> Artículo 1, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.”<sup>387</sup> Artículo I, Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776): “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes...”

También la referencia a la igualdad se lee en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776): “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...”<sup>388</sup>

---

<sup>383</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., p. 58.

<sup>384</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., pp. 58-59.

<sup>385</sup> García de Enterría, Eduardo, op. cit., p. 40.

<sup>386</sup> *Decreto del 4 de Agosto de 1789*.

<sup>387</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

<sup>388</sup> Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, 1776.

La prohibición de la esclavitud también es un derecho de igualdad no igualitarista y ha sido consagrado en diversos textos jurídicos como: Enmienda XIII, (diciembre 6, 1865) “1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto. 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas.”<sup>389</sup>

Entre otros antecedentes del reconocimiento de la abolición de la esclavitud citamos el documento escrito por José María Morelos y Pavón, Sentimientos de la nación, reflejó la expansión de las doctrinas ilustrada del valor de la igualdad en América y es un antecedente importantísimo para México, porque consideraban que la esclavitud era una costumbre contraria a la libertad: “15º. Que la esclavitud se proscriba para siempre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales y sólo distinguirá á un americano de otro, él vicio y la virtud.”<sup>390</sup>

La prohibición de la esclavitud como derecho fue reconocida por el Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, artículo 8 (1966):

1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.
2. Nadie estará sometido a servidumbre.
3. a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;
- b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;
- c) No se considerarán como "trabajo forzoso u obligatorio", a los efectos de este párrafo:

---

<sup>389</sup> Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

<sup>390</sup> José María Morelos y Pavón, Sentimientos de la Nación.

- i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;
- ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia.
- iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;
- iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.<sup>391</sup>

La prohibición de la discriminación también forma parte de los propósitos por la igualdad usando una palabra de Norberto Bobbio, el racismo una de las principales fuentes de desigualdad ha sido puesto en discusión con más vehemencia que en esta época, la contemporánea.<sup>392</sup>

Después de la Segunda guerra mundial, el principio de no discriminación se incluyó en el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2, (1948): “1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

Uno de los hilos conductores para la consagración de la igualdad como principio fue la prohibición de títulos de nobleza, ya mencionada brevemente en párrafos anteriores y también la “abolición de privilegios de clase” (Siglo XVIII) y abolición de privilegios del censo (Siglo XIX y Siglo XX).

---

<sup>391</sup> Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, 1966.

<sup>392</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, op. cit., p. 93.



Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 4 (1789): “Que ningún hombre, o grupo de hombres tienen derecho a emolumentos exclusivos o privilegiados de la comunidad, sino en consideración a servicios públicos, los cuales, al no ser hereditarios, se contraponen a que los cargos de magistrado, legislador o juez, lo sean”.<sup>393</sup>

Igualdad de los sexos, a la luz de los textos internacionales, uno de los documentos referentes es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2 (1945): “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”<sup>394</sup>

En la Constitución mexicana (1917), artículo 4: “Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia;”<sup>395</sup> artículo 123: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley”;<sup>396</sup> artículo 1: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta

---

<sup>393</sup> Declaración de derechos de Virginia, 12 de junio de 1776.

<sup>394</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

<sup>395</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

<sup>396</sup> *Idem*.

Constitución establece.<sup>397</sup>

La igualdad se refleja mediante la adquisición de los derechos civiles y políticos para ambos sexos, porque el estatus de ciudadanía se le reconoce a la mujer cuando se le reconoció el derecho al voto, sin este derecho su estatus de ciudadanía se encontraba incompleto. En México el 17 de julio de 1953 la mujer obtuvo el derecho al voto.

Prohibición de fueros, significa que no pueden existir tribunales que distintos de la jurisdicción ordinaria y con excepción del ámbito militar privilegien a personas o a corporaciones. Citamos la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), artículo 13: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda."<sup>398</sup>

Acciones positivas: aunque no son lo mismo que derechos humanos deben estudiarse porque implican acciones institucionales estatales para encauzar el disfrute de determinados derechos humanos minoritarios, como los derechos de los indígenas, los derechos de las mujeres, migrantes, etc., pero estas acciones deben realizarse atendiendo a los principios (nacionales o internacionales que sean aplicables) y enfocándose a las actividades que desarrollan esos derechos.<sup>399</sup> Son acciones de igualdad, que implican una acción interventora de

---

<sup>397</sup> *Idem.*

<sup>398</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

<sup>399</sup> Tesis: 1a. CLII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, t. I, junio de 2016, p. 304.

los agentes del Estado, la cuestión es que tienen un enfoque más igualitario que libertario.<sup>400</sup>

## 5. Igualdad y justicia

De acuerdo a las reflexiones de Norberto Bobbio la justicia es una esfera de aplicación en la igualdad, porque el equilibrio interno de las partes depende del valor de la justicia, porque la igualdad consiste en una relación: “En otras palabras, una relación de igualdad es un fin deseable en la medida en que es considerado justo, donde por justo se entienda que tal relación tiene de algún modo que ver con un orden que hay que instituir o restituir (una vez turbado), con un ideal de armonía de las partes del todo, porque, además, sólo un todo ordenado tiene la posibilidad de subsistir como tal.”<sup>401</sup>

Cuando Norberto Bobbio utiliza la expresión las partes del todo, alude a las abstracciones más antiguas que se han plasmado sobre la justicia y que consiste en considerarla como una virtud o el principio que rige la totalidad y el equilibrio del “todo armónico” y es también una cosmovisión del universo que es espejo del orden social o *civitas*. Esta representación se sostiene por dos cosas que denominaremos aquí principios y que corresponden al ideal de la *Paideia* griega: que cada una de las partes del todo ocupe la posición que le corresponde y el equilibrio que se mantiene por el respeto de las normas universalmente aceptadas, la primera condición es la que implica primariamente a la igualdad.<sup>402</sup>

## III. Fraternalidad

### I. La fraternidad en los derechos del hombre

La expresión fraternidad el lema más representativo de la Revolución francesa junto con la libertad y la igualdad, el concepto se orienta hacia la realización del

---

<sup>400</sup> Ver tema de igualdad.

<sup>401</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad, op. cit.*, p. 58.

<sup>402</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad, op. cit.*, p. 58.

principio y concepto jurídico de distintos alcances conocido como solidaridad. En este trabajo estudiaremos los alcances de este principio respecto de la evolución de los derechos humanos y en los alcances de los derechos que se han orientado para alcanzar fines que protejan al sujeto de los derechos. Fraternidad no es lo mismo que igualdad, aunque trata “del vínculo con los semejantes”<sup>403</sup> como atestigua el desarrollo particular que el principio ha tenido en diferentes culturas y sociedades, porque se trata de la condición humana, cuando es objeto de derechos.

El pensamiento católico por ejemplo ha dado ejemplos de la recepción de este principio:

Para San Francisco y para los franciscanos es esencial la vida de fraternidad, y por eso, en el mismo eremitorio, los hermanos no deben vivir de forma distinta. Lo subraya claramente San Francisco en las indicaciones que escribió para los que quieren vivir vida eremítica: “Los que quieren llevar vida religiosa en eremitorios, sean tres hermanos o, a lo más cuatro. Dos sean madres y tengan dos hijos, o, al menos, uno. Los dos que son madres sigan la vida de Marta, y los dos hijos sigan la vida de María...”<sup>404</sup>

Por lo que hace a la fraternidad en el proceso de secularización del Estado, en la experiencia republicana francesa, la fraternidad aunque tercer valor se instituye en el imaginario colectivo por medio del reconocimiento de los derechos de ciudadanía a toda la nación francesa, deriva de las doctrinas de igualdad y de la doctrina de la soberanía nacional, aunque la trayectoria del constitucionalismo francés recoja esencialmente los principios del liberalismo político, nadie duda de la igualdad de derechos como fuente de la fraternidad, pero reconocer un papel relevante a la fraternidad por encima del individuo puede conducir a poner primero

---

<sup>403</sup> Kabunda Badi, Mbyi, *Derechos humanos en África Teoría y prácticas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000, p. 42.

<sup>404</sup> Cristiani, León, *San Francisco de Asís*, Trad. Jesús Sánchez Díaz, 25ª ed., México, Ediciones Paulinas, 2005, p. 63.

los intereses de la colectividad sobre los individuales, en eso reside la fuerza del Estado-Nación y posteriormente de los nacionalismos.

El proyecto de ciudadano de la Revolución tiene un componente de fraternidad, quizás excesivo pero que revela el momento de ese movimiento. En el movimiento revolucionario francés extendió el uso del valor de la fraternidad, en “Bosquejo histórico de los principales acontecimientos de la Revolución francesa”, M. Dulaure hace un relato de las situaciones en el conflicto bélico que ponen de relieve el contraste en el ánimo revolucionario por conciliar la fraternidad en una situación de enfrentamiento radical:

«Los sitiadores, dice Barbaroux, estaban cansados de esperar, y la impaciencia provenzal fue superior a la consideración del peligro. Los marseleses, que tenían a los Bretones a sus costados, avanzan con arrogancia, y penetran en el patio de los príncipes a paso de ataque. Los suizos que defendían las ventanas del palacio gritaban también: *¡Viva la nación!* Después de parlamentar mucho tiempo, una docena de entre ellos y algunos gendarmas vinieron a colocarse entre los Marseleses; echan entonces por las ventanas, en señal de amistad cartuchos sin bala. Garnier comandante en segundo del batallón, penetra hasta los aposentos; esperaba no recibir sino testimonios de fraternidad, y aun se le había ya abrazado, cuando de repente parte de las ventanas del palacio una descarga terrible de fusiles, de carabinas y de trabucos. Los Marseleses, al sentir el movimiento de las armas que precede al fuego, por una impulsión natural, retroceden algunos pasos y encaran las suyas a los suizos. Esta maniobra los salvó; la granizada de balas cae sobre el puesto que acaban de dejar y todos hubieran sin duda perecido si hubiesen permanecido en él; sin embargo caen siete en tierra; el comandante recibió un metrallazo en una pierna; los otros sostienen el choque.»

El marqués de Ferrière habla también de los testimonios de amistad y buena inteligencia que los suizos dieron a los asaltadores. «Los suizos,

dice, desarmaron la bayoneta, manifestando con esta señal de paz que no tenían intenciones hostiles; algunos arrojaron los cartuchos que tenían en sus cartucheras; otros muchos se mezclaron en las filas de los Marselleses, y trataron a estos como hermanos. Todas las apariencias eran de una próxima pacificación, cuando de la parte inferior de la escalera sale súbitamente un tiro, que fue la señal de una horrorosa carnicería».<sup>405</sup>

Y el relato continúa:

«Estos suizos asesinos hicieron fuego de batallón sobre nuestros hermanos, y en seguida fuego de fila, de manera que en tres descargas quedaron sobre aquella escalera más de cien víctimas de su ferocidad»... Se ve que el ataque de los suizos se dirigía á dos puntos: a la multitud que llenaba la escalera grande del palacio, y á la que cubría el patio de los príncipes.

Estos testimonios de paz y amistad, que los suizos dieron á los Marselleses, ¿eran en efecto de doblez y artificio? ¿Querían con estas demostraciones de benevolencia armarles un lazo, atraerlos cerca de sí para inmolarlos con más seguridad? No se puede ni debe creer en esto: una tropa numerosa no se vuelve súbitamente pérfida y aleve. ¿Qué incidente fatal vino, pues, á detener los progresos de una reconciliación tan apetecible, hizo suceder tan precipitadamente los furores de la cólera y la venganza á los dulces desahogos de la fraternidad, y los tiros mortíferos á los más estrechos abrazos?<sup>406</sup>

Los nefastos crímenes de la Segunda guerra mundial dieron paso a la instauración de un nuevo orden internacional distinto de los anteriores por el componente de legalidad y de vinculación de los tratados internacionales, por mencionar un aspecto que da cuenta del fenómeno de la globalización, eso supone que después

---

<sup>405</sup> Dulare, M. *Bosquejo histórico de los acontecimientos de la Revolución francesa, desde la convocación de los estados generales hasta el restablecimiento de la casa de Borbón*, Trad. D. Domingo Fernández de Angulo, Tomo segundo, pp. 240-241.

<sup>406</sup> *Ibidem*, 242.

de 1789, la etapa que se inicia con la formación de las Naciones Unidas coincide con un lento y progresivo reconocimiento de la fraternidad como principio del derecho internacional, esencial para el desarrollo y las relaciones entre los Estados y las personas y que se difunde mediante otro principio el de solidaridad.

El principio se reconoció en diverso articulado de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 1, “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”<sup>407408</sup>

Artículo 26: “(1) Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. (2) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. (3) Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”<sup>409</sup>

Artículo 28: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.”<sup>410</sup>

---

<sup>407</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

<sup>408</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

<sup>409</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

<sup>410</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

## 1. El concepto jurídico de solidaridad

Como valor y como principio jurídico se ha entendido con un alcance colectivo. En la explicación entre libertad positiva y libertad negativa de Isaiah Berlin.

Sin embargo, no es con la libertad individual, tanto en el sentido «negativo» de esta palabra como en el «positivo», con la que puede identificarse fácilmente este deseo de status y reconocimiento. Es con algo que los seres humanos necesitan no menos profundamente y por lo que luchan de manera apasionada, algo emparentado con la libertad, pero no la libertad misma; aunque lleva consigo la libertad negativa de todo el grupo, está relacionado más estrechamente con la solidaridad, la fraternidad, el mutuo entendimiento, la necesidad de asociación en igualdad de condiciones, todo lo que se llama a veces —pero de manera engañosa— libertad social. Los términos sociales y políticos son necesariamente vagos. El intento de hacer demasiado preciso el vocabulario político puede harcelo inútil. Pero no es ningún tributo a la verdad debilitar el uso de las palabras más de lo necesario. La esencia de la idea de libertad, tanto en su sentido «positivo» como «negativo», es el frenar algo o a alguien, a otros que se meten en mi terreno o afirman su autoridad sobre mí, frenar obsesiones, miedos, neurosis o fuerzas irracionales: intrusos y déspotas de un tipo u otro. El deseo de ser reconocido es un deseo de algo diferente: de unión...<sup>411</sup>

Según el enfoque histórico que surgió como una cuestión en el siglo XVIII que ha sostenido que la fraternidad, la igualdad y la libertad tienen una interdependencia, pero es peligroso que la postura y las conclusiones puedan no ser liberales y que consiste en la pregunta de ¿Qué es el individuo?, por qué él habita en condiciones encontradas. Escribe Isaiah Berlin que vive en sociedad, y por lo tanto todo lo que el individuo hace afecta a las acciones de los demás y todo tiene un efecto. Por

---

<sup>411</sup> Berlin, Isaiah, *op. cit.*, p. 229.



eso es muy fino el hilo que divide a la vida privada de la vida social, y para lo cual resalta la distinción entre esos dos ámbitos que formuló John Stuart Mill.<sup>412</sup>

La fraternidad, la solidaridad o el mutuo entendimiento tienen relación la necesidad de asociación en igualdad de condiciones que en suma es libertad social, y precisamente aunque al ejercerlas cada miembro del grupo hace uso de su particular libertad negativa, esa libertad social no es en sí el concepto de libertad que sostiene Isaiah Berlin.<sup>413</sup>

## 2. Los derechos humanos de tercera generación

Categoría de derechos humanos que atiende a una formación histórica, puede tener aplicación con más facilidad en el derecho internacional de los derechos humanos, son derechos que se han reconocido como más reivindicados por los países en desarrollo. Entre los derechos que integran esta generación se cuentan: Derecho a la paz, objeción de conciencia, derecho al medio ambiente, derecho de las mujeres a la no discriminación, derecho a la calidad de vida, libertad informática, derecho al desarrollo, derecho a la asistencia humanitaria y derecho al medio ambiente.

---

<sup>412</sup> Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, op. cit., p. 225

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 229.

## Capítulo 4

### El Estado social y los derechos humanos

#### I. La dimensión histórica de los derechos sociales

La historia de los derechos humanos también tiene un capítulo para los derechos sociales, si bien la primera etapa del Estado moderno es con el Estado liberal de derecho en el que los primeros derechos que se protegen son los derechos individuales, el Estado de derecho evoluciona hacia una forma de Estado social que abre el capítulo para el reconocimiento y protección de derechos sociales de los ciudadanos dentro de los fines del Estado.

Desde esta perspectiva es inevitable no mencionar que a partir de la Revolución francesa se fue gestando la necesidad de otorgar protección a necesidades de la colectividad, actividades de prestación que merecen ser garantizadas por el Estado para atender al interés general y el bien común, se van gestando los derechos sociales.

Llama la atención como considerar que la Revolución francesa a la que se le reconoce un marcado carácter iusnaturalista pudiera ser punta de lanza para el reconocimiento de los derechos sociales. La doctrina converge en que en la declaración se incluyeron algunos derechos de este tipo como el derecho al trabajo, el derecho a la asistencia social y el derecho a la educación. Son derechos sociales porque tienen un titular que es el ciudadano y una responsable de proveer los medios para su prestación: la sociedad.<sup>414</sup>

Es de relevancia para comprender el significado y contenido de los derechos sociales entender el origen de su formación, para lo cual nos auxiliamos de las opiniones de Gregorio Peces Barba para quien el optimismo, la vida comunitaria y la cooperación entre otros valores, contribuyeron para la construcción de los derechos sociales y del Estado social.

---

<sup>414</sup> Prieto, Fernando, *La revolución francesa*, Madrid, Ediciones Istmo, 1989, p. 43.

Al respecto, Gregorio Peces-Barba señala que para que los derechos sociales puedan arraigarse en la cultura política y jurídica es necesario un conjunto genérico de elementos: la idea de la comunidad entre los hombres, los valores de amor, amistad, cooperación y apoyo como sustento de las relaciones. Es un pensamiento optimista no negativo porque se considera a cada persona como fines no como medios, aunque con el realismo de entender la mentalidad de la persona en cuanto a su papel en la comunidad y en sus relaciones; por otra parte, el pensamiento pesimista es ad hoc a las visiones o proyectos autoritarios que busca cosificar a las personas y personalizarlas para concebirlas como medios para la explotación, el interés propio y el egoísmo. Esta idea se formula en Grecia y actualmente se le denomina *paideia*: “como cultura que iniciaría una unión espiritual, viva y activa, abrirá muchas perspectivas al itinerario intelectual de Occidente, donde germinarán y crecerán los derechos sociales.”<sup>415</sup>

La germinación de esta idea de los derechos sociales surge de forma bastante primitiva en Grecia con la cultura de la *paideia* que pretendía conjuntar una unión espiritual viva y activa, sobre lo anterior destaca Gregorio Peces Barba que esa concepción del hombre propia de la *paideia* que después en el cristianismo medieval se traduciría en la dignidad del hombre que no es distinta de ese pensamiento griego que pretendía alcanzar la dignidad de todos, no solo de unos cuantos o elegidos, en ese contexto se empezarán a asentar los derechos sociales, porque en la cultura griega el papel del hombre en la comunidad hallábase vinculado a las características del hombre como ser político.<sup>416</sup> Lo cual esencialmente tiene un rasgo comunitario y añade Peces Barba:

Por eso un rasgo común del espíritu griego será el servicio a la comunidad y la especial relación entre los hombres con el concepto de “*philia*”, de amistad. De la amistad inseparable de esa dimensión política del ser humano, y también de la idea de igualdad, se han ocupado en Grecia Jenofonte, Sócrates, al decir de Platón, este mismo, y Esperísipo,

---

<sup>415</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 8-9.

<sup>416</sup> *Ibidem*, p. 9.

Jenócrates, Aristóteles, Teofrasto, Clearco, Praxífanos, Cenon, Epicuro, Cleantes, Panecio, Poseidonio o Plutarco. Ya en el canto XXIV (34-50) de la *Ilíada*, cuando Apolo dice sois terribles Dioses, en vuestro deseo de destrucción, Héctor os ha hecho sacrificios y ahora le dejáis yacer en tal indignidad...esto no es humano, surge según Emilio Lledó, por primera vez en la cultura occidental, un sentimiento de conmiseración, de solidaridad en el dolor, de queja ante la violencia y la humillación. Es el origen de la generosidad, donde arraigarán siglos más tardes los derechos sociales.<sup>417</sup>

Ya hemos estudiado la importancia que adquirieron las declaraciones de derechos del Siglo XVIII. Siguiendo a Gregorio Peces Barba podemos comentar que los principios de libertad, igualdad y fraternidad son la base de la cultura jurídica y política moderna y que trajo el desarrollo de los derechos sociales. Ahora bien, los derechos sociales son más próximos al valor de la igualdad, lo que pretendemos explicar en este capítulo es como la contribución que tuvo la etapa del Estado social para los derechos humanos y viceversa.

De los antecedentes de los modernos derechos sociales podemos resaltar el pensamiento filosófico de Rousseau quien planteaba la voluntad general: “Al no tener el soberano otra fuerza que el poder legislativo, no actúa más que por leyes, y no siendo las leyes más que actos auténticos de la voluntad general, el soberano sólo podría actuar cuando el pueblo está reunido. ¡El pueblo reunido!, dirá alguien. ¡Qué quimera! Es una quimera hoy, pero no lo era hace dos mil años. ¿Han cambiado los hombres de naturaleza?”<sup>418</sup>

No obstante el peligro del igualitarismo acecha por eso Jellinek considera correctamente un aspecto del pensamiento de Rousseau que no es liberal: “La concepción de un derecho originario que el hombre transfiere a la sociedad, y que se presenta como una limitación jurídica del soberano, se rechaza expresamente

---

<sup>417</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, op. cit., p. 9.

<sup>418</sup> Rousseau, Jean Jacques, *Del contrato social*, op. cit., p. 115

por Rousseau. No hay ley fundamental que pueda ligar a la comunidad, ni aun el *contrat social* mismo.”<sup>419</sup>

Como explica Isaiah Berlin el pensamiento de Rousseau se sustenta en toda una tradición filosófica que busca la moderación: “Rousseau no está a favor del sentimiento desenfrenado. Por el contrario, dice —y se apoya en una gran tradición filosófica— que los sentimientos separan a las personas, mientras que la razón las une. Los sentimientos a las sensaciones son subjetivos, individuales, varían de una persona a otra, de un país a otro, de un clima a otro, mientras que sólo la razón es una misma, en todos los hombres, y sólo ella es siempre correcta.”<sup>420</sup> Por lo que Isaiah Berlin considera una falacia la simple generalización de que Rousseau haya sido una guía del sentimiento frente a “frío racionalismo”, lo cual se demuestra por medio de una cuidadosa lectura de sus escritos.

Lo cual resulta de que Rousseau piensa que las grandes preguntas que existen sobre la moral y política que indican como vivir, que hacer, a quien obedecer han tenido respuestas equívocas continua Isaiah Berlin señalando que esta situación proviene de la acumulación de sentimientos humanos, de prejuicios y supersticiones productos de causas naturales o no y que son las que definen lo que los hombres piensan sobre los conceptos, por lo que Rousseau plantea que para responder correctamente las respuestas deben proponerse mediante la razón. Pero si queremos encontrar verdaderas respuestas a estas preguntas, entonces ésta no es la manera de hacerlo. Debemos plantear las preguntas en términos tales que tengan respuesta, y eso puede hacerse sólo por medio de la razón. Buscar la respuesta racional y correcta para las preguntas de la ética y de la política, como ocurre en las ciencias, donde la respuesta correcta recibe la aprobación de todos los científicos, porque la respuesta racional es la correcta, mientras que el error es múltiple, la verdad es una.<sup>421</sup>

---

<sup>419</sup> Jellinek, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Trad. Adolfo Posadas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 86.

<sup>420</sup> Berlin, Isaiah, *La traición de la libertad*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>421</sup> *Ibidem*, pp. 50-51.

Similar opinión aplica según Isaiah Berlin en cuanto al papel que Rousseau asigna a la razón como común a todos los hombres, es decir al sostener que son las emociones lo que separan y dividen a la humanidad, esto es claramente lo que bordea a lo que se caracteriza como pensamiento ilustrado. El mismo déficit de originalidad aplica para su idea del contrato social, la idea del contrato afirma Isaiah Berlin no es nueva.

