



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

***ANÁLISIS LÓGICO DE LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL
DEBATE LIBERALISMO-COMUNITARISMO***

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:
LAWRENCE SALOME FLORES AYVAR

TUTOR PRINCIPAL
DR. CARLOS RODRÍGUEZ MANZANERA
FACULTAD DE DERECHO

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR
DR. ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN
FACULTAD DE DERECHO
DR. JUAN VEGA GÓMEZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DR. CARLOS REYES DÍAZ
FACULTAD DE DERECHO
DR. MARTÍN MOSCOSO SALAS
FACULTAD DE DERECHO

CIUDAD DE MÉXICO, CIUDAD UNIVERSITARIA A AGOSTO DE 2018.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por su inmenso amor

A la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO y su FACULTAD DE DERECHO por ser parte esencial en mi formación

A mis padres Ana Lila Ayvar Ruiz y José Carmen Flores Bello por el sacrificio y esfuerzo que depositaron en mis estudios y porque su ejemplo de honestidad, trabajo y perseverancia son los faros que aprendí de ustedes y que me guían en la vida.

A mi amada esposa Wendy Aide Godínez Méndez por todo el amor, comprensión, impulso y apoyo incondicional que día a día me compartes, por el fundamental apoyo que me brindas para realizar mis sueños y proyectos y por coincidir en un maravilloso plan de vida.

A mi amado hijo Lawrence Flores Godínez por ser ese motivo que me impulsa a ser un mejor ser humano cada día y fuente de inspiración para que, juntos los tres, seamos la feliz familia que somos.

A mis antepasados por ser parte esencial en la conformación de la persona que ahora soy.

A mis tutores Dr. Rolando Tamayo Y Salmoran, Dr. Carlos Rodríguez Manzanera, Dr. Carlos Reyes Díaz, Dr. Juan Vega Gómez, Dr. Martín Moscoso Salas y Dr. Luis Prieto Sanchís por todo su apoyo a lo largo de mi investigación, además por compartir conmigo sus conocimientos y contribuciones para con mi trabajo de tesis y por ser mi fuente de inspiración y ejemplo de lo que representa ser un verdadero tutor y docente.

Al Dr. Jorge Witker por su amistad, apoyo e impulso para la conclusión de esta tesis.

Quiero agradecer desde el fondo de mi corazón a todas aquellas personas que me han inspirado, motivado, brindado cariño y aportado cosas valiosas para mi desarrollo personal y profesional. A todos les agradezco su contribución para que por fin concluya esta modesta aportación intelectual.

A mis sobrinos

A mis tíos y primos

A la familia de mi esposa, que es mi familia

Al Dr. Enrique Cáceres Nieto

Al Dr. Armando Hernández Cruz

A mis compañeros profesores

A mi amigo Oscar Isaac García Martínez

A mi amiga Gabriel Pérez Noriega

A mi amigo Oscar Pavón Torres

A mis colegas profesores

A mis amigos Francisco y Miguel

A mis alumnos

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

ACERCAMIENTO CONCEPTUAL Y CRITERIOS DE INCORPORACIÓN

1.1 Introducción.....	8
1.2 Dignidad y libre desarrollo de la personalidad.....	10
1.3 Derechos naturales.....	15
1.4 Libertades públicas.....	17
1.5 Derechos públicos subjetivos.....	19
1.6 Derechos humanos.....	26
1.6.1 <i>Características de los derechos humanos</i>	27
1.6.2 Generaciones de Derechos Humanos.....	33
1.6.2.1 Primera Generación.....	33
1.6.2.2 Segunda Generación.....	34
1.6.2.3 Tercera Generación.....	34
1.7 Derechos Fundamentales.....	35
1.8 Las expectativas y sus procesos de incorporación.....	40

1.8.1 Criterios de incorporación.....	46
1.9 Separación o correlatividad del término “derecho subjetivo”.....	48
1.9.1 <i>Tesis de la separación</i>	48
1.9.2 <i>Tesis de la correlatividad</i>	51
Conclusiones.....	58

CAPÍTULO SEGUNDO

PRESUPUESTOS DEL LIBERALISMO CLÁSICO Y RAWLSIANO

2.1 Introducción.....	60
2.2 <i>La condición presocial del hombre.</i>	61
2.3 <i>El contrato social</i>	81
2.4 <i>El paso a la sociedad civil</i>	115
2.5 La Teoría de la Justicia de John Rawls.....	150
2.5.1 La posición original.....	154
2.5.2 La justicia como imparcialidad.....	155
2.5.3 El velo de la ignorancia.....	156
2.5.4 El utilitarismo.....	160

2.5.5 La prevalencia de lo justo sobre lo bueno.....	161
2.5.6 Los principios de la justicia.....	164
Conclusiones.....	176

CAPÍTULO TERCERO

PRESUPUESTOS DEL PENSAMIENTO COMUNITARISTA FRENTE AL LIBERALISMO RAWLSIANO

3.1 Introducción.....	178
3.2 Principales críticas al liberalismo rawlsiano.....	181
3.3 <i>Diferencias ontológicas</i>	183
3.4 <i>Diferencias de defensa</i>	193
3.4.1 <i>Lo justo contra lo bueno</i>	194
3.4.2 <i>La neutralidad del Estado</i>	207
3.4.3 <i>Concepción contractualista del origen del Estado</i>	211
3.4.4 <i>Universalidad de los derechos humanos</i>	213
Conclusiones.....	218

CAPÍTULO CUARTO

EL DEBATE LIBERALISMO-COMUNITARISMO COMO FUNDAMENTO MATERIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES

4.1 Introducción.....	220
4.2 Constitucionalismo.....	222
4.3 Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico.....	229
4.4 <i>Estado constitucional de Derecho</i>	236
4.4.1 <i>Estado constitucional</i>	237
4.4.2 <i>Estado de Derecho</i>	242
4.4.3 <i>Estado constitucional de Derecho</i>	245
Conclusiones.....	264

CAPÍTULO QUINTO

PROPUESTA DE DESARROLLO DE UN SISTEMA AXIOMÁTICO

5.1 Introducción.....	266
5.2 Desarrollo del sistema.....	266
5.3 Sistema deóntico general.....	267
5.4 Sistema jurídico (SJ)	273

5.4.1 Reglas de formación o de construcción.....	306
5.4.2 <i>Reglas de formación o de transformación</i>	309
5.4.3 Elementos para el análisis formal de los argumentos jurídicos.....	319
5.4.3.1 Elementos para el cálculo lógico.	320
5.4.3.2 La justificación interna de Robert Alexy.....	327
5.4.3.3 Análisis formal de los argumentos jurídicos.....	329
5.4.3.4 El dilema de Jørgensen.....	335
Conclusiones.....	337
CONCLUSIONES DE LA TESIS.....	339
Fuentes de consulta	342

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

En ámbitos nacionales, a los derechos humanos continuamente se les atribuye una falta de exigibilidad jurisdiccional y no jurisdiccional y, por tanto, no se les atribuye la naturaleza de ser derechos subjetivos en términos de que el reconocimiento en instrumentos internacionales no basta para que el titular vulnerado acuda a órganos jurisdiccionales en búsqueda de su reparación. Al contrario, los derechos fundamentales gozan de ese reconocimiento y su respectivo respaldo jurisdiccional de protección, esto es, las garantías primarias y garantías secundarias de las que habla Luigi Ferrajoli. En el mismo sentido para Alexy los derechos fundamentales son una parte de los subjetivos toda vez que contienen una disposición, una norma y una posición previstas en el ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, cabría hacerse la siguiente pregunta de investigación ¿es posible proporcionar criterios formales y materiales de incorporación de los derechos humanos y derechos fundamentales a los sistemas jurídicos concretos?

Así, la hipótesis planteada es que ese conjunto de derechos humanos y fundamentales de los cuales somos titulares todas las personas tienen un reconocimiento y garantía en los sistemas jurídicos concretos por virtud de los criterios de incorporación tanto formal como materialmente.

De tal manera que a fin de dar respuesta a la pregunta de investigación y desarrollo y comprobación de la hipótesis en el capítulo primero se analizan, primeramente, los derechos humanos en torno a problemas conceptuales y de consideración de verdaderos derechos. Lo anterior, además, de una profunda y fértil discusión teórica tiene importantes repercusiones prácticas; por ejemplo, la falta de garantía jurisdiccional y no jurisdiccional se hace evidente cuando se toma la postura de que no son verdaderos derechos subjetivos y, así, las personas que estiman vulnerado el derecho humano en cuestión no obtienen una debida reparación integral.

Ahondando en ello cabe mencionar que lo largo de la historia se les suele hacer coincidir con nociones como derechos naturales, libertades públicas, derechos públicos subjetivos y derechos fundamentales y, también, se suele excluirlos del ámbito jurídico por no contener la garantía de exigencia jurisdiccional en caso de su vulneración como si acontece con los derechos subjetivos y, en consecuencia, en el mismo capítulo primero se estudian estos conceptos. Igualmente, se exponen los criterios de incorporación, por un lado, desde el aspecto formal entendido como aquellos que desde un punto de vista jurídico nos proporcionan un estándar de objetividad de que algún derecho se puede incorporar al catálogo de protección y, por el otro, bajo un aspecto material lo que se propone es que el contenido de esos derechos sea compatible con la dignidad de las personas, el libre desarrollo de la personalidad y justificados desde las corrientes de filosofía política del liberalismo y comunitarismo, independientemente de que sea derecho humano o fundamental.

En otras palabras, en términos más positivistas a ese conjunto de derechos y libertades se les asocia con el de *derecho subjetivo* y que en esencia es la capacidad que tiene el titular de exigir ante su violación la reparación ante instancias jurisdiccionales y, así, se le nombra libertades públicas o derechos fundamentales. Incluso se afirma que a pesar que se tenga el reconocimiento de un derecho, pero si no se cuenta con su garantía jurisdiccional en realidad no se tiene ese derecho. Con base en esa distinción terminológica, como parte del primer capítulo, propongo que si bien dicha demarcación resulta necesaria es igualmente relevante tener presente los criterios de incorporación de los derechos a los sistemas jurídicos concretos. Es decir, cierto tipo de derechos en algún momento puede considerarse dentro del grupo de los derechos humanos, pero por algún criterio de incorporación transformarse en derechos fundamentales.

De esta manera en el mismo capítulo primero a partir del estudio sobre el tema de la conceptualización de los derechos necesarios para la protección de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de las personas y los criterios de incorporación, tanto formalmente como materialmente, de los derechos contenidos

en un ordenamiento jurídico y gozan de las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales de protección.

Expuestos en el capítulo primero los criterios de incorporación formalmente hablando ahora, en los capítulos segundo y tercero, me avoco a presentar las corrientes de filosofía política del liberalismo y comunitarismo, mismas que servirán como fundamento material de incorporación de los derechos.

Liberalismo clásico y rawlsiano que es analizado en el capítulo segundo a fin de mostrar sus propuestas de construcción y justificación de los derechos y de sociedad civil. Por ello, si como punto de partida tenemos que toda persona es titular de una serie de derechos y libertades que le son adscribibles por el hecho ontológico de que es un ser humano, cabe decir que a ese conjunto se le ha denominado y justificado de diversas maneras. Desde la visión de los contractualistas clásicos como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu o Espinoza la idea central es que, independientemente de que se le considera una realidad histórica o una ficción filosófica, lo cierto es que en el *estado de naturaleza* el ser humano goza de una serie de derechos naturales que le son inherentes pero dada la insuficiencia de exigibilidad ante instituciones de algún tipo se ve compelido, mediante la figura del contrato social, a formar una sociedad civil o Estado donde la principal función de este es precisamente proteger a las personas en contra de las transgresiones. Así, sus notas características es que son derechos universales y racionales y, desde el ángulo de la filosofía política, la idea es el tratar de justificar al poder alejándose de criterios divinos o hereditarios y hacerlo racionalmente.

Vemos que desde el liberalismo la forma de construcción de la sociedad parte del individuo y los derechos adquieren ciertas características de protección y de actuación del poder estatal. Entre ellas, destacan la neutralidad del Estado, la visión universal de los derechos y la actuación de estos como un freno y límite al poder en favor de las personas.

En el capítulo tercero, desde el comunitarismo se presentan una serie de críticas a postulados liberales en general y particularmente de la *teoría de la justicia*

de John Rawls y, por otro lado, proponen una construcción de derechos donde una ciudadanía más informada que tome consciencia de su identidad, de su historia y del papel que le toca jugar en la construcción de los derechos para actuar en consecuencia.

Ahora bien, explicados desde la filosofía política los criterios formales y materiales de incorporación de los derechos a los sistemas jurídicos concretos, en el capítulo cuarto, resulta indispensable explicar la figura de Estado Constitucional de Derecho pues es ahí donde encuentro el terreno fértil para el desarrollo de una propuesta como la hago en el sentido de que la construcción conceptual entre derechos humanos y derechos fundamentales se ve fortalecida por el hecho de que ambos conjuntos de derechos y libertades actúan de forma paralela y complementaria en los ordenamientos jurídicos bajo criterios de aplicación y hermenéuticos propios de ellos y con las suficientes garantías de protección.

Finalmente, en un capítulo quinto, se desarrolla una propuesta axiomática sobre los criterios formales y materiales de incorporación donde lo que se busca es mostrar cómo desde lógicas como la simbólica, deóntica, cuantificacional o modal se logra construir un sistema siguiendo las reglas lógicas de construcción y transformación de los postulados y teoremas, con la finalidad de verificar la pertinencia de que pudiera ser el germen de un análisis más profundo de construcción de un sistema de relaciones lógicas entre las normas de derechos.

La metodología empleada se basa en el estudio de las corrientes, doctrina y jurisprudencia que explican los conceptos y propuestas sobre temas de derechos humanos, derechos fundamentales, liberalismo, comunitarismo y neoconstitucionalismo.

Igualmente, se recurre al método histórico para revisar el desarrollo histórico de las propuestas liberales y comunitaristas e instituciones constitucionales como lo son la supremacía constitucional, el control difuso, Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho.

Los métodos jurídicos de interpretación literal, sistemático, comparado, pro persona y conforme para desentrañar el sentido de textos jurídicos que se vinculan con lo argumentado a lo largo del trabajo.

Por supuesto, se utiliza el método lógico en dos vertientes: como organización argumentativa de forma silogística para mostrar el paso deductivo e inductivo de las premisas a la conclusión; así como, para presentar el desarrollo de una propuesta axiomática de construcción de un sistema sobre las relaciones lógicas entre las normas de derechos.

CAPÍTULO PRIMERO

**ACERCAMIENTO CONCEPTUAL Y CRITERIOS DE
INCORPORACIÓN**

CAPÍTULO PRIMERO

ACERCAMIENTO CONCEPTUAL Y CRITERIOS DE INCORPORACIÓN

1.1 Introducción

A manera de delimitación conceptual, en este apartado pretendo mostrar las diversas acepciones que en torno a ese conjunto de derechos y libertades que tienen las personas, necesarios para la protección de su dignidad y libre desarrollo de la personalidad.

Esto es, desde este momento debo mencionar que lo que pretendo es delimitar a ese conjunto de derechos, libertades negativas y positivas, facultades, etc., que están reconocidos en un sistema jurídico concreto y que gozan de garantía tanto jurisdiccional como no-jurisdiccional, necesarios para la protección de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de las personas y que, recogen los fundamentos liberal y comunitarista concretos.

Por ejemplo, entre los teóricos del derecho parece ganar terreno la idea de que cualquier concepto que se proponga sobre los derechos humanos lleva consigo una alta carga de imprecisión o, mejor dicho, se les suele identificar con un plano iusnaturalista, como el fundamento, justificación, validez, etc., del derecho positivo.

No obstante, en la actualidad y especialmente en nuestro contexto también ha venido ganado terreno la idea de que los derechos humanos son un estándar indispensable para la actuación, en general, de todos los poderes del Estado y, en particular, de todas las autoridades. Constantemente se les adopta con una alta carga ideológica, retórica, política y jurídica. Precisamente desde este último enfoque bien puede significar una pretensión moral justificada o un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica.

Igualmente, se les suele asociar con otros términos como derechos naturales, libertades públicas, derechos públicos subjetivos o derechos

fundamentales. Conceptos que se estudian a la luz de ese conjunto que se busca encuadrar terminológicamente.

A pesar de ello, hablando de ese catálogo, como punto de partida vale decir que según donde se encuentre reconocido el derecho debemos distinguir entre los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales”; así, los primeros, son aquellos derechos previstos principalmente en instrumentos internacionales y de los que somos titulares todos seres humanos y, los segundos, aquellos que han sido reconocidos por el sistema jurídico concreto.

Con lo anterior, tenemos varias posibilidades: a) existen muchos casos en los cuales los derechos, son derechos humanos y fundamentales por encontrarse reconocidos en el instrumento internacional y también en la Constitución, por ejemplo, pensemos en el derecho a la no discriminación o al trabajo; b) igualmente, puede estar previsto en el ámbito internacional y no en el nacional, en nuestro contexto, verbigracia el derecho a la seguridad social de las trabajadoras domésticas o el derecho de progresividad de los derechos de los adultos mayores de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; y, c) casos en los cuales un sistema concreto reconoce un derecho sin que necesariamente se encuentre previsto en los textos internacionales, piénsese en el derecho al olvido como un derecho que se ha reconocido en varios países pero no en los textos internacionales de derechos o el derecho a la no asignación de sexo al nacer que reconoció el Tribunal Constitucional en Alemania.

En el primer caso hablaríamos de una coincidencia entre derechos humanos y fundamentales, en el segundo que, dependiendo del sistema, es un derecho humano, pero no fundamental y, en el tercero, de que es un derecho fundamental pero no humano. Finalmente, se descarta que algo sea llamado un derecho humano o fundamental sin tener un fundamento internacional o nacional.

Lo que quiero mostrar en el presente capítulo es que además de la importancia de esclarecer los conceptos tanto de derechos humanos como de

derechos fundamentales, tienen unos criterios de incorporación a los sistemas jurídicos concretos muy específicos para cada uno de ellos. Es decir, la distinción conceptual de ellos resulta de vital importancia, pero, igualmente, es trascendente que no se vean como bloques aislado que no tienen comunicación y, por el contrario, ambos tipos se encuentren en constante comunicación teniendo en mente la mejor protección de las personas.

Por tanto, se proponen una serie de criterios de incorporación de dichos derechos desde aspectos formales y materiales. Desde un punto de vista formal además de que el derecho se encuentre en un texto jurídico internacional o nacional se dan casos en que el derecho se incorpora al sistema vía jurisprudencia internacional o nacional; un ejemplo, es el derecho al proyecto de vida que tiene desarrollo en sentencias de la Corte Interamericana de derechos humanos y que devienen en criterios obligatorios para nuestras autoridades y jueces por la resolución 293/2011 y jurisprudencia emitidas por nuestra Suprema Corte de Justicia,

Desde el punto de vista material por el momento sólo se aborda desde la perspectiva de la protección de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad, pero en los siguientes capítulos se agregan los postulados liberales y comunitaristas.

1.2 Dignidad y libre desarrollo de la personalidad

Desde una visión eminentemente religiosa, Dios era concebido como la dignidad de todo ser humano, ya que al ser este creado a imagen y semejanza de su deidad, lo divino debía estar en él; es lo que lo que lo enaltecía y con lo cual debía concordar. Aquí está concebida la idea de la dignidad como resultado del cumplimiento de la obligación del ser humano de parecerse a su creador.

Posteriormente, Emmanuel Kant, en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* pareció haber tomado a la dignidad como una condición ontológica de la que no se puede separar el ser humano. Kant¹ al afirmar que:

“En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser puesta otra cosa como equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una dignidad”.

Esto es, para el filósofo es fundamental distinguir entre aquello que tiene un precio y aquello que tiene dignidad. Concibe a la dignidad como algo intrínseco a la persona moral, que no debe ser confundida con ninguna mercancía; en otras palabras, lo que puede ser reemplazado y sustituido no posee dignidad, sino precio.

Además, el ser humano en cuanto ser dotado de razón y voluntad libre, es un *fin* en sí mismo, que, a su vez, puede proponerse *fines*. Estamos hablando de un ser que es capaz de hacerse preguntas morales, de discernir entre lo justo y lo injusto y de obrar de acuerdo a unos principios morales de forma responsable. Los seres humanos así entendidos, moralmente imputables al tiempo que son *fines* en sí mismos y, por tanto, seres autónomos que merecen respeto. En consecuencia, el valor de una persona no deviene de un valor comercial, de utilidad ni de ningún otro, sino de la dignidad que le es inherente a los seres racionales libres y autónomos.

De ahí que la autonomía moral sea la base de la dignidad de la naturaleza humana y de toda la naturaleza racional. Ahora bien, la dignidad como atributo del ser humano, proviene no tanto como un individuo de la especie humana, sino, mejor dicho, en tanto miembro de una comunidad de seres morales. Así, la dignidad humana es un bien perteneciente a todo hombre por el hecho de pertenecer a la especie humana, lo cual conlleva el respeto absoluto e incondicionado a todo ser

¹ Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1999, p. 199.

autónomo y moralmente imputable. En este contexto, cobra relevancia la máxima kantiana de que obres como si quisieras que tu conducta se convirtiera en una ley universal.

Por otro lado, la percepción filosófica de la dignidad fue recibida por parte del derecho, inicialmente, en instrumentos internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos, promovida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece en el primer párrafo de su preámbulo que²:

“La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

La misma Declaración Universal establece en el párrafo quinto del preámbulo lo siguiente:

“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; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”

En relación con la recepción de la dignidad a nivel nacional, entiéndase por parte de los Estados, la Constitución alemana dispone en su artículo 1º, párrafo 1), que la dignidad del ser humano es intangible y todos los poderes públicos tienen la obligación de respetarla y protegerla. Asimismo, en el inciso 2), establece que el pueblo alemán reconoce los derechos inviolables del ser humano e inalienables como fundamento de toda comunidad humana.

Para Peter Häberle³ la dignidad humana no es reducible a una cultura específica en el constitucionalismo moderno, es decir que concibe a la dignidad

² Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo, París, Naciones Unidas, 1948, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (consultado el 19 de abril de 2018).

³ Häberle, Peter, *El estado constitucional*, México, trad. de Héctor Fix-Fierro, UNAM-IIJ, 2003, p. 170.

como una cualidad universal que replantea la relación entre los ciudadanos y el Estado, lo que hace a un lado las percepciones filosóficas de ésta que la ubican en tiempos y espacios específicos, con lo que se hace una aproximación jurídica a tal término.

Por su parte, la Constitución española vigente dispone en su artículo 10.1 que:

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

En esta redacción, nuevamente podemos darnos cuenta de la tendencia a aseverar que la dignidad es el fundamento de los derechos humanos y que la dignidad tiene como función ser el criterio de validez de las normas jurídicas.

De esta manera, la dignidad hace las veces de base para que las personas construyan su proyecto de futuro y tomen libremente las decisiones que consideren pertinentes para el desarrollo de su personalidad.

En el sentido de considerar a la dignidad como nueva forma de relación de las personas con el Estado, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto lo siguiente:

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que **en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad**, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian

expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.⁴

Un efecto directo de la dignidad como base de los derechos humanos, pues estos último protegen la primera, está el libre desarrollo de la personalidad. Sobre ello, vale señalar que si bien en Grecia y Roma no podemos decir que las personas gozaban de derechos humanos como lo pensamos en nuestros días, lo cierto es que aquí es donde encontramos los primeros momentos del goce de los ciudadanos de los derechos civiles, ejerciéndolos y, por ende, libremente desarrollando su personalidad.

Específicamente, en la Grecia antigua es donde surgen los primeros reconocimientos de las individualidades humanas, es decir, “a la concepción griega de la polis como realidad totalitaria y único marco de una existencia específicamente humana, sucedió una cultura reivindicativa de la individualidad y singularidad de la persona, que solo en su propia afirmación y conciencia personal encuentra la perfección posible.”⁵

Así como, la dignidad es la base de los derechos fundamentales, el libre desarrollo de la personalidad puede ser entendido como el ejercicio de un conjunto de libertades interconectadas entre sí, por lo que la dignidad es la base del libre desarrollo de la personalidad, tanto como derecho humano, como conjunto de libertades.

En relación con la conexión de la dignidad y el libre desarrollo, puede decirse que en razón de la conciencia moral, de su libertad y de su dignidad, las personas tienen derecho al desarrollo de su personalidad que se verifica de forma implícita en el ejercicio de cualquier otro derecho.⁶

⁴ Época: Novena Época. Registro: 165813. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Diciembre de 2009. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. LXV/2009. Página: 8.

⁵ Largo, Antonio, *Los derechos humanos: ámbitos y desarrollo*, Madrid, Editorial San Esteban, 2002, p. 31.

⁶ Aguilar Sahagún Luis Armando, *El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial*, México, ITESO/Universidad Iberoamericana, 1999, p. 124.

A manera de síntesis puede decirse que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es el autodeterminar, diseñar, dirigir y desenvolver la vida de acuerdo con la voluntad, deseos, preferencias y expectativas de vida de cada persona.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto de este tema, entre otros, con el siguiente criterio:

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. LA PROHIBICIÓN PARA EL AUTOCONSUMO DE MARIHUANA CONTENIDA EN LA LEY GENERAL DE SALUD INCIDE PRIMA FACIE EN EL CONTENIDO DE DICHO DERECHO FUNDAMENTAL. Esta Primera Sala entiende que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad permite, prima facie, que las personas mayores de edad decidan sin interferencia alguna qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, así como llevar a cabo todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar esa elección...⁷

De lo dicho, cabe mencionar que la dignidad es la base de los derechos humanos y fundamentales atribuibles a las personas pues son éstos los que en su ejercicio hacen que el ser humano pueda desarrollar su personalidad. De esta manera, los derechos de la personalidad son aquellos básicos e indispensables para ostentar el estatus de persona digna y libre, y su ejercicio y protección, constituyen los requisitos básicos para que el ser humano individual y colectivamente pueda desarrollarse integralmente. Aunado a ello se encuentra la autodeterminación, todo ello como fundamento material de incorporación de los derechos que se expone en este mismo capítulo.

1.3 Derechos naturales

Desde la óptica de la filosofía política contractualista al estado de naturaleza se le considera como una situación social previa al estado social artificial o Estado, se refiere a un recurso que trata de dar una justificación moderna de la situación política sobre el origen de su poder. Trata de dar respuesta a la cuestión sobre cómo son los hombres naturalmente y cuáles son los derechos que tienen los hombres en ese orden natural. Se trata de proponer las reglas o principios que configuran el

⁷ Época: Décima Época. Registro: 2013139. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCLX/2016 (10a.). Página: 897.

derecho natural del mundo humano. Como orden de las personas naturales es independiente de otro orden artificial como lo sería el derecho positivo; en otras palabras, “es el orden natural de las personas naturales, seres humanos que son capaces de actuar racionalmente y teleológicamente, de hablar y de pensar”⁸.

Así, en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia 1789) se hace alusión a los derechos naturales al decir que: “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 los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han decidido exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre...”⁹

La expresión “derechos naturales” pretende resaltar unos derechos previos y limitantes del poder político y, por supuesto, del derecho positivo. Más aun, con la aparición de las teorías de los derechos naturales, los seres humanos fueron por primera vez considerados como poseedores de ciertos derechos naturales e inalienables, es decir, unos derechos como un tipo de demandas justificables inherentes a los individuos en cuanto tales.

Los individuos no deben sus derechos al gobierno o a la sociedad política; más bien, el gobierno tiene su origen en el deseo racional de los individuos de proteger sus derechos preexistentes como seres humanos, en la naturaleza misma del ser humano.

En este sentido, para Gregorio Peces-Barba Martínez “el término “derechos naturales” tiene importancia en la historia de los derechos, pero su uso ha perdido

⁸ Van Dun, Frank, *Ius natural y derechos naturales*, trad. Luis Eduardo Zamorano Aragón, p. 2. <http://users.ugent.be/~frvandun/Texts/Logica/DerechoNatural.pdf> (consultada el 10 de enero de 2015)

⁹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagol/es_ddhc.pdf (Consultada el 08 de agosto del 2018)

sentido en la actualidad”¹⁰. Otra crítica muy conocida a la teoría de los derechos naturales es la hecha por Bentham al decir que “Los derechos subjetivos son productos del Derecho; no hay derechos sin Derecho –ni derechos contrarios al Derecho-, ni derechos anteriores al Derecho”¹¹ y que “un derecho y un derecho subjetivo-jurídico son la misma cosa”.¹² De acuerdo con el filósofo inglés todo derecho debe ser creado por el derecho positivo.

Más aun, según Hart, “Parece claro que el principal objetivo de las negaciones radicales de Bentham de la existencia de derechos no jurídicos fue la doctrina que sostiene que los hombres poseen derechos universales que son naturales en un triple sentido: no son productos, humanos o divinos, su existencia no depende del reconocimiento o convención social, y de manera importante, reciben o se adaptan o ciertas características de la naturaleza humana”.¹³

Pues bien, de lo que esencialmente se trata es de derechos que son previos a la constitución de la sociedad civil y limitantes del poder político y del derecho positivo, y, ahí, es donde encuentro su limitación conceptual pues, por ejemplo, no podríamos, con base en éstos, considerar la idea de protección de los derechos entre particulares o bien, por su carácter individualista, la noción de derechos prestacionales e, incluso, colectivos.

1.4 Libertades públicas

Si coincidimos, aun superficialmente, en que libertad es la capacidad del sujeto para decidir por sí mismo, sin influencia externa, para autodeterminarse, seguidamente podemos decir que toda persona es libre siempre y cuando, con base en su voluntad, decida por sí mismo y no vulnere el derecho o la libertad de otra. En este sentido, se habla de libertades públicas porque le corresponde al Estado su

¹⁰ Peces-Barba Martínez, Gregorio, Lecciones de Derechos Fundamentales, Madrid, Dykinson, 2004, p. 22.

¹¹ Hart, H.L.A., Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill, trad. de J. R. de Paramo, en Anuario de Derechos Humanos nº 3, pp. 137-162, pp. 140-141.

¹² *Ibidem*, p. 141.

¹³ *Ibidem*, pp. 142-143.

reconocimiento; así, hablar de libertades públicas lleva implícita la existencia de un poder político que les reconoce y garantiza, y adicionalmente, paradójicamente, al hacer este reconocimiento a favor de los ciudadanos se está autolimitando su actuación frente a los titulares.

El término libertades públicas apareció por primera vez a nivel constitucional en el artículo 25 de la Constitución del II Imperio de 1852, con el texto “El Senado es el guardián del pacto fundamental y de las libertades públicas. Ninguna ley puede ser promulgada antes de haber sido sometida.”¹⁴ igualmente, sirve de ejemplo la Constitución Francesa de 1793, que textualmente dice: “Artículo 9º La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión de los gobernantes.”¹⁵

Los derechos naturales y en particular la libertad como derecho del cual derivan los demás, o sea como una manifestación de ella, se verían materializados, en un marco jurídico concreto, bajo las garantías concretas otorgadas por el poder político que tiene la obligación de respetarlas garantizarlas, es decir, la obligación de abstenerse de interferir en ellos.

Al igual que los derechos naturales, las libertades públicas no son un concepto idóneo, pues con este no podríamos explicar, por ejemplo, los derechos prestacionales o colectivos que el Estado tiene la obligación de dar; en otras palabras, actualmente los derechos de las personas se conforman no sólo por las libertades sino, además, hay derechos de otro tipo. En el caso de las libertades públicas se trataría de un ámbito más restringido que el de derechos humanos llegando constituir una parte de estos últimos, siendo una relación de género y especie.

¹⁴ El texto original es: “Article 25. - Le Sénat est le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques. Aucune loi ne peut être promulguée avant de lui avoir été soumise.” Constitution de 1852, Second Empire, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1852-second-empire> (Consultada el 08 de agosto del 2018)

¹⁵ El texto original es: Article 9. - La loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793> (Consultada el 08 de agosto del 2018)

1.5 Derechos públicos subjetivos

Para entender la noción de “derecho público subjetivo” antes debemos remitirnos aun de forma introductoria a la naturaleza jurídica del derecho subjetivo; además de que las nociones “derecho público subjetivo” y “derecho subjetivo” se encuentran histórica y jurídicamente vinculadas.

Uno de los temas recurrentes en la dogmática jurídica lo es la noción de “derecho subjetivo” y, por ende, el de su naturaleza jurídica. Debo mencionar que partiré de la conceptualización iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII; lo anterior, sobre todo, por razones metodológicas debido a que el presente estudio tiene como uno de sus puntos de referencia precisamente al liberalismo político de corte contractualista que parte de la idea de que en un estado de naturaleza el ser humano goza de ciertos derechos innatos, mismos que después del contrato social le serán reconocidos y garantizados, y una vez establecido el Estado o sociedad civil sirven de límite al poder político, en otras palabras: “Los derechos innatos del hombre se colocan en el centro del sistema jurídico, el cual debe proteger tales derechos subjetivos para poder ser llamado Derecho”.¹⁶

Como consecuencia en el momento en que el ser humano logra conformar la sociedad civil surgen los ordenamientos jurídicos que consagran el reconocimiento de los derechos innatos atribuibles a la persona en el estado de naturaleza con la paradoja de que sirven de freno al poder que los reconoce. Desde esta óptica, “el derecho subjetivo es un derecho natural que encuentra protección en la creación del Estado y de la norma positiva por él establecida”¹⁷; o sea que el derecho subjetivo surge con la consolidación del Estado y su sistema de derecho que le dan existencia, protección y reconocimiento.

¹⁶ Agudo González, Jorge, Evolución y negación del derecho subjetivo, en “Revista Digital de Derecho Administrativo”, N° 5, primer semestre /2011, pp. 9-42, <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Edici%C3%83%C2%B3n%205/04agudo%20gonzalez.pdf>, consultada el 25 de marzo de 2015, p. 14.

¹⁷ *Ibidem*, pp.14-15.

Por su parte, para las teorías de la voluntad “derecho subjetivo” es la “soberanía de la voluntad”, es decir, el margen del que goza el individuo para hacer valer su voluntad o querer, se trata de un poder atribuido a la voluntad del individuo. Para el representante más importante de las teorías de la voluntad, Bernard Windscheid, derecho subjetivo es “el poder o el señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico”¹⁸. Con ello, se impone la voluntad del individuo al momento en que el ordenamiento jurídico establece la norma jurídica que ordena cierta conducta y la disponibilidad procesal del sujeto.

De esta norma “podría valerse el sujeto de derechos con plena libertad para la consecución de sus fines, facilitándole el ordenamiento jurídico los medios para constreñir a los demás a la observancia de la norma”¹⁹. Ante las críticas en el sentido de que personas desprovistas de la voluntad como los interdictos, los dementes o los niños, no podrían ser titulares de derechos subjetivos Windscheid afirma “que no se trataba de la voluntad del titular, sino del propio ordenamiento jurídico que toma de la voluntad de éste el contenido de su precepto”²⁰. Entre las objeciones que se formularon en su momento destacan, por ejemplo, que se aparta de la voluntad individual para dar paso a la norma objetiva o que confunde la titularidad del derecho con su ejercicio; cabe destacar que esta tesis resulta insuficiente para entender los derechos que trato de explicar, pues especialmente se trata de derechos que por su naturaleza son, verbigracia, irrenunciables y, por consiguiente, independientes o bien en contra de la voluntad de su titular.

Por su parte, Ihering sostiene que no es la consideración a la voluntad sino en el goce, ganancia o ventaja donde está lo definitorio del objeto del derecho subjetivo. Para el jurista alemán, “al estudiar el “querer” humano, nos limitamos...a demostrar la ley de finalidad. Esta se formula en la siguiente regla: “No hay querer sin fin”²¹; es decir, lo determinante en el “querer” lo es el fin, así “la satisfacción

¹⁸ Kelsen, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, trad. de Wenceslao Roces, México, Porrúa, 1987, p. 509.

¹⁹ Agudo González, Jorge, *op. cit.*, p. 17.

²⁰ *Ídem.*

²¹ Ihering, Rudolf von, *El fin del Derecho*, trad. Leonardo Rodríguez, Madrid, 1911, p. 12.

esperada por el que quiere, es el *fin* de su querer. Jamás la acción en sí misma es un fin, sólo es el medio de conseguirlo...En otros términos, en cada acción, queremos, no la acción misma, sino solamente su consecuencia para nosotros”²². En su concepto los derechos nos son derivados de un ordenamiento de índole natural o positivo sino más bien que el Derecho los reconoce y protege. Así las cosas, “el derecho se integraría por dos elementos, uno sustancial que sería el fin práctico del mismo, el que produciría la utilidad, y otro formal, que se referiría a ese fin como medio, esto es, a la protección del derecho”²³. Las críticas consistieron en señalar que, si bien el fin práctico del derecho es una ventaja o provecho, estos no pertenecen al concepto de derecho, asimismo que existen derechos sin un interés e, incluso, en contra de ese interés. Evidentemente, por ejemplo, la característica de la irrenunciabilidad de los derechos no nos permitiría su fundamentación desde esta posición teórica.

Desde una óptica más ecléctica, Jellinek, introduce la noción de derecho subjetivo en el ámbito del derecho público partiendo de la base de que las relaciones entre el Estado y sus súbditos se conciben como relaciones jurídicas. Ya desde el contractualismo clásico, las relaciones jurídicas entre el Estado y súbditos se concretan en la noción de derecho subjetivo como un límite a las intervenciones autoritarias del poder público en la sociedad; situación que desemboca en la aplicación del principio de legalidad o la sumisión del poder a la ley y que posteriormente se denominó “estado de derecho”.²⁴

²²*Ibidem*, pp. 13-14.

²³ Agudo González, Jorge, *op. cit.*, p. 19.

²⁴ “El siglo XIX es el siglo del “Estado de Derecho” o, según la expresión alemana, del *Rechtsstaat*. En la tipología de las formas de Estado, el Estado de Derecho, o “Estado bajo el régimen de derecho” se distingue del *Machtstaat*, o “Estado bajo el régimen de fuerza”, es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del *Polizeistaat*, el “Estado bajo el régimen de policía”, es decir, el régimen del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII. Con estas fórmulas se indican tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo de los hechos deben darse por descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran. Éstas, no obstante, son útiles para recoger a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de las etapas históricas del Estado moderno”.

“Cuando, según la célebre definición de un jurista de la tradición autoritaria del derecho público alemán. Se establecía como fundamento del Estado de derecho la exigencia de que el propio Estado “fije y determine exactamente los cauces y límites de su actividad, así como la esfera de libertad de

Según Jellinek: “Dai rapporti giuridici nascono i diritti subbiettivi, sulla natura dei quali domina la controversia. Due opinioni si trovano specialmente di fronte, l’una che cerca l’essenza del diritti nella volontà, l’altra nel mondo dei beni contrapposto alla volontà.²⁵ (De las relaciones jurídicas surgen los derechos subjetivos, sobre la naturaleza de las cuales domina la disputa. Dos opiniones se encuentran especialmente de frente, una que busca la esencia de los derechos en la voluntad, la otra en el mundo de los bienes en contraposición a la voluntad).²⁶ Esto es, sobre la noción de derecho subjetivo, que surge de las relaciones jurídicas, existen dos opiniones: “La prima dottrina si riannoda alla vecchia teorica del diritto naturale, che concepiva il diritto subbietivo como libertà”²⁷ (La primera doctrina revive la vieja teoría de la ley natural, que concibe el derecho subjetivo como libertad), y agrega “In relazione a questa dottrina, è stata formulata una definizione del diritti subbietivo, la quale, allo scopo di mettere in evidenza la esistenza della libera volontà, designa il diritto stesso come una facoltà di volere (*Wollendürfen*), come una autorità di volere (*Willensherrschaft*), o come una potestà di volere (*Willensmacht*), conferita dall’ordinamento giuridico” (En lo referente a esta doctrina, fue formulada una definición de los derechos subjetivos, que, con el fin de destacar la existencia del libre albedrío, señala al derecho ampliamente como una facultad de desear, como un testamento o como un poder de voluntad, conferido por el ordenamiento jurídico).

No obstante, cada acto de voluntad humana necesariamente tiene un determinado contenido y no se puede simplemente que el querer, como se quiere cualquier cosa desde el punto de vista psicológico, sea reconocido o conferido el poder de voluntad por el ordenamiento jurídico. Solamente la facultad o la potestad

los ciudadanos, conforme a derecho (*in der Weise des Rechts*)” y se precisaba que eso no suponía en absoluto que el Estado renunciase a su poder o que se redujese “a mero ordenamiento jurídico sin fines administrativos propios o a simple defensa de los derechos de los individuos”, aún no se estaba necesariamente en contra del Estado de policía, aunque se trasladaba el acento desde la acción libre del Soberano a la predeterminación legislativa. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, España, Trotta, 2003, pp. 20-21.

²⁵ Jellinek, Giorgio, *Diritti Publici Subbiettivi*, trad. de Gaetano Vitagliano, Milano, Società Editrice Libreria, 1912, p. 46.

²⁶ Todas las traducciones al español del texto *Diritti Publici Subbiettivi* son propias.

²⁷ Jellinek, Giorgio, *Diritti Publici Subbiettivi*, *op. cit.*, p. 46.

de querer algo son concebibles como el contenido de una norma jurídica cuando la otorgue un derecho. Lo que intercede a la relación entre el individuo y ese algo es propiamente lo que constituye el contenido de cada norma jurídica creadora de un derecho; pero la relación entre el individuo y la cosa que forman el objeto del derecho se establece en vista de la utilidad que éste tiene para sus fines individuales. Las cosas en cuestión son aquellas que sirven para realizar los objetivos individuales considerados necesarios por el ordenamiento jurídico o por eso simplemente reconocidos; todo eso que, considerado objetivamente, aparece como un *bien*, subjetivamente se transforma en un *interés*, esto es, el interés es la apreciación subjetiva de lo que, para los fines del hombre, constituye un *bien*. En este orden de ideas, “Tutto lo scopo del diritto consiste nella tutela dei beni o degli interessi. Perchè un bene dia luogo a un interesse, non basta però l’apprezzamento individuale, ma occorre che un bene sia considerato come tale dall’apprezzamento medio, che risulta dallo stesso ordinamento giuridico.”²⁸(El propósito del derecho consiste en la tutela de los bienes o de los intereses. Debido a que da lugar a un interés, sin embargo, no es suficiente la apreciación individual, y ocurre que es considerado como tal de la apreciación media, que resulta por el mismo ordenamiento jurídico). Situación que le lleva a Jellinek a señalar que “Il diritto subbiettivo pertanto è la potestà di volere che ha l’uomo, riconosciuta e protetta dall’ordinamento giuridico, in quanto sia rivolta ad un bene o ad un interesse²⁹ (El derecho subjetivo, por tanto, es la potestad de querer que tiene el hombre, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, en cuanto se transforma en un bien o en un interés).

De esta manera la voluntad individual, reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, es determinante para conseguir la actividad del Estado y lograr sus intereses individuales. Un interés es tutelado jurídicamente en el derecho, también cuando éste no reconozca alguna potestad de querer individual. Toda medida que tienda a tutelar el interés general, tutela necesariamente una suma en

²⁸*Ibidem*, p. 47.

²⁹*Ibidem*, p. 49.

bloque de singulares intereses individuales, sin con ello crear derechos subjetivos. Sólo si la voluntad individual es reconocida como decisiva por la existencia y por la extensión del interés, esto se transforma en un derecho público subjetivo.

Así, tenemos que, en la posibilidad de pretender una cosa de otro en relación con la facultad de disponer del derecho y de la pretensión misma, se manifiesta el permiso o poder. En el derecho privado subjetivo es separable de su titular mediante su voluntad, lo cual significa que el goce del derecho, siempre y cuando no implique una relación con terceros, es irrelevante en un ámbito de derecho privado. Sin embargo, ese permiso o facultad del derecho público subjetivo no es separable de la persona sin que sufra una disminución, esto es, las capacidades jurídicas que el ordenamiento jurídico atribuye al individuo descansan en relaciones permanentes entre él y el Estado y que éste tutela de forma general. En otros términos: “De esta forma la personalidad del individuo resulta así como el conjunto de las capacidades permanentes y potenciales que el ordenamiento jurídico le confiere, y cuya funcionalidad se articula a través de las pretensiones jurídicas que se dirigen contra el mismo Estado”.³⁰

De tal suerte que, los derechos públicos subjetivos, desde una perspectiva formal, “constituyen pretensiones jurídicas que derivan de las cualificaciones concretas de la personalidad” y “desde una perspectiva material, los derechos subjetivos públicos son aquellos que pertenecen al individuo en su calidad de miembros del Estado. De esta forma, la fuente de los derechos subjetivos públicos es el Estado, y el instrumento a través del cual se crean es el derecho objetivo”.³¹

De ahí que, dentro de una organización política, los derechos públicos subjetivos son concebidos “como límites al poder, sólo esgrimibles, por consiguiente, ante los poderes, autoridades y funcionarios, pero no en las relaciones entre particulares...”³². La idea de los derechos públicos subjetivos como

³⁰ Agudo González, Jorge, *op. cit.*, p. 22.

³¹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, IJ-UNAM, 2003, p. 55.

³² Peces-Barba Martínez, *Lecciones de Derechos fundamentales*, España, Dykinson, 2004, p. 23.

limitaciones al poder es una teoría coherente con un Estado de derecho de impronta liberal, según la cual se pretende superar o limitar el principio de que, frente al soberano, no podrían existir más que posiciones de sujeción.

El poder estatal sometido a un Estado de derecho pasa de una situación de superioridad ante la ley, como en el absolutismo monárquico, a una de sujeción a la misma; esto es, al Estado sujeto a la ley ya *“no se le reconocía a priori ninguna supremacía, porque todos los sujetos jurídicos, incluido el estatal, debían ser disciplinados por la ley y la posición jurídica de cada uno de ellos respecto a la de los demás dependía sólo de la ley.”*³³

Cabe apuntar que sobre el tratamiento como derecho público subjetivo de los derechos fundamentales o derechos humanos en nuestro país recientemente vía interpretación constitucional se ha señalado que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva o de tutela jurisdiccional tiene la naturaleza de derecho público subjetivo. Ejemplos de ello los tenemos cuando afirma que derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva *“puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión...”*³⁴; por otro lado, refiriéndose a la tutela jurisdiccional efectiva como un derecho humano confirma que *“se advierte que la tutela judicial efectiva se compone de los siguientes postulados: a) el derecho a la administración de justicia o garantía de tutela jurisdiccional es un derecho público subjetivo incorporado en la esfera jurídica de todo gobernado para que, dentro de*

³³ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.* p. 47.

³⁴ Época: Décima Época. Registro: 2009343. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, Junio de 2015, Tomo III. Materia(s): Constitucional. Tesis: I.3o.C.79 K (10a.). Página: 2470. En el mismo sentido, pero en términos de garantía de la tutela jurisdiccional efectiva está la jurisprudencia: Época: Novena Época. Registro: 172759. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Abril de 2007. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 42/2007. Página: 124.

los plazos previstos en la legislación aplicable, pueda acceder a tribunales independientes e imparciales a plantear su pretensión o defenderse de la demanda en su contra...”³⁵

1.6 Derechos humanos

Sobre la noción “derechos humanos” se han dado una multiplicidad de definiciones, al igual que con el término “derecho”, casi cualquier libro que hable sobre ello tendrá una noción distinta; sin embargo, quisiera partir de una de las notas esenciales de las diversas definiciones para ir esclareciendo el vocablo en cuestión. En la doctrina y en los distintos textos e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos generalmente encontramos la siguiente nota distintiva: se trata de algo -“derechos”, “facultades”, atributos”, “garantías”, “prerrogativas”, “libertades”, etcétera- que es propio de todos los seres humanos, de la humanidad o de las personas por el simple hecho de serlo. Algunas ocasiones encontramos la frase “que le son inherentes”, “que son un atributo esencial”, del ser humano.

Con todo, parece indispensable para considerar que algo sea un *derecho humano* el que le sea atribuible a cualquier ser humano o persona, en distinción de otros objetos del mundo e independientemente de su nacionalidad, situación económica, sexo, religión, o cualquier otra condición. Pues bien, si partimos de este carácter, cabe decir, en primer lugar, aun sin hacer un señalamiento netamente jurídico, que aquellos documentos que específicamente se refieran a conceder al género humano una suerte de “atributos”, como “consecuencia ontológica”³⁶, serán considerados como derechos humanos, esto es, por su inalienabilidad³⁷ y universalidad; pero, como se ve inmediatamente, no todo lo que es propio del ser humano o que se refiera a él universalmente hablando es un derecho humano; y

³⁵ Época: Décima Época. Registro: 2000479. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 2. Materia(s): Constitucional. Tesis: III.4o.(III Región) 6 K (10a.). Página: 1481.

³⁶ Es decir, coincidiendo que en sí se es persona, entonces se tienen derechos humanos. Se trata de una consecuencia ontológica en el sentido de que, por el hecho de ser un ser humano, en consecuencia, se tienen derechos humanos.