Esa idea que considera necesario que los hombres para subsistir hayan tenido que ingresar desde una perspectiva histórica a un tipo de contrato o que otras comunidades de hombres no cumplan con los términos del contrato, precisamente por causa de los hombres, porque los hombres aun al ingresar a la sociedad presentan diferentes dotaciones de fuerza o deficiencia, emociones negativas de perjudicar a los demás, lo cual ha conllevado a la creación de instituciones que canalizando la voz de la mayoría pueden evitar la tiranía de las minorías, la opresión, idea antigua propia de los griegos y que tiene que ver con un concepto comunitario de los derechos, porque son derechos que se original de las obligaciones que el individuo tiene en relación con la comunidad este es el sentido de la siguiente oración del preámbulo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC): “Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.”<sup>422</sup>

Este pensamiento no es original son opiniones e ideas que como señala Isaiah Berlin y hemos sustentado en los dos primeros capítulos fueron mencionadas por sus predecesores y son las grandes ideas que abarcan a los diferentes movimientos de Ilustración que se dieron en Europa, pero retomando a Rousseau y porque queremos resaltar la dificultad del avance de los derechos sociales exponiendo que las dificultades se encuentran en las distintas concepciones de derechos que estuvieron presentes en las filosofías alrededor de las Revoluciones.

---

<sup>422</sup> *Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales*, 1966.

Un ejemplo lo encontramos siguiendo las tesis de Jellinek quien dedujo como Rousseau declaró que un conjunto de derechos de libertad contravenían al Estado. Entre estos derechos se encuentra la libertad religiosa. En esta tesitura si se podía proscribir a una persona que no confesase la religión civil integrada por principios que han sido fijados por el detentador de la soberanía. La rigidez de este argumento se refleja en la conclusión de que si la persona confesase la religión pero no actuase como convencido con sus artículos debía ser castigado con la pena de muerte. Es decir, que no admite competencia entre Iglesia y Estado, ambas se oponen, así que la persona no puede poner su esperanza y salud en otro ente que no sea el Estado, como la Iglesia sino debe expulsársele. Otro derecho de libertad proscrito también por Rousseau es el derecho de asociación, porque las asociaciones políticas crean división en el pueblo y como el pueblo es la fuente de la voluntad general su voluntad no se puede conformar.<sup>423</sup>

Para dejar claro que los principios del contrato social son opuestos a los principios de la Declaración del 26 de agosto de 1789, George Jellinek escribe: “Estos ejemplos deben bastar, de una vez para siempre, para rechazar la idea de que Rousseau haya querido asegurar a la libertad del individuo una esfera infranqueable.”<sup>424</sup>

Para George Jellinek, los principios del contrato social pretenden asentar una voluntad general ilimitada sin límites jurídicos. Nada más opuesto a la teoría de la división de poderes que caracteriza una operación esencial del constitucionalismo moderno y que podemos identificar con la declaración de derechos de 1789 que como señala Jellinek tiene el objeto de establecer una separación tajante entre el Estado y el individuo, pero la línea está mediada por el legislador que tiene como límite los derechos consagrados por la declaración y que la Declaración reputa como naturales, inalienables y sagrados. La Declaración de 1789 es contraria al contrato social según la opinión de George Jellinek aunque reconoce que ciertas ideas del contrato social hayan influido en el imaginario que conllevó a la

---

<sup>423</sup> Jellinek, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, op. cit., pp. 86-87.

<sup>424</sup> *Ibidem*, p. 87.

redacción de esa Declaración, no es el pensamiento de Rousseau la fuente de la declaración.<sup>425</sup> La fuente de la Declaración francesa según señala George Jellinek son las declaraciones americanas, pero no pretendemos discutir aquí los orígenes de la declaración, sino explicar la evolución de los derechos humanos a través de la etapa del Estado social de derecho.

Para George Jellinek la coincidencia entre las declaraciones americanas y francesas y por ende en su significación jurídica, y que es uno de los aspectos más esenciales según sus propias palabras: consiste en el establecimiento de límites precisos al poder del Estado, límites jurídicos. El Estado tiene un límite legal que no puede traspasar, una esfera inviolable del individuo que progresivamente “ha obtenido un valor universal y permanente”. Esta esfera inviolable se conforma por los derechos de libertad, que son de naturaleza negativa (libertad negativa versus libertad positiva), porque no se fundan en una expectativa de acción por parte del ente estatal sino que se actualizan mediante la abstención de acción del Estado.<sup>426</sup> La evolución hacia la etapa del estado social de derecho debe tomar en cuenta el enorme antecedente de las declaraciones americanas, como Jellinek señala los americanos inspiran el reconocimiento en la Declaración francesa de 1789 de los derechos sobre la organización del Estado, participación del órgano facultado para formar la voluntad del estado; aplicar impuestos; sujeción de los jueces a la ley y responsabilidad por incumplimiento en lo que ahora entendemos por responsabilidad de los jueces. Los principios de la Declaración de 1789 tienen en las declaraciones de 1776 y siguientes su precursor.<sup>427</sup>

Las declaraciones americanas afirman que todos los hombres nacen libres y que todos los miembros de la sociedad tienen derechos y así proceden a la elaboración de derechos más numerosos que las declaraciones inglesas y le asignan a los derechos las propiedades de ser innatos e inalienables, sobre lo anterior George Jellinek procede a analizar cómo fue que los americanos

---

<sup>425</sup> *Idem.*

<sup>426</sup> Jellinek, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, op. cit., p. 106.

<sup>427</sup> *Ibidem*, pp. 106- 107.



desarrollaron esa manera de ver en sus leyes, descarta al derecho inglés y también considera que no todas las teorías y concepciones del derecho natural pueden aplicarse como fuentes de una concepción que elaboró mediante el derecho positivo el reconocimiento de derechos, ejemplifica con un pasaje de Ulpiano quien proclama a la igualdad de los hombres dentro del derecho natural, mientras que también admite a la esclavitud como una institución del derecho civil y la renuencia de los romanos para eliminar la condición de la esclavitud, lo mismo aplica para el siglo XVIII periodo que hemos venido analizando en el cual los distintos pensadores no vieron incongruente la libertad natural y la servidumbre jurídica y remata con John Locke teórico del pensamiento liberal quien consideraba a la libertad como una cualidad innata del hombre y que en la participación de la Constitución de Carolina del Norte no tuvo una composición positiva completa la libertad y sancionó la esclavitud y la servidumbre.<sup>428</sup>

Según escribió Jellinek la historia de la política continuaba siendo historia de la literatura con ideas políticas muy escasas provenientes de las antiguas doctrinas del Estado, cuando debería ser historia de las instituciones, porque la literatura es incapaz de producir por si misma efectos positivos pues ha de verse beneficiada por un contexto adecuado de condiciones históricas y de relaciones sociales. Tomar el origen literario de una idea no significa que se demuestre en forma contundente una significación práctica, pero como las instituciones están en constante transformación, merecen ser comprendidas en su evolución histórica particular.<sup>429</sup> Esta reflexión permite entender que la evolución de los Derechos humanos en la historia no puede analizarse únicamente mediante la perspectiva de las declaraciones de derechos francesa y americanas sino tomando a los Derechos del *Bill of Rights* como principios organizativos del poder político y límites al poder legislativo que se originan de los fines del Estado para proteger derechos originarios del individuo como la vida, la libertad y la propiedad, ahora

---

<sup>428</sup> Jellinek, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, op. cit., pp. 113-114

<sup>429</sup> *Ibidem*, p. 114.

debemos analizar la dicotomía entre los derechos individuales y los derechos sociales.<sup>430</sup>

La cita anterior permite entender que además del valor de la igualdad y de sus derechos, el desarrollo del Estado social parte de una evolución de los derechos que tiene en el principio de la igualdad para todos una base importante del tipo de sociedad que se desarrolla y de los valores que esa sociedad asigna a cada miembro y que tiene consecuencias en términos de democracia.

El problema metafísico de la libertad se comprende analizando el valor de la igualdad. Un ejemplo de la dificultad de la introducción del principio de igualdad para todos es expuesto por Jellinek en la Constitución para Carolina del Norte, que fue encargada por Shaflesbury y otros personajes a John Locke, texto que no armonizaba con los principios expuestos en los Dos tratados sobre el gobierno, pues no quedaba patente que ese ordenamiento se fundase en el principio de igualdad completa para todos, prefería el principio de la tolerancia para los disidentes, inclusive para los judíos y paganos. Un grupo de siete personas de cualquier confesión estaba autorizado para fundar una Iglesia o Comunidad religiosa. Estaba prohibida cualquier coacción en asuntos religiosos; para ser sujeto de esa protección especial el habitante debía declarar a la edad de los diez y siete años, la comunidad religiosa a la que pertenecía e inscribirse en una Iglesia. También eran castigados con severidad los atentados a cualquier sociedad religiosa. No se expresan ninguno de los principios de libertad política que tanto caracterizaron las aportaciones de la filosofía de Locke, sino que el objetivo en esta empresa es otorgar garantías plenas a la libertad religiosa.<sup>431</sup>

Robespierre propone entre varias ideas hacer “leyes benefactoras” para que el pobre y su industria puedan acceder a los alimentos.

---

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>431</sup> Jellinek, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, op. cit., pp. 121-122.

[...] El segundo medio: es aliviar la miseria pública. Los motines solo pueden ser terribles cuando los enemigos de la libertad pueden hacer hablar de carestía y de miseria a las orejas de un pueblo hambriento y desesperado. Hay que arrancarles esta arma peligrosa y la tranquilidad pública estará más asegurada dado que el pueblo francés, que los ciudadanos de París sobre todo han mostrado hasta aquí una paciencia igual a su coraje. Y que para consolarlo es suficiente parecer ocuparse seriamente de su felicidad y de sus necesidades.<sup>432</sup>

De gran relevancia para la transformación del Estado social de derecho fue el siglo XIX pues aunque en este siglo prevaleciera la fundamentación individualista de los derechos humanos y de la concepción del individuo, fueron surgiendo los antecedentes teóricos y las acciones del Estado social, al respecto Peces-Barba explica las aportaciones de Laski, Duguit, Gurvitch, Mirkine Guetzevitch, Heller y Fernando de los Ríos.<sup>433</sup> Desde el punto de vista de los movimientos políticos, Peces-Barba ha considerado también la influencia del socialismo democrático: “Entre los autores del socialismo democrático del siglo XXI, y además de la lucha por el derecho de asociación y el sufragio universal, encontramos el núcleo de la fundamentación de los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>434</sup>

En el siglo XIX tuvieron lugar los movimientos obreros y la fundación de los partidos socialistas. Durante este periodo el pensamiento socialista influyó para el reconocimiento de los derechos sociales.

Peces-Barba distingue a los derechos individuales, de los derechos civiles y menciona que los derechos políticos son una tercera categoría que impulsaron para el desarrollo de los derechos sociales, mediante dos derechos: el derecho al

---

<sup>432</sup> Robespierre, Maximilien, *Por la felicidad y por la libertad Discursos*, 2005, El viejo topo, p. 188.

<sup>433</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, op. cit., p. 8.

<sup>434</sup> *Ibidem*, p. 37.

sufragio universal y el derecho de asociación.<sup>435</sup> Favoreció Kant a la “universalización de los derechos humanos”<sup>436</sup>

Siguiendo a Guillermo de la Peña, en el siglo XX los derechos humanos continuó la presencia del pensamiento socialista y con la extensión de los derechos civiles y políticos fue avanzando el acceso de la ciudadanía a prestaciones como la vivienda, la salud, la educación, el empleo y fueron iniciando políticas entonces conocidas como de acción afirmativa.<sup>437</sup>

## II. El Estado social de derecho

La que se considera es la precursora teorización del Estado de derecho fue la formulación del jurista alemán Lorenz von Stein (1815). Ignacio Sotelo destaca que su obra *Socialismo y comunismo en la Francia de hoy*, significa un hito en los orígenes del Estado social.<sup>438</sup> El autor Ignacio Sotelo considera que en el momento en que fue publicado el libro de Stein el libro cumplió simultáneamente una función informativa y tranquilizadora, así lo que pretendía Stein era comprender el denso significado de las corrientes sociales que Francia como es su costumbre había puesto de moda y que en realidad son reelaboraciones de las reflexiones de otros pueblos. Stein localiza esas corrientes de pensamiento social en la tesitura del idealismo alemán, a la vez que procura alejar evidentes temores explicando que esas doctrinas francesas expresarían en todo caso al espíritu francés y cada pueblo tendría un espíritu propio que evitaría que esas corrientes permearan en el espíritu del pueblo alemán, si el espíritu francés tiene un afán de gozar, al alemán le es inherente comprender. Según Stein el socialismo y el comunismo expresan profundamente la contradicción entre civilización y personalidad, entre otra oposición que es sociedad e individuo, no resuelta en las técnicas de la primera etapa del Estado moderno, por eso Francia experimenta artificiosamente, cuando

---

<sup>435</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>436</sup> Gímenez Vicente, Teresa, *La exigibilidad de los derechos sociales*, op. cit., p. 40.

<sup>437</sup> De la Peña, Guillermo, “Derechos indígenas y ciudadanía étnica”, en Calva, José Luis (Coord.), *Derechos y políticas sociales*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007, p. 142.

<sup>438</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social*, op. cit., p. 119.

en Alemania se reconciliarían esas contradicciones en una teoría de conocimiento correcta que pudiera fundar una práctica política acertada para la cuestión social.<sup>439</sup>

Ignacio Sotelo describe que para la contraposición entre sociedad y personalidad, Lorenz von Stein entiende que la civilización es un proceso totalizador que abarca el progreso, las condiciones materiales de la vida, incluso de mejora y las relaciones entre los humanos y por personalidad entiende la condición básica que requiere el individuo para desarrollarse como persona humana, y para eso es indispensable el derecho de propiedad, en esto observamos que se decanta por una teoría que concilie las contradicciones entre sociedad e individuo y que se expresan en la opresión de los derechos de libertad, al respecto, Ignacio Sotelo señala: “He aquí la contradicción básica de la sociedad posrevolucionaria: al cerrar el acceso a la propiedad a la mayor parte de la población, impide que pueda desplegar el desarrollo pleno de la personalidad.”<sup>440</sup>

Es importante señalar que la Constitución de Weimar (1919) pasa a la historia por ser una Constitución que incorporó derechos sociales no en un sentido de principios sino como normas jurídicas, al incluir garantías institucionales, en esta constitución se institucionalizó la noción del Estado social desde el punto de vista del derecho formal. Entre la doctrina que señala la implantación del Estado social durante este periodo según Ignacio Sotelo aunque la Constitución de Weimar diseñó los supuestos esenciales del Estado de bienestar no fue suficientemente admirada en su época.

La Constitución de Weimar fue aprobada el 31 de julio de 1919 contando con 262 votos a favor, 75 votos en contra y una abstención, señala también Ignacio Sotelo que en la aprobación el quorum contó solamente con la presencia de 338 diputados de una cámara integrada por 420. El texto constitucional no fue

---

<sup>439</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>440</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social, op. cit.*, pp. 120-121.

aprobado por referéndum expresa Ignacio Sotelo que los constitucionalistas no quisieron correr el riesgo de perder y por eso finalmente entró en vigor el 11 de agosto al ser rubricada por el presidente de la República, Friedrich Ebert. Además fue criticada por la izquierda comunista que sostenía que el texto mantenía el capitalismo y los sectores sociales que no aceptaban las limitaciones a la libertad económica obviamente a consecuencia del modelo instaurado de Estado de bienestar también se alejaron. Se celebraron 7 elecciones generales entre los años 1920 y 1932, perdiendo votos el bloque constitucional formado por los partidos políticos como el SPD, el centro católico y el partido democrático alemán que ya contaban con mayoría en las primeras elecciones para integrar la Asamblea constituyente, en contra de otras formaciones políticas que estaban en contra de la República: los comunistas y la derecha antidemocrática que fue incorporada y ampliada por el nazismo.<sup>441</sup>

Ignacio Sotelo explica la dificultad de la confusión de los dos conceptos: Estado social y Estado de bienestar, menciona que fue Bizmarck quien diseñó el Estado social, pero que fue la Constitución de Weimar: “esboza el Estado de bienestar, pero lo llama Estado social”.<sup>442</sup>

La particularidad del Estado social es que enfatiza en una igualdad de hecho o igualdad material: “En el nuevo estado de la situación, desigualdad de trato no sólo cabe esperarse del aplicador de la Ley sino que el propio Legislador puede producirla; de una Ley que ya no se circunscribe a delimitar las áreas de libertad sino que, por el contrario, interviene de modo decisivo en la configuración del proceso social.”<sup>443</sup>

En palabras de Peter Häberle existen distintas fórmulas para definir al Estado social, pero todas tienen un contenido común que es indicar un Estado

---

<sup>441</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>442</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social, op. cit.*, p. 196.

<sup>443</sup> Villacorta Mancebo, Luis, *Principio de igualdad y estado social Apuntes para una relación sistemática*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2006, p. 40.

constitucional que tiene un compromiso con la justicia social, y aunque esta pudiera sonar como una fórmula genérica y abstracta lo cual hace necesario que se le dote de una estructura política y de una interpretación diversa. Por eso para comparar jurídicamente se deben estudiar los principios parciales comunes de todos los Estados constitucionales y que son producidos por la estructura política y normativa del Estado social.<sup>444</sup> Por una parte están en un sector formal: el principio de supremacía a la Constitución, el principio de legalidad de la Administración y el sector material, que en el ámbito específicamente europeo se expresa en un estándar común de derechos humanos, principio de división de poderes, responsabilidad del Estado y la protección jurídica por jueces imparciales, en lo que el “atributo social” en estos principios vendría a significar un “recurso directo” a los “elementos de la justicia” que son pre-estatales y que son la compensación social, ayudas a los débiles y la seguridad social, en el contexto de las Constituciones de la Europa de posguerra (Constitución de Italia de 1947, Constitución de Grecia, Constitución de España y la Constitución de Portugal y las Constituciones cantonales suizas), la inclusión de la fórmula de Estado social aun ante la controversia de la Carta social europea de la UE, consisten en “fórmulas más o menos refinadas que se refieren en el fondo al “Estado social de derecho”.<sup>445</sup>

Los derechos humanos no son inmunes a la tensión existente entre derecho y democracia<sup>446</sup>. “Después de la supresión y quiebra del Estado de Derecho por el régimen nacional-socialista, la reflexión sobre este concepto en la etapa contemporánea se ha esforzado predefinido y desarrollado en dos direcciones: por un lado hacia un Estado social de Derecho en sustitución del Estado de Derecho liberal (burgués), y por el otro en favor de un concepto material en lugar del concepto formal del Estado de Derecho.”<sup>447</sup> Böckenförde explica que el tipo constitucional del Estado de derecho liberal-burgués era insuficiente para

---

<sup>444</sup> Häberle, Peter, *El estado constitucional*, op. cit., p. 225.

<sup>445</sup> Häberle, Peter, *El estado constitucional*, op. cit., pp. 225-226.

<sup>446</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, p. 34.

<sup>447</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, op. cit., p. 34

responder a la cuestión social, aunque se eliminaron los vínculos feudales-estamentales, la triada de igualdad jurídica, libertad civil y garantía de propiedad volcó el ensanchamiento de la desigualdad natural entre los hombres, los individuos, de allí deriva la vital importancia que en el sistema de derecho civil tienen los derechos de la personalidad o en términos de Böckenförde: “el principio de la personalidad jurídicamente libre”.<sup>448</sup>

El modelo social que el Estado de derecho puso en marcha no suprimió la desigualdad, como explica Böckenförde condujo a una nueva falta de libertad esta vez, libertad social, por lo tanto la cuestión social surge como una respuesta determinante a la formulación del concepto material del Estado de derecho, en este sentido queremos recalcar las siguientes reflexiones de Luciano Parejo Alfonso: “Como se ve, pues, la idea del Estado social de Derecho surge de la crítica a las disfunciones del Estado de Derecho, siendo pertinente la cita de su origen en el pensamiento de Heller por una doble razón.”<sup>449</sup>

Pablo Lucas Verdú expone brillantemente el núcleo del problema del Estado de derecho con el bienestar y que consiste en como el Estado de derecho puede ser el fundamento para crear una situación de bienestar general que será garantía para el desarrollo de la persona humana, a la vez que se respeta el ordenamiento jurídico. Y lo difícil que es conseguir esa situación de bienestar general respetando parámetros éticos. Cuando se considera al hombre como producto aislado de las condiciones sociales entonces se está dejando de lado las leyes morales que algunos consideran solamente ideologías, por eso se requiere de admitir que las leyes morales son exigencias que contienen obligaciones para el ser humano. En este orden de ideas, el Estado de Derecho tiene una fundamentación ética incuestionable. Al pretender obtener bienestar social cerrando los ojos ante los problemas éticos, se separa la intimidad moral del ser humano de las necesidades materiales y el hombre se quedan en un estado de insatisfacción. Lo cual indica el

---

<sup>448</sup> *Idem.*

<sup>449</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *Estado social y administración pública Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983, p. 30.



la raíz de la fundamentación moral de la razón y del derecho que recorre la trayectoria de los derechos humanos.<sup>450</sup>

La preocupación ética puede enlazarse con un concepto restringido de Estado de derecho que parte de la definición de exigencias morales, políticas y jurídicas que delimitan el campo concreto de la noción de Estado de derecho con independencia de las modalidades elegidas. Estas exigencias comprenden esencialmente: imperio de la ley, sometimiento de la legalidad por parte de gobernantes y gobernados, del poder político y sectores sociales. Eusebio Fernández García añade que en el ámbito del ciudadano, Estado de derecho significa sobre todo que las instituciones le proporcionan previsión y certeza sobre las consecuencias de su conducta, mediante el derecho a la seguridad jurídica lo cual quiere decir que el ciudadano sabe a qué se atiene. El Estado de derecho reconoce y garantiza un mínimo de derechos de seguridad jurídica, derechos de autonomía, derechos civiles y políticos. Derechos que son condición indispensable para que su maquinaria funciones y que por lo tanto son la evidencia del sometimiento de los poderes públicos a la legalidad, que en esta definición es una legalidad liberal democrática.<sup>451</sup>

La tensión entre derecho y democracia conlleva a preguntar hasta donde es factible la libertad social:

El problema queda así claramente formulado, pero su solución se enfrenta a dificultades de distinto tipo. La apelación a lo social que deriva del concepto del Estado social de Derecho, es desde luego una apelación de carácter general. Pero, como puede verse en la discusión actual, muy viva y en modo alguno cerrada no existe aún acuerdo sobre en qué medida se pueden incorporar estructuralmente elementos «sociales» en el edificio

---

<sup>450</sup> Verdú, Pablo Lucas, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pp. 92-93.

<sup>451</sup> Fernández García, Eusebio, Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho, en López García, José Antonio, Del Real, J. Alberto (Eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, DYKINSON, Madrid, 2000, p. 119.

constitucional del Estado de Derecho sin que con ello se pierdan otros elementos constitucionales esenciales de este; y no hay tampoco acuerdo sobre cuáles de entre estos elementos sociales estructurales en particular han de tomarse en consideración.<sup>452</sup>

Ignacio Sotelo clasifica en tres etapas el proceso de “desarrollo y consolidación del Estado social”; la primera desde la década de los años ochenta del siglo XIX hasta la primera guerra mundial en 1914; segunda etapa, el periodo de entreguerras y la Primera y Segunda guerra mundial; tercera etapa, postrimerías de 1945 hasta finales de la década de los setenta del siglo XX.<sup>453</sup> Además de las etapas, Ignacio Sotelo destaca que ante una variedad de modelos sociales, los modelos que analiza son Alemania y Reino Unido, el primero por su adelanto y el segundo por la “originalidad” en la ejecución del Estado social.<sup>454</sup>

#### 1. La etapa de construcción del Estado social de derecho hasta 1914

Para este apartado recordaremos unas líneas que ya se mencionaron anteriormente: De las tres etapas de consolidación y desarrollo de Estado social estudiadas por Ignacio Sotelo, la primera abarca desde la década de los años ochenta del siglo XIX hasta la primera guerra mundial en 1914; una segunda etapa que abarca el periodo de entreguerras y las dos guerras mundiales, y la tercera etapa, que empezó a finales de 1945 y se extendió hasta finales de la década de los setenta del siglo XX.<sup>455</sup> En estos años destacan entre los modelos sociales, Alemania y Reino Unido, que Ignacio Sotelo analiza en base a lo pionero del ejemplo alemán y el segundo por su “originalidad”.<sup>456</sup>

En el caso Alemán para entender el contexto del adelanto de la creación del Estado social, Ignacio Sotelo alude al Tratado de Versalles de 1871 que concluyó como acuerdo preliminar antes del Tratado de Fráncfort con la guerra franco-

---

<sup>452</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, op. cit., p. 35.

<sup>453</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social*, op. cit., p. 160.

<sup>454</sup> *Idem.*

<sup>455</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social*, op. cit., p. 160.

<sup>456</sup> *Idem.*

prusiana. Como describe Ignacio Sotelo se establecieron los fundamentos del Estado nacional fueron la derrota y la humillación del enemigo, pues se había formalizado el despojo de los territorios de Alsacia y Lorena del enemigo que se había apropiado de esos territorios dos siglos atrás. Ocurrió en el fin de la Guerra Franco-Prusiana, en Versalles que en el centro de una Francia vencida en enero de 1871 fue proclamado el segundo Reich unificando varios reinos y principados alemanes en una Federación que convirtió al Rey de Prusia en emperador de Alemania. Austria quedó descartada en una Gran Alemania, en 1866 en una efímera guerra que se libró entre las dos potencias germánicas. Prusia como potencia victoriosa se alió con el nacionalismo liberal al que antes había combatido para poder obtener una hegemonía en una Alemania unida. Para que se lograra este acontecimiento contribuyeron factores de calado económico y social, que fueron también los que en su momento contribuyeron para que obtuviera una victoria sobre Francia en el siglo XVII que había utilizado todos sus medios y ayudándose de los pequeños Estados que se resistían a desaparecer para evitar la “unificación política” de los vecinos localizados en el noreste.<sup>457</sup>

La Unificación se produce a la par de un rápido crecimiento económico: “...con el emerger de grandes sociedades anónimas, que, junto a una segunda revolución tecnológica, química y eléctrica, inauguran una nueva etapa del capitalismo”.<sup>458</sup> Sotelo da los siguientes datos numéricos de este ascenso en la productividad: “De 1850 a 1882 el número de obreros industriales pasa en Alemania de 800.000 a 6 millones”<sup>459</sup>; además, en el campo de las ciencias, las Universidades alemanas se empiezan a contar entre las más prestigiosas del mundo y de 42 premios nobeles de ciencias naturales, 14 son recibidos por alemanes.<sup>460</sup>

En 1873 una depresión económica sepulta la emoción por la unificación como detalla Ignacio Sotelo, se puso en entredicho la tesis de que el mercado se

---

<sup>457</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social, op. cit.*, p. 161.

<sup>458</sup> *Idem.*

<sup>459</sup> *Idem.*

<sup>460</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social, op. cit.*, p. 161.

autoregula; la política socialdemócrata, que impulsaba el pensamiento de que el obrero podía avanzar en la satisfacción de sus necesidades por sus propios medios, y se polarizan todavía más las divisiones entre los partidarios del libre mercado y los partidarios del intervencionismo estatal.<sup>461</sup> Ignacio Sotelo sostiene que los terratenientes apoyaban la segunda tesis, puesto que demandaban aduanas elevadas para poder competir con la producción de cereales rusos. Y considera la posibilidad esbozada por los historiadores de que las “barreras aduaneras” fueron uno de los primeros medios de ayudas sociales destinados para apoyar a la población campesina, pero también a una parte creciente de la industria que exigía que se gravaran el acero y la maquinaria de procedencia británica.<sup>462</sup>

Situación delicada para la formación del Estado social de Alemania y que ha sido ampliamente discutida como demuestra la siguiente hipótesis que Ignacio Sotelo cita: “Hasta hoy sigue viva la polémica de si el proteccionismo frenó, o al contrario impulsó, el desarrollo económico y social de Alemania. Aunque el debate no haya amainado, son cada vez más los que piensan que sin proteccionismo Alemania en unos pocos decenios no se habría convertido en una potencia industrial, ni mucho menos hubiera podido sentar las bases de un Estado social.”<sup>463</sup>

En Alemania prevaleció una “concepción estatista antiliberal”, porque no era partidaria de las prácticas del librecambistas, y por medio de la cual se estableció el sistema de seguridad social contradictorio con el “liberalismo manchesteriano”.<sup>464</sup> La batalla que se dio en Alemania entre los partidarios del libre comercio eran más débiles que los partidarios del intervencionismo estatal, Ignacio Sotelo menciona a Friedrich List, predecesor de la escuela histórica de economía, quien publicó en 1841 un libro titulado: El sistema nacional de la economía política; Ignacio Sotelo condensa que List defiende que las variables de librecambio y de intervencionismo deben seleccionarse según corresponda a la

---

<sup>461</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>462</sup> *Idem*.

<sup>463</sup> *Idem*.

<sup>464</sup> *Ibidem*, pp. 162-163.

etapa de la economía o para permitir que una industria pueda ser competitiva a nivel mundial, para List la elección entre ambas variables puede decidirse en “abstracto” y dependiendo de las circunstancias.

Señálense ahora que los riesgos de esta tesis consisten en que aunque parece acertado pensar que el libre comercio favorece mejor a aquellos países que han arribado a un elevado grado de desarrollo económico, está presente la posibilidad de que el país se acostumbre a proteger excesivamente su economía y sea incapaz de salir adelante sin ayudas estatales, como ha sucedido en América Latina.<sup>465</sup> Los defensores librecambistas en Alemania siempre estuvieron muy restringidos, el mayor número de partidarios eran los empresarios importadores de “productos industriales ingleses” y los empresarios exportadores de “productos agrarios” con destino a Inglaterra, pero el intervencionismo estatal había echado raíces en Alemania desde la época del absolutismo.<sup>466</sup> Como muestra de esa ambigüedad textualmente escribe Ignacio Sotelo sobre Friedrich List: “Enemigo de un modelo autárquico, como muestra el que List reclamase la desaparición de las aduanas interiores, pero convencido de que se mantuviesen las externas, mientras no se pudiera competir con países más desarrollados, concretamente Inglaterra.”<sup>467</sup>

Otro capítulo interesante en la formación y consolidación del Estado social que queremos abordar se trata de la lucha por la cultura según lo estudia Ignacio Sotelo.<sup>468</sup> Por “Lucha de la cultura” se entiende a la primera batalla que Bismarck encabezó contra la Iglesia católica, para lograr esta empresa el canciller se sirvió de la brecha que se abría con la ofensiva del papado por limitar la expansión de los principios liberales que empezaban a terminar por implantarse en Europa:

El catálogo de los errores modernos (Syllabus, 1864), muestra hasta qué punto la Iglesia católica estaba dispuesta a condenar todos los principios

---

<sup>465</sup> *Idem.*

<sup>466</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>467</sup> *Idem.*

<sup>468</sup> Sotelo, Ignacio, *op. cit.*, p. 163.

políticos, económicos y sociales sobre los que se levantaba Europa, y que al final no ha tenido más remedio que reconocer. En efecto, pasa de condenar la libertad y la tolerancia religiosa, el liberalismo y la democracia en el *Syllabus*, a defender el ecumenismo y los derechos humanos, que incluso convierte en parte del acervo cristiano en el Vaticano II: nunca en menos tiempo la Iglesia había dado tamaño viraje.<sup>469</sup>

La declaración en 1870 de la infalibilidad del papa cuando “hablase *ex cathedra* sobre cuestiones de fe o moral” causó gran consternación entre protestantes y librepensadores, y profundizó la división en Alemania “dividido entre las dos grandes iglesias cristianas” y también con el agnosticismo que era recogido por la burguesía cultivada y las clases obreras. El hecho provocó un cisma en la Iglesia católica alemana entre los viejos católicos, la crisis de la Iglesia se acentuó por uno de los eventos más graves, pues perdieron “Estados pontificios con la unificación de Italia”, ante este suceso Bismarck no aceptó intervenir militarmente para defender a Roma, pero le concedió asilo al Papa en las ciudades de Colonia o Fulda.<sup>470</sup>

Las medidas que Bismarck tomó para poder reconfigurar las relaciones entre el Estado y la Iglesia consistieron en: Separación de la Iglesia del Estado; control del Estado de los colegios (públicos, privados, católicos o protestantes), 11 de marzo de 1872; aplicación del “principio prusiano” de escolarización pública obligatoria, a la totalidad del imperio alemán; de estas medidas se puede sintetizar porque a este momento se le conoce como “La lucha por la cultura”: “Esto trajo consigo el que arreciase la «lucha por la cultura». Conflicto que se resolvió a favor del Estado, sin que se hayan vuelto a plantear en este campo litigios significativos con las Iglesias. En 1874, al dejar de tener efectos civiles el matrimonio canónico, se establece el civil obligatorio, pasando al registro civil, junto con las actas de

---

<sup>469</sup> *Idem.*

<sup>470</sup> *Ibidem*, pp. 163-164.

matrimonio, las de nacimiento y defunción, que las iglesias habían archivado hasta entonces.”<sup>471</sup>

En la segunda etapa de “La lucha por la cultura” se recrudeció el enfrentamiento con la Iglesia católica, porque la autoridad estatal además de prescindir de la “tutela eclesiástica” pretendía supervisar a la Iglesia, la respuesta de la Iglesia católica fue más terminante que la de la Iglesia luterana, que estaba en buenas relaciones con el Estado prusiano, transcurrieron 8 años de problemas con el reconocimiento estatal de la autonomía de la Iglesia católica, el acuerdo beneficiaban a ambas partes, a la Iglesia que tenía un problema de “sedes episcopales vacantes”; y el ascenso al poder político del “laicismo republicano en Francia”, situación que le impelía a cerrar el frente de batalla abierto en Alemania, pues a fin de cuentas tenía que encontrar una forma de coexistir; y para Bismarck que tuvo las miras para darse cuenta que no podía avanzar más en las concesiones y que se cernía la amenaza —para su régimen— de la socialdemocracia y para plegarse requería del apoyo del papa León XIII que tendía con más disposición al compromiso que el severo de Pio X.<sup>472</sup>

En este episodio se puede rescatar además de los motivos que hayan llevado a Bismarck a arrancarle poder a la Iglesia católica, un principio básico del Estado de derecho que era el defendido por Bismarck: que el Estado es la fuente única del derecho. Tesis que entra en conflicto con la tesis de derecho natural de la Iglesia que considera que existe una ley eterna a la que el derecho positivo debería subordinarse pues ella tiene la única autorización para interpretarla.<sup>473</sup> Tenemos nuevamente tema de la Ilustración que tiene que ver con el papel de la interpretación de las leyes de la naturaleza mediante el pensamiento racional.

El Estado como es la fuente del derecho positivo tiene la obligación de respetar a todas las confesiones. Ignacio Sotelo comenta que mediante “La lucha de la cultura”, Bismarck procedía a someter al partido católico que se calificaba de

---

<sup>471</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social, op. cit.*, p. 164.

<sup>472</sup> *Ibidem*, pp. 164-165.

<sup>473</sup> *Ibidem*, p. 165.

centro, y al liberal que era la oposición, pues el primero estaba opacando al partido conservador encabezado por Bismarck. El partido de la Iglesia católica era un partido confesional y se necesitaba restarle fuerza política, porque contrariamente a los otros partidos tenía la particularidad de no representar a una clase, como ocurría con los conservadores, identificados con la nobleza propietaria; los partidos liberales, con las burguesías industriales y financieras; o la socialdemocracia, que contaba en sus bases de apoyo a la clase obrera.

El partido católico de centro tenía la particularidad de que aglomeraba por una creencia compartida a diversas clases sociales, y como no identificaba a sus partidarios por clase, fue el autor del primer partido “interclasista” de la actualidad. Como resultado Bismarck logró una cosa: reformar las relaciones del Estado con la Iglesia, pero no desgastó al partido católico, reanudó las relaciones diplomáticas con el Vaticano y así fue que Bismarck no consiguió controlar al partido católico de centro que siguió ejerciendo el papel de “fiel de la balanza” y aumentando su protagonismo en la vida política alemana. Posteriormente a la capitulación del Nazismo, católicos y protestantes al fin consiguieron reunirse en el partido de la Unión cristianodemócrata (CDU) y con los años han disminuido relevantemente las diferencias políticas entre protestantes y católicos. El resultado de la “Lucha de la cultura” da cuenta de la peculiaridad de la educación en Alemania como política social.<sup>474</sup>

Como escribe Ignacio Sotelo el episodio de la lucha cultura fue un ejemplo de que en Alemania la educación no era un elemento de la política social, esta cuestión ya había sido solventada previamente a que Bismarck emprendiera la difícil tarea de establecer las bases del Estado social. Lo cual explica que los gastos en materia de educación en Alemania a diferencia de otros países no se encuentran incluidos en el rubro del gasto social como si ocurre en otros países, dato que es muy importante en la comparación de cifras. Se separan ambos gastos, porque el primero aumenta a la vez que el segundo tiene un futuro de incertidumbre. Lo cual conlleva a que se discuta la forma y los alcances que tiene el Estado social, pero

---

<sup>474</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social, op. cit.*, p. 166.



se ha conseguido un punto de acuerdo y que consiste que la educación tiene una importancia central y en este gran tema se centrarán no solamente futuros esfuerzos, sino también los conflictos con las iglesias de allí que se tengan que abordar separadamente las materia de seguridad social, de la educación y de la investigación científica<sup>475</sup> que tiene una importancia esencial para la teoría del conocimiento y el desarrollo.

Respecto de la cuestión de la seguridad social en 1911, Ignacio Sotelo destaca las siguientes acciones en política social que se dieron en Alemania: se extendió a los administrativos, con la diferencia de que durante la enfermedad, los administrativos recibían el salario completo; reconocimiento de invalidez, “cuando han perdido dos tercios de su capacidad”; derecho de las viudas de los trabajadores administrativos a recibir una pensión; pensión de los huérfanos de los trabajadores administrativos, hasta que cumplieran los dieciocho años; estas condiciones laborales diferían de las de los trabajadores que la ley no diferenciara taxativamente como administrativos.<sup>476</sup>

Las empresas criticaron al sistema de seguridad social precedente a la Primera guerra con los siguientes argumentos que desglosa Ignacio Sotelo:

- 1) El Estado social había contribuido al fortalecimiento de la socialdemocracia.
- 2) Aumento de demandas por cuantas más concesiones se aplicarán en asuntos de exigencias de prestaciones.
- 3) La competitividad de los países se limita a medida que aumenta gastos de seguridad social. Ignacio Sotelo señala que esta formulación ha recobrado relevancia.
- 4) Riesgo de malversaciones con el seguro de enfermedad y la legislación sobre accidentes de trabajo.<sup>477</sup>

---

<sup>475</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social, op. cit.*, p. 166.

<sup>476</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>477</sup> Sotelo, Ignacio, *El Estado social, op. cit.*, pp. 175-176.

El primer sistema de seguridad social fue instituido en Alemania a consecuencia de varios factores primero, que lo propició la predominante “tradición estatalista” frente al “liberalismo dominante”; también porque la urgencia de la cuestión social, que respaldaba un fuerte movimiento obrero. Los conservadores y la industria fueron sus autores y la socialdemocracia supo recoger esa iniciativa y continuar después de 1949 con la implantación del Estado social, en este momento por otros dos agentes: los demócratas cristianos y los socialdemócratas<sup>478</sup>: “Pese a que se hubiese planteado como una medida complementaria a la represión, y no se alcanzase, todo lo contrario, la meta de destruir a la socialdemocracia, a la distancia de más de un siglo resulta evidente que el empeño de integrar a la clase obrera en un Estado social cambió por completo la historia de Europa.”<sup>479</sup>

En el modelo de Estado social de Inglaterra. El diseño de un Estado social fue definitivo en 1911 cuando se aprueba la *National Insurance Act*. Ocurre veintiocho años después del establecimiento del sistema social en Alemania y también cuando ya había cedido el lugar a Estados Unidos como potencia económica. Influyen causas como la depresión económica de inicios del siglo XX y los elevados índices de desempleo de 1906-1907. En Inglaterra la miseria se expandió en un tiempo en el que aumentó muy rápidamente el paro. El sindicato en Inglaterra precedía al partido y se preocupaba más por la mejora del salario y de las condiciones de trabajo esto causó que la política social se rezagara en Reino Unido.<sup>480</sup>

Otra particularidad del modelo de Estado social británico es que el aparato estatal es más reducido y la sociedad civil es más participativa. Sociedad y Estado parafraseando a Ignacio Sotelo se confunden en la “tradición inglesa”, la sociedad civil en Inglaterra era tan fuerte que en el acta de 1911 que estableció el sistema de seguridad social participaron con una representación solvente, los sindicatos,

---

<sup>478</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>479</sup> *Idem*.

<sup>480</sup> *Ibidem*, pp. 176-177.

las sociedades de ayuda mutua, las compañías de seguro privadas y la asociación médica británica.<sup>481</sup>

Por lo que hace a la segunda etapa de consolidación del Estado social resaltamos que a fines de la primera guerra mundial es representativo para los derechos sociales porque en 1919 se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

## 2. La Constitución de Weimar de 1919

La construcción del concepto material del Estado de derecho se origina tras la separación del positivismo jurídico que ocurrió en el final de la República de Weimar que tuvo una efímera duración de 1919 a 1932 y que terminó prematuramente con las elecciones a la Cancillería en noviembre de 1932 en el que votaron a favor de los nazis y finalmente el 30 de enero de 1933 cuando Hitler tomó el poder. La República de Weimar entre los años 1925 y 1929 se benefició de recuperación y estabilidad económicas, aunque la industria alemana solo trabajaba 50-80 del porcentaje total de su capacidad productiva.

Es en este complejo contexto económico y social Weimar aumentó el empleo de trabajadores de cuello blanco, funcionarios y mujeres, medidas sociales como contratos laborales suscritos por el Estado, seguros de accidente, enfermedad y vejez, ley de seguro del paro, vacaciones pagadas y convenios colectivos, aranceles estatales, apoyo estatal a las instituciones estatales de crédito<sup>482</sup> se dieron conquistas obreras y derechos sociales que extendieron más allá de Alemania en tendencias jurídicas hacia una Constitución más prescriptiva por las grandes violaciones del fascismo. El concepto material del Estado de derecho se dirige principalmente a la prestación de garantías que permitan establecer situaciones jurídicas justas en el concepto de igualdad formal. La actuación del Estado en este sentido se vincula a principios y valores jurídicos que son los que legitiman el poder del Estado.

---

<sup>481</sup> Sotelo, Ignacio, *op. cit.*, p. 178.

<sup>482</sup> Grunberger, Richard, *Historia social del tercer Reich*, Trad. Ester Donato, editorial Ariel, Barcelona, 2007, pp. 13-26.

Aumentaron los comerciantes minoritarios en un 25 por ciento, tenderos, artesanos independientes, pequeños granjeros aspiraban en conjunto a un nivel de vida de clase media. Por su parte los capitalistas comenzaron a quejarse de las cargas que las medidas de seguridad social significaban para la industria, pues se observaba un mayor incremento en la protección de los trabajadores que a los pequeños propietarios. Grunberger considera que a pesar de la protección social a la que accedían los trabajadores la Constitución Weimar prohibía expresamente la sindicación obligatoria y los sindicatos eran bastante moderados pues en el periodo 1927-1930 el número de días que se perdieron por año por conflictos laborales tuvo un costo de 3,7 millones lo que representaba la mitad de total comparado a antes de la guerra. La industria también se retrasaba por una legislación laboral que pedía que el gobierno participara en los convenios colectivos y que establecía un complejo procedimiento de conciliación antes de la acreditación para ejercer el derecho de huelga.<sup>483</sup> Es importante tomar en consideración que en la etapa final de la República de Weimar los industriales lograron reducir las facultades del gobierno para hacer valer los convenios colectivos en la industria y que en 1931-1932, el gabinete Brüning mostró disposición para reducir los salarios para implementar una política deflacionista.<sup>484</sup>

Son las garantías de igualdad en situaciones jurídicas las que pretende proteger la actividad estatal. Los principios y valores son un objeto de una Constitución que no solo establece el principio de separación de poderes y las garantías de libertad. La garantía de libertad en el concepto material del Estado de derecho es un momento de las situaciones jurídicas que es relativizado por las formulaciones sociales. La Constitución y el Derecho regulan además de la organización del poder y la expresión de la voluntad general y el control del poder, valores esenciales de la vida del tipo de justicia social.

---

<sup>483</sup> Grunberger, Richard, *Historia social del tercer Reich*, Trad. Ester Donato, editorial Ariel, Barcelona, 2007, p. 15.

<sup>484</sup> *Idem*.

### III. Derechos prestacionales

Entre los ejemplos de Estados sociales podemos mencionar el caso de Suiza en el que siguiendo el concepto material de Estado de derecho persigue medidas como la promoción de la familia, de la protección de los derechos sociales. Con normas de tipo programático, porque hacen referencia a un pensamiento político sobre las tareas del Estado. En el texto constitucional se constatan las tareas, las normas competenciales, aunque la tendencia es hacia reducir las tareas como se constata del proyecto de Constitución suizo de 1995.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966 y es un instrumento internacional de protección de los derechos humanos y contiene obligaciones de protección para los Estados. El pacto incluye principios como: progresividad de los derechos humanos; no discriminación y de igualdad entre hombres y mujeres. También contiene el principio de autodeterminación y en el párrafo 3 del artículo 2 toma en cuenta la condición especial de la migración para los países en desarrollo: “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”<sup>485</sup>

El artículo 6 del PIDESC es el fundamento jurídico de la legislación internacional de carácter vinculante en el que los Estados partes reconocen el derecho a trabajar, el contenido de este derecho dispone que toda persona tiene derecho a la oportunidad de ganarse su sustento: “la vida” mediante la ejecución de un trabajo que debe ser libremente seleccionado por la persona y aceptado, y los Estados-parte deben tomar por lo tanto las “medidas adecuadas” para que ese derecho pueda ser garantizado.

---

<sup>485</sup> Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1966.

Las medidas adecuadas para que los Estados-parte puedan garantizar el derecho al trabajo comprenden desde la perspectiva del PIDESC lo siguiente: orientación y formación en los campos de conocimiento técnico-profesionales, preparación de programas, normas y técnicas que tengan el objeto de lograr de forma constante desarrollo económico, social y cultural y lograr ocupación plena y productiva, para garantizar que la persona humana pueda disfrutar de libertades políticas y económicas, se observa que la libertad social es entendida como el fin que resulta de la efectividad del derecho.<sup>486</sup>

La efectividad del derecho requiere que los Estados-partes procuren del ejercicio de las siguientes medidas como garantías, según el PIDESC:

- 1) El reconocimiento de que uno de los principales objetivos y responsabilidades de cada Estados-parte es obtener y mantener un nivel de lo más elevado, estable y posible del empleo, a fin de obtener el pleno empleo.
- 2) proteger de forma eficaz “el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido”;
- 3) establecimiento o mantención de servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores;
- 4) proporcionar o promover de adecuadas orientaciones, formaciones y readaptación profesionales.

En el sistema regional europeo de derechos humanos es relevante abordar para nuestro campo de estudio la Carta social europea que fue adoptada los gobiernos miembros del Consejo de Europa, suscribieron este documento con el objeto de actualizar y adaptar el contenido material de la Carta social europea que se abrió a firma en Turín en 1961, revisada en 1996 y entró en vigor en 1999, y en la cual se establecieron las garantías de los derechos sociales especificados en la Carta Social Europea de 1961 y los derechos civiles y políticos y las libertades

---

<sup>486</sup> Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1966.

especificadas en los instrumentos: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950) y los protocolos.

La Carta social europea en el artículo 1 establece el derecho al trabajo, por lo cual en el articulado se glosa que para que ese derecho sea efectivo, las partes de la Carta adoptan los compromisos que son los mismos de los del artículo 6 del PIDESC.<sup>487</sup>

Los artículos anteriores destacan las principales características del derecho al trabajo, pero para el desarrollo de los derechos sociales son también necesarias la adopción de ciertas condiciones que propicien esa libertad social, es por ello que es relevante otro derecho muy interdependiente y que se hace referencia a las condiciones de trabajo, así los Estados-parte en el PIDESC mediante su inscripción en el artículo 7<sup>488</sup> enunciaron el derecho a las condiciones de trabajo equitativas como: “el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias” estas condiciones deben asegurar especialmente según el mencionado numeral tres aspectos: remuneración suficiente, seguridad e higiene en los centros de trabajo, igualdad de oportunidades en las relaciones de trabajo para ser promovidos y ser reconocidos por sus méritos, condiciones relacionadas a la limitación de la duración del trabajo, el derecho al trabajo y a las vacaciones, que constituyen principios esenciales para la legislación internacional de los derechos humanos de los trabajadores, a continuación se transcriben las mencionadas condiciones laborales que deben garantizarse:

- a) Remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
  - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones

---

<sup>487</sup> Carta social europea, Estrasburgo, 1996.