³⁷ Inalienable en el sentido de ser consecuencia de ser un ser humano y, asimismo, inalienable por ser irrenunciable.

aquí una tercera nota distintiva, sólo son atendibles aquellos “atributos” que le son fundamentales para el desarrollo de su personalidad o propios de su dignidad. Siendo éstos, principalmente, la libertad, la igualdad y la propiedad, pero a ello me refiero más adelante.

Ahora bien, cabe preguntarse por qué eso que es propio de todo ser humano y que le es indispensable para su desarrollo, es un “derecho”, para, así, afirmar que esos “atributos” son un “derecho humano”.

Aquí es donde creo se encuentra el meollo de una discusión: si pensamos que son verdaderos derechos porque son aquellos que se tienen por “naturaleza” o en el “estado de naturaleza” nos acercamos a una fundamentación de corte iusnaturalista, pero si, por el contrario, lo son desde el momento en que son reconocidos y ratificados por un sistema jurídico concreto nos movemos al plano positivista.

Antes de intentar una respuesta a ello; consideraremos, por el momento, por derechos humanos a aquellas libertades, derechos, facultades y exigencias plasmadas en textos internacionales universales y regionales en materia de derechos humanos y que son inherentes a todos los seres humanos por ser necesarios para su dignidad y libre desarrollo de su personalidad. Ahora bien, algunas de las características de los derechos humanos que podemos mencionar y que los hacen diferir de otros derechos se desarrollan a continuación.

1.6.1 Características de los derechos humanos

Habitualmente, se ha considerado que los derechos humanos a diferencia de otros derechos presentan como características: la universalidad, interdependencia, absolutos, inalienabilidad, historicidad, progresividad, aspecto protector y la indivisibilidad.³⁸

³⁸ Al respecto, véase Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre 2011, p. 17.

La característica de la *universalidad* de los derechos humanos implica que el titular de los derechos plasmados en los instrumentos jurídicos es el ser humano, todo ser humano o toda persona; situación que va de la mano con los derechos a la igualdad y a la no discriminación puesto que todas las personas gozan de los derechos humanos en igualdad formal y sin distinción por razones de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.³⁹

El elemento de la interdependencia consiste en decir que todos los derechos humanos se encuentran vinculados íntimamente, establecen relaciones recíprocas donde la garantía, respeto o transgresión de un derecho impacta en otro u otros. De acuerdo con nuestra Constitución todos los derechos humanos son interdependientes; es decir, debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección tanto a derechos civiles y políticos, como económicos, sociales, culturales y ambientales; en otros términos, se deben complementar, potenciar o reforzarse recíprocamente.

Por ejemplo, los derechos políticos permiten a los ciudadanos relacionarse con la actividad política del Estado en el que tiene su ciudadanía, de tal manera que, con ello, interviene en las elecciones de sus gobernantes (derecho al voto) o bien se postula para un puesto de elección popular (derecho a ser votado). En este sentido, los derechos humanos se ejercen por todos los seres humanos en general, sin distinción de ningún tipo, mientras que los derechos cívicos se ejercen solamente por quien ostente la ciudadanía de un Estado, conferida a la persona de acuerdo a las leyes de dicho Estado. Aquí lo importante es que los derechos cívicos o políticos no sólo se limitan a votar y a ser votado, sino que también en virtud de la interdependencia podemos mencionar como parte de este grupo a la libertad de asociación y afiliación a los partidos políticos para intervenir en los asuntos del país. Incluso, igualmente pueden ser considerados interdependientes de los derechos políticos aquellos derechos que se encuentran estrechamente vinculados con su

³⁹ Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

ejercicio, como son los derechos de petición, de acceso a la información, de reunión, de libre expresión y difusión de las ideas, libertad de imprenta y libertad de culto, todos cuya protección es indispensable a fin de no hacer nugatorios los derechos políticos.

Por su parte, se dice que un derecho es *absoluto* cuando no puede ser desplazado por ningún otro derecho o por ninguna circunstancia de tal forma que no puede ser infringido justificadamente. Así, en derechos humanos decimos que tienen la característica de ser *absolutos* debido a que por su fuerza pueden desplazar a otros derechos en caso de conflicto y cuando el conflicto es entre éstos sólo se justifica el desplazamiento de uno de ellos para el caso concreto. En otras palabras, decimos que los derechos humanos son *absolutos* en el sentido de que no admiten oposición y, por supuesto, exentos de excepciones.

Como vemos el carácter de *absoluto* se refiere a que derechos de menor jerarquía deben ceder ante los derechos humanos, pero, para el caso de conflicto entre ellos, alguno de los derechos involucrados deberá tener precedencia sobre el otro. En otros términos, es fácil observar que el supuesto carácter absoluto de los derechos humanos es insostenible teórica y prácticamente; y ello, porque ningún derecho, incluso el de la vida, se considera absoluto pues en caso de un conflicto jurídico concreto entre los derechos alguno tiene que ceder esa propiedad de ser absoluto.

Por ello, Francisco Laporta prefiere indicar que: “cuando decimos que los derechos humanos son absolutos lo que queremos decir es que se trata de requerimientos morales que, en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer”⁴⁰, si bien cabe una excepción que viene dada precisamente por los propios derechos humanos; es decir, cabría desplazar derechos pero sólo por derechos. Al admitir esta excepción, Laporta cree que es preferible hablar de los derechos humanos como derechos *prima facie* en lugar de absolutos: se dice que

⁴⁰ Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 41.

los derechos humanos son absolutos (significando en realidad que son *'prima facie'*) porque en caso de conflicto con demandas morales colectivas o con demandas individuales no constitutivas de derechos, logran imponerse a ambas, desplazándolas.

Por lo que respecta a la **inalienabilidad**, ésta se explica diciendo que los derechos humanos son tan importantes que sus titulares no pueden renunciar a ellos, que los derechos humanos no están a la libre disposición de sus titulares. En primer lugar, no tenemos los derechos humanos que deseamos tener. Cabe la posibilidad de que tengamos derechos que no 'hemos solicitado' tener, y cabe que no tengamos derechos que quizá nos gustaría tener. En segundo lugar, cabe también la posibilidad de que tengamos que ejercer derechos a los que nos gustaría renunciar. Esta intuición, por un lado, encaja perfectamente con la consideración de las teorías de los derechos humanos como teorías *tímidamente perfeccionistas*, es decir, que descansan en una determinada concepción del bien; y, por otro lado, pretende evitar la tentación totalitaria de negar la vigencia de determinados derechos humanos sobre la base de que los ciudadanos han supuestamente renunciado de manera voluntaria a ellos. En definitiva, podemos y debemos seguir afirmando la inalienabilidad como uno de los rasgos básicos de los derechos humanos, insistiendo además en que esta característica se predica tanto de la titularidad como del ejercicio de los derechos.

La *historicidad* de los derechos humanos se refiere a dos aspectos en específico: a) a la evolución de éstos en forma paralela con la evolución de la propia civilización, toda vez que el reconocimiento de los derechos humanos y de su contenido es, en gran medida, tanto resultado de la historia universal y de la civilización como objeto de evolución y modificación; y, b) a su nacimiento de forma simultánea a la existencia de nuevos problemas, necesidades y retos a considerar, pues se precisan derechos por la existencia de necesidades que con anterioridad no existían o protegerlos no revestía mayor importancia.

En cuanto a la *progresividad* de los derechos en referencia, implica que su reconocimiento y protección nacional, regional e internacional se va ampliando irreversiblemente, tanto en lo referido al número, a su contenido, como a la eficacia de su control y de ninguna manera es permisible que los derechos que se han conquistado se pierdan.

O sea que, esta característica implica una interpretación a *contrario sensu*, que es la irreversibilidad de los derechos, toda vez que al momento de que un derecho humano es reconocido, éste no puede, posteriormente ser desconocido.

De esta manera, la progresividad permite que se incorporen nuevos derechos humanos al catálogo de los ya reconocidos, para que puedan ser, a su vez, precisados y ampliados, para efecto de eliminar o mitigar sus limitaciones, establecer nuevas limitaciones, crear nuevas garantías procesales para su protección, o para que simplemente se perfeccionen las existentes.

El *aspecto protector* consiste en que se protege a toda persona que se considere humana, en el sentido de que hasta el sujeto que cuenta con características y circunstancias que le permitan desarrollar una vida más sencilla, como aquél que posee circunstancias de vida más angustas, pueden llegar a necesitar ejercitar dichos derechos. Una de las principales cuestiones a favor que se han argumentado para lograr el reconocimiento de la existencia de los derechos humanos, es disminuir las constantes históricas de la ley del más fuerte, por lo que se ha sostenido, que el carácter protector de los derechos humanos es fundamentalmente en favor del más débil.

Sobre el tema, el profesor Luigi Ferrajoli lo ha expresado de la siguiente manera:

Puede afirmarse que, históricamente, todos los derechos fundamentales han sido sancionados, en las diversas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente: desde la libertad

de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte —iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales— que regía en su ausencia. Y han correspondido, en cada uno de estos momentos, a un contrapoder, esto es, a la negación o a la limitación de poderes, de otro modo absolutos, a través de la estipulación de un nunca más pronunciado ante su violencia y arbitrariedad.⁴¹

Finalmente, la *indivisibilidad* de los derechos humanos implica que todos los derechos que se categorizan de esa forma, conforman una unidad en la cual se encuentran vinculados unos con otros; esto es, que no se puede entender una existencia proteccionista de la persona si se carece, por ejemplo, de la libertad, de la igualdad o de la seguridad jurídica, aunque éstas, por sí mismas, no son suficientes si no se cuenta con una serie de satisfactores económicos, sociales y culturales que así lo permitan.

Por ello, también es válido afirmar que los derechos humanos son interdependientes entre sí, que unos se apoyan o se sostienen de los otros para integrar dicha unidad.

Vale la pena hacer una precisión al respecto. La indivisibilidad, es una cuestión distinta a la determinación controversial de su relación jerárquica, pues ésta se establece para supeditar la protección de determinados derechos en tanto representen una limitación para otros con mayor importancia, en tanto que aquélla, únicamente refiere que la unidad que componen los derechos humanos no puede entenderse de manera aislada, sino que necesariamente se tendrá que analizar de manera armónica con todos y cada uno de los elementos que la componen. De ahí, que se contemple que la característica de la indivisibilidad no permite, valga la

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007, p. 363.

redundancia, divisiones entre los derechos humanos; sin embargo, para efectos didácticos se ha señalado que por aspecto histórico o progresivo existen generaciones de ellos.

1.6.2 Generaciones de Derechos Humanos

Aunque no se reconozca que existen generaciones de derechos humanos, para la mayoría de la doctrina para efectos didácticos se suelen clasificar y distinguir en tres generaciones que marcan tres momentos históricos en que se da su reconocimiento. Siendo estos derechos los siguientes:

1.6.2.1 Primera Generación

- Toda persona tiene derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica.
- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.
- Los hombres y las mujeres poseen iguales derechos.
- Nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre.
- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni se le podrá ocasionar daño físico, psíquico o moral.
- Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia, ni sufrir ataques a su honra o reputación.
- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia.
- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- En caso de persecución política, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.
- Los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y a decidir el número de hijos que desean.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y de religión.

- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión de ideas.
- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

1.6.2.2 Segunda Generación

- Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.
- Toda persona tiene derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses.
- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
- Toda persona tiene derecho a la salud física y mental.
- Durante la maternidad y la infancia toda persona tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.
- Toda persona tiene derecho a la educación en sus diversas modalidades.
- La educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita.

1.6.2.3 Tercera Generación

- La autodeterminación.
- La independencia económica y política.
- La identidad nacional y cultural.
- La paz.
- La coexistencia pacífica.
- El entendimiento y confianza.
- La cooperación internacional y regional.
- La justicia internacional.

- El uso de los avances de las ciencias y la tecnología.
- La solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos.
- El medio ambiente.
- El patrimonio común de la humanidad.
- El desarrollo que permita una vida digna.

Derivado de lo expuesto por “derechos humanos” entiendo a aquellas libertades, derechos, facultades y, en general, cualquier exigencia universal, regional o, incluso, jurisdiccional de otros sistemas jurídicos plasmados en textos jurídicos y que son universales, inalienables, progresivos e inherentes a todos los seres humanos por ser necesarios para su dignidad y libre desarrollo de su personalidad.

1.7 Derechos Fundamentales

Otra forma de entender a ese conjunto de libertades, derechos, facultades de las que son titulares las personas es verlo como derechos fundamentales. Generalmente la idea es que ese bloque adquiere la propiedad de ser llamados derechos fundamentales los que han sido o una vez que se han positivizado por un sistema jurídico concreto ya sea en la Constitución Política, en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado o vía interpretación jurisdiccional constitucional; de tal manera que a ese bloque la doctrina lo denomina “bloque de regularidad constitucional” o “bloque de constitucionalidad”.

Primeramente, cabe anotar que los derechos fundamentales son una especie de los derechos subjetivos y, por tanto, por un lado, los primeros comparten las características que se le asignan a los segundos, pero por el otro, tienen atributos distintivos que los hace distinguirse y llamarse “fundamentales”. Un punto de partida en común es que ambos tipos de derechos -derechos subjetivos en general y derechos fundamentales en particular- deben encontrarse objetivamente previstos dentro del sistema jurídico concreto y “es necesario referirse a estos derechos con

el calificativo de subjetivos para expresar que se refieren a posiciones jurídicas del sujeto y para marcar una diferencia con el concepto objetivo de derecho, que alude a los sistemas u ordenamientos jurídicos como un todo”⁴² y, además, dichas posiciones jurídicas concretas del sujeto, o sea la persona jurídica alude a un individuo pero teniendo en cuenta su conducta jurídicamente regulada.

Ahora bien, la pregunta obvia es ¿qué características contienen los derechos subjetivos para ser considerados como derechos fundamentales? Pues bien, los criterios de demarcación vienen dados desde dos ángulos: los aspectos formales y los aspectos materiales.

Desde un punto de vista formal, Para Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales son “...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas...”, además son fundamentales porque son “los derechos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar...” y, por tanto, “la previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es, en suma, condición de su existencia o vigencia en aquel ordenamiento, pero no incide en el significado del concepto de derechos fundamentales. Incide todavía menos sobre tal significado la previsión en un texto constitucional, que es sólo una garantía de su observancia por parte del legislador ordinario: son fundamentales, por ejemplo, también los derechos adscritos al

⁴² Bernal Pulido, Carlos, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEPJF*, serie temas selectos de Derecho Electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, p. 16.

imputado por el conjunto de las garantías procesales dictadas por el código procesal penal, que es una ley ordinaria...”⁴³

Esto es, se trata de un concepto que prescinde de las circunstancias materiales sobre qué derechos fundamentales se tienen positivizados o el grado de eficacia en un sistema jurídico concreto y sólo se basa en el criterio de que sean derechos subjetivos adscritos por un ordenamiento jurídico a todas las personas físicas en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar.

Para Robert Alexy los derechos fundamentales son una especie de los derechos subjetivos y el punto de partida es preguntarse por qué algunas normas son normas de derecho fundamental o iusfundamentales, y la pregunta puede ser planteada de forma abstracta y concreta. Es planteada abstractamente “cuando se pregunta sobre la base de cuáles criterios una norma, independientemente de su pertenencia a un determinado orden jurídico o Constitución, puede ser identificada como norma de derecho fundamental”⁴⁴; y concretamente cuando se pregunta “cuáles normas de un determinado orden jurídico o de una determinada Constitución son normas de derecho fundamental y cuáles no”⁴⁵. Así, después de señalar a la segunda cuestión como la indicada, sostiene que aquellos enunciados ubicados en la Ley Fundamental y que contienen una norma de derecho fundamental son enunciados normativos de derecho fundamental; sin embargo, en lugar de esa expresión se utilizara el término “disposición de derecho fundamental”⁴⁶ e, incluso, va a destacar que las disposiciones de derecho fundamental confieren derechos individuales y las normas de derecho fundamental son “las normas directamente expresadas por estos enunciados”.⁴⁷ Finalmente, cabe destacar que las normas de derecho fundamental pueden estar directamente estatuidas en el texto

⁴³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2004, pp. 36-37.

⁴⁴ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 62.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 65.

constitucional, o bien estar adscriptas a las normas que están directamente estatuidas en la Constitución, las cuales serán llamadas “normas adscriptas”.⁴⁸

Siguiendo su línea argumentativa surge un tercer elemento, esto es, el de posición jurídica. Las posiciones jurídicas son relaciones entre uno o varios sujetos de derecho. Por ejemplo, decimos que la posición de alguien que tiene a una prestación negativa o positiva es de un derecho frente al Estado y la sociedad.

Como anteriormente mencione para el filósofo alemán los derechos fundamentales son una especie de los derechos subjetivos y, por tanto, los derechos subjetivos, y principalmente ellos, contienen en su estructura una disposición, una norma y una posición; en otras palabras, para Robert Alexy “los derechos jurídicos subjetivos son, entonces, un todo, compuesto por una disposición jurídica, a la que se adscriben interpretativamente un conjunto de normas jurídicas, que a su vez establecen un haz de posiciones jurídicas de derechos a algo, libertades, competencias e inmunidades y sus correlativos: deberes, no-derechos, sujeciones y no-competencias. Siempre que alguien se refiere a un derecho subjetivo como un todo, hace alusión al conjunto de todos estos elementos”⁴⁹.

No obstante, esa coincidencia estructural las distinciones vienen marcadas por aspectos formales y materiales. En síntesis, podemos decir que los aspectos formales que señalan a un derecho como fundamental son:

- a) Que ha sido establecido por una disposición que pertenece al capítulo de derechos fundamentales de la Constitución;
- b) Que ha sido establecido por una disposición que pertenece, en general, al texto constitucional;

⁴⁸ *Ibidem*, p. 70.

⁴⁹ Bernal Pulido, Carlos, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEPJF*, serie temas selectos de Derecho Electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, p. 20.

- c) Que ha sido establecido por una disposición que pertenece al bloque de constitucionalidad; o,
- d) Cuando la norma o posición jurídica relativa al derecho ha sido reconocida como una norma o posición de derechos fundamental por parte de la jurisprudencia.⁵⁰

Por su parte, el aspecto material del por qué un derecho se considera como fundamental se enfoca a la legitimación política o moral de los derechos en cuestión; así, por ejemplo, según Bernal Pulido un derecho subjetivo debe ser reconocido como un derecho fundamental “si protege las facultades morales de la persona liberal o su capacidad de discernimiento, o cuando su finalidad es satisfacer las necesidades fundamentales de la persona. A ello se suma que un derecho subjetivo es un derecho fundamental cuando busca asegurar la igualdad en el ejercicio de las facultades liberales o de la capacidad de discernimiento de la persona o cuando garantiza la igualdad en la distribución de los bienes que satisfacen las necesidades fundamentales. Un derecho subjetivo debe ostentar por lo menos una propiedad material para ser un derecho fundamental”.⁵¹

En resumen, hay dos posibles criterios, no incompatibles entre sí, para considerar a un derecho como fundamental -siempre bajo la premisa que se trata de un derecho subjetivo-; por un lado, los criterios formales se refieren a la fuerza normativa que tienen los derechos ya sean reconocidos o adscritos y, por el otro lado, los criterios materiales se enfocan a legitimarlos, pero con argumentos que insisten en su justificación política, generalmente liberal, o moral.

Con todo, entiendo a ese como conjunto de libertades, derechos y facultades de las que son titulares las personas, establecidos por el sistema jurídico concreto en su Constitución Política, en los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado o vía interpretación jurisdiccional constitucional,

⁵⁰ Bernal Pulido, Carlos, *Derechos fundamentales*, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen II, México, IJ-UNAM, p. 1584.

⁵¹ *Ibidem*, p. 1591.

que adquiere la calidad de ser derechos subjetivos fundamentales por virtud del cumplimiento de alguno de los criterios formales y/o materiales.

1.8 Las expectativas y sus procesos de incorporación

Como vimos términos como “derechos naturales”, “libertades públicas” y “derechos públicos subjetivos”, resultan insatisfactorios para poder conceptualizar a ese conjunto de derechos, libertades negativas y positivas, facultades etc., que son necesarios para su dignidad y desarrollo de su personalidad, y que actualmente tienen las personas como exigencias o posiciones frente al Estado y los particulares.

Así, la expresión derechos naturales resulta insatisfactoria para conceptualizar debido a su insuficiencia teórica y práctica pues al limitar al poder político no se entenderían la existencia de derechos sociales, por ejemplo.

Con la noción de libertades públicas no podríamos explicar, por ejemplo, la naturaleza de los derechos prestacionales o colectivos que el Estado tiene la obligación de dar.

Igualmente, insuficiente resultan las teorías de la voluntad del derecho subjetivo pues especialmente al conjunto a que me refiero se trata de derechos que por su naturaleza son irrenunciables y, por consiguiente, independientes o bien en contra de la voluntad de su titular.

De igual manera, dicha característica de la irrenunciabilidad de los derechos no nos permite su fundamentación desde la posición teórica de la utilidad como objeto del derecho subjetivo.

Bajo una postura doctrinal ecléctica de la voluntad y la utilidad, no resulta idónea para explicar el conjunto a que me he venido refiriendo, entre otras razones, porque actualmente no se ve que a los derechos y libertades como una concesión del Estado. Asimismo, porque los derechos públicos subjetivos como limitaciones al poder es una teoría coherente con un Estado de derecho de impronta liberal, según la cual se pretende superar o limitar el principio de que, frente al soberano no

podrían existir más que posiciones de sujeción, situación no compatible con mi propuesta.

Dada la insuficiencia terminológica apuntada vamos a considerar a ese conjunto de derechos, libertades negativas y positivas, facultades, etc., necesarios para la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, y que se encuentren reconocidos tanto en el plano internacional bajo el rubro de “derechos humanos”, como en el nacional, o sea, en el sistema jurídico concreto con el concepto de “derechos fundamentales”, con el término de derechos garantías primarias.

Siguiendo a Luigi Ferrajoli los derechos fundamentales pueden vistos como expectativas positivas y negativas de las cuales se corresponde obligaciones o prohibiciones, denominadas *garantías primarias*. Asimismo, entiende por *garantías secundarias* a la obligación de reparar o sancionar la violación o vulneración de las garantías primarias. De tal suerte que, en contra de la tesis de que a pesar de que se tenga el reconocimiento del derecho, pero no el medio de hacerlo efectivo y viceversa, en realidad no existe un verdadero derecho, va a sostener que la implicación de ausencia de garantías no es la inexistencia del derecho sino una laguna que debe ser colmada por la legislación.⁵²

En este sentido, si bien coincido en que a las garantías primarias de obligación y prohibición se corresponden de las expectativas positivas y negativas,

⁵² En palabras del autor italiano: Finalmente, la cuarta tesis, quizá la más importante, tiene que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías. Los derechos fundamentales, de la misma manera que los demás derechos, consisten en expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión). Convengo en llamar *garantías primarias* a estas obligaciones y a estas prohibiciones, y *garantías secundarias* a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias. Pero tanto las obligaciones y las prohibiciones del primer tipo como las obligaciones del segundo, aun estando implicadas lógicamente por el estatuto normativo de los derechos, de hecho, no sólo son a menudo violadas, sino que a veces no se encuentran ni siquiera normativamente establecidas. Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida *laguna* que debe ser colmada por la legislación. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías...*, p. 43.

considero que estas expectativas se nutren tanto de los derechos fundamentales como de los derechos humanos. Como mencione anteriormente para el autor en comento un derecho fundamental tiene ese carácter sí, y sólo si, está positivizado en el sistema jurídico concreto y para Alexy cuando se cumplen los criterios formales y materiales, pero igualmente dentro del sistema. A diferencia de esta perspectiva planteo que los derechos humanos también pueden situarse en el plano de esas expectativas. Si partimos de que los derechos humanos son exigencias de índole universal, es evidente que es atribuible a todo ser humano y, en consecuencia, es posible plantear su exigibilidad en un sistema determinado que no los ha incorporado; entonces, en este contexto, la cuestión no es si tiene el derecho, pensando en derechos humanos, pues tan lo tiene que, en algún tratado, sentencia, declaración, informe, etcétera, se le ha hecho ese reconocimiento, sino, más bien, el tema es sobre el medio de exigibilidad y/o reparación constitucional frente a su violación o vulneración, es decir, sobre las garantías secundarias.

En otras palabras, encuentro verdadero afirmar que las expectativas positivas y negativas se nutren, por un lado, de los derechos humanos y, por el otro, a los derechos fundamentales. Para sostener lo anterior, me permito las siguientes afirmaciones: en el mismo sentido de Robert Alexy por derecho subjetivo entiendo la relación existente entre la disposición (establecida en el texto jurídico o por adscripción), norma y posición; en consecuencia, desde mi punto de vista tanto los derechos humanos como los fundamentales son especies de los subjetivos, toda vez que al igual que éstos últimos de los dos primeros es posible afirmar que su disposición se encuentra en textos jurídicos internacionales -universales y regionales- en materia de derechos humanos y nacionales como una Constitución y adscripciones de derecho vía jurisdicción constitucional. Evidentemente de estas disposiciones es posible deducir el carácter deóntico de las acciones por ellas contempladas derivándose así la o las normas jurídicas correspondientes y, finalmente, en contextos diádicos, la posición de un sujeto frente a otro.