<sup>488</sup> Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1966.

de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

b) La seguridad y la higiene en el trabajo;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Los Estados-parte de la Carta social europea mediante el artículo 2 enunciaron el derecho a las condiciones de trabajo equitativas. Es un signo de que se van positivando mediante textos regionales obligaciones que funjan como garantías para la efectividad del derecho, el texto emplea la palabra compromisos, los aspectos que fija como condiciones equitativas en materia laboral: límite de la duración del trabajo; seguridad; prevención o reducción de riesgos laborales; medidas para los trabajadores que desempeñen trabajo en horario nocturno, a continuación se transcriben las referidas condiciones para alcanzar equidad laboral:

1) a fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes;

2) a establecer días festivos pagados;

3) a conceder vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo;

4) a eliminar los riesgos inherentes a las ocupaciones peligrosas o insalubres y, en los casos en que no haya sido posible eliminar o reducir suficientemente esos riesgos, a asegurar a los trabajadores empleados en



dichas ocupaciones, bien una reducción de las horas de trabajo, o bien días de descanso pagados suplementarios;

- 5) a garantizar un reposo semanal que coincida en lo posible con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición y los usos del país o la región;
- 6) a asegurar que se informe por escrito a los trabajadores lo antes posible, y sin que hayan transcurrido en ningún caso más de dos meses desde el inicio del empleo, de los aspectos esenciales del contrato o de la relación de trabajo;
- 7) a asegurar que los trabajadores que realicen un trabajo nocturno se beneficien de medidas que tengan en cuenta la naturaleza especial de ese trabajo.<sup>489</sup>

El artículo 8 del PIDESC estableció a nivel internacional, la protección de los Estados-parte del pacto de un conjunto de derechos de asociación sindical, derechos intrínsecos sobre la libertad de asociación y libertades sindicales, además de la permisión de restricciones legales para el ejercicio de esos derechos por lo que hace a tres figura: fuerzas armadas, fuerzas de la policía y los miembros de la administración del Estado; en lo que concierne a los derechos de asociación sindical y libertades sindicales, así como la figura del derecho de huelga<sup>490</sup>, a continuación transcribimos:

- a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

---

<sup>489</sup> Carta social europea, 1996.

<sup>490</sup> Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1966.

- b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;
- c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
- d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

En el artículo 8 del PIDESC establece de esa manera los compromisos de garantía de los Estados-parte, de los derechos de asociación para fundar sindicatos y afiliarse al sindicato que sea de su elección a fin de que el sindicato proteja sus intereses económicos y sociales; el derecho que tienen los sindicatos para formar federaciones o confederaciones y de estas para fundar organizaciones sindicales internacionales y de afiliarse a tales; derecho social de los sindicatos de funcionar sin obstáculos o limitaciones legales salvo de aquellas que sean necesarias para la sociedad democrática atendiendo a tres restricciones: interés de la seguridad nacional, orden público o protección de derechos y libertades ajenas, garantía del derecho de huelga, aunque su ejercicio es establecido por cada legislación nacional.

El mencionado numeral también comprende las mismas restricciones al derecho de asociación y al igual que el PIDESC también obliga a los Estados a no adoptar medidas legislativas o acciones legales (como políticas públicas) que menoscaben las garantías establecidas por el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación. Con esto se confirma el principio de progresividad en la interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

El artículo 5 de la Carta social europea declaró en materia de derecho de asociación laboral, el derecho sindical, el contenido de este derecho dispone que los trabajadores y empleadores deben gozar de la libertad de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales que promuevan y protejan la protección de sus intereses económicos y sociales y deben también de tener el derecho de adherirse a esas organizaciones. Establece que las partes deben comprometerse a no menoscabar esa libertad sindical mediante la legislación nacional, además de que establece un principio de esas garantías para la asociación de las fuerzas armadas, de la policía y que la aplicación de esa categoría a esas personas deberá ser determinada por las leyes y reglamentos nacionales. Tenemos un derecho de asociación sindical con titularidades muy amplias.<sup>491</sup>

El artículo 6 de la Carta social europea establece que para garantizar el derecho de negociación colectiva, las partes adquieren los siguientes compromisos: de favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y empleadores; promoción en los con la condición de que sea necesario y conveniente del establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria a fin de regular las condiciones de empleo mediante convenios colectivos, entre empleadores y organizaciones de empleadores, por una parte y organizaciones de trabajadores, como otra parte; promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y organizaciones de trabajadores, por otra parte; que se fomente el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales; el derecho de los trabajadores y empleadores a emprender acciones colectivas en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, como el derecho de huelga, sin que haya perjuicio de las obligaciones que dimanen de los convenios colectivos que estén en vigor.<sup>492</sup>

---

<sup>491</sup> Carta social europea, 1996.

<sup>492</sup> Carta social europea, 1996.

Respecto de la seguridad social, los Estados-parte del PIDESC en el artículo 9 reconocieron el derecho humano de la persona a la seguridad social e incluso al seguro social.<sup>493</sup>

En el ámbito del sistema regional europeo de derechos humanos, en el artículo 12, las partes reconocen el derecho a la seguridad social, y para su garantía, el derecho debe acompañarse de los siguientes requisitos que proveen de efectividad al ejercicio (garantía): establecimiento o mantenimiento de un régimen de seguridad social; mantenimiento de un régimen de seguridad social que tenga una condición satisfactoria o su equivalente al menos en el nivel exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social.

El precepto también contiene el compromiso de elevar con medidas progresivas el nivel de (satisfacción) de la seguridad social; adopción de medidas que se tomen por acuerdos bilaterales o multilaterales o por otros medios que no sean perjudiciales para las condiciones establecidas en acuerdos como la carta social para conseguir la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes de la Carta y los de las demás partes en lo relativo a derechos de seguridad social; a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las Partes y los de las demás Partes en lo relativo a los derechos de seguridad social, la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de seguridad social sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas por la seguridad social efectúen en los territorios de las partes; además de conceder, mantener y restablecer los derechos de seguridad social como la acumulación de los periodos de seguro o empleo, completados de conformidad con la legislación de las partes.<sup>494</sup>

---

<sup>493</sup> Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1966.

<sup>494</sup> Carta social europea, 1996.

La Carta social europea en el artículo 23 contempla el derecho de las personas de edad avanzada a protección social. Comprendiendo un conjunto de medidas que pueden proveer las partes directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, para garantizar el efectivo ejercicio de ese derecho, que a continuación se transcriben:

- a) a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante: a recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural;
- b) la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que éstas tienen de hacer uso de ellos;
- c) a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante: a la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda;
- d) la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado;
- e) a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución.<sup>495</sup>

El artículo 10 del PIDESC contiene la obligación de los Estados-parte del establecimiento de condiciones económicas, sociales y culturales para el pleno desarrollo de la vida familiar, por eso contiene protecciones especiales para la maternidad y la infancia<sup>496</sup>:

---

<sup>495</sup> Carta social europea, 1996.

<sup>496</sup> Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1966.

- 1) Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
- 2) Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
- 3) Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

El artículo 16 de la Carta social europea contiene un precepto adscrito al ámbito regional europeo del derecho de la familia a protección social, jurídica y económica. Se trata de un derecho de contenido social que establece el derecho a un nivel de vida suficiente para los individuos de una familia, por lo que enuncia que la familia es la célula fundamental de la sociedad y que las partes para lograr las condiciones de vida indispensables que permitan el pleno desarrollo de la familia deben fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia con medidas como las prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales y de apoyo para la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, de ayuda a los recién casados y otras medidas que ayuden al desarrollo de la familia.<sup>497</sup>

---

<sup>497</sup> Carta Social Europea, 1996.

El artículo 17 de la Carta social europea establece una especial protección para la infancia, mediante el establecimiento del derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica. A tal fin prevé de las siguientes medidas adecuadas que las partes deben de adoptar directa o en cooperación con organizaciones públicas y privadas, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los niños y adolescentes a crecer en un medio que sea propicio para el pleno desarrollo de su personalidad, de sus capacidades físicas y mentales, garantías en relación a las instituciones o servicios adecuados para la asistencia, educación y formación de niños y adolescentes teniendo en cuenta los derechos y deberes de los progenitores; garantías del ambiente libre de violencia, negligencia y explotación; protección especial para los niños que estén privados temporal o permanentemente del apoyo familiar; garantía de educación primaria y secundaria gratuita y fomento de asistencia regular a la escuela.<sup>498</sup>

El artículo 11 del PIDESC reconoce el derecho humano de la persona humana a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, el nivel de vida adecuado comprende: alimentación, vestido y vivienda adecuados, y la mejora en las condiciones de existencia. Para hacer efectivo el derecho los Estados-parte acordaron un conjunto de medidas y establecieron el principio de cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. En el citado precepto por considerarse de especial interés para la familia los Estados-parte reconocieron el derecho a la alimentación como el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre. Para la garantía de este derecho también recurrieron al principio de cooperación internacional para las medidas y los programas concretos para utilización eficaz y de producción y manejo de los alimentos y la distribución equitativa de los alimentos mundiales:

- 1) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y

---

<sup>498</sup> Carta social europea, 1996.

científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

- 2) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.<sup>499</sup>

El artículo 30 de la Carta social europea contempló el derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social. En el referido texto se establecen compromisos para los Estados-parte y que consisten en garantías como: la adopción de medidas que en el marco de un planteamiento global y que se coordinen para la promover el acceso efectivo de las personas a servicios como el empleo, la vivienda, la formación a la enseñanza, a la cultura, asistencia social y médica, y que las personas o sus familias, que se encuentren o estén en riesgo de situaciones de exclusión social o de pobreza y que esas medidas se revisen para su adaptación si resulta necesario.<sup>500</sup>

El artículo 31 de la Carta social europea contempla el derecho a la vivienda y para su cumplimiento contempla las siguientes medidas que son garantías, como favorecer el acceso a la vivienda que sea de un nivel suficiente; medidas para prevenir y aminorar la situación de carencia de hogar y que estas medidas tiendan a la eliminación progresiva de esa situación de carestía; que los precios de las viviendas sean asequibles para las personas que no dispongan de suficiencia de recursos.<sup>501</sup>

El artículo 12 del PIDESC reconoce el derecho humano de la persona a la salud física y mental. Para garantizar ese derecho los Estados-parte se comprometen a

---

<sup>499</sup> Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1966.

<sup>500</sup> Carta social europea, 1996.

<sup>501</sup> Carta social europea, 1996.



la ejecución de un conjunto de medidas necesarias y que son garantías porque buscan lograr la efectividad de ese derecho<sup>502</sup>:

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En el sistema regional europeo de derechos humanos, el artículo 11 de la Carta social europea comprende la enunciación del derecho humano: derecho a la protección de la salud, además el precepto desarrolla las garantías para la efectividad del derecho y que consisten en las siguientes medidas: adopción directamente por las partes o en cooperación con organizaciones públicas o privadas de medidas adecuadas para eliminar en lo posible las causas de salud deficiente; el establecimiento de servicios educaciones y de consultas con enfoque en la mejora de la salud y para apreciación del sentido de la responsabilidad individual en lo concerniente a la salud, prevención siempre que sea posible de las epidemias, enfermedades endémicas y de otras, también de los accidentes.<sup>503</sup>

El artículo 13 del PIDESC establece el derecho de la persona a la educación, mencionando que la educación deberá de orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana, de la dignidad y fortalecer el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, con referencia a que la educación debe atender al desarrollo de capacidades de las personas para participar en una sociedad libre, favorecer la comprensión, tolerancia y amistad entre las naciones y

---

<sup>502</sup> Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1966.

<sup>503</sup> Carta social europea, 1996.

los grupos raciales, étnicos o religiosos, y que la educación debe promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

En los párrafos 3 y 4 del artículo 13 del PIDESC se establecieron los compromisos de los Estados-partes de respetar la libertad de los padres y de ser el caso de los tutores legales de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas pero con la condición de que estas instituciones educativas deberán satisfacer las normas mínimas que el Estado emita o apruebe en materia enseñanza, que los progenitores o tutores legales tienen garantizado el respeto de que sus hijos o pupilos reciban la educación moral o religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones personales. Condiciones que no menoscaban la libertad de enseñanza de los particulares para establecer y dirigir sus instituciones con la condición de que respeten los principios que se enunciaron en el primer párrafo del artículo 13 y que la educación sea de conformidad a las normas mínimas que el Estado prescriba.

Para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la educación<sup>504</sup>, los Estados-partes reconocieron las siguientes garantías:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

---

<sup>504</sup> Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1996.

- d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;
- e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

El artículo 14 del Pacto establece que todo Estado-parte del pacto y que en el momento en el que se suscriba al PIDESC, todavía no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios que estén sometidos a su jurisdicción la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, se compromete a elaborar y adoptar en un plazo de dos años un plan en que detalle la acción para la aplicación progresiva de un número razonable de años que se deben fijar en el plan del principio de enseñanza obligatoria y gratuita para todos.<sup>505</sup>

El artículo 15 del PIDESC<sup>506</sup> establece los derechos culturales de la persona humana y por lo tanto los Estados-parte adoptaron un conjunto de garantías para establecer las condiciones que dotan a ese derecho de efectividad y que consisten en medidas para conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y de la cultura, respeto de la libertad para la investigación científica y la actividad creadora, y a estas libertades les confieren un carácter de indispensable, además de las medidas que deriven de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales y a respetar el beneficio de estas relaciones, entre los derechos culturales el PIDESC dicta:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

---

<sup>505</sup> Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1966.

<sup>506</sup> Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, 1966.

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

El artículo 15 de la Carta social europea establece derechos de los discapacitados, como el derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad. Para que estos derechos sean efectivos requieren de ser garantizados y a tal fin el articulado comprende las siguientes garantías para que las personas minusválidas puedan acceder independientemente de su edad, naturaleza y el ejercicio de su discapacidad al disfrute de sus derechos de autonomía, de integración social y de participación de la vida comunitaria, por lo que las partes de la Carta adquirieron los siguientes compromisos:

- 1) a tomar las medidas adecuadas para procurar a las personas minusválidas orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general, siempre que sea posible, o, en caso contrario, a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas;
- 2) a promover su acceso al empleo mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas minusválidas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad. Estas medidas pueden exigir, en determinados casos, el recurso a servicios especializados de colocación y de apoyo;
- 3) a promover su plena integración y participación social, en particular, mediante la aplicación de medidas, incluidas las ayudas técnicas, dirigidas a superar las barreras a la comunicación y a la movilidad y a permitirles

acceder a los transportes, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio.<sup>507</sup>

---

<sup>507</sup> Carta social europea, 1996.

## Capítulo 5

### Derechos humanos y globalización: Del estado legislador al Estado constitucional

#### I. Estado legislador y estado jurisdiccional

La Revolución francesa se produce en el cruce del constitucionalismo de la voluntad general y el constitucionalismo moderado pero como sostiene Maurizio Fioravanti el constitucionalismo que predomina en el primero, porque el concepto de Constitución positiva con el principio de separación de poderes y la búsqueda de garantías de derechos, es esencialmente un acto constituyente. Así lo demuestran cada una en su tipo: la Constitución estadounidense de 1787 y la Constitución francesa de 1791.<sup>508</sup>

La Constitución positiva en el constitucionalismo de la Revolución francesa atribuye la declaración y garantía de los derechos a la ley. Para esto sirven las tesis de la voluntad general, de la ley considerada con las características de generalidad y abstracción. El legislador es el canal de la representación popular y de la Revolución francesa emerge el principio de la soberanía nacional en el que concluye en su solución francesa, las teorizaciones de la soberanía, la soberanía popular porque la ejerce directamente el pueblo expresando una voluntad mediante la representación popular.<sup>509</sup>

El legislador predomina en el modelo de Estado de derecho gracias a las teorías de la soberanía que fueron formuladas, entre las mismas es relevante la aportación de Emmanuel-Joseph Sieyes de quien Maurizio Fioravanti destaca los elementos de la soberanía residente en la nación; la representación político como elemento para la conformación de la voluntad general; la limitación del sufragio y

---

<sup>508</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op.cit.*, p. 39.

<sup>509</sup> *Idem.*

la teorización de medios de garantía y de medios de limitación de los poderes constituidos.<sup>510</sup>

El Estado moderno y su Derecho, son la confrontación de un orden medieval-estamental en el que operaban una pluralidad de ordenamientos diferentes al Estado monista esta evolución, sin embargo, se da paulatinamente, el Estado moderno europeo tiene que hacer frente a una realidad social y jurídica y de funciones soberanas que hasta entonces no se hallaban concentradas en la figura del Príncipe o del Monarca. El primer estado moderno se funda en el supuesto irrefutable de que existe una pluralidad de derechos de alcance y de eficacia distinta. El derecho en la premoderna consiste en un conjunto de derechos que abarcan desde la última de las costumbres locales más utilizadas hasta la más elevada expresión de la soberanía del señor feudal. En esta concepción no existe la concepción moderna de la jerarquía de las fuentes del derecho ni en sentido material o formal.<sup>511</sup>

Ninguno de los centros de poder ejerce un monopolio irrefutable de la producción normativa que pueda ser ejercido por fuentes predeterminadas. Es un modelo de derecho jurisprudencial premoderno que todavía está proyectando la tradición del derecho romano y del derecho común hasta el inicio de las codificaciones. El derecho se integra por un conjunto de máximas, categorías, principios y precedentes jurisdiccionales que se habían ido transmitiendo por la cultura y la práctica jurisprudencial y por la doctrina jurídica y aunque también se habían emitido leyes, decretos, ordenanzas y estatutos, estas normas eran aplicadas en un contexto heterogéneo, de pluralidad territorial y atendiendo al particularismo de los ordenamientos que podían convivir en un mismo territorio. Es un sistema normativo tendencial y nomoestático, porque la norma de reconocimiento consiste en una justicia o racionalidad inherente, porque los ordenamientos jurisprudenciales o legales concluían integrándose en una amalgama de *corpus*

---

<sup>510</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op.cit.*, p. 39.

<sup>511</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op.cit.*, p. 94.

*iuris* que era transmitida mediante la tradición adyacente al principio normativo de interna coherencia y plenitud que no actuaba, porque la existencia y la validez del Derecho común era un derecho sustancial, con contenido prescriptivo, no en el sentido que presentan las derogaciones del derecho legal.<sup>512</sup>

En la obra: “Los seis libros de la República”, Jean Bodino expresa en opinión de Maurizio Fioravanti: “los caracteres de la moderna soberanía”, aunque todavía con influencias medievales.<sup>513</sup> En base a Nicola Matteucci podemos comentar que el pensamiento político constitucional de ese periodo tiene influencias del derecho romano y francés, la conciencia histórica de los fundamentos del Estado moderno tiene la característica que reflejan las reflexiones de Bodino de resolver los problemas políticos que se estaban presentando en ese momento y a los que las instituciones medievales resultaban insuficientes, Bodino es consciente de que se trata de un problema de poder y se requieren nuevos ropajes jurídicos.<sup>514</sup>

Bodino define a la soberanía como el “poder absoluto y perpetuo de una república”, así un poder soberano es perpetuo porque no se transfiere por un tiempo determinado, de ser así al devolver el poder aquel que se considera soberano viene a convertirse en solo un súbdito. Cuando un príncipe ejerce un poder que le delegan por tiempo determinado solo es un custodio o depositario de esa soberanía, hasta que sea el deseo del pueblo o del príncipe revocar esos poderes conferidos. Tenemos dos fuentes de soberanía, la soberanía popular y la soberanía del monarca. Quien delega o deposita el poder es quien conserva la soberanía:

Es éste quien permanece siempre en posesión del poder. Del mismo modo que quienes ceden el uso de sus bienes a otro siendo propietarios y poseedores de los mismos, así quienes conceden el poder y la autoridad de juzgar o mandar, sea por tiempo determinado y limitado, sea por tanto

---

<sup>512</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 18.

<sup>513</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>514</sup> *Idem*.



tiempo como les plazca, continúan, no obstante, en posesión del poder y la jurisdicción, que los otros ejercen a título de préstamo o en precario.<sup>515</sup>

Puesto que es la ley la que establece los plazos para la devolución de los poderes una vez que hayan expirados, para los gobernadores o lugartenientes de los príncipes, ellos solo actúan como depositarios y custodios de la soberanía. Esta característica de perpetuidad de la soberanía establece una característica que podemos relacionar con el principio de la igualdad, así expresa literalmente Bodin: “En esto no hay diferencia entre el gran oficial y el pequeño.” Los oficiales no son soberanos son sus depositarios de un poder absoluto, si lo fueran entonces estos podrían utilizar sus poderes contra aquel (el príncipe o el pueblo) que les ha concedido ese poder de mandar por tiempo determinado resultando que manden sobre los detentadores del poder, porque el titular de la soberanía permanece a perpetuidad exento en métodos de derecho, es decir, no es justiciable (no del modo como normalmente lo es el súbdito), con independencia de los poderes y autoridades que se concedan a los subalternos, el soberano siempre retiene ciertas potestades y conserva los poderes de mandar, de prevenir de concurrir o de evocar del modo que considere conveniente o que desee todos los encargos que ha ordenado a los súbditos, comisarios u oficiales, y a ellos les puede mantener o revocar el poder que les atribuyó sea por comisión u oficio.<sup>516</sup> En cuanto a lo anterior transcribimos la siguiente expresión de Jean Bodin:

La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo. Del mismo modo, los diez comisarios establecidos para reformar las costumbres y ordenanzas, pese a que tenían poder absoluto e inapelable y todos los magistrados quedaban suspendidos durante su comisión, no por ello detentaban la soberanía, ya que cumplida la comisión, su poder expiraba, como ocurría con el del dictador...<sup>517</sup>

---

<sup>515</sup> Bodin, Jean, *Los seis libros de la república*, Trad. Pedro Bravo Gala, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 47.

<sup>516</sup> Bodin, Jean, *Los seis libros de la república*, op. cit., pp. 47-48.

<sup>517</sup> *Idem*, p. 49.

Cuando la soberanía es popular, según Jean Bodin el pueblo no se substraerá de la soberanía cuando instaure uno o varios lugartenientes con poder de mando absoluto o por tiempo determinado y si este poder es revocable a la voluntad del pueblo, sin un plazo de vencimiento, los lugartenientes no pueden hacer nada en provecho propio y deben de rendir cuentas por sus cargos al sujeto que les atribuyó poderes de mando.<sup>518</sup>

Si por perpetuidad se entiende la duración indefinida de quien ejerce el poder, de este modo siguiendo a Jean Bodin el magistrado que dura en su encargo un año o por un margen de tiempo predeterminado si prosigue ejerciendo el poder puede ser por dos vías “por mutuo acuerdo o por fuerza” Cuando el continuo ejercicio del poder se da por fuerza es una tiranía, pero el tirano es de todos modos soberano, aun cuando esta condición vaya contra la naturaleza del poder, pero en caso de que el magistrado continúe en el ejercicio de su mandato por mutuo consentimiento, no es soberano: “Pero si el magistrado continúa en el ejercicio del poder soberano por mutuo consentimiento, sostengo que no es príncipe soberano pues lo ejerce por tolerancia; mucho menos lo será si se trata de tiempo indeterminado, porque, en tal caso, lo ejerce por comisión precaria...”<sup>519</sup>

Nicola Matteucci reflexiona que el hilo conductor de las tesis de Bodino consiste en demostrar que el magistrado en su carácter de persona física: “no tiene la propiedad del imperium, pero sí como magistrado.” En su papel de magistrado tiene un derecho, “derecho al oficio”, que en base al principio de legalidad debe ser respetado dentro de ciertos márgenes de protección contra la arbitrariedad monárquica: “En otros términos, intenta evitar al mismo tiempo que el magistrado sea un mero delegado del rey, que concede el oficio tan qu’il nous plaira según el principio de la monarquía señorial, o que posea en propiedad el oficio y el imperium, según las supervivientes jurisdicciones señoriales que no se refieren al summum imperium del rey.”<sup>520</sup>

---

<sup>518</sup> *Idem*, p. 49.