En contra del reconocimiento de los derechos humanos como verdaderos derechos en ocasiones se señala que carecen de las garantías jurisdiccionales, esto

es, que carecen de las vías jurisdiccionales o garantías secundarias que permitan la reparación del daño ante su vulneración, o que si estamos ante derechos humanos en tanto no se incluyan en el catálogo nacional no se pueden ni reconocer ni garantizar. No obstante, observo que ello no es del todo cierto.

Primero, porque las garantías de protección de los derechos pueden encontrarse efectivamente en la vía jurisdiccional, verbigracia en nuestro país: el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y el juicio de revisión constitucional electoral; sin embargo, y sin que sean excluyentes, también tenemos el sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos como podrían ser la Comisiones Nacional, estatales y de la Ciudad de México de derechos humanos que protegen y garantizan los derechos humanos y, por supuesto, la respectiva reparación ante su transgresión.

Con ello, a lo que quiero llegar es que el reconocimiento y/o reparación en caso de violación a un derecho humano no sólo está la vía jurisdiccional, sino que, también se puede obtener mediante la intervención de un organismo público autónomo integrante del sistema no-jurisdiccional de protección de los derechos humanos. Y lo mismo vale decir para los organismos internacionales. Por mencionar algunos casos sobre este punto están casos de atención médica o de viudez que no les querían reconocer el carácter de beneficiario a algunos hombres y en donde de inmediato la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió pronunciamiento y mediadas obteniéndose el reconocimiento de la vulneración de parte de la autoridad y su respectiva indemnización; sin dejar de mencionar que dichas medidas se dictaron con mayor celeridad, protección y reparación que el sistema jurisdiccional de derechos humanos.

Segundo, hay ocasiones en las cuales tanto el sistema jurisdiccional como el no jurisdiccional pueden llegar a reconocer un derecho humano que, por supuesto, no se encuentra positivizado en el sistema jurídico concreto; obteniéndose, aun en contra de no estar incluido en el catálogo de derechos fundamentales y encontrarse

en estatus de derecho humano, por ese acto su garantía como posibilidad de acudir ante esa instancia en búsqueda de su reparación. Ejemplos, de ello tenemos el derecho al olvido que reconoció la Corte Chilena en un caso que le fue presentado, el concepto de expectativa de vida que pusieron en la discusión jurídica la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Suprema Corte de México; o bien, el derecho a la Ciudad que vía recomendación reconoció la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

En suma, las garantías secundarias no se limitan a las jurisdiccionales, sino que también están las no jurisdiccionales y, ambos sistemas, jueces y autoridades tienen la facultad y obligación constitucional y convencional⁵³ de hacer efectivos los derechos humanos, a pesar de que no hayan sido incorporados al sistema jurídico en concreto. Así, tanto la falta de garantía como de reconocimiento de un derecho humano no le quita el carácter de ser un verdadero derecho y, mucho menos, le quita la posibilidad real de invocarse en casos concretos por parte del promovente o del sistema de protección, con la consecuencia jurídica de su reparación.

Un ejemplo que puede ilustrar lo que sostengo es el siguiente: recientemente se llevó a cabo el proceso electoral para la elección de gobernador. Dentro de la contienda al menos dos candidatos se decantaron y firmaron convenios con autoridades eclesiásticas para el caso de que, de resultar vencedoras, se abstendrían, entre otras cosas, a que durante su mandato no se regularían temas como el matrimonio entre personas del mismo sexo y su derecho a la adopción, mandando, además, en dicho acto y en entrevistas posteriores a medios de comunicación un mensaje de incitación al odio de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTTTI. A primera vista podría decirse que no se violenta ninguna ley electoral y que, al contrario, se está en ejercicio de su libertad de expresión. Sin embargo, otra forma de ver el problema es considerar que la autoridad electoral, de oficio o a petición de parte, hubiera emitido alguna resolución en la que señalara

⁵³ En este caso puedo mencionar los criterios hermenéuticos de interpretación conforme, pro persona, buena fe, control difuso, control de constitucionalidad, control *ex officio* de convencionalidad y progresividad.

que con la emisión de tales pronunciamientos y en concordancia con los estándares dictados por la UNESCO y Corte Interamericana de Derechos Humanos se está emitiendo un discurso que incita al odio, que incentiva la violencia, la hostilidad y la discriminación de un grupo social; esto es, el hecho de que no se tenga el reconocimiento de la prohibición de los discursos de odio no es obstáculo para que la autoridad en protección del derecho de las personas evite que alguien por cálculo político realice expresiones que provoquen violencia o discriminación hacia un sector de la sociedad. En palabras llanas, aunque no esté suficientemente desarrollada la prohibición de emitir discursos de odio en materia electoral al contar con precedentes de su reconocimiento como derecho humano resultaría jurídicamente viable su protección jurisdiccional y/o no jurisdiccional.

Otro caso muy importante es el siguiente: recientemente en la Ciudad de México se llevó a cabo el proceso legislativo que tuvo como resultado la promulgación de su Constitución Política y uno de los temas más debatidos es el de si es posible que una Constitución local pueda contemplar aún más derechos que los previstos en la Constitución Federal, es decir, si el carácter expansionista, protector y garantista, y progresivo de los derechos humanos es suficientemente para que un legislador local o, en este caso, una Asamblea Constituyente pueda contemplar para los habitantes y personas en tránsito derechos que incluso no están previstos en el Texto Fundamental Federal o tratados internacionales en la materia o si, por el contrario, para evitar invadir competencias el catálogo de derechos sólo se pueden ceñir a los establecidos a nivel federal.

Cabe mencionar que independiente del fondo de la discusión, que en mi opinión y por coherencia con lo que sostengo deberían declararse como válidos, lo primero que asoma es que no fue obstáculo para esa Asamblea Constituyente el hecho de que una serie de derechos humanos no previstos en la Constitución Federal, pero si en instrumentos internacionales no necesariamente incorporados al sistema jurídico, fueran incluidos en la Constitución Política de la Ciudad de México y, por tanto, diríamos que a pesar de su no inclusión en el catálogo jurisdiccional sirvieron de estándar para la actuación del Estado.

Con lo dicho hasta ahora sostengo que los derechos humanos y fundamentales comparten el de ser una especie de los derechos subjetivos y, asimismo, que ambos son fuente externa e interna de las expectativas.

Si bien podemos coincidir en ello, es claro que puede surgir la objeción de que no se han señalado cuáles son los criterios que nos indicarían cuando a un derecho se le puede atribuir el adjetivo de humano y/o fundamental. En lo que sigue quiero mostrar los criterios formales y materiales para determinar los criterios de incorporación de las expectativas o garantías primarias.

En primer término, es pertinente decir que los órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales no sólo operan como medio de reparación en caso de vulneración a las garantías primarias, esto es, a las expectativas que les corresponden prohibiciones y obligaciones, sino también, tienen el deber de implementar los criterios formales y materiales de incorporación previstos en el sistema.

1.8.1 Criterios de incorporación

De tal manera que, formalmente hablando, de los derechos humanos deben contener las características anteriormente explicadas de universalidad, ser absolutos, inalienabilidad, historicidad, progresividad, aspecto protector e indivisibilidad y, asimismo, si:

- a) Su reconocimiento es producto de encontrarse contemplado en un texto jurídico universal en la materia;
- b) Su reconocimiento es producto de encontrarse contemplado en un texto jurídico regional en la materia;
- c) Su reconocimiento es producto de alguna resolución del sistema jurisdiccional internacional de protección; y,
- d) Su reconocimiento es producto de alguna resolución del sistema no jurisdiccional internacional de protección;

En el mismo sentido, formalmente hablando, a un derecho se le considerara como un derecho fundamental, cuando:

- a) Su reconocimiento es producto de un proceso legislativo de incorporación en la Constitución;
- b) Su reconocimiento es producto de un proceso legislativo de incorporación al sistema jurídico concreto alguno instrumento internacional universal o regional de derechos humanos;
- c) Su reconocimiento es producto de alguna resolución del sistema jurisdiccional nacional de protección;
- d) Su reconocimiento es producto de alguna resolución del sistema no-jurisdiccional nacional de protección; y,
- e) Su reconocimiento es producto de alguna resolución de alguna autoridad administrativa.

Resulta igualmente de complicado el presentar los criterios materiales para la determinación de cuáles derechos son los que integran a las expectativas. De inicio es preciso destacar que un criterio material importante es que constituirán derechos de las personas aquellos derechos que son necesarios para que una persona pueda tener una vida digna y de desarrollo de su personalidad.

Desde una perspectiva más enfocada a su justificación material de legitimación, se van a nutrir de las corrientes de filosofía política del liberalismo y del comunitarismo. Aunque por el momento no es posible aportar mayores elementos para la discusión pues estaré en aptitud de ello al concluir los capítulos segundo y tercero donde se analizan dichas corrientes de pensamiento, por el momento vale decir que la idea es que el sustento filosófico político de tales derechos, libertades y facultades, en clave de expectativas, lo encuentro en dos grandes modelos; por un lado, todos aquellos de impronta liberal que les asigna un sustento filosófico iusnatural que les atribuye los caracteres de previos a la sociedad, universalidad, absolutos, individualistas y formalistas y, por otro lado, las provenientes del comunitarismo que como postura ideológica se inicia con las

críticas hechas a la *Teoría de la Justicia* de John Rawls, que incluso es también una postura liberal.

Pues bien, en mi opinión las críticas vertidas, si bien no destruyen los presupuestos filosóficos del liberalismo, sí impactan y deben tomarse en cuenta en la forma en que se entienden los derechos y, por ende, aspectos como los de provocar en los individuos un sentido de pertenencia, de su historia, de su cultura, de su identidad, de solidaridad, de comunidad, los hace considerarlos precisamente como sujetos.

1.9 Separación o correlatividad del término “derecho subjetivo”

Toda vez que considero a los derechos humanos y fundamentales como parte de las expectativas a las que se corresponden obligaciones y prohibiciones o garantías primarias, ahora lo que pretendo es mostrar que los argumentos dogmáticos a favor y en contra de la asimilación del término “derecho subjetivo” a ámbitos más allá de lo jurídico y, específicamente, al de los “derechos humanos”, se desvanecen.

1.9.1 Tesis de la separación

Para la tesis de la separación conviene distinguir los usos del lenguaje y, específicamente, el término “*derecho subjetivo*” pertenece al sistema normativo jurídico; por lo cual, su uso es incorrecto dentro de un sistema normativo como sería el moral. Bajo esta tesitura, conceptos tales como *derechos del hombre*, *derechos humanos* o *derechos morales* no son en realidad verdaderos derechos.

Uno de los autores que pudiésemos decir pertenece a la tesis de la separación, es Jeremías Bentham; éste, en su pensamiento crítico sobre los derechos naturales, defendió la idea de que el único tipo de derechos son los *derechos legales*, es decir, que la relación entre Derecho y moral es meramente contingente. Para este autor, la noción de derechos naturales es equivocada, pues considera que no puede haber derechos al margen de los sistemas jurídicos.

En este orden de ideas, si coincidimos en que Derecho y moral son dos sistemas inconmensurables, podemos convenir en la llamada “*tijera de Bentham*”, es decir, la tesis según la cual “*se puede identificar perfectamente qué cosa es el derecho sin recurrir a argumentos morales.*”⁵⁴

En el mismo sentido Kelsen parece centrar el análisis sobre el concepto de derecho subjetivo en el Derecho positivo, cuando señala que:

“Allí donde existe un derecho subjetivo debe presuponerse la existencia de una regla jurídica... Los derechos subjetivos no pueden existir antes que el Derecho objetivo... Mientras un derecho subjetivo no sido “garantizado” por el orden jurídico no es todavía tal derecho subjetivo. Llega a serlo sólo en virtud de la garantía creada por el orden jurídico. Ello significa que el Derecho objetivo y los subjetivos existen concomitantemente.”⁵⁵

El Dr. Rolando Tamayo⁵⁶ ha señalado que la existencia y el papel de los tribunales en la determinación de los derechos (subjetivos) es concluyente, “*toda vez que el Derecho es reconocido por instituciones judiciales, los derechos subjetivos deben ser identificados de esa forma.*”⁵⁷ Por su parte, los derechos humanos se encuentran suficientemente fundamentados en el campo de la moral.

Siguiendo su exposición, cuestiones como ¿qué son los derechos (subjetivos)? ¿Qué significa tener o ejercitar un derecho? y ¿cuáles son sus consecuencias?, son oscurecidas (o, incluso deformadas) cuando se trivializa la noción de derechos o se saca del contexto jurídico, es decir, el significado de la

⁵⁴ La frase tijera de Bentham y cita textual, son tomados de Tamayo y Salmorán, Rolando, “Dogmática jurídica y teoría moral”, *Isonomía*, núm. 4, 1996, p. 32.

⁵⁵ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynes, México, UNAM, 1979, p. 93.

⁵⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Derechos humanos y la teoría de derechos. Un criterio”, *Doxa*, núm. 9, 1991, pp. 189 - 204.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 190.

expresión *derecho* depende de lo que ella significa sí, y sólo si, nos ubicamos dentro del discurso jurídico.

La expresión *derecho* se trivializa y pierde el peso y el vigor que le corresponde en el discurso jurídico: “*cuando de forma indiscriminada se designa con el nombre de “derecho” a cualquier interés, a un desideratum político o a cualquier reclamo más o menos justificado.*”⁵⁸

Es claro que para el Doctor en cita el uso de la expresión *derecho subjetivo* se agota, o, mejor dicho, se limita, en el contexto del discurso jurídico, cerrando su asignación en sistemas normativos morales y, por tanto, su adjudicación en la fundamentación de términos como *derechos humanos* es una trivialización.

Por su parte, para el autor español Gregorio Peces-Barba la expresión *derechos humanos*, toda vez que resulta poco clara; por un lado, tiene un significado similar al que tuvo en los siglos XVII y XVIII, la de Derecho natural y, por el otro, se invoca en forma emotiva que suscita sentimientos entre sus destinatarios y respecto del cual la tentación de manipulación es permanente. Finalmente, -agrega- se puede hablar de una retórica de los derechos humanos al hacerse desde sectores políticos alejados del ideal moral último que los fundamenta, es decir, un uso simplemente semántico de justificación y legitimación.⁵⁹ En tales condiciones, al utilizar el término *derechos humanos*, podemos estar refiriéndonos a una pretensión moral, o a un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica, pero en el primer caso a la pretensión moral se la reviste de los signos de lo jurídico al llamarla *derecho*; dicho de otra manera, es un uso ambiguo que significa dos cosas distintas, que en la historia del pensamiento jurídico han expresado un enfrentamiento permanente, el punto de vista iusnaturalista y el positivista.

En suma,

⁵⁸ *Ibidem*, p. 191.

⁵⁹ Peces-Barba Martínez, *Lecciones de Derechos fundamentales, op. cit.*, p. 19.

“En todo caso, tenemos que coexistir con una utilización tan difundida, intentando explicar los límites del uso de este tipo de lenguaje, y sobre todo, tenemos que evitar que esta definición basada en lo que se dice en el lenguaje natural, sea el punto de partida para justificar otros términos, pretendidamente más sólidos para expresar la idea de “derechos humanos.”⁶⁰

1.9.2 Tesis de la correlatividad

Con la tesis de la correlatividad pretendo mostrar aquellos autores que sostienen la tesis según la cual, el término *derecho* no es de uso exclusivo del discurso jurídico y, por tanto, en un sistema normativo moral es plausible hablar de *derechos morales* y, a su vez, de *derechos humanos*.

No creo incurrir en error alguno cuando pienso que Santiago Nino concede asignar el vocablo *derecho* a sistemas normativos como el jurídico o como el moral. Siguiendo su exposición, si admitimos la tesis de que los derechos humanos “*derivan de principios morales, o más precisamente, de un sistema de principios morales*”⁶¹ la pregunta que corresponde formular “*es acerca del tipo de situación que tiene que darse para que surjan tales derechos.*”⁶² Es decir, de fondo está la cuestión por el concepto de derecho subjetivo en general, y de derechos jurídicos y derechos morales en particular.

De lo que se trata –asevera el autor de referencia– es de analizar las posiciones acerca de la noción de derecho subjetivo; esto es, examinar los posibles significados que la expresión *derecho subjetivo* podría tener “*en enunciados formulados en contextos jurídicos y morales, para ver si hay razones para*

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 20-21.

⁶¹ Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 25.

⁶² *Ídem*.

*considerar que algunos de ellos son distintivos del tipo de discurso en el que se alegan derechos humanos.”*⁶³

Las posiciones acerca de la noción de derecho subjetivo son: a) derecho como ausencia de prohibición; b) derecho como permisión directa; c) derecho como correlato de obligaciones activas o pasivas de otros; d) derecho como demanda; y, e) derecho como inmunidad.

a) *Derecho como ausencia de prohibición.* En ocasiones frases como “*tengo derecho a X*” se refieren al hecho de que, en ciertos sistemas, no hay una norma o principio que prohíba X, o bien que obligue a no X. Con ello se alude al hecho de que alguien que tenga derecho a una cierta acción (X) no implica nada de cómo deben reaccionar los demás ante ella, e incluso, el tener derecho a una conducta no entraña ningún tipo de protección de esa conducta.

Se podría oponer la llamada *norma de clausura*, es decir, la norma según la cual el sistema puede mencionar que toda conducta no prohibida está permitida y, en consecuencia, no se daría el supuesto de derecho como ausencia de prohibición sino de permisión; no obstante, la inclusión de dicha norma en el sistema, por una parte, es una cuestión contingente pero, sobre todo, en este numeral, se hace hincapié en que la conducta o acción se caracteriza “*de una falta de calificación normativa, o sea de una laguna normativa.*”⁶⁴

b) *Derecho como permisión directa.* En otras ocasiones enunciados tales como “*tengo derecho a x*” parecen⁶⁵ referirse a la existencia en el sistema de una norma que permite o autoriza una cierta acción. La norma de clausura mencionada podría considerarse como una norma de permisión directa.

⁶³ *Ídem.*

⁶⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁶⁵ La palabra “*parecen*” es utilizada por el propio autor, toda vez que, no obstante, la existencia de términos como “*derecho*”, “*permiso*”, “*licencia*”, “*autorización*”, etc., no hay consenso acerca de si éstas son normas autónomas o si son reducibles a normas de deber. El significado de *derecho* como deber, puede confundirse con el que alude a obligaciones correlativas de otros. *Ídem.*

A decir de dicho pensador, en el caso de las normas jurídicas, las normas permisivas implican al menos la promesa del que las emite de no interferir con la conducta permitida; por ejemplo,⁶⁶ supongamos que el órgano legislativo por un lado, mediante legislación, me permite la venta de medicamentos, es decir, tengo derecho a la venta de medicinas pero, por otro, enseguida me prohíbe su venta bajo el argumento de que mi derecho es efectivo a partir del 2008; en tal caso, la reacción es de haber violado una promesa de no interferir con mi derecho a la venta de fármacos. Situación diferente ocurre en el caso de los principios morales por no haber un órgano emisor.

c) *Derecho como correlato de obligaciones activas o pasivas de otros.* En éste punto, la expresión “*tengo derecho a X*”, por una parte, implica que X es una acción y entonces se trata de una norma que impone a otros el deber de dejar de hacer X o de facilitarme la realización de X, y; por la otra, si X es un beneficio, se refiere a una norma que impone a otros proporcionarme o hacerme X, o no quitarme o no hacerme X. En ocasiones las obligaciones son muy generales que constituyen un *perímetro protector* para el ejercicio de libertades del tipo de la subsección a).⁶⁷

d) *Derecho como demanda.* Para algunos autores, la noción de derecho como correlativo de deberes debe “*o bien completarse, o remplazarse, o alternarse con la referencia a la posibilidad del titular del derecho de reclamar o demandar cierta conducta de alguien.*”⁶⁸ Es este sentido, la voz “*tengo de derecho a x*” entraña el hecho de que el sistema contenga una norma en virtud de la cual el Juez tiene el deber de condenar a alguien a la realización de X, o bien como el poder de liberar o no a otro de un deber o de hacerlo o no cumplir.

Sin embargo –afirma Nino–, la idea de derecho como poder o como posibilidad de demandar o reclamar presenta varias dificultades. En primer lugar, no todo derecho da a su titular la facultad de desobligar a quien tiene el deber correlativo; en segundo término, tampoco todo derecho incluye la facultad de

⁶⁶ El ejemplo es propio.

⁶⁷ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos...*, op. cit., p. 27.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 28.

demandar, en un sentido fuerte su cumplimiento o la materialización de las consecuencias normativas de su incumplimiento; finalmente, la idea de reclamo o demanda no parece ser *constitutiva* del concepto de derecho sino *presuponer* tal concepto: se demanda el cumplimiento de un derecho o se reclama por su incumplimiento; por otra parte, el de demandar en sí mismo es un derecho que es distinguible, aunque sea parasitario, del derecho principal que se demanda.⁶⁹

e) *Derecho como inmunidad*. En este caso, la expresión “*tengo derecho a X*” establece la descalificación de la regulación aprobada por el órgano público. Se trata del significado de *derecho* como inmunidad constituido por la falta de competencia del poder público “*para alterar nuestra situación normativa o para realizar un acto que va en nuestro detrimento.*”⁷⁰

La falta de competencia para dictar normas, afecta de manera diferente según se trate de normas jurídicas o derechos morales. Si partimos del hecho de que la falta de competencia conlleva su inexistencia –máxime cuando explícitamente las normas de competencia incluyen la regla según la cual ninguna norma pertenecerá al sistema si no está dictada por órganos competentes acorde a las propias normas del sistema– entonces ésta falta para el caso de los derechos del tipo jurídico implica la referida inexistencia; en cambio cuando se trata de derechos morales, ellos aluden a la falta de competencia moral para dictar normas jurídicas y, por tanto, tal falta no repercute en su inexistencia sino en su validez moral.

De lo anterior –señala el autor– se sigue que “*el significado dominante de derecho subjetivo es el señalado en la subsección c), o sea el que alude a deberes correlativos de otros o a deberes que forman un perímetro protector.*”⁷¹

Finalmente, después de una propuesta de reconstrucción del concepto de derecho moral concluye con la caracterización de derecho subjetivo moral en los

⁶⁹*Ibidem*, p. 29.

⁷⁰*Ibidem*, p. 30.

⁷¹*Ibidem*, p. 31.

siguientes términos: “se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso”⁷².

De todo ello podemos señalar que, para Nino, válidamente podemos decir que los *derechos subjetivos* en el plano jurídico se caracterizan por ser reducibles a deberes correlativos de otros y, por otro lado, los derechos subjetivos morales se determinan por la asignación a personas morales pertenecientes a una misma clase de acceder a una situación tal que ella misma constituya un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso y, de lo contrario, su negación es moralmente errónea.

En suma, tanto en el plano jurídico como en el plano moral del cual se derivan los derechos humanos, es coherente hablar de *derechos subjetivos*.

En el mismo sentido, Francisco Laporta ha señalado que la tesis fuerte de la relación entre derechos y deberes o tesis de la correlatividad significa “que la expresión “*tener un derecho*” significa que otra u otras personas tienen un deber, es decir, que la noción de derecho es reducible a una noción lógicamente más primitiva que la de deber.”⁷³

Según este autor la tesis de la correlatividad presenta “*debilidades heurísticas en el plano de la explicación genética y de la justificación de enunciados normativos.*”⁷⁴ En este sentido, afirma que según la tesis fuerte, los deberes u obligaciones gozan de prioridad respecto de los derechos, es decir, el fundamento o la génesis de los derechos son las obligaciones del otro u otros. En otras palabras,

⁷² *Ibidem*, p. 40.

⁷³ Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987, p. 25.

⁷⁴ *Ídem*.

las obligaciones de los demás son previas a la existencia de mi derecho y, por ello, si decimos que “*A tiene derecho a X*” es porque los demás tienen un deber.

Por otra parte, su propuesta de una noción de “derecho” presenta los siguientes componentes:

“a) La adscripción a todos y cada uno de los miembros individuales de una clase de...

b)...una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etc...

c)...que se considera por el sistema normativo un *bien* tal que constituye una razón fuerte...

d)...para articular una protección normativa en su favor a través de la imposición de deberes u obligaciones, la atribución de poderes e inmunidades, la puesta a disposición de técnicas reclamatorias, etc...”⁷⁵

Agrega que, bajo esta concepción, la noción “*tener un derecho*” puede hallarse en sistemas normativos como el jurídico, moral o social e, incluso, expresiones como *derechos, deber, obligación, prohibición, facultad, permiso, etc.*, no son exclusivas del sistema jurídico.

Desde una perspectiva digamos condensada y procurando evitar el debate sobre el término *derecho subjetivo*, González Amuchastegui utiliza la expresión “*derecho en sentido subjetivo*”, su posición es que la primera se refiere a los derechos que los individuos ven reconocidos en los ordenamientos jurídicos. Observa que “*el concepto y fundamento de los derechos humanos se enmarca en un contexto moral*”,⁷⁶ es decir, es posible sostener que los derechos humanos son

⁷⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁷⁶ González Amuchastegui, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 305.

derechos morales, los derechos en sentido subjetivo están al margen del Derecho en sentido objetivo.

Desde su posición, es viable entender a los derechos y, por tanto, a los derechos humanos, en un sentido subjetivo como un título o facultad propios de ciertos sujetos al margen del Derecho en sentido objetivo, como ordenamiento jurídico positivo o como conjunto de reglas o normas. En otras palabras –afirma– *“no considero que la categoría “derecho a...” sea exclusiva de los contextos jurídicos, como tampoco lo son las demás categorías normativas “facultad”, “permiso”, “obligación”, “prohibición”, etc.”*⁷⁷

De lo dicho, estaría de acuerdo en que el término “derecho subjetivo” no tiene que ser extensible a cualquier preocupación o exigencia más o menos justificada política o moralmente; en este sentido, estaría de acuerdo con la tesis de la separación. Sin embargo, en virtud de que propongo el tratamiento de los derechos humanos como verdaderos derechos subjetivos, o sea como garantías primarias y, por ende, con todo y sus medios de protección y/o reparación o garantías secundarias y medios de incorporación, la tesis de la correlatividad me ayuda a entender que los derechos humanos pueden exigirse y garantizarse por parte del Estado y de los particulares e, incluso, aun en contra del reconocimiento estatal. En consecuencia, no comparto la idea de ver a los derechos y libertades como una concesión del Estado; además, que la voluntad o el querer, o la utilidad, o la unión del querer y de la utilidad de la persona, pueden o no puede corresponderse con ellos.

⁷⁷ *Ibídem*, p. 306.

CONCLUSIONES

PRIMERA. – Los derechos humanos y derechos fundamentales deben de ser compatibles con la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la persona.

SEGUNDA. - Las expectativas de las personas se nutren de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.

TERCERA. - Los derechos humanos y derechos fundamentales son susceptibles de igual protección por parte de los sistemas jurídicos concretos.

CUARTA. - Los criterios formales y materiales de incorporación de los derechos humanos y derechos fundamentales son los estándares de recepción en el catálogo de protección de las personas.

CAPÍTULO SEGUNDO

**PRESUPUESTOS DEL LIBERALISMO CLÁSICO Y
RAWLSIANO**

CAPÍTULO SEGUNDO

PRESUPUESTOS DEL LIBERALISMO CLÁSICO Y RAWLSIANO

2.1 Introducción

Partiendo de que lo que distingue a un derecho humano de uno fundamental es el criterio de incorporación de reconocimiento y que los criterios pueden ser tanto formales como materiales, en los siguientes dos capítulos busco determinar los presupuestos materiales desde el liberalismo y el comunitarismo. En marco del debate de filosofía política entre el liberalismo y el comunitarismo, el presente capítulo pretende delinear los presupuestos básicos de la corriente de filosofía política llamada liberalismo y la importancia y papel que para ésta tienen como criterio material.

Estos presupuestos liberales abarcan el denominado liberalismo clásico y el liberalismo rawlsiano.

Por liberalismo clásico entiendo los autores de filosofía política de los siglos XVII y XVIII que tratan de justificar al Estado, desde un punto de vista racional, ya no desde la óptica divina o hereditaria. Entre los autores que se analizan están Hobbes, Locke, Rousseau, Hume y Spinoza.

Estos autores serán abordados desde tres ejes centrales: el estado de naturaleza o condición presocial, el contrato social y la sociedad civil. Así, uno de los aspectos relevantes y punto de partida de los contractualistas clásicos, es decir, de aquellos autores de los siglos XVII y XVIII que dan una justificación a la sociedad civil o Estado apartándose de Dios o del carácter hereditario de éste, lo constituye el “*estado de naturaleza*” o “*condición de libertad*”.

Y aunque no se tienen datos empíricos exactos de la existencia de tal estado de naturaleza como hecho histórico del hombre hablar de ese “*estado presocial*” como ficción filosófica es una herramienta muy útil para explicar o concebir la forma

en que los seres humanos se encontraban antes de unirse en sociedad; su forma de vida, su naturaleza, sus derechos.

Siendo de suma relevancia la comparación de las condiciones que tienen los seres humanos tanto en un *estado presocial* como en una sociedad civil y, por consiguiente, de la justificación de ésta última. Sin obviar que dicho paso se da mediante la conformación del llamado *contrato social*, esto es, el pacto que hacen los hombres desprendiéndose de ciertos derechos para acceder al Estado que tiene el deber de garantizarlos y respetarlos.

Lo cual nos llevará a establecer los presupuestos del liberalismo clásico; por ejemplo: una visión individualista del hombre, la prioridad de lo justo sobre lo bueno, la tesis de unos derechos como inherentes al individuo, la tesis universalista de los derechos humanos, la tesis de la racionalidad instrumental sobre la de la racionalidad deliberativa, una concepción contractualista del origen del Estado, la idea de que el consentimiento es el fundamento del poder político y la tesis del Estado neutral.

Presupuestos que nos sirven de base para entender porque la teoría de la justicia de John Rawls se debe considerar como liberal y de éste se aborda su propuesta para establecer las condiciones de una sociedad justa, misma que será el objeto de interés y crítica de los comunitaristas que revisaré en el siguiente capítulo.

2.2 La condición presocial del hombre.

Thomas Hobbes puede considerarse como el primero en referirse conjuntamente a la teoría contractualista, al estado presocial o estado de naturaleza de los hombres, llamándolo "*estado de guerra*". En la naturaleza del hombre –dice el filósofo- se encuentran las tres principales causas de discordia: la competencia, que impulsa a los hombres a atacarse para lograr un beneficio; la desconfianza, que los impulsa para lograr seguridad; y, la gloria, que los impulsa a ganar reputación.

El hombre, por naturaleza conflictivo, al unirse con otros y formar un grupo, vive sin otra seguridad que aquella que le brinda su propia fuerza e inventiva; es decir, se trata de un periodo en que los hombres viven sin un poder superior común que concilie sus intereses y los atemorice y, por tanto, en una condición o estado de guerra: “*una guerra tal que es la de todos contra todos*”.⁷⁸

En condiciones de una guerra de todos contra todos, el hombre tiene el continuo temor y peligro de muerte violenta y su vida es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve. En tal estado, nada puede ser injusto y conceptos como derecho, ilegalidad, justicia e injusticia no son concebibles; donde no hay poder común –afirma Hobbes- la ley no existe y donde no hay ley, no hay justicia⁷⁹. Por tanto, cualidades como justicia e injusticia sólo son atribuibles al hombre en sociedad, no en solitario. Y, al contrario de Locke, agrega: “Es natural también que en dicha condición no existan propiedad ni dominio y distinción entre tuyo y mío; solo pertenece a cada uno lo que puede afirmarse de esa miserable condición en que el hombre se encuentra por obra de la simple naturaleza, si bien tiene una cierta posibilidad de superar ese estado, en parte por sus pasiones, en parte por su razón”.⁸⁰

Efectivamente, no obstante, la miserable condición en que, por virtud de su naturaleza se encuentra el hombre, tiene la posibilidad de superar ese estado y las herramientas que le conducirán al logro de dicha superación son las pasiones y la razón:

Las pasiones que inclinan a los hombres a la paz son el temor a la muerte, el deseo de las cosas que son necesarias para una vida confortable y la esperanza de obtenerlas por medio trabajo.

⁷⁸ Hobbes, Thomas. *Leviatán*, trad. Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 2004, p. 102.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 104.

⁸⁰ *Ídem*.

La razón sugiere adecuadas normas de paz, a las cuales pueden llegar los hombres por mutuo consenso. Estas normas son las que, por otra parte, se llaman leyes de naturaleza.⁸¹

Antes de explicar como el hombre va a superar esa miserable condición va a puntualizar el sentido de los conceptos de: derecho de naturaleza, libertad y ley natural.

Por derecho de naturaleza o *jus naturale*, entiende a la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida y, por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin. Por libertad, entiende a la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que su juicio y razón le dicten. Ley de naturaleza (*lex naturalis*) es un precepto o norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que pueda destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada.

Según el pensador en comento, los hombres, en condición de estado de guerra, tienen el derecho de hacer cualquier cosa para proteger su vida en contra de sus enemigos y el derecho natural de cada uno con respecto a todas las cosas y, por ende, un entorno donde no puede haber seguridad para nadie. De ello – afirma – resulta el precepto o regla general de la razón, en virtud del cual:

Cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra. La primera fase de esta regla contiene la primera y fundamental ley de la naturaleza, a saber: buscar la paz y seguirla. La

⁸¹ *Ibíd.*, p. 105.

segunda, la suma del derecho de naturaleza, es decir: defendernos a nosotros mismos, por todos los medios posibles.⁸²

En efecto, en armonía con la proposición de que las pasiones inclinan al hombre a la paz, la primera ley de la naturaleza le imprime un mayor compromiso impulsándolo, mientras exista esperanza, a esforzarse por buscar la paz; una paz que percibo no como cualquiera, sino con una forma particular, esto es, un tipo de paz que califico de “paz consensuada”. Me explico, no es posible señalar la conquista de la paz en el caso de que algún hombre u hombres se esfuercen en conseguirla y, por tal motivo, consientan en renunciar al derecho, válido en un estado de guerra, sobre todas las cosas y, por el contrario, algunos otros no acceden en renunciar; admitir lo opuesto, colocaría a los pacíficos en desventaja, toda vez que sufrirían del constante despojo de sus cosas por parte de quienes persisten en una situación de todos contra todos.

En esta dirección, superar el estado de guerra y alcanzar la paz por consenso significa la manifestación de todos los hombres de renunciar a su derecho sobre las cosas y, al mismo tiempo, de desprenderse de la libertad de impedir a otro el beneficio de las cosas; cabe señalar que dicha renuncia no es con carácter definitivo y su duración estará condicionada al logro y permanencia de la paz. En sus palabras: de la primera y fundamental ley de la naturaleza se deriva la segunda:

que uno accede, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacer con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo.⁸³

Pues bien, aunque significativos, la declaración de renunciar o transferir su derecho sobre las cosas y el aseguramiento de una paz consensuada, no son

⁸²*Ídem.*

⁸³*Ídem.*

suficientes para que el hombre abandone su condición de estado de guerra. El deseo del hombre por superar una situación de todos contra todos se vuelve infructuoso sin la presencia de un poder que “los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de naturaleza”⁸⁴. De ahí que, entiéndase por leyes de la naturaleza, cuando no existe el temor a un poder que obligue a su observancia y cuando son contrarias a las pasiones naturales de los hombres e inducen “a la parcialidad, al orgullo, a la venganza y a cosas semejantes”.⁸⁵

Por el contrario, John Locke, no concibió al estado presocial como una guerra de todos contra todos⁸⁶, sino como “un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre”.⁸⁷ Y agrega, “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”.⁸⁸

Coincidentemente con Hobbes en Locke asoman ya dos postulados claves para el liberalismo: la libertad e igualdad de los hombres. Locke defiende esta posición con base en que el estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que gobierna y obliga a todos, es decir, “que siendo todos los hombres iguales e

⁸⁴ *Ibidem*, 137.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Distinción que señala en los siguientes términos: “Aquí tenemos la clara diferencia entre el estado de naturaleza y el estado de guerra; y a pesar de que algunos los han confundido, se diferencian mucho el uno del otro. Pues el primero es un estado de paz, buena voluntad, asistencia mutua y conservación, mientras que el segundo es un estado de enemistad, malicia, violencia y mutua destrucción. Propiamente hablando, el estado de naturaleza es aquel en el que los hombres viven juntos conforme a la razón, sin un poder terrenal, común y superior a todos, con autoridad para juzgarlos. Pero la fuerza o una intención declarada de utilizar la fuerza sobre la persona de otro individuo allí donde no hay un poder superior y común al que recurrir para encontrar en él alivio, es el estado de guerra; y la falta de la oportunidad de apelar lo que le da al hombre el derecho de hacer la guerra a un agresor, incluso aunque éste vivía en sociedad y sea un conciudadano”. Locke, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2004, p. 48.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 36.

⁸⁸ *Ibidem*.

independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones”.⁸⁹

Así, en el estado de naturaleza, todo hombre debe proteger lo suyo lo mejor que pueda, así como intentar preservarse a sí mismo y al resto de la humanidad; a menos que se trate de hacer justicia con quien ha cometido una ofensa, tiene el deber de no quitar o menoscabar lo que tiende a la preservación de la vida, la libertad, la salud los miembros o los bienes de otro. Y para que todos los hombres se abstengan de invadir los derechos de los demás y de dañarse el uno al otro, y se observe la ley de la naturaleza, los medios para ejecutarla están en manos de todos, “de tal modo que cada uno tiene el derecho de castigar a los transgresores de dicha la ley en la medida en que ésta se violada”.⁹⁰ Además, del derecho a castigar el crimen cometido a fin de contenerlo y que tiene todo el mundo se tiene el derecho a buscar la reparación, el cual solo tiene el que ha sido injuriado.⁹¹

Y dado el derecho de autoconservación cada hombre tiene el poder de castigar el crimen a fin de prevenir que vuelva a ser cometido y tiene ese poder debido a su derecho a conservar a toda la humanidad y, por ende, de hacer todo lo que estime razonable para alcanzar ese propósito. Incluso cualquier hombre tiene el poder de matar a un asesino o castigar a un delincuente, pues éste renunció a la razón y a la ley, ha declarado la guerra contra toda la humanidad, por la violencia y asesinato cometidos sobre uno de sus miembros y, por lo tanto, puede ser destruido como si fuera un león o un tigre, o una de esas bestias salvajes con las que los hombres no pueden tener sociedad o seguridad.

Así las cosas Locke señala que en ello la ley de la naturaleza que señala: “Quien derrama la sangre de un hombre está sujeto a que otro hombre derrame la suya”⁹²; pues bien, ahora la cuestión es preguntarse si se debe aplicar ese mismo

⁸⁹ *Ibídem*, p. 38.

⁹⁰ *Ibídem*, pp. 38-39.

⁹¹ En palabras del propio Locke: “Quien ha sufrido el daño tiene el derecho de exigir, en su propio nombre, una reparación, y es él y sólo él quien puede perdonarla”. *Ibídem*, p. 41.

⁹² *Ibídem*, p. 42.

castigo tratándose de infracciones menores y el propio autor responde en los siguientes términos, “cada transgresión debe ser castigada en el grado y con la severidad que sea suficiente para que el ofensor salga perdiendo, para darle motivo a que se arrepienta de su acción y para atemorizar a otros con el fin de que no cometan un hecho semejante”.⁹³

Aunque más adelante ahondo en el derecho de propiedad según Locke; por el momento, vale decir que, en oposición a Hobbes, considera que, en el estado de naturaleza, la propiedad era común en el sentido de que todo el mundo tenía derecho a sacar sus medios de subsistencia de todo lo que la naturaleza ofrece. El derecho a la propiedad privada surge porque un hombre extiende, por su trabajo, su propia mano a los objetos producidos, al gastar su energía interna en ellos los convierte en parte de sí mismo y, de ahí, que su valor dependa del trabajo empleado en ellos⁹⁴. De lo anterior, se sigue que para Locke la propiedad es incluso anterior aún a la sociedad primitiva que describe como estado de naturaleza, “y ello, sin necesidad de que haya un acuerdo expreso entre los miembros de la comunidad”.⁹⁵

Se trata de un derecho que todo individuo lleva a la sociedad en su propia persona del mismo modo que la energía física de su cuerpo. De ahí que la sociedad no sea la que instituya éste derecho, y salvo de ciertos límites no pueda estar regulado, porque tanto el gobierno como la sociedad existen para proteger el derecho privado de propiedad anterior a ellos. En otras palabras, la sociedad existe para proteger los derechos naturales de las personas y, además, sólo pueden ser regulados en la medida en que es necesario hacerlo para darles efectiva protección,

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Ello se desprende de pasajes como los siguientes: “Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres”; en similar sentido “Tampoco es tan extraño como quizá pudiese parecerlo a primera vista el hecho de que el trabajo sea capaz de dar más valor a la tierra que cuando ésta era común; pues es el trabajo lo que introduce la diferencia de valor en todas las cosas”. Locke, John, *op. cit.*, pp. 56-57 y pp. 67, respectivamente.

⁹⁵ *Ibidem.*, p. 56.

es decir, la “vida, libertad y posesiones” de una persona sólo pueden ser limitados para hacer efectivos los derechos de otra persona.

Una posición teórica distinta la ofrece Hume; según éste, “de todos los animales que pueblan el globo, no existe otro con quien la naturaleza haya parecido ser más cruel, a primera vista, que con el hombre, dadas las innumerables carencias y necesidades de que la naturaleza le ha provisto y los limitados medios que le proporciona para la satisfacción de estas necesidades”.⁹⁶

Y es que tan sólo en el hombre el enlace entre debilidad y necesidad es mayormente visible. No sólo debe buscar su alimento o producirlo mediante su trabajo sino que también debe poseer vestido y habitación contra las inclemencias de la intemperie y “si consideramos al hombre solamente en sí mismo, vemos que no está provisto de garras y que no tiene fuerza, ni ninguna otra capacidad natural que pudiera corresponder de algún modo a tantas necesidades como tiene”.⁹⁷ De tal suerte que sólo en sociedad es capaz de suplir esos defectos y alcanzar la igualdad con los restantes seres y hasta adquirir la superioridad sobre ellos. Concluyendo:

Mediante la sociedad, todas sus debilidades se ven compensadas, y, aunque en esa situación se multipliquen por momentos sus necesidades, con todo aumenta aún más su capacidad, dejándole de todo punto más satisfecho y feliz de lo que podría haber sido de permanecer en su condición salvaje y solitaria...Nuestro poder se ve aumentado gracias a la conjunción de fuerzas. Nuestra capacidad se incrementa gracias a la división del trabajo. Y nos vemos menos expuestos al azar y la casualidad gracias al auxilio mutuo. La

⁹⁶ Hume, David. *Tratado de la naturaleza humana*, trad. de Félix Duque, Tecnos, Madrid, 2013, p. 653.

⁹⁷ *Ídem*.

sociedad se convierte en algo ventajoso mediante esta fuerza, capacidad y seguridad adicionales.⁹⁸

No obstante, lo ventajoso de formar una sociedad, igualmente se requiere de la sensibilidad de los hombres y se den cuenta de estas ventajas y lo cual resulta imposible en su estado salvaje e inculto e, incluso, ni por el estudio y reflexión pueden llegar a alcanzar este conocimiento. Sin embargo, “Afortunadamente, a las necesidades que tienen un remedio remoto y obscuro va unida otra necesidad cuyo remedio es más obvio y, cercano, por lo que puede ser justamente considerada como el principio original y primero de la sociedad humana. Esta necesidad no es otra cosa que el natural apetito sexual, que une a los hombre y preserva su unión hasta que, con el interés por la prole común, surge un nuevo vínculo”.⁹⁹

Y es que este nuevo interés es también un principio de unión entre padres e hijos, y forman una sociedad más numerosa, en la que los padres gobiernan por su mayor fuerza y sabiduría y al mismo tiempo son moderados en el ejercicio de esta autoridad por el afecto que profesan a sus hijos. Así, la costumbre y el hábito, actuando sobre las almas de los hijos, los hacen sensibles a las ventajas que pueden sacar de la sociedad, al mismo tiempo los hacen gradualmente también aptos para ella, disminuyendo su rudeza y reprimiendo las afecciones insociales que evitan su unión.

Ahora bien, según Hume, aunque las pasiones sexuales y la afección puedan hacer necesaria la sociedad, existen otras particularidades en el temperamento y en las circunstancias externas que son nocivas a tal unión. Específicamente entre las primeras se encuentra la del egoísmo y, evidentemente, en franca oposición a Hobbes determina que “hablando en general; las descripciones que ciertos filósofos gustan de hacerse de la humanidad, a este respecto, se hallan tan alejadas de la naturaleza como cualquier cuento de monstruos que podamos encontrar en las fábulas y narraciones. Tan lejos estoy de pensar que los hombres no sienten afecto

⁹⁸ *Ibidem*, p. 653-654.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 654.

por nada que vaya más allá de sí mismos, que soy de la opinión de que aun cuando resulte difícil encontrar a una persona que ame a otra más que a sí misma, es, con todo, igualmente difícil encontrar a alguien en quien sus afecciones benévolas tomadas en conjunto no superen al egoísmo”.¹⁰⁰

En coincidencia con Hobbes Rousseau, pero al contrario de Locke, para Hume las nociones de justicia e injusticia no pueden ser apreciadas en un estado salvaje. Aunque el jefe de familia procurará la satisfacción de las necesidades de sus miembros se puede dar una paradoja en el sentido de que mientras una persona se ama más a sí misma y, al mismo tiempo, debe servir y velar por su familia, resulta, por ello, una difícil conciliación entre el egoísmo y el amor a los demás, poniendo en riesgo a la sociedad. Ahora bien, en la naturaleza inculta de los hombres es impensable encontrar un remedio para dicho inconveniente y, asimismo, la idea de justicia “no puede servir nunca a este propósito ni tampoco puede ser considerada como un principio natural capaz de inspirar en los hombres un comportamiento equitativo de los unos para con los otros”.¹⁰¹ En otras palabras:

Tal como se ha entendido ahora, esta virtud no habría podido salir de la mente de hombres rudos y salvajes, pues la noción de delito o injusticia implica una inmoralidad o vicio cometida contra otra persona. Y como toda inmoralidad procede de algún defecto o corrupción de las pasiones, y este defecto debe ser juzgado en gran medida según el curso ordinario de la naturaleza en la constitución de la mente, será bien fácil saber cuándo somos culpables de alguna inmoralidad para con otras personas, mediante la consideración de la fuerza natural y habitual de las distintas afecciones que sean dirigidas hacia a ellas”.¹⁰²

¹⁰⁰ *Ibídem*, p. 655.

¹⁰¹ *Ibídem*, pp. 656-657.

¹⁰² *Ibídem*, p. 657.

Por otro lado, el principio según el cual los hombres que tienen afecciones primero a sí mismos, luego a sus próximos y las más lejanas a extranjeros o personas indiferentes se convierte en un criterio moral, constituye así un *artificio* para lo que es irregular y nocivo en las afecciones. En este sentido, y tomando en cuenta que las principales perturbaciones que surgen en la sociedad son las derivadas de los bienes externos y de su transición se deben establecer, al igual que con las afecciones, un criterio que brinde ventajas fijas y constantes. Siendo el caso que “esto no puede hacerse de otra manera que, mediante la convención, en la que participan todos los miembros de la sociedad, de conferir estabilidad a la posesión de estos bienes externos, dejando que cada uno disfrute pacíficamente de aquello que pudo conseguir gracias a su laboriosidad o suerte. De esta forma, todo el mundo sabe lo que es posible poseer con seguridad, y las posesiones se ven restringidas en sus movimientos partidistas y contradictorios”.¹⁰³

Todo lo anterior le permiten a Hume llegar a conclusiones que, a pesar de su extensión, por su elegancia y a fin de no alterar el sentido me permito transcribir textualmente:

Una vez implantada esta convención concerniente a la abstención de las posesiones ajenas, y cuando ya todo el mundo ha adquirido la estabilidad de sus posesiones, surgen inmediatamente las ideas de justicia e injusticia, como también las de *propiedad, derecho y obligación*. Estas últimas son absolutamente ininteligibles sin haber entendido antes las primeras. Llamamos propiedad a aquellos bienes cuya constante posesión ha sido establecida por las leyes de la sociedad: esto es, por las leyes de la justicia. Por tanto, los que utilizan las palabras *propiedad, derecho y obligación* antes de explicar ese origen cometen una crasa falacia y son incapaces de razonar sobre una base firme. La propiedad de

¹⁰³ *Ibidem*, p. 658. Cabe destacar que para Hume la naturaleza de este tipo de convención no es el de una *promesa*. La convención “consiste únicamente en un sentimiento general de interés común: todos los miembros de la sociedad se comunican mutuamente este sentimiento, que les induce a regular su conducta mediante ciertas reglas.” *Ibidem*, p. 659.

una persona es algún objeto con ella relacionado. Esta relación no es natural, sino moral, y está basada en la justicia. Por ello supone invertir por completo el asunto imaginar que podemos tener alguna idea de propiedad antes de haber comprendido por entero la idea de justicia y mostrado su origen en el artificio y designio de los hombres. El origen de la justicia explica el de la propiedad. Es el mismo artificio el que da lugar a ambas virtudes. Como nuestro sentimiento primero, y más natural, de lo que es moral está basado en la naturaleza de nuestras pasiones, y otorga la preferencia a nosotros y a nuestros amigos por encima de los extraños, resulta imposible que pueda existir algo así como un derecho o propiedad establecidos mientras las pasiones opuestas de los hombres les empujen en direcciones contrarias y no se vean restringidas por una convención o acuerdo.