<sup>519</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>520</sup> Bodin, Jean, *Los seis libros de la república*, *op. cit.*, p. 65.

Como subraya Nicola Matteucci la argumentación de Bodino sobre los derechos y los deberes de los oficiales se basa en el discurso jurídico de los oficios públicos, que son personas públicas, cuyas actuaciones deben estar previstas en la ley en la que se mandata que ejercen funciones ordinarias, con una duración y a las que se les atribuye ciertos márgenes de discrecionalidad. Surgen así las distintas clasificaciones de los oficios públicos, porque el cargo es distinto del Comisario que ejerce una función extraordinaria, limitada y revocable en todo tiempo, cuyo poder ha sido conferido por un orden del rey, por lo que tiene una estricta instrucción para el cargo. El rey mantiene el *summum imperium* y los oficiales ejercen un oficio público (de interés general), los magistrados poseen poderes de mando, pero no poseen el poder soberano.<sup>521</sup>

La soberanía también es absoluta según la definición de Bodino, y lo explica aduciendo que el pueblo o quienes manden en una república confieren el poder soberano y perpetuo para disponer de sus bienes, personas, del Estado, de las sucesiones, pero cuando se confiere una soberanía a un príncipe con cargas y condiciones esta atribución no consiste en soberanía, por ende en poder absoluto a menos que las condiciones que se le carguen provengan de las leyes divinas o de la naturaleza.<sup>522</sup>

El soberano no se encuentra sometido o limitado por el imperio del otro. Y menciona así Bodino las potestades de la soberanía: "...dar ley a los súbditos...anular o enmendar las leyes inútiles", cuando una persona se encuentra sujeta a las leyes de otra persona no puede ejercer estas potestades. Y recuerda que el príncipe se encuentra "exento de la autoridad de las leyes." Bodino como señaló Nicola Matteucci ha estudiado el Derecho romano y recuerda en la tradición de ese derecho la voz latina ley significa el mandato de quien ejerce la soberanía:

---

<sup>521</sup> Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad Historia del constitucionalismo moderno*, Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira, ed, Trotta, 1998, p. 65.

<sup>522</sup> Bodino, Jean, *Los seis libros de la república*, op. cit., p. 65.

Así vemos que en todas las ordenanzas y edictos se añade la siguiente cláusula: No obstante todos los edictos y ordenanzas, los cuales hemos derogado y derogamos por las presentes y la derogatoria de las derogatorias. Esta cláusula se agregaba siempre en las leyes antiguas, aunque la ley hubiese sido publicada por el mismo príncipe o por su predecesor. No hay duda de que las leyes, ordenanzas, patentes, privilegios y concesiones de los príncipes sólo tienen fuerza durante su vida, a menos que sean ratificados, por consentimiento expreso o tácito, por el príncipe que tiene conocimiento de ellos...Observamos en nuestro reino que todos los colegios y comunidades solicitan del nuevo rey la confirmación de sus privilegios, poder y jurisdicción.”<sup>523</sup>

Por lo tanto señala Bodino que la mayor característica de la soberanía y del poder absoluto es la potestad de otorgar leyes a los súbditos, inclusive sin su consentimiento, es decir de formar coactiva. De este modo las leyes, ordenanzas, patentes, privilegios y concesiones de los príncipes solo mantenían su fuerza durante el tiempo de la vida del príncipe y a su muerte debían ser ratificados por el príncipe que tuviera conocimiento de dichos acuerdos. Se observa así la necesidad en el Derecho estamental de confirmar los privilegios, poder y jurisdicción. Lo cual caracteriza a la función o titularidad ejecutiva:

Sin acudir a países extraños, frecuentemente se ha visto en este reino cómo ciertas costumbres generales eran abolidas por los edictos de nuestros reyes sin oír a los estados, cuando la injusticia de aquellas era evidente...Es preciso que el príncipe soberano tenga las leyes bajo su poder para cambiarlas y enmendarlas de acuerdo con las circunstancias, como decía el jurisconsulto Sexto Cecilio, del mismo modo que el piloto debe tener en su mano el timón para dirigirlo a su discreción pues, de otro

---

<sup>523</sup> *Idem*, p. 53.

modo, el navío naufragaría antes que se pudiera consultar el parecer de los pasajeros...”<sup>524</sup>

Recordemos que en el Derecho medieval la justicia del príncipe, de lo cual es importante desprender algunas reflexiones sobre el gobierno. Bodino se inclina por el principio monárquico cuando escribe que si es beneficioso para gobernar bien un Estado que el poder del príncipe prevalezca sobre las leyes (autoritarismo o despotismo) el observa que en las formas de gobierno aristocráticas o en los gobiernos populares es más asequible imponer voluntades sobre la ley:

Tanto en la monarquía como en la aristocracia, el monarca y los señores están separados del pueblo y de la plebe, respectivamente. Por ello, en una y otra república, hay dos partes, a saber, aquel o aquellos que detentan la suprema soberanía y el pueblo, lo que es causa de discusiones entre ellos respecto a los derechos de la soberanía, discusiones entre ellos respecto a los derechos de la soberanía, discusiones que cesan en el estado popular. Supuesto que el príncipe o los señores que detentan el poder estuviesen obligados a conservar las leyes, como algunos opinan, y no pudiesen dar ley sin la aprobación del pueblo o del senado, tampoco podría ser ésta anulada legítimamente sin el consentimiento del uno o del otro, todo lo cual no puede ocurrir en el estado popular, si se considera que el pueblo constituye un solo cuerpo y no se puede obligar a sí mismo.”<sup>525</sup>

El pensamiento político de Bodino se inscribe en la trayectoria recorrida por pensadores como Santo Tomás, Bossuet y Fénelon y así produce una obra capital para la concepción política moderna de la política en el orden de ideas de otro pensador: Pasquier. En tal sentido, Nicola Matteucci describe que la obra sobre el Estado de Bodino quiere proveer de apoyos teóricos a la monarquía. Bodino es crítico de las tendencias renacentistas y no está de acuerdo con el ideal moderno del príncipe que Maquiavelo propuso. Un tipo de príncipe propio de la tiranía,

---

<sup>524</sup> Bodino, Jean, *Los seis libros de la república*, op. cit., p. 58.

<sup>525</sup> Bodin, Jean, *Los seis libros de la república*, op. cit., p. 58.

Bodino observa peligros de anarquía y tiranía en las corrientes de la democrática y en el ideal de gobierno del Estado mixto. Su pensamiento se dirige a la producción de un nuevo saber político que requiere de las herramientas del conocimiento jurídico y del naciente Derecho público. El nuevo saber político debe fundarse sobre el conocimiento de las leyes y del derecho público para resolver los problemas de su época que eran problemas de poderes, que requieren de una institucionalización para los problemas sociales que caracterizaban a la sociedad corporativa francesa de la época. La institucionalización por supuesto requiere de medidas más que formalistas.<sup>526</sup>

Eficacia y validez, presupuestos que definen al Derecho positivo y más aun a la Constitución, para conseguirlo es necesario el establecimiento de una jerarquía de las fuentes del Derecho, distinción entre Constitución y ley constitucional y entre Constitución y ley: “Ni siquiera existe la idea de que el derecho pueda ser de distinta cualidad, ni menos aún que exista una cualidad superior destinada a imponerse sobre las demás, Pues bien, esta es precisamente la idea que comienza a difundirse por Europa a mediados del siglo XVII y es lo que marca la diferencia, lo que encontramos por ejemplo en las páginas de Hobbes.”<sup>527</sup>

La difusión de un Derecho superior inevitablemente tiene contenidos iusnaturalistas. Maurizio Fioravanti observa que la atribución de las funciones soberanas se van atribuyendo al soberano, la soberanía va adquiriendo una nueva significación, no solo de predominio en el orden político o de dominación en el ejercicio de las actividades de *imperium*. Este cambio conlleva que el soberano pueda considerar su Derecho como superior y que con ello pueda revocar los derechos de los otros, es decir de esos derechos coexistentes en el contexto del pluralismo jurídico medieval. Esa concepción se produce como un rechazo a la labor interpretativa que venía siendo ejercida por los jueces. En Inglaterra al limitar monopolio legislativo del Monarca y transferirlo a un sistema parlamentario dualista y su exportación comparada a Francia y los Estados Unidos de América

---

<sup>526</sup> Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad*, op. cit., p. 63.

<sup>527</sup> *Idem*.

con el principio de división de poderes van gestando la relevancia del Código, pero esto ocurre con más relevancia en el Constitucionalismo de la Revolución francesa.<sup>528</sup>

El constitucionalismo moderno arriba a este giro según palabras de Maurizio Fioravanti por la teoría de Thomas Hobbes de la representación, los instrumentos del contrato que sin duda son los que definen mejor a los derechos de los otros, no constituyen un orden político moderno, la situación material y territorial que se requería para la unidad política, y la Constitución moderna persigue precisamente una unidad política:

En él se representaba una convicción que estaba difundándose por Europa: que las unidades político-territoriales construidas con los instrumentos del contrato no eran, en el plano constitucional, sino situaciones intermedias, todavía influidas por los elementos medievales, en suma *Zwischenzustände*, entidades políticas, pero, en esencia, a la espera de ser definidas, de convertirse plenamente en orden político. Les faltaba, en concreto, la capacidad de reconocer a un soberano auténtico capaz de representarlas por entero. Para llevar a cabo este paso se debía atribuir al derecho del soberano una fuerza especial, la necesaria para producir el efecto de abrogar. Y esta fuerza, a su vez, no podía venir sino de una supervaloración ideológica de la fuerza de la ley del soberano.<sup>529</sup>

La representación de las situaciones jurídicas de esa unidad política requieren de un soberano cuyo derecho se encuentre provisto de una fuerza, de una cualidad que se imponga por coacción, por eso en los Estados absolutos se producen las primigenias formas de constitucionalismo moderno y conllevan a la significación de la ley como expresión de una voluntad general y abstracta, la ley no es privilegio y entra un asunto de legitimidad también esas percepciones provocan considerar a la ley como necesaria para el orden y con ello la modificación del orden

---

<sup>528</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op.cit.*, p. 94.

<sup>529</sup> *Ibidem*, pp. 94-95.

subsistente hasta ese momento y que desataría las Revoluciones que tienen un trasfondo del individualismo político, la legitimidad se acusa precisamente en la fuente de la que emana la legislación: “Es más: se comenzó a pensar que la propia ley del soberano era el único derecho posible y legítimo, y que los otros derechos que hasta ese momento habían sido considerados como tales eran en realidad meros privilegios de hecho, prácticas, costumbres más o menos arraigadas, pero ya no derechos. En fin, en esa ley se reflejaba el orden predicado por el derecho natural, que dejaba entrever en el fondo la revolución y los derechos naturales individuales.”<sup>530</sup>

El positivismo jurídico como escribe Maurizio Fioravanti tiene su punta de lanza en la ley como función soberana ejercida por el parlamento, la ley tiene que garantizar derechos individuales y obviamente el principio de igualdad que encontramos en el constitucionalismo moderado de John Locke, los derechos individuales se reconocen por una ley, por un código y no son derechos antiguos que conformen situaciones jurídicas creadas o preexistentes al cambio legislativo. Singularmente esta consideración de los derechos es moderna y opuesta a los derechos del Antiguo régimen: “Entre los pliegues del absolutismo político, a través de la revolución, había comenzado así el largo periodo del positivismo jurídico.”<sup>531</sup>

El hilo conductor entre la Revolución y las Constituciones según estudia Maurizio Fioravanti consiste en la formulación del artículo 6 de la emblemática Declaración de 1789: “La Ley es la expresión de la voluntad general”<sup>532</sup> Ya en la Revolución se produjo una crítica liberal al contractualismo de la Revolución, del poder constituyente si utilizamos expresiones de Maurizio Fioravanti es decir pasar de los elementos de la soberanía popular inalienable de la nación a la representación política mediante la soberanía del legislador

---

<sup>530</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>531</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op.cit., p. 95.

<sup>532</sup> *Idem*.



Que es como decir: o no se hace la ley porque sobre esa materia no se llega a manifestar la voluntad general o, si se hace la ley, esta contiene la voluntad general y, así, es legítima por el hecho mismo de existir, de salir a la luz. En definitiva, existe una auténtica presunción absoluta de legitimidad a favor de la ley que proviene de su mera existencia. Este es el hilo conductor del positivismo jurídico en las distintas formas de la voluntad general de la revolución y, después, de la soberanía de la nación o del propio Estado. Formas distintas, incluso muy distintas, pero equivalentes en la producción de este efecto, de esa calidad especial de la ley. Que es siempre la misma, es siempre ese misterioso *quid pluris* que los príncipes territoriales invocaban al comienzo de nuestro recorrido para «justificar la superioridad de su derecho sobre el de los estamentos y las ciudades. En una palabra, es la soberanía, que es —ella misma— algo que va más allá de la titularidad formal de los poderes de *imperium*.<sup>533</sup>

La presunción de legitimidad de la Ley es lo enarbola el positivismo jurídico, porque la Ley tiene que estudiarse en base al principio de soberanía, como encuadrar el acto constituyente que proviene del pueblo y mantener el equilibrio y el orden si consideramos el concepto positivo de Constitución como acto del poder constituyente, la ley puede coexistir así con las cartas constitucionales que se produjeron durante el siglo XIX que limitan la forma de gobierno, establecen algunos derechos y enuncian reservas de ley, pero que no buscan conformar un criterio de valoración sobre “la legitimidad de la ley”, además de que el positivismo jurídico se sirve de la función jurisdiccional limitando su actividad a la aplicación de la ley:

Es cierto, el origen de esta fuerza especial de la ley en el principio de soberanía no dejará muy tranquilo a nuestro positivismo jurídico que, en la época del Estado de derecho, buscará límites y contrapesos entre los poderes y los órganos del Estado. Pero siempre parándose antes de ese

---

<sup>533</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op.cit.*, pp. 95-96.

límite global más allá del cuál la erosión del principio de soberanía habría significado poner en duda la presunción de legitimidad de la ley y, así, la apertura de un camino incierto y peligroso. Habría significado «crear una excusa legítima para la desobediencia de la ley», como dijo el gran Vittorio Emanuele Orlando, en referencia tan solo a la hipotética introducción de un control de constitucionalidad.»<sup>534</sup>

Los límites y contrapesos del Estado de derecho europeo a diferencia del constitucionalismo de la Revolución americana se ubican en el predominio de la legitimidad de la ley, es decir que la garantía de los derechos individuales se realiza por medio de la ley y no del espacio de la Constitución:

El constitucionalismo —como hemos visto— nace de exigencias prácticas y políticas, con el fin de mantener espacios propios, garantizados normativamente, para una serie de fuerzas que se enfrentaban en los territorios europeos con la fuerza creciente de los señores territoriales. La relevancia de esta parte de la historia constitucional europea es incalculable. Durante mucho tiempo, se ha construido sobre esta línea la expectativa de la tutela de una esfera protegida; y más aún: la conciencia, ínsita históricamente en el constitucionalismo, de la posibilidad de construir un orden común comprensivo de las distintas partes que lo componen a través de una actividad de gobierno sabia y prudente e inspirada por la lógica esencial del equilibrio.<sup>535</sup>

El origen del constitucionalismo tiene en su origen en las formulaciones de Thomas Hobbes, Maquiavelo y Harrington. Y el positivismo jurídico se produce como una reacción en el plano político y que señala Maurizio Fioravanti que tiene una relevancia ideológica: “Se trataba, en efecto, de contribuir a legitimar la fuerza especial del derecho del soberano, de manera que esta pudiera arrogarse el poder fundamental de abrogar los otros derechos. El positivismo jurídico, de Hobbes en

---

<sup>534</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>535</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, *op.cit.*, pp. 96-97.

adelante, desarrolla esta función de calificar como derecho, como ley, solo la ley del soberano, reduciendo los otros derechos a meras particularidades de hecho.”<sup>536</sup>

Para Hobbes se trata de darle una cualidad de Derecho a la ley del soberano, la operación consiste en la legitimación de la revocación de los derechos de los otros de raíz medieval. El orden político moderno aparece vinculado a la ley del soberano, todavía es un orden de absolutismo político, la teoría de la representación aparece así como la fundamentación del nuevo orden que se instaura por el Derecho natural para proteger derechos individuales, una esfera individual del naciente ciudadano y que la Revolución incorporará más adelante a sus propios intereses: “Así pues, el positivismo jurídico desarrolla, en alianza con el iusnaturalismo, una función revolucionaria, en el sentido de que resulta decisivo para romper el equilibrio que caracterizaba el gobierno de los territorios hasta la revolución.”<sup>537</sup>

El constitucionalismo histórico y moderno por una parte pretende la integración de unidades políticas, de asociación y el reconocimiento de las diferentes fuentes del derecho y el equilibrio del orden político y social. El positivismo jurídico articula la construcción del modelo monista de Estado y por eso sirve al elemento del territorio como elemento del Estado moderno en la que la ley del Soberano o de la Asamblea, según sea el caso, se extiende a todo el territorio, por lo tanto es un Derecho estatal. El constitucionalismo positivista es más monista que comunitario: “La filosofía de la Revolución francesa es más bien la segunda que la primera. Basta con leer la Declaración de derechos de 1789, en la que encontramos una sola vez la palabra «constitución» y nueve veces, y siempre en puntos decisivos, la palabra «ley».” La ley general y abstracta abroga los privilegios estamentales y en su caso, hereditarios de orden aristocrático del antiguo régimen y establecerá mediante el reconocimiento de un conjunto de derechos a los derechos individuales y particularmente al principio de igualdad:

---

<sup>536</sup> *Idem.*

<sup>537</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op.cit.*, pp. 96-97.

La constitución puede indicar estos objetivos pero, en esencia, es, en primer lugar, el marco en el que se desarrolla esta obra decisiva de la ley. En una palabra, es esta última, más que la misma constitución, la que crea la nueva sociedad de los libres y los iguales. Y esa ley no habría podido tener tanta fuerza si antes de la revolución, de Hobbes en adelante, no hubiese madurado el diseño que apuntaba a conferirle, en cuanto expresión del soberano, ese *quid pluris* que es, a su vez, expresión de la propia soberanía...<sup>538</sup>

La fuerza especial de la ley no quiere permanecer identificada siempre con los procesos revolucionarios. El estado liberal cuida del núcleo fundamental de la ley que sin embargo tiene claros orígenes revolucionarios que fueron difundidos por las filosofías contractualistas y la teoría del poder constituyente: “Pero se tratará, como mucho, de una cuidadosa labor de cosmética realizada de manera que no entrara en los estratos profundos, para no erosionar el núcleo fundamental de esa fuerza especial de la ley soberana que la sociedad burguesa y liberal del siglo XIX no quería disminuir.”<sup>539</sup>

La legitimidad de la ley se dimensiona por medio del papel del legislador en el Estado de derecho y el principio de soberanía en la legislación:

Y, en efecto, que el legislador no era un poder constituido ordinario y que en la ley estaba el Mehrwert político que proporcionaba el principio de soberanía, lo vieron con claridad, ya en los primeros decenios del siglo pasado, tanto Carl Schmitt como Hans Kelsen, obviamente desde perspectivas opuestas y con soluciones igualmente opuestas: el primero para considerar ese Mehrwert como el carácter esencial e imprescindible de todo Estado, incluido el Estado de derecho, el segundo para proceder a su

---

<sup>538</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op.cit.*, pp. 97-98.

<sup>539</sup> *Idem.*

eliminación, precisamente como un residuo de la época iusnaturalista inconciliable con el propio Estado de derecho.<sup>540</sup>

El papel que tienen las Revoluciones en el constitucionalismo moderno que nos interesa es el que dimensiona la relevancia de los Derechos humanos en el Estado constitucional porque trata de la extensión de instrumentos constitucionales de protección y garantía y el papel que la interpretación jurídica, en lo que concierne al papel de los jueces como legisladores negativos:

En fin, a lo largo de la revolución, y después, podrá suceder también que la propia constitución se convierta en símbolo de la revolución. Pero la única revolución hecha verdaderamente en nombre de la constitución es la americana, que no por casualidad carencia de la historia europea de la fuerza de ley. Y también es verdad que a lo largo de la época liberal los movimientos liberales y democráticos invocaban la constitución, pero esas cartas constitucionales en concreto sirvieron sobre todo para componer la forma de gobierno, para representar el gran acuerdo entre monarquía y parlamento, y solo en parte para garantizar los derechos. Así podemos leer, en referencia a Italia pero sirve de ejemplo para toda Europa, en el comentario al Estatuto del Reino de Racioppi y Brunelli: «Nuestro Estatuto no concede derechos al individuo, sino simples presunciones de derechos; mientras, la existencia jurídica y el verdadero contenido de los derechos subjetivos individuales dependen de las leyes que específicamente tratan de ellos, y es en ellas donde hay que buscarlos».<sup>541</sup>

Como escribió Nicola Matteucci el constitucionalismo francés introduce la innovación previamente a los hechos de la noche de San Bartolomé del regreso al derecho francés, al *mos gallicus* considerándolo como una antigua tradición de

---

<sup>540</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op.cit.*, pp. 97-98.

<sup>541</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op.cit.*, p. 98.

libertades, posteriormente al dominio del derecho romano en la primera mitad del siglo en las escuelas de Tolosa, Orleans y Bourges<sup>542</sup>

## II. Estado constitucional de derecho

La comprensión sistemática del concepto de Estado de derecho solo es posible mediante el estudio de su desarrollo histórico<sup>543</sup>, así el jurista Luigi Ferrajoli recoge que el Estado de derecho es un concepto amplio, cuyos orígenes se encuentran en las filosofías de Platón y Aristóteles, en la contraposición del gobierno de las leyes al gobierno de los hombres; en las doctrinas medievales sobre el fundamento jurídico de la soberanía; por la filosofía y el pensamiento del liberalismo político; el pensamiento jurídico iusnaturalista que resultó en el reconocimiento jurídico-estatal de las libertades fundamentales; los constitucionalismos inglés y estadounidense, el principio orgánico de la separación de poderes; la doctrina de la teoría jurídica del Estado elaborada por los iuspublicistas alemanes y el pensamiento positivista o normativista formulado por Hans Kelsen.<sup>544</sup>

Como estudia Ernst Böckenförde la característica del concepto de Estado constitucional de derecho que tiene en común con otros conceptos relativos al Estado y la Constitución consiste en el establecimiento de las diferencias entre tipos de Estado de derechos por rasgos accidentales y estructurales. Este rasgo es particular a los conceptos difusos, que no se pueden delimitar completamente en lo que concierne si se nos permite insistir en la idea, en una delimitación conceptual, porque no son completamente definibles desde un punto de vista objetivo y de forma, son conceptos abiertos, expuestos al flujo evolutivo “cambiante” de las concepciones de la teoría del Estado y de la Constitución. Las

---

<sup>542</sup> Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad Historia del constitucionalismo moderno*, Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira, editorial Trotta, 1998, p. 49.

<sup>543</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>544</sup> Ferrajoli Luigi, *Derecho y razón Teoría del garantismo penal*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 855-856.

consecuencias de esta naturaleza es que pueden ser objeto de transformaciones diversas sin que esto altere su contenido o los degrade en “fórmulas vacías.”<sup>545</sup>

Así como el concepto de Estado de derecho, el Derecho y las concepciones fundamentales de la teoría del Estado y de la Constitución que fundamentan al Derecho han evolucionado.<sup>546</sup> Siguiendo esa prospectiva histórica hemos de ubicar que la evolución del concepto del Estado de derecho tiene una característica inductiva, y que fue la reorganización política de la Alemania de la posguerra (1945), en sus propias palabras Ernst Böckenförde señala:

...y en la que Adolf Arndt participó desde sus más profundas convicciones y con decisión infatigable, fue la del restablecimiento y la configuración del Estado de Derecho. Restablecer el Estado de Derecho tenía ahora el objetivo de enlazar con la tradición del pensamiento alemán sobre el Estado y la Constitución, pero al mismo tiempo, y frente a esta tradición, estaba también presente el de desarrollarlo y dotarlo de una nueva orientación: ahora en lugar del Estado de Derecho en un sentido formal debía entrar en juego el Estado material de Derecho, en lugar del Estado de Derecho en sentido liberal el Estado social de Derecho.<sup>547</sup>

Retomando los orígenes del Estado de derecho consideremos que nos seguimos situando en el contexto de la Edad moderna, por lo tanto tomemos en cuenta primeramente el precedente del absolutismo, como Hermann Heller destaca con la implantación del absolutismo se hacía necesaria una unidad de autoridad que estableciera un “status”, un “ordenamiento” que tuviera la característica de continuidad, además se encuentran las características del sometimiento de las pluralidades a una regulación centralizada, planificación de las relaciones de Derecho privado, que se venían gestando desde la Edad media, pero en las que

---

<sup>545</sup>Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, op. cit., pp. 17-18.