A nadie puede le puede caber duda de que la convención para distinguir la propiedad y estabilizar la posesión es, de todo respecto, lo más necesaria para la constitución de una sociedad humana; después de haber llegado a un acuerdo para fijar y obedecer esta regla queda poco o nada que hacer para asegurar una perfecta armonía y concordia.¹⁰⁴

Si para Hobbes el estado de naturaleza es un estado de guerra y para Locke de perfecta libertad e igualdad, en Hume dicho estado ha de ser considerado como una mera ficción filosófica que jamás ha tenido ni puede tener una realidad y, más aún, al establecerse esa regla para la estabilidad de la posesión y que ésta debe considerarse como de difícil invención, entonces la constitución de la sociedad es el efecto de mucho tiempo. Además, cada padre debe establecerla para mantener la paz entre sus hijos y que este primer rudimento de justicia debe ser mejorado cada día cuando la sociedad sea hace más grande. De ahí que, “si todo esto resulta evidente -como tiene ciertamente que resultar- podemos concluir que a los hombres

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 660-661.

les es absolutamente imposible permanecer durante un período de tiempo considerable en esa salvaje condición presocial, sino que ya su primer estado y situación debe con justicia considerarse como social”.¹⁰⁵

En contraste con lo anteriormente señalado, para Rousseau “todos los filósofos que han examinado los fundamentos de la sociedad han comprendido la necesidad de retrotraer la investigación al estado de naturaleza, pero ninguno de ellos ha llegado hasta ahí”.¹⁰⁶ Critica a los que sostienen que en tal estado los hombres tienen la noción de justo o injusto, por no cuidarse de probar que pudiera haber existido tal noción, ni que fuera útil; frente a quienes argumentan de un derecho natural que tiene cada cual de conservar lo que le pertenece, les increpa que no explican lo qué entendían por pertenecer y, finalmente, a quienes atribuyen primero al más fuerte la autoridad sobre el más débil y han hecho en seguida nacer el gobierno les controvierde de que no caen en la cuenta del tiempo que debió pasar para que las palabras autoridad y gobierno pudieran existir y cobrar sentido entre los hombres. En resumen, “Todos, en fin, hablando sin cesar de necesidad, de codicia, de opresión, de deseo y de orgullo, han transferido al estado de naturaleza ideas tomadas de la sociedad: hablaban del hombre salvaje, y describían al hombre civil”.¹⁰⁷

A diferencia de Hume considera que si bien el hombre en el estado de naturaleza está en desventaja por ser menos fuerte o ágil en relación con los demás animales, en conjunto es el más “ventajosamente organizado de todos; le veo saciándose bajo una encina, aplacando su sed en el primer arroyo y hallando su lecho al pie del mismo árbol que le ha proporcionado el alimento; he ahí sus necesidades satisfechas”.¹⁰⁸ Esto lleva a que, siendo el cuerpo del hombre salvaje su único instrumento lo emplea en usos diversos, y viendo que los otros animales le superan en fuerza él los supera en destreza. Ahora bien, desde un aspecto llamado

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 663.

¹⁰⁶ Rousseau, Juan Jacobo. *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, trad. de Ángel Pumarega, Calpe, Madrid, 1923, p. 13.

¹⁰⁷ *Ídem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 15.

metafísico y moral para Rousseau, “hay una cualidad muy específica que los distingue y sobre la cual no puede haber discusión: es la facultad de perfeccionarse, facultad que, ayudada por las circunstancias, desarrolla sucesivamente todas las demás, facultad que posee tanto nuestra especie como el individuo; mientras que el animal es al cabo de algunos meses lo que será toda su vida, y su especie es al cabo de mil años lo mismo que era el primero de esos mil”.¹⁰⁹

En su obra *El contrato social* al comienzo de su análisis de las primeras sociedades, sostiene que la sociedad más antigua de todas, y la única natural, es la de una familia. Que en esta sociedad los hijos solo permanecen unidos al padre mientras necesitan de su cuidado para conservarse. Si continúan juntos, ya no es forzosa y naturalmente, sino por su voluntad; y la familia misma no se mantiene sino por convención. Esta libertad común “es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es velar por su propia conservación; sus primeros cuidados son los que se debe a él mismo. Llegado a la edad de la razón, siendo el juez exclusivo de los medios adecuados para conservarse, se convierte, por tanto, en su propio dueño”¹¹⁰. Esto es, la familia es el primer modelo de las sociedades políticas.

Parece coincidir con Hume en el sentido de que es posible encontrar un modelo de familia en el estado de naturaleza. Con Hobbes y Locke lo hace cuando dice que el hombre buscará su propia conservación. Digo que parece coincidir con Hume porque, no obstante, que en el *Discurso sobre el origen de la desigualdad de los hombres*, hablando sobre los problemas del origen de las lenguas, y al hacer referencia a que muchos han dicho que las lenguas han nacido en el comercio doméstico de padres, madre e hijos; ofrece un panorama distinto al decir que “esto no resolvería las objeciones, sería cometer el error de quienes, razonando sobre el estado de naturaleza, transfieren a éste ideas tomadas de la sociedad; ven a la familia reunida en una misma habitación y a sus miembros observando entre sí una unión tan íntima y tan permanente como entre nosotros, en que tantos intereses

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 19.

¹¹⁰ Rousseau, Jean-Jaques, *El contrato social*, trad. de Enrique Ascoaga, España, Edaf, 2001, p. 41.

comunes los reúnen...”¹¹¹ De tal suerte que parece que el propio Rousseau incurriría en el error por él denunciado al trasladar la idea de la familia en una sociedad civil al estado de naturaleza.

En otras palabras, dicho error consistiría en advertir, con base en su texto *El contrato social*, en que derivado de que la familia es la más antigua de todas las sociedades es permitido asegurar que se presentó incluso en el estado de naturaleza y, por el otro, en que se le atribuyan ciertas características dadas en sociedad; situación que evidentemente entraría en disputa con lo expuesto en su texto el *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*, donde critica a los que trasladan el modelo de familia moderno al estado de naturaleza. Más aún si agregamos que para Rousseau, muy al contrario, nada habría sido más miserable que un hombre salvaje deslumbrado por los conocimientos, atormentado por las pasiones y razonando sobre un estado diferente al suyo.

Si se me permite, cabe agregar que, en tal estado de cosas, aunque el hombre no tenga ninguna idea de bondad, no comparte con Hobbes el argumento de que “el hombre sea naturalmente malo; vicioso, porque no conoce la virtud; que niega siempre a sus semejantes los servicios que cree no deberles; que, en virtud del derecho que se arroga sobre las cosas que necesita, se imagina insensatamente ser el propietario único del universo entero”;¹¹² y le otorga a ese hombre la virtud de la piedad como “una disposición adecuada a seres tan débiles y sujetos a tantos males como somos nosotros; virtud tanto más universal y tanto más útil al hombre cuanto que precede al uso de toda reflexión, y tan natural, que las bestias mismas dan de ella algunas veces sensibles muestras”.¹¹³ Es por tanto, la piedad un

¹¹¹ Incluso, hablando de la familia, afirma que no puede darse en el estado de naturaleza, pues: “al contrario, no habiendo en ese estado primitivo ni casas, ni cabañas, ni propiedades de ninguna especie, cada cual se alojaba al azar, y frecuentemente por una sola noche; los machos y las hembras se ayuntaban fortuitamente, al azar del encuentro, según la ocasión y el deseo, y con la misma facilidad se separaban.” Rousseau, Juan Jacobo, *Discurso sobre...* *op. cit.*, p. 22.

¹¹² *Ibidem*, p. 26.

¹¹³ *Ídem*.

sentimiento natural que, moderado en cada individuo de su amor a sí mismo, concurre a la mutua conservación de la especie. En resumidas cuentas:

Ella nos impulsa sin previa reflexión al socorro de aquellos a quienes vemos sufrir; ella substituye en el estado natural a las leyes, a las costumbres y a la virtud, con la ventaja de que nadie se siente tentado de desobedecer su dulce voz; ella disuadirá a un salvaje fuerte de quitar a una débil criatura o a un viejo achacoso el alimento que han adquirido penosamente, si espera hallar el suyo en otra parte; ella inspira a todos los hombres, en lugar de la sublime máxima de justicia razonada *Pórtate con los demás como quieres que se porten contigo*, esta otra de bondad natural, acaso menos perfecta, pero mucho más útil que la anterior: *Haz tu bien con el menor daño posible para otro*. En una palabra: es en este sentimiento natural, más bien que en los sutiles argumentos, donde hay que buscar la causa de la repugnancia que todo hombre siente a obrar mal, aun independientemente de los preceptos de la educación.¹¹⁴

Retomando, es, pues, un aparente error, siendo Rousseau coincidente con su postura debido a que cuando habla de la familia lo hace en el sentido de que la familia es la más antigua de las sociedades, pero incuestionablemente refiriéndose a una sociedad política o civil y no en estado de naturaleza y, por consiguiente, tampoco traslada características de la familia a dicho estado. En refuerzo de ello vale mencionar que para el ginebrino la familia es “el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre; el pueblo la de los hijos, y todos, habiendo nacido iguales y libres, no alientan su libertad más que por cierta utilidad.”¹¹⁵ Más bien, la pregunta es: ¿junto con el nacimiento de la familia se dio el

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 28. Abundando describe que: “Toda diferencia radica en que en la familia el amor del padre hacia sus hijos le recompensa de los cuidados que les dispensa, en tanto que en el Estado es el placer de mandar lo que reemplaza a ese amor que el jefe no siente por sus pueblos. *Ibidem*, pp. 41-42.

¹¹⁵ Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social... op. cit.*, p. 41.

nacimiento de la sociedad civil?; dependiendo de la respuesta, me parece, que las consecuencias son distintas. Dejo el tema que retomaré más adelante y, por el momento, siguiendo las palabras del filósofo, vale concluir que:

el hombre salvaje, errante en los bosques, sin industria, sin palabra, sin domicilio, sin guerra y sin relaciones, sin necesidad alguna de sus semejantes, así como sin ningún deseo de perjudicarlos, quizá hasta sin reconocer nunca a ninguno individualmente; sujeto a pocas pasiones y bastándose a sí mismo, sólo tenía los sentimientos y las luces propias de este estado, sólo sentía sus verdaderas necesidades, sólo miraba aquello que le interesaba ver, y su inteligencia no progresaba más que su vanidad. Si por casualidad hacía algún descubrimiento, tanto menos podía comunicarlo cuanto que ni reconocía a sus hijos. El arte perecía con el inventor. No había educación ni progreso; las generaciones se multiplicaban inútilmente, y, partiendo siempre cada una del mismo punto, los siglos transcurrían en la tosquedad de las primeras edades; la especie era ya vieja, y el hombre seguía siendo siempre niño.¹¹⁶

Al igual que en Hobbes, en Rousseau el hombre del estado de naturaleza es bruto e ignorante, si vida es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve dice el primero, salvaje y sin relaciones con sus semejantes dice el segundo; aunque ambos, a diferencia de Locke, coinciden en señalar que las nociones de justo o injusto no son atribuibles al hombre en tal estado de naturaleza. En este sentido, Montesquieu es coincidente con el autor del *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* al atribuir relaciones de justicia en un estado de naturaleza y con Hume en se trata de un estado de suma igualdad. Pero, en éste estado presocial, presenta al hombre con un sentimiento de debilidad.

¹¹⁶ Rousseau, Juan Jacobo, *Discurso sobre... op. cit.*, p. 30.

Según Montesquieu, el mundo no es un caos, no es un producto de la fatalidad ciega sino una realidad regida por leyes; y la ley es la relación necesaria que se deriva de la naturaleza de las cosas; esto es, “el mundo formado por el movimiento de la materia, y privado de la inteligencia, sigue subsistiendo. Es preciso, por tanto, que sus movimientos tengan leyes invariables, de modo que si se pudiera imaginar otro mundo distinto de éste tendría igualmente reglas constantes, pues de lo contrario se destruiría.¹¹⁷ Al igual que en el mundo, e incluso que en el universo, existen leyes inmutables derivadas de la naturaleza de las cosas, “los seres particulares inteligentes pueden tener leyes hechas por ellos mismos, pero tienen también otras que no hicieron. Antes de que hubiese seres inteligentes; éstos eran ya posibles; así, pues, tenían relaciones posibles, y, por consiguiente, leyes posibles. Antes de que se hubieran dado leyes había relaciones de justicia posibles”.¹¹⁸ Y, en este contexto, por leyes, entiende tanto las positivas como la que se dan en el estado de naturaleza.

El hombre, en cuanto ser físico, también está gobernado por leyes como los demás cuerpos; pero, en la medida en que es un ser inteligente, quebranta sin cesar las leyes fijadas por Dios, y las que él mismo establece, siendo por ello necesario la religión para que no se olvide de su creador, la moral para que no se olvide de él mismo, y la política para que se organice socialmente.

Sin embargo, antes de todas esas leyes están las de la naturaleza; así llamadas “porque derivan únicamente de la constitución de nuestro ser”.¹¹⁹ Y agregas que para conocerlas hay que considerar al hombre antes de que se establecieran las sociedades ya que las leyes de la naturaleza son las que recibió en tal estado.

¹¹⁷ Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brede y de, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 2002, p. 7. Antes había dicho que: “Dios se relaciona con el Universo en cuanto que es su creador y conservador. Las leyes según las cuales lo creó son las mismas por las que lo conserva. Obra conforme a estas reglas porque las conoce; las conoce porque las ha hecho y las ha hecho porque tienen relación con su sabiduría y poder.”

Ídem.

¹¹⁸ *Ídem.*

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 9.

Así, en tales condiciones, “cada uno se sentiría inferior a los demás o, todo lo más, igual, de modo que nadie intentaría atacar a otro. La paz sería, pues, la primera ley natural.”¹²⁰

Claramente, ello, se opone a la idea hobbesiana de que en los hombres está presente el sentimiento de dominarse los unos a los otros. Ahora, a ese sentimiento de debilidad, se le uniría el sentimiento de sus necesidades y, así, la segunda ley natural, “sería la que inspirase la búsqueda de alimentos”.¹²¹

Y aunque el temor llevaría a los hombres a huir los unos de los otros, en la misma idea de Hume, de que en tal estado de naturaleza tienen los hombres de apetito sexual; para Montesquieu, el placer que el animal siente ante la proximidad de otro animal de su misma especie y que dicho placer se vería aumentado por la atracción que inspira la diferencia de sexos le lleva a decir que “la sollicitación natural que se hacen siempre uno a otro constituiría la tercera ley”.¹²²

Pueden, adicionalmente al sentimiento que poseen los hombres, adquirir conocimientos y, de este modo, tienen un vínculo más del que carecen los demás animales. El conocimiento: “constituye, pues, un nuevo motivo para unirse. Y el deseo de vivir en sociedad es la cuarta ley natural”.¹²³

En resumen, las leyes de la naturaleza, propias del estado de naturaleza, están determinadas por la necesidad de auto-conservación y el sentimiento de debilidad. Son leyes que existen antes que existiera la sociedad; y son: la paz, para conservarse, la alimentación, para reproducirse y la simpatía, para acercarse e inteligencia para vivir en sociedad.

Al igual que para Montesquieu, Spinoza¹²⁴ no desdeña el conocimiento divino; y, específicamente para explicar al estado de naturaleza, parte de la

¹²⁰ *Ídem.*

¹²¹ *Ídem.*

¹²² *Ídem.*

¹²³ *Ídem.*

¹²⁴ La filosofía política de Spinoza principalmente se encuentra en su obra *Tratado teológico-político*, aunque también sobresalen algunas notas en la *Ética demostrada según el orden geométrico*.

definición de una profecía o revelación como el conocimiento cierto de una cosa revelada por Dios a los hombres, y del conocimiento natural como el conocimiento de las cosas por la luz natural de la razón, y agrega: “sólo se diferencia de aquel conocimiento que todos llaman divino, en que éste tiene límites más amplios y no puede ser efecto de las leyes de la naturaleza humana considerada en sí misma; pues, respecto a la certeza, que el conocimiento natural incluye, y al origen del que procede [es decir, Dios] no desmerece nada del conocimiento profético”.¹²⁵

En este sentido, la búsqueda de los fundamentos de las leyes de la naturaleza y del Estado se debe realizar sobre la base del conocimiento natural que no es otro más que el de la razón, esto es, “el reino de la verdad y la sabiduría... la verdadera luz de la mente, sin la cual no ve más que sueños y ficciones”. Y coincidiendo en que el fin de la filosofía es la verdad, los fundamentos “son las nociones comunes y debe extraerlos de la sola naturaleza”.¹²⁶

Así, para explicar la condición presocial, parte del “derecho e institución de la naturaleza”, o sea, del conjunto de reglas de la naturaleza de cada individuo, según las cuales cada ser, hombres y demás cosas, está “naturalmente determinado a existir y a obrar de una forma precisa”.¹²⁷ En tales condiciones, los hombres que viven bajo el imperio de la sola naturaleza, lo hacen con el máximo derecho de acuerdo con las leyes del solo apetito; es decir, todo hombre, bajo el mandato de la naturaleza, ya le guíe la razón o el ímpetu, puede apoderarse de cuanto considere útil, pues, tiene el máximo derecho de desearlo y le es lícito apoderarse de ello por cualquier medio.

De lo anterior, se sigue que el derecho e institución de la naturaleza no prohíbe nada que al hombre le apetezca y, por lo tanto, surge la posibilidad de provocarse la conformación de riñas, odios y conflictos. Sin embargo, nadie duda en lo útil de vivir según las leyes y los dictámenes de la razón, o sea con seguridad

¹²⁵ Spinoza, Baruch de, *Tratado teológico-político*, trad. de Atilano Domínguez, Alianza, Madrid, 1986, p. 76.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 317-325.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 331.

y sin miedo; pero, esto es imposible “*mientras esté permitido que cada uno lo haga todo a su antojo y no se conceda más derechos a la razón que al odio y a la ira...*”

Aunado a ello y aceptando que sin la ayuda mutua los hombres viven en la miseria y sin poder cultivar la razón, entonces cabe concluir que: “*para vivir seguros y lo mejor posible, lo hombres tuvieron necesariamente que unir sus esfuerzos*”. Así, el derecho a todas las cosas, que por naturaleza tenían los hombres, “*lo poseyeran todos colectivamente y que en adelante ya no estuviera determinado según la fuerza y el apetito de cada individuo, sino según el poder y la voluntad de todos a la vez*”.¹²⁸ Como puede observarse, dentro de la línea del pensamiento en análisis, se reconoce como virtud propia del estado de naturaleza a la libertad.

2.3 El contrato social

Referente a la teoría del contrato social Thomas Hobbes consideró que, con la sola presencia de un poder, que obligue tanto al cumplimiento de los pactos como a la observancia o respeto de las leyes de la naturaleza, el hombre superaría el estado de guerra y alcanzaría la sociedad civil.

Es precisamente en la idea del contrato social, donde ve Hobbes al medio que tiene el hombre para pasar del estado de naturaleza a la sociedad civil. En sus palabras: “*la mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman contrato*”¹²⁹. Ahora bien, se debe distinguir entre contratantes, la transferencia del derecho a la cosa y la transferencia, tradición o entrega de la cosa misma; es decir, uno de los contratantes “*puede entregar la cosa convenida y dejar que el otro realice su prestación después de transcurrido un tiempo determinado, durante el cual confía en él. Entonces, respecto del primero, el contrato se llama pacto o convenio*”.¹³⁰

¹²⁸ *Ibíd.*, pp. 334 y 335. En este mismo sentido, en su *Ética* señala que: “*Sólo en cuanto que los hombres viven bajo la guía de la razón, concuerdan siempre y necesariamente en naturaleza*”. Al respecto, véase Spinoza, Baruch, *Ética demostrada según el orden geométrico*, trad. de Atilano Domínguez, Madrid, Trotta, 2000, p. 205.

¹²⁹ Hobbes, Thomas, *op. cit.*, p. 109.

¹³⁰ *Ídem.*

De acuerdo con el autor en cita, uno de los beneficios que acarrea la celebración de dicho contrato consiste en lograr la convivencia pacífica; en su argumentación, el filósofo presenta dos escenarios: primero, en situación de simple naturaleza, cuando los contratantes celebran un pacto o contrato, cualquier sospecha de incumplimiento es motivo suficiente para que, uno de ellos o ambos, unilateralmente declare la nulidad del acto; y, segundo, cuando existe un poder común a los contratantes con el derecho y poder necesarios para obligar al cumplimiento de lo contratado, la sola sospecha no vuelve nulo al acto jurídico. En el primer caso, la naturaleza del hombre y la condición propia del estado presocial, es decir, la ausencia de un poder coercitivo que obligue al cumplimiento de las partes, tienen como consecuencia la falta de seguridad, por parte de quien ya cumplió, de recibir después su correspondiente contraprestación. El segundo caso, se trata de una sociedad civil o “*Estado civil*” -como Hobbes lo llama- donde existe un poder superior apto para constreñir a quienes de otro modo incumplirían todo pacto o contrato y, por tanto, asegure la convivencia pacífica de los hombres.

Asimismo, otro de los objetivos, por los cuales un conjunto de individuos o multitud de común acuerdo deciden vivir en un Estado civil, es el de fortalecer su seguridad ante los posibles ataques o invasiones de los enemigos externos que pretendan someterlos. La cantidad de individuos no está determinada por un cierto número, siendo suficientes cuando la superioridad del enemigo no sea tan visible y manifiesta y, por el contrario, le transmitan incertidumbre de obtener la victoria en caso de guerra. Pero, incluso la gran multitud, es blanco fácil de sus enemigos cuando sus integrantes se dirigen según sus particulares juicios y apetitos; por consiguiente, al conformar el Estado Civil se requiere de “*un poder común que los mantenga a raya y dirija sus acciones hacia el beneficio colectivo*”.¹³¹

De tal suerte que la esencia del Estado queda definida en los siguientes términos: “*una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que*

¹³¹ *Ibidem*, p. 140.

pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esa persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene un *poder soberano*; cada uno de los seres que le rodean es considerado como un SÚBDITO suyo”.¹³²

Con todo, se puede afirmar que el medio para erigir semejante poder común capaz de mantener la convivencia pacífica de los individuos y de defenderlos en contra de las invasiones de los extranjeros, o lo que es lo mismo, el modo de superar el estado de naturaleza e instaurar la sociedad civil, se verifica con la celebración de un pacto social, entendido como el consentimiento de cada uno de los individuos que componen a la multitud de transferir, siempre y cuando los demás hagan lo propio, a favor de un tercero (ya sea un hombre o una asamblea) su derecho, válido dentro del estado de naturaleza, a autogobernarse y, por tanto, quienes ceden el derecho de gobernarse en plena autonomía, “*transfieren el derecho de recaudar impuestos para mantener un ejército, y de pagar magistrados para la administración de justicia*”.¹³³

Así, del pacto social que comprende el acuerdo de los individuos de vivir en sociedad y su decisión de someterse a un poder común, eligiendo a un hombre o una asamblea que los represente, se desprende que el Estado civil se instituye “cuando una multitud de hombres convienen y pactan, *cada uno con cada uno*, que a un cierto *hombre o asamblea de hombres* se les otorgará, por mayoría, el derecho de *representar* a la persona de todos (es decir, de ser su *representante*)”.¹³⁴

Si el objeto o materia del pacto social que es la transferencia a la sociedad civil de algunos de los derechos del hombre en el estado de naturaleza, entonces para entrar en el Estado civil el hombre, según Hobbes, transfiere, aparte del derecho a autogobernarse, de todo aquello que perturbe la paz; esto es, renuncia a derechos tales como: la igualdad de hecho de todos los individuos; la libertad natural o derecho a actuar guiado por las pasiones y no por la razón; el derecho a tomarse

¹³² *Ibídem*, p. 141.

¹³³ *Ibídem*, p. 113.

¹³⁴ *Ibídem*, p. 142.

la justicia por su propia mano o derecho al uso de la fuerza; y, al derecho sobre todas las cosas, ausencia de propiedad privada o derecho a la posesión de los bienes que su fuerza le permita. Concluyéndose que la finalidad objeto de instaurar un poder común superior a los hombres o Estado, es el de erigirlo como un poder coercitivo que compela a los hombres al cumplimiento de sus pactos por el temor de recibir un castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso; lo anterior en virtud de que, *“los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, de modo alguno”*.¹³⁵

Derivándose de lo anterior, que el poder coercitivo del Estado, precisamente nace y se justifica, hasta en tanto y como consecuencia de la evidente e individual manifestación de voluntad de los hombres al otorgar su consentimiento en llevar a cabo su celebración.

Considerando las particulares circunstancias del estado de naturaleza, o sea de la no existencia de un poder coactivo, es legítimo interrogar ¿de qué manera se puede garantizar el cumplimiento del primer contrato social? Desde mi punto de vista, Hobbes ofrece los argumentos suficientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los contratantes del pacto o contrato social, según el cual se fundamenta la sociedad civil, aun sin la presencia previamente del Estado o poder coercitivo. De esta manera, dependiendo de la forma en como las partes se obligan a cumplir con el contrato o mutua transferencia, tenemos tres tipos: contrato, cuando los contratantes recíprocamente y, en un mismo momento, le dan total cumplimiento; pacto o convenio, cuando uno de las partes cumple con su obligación y deja que la otra posteriormente la realice, otorgándole un tiempo durante el cual confía en él; y, observancia de promesa o fe, cuando ambas partes contratan ahora, para posteriormente, cumplir con su obligación.

Se advierte la tesis en el sentido de que el acto jurídico, para aquellos hombres que viven en estado de naturaleza, que asegura el cumplimiento del contrato social fundacional del Estado es denominado pacto; un pacto donde cada

¹³⁵ *Ibidem*, p. 137.

uno cumple con su parte y respeta los acuerdos previstos en el contrato y, al mismo tiempo, confía plenamente en el futuro cumplimiento de los demás. En esta tesitura, los individuos, que voluntariamente deliberan sobre aquellos derechos objeto del pacto social y sobre la sumisión al Estado, objeto de la sociedad civil, no deben perder de vista “*que sea siempre algo verdadero que se juzga posible de realizar por quien pacta*”.¹³⁶

En conclusión, lo que Hobbes busca dentro de un estado de naturaleza, es decir, sin la existencia del Estado, es una situación en la cual el ser humano no tuviera elementos razonables para sospechar del otro, donde no habría razón para que lo agrediera y, por tanto, que no hubiera necesidad de la guerra y que se pudiera celebrar el primer contrato social.

Precisamente una de las consideraciones de Hobbes, como precursor del liberalismo, se da en el momento en que considera que no es malo que los hombres quieran conseguir sus fines, que sean egoístas, es decir, individualistas; más aún, la creación de una institución como el Estado se da con el fin de armonizar la vida en común, para resolver las discordias que surgen por el enfrentamiento de los fines de los hombres.

Otros rasgos liberales en Hobbes se encuentran al considerar la existencia de una libertad igual para todos, entendiéndola como “la ausencia de impedimentos externos...”¹³⁷. Así mismo, podemos considerar el hecho de afirmar que los hombres son iguales tanto en las facultades del cuerpo como del espíritu. Y finalmente en su rechazo al derecho a la autoridad política por razones puramente hereditarias.

El análisis de Hobbes muestra que una comunidad como tal es pura ficción, que no tiene existencia salvo en la cooperación de sus miembros, que esa cooperación se debe siempre a las ventajas que de ella derivan para sus miembros como individuos y que sólo llega a ser comunidad porque algún individuo es capaz

¹³⁶ *Ibidem*, p. 113.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 106.

de ejercer un poder soberano. Situación que no le es ajena a Locke; además, a éste no le es desconocida la supremacía de la comunidad política¹³⁸, heredada de la tradición medieval, pues supone que el gobierno -rey, parlamento y órganos políticos- es responsable ante el pueblo o la comunidad a los que rige; su poder está limitado a la vez por la ley moral y por las tradiciones y convenciones constitucionales. El gobierno es indispensable y su derecho es, por consiguiente, inviolable en un cierto sentido, pero es también derivado, ya que existe para el bienestar de la comunidad.

En términos de satisfacción del individuo, concibe a la sociedad como compuesta de personas movidas por motivos egoístas, que buscan en el gobierno y el derecho seguridad contra semejantes igualmente egoístas y que tratan de conseguir el mayor bien privado que sea compatible con el mantenimiento de la paz. Tanto los individuos como las instituciones efectúan un trabajo socialmente útil, regulado por el gobierno para el bien de todos y dentro del armazón jurídico que hace del grupo una comunidad.

En esta tesitura, Locke reconoce, que en la comunidad política se establecen las pautas morales que sus gobernantes tienen que respetar y que existen intereses individualistas en los hombres. Asimismo, destaca su posición consistente en que el derecho natural entraña unos derechos innatos e inviolables, inherentes a cada individuo. En consecuencia, coincidiendo con el egoísmo predicado por Hobbes y en línea liberal, postula que el gobierno y la sociedad existen para mantener los derechos de los individuos y, por consiguiente, la inviolabilidad de tales derechos es una limitación a la autoridad de ambos.

En Locke tenemos a un pensador que combinó la teoría con la práctica; escribió numerosas obras, tanto de contenido tanto filosófico, como lo es su *Ensayo*

¹³⁸ Al respecto, tomo la expresión de Maurizio Fioravanti, quien señala que “ésta es, en pocas palabras, la *supremacía de la comunidad política* en la Edad Media: la supremacía del todo sobre las partes y, también, la supremacía del mismo rey, pero no de manera autónoma y diferenciada, sino sólo porque él, más que otros, es esencial para la representación de la totalidad de aquella comunidad.” Véase, Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, España, Trotta, 2001, p. 46.

sobre el entendimiento humano, así como político, verbigracia su *Ensayo sobre el gobierno civil*, participando, a su vez, en la vida política y social como secretario de la Cámara de Comercio.

Según este autor, el conocimiento es producido por nosotros por la asociación de nuestras sensaciones y la reflexión que recibimos de nuestras experiencias. En este sentido, la realidad exterior es un reflejo de nuestras ideas producidas por la experiencia. Nuestros conceptos no aparecen como lo que son, la reproducción de lo real como proceso de pensamiento, como una producción de nuestro pensamiento que se refleja en la realidad.

Esta concepción empirista del conocimiento la aplica en el terreno político, considerando a la sociedad como un todo dado, en donde los individuos solo actúan eligiendo según reglas establecidas al margen de ellos. Su teoría política predicaba el abandono de la idea del derecho divino de los reyes y el definitivo triunfo del Parlamento. Las ideas políticas centrales de su doctrina son: a) el gobierno debe contar con el consentimiento de los gobernados; b) el gobierno que no tenga el apoyo de los gobernados no tiene derecho para mantenerse; y, c) el compromiso o contrato social se establece para promover el bien social, por medio del cual se someten las libertades individuales.

La concepción de Locke forma parte de la teoría contractualista del origen del Estado, al pensar el poder social como fruto de un pacto consentido por los individuos para salvaguardar los derechos de todos; el contenido fundamental de este pacto son los derechos de propiedad y libertad. La legitimidad del Estado consiste en su reconocimiento tácito, a través del consentimiento que presta el individuo, a actuar legal y represivamente, si llega el caso, en defensa del interés general. Esta legitimidad, con su correlato de legalidad, convierte al Estado en un poder ajeno a la misma sociedad civil, sin control por parte de ella.

La fundamentación de la propiedad reside en el trabajo individual, de tal manera que se tiene derecho a esa propiedad en la medida que sea producto del trabajo propio, empleado en ella. Pero esto no es suficiente, ya que estamos

hablando de la propiedad capitalista, que se caracteriza por la capacidad que tiene el propietario jurídico para aumentarla, explotando al trabajador asalariado. Por ello, ha de recurrirse al intercambio para explicar el derecho a una propiedad no basada en el esfuerzo propio. Para Locke, la propiedad es el derecho a poseer la cosa, siempre y cuando contenga un trabajo personal del poseedor. La propiedad se fundamenta en el empleo de su fuerza de trabajo en la apropiación de la materia que la naturaleza le brinda.

Según su concepción, el derecho de propiedad es el derecho de toda persona sobre sus pertenencias. Tal derecho tiene un contenido jurídico y otro económico.

- El contenido jurídico es el reconocimiento de esa propiedad por parte de los demás, lo cual es recogido y sancionado legalmente a través de leyes.

- El contenido económico es la capacidad de disponer como se quiera de esa propiedad, esto se da en la relación económica.

Lo que hace el contenido jurídico es sancionar esa capacidad y, como tal, es la forma legal de la relación económica. Por otra parte, lo económico transforma en un hecho social lo que reconoce la relación legal.

Así, el derecho a la propiedad.

En cuanto al concepto de libertad aparece muy ligado a las necesidades económicas de este modo de producción. Es concebida individualmente y con un criterio arbitrario, independiente y con voluntad propia, como forma social de la relación económica dominante: compra y venta de la fuerza de trabajo, dependiendo de que se sea propietario o no de medios de producción. La libertad de Locke consiste en respetar los derechos de los demás, y en esa medida serán respetados los de uno, lo que se concreta en el consentimiento -sometimiento- al poder legislativo y a la ley que este poder establezca.

De esta forma, observamos que después de describir el estado de naturaleza como una situación de paz y ayuda mutua y de definir los derechos naturales, por

analogía con la propiedad, como anteriores a la sociedad, Locke hace derivar a la sociedad civil del consentimiento de sus miembros. En el estado de naturaleza todo hombre goza de libertad perfecta y disfruta sin límites de todos los derechos que la ley de la naturaleza le otorga, entre esos derechos están el poder de preservar su propiedad y juzgar y castigar las transgresiones de otros hombres; sin embargo, la superación del estado de naturaleza implica que cada hombre renuncia a su poder de ejecutar por sí mismo la ley natural para proteger sus derechos y lo entregó a la sociedad civil, a la comunidad política.

Es decir, en su opinión, ninguna sociedad política puede existir ni subsistir sin tener en sí misma el poder de preservar la propiedad y, a fin de lograrlo, el de castigar las ofensas de los miembros de esa sociedad; deduciendo que:

Única y exclusivamente habrá una sociedad política allí donde cada uno de sus miembros haya renunciado a su poder natural y lo haya entregado en manos de la comunidad, en todos aquellos casos en que no esté imposibilitado para pedir la protección de la ley establecida por la comunidad misma. Y así, al haber sido excluido todo juicio privado de cada hombre en particular, la comunidad viene a ser un árbitro que decide según normas y reglas establecidas, imparciales y aplicables a todos por igual, y administradas por hombres a quienes la comunidad ha dado autoridad para ejecutarlas. Y de este modo, la comunidad decide las diferencias que puedan surgir entre miembros en cuestiones de derecho, y castiga aquellas ofensas que algún miembro haya cometido contra la sociedad, con las penas que la ley haya establecido.¹³⁹

¹³⁹ Locke, John, *op. cit.*, pp. 102-103. Más adelante agrega: "Por lo tanto, siempre que cualquier número de hombres esté así unido en sociedad de tal modo que cada uno de ellos haya renunciado a su poder ejecutivo de ley natural y lo haya cedido al poder político, entonces, y sólo entonces, tendremos una sociedad política o civil"... "Esto es lo que saca a los hombres del estado de naturaleza y los pone en un Estado: el establecimiento de un juez terrenal con autoridad para decidir todas las controversias y para castigar las injurias que puedan afectar a cualquier miembro del Estado; y dicho juez es la legislatura, o el magistrado nombrado por ella". *Ibidem*, pp. 104-105.

En efecto, el poder de ejecutar las leyes sólo puede surgir por el consentimiento de cada uno de los individuos y, por tanto, el poder civil no puede tener derecho a existir, salvo en la medida en que deriva del derecho individual de cada hombre a protegerse a sí mismo y a proteger su propiedad. Locke identifica el acuerdo de una mayoría como el acto de toda la sociedad, pues:

cuando un número cualquiera de hombres, con el consentimiento de cada individuo, ha formado una comunidad, ha hecho de esa comunidad un cuerpo con poder de actuar corporativamente; lo cual sólo se consigue mediante la voluntad y determinación de la mayoría. Porque como lo que hace actuar a una comunidad es únicamente el consentimiento de los individuos que hay en ella, y es necesario que todo cuerpo se mueva en una sola dirección, resulta imperativo que el cuerpo se mueva hacia donde lo lleve la fuerza mayor, es decir, el consenso de la mayoría”.¹⁴⁰

Una vez que se ha acordado constituir la sociedad política, la forma de gobierno depende del uso de la mayoría, o sea del uso que la comunidad haga de ese poder, puede conservarlo o delegarlo a un cuerpo legislativo. Siguiendo a Locke el poder legislativo es supremo en el gobierno, aunque el legislativo y el ejecutivo son poderes limitados. El poder legislativo no puede ser nunca arbitrario, no puede tomar la propiedad de los individuos sin el consentimiento de éstos, no puede delegar su poder y, lo más importante, el pueblo tiene el supremo poder de modificar al legislativo cuando actúa de modo contrario a la confianza en él depositada. El ejecutivo está limitado, además de su dependencia al legislativo, por el derecho. Para seguridad de la libertad el poder legislativo y el ejecutivo no deben encontrarse en las mismas manos.

Esa distinción entre sociedad y gobierno lleva a Locke a decir que esa sociedad puede disolver al gobierno por la violación de la confianza que el pueblo ha depositado en él. Así, toda invasión en la vida, la libertad o la propiedad de los

¹⁴⁰ *Ibidem*, pp. 111-112.

súbditos es por sí misma nula, y el poder legislativo que intente llevarlo a cabo pierde su fuerza. En este caso el poder se revierte al pueblo, que tiene que establecer un nuevo poder legislativo mediante un nuevo acto de legislación constitucional.

Este vínculo entre el derecho a la propiedad y la libertad individual, ausente en Hobbes y Spinoza, es propio en Locke. “En Locke se presenta lo que es inexistente en los escritores individualistas anteriores: una clara percepción de que la independencia personal presupone una propiedad privada protegida con seguridad bajo el gobierno de la ley.”¹⁴¹

Sobre la propiedad, David Hume, enfatizó que al lado de la estabilidad de la posesión están la transferencia por consentimiento de la propiedad, consistente en que la posesión y propiedad sea siempre estable, excepto cuando el propietario consiente en concederla a otra persona; y el sentimiento moral de realización de las promesas, que surge del respeto de la propiedad de los otros. Las tres juntas constituyen las leyes fundamentales de la naturaleza que garantizan la libertad individual del hombre.

Ahora bien, si bien es cierto que para Hume en el estado de naturaleza o estado imaginario que precede a la sociedad no existían ni la justicia ni la injusticia, no por ello sostiene que en este estado se permitía violar la propiedad de otros. Lo que expresa es que no podría existir algo que pudiera llamarse propiedad y que, en consecuencia, no habría algo que pudiera llamarse justicia e injusticia.

Cabe mencionar que la distinción justicia e injusticia tiene dos fundamentos diferentes, a saber: “el del *interés*, cuando los hombres advierten que es imposible vivir en sociedad sin restringirse a sí mismos por ciertas reglas, y el de la *moralidad*, cuando este interés ha sido ya atendido y los hombres encuentran placer al contemplar que tales acciones tienden a establecer la paz en la sociedad, y desagrado al ver las que son contrarias a ello”.¹⁴²

¹⁴¹ Gray, Jhon. *Liberalismo*, trad., de María Teresa de Mucha, México, Nueva Imagen, 1992, p. 33.

¹⁴² Hume, David, *op. cit.*, p. 713.

Para este autor, los hombres se guían en gran medida por el interés y, cuando se preocupan por algo que los trascienda, no llegan más allá de interesarse por sus amigos más cercanos y próximos. Así mismo, no es posible para los hombres asegurar su interés de una manera más efectiva que mediante la observancia universal e inflexible de las reglas de la justicia, por las cuales pueden mantener firme la sociedad y evitar la recaída a la condición miserable y salvaje del estado de naturaleza.

No obstante, y a pesar de que los hombres se hallan sinceramente ligados a su interés, y que su interés se preocupa por la observancia de las reglas de la justicia, se presenta la cuestión de cómo puede surgir el desorden en la sociedad y qué principio tan poderoso existe en la naturaleza humana que venza una pasión tan fuerte. Hume trata de dar una respuesta partiendo de lo siguiente: "...como todo lo que nos es contiguo en espacio o tiempo incide sobre nosotros con una idea vivaz, ocasiona el efecto correspondiente sobre la voluntad y las pasiones, operando por lo común con mayor intensidad que cualquier otro objeto más distante y obscuro"¹⁴³. Es decir, los hombres comúnmente se impresionan por los objetos como se les aparecen, en lugar de buscar su valor intrínseco y real; y aunque estemos convencidos de que el último supera al primero, siempre cedemos a la pasión que habla a favor de lo que está cerca o contiguo.

Precisamente esta naturaleza o tendencia de los hombres hacia lo cercano o contiguo es la razón de por qué obran frecuentemente en contradicción con su interés, y de por qué prefieren una pequeña ventaja presente al mantenimiento del orden en la sociedad, que depende en mucho de la observancia de la justicia. Estima que encontrar un remedio tal que contradiga esa naturaleza o tendencia humana no es posible, sin embargo, propone una vía indirecta de solución, en estos términos:

Es evidente que nunca podrá ser efectivo tal remedio, a menos que corrija tal inclinación; y como es imposible cambiar

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 714-715.

o corregir ninguna cosa importante en nuestra naturaleza, lo más que podemos hacer será cambiar nuestras circunstancias y situación, haciendo de la observancia de las leyes de justicia nuestro interés más cercano, y de su violación, el más remoto. Pero como esto es impracticable con respecto a toda la humanidad, sólo podrá tener lugar por lo que respecto a unos pocos, a quienes interesamos inmediatamente de este modo en la ejecución de la justicia. Estas son las personas a quienes llamamos magistrados civiles, reyes, ministros, gobernantes y legisladores, que, siendo personas sin intereses específicos están interesadas – o éste interés es mínimo- en cometer acto alguno de injusticia y que, al estar satisfechas de su condición presente y de su puesto en la sociedad, tendrán un interés inmediato en el continuo cumplimiento de la justicia, tan necesario para el mantenimiento de la sociedad. Este es, pues, el origen del gobierno civil y de la sociedad.¹⁴⁴

Estos funcionarios no sólo tienen el deber de observar estas reglas en su propia conducta, sino también obligar a los otros e inculcar la equidad a través de la sociedad entera; esto es, como las pasiones impiden a los hombres percibir el interés que tienen en una conducta justa con respecto a los otros, les impide también ver la equidad y los hace parciales, por tanto, las mismas personas que ejecutan las leyes de la justicia, siendo indiferentes a la mayor parte de la sociedad, decidirán de un modo más equitativo las controversias.

Estas dos ventajas: la observancia de las reglas de la justicia y la equidad o, también llamadas la ejecución y la decisión de la justicia, son las ventajas del Gobierno. Mediante ellas los hombres adquieren una garantía contra la pasión y debilidad de los otros, como contra las suyas propias.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, pp. 717.

Si bien los hombres pueden mantener una sociedad pequeña e inculta sin Gobierno, es imposible que puedan mantener una sociedad cualquiera sin justicia y sin la observancia de las tres leyes fundamentales de la naturaleza: la estabilidad de la posesión, su transmisión por conocimiento y la realización de las promesas. Estas leyes son anteriores al Gobierno y suponen una obligación, incluso, antes del deber de obediencia a los magistrados civiles. Hume va más lejos aún y afirma que:

...el Gobierno, *con ocasión de su primera instauración*, deriva su autoridad de esas leyes naturales y, particularmente, de la relativa al cumplimiento de promesas. Una vez que los hombres han advertido lo necesario que resulta el Gobierno para mantener la paz y hacer cumplir la justicia, es natural que deseen agruparse, escoger magistrados, determinar su poder y *prometerles obediencia*.¹⁴⁵

Al exponer el fundamento de nuestros deberes políticos utiliza argumentos, tales como: que los hombres inventaron las tres leyes fundamentales de la naturaleza cuando se dieron cuenta de la necesidad de la sociedad y, por consiguiente, se producen las reglas de la justicia. Sin embargo, los hombres observaron que, aunque las reglas de la justicia eran suficientes para mantener una sociedad, ya en una sociedad amplia y culta les era imposible, por sus propios esfuerzos, acatar estas reglas y, por ende, establecieron el Gobierno para mantener las antiguas ventajas y procurarse otras nuevas mediante una ejecución más estricta de la justicia. En conclusión, “Nuestros *deberes* civiles están, pues, conectados con los *naturales* en cuanto que los primeros fueron inventaron fundamentalmente para salvaguardar los segundos, y en cuanto que el objeto principal del gobierno es obligar a los hombres a observar las leyes naturales.”¹⁴⁶

Hablando de las leyes en un estado civil para Montesquieu las leyes sociales o positivas, propias del hombre en sociedad, están determinadas por la necesidad de superarse y el sentimiento de dominio a causa del estado de guerra. Para que

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 722.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 725.

esta situación no prevalezca se establecen unas leyes y, por ende, es el nacimiento del Estado. Estas leyes son: el derecho de gentes o leyes que rigen las relaciones entre los Estados, el derecho político o leyes que rigen las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, y el derecho civil o leyes que rigen las relaciones entre los ciudadanos.

Los hombres, desde el momento en que se reúnen en sociedad, pierden su sentimiento de debilidad, la igualdad deja de existir y comienza el estado de guerra ya sea de nación a nación o entre particulares. Estos dos tipos de guerra son el origen de los tipos de leyes; el derecho de gentes, que rige las relaciones entre los pueblos; el derecho político, que rige las relaciones entre gobernantes y gobernados; y, el derecho civil, que rige las relaciones entre los ciudadanos. Además, de un derecho de gentes que concierne a todas las sociedades, hay un gobierno político para cada una de ellas. Una sociedad no podría subsistir sin un Gobierno, y “la reunión de todas las fuerzas particulares forma lo que se llama estado político”.¹⁴⁷

En estos términos, afirma que “la ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana. Por ello, dichas leyes deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas, de tal manera que sólo por una gran casualidad las de una nación pueden convenir a otra.”¹⁴⁸

Según este esquema, la Historia es concebida como una sucesión de hechos según un orden, reglas o leyes, derivada de la naturaleza de las cosas. Estas leyes pueden ser investigadas, determinando los principios generales de las instituciones políticas y civiles. Las leyes de cada pueblo dependen de un conjunto de factores:

¹⁴⁷ Montesquieu, *op. cit.*, p. 10.

¹⁴⁸ *Ídem.*

físicos, climáticos, costumbres, etc.; por tanto, cada pueblo tendrá unas leyes adaptadas a su situación particular, dependiendo de su constitución.

El fundamento de toda sociedad es la libertad, que es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, pero no hacer lo que la ley prohíbe.

El concepto de libertad en Montesquieu contiene dos aspectos: la libertad ciudadana y la libertad política, dependiendo la primera de la segunda, de tal manera que para que haya libertad individual se tiene que dar la libertad colectiva. La libertad ciudadana es comportarse según la ley, sabiendo que los demás se van a comportar tal cual: es decir, es la garantía de que se va a respetar la ley. La libertad política es la elaboración y aplicación de las leyes, garantizándose que se van a cumplir. ¿Cómo se garantiza la libertad política? Mediante la separación de poderes, separación entre las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales del poder político.

La reflexión que Montesquieu hace sobre la libertad nos lleva a lo siguiente:

- La libertad del individuo está condicionada a la ley, que es la que determina, en última instancia, lo que se debe o no hacer. En esta concepción, lo fundamental no es la naturaleza de la acción del individuo: ¿qué debo hacer, y por qué debo hacerlo?, sino la legalidad o no que comporta esa acción.

- El ejercicio de la libertad precisa:

- Una separación de poderes.

- Una legislación.

- Una fuerza represiva que la haga cumplir, que castigue al infractor.

En este sentido, define al estado político como la reunión de todas las fuerzas particulares y a la reunión de las voluntades como estado civil; además, afirma, que una sociedad no podría subsistir sin Gobierno. Propone tres clases de Gobierno: el

republicano, el monárquico y el despótico. “El Gobierno republicano es aquel en que el pueblo entero, o parte del pueblo, tiene el poder soberano; el monárquico es aquel en que gobierna uno sólo, con arreglo a leyes fijas y establecidas; por el contrario, en el Gobierno despótico una sola persona sin ley y sin norma, lleva todo según su voluntad y capricho”.¹⁴⁹

La república, a su vez, se divide en aristocracia y democracia, según si sólo una parte del pueblo o todo el pueblo ejerce el poder soberano. Montesquieu lo aclara: “Si el pueblo entero es, en la República, dueño del poder soberano, estamos ante una democracia; si el poder soberano está en manos de una parte del pueblo, se trata de una aristocracia”¹⁵⁰. Es decir, si el pueblo es soberano, entonces ellos pueden gobernar a través de ministros, o ser aconsejados por un senador, pero ellos deben tener el poder de elegir sus ministros y senadores. La forma de un gobierno democrático entiende al sufragio y al voto como leyes fundamentales.