<sup>546</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>547</sup> *Ibidem*, p. 17.

intervendría una autoridad que ejerce potestades soberanas que le han sido encomendadas por un pacto.

Para Hermann Heller la necesidad de organizar las nuevas atribuciones y relaciones que ejerce la autoridad resulta en el origen particular que tienen las constituciones escritas, pero las Constituciones tienen una originalidad y que no consiste precisamente en la garantía por documentos escritos de derechos individuales, para Hermann Heller la “determinación” responde a la situación de dejar asentados un mínimo de “derechos políticos subjetivos por escrito en una carta”, lo novedoso por lo tanto consiste en regular y delimitar en una ley escrita o carta la actuación de la unidad política.<sup>548</sup>

El establecimiento de la razón de Estado es causa para el establecimiento de un “jus certum” que planificará y regulará de manera consciente la estructura esencial de la nueva unidad política, lo cual producirá que se organicen todas las actividades futuras del ente estatal; la eliminación de los conflictos y discordias territoriales y que se lleva a cabo mediante el monopolio de la fuerza, para reorientar las acciones del ente estatal hacia la estabilidad y la seguridad. En estos orígenes del concepto de Constitución y que es vital para nuestro primer concepto en el estudio del Estado de derecho y en el Estado constitucional, Hermann Heller destaca que la ley constitucional tendrá un “carácter autoritario” situación opuesta a los antecedentes de los contratos celebrados entre los príncipes y los estamentos como el emblemático ejemplo de la Carta Magna de 1215, con ese texto jurídico se pretendía que ese contrato permaneciera inviolable, el cambio moderno y que se da con el absolutismo lo subraya Hermann Heller:

El Instrument of Government (1653) de Cromwell es el primer ejemplo de un documento constitucional moderno, su mismo nombre revela su naturaleza. La que Cromwell pretendía con esta constitución fue expresado por el muy claramente: "En todo gobierno -dice-, tiene que haber algo

---

<sup>548</sup> Heller, Hermann, *Teoría del estado, op. cit.*, p. 152.



fundamental, semejante a la Carta Magna, permanente, invariable" (Jellinek, p. 511). La unidad jurídica y de poder del Estado fue, en el continente europeo, obra de la monarquía absoluta.<sup>549</sup>

El imperio alemán que se encontraba disgregado completamente por la realidad de los estamentos que habían logrado una total independencia la situación cambió hacia una centralización por un poder monista y fue en los Estados territoriales en los años posteriores a la Guerra de los treinta años donde ocurrió esa expropiación política a los poderes feudales y estamentales si seguimos los análisis de Hermann Heller: "El proceso de la independización organizadora del poder público del Estado significa, a la vez, una emancipación relativa del poder del Estado respecto a los estamentos, hasta entonces dominantes, obligados estos por el absolutismo a someterse al poder central, tienen que admitir una nivelación con todos los demás súbditos."<sup>550</sup> Podemos explicarnos de este modo que el ulterior Estado liberal de derecho sea con independencia de su particularidad alemana una creación apropiada para el pensamiento político liberal.<sup>551</sup>

El Estado moderno, no todavía el Estado de derecho que nos interesa estudiar, nace en la época absolutista como sostiene Hermann Heller pero ello no quiere decir como también comenta este pensador que consista en un instrumento del despotismo:

Es digno de observarse que este hecho fue admitido por el propio Engels, para quien, sin embargo, el Estado "en todos los periodos típicos es, sin excepción, el Estado de la clase dominante, siendo, en todos los casos, esencialmente una máquina para mantener sometida a la clase dominada y expoliada". Según aquel autor, hubo, excepcionalmente, periodos "en que las clases en lucha se hallaban tan equilibradas que el poder del Estado,

---

<sup>549</sup> Heller, Hermann, *Teoría del estado*, op. cit., p. 152.

<sup>550</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>551</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, op. cit., p. 19.

como un mediador aparente (I), adquiere una plena independencia frente a ellas, Tal sucedió con la monarquía absoluta de los siglos XVII y XVIII, que equilibró a la nobleza y a la burguesía" (*Ursprung, etc.*, pp. 185, 180).<sup>552</sup>

La nueva unidad política concentró todos los existentes medios de dominación, de soberanía como la función legislativa en un solo poder que era el rey absoluto. La Constitución del Estado (y no nos referimos todavía al concepto moderno de la Constitución escrita) se representaba en una unidad jurídica que incorporaba el reconocimiento de la igualdad jurídica formal en distintos grados. Esta igualdad jurídica en su significación política no era otra cosa como expone Hermann Heller que por una parte, la ley del monarca era de aplicación obligatoria para todos los súbditos y que todos los súbditos sin diferencia de clase u origen no tenían acceso a derechos políticos.<sup>553</sup>

El pensamiento liberal provoca que el concepto de igualdad jurídica formal que se venía interpretando solo de manera favorable a los designios absolutos del monarca, la burguesía y el proletariado comienzan a presionar por participar de la "creación jurídica central y unitaria", así la colaboración política de los súbditos a los que se les excluía de derechos políticos altera el orden institucional y el problema en la historia constitucional de las naciones europeas se vuelca sobre la definición de la "forma del Estado."<sup>554</sup> Esta colaboración política se reflejan en el creciente poder económico de los poderes privados que crecieron al amparo de ese estadio histórico, el problema de la definición de la forma de Estado consiste en: "...que hacer para que el poder del Estado afirmara su independencia política".<sup>555</sup>

No es casual entonces que el Estado de derecho como término como sostiene Ernst Bockenforde sea "una construcción lingüística y una acuñación conceptual propia del espacio lingüístico alemán que no tiene correlatos exactos en otros

---

<sup>552</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado, op. cit.*, p. 152-153.

<sup>553</sup> *Idem.*

<sup>554</sup> *Idem.*

<sup>555</sup> *Idem.*

idiomas.”<sup>556</sup> Y lo más particular no solo en su acepción lingüística sino en el contenido que el concepto designa responda a toda una creación conceptual teórica y jurídica del pensamiento alemán sobre el Estado.<sup>557</sup> Retomando a Hermann Heller en el siglo XIX la realidad social y económica consistía en la concentración de los poderes de “dominación política y económica” en unos cuantos que eran los terratenientes, la élite política y los banqueros o comerciantes, estas clases sociales concentraban “poderes de mando político”, esta situación que se había establecido desde la Edad media y se había mantenido sobreviviendo en los primeros siglos de la Edad moderna entraba en crisis, los Estados absolutistas sustituyen a los poderes privados mediante “la política mercantilista” en el papel más elevado de sujeto político y económico dominante de los medios de producción, aunque despóticos, los poderes absolutos consiguen la legitimación del monopolio estatal de las actividades económicas y de las prerrogativas públicas que se asignan a la nueva autoridad y que habían sido aplicadas por los estamentos.<sup>558</sup>

En esta reorganización el poder monista tiene que dejar campos de acción a los poderes privados en la actividad económica a los señores feudales les permitió seguir manteniendo y explotando el capital agrario y fomentó por las libertades económicas las prácticas mercantilistas y financieras para acumular capital comercial e industrial a las clases burguesas y las libertades capitalistas alcanzan su apogeo con las políticas del Estado liberal.<sup>559</sup> Ernst Bockenforde resume que “El concepto del Estado de Derecho surge en la teoría del Estado del liberalismo temprano alemán, que se orienta desde planteamientos propios de la concepción racional del derecho.”<sup>560</sup>

---

<sup>556</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, op. cit., pp. 18-19.

<sup>557</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>558</sup> Heller, Hermann, *Teoría del estado*, op. cit., p. 153.

<sup>559</sup> *Idem*.

<sup>560</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, op. cit., p. 19.

Antes de pasar a un repaso de los teóricos que formularon los planteamientos de la concepción teórica del Estado de derecho mencionaremos que no es causal la conexión con el liberalismo alemán para la aportación de ese concepto cuya historia tiene características muy particulares a los ámbitos nacionales pero que es determinante para la evolución de los derechos humanos y que es lo que nos compete analizar. Volvemos a Hermann Heller cuando plantea que con la evolución del Estado absoluto con el acrecentamiento de las prácticas mercantilistas que surge el problema de la forma de Estado, la dominación de los medios económicos a disposición del capital consiguen dominar los medios de la autoridad política que se supone debieran ser ejercidos por el “poder del Estado democrático”, se da una dualidad porque los dirigentes de la economía no tienen a su disposición la “democracia política” los poderes capitalistas buscarán participaren las decisiones políticas, en la dirección de la opinión pública y de los medios de la crítica, financiando económicamente a las fuerzas políticas e incluso militares, en la burocracia y en las relaciones internacionales.<sup>561</sup> Se da por lo tanto una disparidad entre los dirigentes políticos y los dirigentes económicos:

Aun en los casos en que exista una burocracia fiel a sus tradiciones de honor e impenetrable a la corrupción, y los trabajadores, organizados en fuertes grupos políticos y con prensa propia, tengan desarrollado su espíritu de resistencia, persiste el hecho de que el influjo político de los dirigentes de la economía se equipara así a su poder económico; con tanto mayor motivo habrá de resultar imposible que los dirigentes políticos puedan ejercer, frente a los poderes económicos, aquel volumen de poder político que por derecho les corresponde.<sup>562</sup>

El mando político y el mando económico están separados pero eso provoca una tensión subyacente en la democracia capitalista como describe Hermann Heller:

---

<sup>561</sup> Heller, Hermann, *Teoría del estado, op. cit.*, pp. 153-154.

<sup>562</sup> *Ibidem*, p. 154.

Pues, de un lado, las grandes masas quieren someter a su decisión política también la economía y, para ello, la legislación democrática les proporciona los motivos legales necesarios. Luchan, como expresa la cabal formulación del programa de Gorlitz de la socialdemocracia alemana, "por el dominio de la voluntad del pueblo, organizada en el Estado popular libre, sobre la economía". Por el contrario, los dirigentes de la economía declaran intolerable la influencia político-democrática en ella y aspiran a conquistar el poder político directo uniéndolo así con el económico que ya poseen.<sup>563</sup>

Para Ernst Bockendorde la acepción de la legalidad de la administración como concepto del Estado de derecho determinó el pensamiento político de la burguesía y la vida constitucional<sup>564</sup> de este periodo:

Pero se parte aquí también de que el despotismo no se da solo bajo la forma de la monarquía absoluta, sino que puede aparecer también en las formas de una democracia absoluta o sin límites. El concepto del Estado de Derecho incluye una tendencia hacia la libertad, pero no se inclina de forma incondicionada hacia la democracia. La libertad política de los ciudadanos, su participación activa en la vida del Estado, vale también como culminación y garantía de la libertad civil, pero encuentra su límite allí donde no llega la protección de la libertad civil, donde esta se pone en peligro o, en otras palabras, donde deja de dar preferencia a la razón y se inclina a favor de los meros deseos o intereses.<sup>565</sup>

Es evidente que los dirigentes de la economía tengan la tendencia a proteger sus adquisiciones y posesiones y que eso caracterice a una acepción del Estado de derecho,<sup>566</sup> el objetivo será tratar con las disposiciones anónimas e indirectas del legislador controlado democráticamente. La separación entre el poder político y los poderes económicos y sociales es un dilema para el Estado de derecho,

---

<sup>563</sup> Heller, Hermann, *Teoría del estado*, op. cit., pp.154.

<sup>564</sup> Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, op. cit. p.23.

<sup>565</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>566</sup> *Idem*.

Hermann Heller considera: "...el poder del Estado ha de lograr la posibilidad de emanciparse políticamente de los influjos económicos privados mediante una sólida base de poder económico propio; o la lucha de los dirigentes de la economía ha de obtener, al menos, el éxito previo de que sea eliminada en su beneficio la legislación democrática."<sup>567</sup>

### III. La interpretación de los derechos humanos

Si tenemos por vértice de la evolución de los Derechos humanos al constitucionalismo con su búsqueda de límites y garantías, comprenderemos que los diferentes modelos constitucionales han establecido las vertientes para que cada una por su lado, puedan establecer límites y equilibrios a la Unidad política que es el Estado, de los límites que nos interesan son las garantías de los derechos, sobre todo en su historia y la interpretación de los derechos y de las garantías para lograrlo.

Es en esos predicamentos que se encuentra el gran tema de la interpretación del Derecho. Sería extendernos demasiado si abarcáramos en esta tesis la interpretación del Derecho y la interpretación constitucional, así que nos enfocaremos a escribir sobre el papel que la interpretación de los derechos humanos ha desempeñado en su evolución y el papel que tiene la Constitución para los derechos humanos radica en el significado que se le da a su contenido:

Inicialmente la Constitución, cuando surge como un tipo de norma en Occidente a finales del siglo XVIII (sus dos grandes manifestaciones son las norteamericanas hasta llegar a la federal de 1787, aún vigente, y las que se suceden tras la Revolución Francesa), no es la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado,

---

<sup>567</sup> Heller, Hermann, *Teoría del estado*, op. cit., p. 154.

sino, precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido.<sup>568</sup>

Como destaca Eduardo García de Enterría la Constitución tiene un claro origen “popular o comunitario”, así lo expresa la doctrina del pacto social y los postulados autoorganización para legitimar la fuente del poder y del Derecho del Estado.<sup>569</sup> De manera que el contenido de Constitución tiene una significación soberana, así lo han mantenido los norteamericanos y los suizos posteriormente al II imperio, aunque en el caso de Suiza, también por el constitucionalismo francés aunque manteniendo el límite de la soberanía parlamentaria y en el constitucionalismo alemán después de la Segunda guerra mundial<sup>570</sup>, la significación de constitución es esta: “...el pueblo decide por sí mismo (éste es el famoso comienzo de la Constitución americana: «*We, the people of the United States... do ordain and establish this Constitution*»: nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, ordenamos y establecemos esta Constitución).”<sup>571</sup>

Las consecuencias y principios que derivan de ese significado de Constitución consisten en el establecimiento de un orden político determinado, con una estructura básica y distribución del poder en sus funciones y que en la estructura básica del gobierno prevalezca la voluntad del pueblo de quienes proviene la legitimidad del poder, los agentes que ejercen la voluntad del pueblo<sup>572</sup> son “servidores del pueblo y no sus propietarios”<sup>573</sup>; las funciones que ejercen esos servidores públicos se encuentran limitadas por “la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada, (libertades y derechos fundamentales).”<sup>574</sup>

---

<sup>568</sup> García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 41.

<sup>569</sup> García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, op. cit., p. 41.

<sup>570</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>571</sup> *Idem*.

<sup>572</sup> *Ibidem*, pp. 44-45.

<sup>573</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>574</sup> *Idem*.

Volvemos con este significado de Constitución y con las consecuencias que tiene en la evolución de los derechos humanos al principio de la soberanía, como escribe Eduardo García de Enterría: “Él poder ha de aparecer, pues, como una construcción de la sociedad o del pueblo, construcción en la cual éste se reserva zonas de libertad e instrumentos de participación y control efectivos, de modo que el poder no pueda pretender nunca ser superior a la sociedad sino sólo su instrumento.”<sup>575</sup>

Es el dogma de la soberanía popular, como lo ha señalado Maurizio Fioravanti las experiencias constitucionales pasan por las revoluciones, que se decantan por el constitucionalismo de la voluntad general, el modelo de este constitucionalismo es Hobbes quien en su obra pretendía que los principios constitucionales, como el principio fundamental de igualdad, se ejecutasen entre poderes soberanos legítimos, para que cada uno contara con la autoridad necesaria para “imponer la fuerza de la ley” disposiciones que tienen sus límites mediante el modelo de una soberanía popular directa y permanente como lo definió Rousseau. El otro modelo de soberanía popular que encontramos en las constituciones es la declaración del principio de igualdad formulada por John Locke que rechaza el despotismo en su actuar en los campos civiles y políticos.<sup>576</sup>

Parafraseando a Maurizio Fioravanti, la obra de la revolución norteamericana pretende limitar un poder ya existente, el poder constituyente que vincula con la supremacía constitucional,<sup>577</sup> porque: “...la Revolución americana, a diferencia de la francesa, vinculaba estrechamente el poder constituyente y la supremacía constitucional, y vinculaba luego esta segunda, en consecuencia también estrechamente, al ideal del gobierno limitado.”<sup>578</sup> Conseguir un gobierno racional y equilibrado, la fórmula del gobierno republicano consiste en que si bien aceptan que el fundamento de la Constitución es el poder constituyente del pueblo

---

<sup>575</sup> García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, op. cit., p. 45.

<sup>576</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, op. cit., pp. 38-39.

<sup>577</sup> *Ibidem*. p. 39.

<sup>578</sup> *Ibidem*, p. 40.



estadounidense, el gobierno republicano no desea que el principio democrático prevalezca enteramente sobre las decisiones fundamentales y concentre así el poder en el órgano que expresa la voluntad soberana del pueblo, es decir el poder legislativo.<sup>579</sup>

Según las observaciones de Maurizio Fioravanti las instituciones de los constituyentes americanos como el bicameralismo, el veto presidencial y el consenso del senado para la ejecución de algunos poderes presidenciales son muestra del ideal de constitución y gobierno equilibrado y moderado en lo concerniente a la articulación del principio de separación de poderes.<sup>580</sup> En esta línea y sin exagerar la Constitución equilibrada y moderada en cuando a la articulación de la separación de poderes, no de su fundamento que sigue siendo la voluntad del poder constituyente, es decir del pueblo conlleva a de alguna manera limitar al poder legislativo:

Pero aún había más. En efecto, es absolutamente evidente que según los constituyentes americanos existe efectivamente un poder que debe ser temido en mayor medida, y que este poder es precisamente el legislativo porque reúne las prerrogativas más relevantes: la de hacer la ley y la de imponer tributos. Así pues, la constitución republicana debe oponerse de modo especial a esta fuerza del legislativo, que podría procurar absorber los otros dos poderes, el ejecutivo y el judicial, y debe, pues, recordar continuamente al legislativo que él no es el poder a través del cual se expresa el pueblo, sino solo uno de los poderes que ese pueblo ha instituido mediante su constitución con una dignidad pareja a la de los otros poderes y parejamente limitado por la constitución.<sup>581</sup>

Para Eduardo García de Enterría la significación de constitución no es solamente el acta que un soberano personal otorga o impone; la aprobación de la

---

<sup>579</sup> *Idem.*

<sup>580</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op. cit.*, p. 40.

<sup>581</sup> *Ibidem*, p. 41.

Constitución por una comunidad de *imperium*, es decir por el poder constituyente del pueblo, proveniente de las tesis del Contrato social de Rousseau; o pensar que la Constitución solo consiste en el instrumento por el que una estructura política se organiza, en la que se establece los poderes pero sin reconocer libertades y zonas exentas del poder a los ciudadanos; la norma que concede los postulados básicos para el ejercicio de una vida personal o colectiva como ocurre en regímenes dictatoriales.<sup>582</sup> El significado de Constitución y que tiene mucha relación con la materia de la evolución de los derechos humanos es el significado de la Constitución como norma jurídica.

En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder. Ninguno de los dos, y por supuesto no el último, son accesorios, sino esenciales. Sigue siendo, pues, válido el concepto del antes transcrito art. 16 de la Declaración de Derechos de 1789, en el que únicamente cabría matizar hoy la relatividad del principio de división de los poderes como técnica operativa, sin perjuicio de su validez general en cuanto a sus principios y en cuanto a su finalidad, la limitación del poder de los imperantes, la garantía de la libertad.<sup>583</sup>

Señala Eduardo García de Enterría que un principio fundamental del constitucionalismo es el principio de limitar el poder y el establecimiento de zonas exentas o de libertad. En el Estado moderno el individuo es la novedad, a diferencia del orden medieval en el que el valor se centra en la comunidad, así el poder social no puede explayarse a costa de disminuir la libertad individual, se ejerce por lo tanto de manera limitada.<sup>584</sup> Por eso podemos ver así la relevancia que la libertad individual tiene para los modernos: “Por una parte, porque la libertad es consustancial a la....idea misma del poder como relación entre

---

<sup>582</sup> García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, op. cit., p. 45.

<sup>583</sup> *Idem*.

<sup>584</sup> *Ibidem*, pp. 46.

hombres; el concepto de un poder absoluto o ilimitado es intrínsecamente contradictorio, puesto que nadie puede estar sometido íntegramente a otro semejante sin negar su propia esencia humana, sin «cosificarse».<sup>585</sup>

La exigencia de limitar al poder social se desprende del hecho de que cuando un poder se constituye o se funda es necesario que defina su campo de acción y por supuesto sus límites y cuando la Constitución se presenta según el principio democrático como una decisión soberana emanada de la voluntad del pueblo, para Eduardo García de Enterría este principio por solo obedecer a la voluntad del pueblo debe tomarse en cuenta que aquellos que formen parte de la “comunidad decisoria” serán más sensible a las demandas de los ciudadanos y de los derechos de lo que podrían serlo los otros órganos de los poderes públicos o de las minorías que integren gobierno<sup>586</sup>: “De este modo, esta técnica aparentemente formal de la decisión colectiva ha resultado indisolublemente vinculada al pensamiento iusnaturalista material de unos derechos innatos o preestatales en el hombre, que no sólo al Estado cumple respetar sino también garantizar y hacer efectivos como primera de sus funciones.”<sup>587</sup>

De manera que para la evolución de los derechos humanos, los cambios se generan por la transformación de las estructuras sociales y económicas, en el caso francés, por el antiguo régimen, que es el ejemplo más claro del perecimiento del principio monárquico, por la consagración del principio democrático lo cual se figura con la definición del pueblo como nación política, así escribe Hermann Heller: A partir de la Revolución francesa, y en nombre de la soberanía del pueblo y de la soberanía nacional, el mundo político europeo se ve, en lo exterior, distribuido de manera diferente y, en lo interior, radicalmente revolucionado.”<sup>588</sup> Desde el punto de vista de Hermann Heller puede afirmarse que

---

<sup>585</sup> *Idem.*

<sup>586</sup> García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional, op. cit.*, p. 46.

<sup>587</sup> *Idem.*

<sup>588</sup> Heller, Hermann, *Teoría del estado, op. cit.*, p. 178.

la constitución de los pueblos en naciones se produjo después de la Revolución francesa y en unos inicios como una reacción ante el imperialismo napoleónico:

La equiparación de los referidos conceptos de pueblo y nación con las expresiones semejantes de soberanía del pueblo y soberanía nacional y la de voluntad estatal del pueblo constituye una de las confusiones características de la Teoría del Estado del siglo pasado, Rousseau ya había hecho del "pueblo", que no podía -ser representado, una personalidad capaz de obrar, al identificar la voluntad unitaria del pueblo con la *volante generale* del Estado. En la constitución Francesa de 24 de junio de 1793 se lee: "Le peuple souverain est l'universalite des citozens francais", art. 7. Y el artículo 131 de la constitución de Frankfurt de 28 de marzo de 1849 dice: "El pueblo alemán está formado por los miembros de los Estados que constituyen el Imperio alemán".<sup>589</sup>

Por medio de estas ideas Hermann Heller plantea de manera puntual que el problema de la soberanía estuvo siempre presente en los constitucionalismos y es lo que determina la dirección de la Constitución, la organización de la estructura básica del gobierno, del régimen político y por ende en la interpretación de los derechos. Pensar sinonímicamente al pueblo a la nación y a la soberanía popular y nacional traerá consecuencias, porque como señala Hermann Heller el pueblo es una estructura histórica que ha de ser distinguida de la nación por razones sistemáticas e históricas, el pueblo no es una "raza natural" ni una formación de espíritu o comunidad, el pueblo es una "realidad social" de manera que la dualidad entre naturaleza y espíritu debe pensarse de forma dialéctica.<sup>590</sup> Basta mencionar las puntualizaciones de Hermann Heller de que la noción de pueblo no fue conocida en la Edad media y hasta el siglo XVIII las relaciones eclesiásticas y dinásticas seguían predominando más que los vínculos nacionales, todavía en el capitalismo avanzado los pueblos no se constituyeron como naciones.<sup>591</sup>

---

<sup>589</sup> Heller, Hermann, *Teoría del estado*, *op. cit.*, p. 179.

<sup>590</sup> *Idem.*

<sup>591</sup> *Idem.*

La elaboración del pueblo como una comunidad homogénea en lo social y en lo político, espiritual y capaz de ejercer una voluntad política monista provino de pensadores románticos y demoliberales. El resultado converge en la unidad estatal, que piensa al pueblo como una comunidad de valores que actúa en la esfera estatal como unidad política.<sup>592</sup> Como señala Hermann Heller la imprecisión en la teoría del Estado del siglo XIX entre pueblo, nación y pueblo del Estado confundía el pueblo del Estado con el pueblo que forman los ciudadanos del Estado, esto sucedía porque todavía no se encontraba muy desarrollado el concepto de la ciudadanía jurídica. Prevalcían así concepciones organicistas y relativistas del pueblo y no se reconocía el dualismo entre pueblo y Estado atribuyéndosele capacidad de obrar, una situación debida en parte a las ideas de Rousseau y del romanticismo.<sup>593</sup>

Por consiguiente la realidad social del pueblo y de la nación siguiendo a Hermann Heller no significa que el pueblo constituya una unidad política, sino que expresa la pluralidad de direcciones políticas, de voluntades, porque siempre aun en los casos de bienestar nacionales, la unidad nacional que se expresa máximamente por medio de las actividades del Estado, existe dentro de esa unidad un grupo dentro del pueblo que “disiente” de esa voluntad, de esa dirección ya sea en los fines o en los medios, por lo tanto no puede pensarse que en las naciones exista una unanimidad política en los acuerdos con una capacidad de obrar y de coordinar la voluntad nacional a un mismo fin, lo que demuestra la experiencia es que se producen en las naciones como expresión del Estado antagonismos, facciones políticas que son consecuencia de la diferencia de clases por motivaciones económicas, confesionales o dinásticas, que por su propia naturaleza están en constante oposición: “Hay, pues, que oponerse lo mismo a Rousseau que a los románticos, pues unos y otros han convertido a la legalidad peculiar del Estado en una metafísica del pueblo por la cual el Estado queda

---

<sup>592</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>593</sup> Heller, Hermann, *Teoría del estado*, *op. cit.*, pp. 179-180.

reducido a simple fenómeno de expresión del pueblo democrático o de la nación romántica.”<sup>594</sup>

Para Hermann Heller la tesis de la voluntad general de Rousseau presupone un contenido romántico porque piensa que puede lograrse una armonía entre voluntades que son en realidad antagónicas, piensa que en ese Estado de naturaleza puede conseguirse un acuerdo de voluntades que sea anterior al Estado (es un tipo de iusnaturalismo): “...cosa que nunca se da en la realidad del pueblo, que es siempre de carácter antagónico.”<sup>595</sup> Para Hermann Heller la misma ficción ocurre con los planteamientos demoliberales que consideran que la representación popular es el espejo de la voluntad del pueblo y que el gobierno es la expresión del parlamento, todas estas tesis se alimentan del pensamiento de que en la voluntad popular no existen contradicciones y también son cercanas de la utopía marxista formulada por Marx y Engels que piensan que es posible una sociedad sin Estado en la que la voluntad popular no se encuentre con contradicciones, por ser una sociedad sin clases, los planteamientos demoliberales consideran realizable este planteamiento mediante la sociedad civil.<sup>596</sup>

Sin pretender volver a analizar el concepto del Estado solo precisaremos que el Estado no es solo un conducto de la unidad del pueblo o de la nación. La legalidad del Estado no es una organización más del pueblo. El Estado escribe Hermann Heller tiene una autonomía específica, existen así organizaciones del pueblo y organizaciones estatales<sup>597</sup>:

Y así, por ejemplo, se propuso la fundación de una alianza a la que podrían pertenecer todas las personas de origen alemán, haciendo abstracción del Estado de que formaran parte (Schatzel, *Die Rechtsbeziehungen der Auslanddeutschen zum Reich*, 1921, pp. 40 ss.); aun cuando esta

---

<sup>594</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>595</sup> Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, *op. cit.*, p. 181.

<sup>596</sup> *Idem*.

<sup>597</sup> *Ibidem*, p. 182.

organización no tuviese propósito alguno irredentista y se dedicara a] fomento de la cultura alemana, su carácter político y a la vez supraestatal sería incuestionable. Hay, pues, que distinguir radicalmente entre organización del pueblo y organización estatal.<sup>598</sup>

Cuanto más se entiendan las distinciones entre nación, pueblo y Estado y sus implicaciones para la soberanía que tiene para el estudio de la teoría del Estado y del Derecho constitucional más entenderemos que el contenido de la interpretación de los derechos humanos se halla completamente vinculado con el Derecho del Estado y las diferentes relaciones que se desprenden de su voluntad política que se determina en el antagonismo, de las distintas organizaciones no estatales y que el pueblo es una de las realidades contradictorias que se encuentran en el campo de acción de la voluntad política estatal y que esta se encuentra condicionada con otras realidades sociales, como se desprende de las relaciones internacionales entre los Estados:

La agrupación unificadora en el pueblo, aunque no del pueblo, es, pues, evidentemente, un factor fundamental para el nacimiento y permanencia, no solo del Estado, sino de cualquier organización, desde un club deportivo hasta la iglesia. Basta esto solo para que no pueda considerarse a la "integración", como Smend llama a esta unión siguiendo a la sociología anglo-americana, como la "sustancia medular" y el "punto angular" de lo estatal en la esfera de la realidad.<sup>599</sup>

Tenemos entonces que en el modelo constitucional estadounidense el fundamento de la supremacía de la Constitución si bien no de una forma absoluta tiene una carga ideológica en el pueblo como fundamento, el pueblo no es una voluntad que amenace al orden político, sino que es la base de la constitución y transfiere a los poderes constituidos las decisiones fundamentales, por eso los poderes constituidos están limitados por un orden primario que es indisponible y que no

---

<sup>598</sup> *Idem.*

<sup>599</sup> Heller, Hermann, *Teoría del estado, op. cit.*, p. 183.

pueden violentar, el concepto de soberanía popular de los americanos y que es lo que le da su diferencia a su pacto constitucional es que los americanos necesitaban de esa legitimidad para darle fuerza a las instituciones que estaban activando, porque el pueblo soberano según la aportación americana a la teoría de la Constitución moderna como señala Maurizio Fioravanti funda y determina la supremacía de la Constitución<sup>600</sup>:

Bastará con recordar un episodio y una fecha que constituyen, en efecto, un giro radical. Se trata del 23 de julio de 1787 y del célebre discurso de Madison sobre la diferencia esencial entre el tratado y la constitución, que entre otras cosas nos interesa mucho precisamente a nosotros, los europeos, por motivos que son conocidos por todos. En una palabra, según Madison, lo que distingue la constitución del tratado es precisamente su fundamento popular: mientras el tratado es un acto estipulado entre Estados soberanos y apoyado por la aprobación de los respectivos parlamentos, la constitución —que es lo que, según Madison, estaban haciendo los americanos— no puede tener sino una base popular. Por este motivo, debían organizarse convenciones especiales para la ratificación de la constitución por parte de cada uno de los Estados. El conjunto de estas Convenciones era precisamente el pueblo como fundamento necesario de la constitución. En él se buscaba la sanción de un nuevo orden entre los Estados que perseguía algo más y muy distinto de la simple modificación de los artículos de la Confederation, esto es, del Tratado que antes regulaba las relaciones entre esos mismos Estados. En rechazo, en esta diferencia, se encierra lo que los americanos llamaban entonces la constitución, y haber dado ese salto era precisamente lo que les hacía considerar indispensable la aprobación popular.<sup>601</sup>

Esta aportación ilustra que el papel que tiene la supremacía constitucional en el modelo estadounidense para la conformación de un ideal de Constitución como

---

<sup>600</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales, op. cit.*, pp. 63-64.

<sup>601</sup> *Ibidem*, p. 63.



norma jurídica y que es singular para la evolución de los derechos humanos y su interpretación, porque a pesar de los cambios actuales es indudable que el modelo no solo tuvo consecuencias para darle fuerza a su documento constitucional sino que es una representación de la vinculación tan estrecha entre Estado y derechos humanos, porque es en este campo en el que tiene lugar el antagonismo entre Estado e individuo. Así tenemos por un lado el constitucionalismo de la Revolución americana que culmina con su sistema de supremacía constitucional y el constitucionalismo de la Revolución francesa que culmina con el dogma de la soberanía popular.

Desde una perspectiva iusnaturalista, el valor normativo de la Constitución depende del concepto de Derecho, por lo tanto se trata de validar la lógica interna que tienen las normas, antes que la lógica externa al sistema jurídico. Como escribe Luigi Ferrajoli la fórmula: “Veritas, non auctoritas facit legem” indica que la legitimación de las normas jurídicas es la verdad, por lo tanto lo que de verdad importa no es la forma de la producción de las normas, sino la racionalidad de la justicia, su contenido intrínseco. Estas concepciones han ocasionado que se confunda al derecho y a la moral, y también a la validez y a la justicia pues como señala Luigi Ferrajoli en el derecho romano una máxima de Gayo podía prevalecer en un juicio sobre la emitida por Ulpiano considerando una más justa o más aplicable al caso controvertido. Concluye nuestro autor que el iusnaturalismo se consideraba como una filosofía del derecho que expresaba esa experiencia, una tradición histórica que se fue transmitiendo en la práctica jurídica y causante de que predominaría milenariamente esa doctrina.<sup>602</sup>

Aunque el positivismo jurídico pueda ser considerado como legalista,<sup>603</sup> el Estado legislador mediante el derecho positivo vincula a los poderes públicos en los límites de los primeros derechos subjetivos, luego con la constitucionalización de los derechos sociales, y que según las propias palabras de Luigi Ferrajoli consiste

---

<sup>602</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op. cit., p. 18.

<sup>603</sup> Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, editorial Trotta, Madrid, 2013, p. 38.

en una evolución que tiene lugar en el seno del paradigma iuspositivista no para debilitarlo sino complementarlo, la sujeción a la ley significa a la Constitución, que es ley positiva como las leyes ordinarias, en cuanto a forma y contenido de la ley, la positivación de la Constitución es del ser (condiciones formales para la existencia y validez) y del deber ser (requisitos de validez sustanciales), porque son las decisiones del poder constituyente que el legislador ordinario tiene obligación de respetar.<sup>604</sup>

Las actuales concepciones del constitucionalismo jurídico que pueden ser denominadas: constitucionalismo iusnaturalista o pero lo crucial tanto si es concebido o no como una superación del positivismo jurídico. En el caso de quienes sostienen una postura antipositivista del constitucionalismo señala Luigi Ferrajoli estos no se declaran partidarios del iusnaturalismo sino sobre todo no – positivistas o positivistas; lo que tienen en común estas dos grandes posturas es considerar a gran parte de las normas constitucionales y por ende a los derechos fundamentales como principios ético-políticos y procuran una distinción clara, cualitativa y bien definida entre principios y reglas. Los principios pueden ser objeto de argumentación y ponderación y las segundas pueden ser objeto de aplicación bajo el método de subsunción. Esta misma distinción débil, cualitativa o de grado también es aceptada por positivistas.<sup>605</sup>

La interpretación de los derechos humanos puede estudiarse a partir de la lectura que en la evolución del derecho moderno tiene el paradigma positivista y que Luigi Ferrajoli contextualiza en la disciplina del Derecho penal que es el Derecho aplicable de un Estado liberal de derecho mediante el desarrollo en la estructura institucional de la esfera pública técnicas para organizar y tutelar derechos de libertad y de inmunidad. Particularmente observa en este punto Luigi Ferrajoli dos objetivos justificatorios del Derecho penal que identifica en un paradigma del derecho penal mínimo: la sanción a las ofensas que los individuos producen a los demás, porque constituyen una conducta delictuosa y los límites estatales en la

---

<sup>604</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, editorial Trotta, Madrid, 2013, p. 129.

<sup>605</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op. cit., p. 27.

aplicación de sanciones cuando tiene la potestad para prescribir delitos y también los límites que las garantías procesales suponen para la aplicación de las sanciones.<sup>606</sup>

El ejemplo del Derecho penal mínimo ¿qué relación puede tener para una reflexión sobre la interpretación de los derechos humanos en el marco de un Estado constitucional?, primeramente que el Estado constitucional al ser una mutación del Estado liberal de derecho: el ejemplo concreto del derecho penal planteado por Luigi Ferrajoli acredita que las sanciones y las penas que se aplican sustancial y adjetivamente se sostienen a medida que se justifica el proceso penal, por lo tanto tenemos el aspecto sustancial del delito y por el otro el aspecto adjetivo de probar el delito y finalmente la aplicación de la pena en la que culmina el proceso sancionatorio y en la cual el Estado debe justificar su acción punitiva, al someter al examen del derecho la justificación de la validez del derecho que prescribe la sanción se está justificando en el Derecho positivo esa intromisión a la libertad individual, esa condición natural que el Derecho positivo con medios racionales sanciona una conducta concreta del tipo penal.

La interpretación de los derechos humanos se caracteriza por las siguientes condiciones: pluralismo jurídico; cambios en la soberanía interna por la esfera internacional de los derechos humanos; universalidad de los derechos humanos; presencia de una tradición iusnaturalista de los derechos humanos y el Estado global, pues el orden internacional tiene su punto de inicio con la Carta de la ONU y las declaraciones y tratados de derechos humanos que conforman un marco normativo internacional de los derechos humanos, hasta la creación de instancias jurisdiccionales internacionales y regionales de protección y garantía de derechos humanos, y órganos regionales encargados de promoción y protección de los derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y por otra parte los entes privados principalmente los poderes económicos empresas transnacionales, pero también organizaciones no gubernamentales que

---

<sup>606</sup>Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, editorial Trotta, Madrid, 2013, p. 125.

participan en la globalización.<sup>607</sup> Todos estos sectores conllevan sus particulares ordenamientos jurídicos en un contexto de pluralismo jurídico.

#### IV. La Constitución como norma prescriptiva

El significado prescriptivo de la Constitución se despliega en su uso jurídico, lo cual para Eduardo García de Enterría expresa “el principio de autodeterminación jurídica comunitaria”<sup>608</sup> Ese principio es el presupuesto de que la Constitución sea originaria y no derivada, así que los principios de autodeterminación y de limitación del poder son esenciales para la Constitución aunque el principio de división de poderes como técnica del control de poder se aplica de manera relativa siguiendo siendo esencial para equilibrar los contrapesos y para garantizar la libertad.<sup>609</sup> También es importante no perder el significado de la soberanía: “La asociación es la expresión de un derecho de comunidad legítimo bajo un poder soberano, lo que indica siempre –por su existencia- el reconocimiento del soberano.”<sup>610</sup>

El significado jurídico de la Constitución no se entiende sin dos aspectos que señala Eduardo García de Enterría: el control del poder como principio político y la configuración de zonas de libertad individual inviolables para la autoridad.<sup>611</sup> El tránsito hacia la protección de los derechos individuales se plasma como describe Maurizio Fioravanti en las declaraciones revolucionarias de derechos.<sup>612</sup>

En este sentido la protección de los derechos por la ley será fundamental, y son en palabras de Jellinek tres las direcciones a salvaguardar como condición innata de los individuos: la vida, la libertad y la propiedad<sup>613</sup> a los que la teoría de John

---

<sup>607</sup> Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, op. cit., pp. 229-

<sup>608</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, op. cit., p. 45.

<sup>609</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, op. cit., p. 45.

<sup>610</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>611</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>612</sup> Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, 3ª ed. Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 36.

<sup>613</sup> Jellinek, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, op. cit., p. 126.

Locke les da un igual significado y que han desarrollado teóricamente los americanos y los ingleses, en ese orden de ideas para Jellinek la protección de esos derechos innatos se funda el Estado por la exigencia de seguridad, es por eso que señala que los derechos se van definiendo aunque en el siglo XVII no se encuentra una lista de derechos especiales que de gran influencia será para el desarrollo de una teoría especializada en los derechos con una importancia práctica de los derechos del hombre.<sup>614</sup>

La concepción de la Constitución como una norma prescriptiva es esencial por el papel de los derechos, pero no es suficiente para protegerlos el derecho legislado, de acuerdo a los contenidos iusnaturalistas: “Todos estos derechos son limitables por la ley, formando un freno para el ámbito arbitrio legal, no para el legislador. Por el cual, pierden con su amplitud e interna vaguedad todo valor real. El catálogo de los derechos innatos no ha impedido, sin embargo, a Wolf, llegar a ser el representante típico del Estado de policía.”<sup>615</sup>

Como destaca Eduardo García de Enterría el derecho público contemporáneo se establece mediante la articulación del sistema de competencias de los órganos del poder delimitado por las normas y con el sector de las garantías de libertad de los ciudadanos<sup>616</sup>, se trata de una etapa de estatalismo liberal: “El valor fundamental de la certeza del derecho incorporado en el código se impone, precisamente en la lógica de base del estatalismo liberal, en primer lugar frente a las constituciones y las declaraciones de derechos, demasiado fluctuantes y por ella poco seguras, demasiado pendientes de las opciones políticas del cuerpo constituyente.”<sup>617</sup>

El valor normativo de la Constitución como señala Eduardo García de Enterría proviene de atribuirle una validez superior en relación con las leyes ordinarias y no solo eso sino que además se confía a un órgano judicial la tutela de los valores normativos, imposible no mencionar que también siguiendo a Eduardo García de

---

<sup>614</sup> *Ibidem*, pp. 126-127.

<sup>615</sup> *Ibidem*, p.127.

<sup>616</sup> García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, op. cit., p. 47.

<sup>617</sup> Fiorvanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 110.

Enterría esta fue una innovación del constitucionalismo norteamericano y consistente con el desarrollo evolutivo de la tradición jurídica inglesa.<sup>618</sup> La tradición jurídica que es crucial para el pensamiento constitucional moderno proviene del iusnaturalismo, es decir de la concepción de un derecho natural superior e inderogable frente al derecho positivo. En esta tesitura se encuentran los escritos que menciona Eduardo García de Enterría: James Otis, Sharp y Lord Camden.<sup>619</sup>

De este modo la Revolución americana tiene por eje ideas encontradas sobre el Poder legislativo, con esa reflexión Eduardo García de Enterría escribe que los colonos americanos basándose en las ideas filosóficas y jurídicas de Coke y Locke tienen una concepción del derecho con parámetros normativos del Derecho natural, el catálogo de los derechos naturales imprescriptibles e inalienables de propiedad y libertad que es el test para validar a los derechos positivos y la segunda idea también versada sobre el papel del poder legislativo y que consiste en el control judicial de las leyes.<sup>620</sup>

La aplicación de los postulados iusnaturalistas en la técnica jurídica de la futura revisión judicial<sup>621</sup> se produjo al plasmar la norma constitucional en un texto escrito, así el Derecho natural superior con sus parámetros normativos, el texto escrito supone la forma constitucional que contiene las pautas para la protección de los derechos de los individuos en lo que se trata de un asunto de soberanía y que se plasma mediante la doctrina de la supremacía constitucional.<sup>622</sup>

El principio de supremacía constitucional se plasmó en el artículo VI, sección segunda, respecto del papel del juez ante este principio señala Eduardo García de Enterría que es un principio que vincula al juez más directamente con la

---

<sup>618</sup> García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>619</sup> *Ibidem*, pp. 51-52.

<sup>620</sup> García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, *op. cit.*, p. 53.

<sup>621</sup> "La idea básica de la *judicial review* no surge definitivamente diseñada de la Constitución de 1787", *Idem*.

<sup>622</sup> *Ibidem*, pp. 53-54.

Constitución estableciendo un parámetro de conformidad con la Constitución y que al ir forjando el instrumento de la revisión judicial que faculta a los jueces para declarar nulas y desaplicar leyes que contradigan la Constitución. Es conocida la emblemática sentencia del asunto *Marbury vs. Madison*, sin embargo Eduardo García de Enterría precisa dos asuntos, la sentencia no inventó la doctrina de la supremacía constitucional aunque si estableció definitivamente el carácter al determinar que la Constitución es superior a cualquier acto de la legislatura y segundo, la declaración de inconstitucionalidad ejercida por los Estados procedía para leyes estatales y no federales aproximadamente en 20 sentencias desde la Revolución hasta la decisión judicial que estableció definitivamente el parámetro de la supremacía normativa de la Constitución.

En la fase del Estado constitucional adquiere relevancia en el discurso jurídico la garantía. Según Luigi Ferrajoli el modelo garantista del Estado constitucional de derecho, coloca como condición para la validez de las leyes al paradigma constitucional, lo cual supone un cambio con el concepto de Derecho y de ley del Estado de derecho. En el estado legislador la ley se subordinaba al poder legislativo, ahora una subordinación de la política a los principios y derechos reconocidos por la Constitución lo cual irradia al ordenamiento jurídico. Así la validez del derecho en el Estado constitucional tiene como condiciones la legitimidad democrática del sistema político y la garantía de los principios y derechos.<sup>623</sup>

Luigi Ferrajoli considera que el paradigma constitucional que diferencia al Estado constitucional del estado de derecho utiliza cuatro principios o postulados que corresponden a garantías. Las dos primeras garantías son primarias y las otras dos restantes. Enmarca esta explicación en un paradigma normativo y teórico “el modelo garantista del constitucionalismo rígido” porque son formales y formalizables en la interpretación de un sistema jurídico multinivel con independencia de los principios positivizados por el sistema jurídico. Es importante

---

<sup>623</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op. cit, p. 56.

tomar en cuenta que la realización de este paradigma es el Derecho y también en los hechos, en la norma y en la actuación de las mismas, con las imperfecciones que tiene la aplicación de las normas en la práctica jurídica y que causan violaciones a los derechos.<sup>624</sup>

El primer postulado del paradigma constitucional es el principio de legalidad siguiendo a Luigi Ferrajoli tenemos que este tiene dos acepciones, una lata formal o legal y la estricta que es sustancial o constitucional. Este principio es invariablemente consecuencia del paradigma legislativo del principio de legalidad que vincula a todos los poderes a los derechos, pero que parcialmente era en palabras de Luigi Ferrajoli “inactuado”, pero su aparición fue importante para que empezara a operar el primer sistema multinivel del ordenamiento jurídico en el que se establecía una supraordenación entre la producción legislativa del derecho y la aplicación jurisdiccional y administrativa, siendo que la primera era supraordenada a la segunda, siendo el principio formal de “legibus soluta”<sup>625</sup>.

La acepción del principio de estricta legalidad significa la validez de los actos prescriptivos subordinados a la ley, como la rigidez como innovación que el constitucionalismo rígido aporta al paradigma legislativo consistiendo en que la condición para que las formas y los contenidos de la ley sean conformes con la formas y con la coherencia que debe tener la producción legislativa con las normas constitucionales, formales y sustanciales. Esa acepción del principio de legalidad es esencial para la particular naturaleza que tiene la ley en relación con las fuentes jurídicas equivalentes a la ley para los resultados de toda clase de actos jurídicos prescriptivos.<sup>626</sup>

El paradigma constitucional modifica al principio de legalidad y en la opinión de Luigi Ferrajoli le otorga dos condiciones simultáneas: principio normativo y principio lógico. La sujeción a normas formales y sustanciales de todos los

---

<sup>624</sup>Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op. cit., pp. 56-57.

<sup>625</sup> *Idem.*

<sup>626</sup> *Idem.*



poderes públicos privados, de poderes estatales, extra o supraestatales, que regulan el ejercicio de sus potestades, facultades, jurisdicciones, competencias y acciones respectivas. El principio de legalidad es la primera técnica que consigue sostener en el constitucionalismo la búsqueda de los límites para los poderes públicos y privados, más allá del principio de separación de poderes, y que esos límites se complementen con un acervo de garantías que Luigi Ferrajoli designa primarias porque protegen derechos e intereses constitucionalmente determinados. Y sin embargo, la condición esencial del Estado constitucional sigue siendo esa evitar la concentración en un solo órgano, poder o persona, el absolutismo es la tara que el constitucionalismo moderno busca contener. Además el principio de legalidad hace operativo el principio de la jerarquía de las fuentes jurídicas o normativas para que funcionen de forma consecuente a una supraordenación de la ley, al principio de no contradicción para desterrar cualquier incoherencia que surja entre las prescripciones que produce el ejercicio del poder político, incluyendo al órgano legislativo y las normas supraordenadas a ese poder.<sup>627</sup>

El segundo postulado que Luigi Ferrajoli argumenta es el principio de plenitud deóntica. Este principio que también es normativo al igual que el principio de legalidad logra evolucionar hasta convertirse en un principio lógico, y significa que a los derechos o intereses protegidos por normas primarias deben corresponderles sus respectivas garantías primarias, esta relación apareja una relación de poderes-deberes, que existe por un lado la prohibición de lesión y por el otro, la complementaria obligación de tutela y satisfacción de los derechos e intereses que debe ser llevada a cabo por instituciones de garantías primarias, encargadas de esa “función” y que para cumplir la exigencia de imparcialidad, pero sobre todo evitar el absolutismo o despotismo tan temido, deben ser independientes.

---

<sup>627</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op. cit., pp. 57-58.

En resumen, es muy importante subrayar que el principio en cuestión debe mantener su cualidad normativa a la par que su carácter lógico, porque formula la característica normativa, no política de los principios constitucionales y los derechos establecidos por la Constitución. Es importante señalar esta cuestión porque el reconocimiento constitucional de derechos implica expectativas que pueden ser positivas o negativas con sus consecuentes obligaciones y prohibiciones. Luigi Ferrajoli considera que desde la perspectiva desde ese principio tomar en serio los principios y derechos necesita de la expedición de leyes de actuación pues cuando no se expiden se producen lagunas que son las “responsables de su estructural ineffectividad”.<sup>628</sup>

En el caso de los derechos sociales, Luigi Ferrajoli insiste en que así como se han creado normas penales que fungen como garantías de los derechos de libertad e inmunidad, en la necesidad de expedición de leyes de actuación que regulen las garantías primarias de los derechos sociales, a estas “técnicas de tutela” Luigi Ferrajoli las denomina bienes fundamentales. Si se utilizase de forma estricta el principio de legalidad penal Luigi Ferrajoli observa que el derecho a la vida estaría “privado de garantías”, las garantías se desarrollan con una norma tan básica como la prohibición del homicidio y las sanciones penales. Luigi Ferrajoli sugiere que este principio es típico del paradigma constitucional porque presenta una deficiencia de plenitud en el ordenamiento, existen lagunas estructurales virtuales e ilegítimas. Si el paradigma legislativo fuera reproducido sin ninguna limitación aduciendo que la ley es la máxima fuente del ordenamiento jurídico no tendría porque considerarse vínculos u obligaciones legislativas, con lo que implica para el principio jurídico de estricta legalidad, que también es un principio político y por ende: “de límites o prohibiciones de derecho positivo impuestos a la legislación.”<sup>629</sup>

El tercer paradigma que Ferrajoli considera es el principio de jurisdiccionalidad. La jurisdicción que es la potestad de juzgar en el Estado constitucional de derecho es función de los jueces. Este principio para operar requiere de la puesta en marcha

---

<sup>628</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op. cit., pp. 57-58.

<sup>629</sup> *Ibidem*, pp. 58-59.

del principio de legalidad mediante normas y garantías primarias que deban prever en los supuestos de violaciones normas secundarias que son la fuente legal (reserva de ley) para la aplicación de garantías secundarias jurisdiccionales. Cuando se anticipa legalmente el objeto o materia de la controversia es que se puede fundar y motivar la intervención de la jurisdicción. La técnica del principio de legalidad es muy importante para restringir la arbitrariedad de la autoridad en el sentido de invertir el principio de Thomas Hobbes: “Auctoritas, non veritas facit legem”, puesto que el principio de legalidad aplicado al modelo garantistas significa la sujeción de todas las autoridades a la ley y solamente ella, incluidos los jueces. El principio de jurisdiccionalidad por lo tanto es elemental para mantener las instituciones del Estado de derecho con la particularidad de que los principios de legalidad y de plenitud son consecuentes para la operación de las garantías jurisdiccionales secundarias (instrumentales) de las garantías primarias o finales.<sup>630</sup>

Continuando con las formulaciones de Luigi Ferrajoli la jurisdicción significa necesariamente un control jurisdiccional que realizan los jueces para enjuiciar y de ser consecuente sancionar violaciones de derechos. En este sentido se realiza que clase de Derecho se ha violentado. En esto surge el conflicto entre el Derecho y el principio de legalidad con sus dos acepciones lata y estricta y cuando el juez está de frente, juzgado un Derecho ilegítimo. El principio de legalidad en el paradigma constitucional supone una evolución, la de que ya no es suficiente la demostración silogística del principio de estricta legalidad para juzgar un acto ante la jurisdicción, ni la simple función jurisdiccional de control de la legalidad como un medio de control inferior del legislador, se agrega la innovación de del control jurisdiccional de las leyes, es decir la revisión jurisdiccional de la conformidad o no conformidad de las normas secundarias con la Constitución. Las normas legales secundarias están definitivamente en una relación de supraordenación en la que la validez del Derecho se mide en términos constitucionales, por lo que el sometimiento de los jueces a la ley, no es cualquiera sino a la válida y tienen la obligación como se

---

<sup>630</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op. cit., p. 59.

observa con las instituciones del control difuso o en el caso de los sistemas constitucionales concentrados de inaplicar la ley o denunciar ante los jueces constitucionales si aprecian constitucionalmente inválida la norma.<sup>631</sup> Es decir la legislación se somete al examen del parámetro constitucional.

El principio de accionabilidad es el cuarto postulado del modelo garantista. Su objeto de activar la intervención del órgano el poder público encargado de garantizar el disfrute de un derecho o la reparación de su lesión, lo hace especialmente complementario del principio de jurisdiccionalidad así como también del principio de plenitud. El titular de la acción, es el titular del derecho o el interés lesionado y la acción que se desencadena es la garantía secundaria, y debe tener cumplir con combatir medios para suplir las deficiencias o carencias de los órganos jurisdiccionales. Este principio tiene una enorme amplitud porque no solo significa la acción y el correspondiente juez también que se cuente con la intervención de un fiscal que garantice en todo tiempo el derecho a la acción, usando sus palabras: “la garantía de todos los demás derechos, que es el derecho de acceso a la justicia.” Interesa exponer la lógica de la inclusión de este principio en el modelo garantista de acuerdo al paradigma constitucional, en relación a la “constitucionalización de los derechos fundamentales”.

El principio de accionabilidad “como principio general del modelo garantista” tiene que ser integral en garantizar la efectividad de los tres principios de jurisdiccionalidad, legalidad y plenitud y la tutela de la acción privada por el órgano público. Luigi Ferrajoli pone el ejemplo de la protección de los derechos patrimoniales que en el paradigma legislativo o Estado legalista, las garantías primarias son las prohibiciones y las garantías secundarias consistían en el derecho de acción. Pero el derecho individual no es suficiente muchas veces para garantizar la garantía secundarias de los derechos fundamentales, es decir del derecho de acceso a la justicia. Diversas soluciones se han planteado en los ordenamientos jurídicos para dar acceso efectivo a la justicia a los ciudadanos

---

<sup>631</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op. cit., p. 59.

cuando estos quieren defender o asegurar derechos o intereses individuales como las acciones populares locales, para intereses electorales o administrativos (Italia); acciones colectivas en Estados Unidos y también presentes en Europa para defenderse de lesiones que afecten a grupos de personas, los recursos de amparo que Luigi Ferrajoli destaca como característico de las tradiciones jurídicas latinoamericanas, así Luigi Ferrajoli puntualiza que todas esas acciones siguen siendo privadas y no generalmente son las mejores para garantizar que las violaciones de los derechos y bienes constitucionales sean justiciables.<sup>632</sup>

El modelo constitucional o neo-positivista explica Luigi Ferrajoli consiste en un cambio de paradigma y lo clasifica como una segunda revolución institucional que significa de forma general que la legislación se subordina al Derecho y que esa plenitud produce el desarrollo del Estado de derecho en la etapa del Estado constitucional de derecho y cuya etapa histórica coincide en mencionar que ocurrió en el caso de Europa en las décadas siguientes a la Segunda Guerra Mundial; pero esta operación tiene una máxima garantía y es la característica de la rigidez de las constituciones, que las hace fungir como “parámetros de validez del derecho vigente”. Este parámetro conserva el principio formal del procedimiento legislativo de producción de las normas como característica básica de creación y existencia de la ley, añade la innovación de que la validez de las normas requiere de la consideración de su “contenido o sustancia” y el principio de legalidad es la norma formal que reconoce el “principio de legalidad sustancial” que da coherencia a la legalidad con los principios y derechos constitucionales.

Señala Luigi Ferrajoli que en los ordenamientos constitucionales se presenta la situación de “normas existentes” porque han sido producidas siguiendo el procedimiento formal legislativo, es decir que cumplen con el principio de legalidad constitucional, pero que en su contenido y sustancia son inválidas, porque son normas contrarias a la Constitución. De manera que en el Derecho del Estado constitucional de derecho, justicia y validez tienen una separación y también se

---

<sup>632</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op. cit., p. 60.

separa la diferencia entre validez y existencia. Luigi Ferrajoli señala que la Constitución establece principios y derechos fundamentales y además enuncia un solemne “nunca más” para que no se repitan los horrores de los sistemas políticos totalitarios. De este argumento Luigi Ferrajoli desprende lo que entiende por esfera de lo no decidible: “lo que ninguna mayoría puede decidir, violando los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, violando los derechos sociales, unos y otros constitucionalmente consagrados.”<sup>633</sup>

Estos argumentos tienen una gran importancia para la validez del Derecho en el contexto del Estado constitucional, porque como Luigi Ferrajoli sostiene el ordenamiento entendido desde la óptima de la esfera de lo no decidible tiene una conversión en un “sistema nomodinámico” que significa que la existencia de las normas solo se obtiene en el formalismo legal previsto por el ordenamiento, y tiene también una dimensión nomoestática que significa que las normas que son indebidamente legisladas o no legisladas que contradicen a la Constitución son concebidas como vicios, antinomias o lagunas de la legislación que merecen suprimirse. En este papel es que tiene una gran importancia como sostiene Luigi Ferrajoli reflexionar sobre el papel crítico que tiene el derecho ilegítimo que ha sido promovido por sectores de la ciencia jurídica en el constitucionalismo actual y que se ha difundido abrumadoramente en las democracias constitucionales.

Y resaltar finalmente que el paradigma constitucional tiene una función lógica en la aplicación de los principios de la coherencia y la plenitud, para que el deber ser de la producción legislativa sea la condición para la identificación de los principios constitucionalmente enunciados a los que se les pueda reconocer valor normativo.<sup>634</sup>

A grandes rasgos el Estado constitucional de derecho se consolida como paradigma después de la Segunda guerra mundial, se le caracteriza en la doctrina mediante la creación de los tribunales constitucionales europeos, por lo que

---

<sup>633</sup> Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, op. cit., p. 20.

<sup>634</sup> *Ibidem*, pp. 19-20.

Manuel García Pelayo destaca como una característica central de este modelo la existencia de una jurisdicción contencioso-constitucional.

## CONCLUSIÓN

Primera: El constitucionalismo de los modernos tuvo dos grandes operaciones: el freno al poder despótico, para eso se sirve del principio de separación de poderes, principio que garantiza la libertad, porque se percibe que es una respuesta moderna para el ideal de la constitución moderada y equilibrada y el reconocimiento de la garantía de los derechos. El papel central que tiene el individuo en el Estado moderno y que se obtiene primero mediante el reconocimiento de los derechos de personalidad.

Segunda: Las Revoluciones más difundidas, la americana y la francesa caracterizan una etapa del constitucionalismo moderno, que Maurizio Fioravanti ha denominado para su estudio como revoluciones. Se estudia la relevancia que tuvo el principio de soberanía popular en la conducción de la Revolución americana y su reconducción institucional mediante el control difuso de la constitucionalidad.

Tercera: La Ilustración es un periodo histórico que se extiende por Europa y está situada históricamente del siglo XVII al siglo XVIII, durante este periodo se consideran distintos movimientos ilustrados a los que pertenecen los siguientes pensadores: Montesquieu, Voltaire, Denis Diderot, D' Alembert, pensadores como Leibniz, Kant, Herder, Moses Mendelsohn, Lessing, Goethe y Schiller, además se consideran influencias de los ilustrados a pensadores escoceses como: Thomas Reid, David Hume y Adam Ferguson. La Ilustración es determinante para la Edad moderna por las formulaciones filosóficas sobre autoridad, razón y tolerancia que permearon en la cosmovisión de los derechos humanos, porque se buscaba una interpretación del Estado de naturaleza de los hombres de acuerdo a los descubrimientos de la ciencia, la problemática, pero a fin de cuentas el cambio del pensamiento ilustrado fue que se extendió la metodología y el pensamiento de los descubrimientos de las ciencias naturales hacia el campo de la filosofía y de las humanidades.

Cuarta: Aunque la divisa de la Revolución francesa: "Libertad, Igualdad y Fraternidad" tiene un gran simbolismo en la historia de los derechos humanos y



precede a la idealización de la Revolución francesa. Los valores de libertad, igualdad y libertad son básicos para la evolución del contenido de los derechos humanos, porque hacen hincapié en la condición humana. Por eso el estudio de la libertad negativa y la libertad positiva, la primera como no interferencia estatal en la esfera privada del individuo y la segunda como una libertad de acción.

Quinta: La igualdad es un concepto jurídico difícil porque es indeterminado en cuanto a su contenido. Existen diferentes igualdades: formal o sustancial, no es lo mismo ser iguales frente a la ley que la igualdad de derechos. La igualdad como ideal que ha estado presente en el pensamiento utópico cobra relevancia porque es un valor que en el ideal griego de la justicia como la armonía del todo con las partes, la igualdad como relación de valor de la persona, ayuda a mantener el equilibrio, pero supeditada ante dos valores supremos que son la libertad y la justicia, puesto que la igualdad por su tratamiento, sus condiciones respecto de la distribución de los bienes, del trato conduce a un trato igual para los iguales y desigual para los desiguales, por eso el papel de la justicia para inclinar la balanza, entre el valor supremo del individuo que es la libertad y la igualdad que define el estado de las relaciones humanas.

Quinta: Una característica esencial de la soberanía es el poder de otorgar leyes a los súbditos, en este sentido en los inicios del Estado moderno los monarcas obtienen en el monopolio de la producción legislativa que en el modelo jurisdiccional de la Edad media se encontraba disperso en una pluralidad de jurisdicciones y derechos adquiridos en un sistema estamental. La producción normativa pasara a ser una potestad ejercida por los parlamentos por ser estos los depositarios de la soberanía popular, en este sentido se siente la gran influencia que después tendrán las tesis de la voluntad general.

Sexta: La ley es el paradigma del Estado de derecho que se desarrolla en Europa, en Estados Unidos el paradigma se soluciona mediante el ejercicio del control de la constitucionalidad de las leyes y la práctica que asentó la *judicial review* como una facultad de la Corte Suprema para decidir como árbitro final en un caso

concreto y decidir su aplicación o inaplicación, principio que se aplicó mediante la doctrina de la supremacía constitucional y el control difuso de constitucionalidad del que participan todos los jueces en el sistema judicial estadounidense. Este mecanismo permitía mantener acotados algunos límites al Poder legislativo, consolidando la supremacía del Derecho federal sobre el local, delimitando claramente las competencias entre los poderes públicos y las competencias de los estados de la Unión y de la federación, a la vez que el poder judicial despliega un control interno al exentarse de actuar en materias que califique como “cuestión política” (*political question*). La utilidad de esta doctrina se extiende obviamente a la protección de los derechos, esencialmente porque considera a la separación de poderes como una garantía del poder público.

Séptima: En la fase actual del Estado constitucional de derecho la Constitución se considera como una norma prescriptiva, es decir jurídica, porque la validez y la eficacia de sus normas dependen de una relación de supraordenación de la Constitución frente al Derecho ordinario, y se confía al órgano judicial la tutela de los derechos fundamentales. El valor normativo de la Constitución opera mediante cuatro supuestos que sirven para medir su eficacia y validez: principio de legalidad, principio de plenitud deóntica, principio de jurisdicción y principio de accionabilidad.

La interpretación de los derechos humanos depende de las corrientes del constitucionalismo que tienen dos grandes tendencias que en la práctica no están tan alejadas él constitucionalismo iusnaturalista y positivismo jurídico, porque ambas posturas coinciden considerar a un gran sector de las normas constitucionales y particularmente a los derechos fundamentales como principios ético-políticos, para lo cual la interpretación que hacen de los derechos es para distinguir ordenada y cualitativamente principios y reglas, la interpretación de los principios se hace en base a una metodología de argumentación y ponderación y las segundas que se pueden aplicar mediante el método de subsunción.

## Bibliografía

- Appleby, Joyce, Hunt, Lynn, Jacob, Margaret, *La verdad sobre la historia*, Trad. Oscar Luis Molina S., Barcelona, Editorial Andrés Bello, 1994.
- Aptheker, Herbert, *The american revolution (1763-1783)*, International Publishers Co, United States of America, 1960.
- Berlin, Isaiah, *La traición de la libertad Seis enemigos de la libertad humana*, Trad. María Antonia Neira Bigorra, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Trad. Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1993.
- Bodin, Jean, *Los seis libros de la república*, Trad. Pedro Bravo Gala, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*, Trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.
- Brotton, Jerry, *El bazar del renacimiento. Sobre la influencia de Oriente en la cultura occidental*, Trad. Carme Castells, Ediciones Paidós.
- Cassirer, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, 4ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- Constant, Benjamin, *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*, Katz Editores, Buenos Aires, 2010.
- Cortina, Adela, *Alianza y contrato política, ética y religión*, 2ª ed., editorial Trotta, Madrid, 2005.
- Dahrendorf, Ralf, *El recomienzo de la historia De la caída del muro a la guerra de Irak*, Trad. Griselda Mársico, Buenos Aires, Kats, 2006.

- De la Peña, Guillermo, “Derechos indígenas y ciudadanía étnica”, en Calva, José Luis (Coord.), *Derechos y políticas sociales*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2007.
- Della Mirandola, Pico Giovanni, Discurso sobre la dignidad del hombre, Trad. Silvia Magnavacca, Ediciones Winograd, Buenos Aires, 2008.
- Diderot, *Escritos políticos*, Trad. Antonio Hermosa Andujar, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos*, Ed. Legis, Bogotá, 2008.
- D’Alembert, Jean le Rond, *Discurso preliminar a la enciclopedia, A dos siglos de su publicación*, Buenos Aires, Losada, 1954.
- Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2014.
- *Derecho y razón Teoría del garantismo penal*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, editorial Trotta, Madrid, 1995.
- *Democracia y garantismo*, editorial Trotta, Madrid, 2013.
- Fernández Collado, Ángel, *Historia de la Iglesia en España – Edad moderna-*, Instituto Teológico San Idelfonso, Toledo, 2007.
- Fernández García, Eusebio, Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho, en López García, José Antonio, Del Real, J. Alberto (Eds.), *“Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho,”* DYKINSON, Madrid, 2000.
- Fernández García, Eusebio, Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho, en López García, José Antonio, Del Real, J. Alberto (Eds.), *“Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho,”* DYKINSON, Madrid, 2000.

- Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, editorial Trotta, 2014.
- Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trad: Manuel Martínez Neira, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, 3ª ed. Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., editorial Civitas, Madrid, 1991.
- Griffin, James, *On human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- González, Nazario, *Los derechos humanos en la historia*, Bellaterra, Edicions Universitat de Barcelona, 1998.
- Grunberger, Richard, *Historia social del tercer Reich*, Trad. Ester Donato, editorial Ariel, Barcelona, 2007.
- Habermas, Jürgen, "Derecho natural y revolución", en *"Teoría y Práxis (Estudios de Filosofía social)"*, trad. de Salvador Más Torres y Carlos Moya Espí, Madrid, Tecnos, 1990.
- Heller, Agnes, *El hombre del renacimiento*, trad. José Francisco Ivars y Antonio Prometeo Moya, ediciones Península, Barcelona, 1980.
- Horkheimer, Max, Adorno, Theodor W., *Dialéctica de la ilustración Fragmentos filosóficos*, Trad. Juan José Sánchez, 3ª ed., Madrid, editorial Trotta, 1998.
- Häberle, Peter, *El estado constitucional*, Trad. Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Trad. Jordi Beltrán Ferrer, Tusquets editores, Barcelona, 2007.

- Israel, Jonathan I., *Democratic enlightenment. Philosophy, revolution and human rights 1750-1790*, New York, Oxford University Press, 2011.
- Jellinek, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Trad. Adolfo Posadas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- Kemp, Geoff, "Introduction" en Kemp, Geoff, *Censorship moments: Reading texts in the history of censorship and freedom of expression*," London, Bloomsbury, 2015.
- Lewalski, Barbara K., *The life of John Milton*, 3 ed., Oxford, Blackwell Publishing, 2003.
- Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Trad. Carlos Mellizo, Madrid, Tecnos, 2006.
- Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, 3ª ed., Trad. Edmundo O'Gorman, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- Martin, Alfred, von, *Sociología del renacimiento*, Trad. Manuel Pedroso, 15ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad Historia del constitucionalismo moderno*, Trad. Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira, ed, Trotta, 1998.
- Marshall, John, *John Locke, Toleration and early enlightenment culture*, Cambridge University Press, 2006.
- Mayos Solsona, *Ilustración y romanticismo Introducción a la polémica entre Kant y Herder*, Herder, Barcelona, 2004.
- Milton, John, *Aeropagítica*, trad. Mario Murgia, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- Munck, Thomas, *Historia social de la ilustración*, Trad. Gonzalo G. Djembé, Barcelona, Crítica, 2001.

- Padgen, Anthony, *La ilustración y sus enemigos* Dos ensayos sobre los orígenes de la modernidad, Trad. José María Hernández, Ediciones Península, Barcelona, 2002.
- Parejo Alfonso, Luciano, *Estado social y administración pública Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Madrid, Civitas, 1983.
- Pardo Tomas, José, *Ciencia y censura La inquisición española y los libros científicos en los siglos XVI y XVII*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1991.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. I Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Ansuátegui Roig, Francisco Javier; Rodríguez Uribe, José Manuel (coords.) . IDHBC; Dykinson, Madrid, 2003.
- Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid, Dykinson, 1999.
- Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2004.
- Prieto, Fernando, *La revolución francesa*, Madrid, Ediciones Istmo, 1989.
- Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, editorial Trotta, Madrid, 2013 Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, editorial Trotta, Madrid, 2013.
- Po-Chia Hsia, R., *El mundo de la renovación católica, 1540-1770*, Trad. Sandra Chaparro Martínez, Akal, Madrid, 2010.
- Romerales, Enrique, *Del empirismo soberano al parlamento de las ideas. El pensamiento británico hasta la ilustración*, Ediciones Akal, Madrid, 1997.

Rousseau, Jean-Jacques, *Del contrato social, Discurso sobre las ciencias y las artes, Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, 10ª ed., Trad. Mauro Armijo, Alianza editorial, Madrid, 1996.

Sánchez García, Arnulfo, "Protocolo de investigación", en Sáenz López, Karla, Tamez González, Gerardo (Coords.), *Métodos y técnicas cualitativas y cuantitativas aplicables a la investigación en ciencias sociales*, Tirant Humanidades, México, 2014.

Sotelo, Ignacio, *El Estado social Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Editorial Trotta, 2010.

Spinoza, Baruch, *Tratado político*, Trad. Atilano Domínguez, Madrid, Alianza Editorial, 1986.

Saxonhouse, Arlene W., *Free speech and democracy in ancient Athens*, New York, Cambridge University Press 2006, p. 20. Achinstein, Sharon, *Milton and the revolutionary reader*, New Jersey, Princeton University Press, 2004.

Sánchez-Blanco, Francisco, *La ilustración en España*, Madrid, Ediciones Akal, 1997.

Villacañas, José Luis, *Kant y la época de las revoluciones*, Ediciones Akal, Madrid, 1997.

Villacorta Mancebo, Luis, *Principio de igualdad y estado social Apuntes para una relación sistemática*, Santander, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 2006.

Vitoria, Francisco, *Reelecciones sobre los indios y el derecho de guerra*, 3ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1975

Verdú, Pablo Lucas, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.