Una democracia debe educar a sus ciudadanos para identificar sus intereses con los intereses de su propio país, y deberá contar con mecanismos para protegerlos más. Debe propenderse a establecer el principio de la frugalidad como ley, para prevenir a los ciudadanos a ser tentados por el avance de sus propios intereses a expensas del interés común; por esta misma razón, las leyes por las cuales la propiedad es transferida deben apuntar a preservar una igual distribución entre los ciudadanos.

La democracia puede resultar corrompida: "cuando se pierde el sentido de la igualdad" y "cuando se adquiere el sentido de la igualdad extremada"¹⁵¹. El primer caso se pone de manifiesto cuando los ciudadanos no logran identificar profundamente sus intereses con los intereses de su propio país y, por lo tanto, buscan hacer valer sus intereses propios a expensas de los de sus conciudadanos. Por su parte, el sentido de igualdad extremada cobra forma cuando los ciudadanos o bien no respetan, o no obedecen a ningún magistrado. El pueblo "ya no podrá

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 11.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 11 y 12.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 79.

soportar el poder que él mismo confía a otros, y querrá hacer todo por sí mismo, deliberar y ejecutar, en lugar del senado y de los magistrados, y despojar de sus funciones a todos los jueces"¹⁵². Finalmente, la virtud desaparecerá y la democracia dará paso al despotismo.

En una aristocracia, una parte gobierna al resto. En una aristocracia, las leyes deberán estar encaminadas a inspirar y proteger el espíritu de moderación. Para lograrlo, deben hacer tres cosas. Primero, las leyes deben prevenir que los nobles abusen del pueblo. El poder de la nobleza es el principal riesgo de una aristocracia; para evitarlo, la ley debe denegarle a la nobleza algunos poderes, como el poder de gravar, fomentando la responsabilidad y la administración moderada. Segundo, la ley debe encubrir como sea posible las diferencias entre la nobleza y el pueblo, a fin de que la gente sienta su falta de poder lo menos posible. Por consiguiente, la nobleza debe tener maneras modestas y simples a fin de que la gente pueda olvidar su sometimiento y debilidad. Finalmente, las leyes deben tratar de asegurar igualdad entre los propios nobles, y entre las familias de los nobles. Cuando ello falla, la nobleza pierde su espíritu de moderación y el gobierno se corrompe.

En una monarquía, el príncipe es "el origen de todo poder político y civil" que "gobierna por medio de leyes fundamentales"¹⁵³. De acuerdo a Montesquieu, estas leyes suponen "necesariamente ciertos conductos intermedios por donde fluya el poder, pues si en el Estado no hubiera más que la voluntad momentánea y caprichosa de uno sólo, nada podría tener fijeza y, por consiguiente, no habría ninguna ley fundamental"¹⁵⁴. Estos canales de intermediación son instituciones subordinadas como la nobleza y una judicatura.

Una monarquía se corrompe cuando el monarca o bien destruye las instituciones subordinadas que lo inhiben, o decide gobernar arbitrariamente, sin miramiento alguno para con las leyes básicas de su país, o envilece los honores por los cuales sus ciudadanos podrían clamar. Las primeras dos formas de corrupción

¹⁵² *Ídem*.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 17.

¹⁵⁴ *Ídem*.

destruyen los controles soberanos que separan la monarquía del despotismo; la tercera cercena la conexión entre la conducta honorable y sus propios incentivos.

En una monarquía, las ambiciones personales y el sentido del honor operan en forma conjunta. Esta es la gran fuerza de la monarquía y la fuente de su extraordinaria estabilidad: ya sea si sus ciudadanos actúan con genuina virtud, un sentido de su propio valor, un deseo de servir a su rey, ellos serán dirigidos a actuar de un modo en la que sirvan a su país. Una monarquía que opera arbitrariamente, o en la que abundan estímulos serviles e innobles, en lugar de un honor genuino, cercena y corrompe a este gobierno.

En un estado despótico, una sola persona ejerce todo el poder, sin leyes para controlarlo y sin necesidad de ser asistido por nadie, un déspota puede hacer lo que guste, sin embargo, será imprudente o reprobable. Para Montesquieu quien ejerce el poder es “un hombre a quien sus cinco sentidos le dicen continuamente que él es todo y que los demás no son nada es, naturalmente, perezoso, ignorante, sensual y, por consiguiente, abandonará los negocios de Estado”.¹⁵⁵ Su sometimiento no será menor que en la esclavitud, ya que él puede deshacerse de quien sea, tal como le parezca. La educación resulta innecesaria en un despotismo; en caso de que ella exista, estará basada en quebrar la mente y el espíritu. Aquellas ideas como el honor y la virtud no existen en la sumisión del déspota, ya que las personas capaces de anteponer sus propios valores serían consideradas como creadores de disturbios. El miedo, por lo tanto, deprime los espíritus y extingue aún el mínimo sentido de ambición.

Conviene distinguir entre naturaleza y principio de Gobierno, en los siguientes términos: “la naturaleza es lo que le hace ser tal; el principio lo que le hace actuar; la naturaleza es su estructura particular; el principio, las pasiones humanas que le ponen en movimiento”. En este sentido, principio de Gobierno, es la pasión fundamental que lleva a los súbditos a obrar de acuerdo con las leyes

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 18.

establecidas y en consecuencia permite durar a todo régimen político. A estas pasiones humanas, también las llama “resorte” o “alma”.

En la democracia o estado popular la virtud absoluta es la que constituye ese resorte; no es una virtud moral ni cristiana; es una virtud política. Más adelante aclara que la virtud en la República:

...es sencillamente el amor a la República. No es un conjunto de conocimientos, sino un sentimiento que puede experimentar el último hombre del Estado tanto como el primero. (...)

El amor a la República en la democracia es amor a la democracia, y éste es amor a la igualdad.

Es además amor a la frugalidad. Cada cual debe gozar de la misma felicidad y de las mismas ventajas, disfrutar de los mismos placeres y tener las mismas esperanzas, lo cual sólo puede conseguirse mediante la frugalidad general.¹⁵⁶

La aristocracia también requiere de la virtud, pero de forma moderada. “La moderación es, pues, el alma de estos gobiernos, entendiendo por moderación la que está basada sobre la virtud, y no la que procede de la cobardía o de la pereza de ánimo.”¹⁵⁷ Esto es, si en una democracia la virtud es absoluta, en la aristocracia la virtud es menor, una cierta moderación que haga a los nobles iguales entre sí. La virtud política es sustituida por el honor en el Gobierno monárquico y por el temor en el Gobierno despótico.

En resumen, la república, democrática y aristocrática, tiene su naturaleza en el origen popular de sus magistraturas y un principio o resorte que es la virtud, una virtud política, es decir, la subordinación al interés público y el sacrificio desinteresado del servidor público. La monarquía, que es un Gobierno de leyes fijas y establecidas y con poderes intermediarios -nobleza, clero y ciudades libres, tienen

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 21.

su virtud o resorte en el honor, es decir, el prejuicio de cada persona y de cada condición. El despotismo que niega la naturaleza humana se funda en la desvinculación de las leyes y su principio resorte es el temor. Cada forma de gobierno guarda una relación con los elementos componentes del espíritu general en particular, es decir, con componentes físicos, geográficos y demográficos, y que determinan el carácter y virtud de las poblaciones y las dimensiones del asentamiento del Estado. La monarquía es, para Montesquieu, el Gobierno que tiene ventaja sobre la república y el despotismo. Ello es notorio en pasajes como:

El Gobierno monárquico tiene una gran ventaja sobre el republicano: como una sola persona lleva todos los asuntos, hay más prontitud en la ejecución. Pero con esta prontitud podría degenerar en apresuramiento, las leyes exigirán cierta lentitud, pues no sólo deben favorecer a la naturaleza de cada constitución, sino también remediar los abusos que podrían resultar de dicha naturaleza.”

El Gobierno monárquico tiene una ventaja sobre el despótico: corresponde a su naturaleza el tener varios órdenes dependientes de la constitución, por lo cual el Estado es más fijo, la constitución más inquebrantable y la persona del que gobierna está más segura.

No hay que buscar a magnanimidad en los Estados despóticos pues en ellos el príncipe no podrá dar una grandeza de la que carece: en estos Estados la gloria no existe.

En cambio, en las Monarquías veremos a los súbditos en torno al príncipe recibiendo su resplandor, de modo que, ocupando cada cual mayor espacio, por así decir, puede practicar las virtudes que confieren al alma, no independencia, sino grandeza.¹⁵⁸

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 43-44.

Ahora bien, al tratar el tema de la libertad política expresa que “cada cual ha llamado libertad al Gobierno que se ajustaba más a sus costumbres o sus inclinaciones”¹⁵⁹. Y agrega, “en las democracias parece que el pueblo hace poco más o menos lo que quiere, se ha situado la libertad en este tipo de Gobierno, confundiendo el poder del pueblo con su libertad.”¹⁶⁰ Con ello, Montesquieu, quiere recalcar que “en las democracias parece que el pueblo hace lo que quiere”¹⁶¹; pero la libertad política, por el contrario, no consiste en hacer lo que uno quiera. “En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer”¹⁶². En pocas palabras para este autor la libertad política es el derecho de los ciudadanos de hacer todo lo que las leyes les permiten. Finalmente, siguiendo la línea de la supremacía monárquica concluye que “la libertad política no se encuentra más que en los Estados moderados...”¹⁶³.

Distingue entre las leyes que dan origen a la libertad política con relación a la Constitución, de aquellas que lo hacen con relación al ciudadano. Con respecto a la relación de la libertad política con la Constitución, Montesquieu es práctico y aclara que, dicha relación, no requiere de mucho esfuerzo, es más ¿por qué buscarla más?, si ya se ha encontrado y, adiciona que, se refleja en la Constitución Inglesa, al margen de que en los hechos el pueblo inglés disfrutase de la libertad o no.

En este sentido, nos traslada a la fórmula de la distribución armónica de los poderes que el autor desarrolla sobre la base del modelo inglés. Propone que en cada Estado haya tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. Cada uno con funciones definidas: “por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 106.

¹⁶⁰ *Ídem*.

¹⁶¹ *Ídem*.

¹⁶² *Ídem*.

¹⁶³ *Ídem*.

la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias ente particulares”.¹⁶⁴

La división de poderes vinculada con la libertad política tiene consecuencias importantes, toda vez que no puede existir la libertad política de un ciudadano cuando uno o más poderes están unidos en una sola persona o cuerpo de personas. Esta situación para Montesquieu sería dramática o, en sus palabras, “todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”.¹⁶⁵

No obstante, la importancia de la relación de la libertad política con la Constitución, las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con el ciudadano, son su complemento. Es decir, para Montesquieu, no basta la libertad política que otorga la Constitución a los ciudadanos, y que se basa en la distribución de los tres poderes, sino, además, en la seguridad u opinión del ciudadano de que las leyes que resolverán las diferencias son buenas y le dan certidumbre. Este complemento es vital en un Estado pues, “puede ocurrir que la constitución sea libre y que el ciudadano no lo sea, o que el ciudadano sea libre y la constitución no. En tales casos la constitución será libre de derecho y no de hecho, y el ciudadano será libre de hecho y no de derecho”.¹⁶⁶

En síntesis, para Montesquieu, la libertad política, considerada con relación al ciudadano, consistiría en la seguridad personal que éste experimenta al abrigo de las leyes y de una Constitución que, entre otras cosas, señale límites precisos a la acción del gobierno. Esa libertad, podrá ser engendrada también por ejemplos recibidos, tradiciones, costumbres y especialmente por leyes penales que

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 107.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 107-108.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 128.

garanticen la inocencia o, en caso de culpabilidad, penas que no sean hijas del capricho del legislador “sino de la naturaleza particular del delito”.¹⁶⁷

Retomando la idea de un contrato social como paso previo entre estado de naturaleza y sociedad civil, para Rousseau del pacto surge “*El Soberano*”, que es la voluntad general como expresión de las múltiples voluntades individuales. Según este autor, este soberano tiene un interés general, porque no puede perjudicarse a sí mismo. Sin embargo, el individuo al estar movido por el interés particular, al ser una voluntad individual, se puede perjudicar; es por este motivo por lo que se necesita una línea correctora: la ley.

La voluntad general o el soberano es un ente, que como tal tiene una vida, esto es, la Soberanía o ejercicio de la voluntad general, sus características serían: la inalienabilidad, la indivisibilidad y la indestructibilidad. El fin del soberano es establecer la ley y, como tal, la legislación no distingue privilegios sobre particulares. Como consecuencia, la soberanía es la capacidad y realidad de hacer leyes como fin para establecer la igualdad.

La Soberanía no se puede delegar, ya que pertenece a la Voluntad general, pero sí el Gobierno, cumpliendo las funciones ejecutivas. Para Rousseau, el gobierno más perfecto es la democracia parlamentaria, puesto que se identifican el gobierno y la soberanía, aunque existe también la aristocracia, dándose los cuerpos distintos: el soberano y legislador y el gobierno, compuesto de un grupo selecto de ciudadanos.

En este sentido, la teoría de la organización social de Rousseau conlleva:

- La separación entre el ciudadano y el Estado o cuerpo político y, por tanto, la separación entre los derechos formales y derechos reales, ya que sólo los une su elección a través del voto -participación electiva- para nombrar a sus representantes.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 130.

- La distinción entre la ley como encarnación de la voluntad general y, por tanto, correctora del interés particular, y la ley como el reflejo jurídico de las relaciones económicas y, por tanto, sancionadora de la desigualdad social.

Así, Rousseau comienza por el análisis de las primeras sociedades, sostiene que la sociedad más antigua de todas, y la única natural, es la de una familia. En esta sociedad los hijos solo permanecen unidos al padre mientras necesitan de su cuidado para conservarse. Si continúan juntos, ya no es forzosa y naturalmente, sino por su voluntad; y la familia misma no se mantiene sino por convención. Esta libertad común “es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es velar por su propia conservación; sus primeros cuidados son los que se debe a él mismo. Llegado a la edad de la razón, siendo el juez exclusivo de los medios adecuados para conservarse, se convierte, por tanto, en su propio dueño”¹⁶⁸. La familia es el primer modelo de las sociedades políticas.

En contra de la esclavitud, afirma que un hombre que se entrega a otro es inconcebible. Aun admitiendo que el hombre pudiera alienarse a sí mismo:

...no puede alienar a sus hijos, nacidos para ser hombres y libres. Su libertad les pertenece, sin que nadie tenga derecho a disponer de ella. (...) Renunciar a su libertad es renunciar a su condición de hombre, a los derechos de la Humanidad e incluso a sus deberes. No hay compensación alguna posible para quien renuncia a todo. Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre: despojarse de la libertad equivale a despojarse del ser moral.¹⁶⁹

A diferencia de otros autores, antes de examinar el hecho por el cual un pueblo elige un rey, considera más conveniente estudiar el acto por el cual un pueblo se siente pueblo, ya que siendo este acto necesariamente anterior al otro, es el verdadero fundamento de la sociedad. Para llegar al pacto social, supone que

¹⁶⁸ Rousseau, Jean-Jaques, *Discurso sobre...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 47.

los hombres han llegado a un punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado de la naturaleza superan a las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en este estado: “Entonces ese estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no variara de manera de ser”.¹⁷⁰

Siendo el caso que los hombres no tienen otro medio para conservarse que el de formar, por agregación, una suma de fuerzas capaz de vencer la resistencia, ponerlas en movimiento con un sólo fin y hacerles obrar de mutuo acuerdo. Ahora bien, esa suma de fuerzas sólo puede nacer del concurso de muchas de éstas separadas; pero, constituyendo la fuerza y la libertad de cada hombre sus principales instrumentos de conservación. Lo anterior le lleva a preguntarse: “Cómo encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la persona y bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes”¹⁷¹. Lo cual constituye el problema fundamental que pretende resolver con su *Contrato social*.

Para Rousseau la menor modificación de las cláusulas del contrato las deja sin efecto. Aunque nunca hayan sido expresadas formalmente, están tácitamente admitidas y reconocidas, hasta tanto que, violado el pacto social, cada cual recobre sus primitivos derechos y su libertad natural. Es decir, existe la posibilidad de que los hombres, por violación del pacto social, regresen al estado de naturaleza. Estas cláusulas se reducen a una sola: “la alineación total de cada asociado con sus innegables derechos a toda la comunidad”¹⁷². El pacto social se reduce a los siguientes términos: “*Cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo*”.¹⁷³

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 53.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 54.

¹⁷² *Ibidem*, p. 55.

¹⁷³ *Ídem*.

Más aún, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea. La persona pública que de este modo se constituye, por la unión de todas las demás, que tomaba el nombre de *Ciudad, República o cuerpo político*, es denominado Estado cuando es activo, *potencia* en relación con sus semejantes. Por lo que respecta a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de *Pueblo* y particularmente el de *ciudadanos*, como partícipes de la autoridad soberana, y el de *súbditos*, por estar sometidos a las leyes del Estado.

Este tránsito del estado natural al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable:

El hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desee y pueda alcanzar; ganando, en cambio, la libertad civil y la propiedad de lo que posee. Para no equivocarse acerca de estas compensaciones es preciso distinguir la libertad natural, que tiene por límites las fuerzas individuales, de la libertad civil, circunscrita por la voluntad general, y la posesión, que no es otra cosa que el efecto de la fuerza o del derecho del primer ocupante, de la propiedad, que no puede fundarse sino en un título positivo.¹⁷⁴

Postura que contrasta en cierto sentido con lo que el propio filósofo señala en su texto *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*. Aquí Rousseau textualmente dice que “el primer hombre a quien, cercando un terreno, se le ocurrió decir esto es mío y halló gentes bastantes simples para creerle fue el verdadero fundador de la sociedad civil”.¹⁷⁵ Con el transcurso de hombre nacieron, por una parte, el cultivo y la agricultura y, por la otra, el arte de trabajar los metales y multiplicar sus usos. Especialmente, del cultivo de las tierras “resultó necesariamente su reparto, y de la propiedad, una vez reconocida, las primeras reglas de justicia, porque para dar a cada cual lo suyo es necesario que

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 61.

¹⁷⁵ Rousseau, Juan Jacobo. *Discurso sobre...*, *op. cit.* p. 33.

cada uno pueda tener una cosa”.¹⁷⁶ Asimismo, es el trabajo “únicamente el que, dando derecho al cultivador sobre el producto de la tierra que está trabajando, le da consiguientemente ese mismo derecho sobre el suelo, por lo menos hasta la cosecha, y así de año en año; lo que, constituyendo una posesión continua, se transforma fácilmente en propiedad”.¹⁷⁷

Según Rousseau, el hombre rico, apremiado por la necesidad de una situación de todos contra todos, donde nadie hallaría seguridad ni la pobreza ni en la riqueza, propuso: “hagamos reglamentos de justicia y de paz que todos estén obligados a observar, que no hagan excepción de nadie y que reparen en cierto modo los caprichos de la fortuna sometiendo igualmente al poderoso y al débil a deberes recíprocos. En una palabra: en lugar de volver nuestras fuerzas contra nosotros mismos, concentrémoslas en un poder supremo que nos gobierna con sabias leyes, que proteja y defienda a todos los miembros de la asociación, rechace a los enemigos comunes y nos mantenga en eterna concordia”.¹⁷⁸

Ahora bien, con este germen de desigualdad con apariencia de sociedad y de leyes y la posterior constitución de gobiernos políticos, para el ginebrino la fundación del cuerpo político como es “un verdadero contrato entre los pueblos y los jefes que eligió para su gobierno, contrato por el cual se obligan las dos partes a la observación de las leyes que en él se estipulan y que constituyen los vínculos de su unión”.¹⁷⁹ Sin embargo, las distinciones políticas engendran necesariamente desigualdades civiles, la desigualdad crece entre el pueblo y sus jefes.

En este punto y retomando el *Contrato social*, para Jean Jaques Rousseau, es sólo por medio del pacto social que se logra la existencia y la vida del cuerpo

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 38.

¹⁷⁷ *Ídem*.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 41. Siguiendo con su argumentación: “Tal fue o debió de ser el origen de la sociedad y de las leyes, que dieron nuevas trabas al débil y nuevas fuerzas al rico, aniquilaron para siempre la libertad natural, fijaron para todo tiempo la ley de la propiedad y de la desigualdad, hicieron de una astuta usurpación un derecho irrevocable y, para provecho de unos cuantos ambiciosos, sujetaron a todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria. Fácilmente se ve cómo el establecimiento de una sola sociedad hizo indispensable el que todas las demás, y de qué manera, para hacer frente a fuerzas unidas, fue necesario unirse a la vez”. *Ídem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 47.

político, pero es la ley la que le da movimiento y la voluntad; en sus palabras: “La materia sobre la cual se estatuye es general, como la voluntad que estatuye. A este acto es a lo que yo llamo una ley”¹⁸⁰. Pues el acto primitivo, por el cual este cuerpo se forma y une, no determina nada de lo que debe hacer para conservarse. Para el filósofo, hasta que todo el pueblo delibera sobre sí mismo y se considera a sí mismo como tal, se forma una relación: la del objeto entero desde distintos puntos de vista, sin división alguna.

El objeto de la ley siempre es general, es decir, la ley considera los súbditos como un cuerpo y las acciones en abstracto, nunca un hombre como individuo ni una acción particular. Así mismo, siendo la ley universal tanto por parte de la voluntad como por parte del objeto, no es ley lo que un hombre, sea quien fuere, manda por propia autoridad; hasta aquello que manda el soberano sobre un objeto particular, no es una ley, sino un decreto. En consecuencia, *República* es “todo Estado regido por leyes, cualquiera que sea la forma bajo la cual se administrase, pues sólo así el interés público gobierna y la cosa pública tiene alguna significación. Todo gobierno legítimo es republicano”.¹⁸¹

Para Rousseau, no escapa preguntarse cómo es posible que una multitud sea ciega, pues a menudo no sabe lo que quiere, toda vez que raras veces conoce lo que le conviene. Al respecto, señala que el pueblo quiere siempre el bien, pero no siempre lo ve. La voluntad general siempre es recta, pero el juicio que la guía no siempre es claro. Por tanto, es preciso hacerle ver los objetos tal cual son y, algunas veces, tal cual deben parecerle, mostrarle el buen camino que ella busca. Semejante responsabilidad recae sobre el legislador.

Según nuestro autor, si buscamos en qué consiste precisamente el mayor bien de todos, o sea, el fin que debe ser objeto de todo sistema de legislación, se descubrirá que él se reduce a dos fines principales: la *libertad* y la *igualdad*. “La

¹⁸⁰ Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato social...*, op. cit.p. 83.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 84-85.

libertad, porque toda dependencia individual equivale a otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado; la igualdad, porque la libertad no se concibe sin ella”.¹⁸²

Una sana y fuerte Constitución es lo primero que debe buscar un Estado. La solidez de una Constitución la explica Rousseau, en estos términos:

La constitución de un Estado puede resultar sólida y duradera cuando las conveniencias son de tal suerte observadas, que las relaciones naturales y las leyes están siempre de acuerdo, no logrando éstas, por decirlo, sino asegurar y rectificar aquéllas. Pero si el legislador, equivocándose en su propósito, toma un camino diferente del indicado por la naturaleza de las cosas, es decir, dirigido el uno a la esclavitud y el otro a la libertad; el uno a las riquezas, el otro a la población; uno a la paz y otro a las conquistas; podrá verse cómo las leyes se debilitan insensiblemente, la constitución se altera y el Estado se agita sin cesar hasta que, destruido o modificado, la invencible naturaleza recupera su imperio”.¹⁸³

La razón del gobierno en el Estado se justifica, toda vez que es necesario, a la fuerza pública, un agente propio que la aglutine y la utilice de acuerdo con las direcciones de la voluntad general, que sirva como órgano de comunicación entre el Estado y el soberano. A la pregunta ¿qué es el gobierno? Rousseau señala dos definiciones: a) un cuerpo intermediario establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua comunicación, a quien corresponde la ejecución de las leyes y el mantenimiento de la libertad tanto civil como política; y, b) al ejercicio legítimo del Poder Ejecutivo, y Príncipe o Magistrado, al hombre o cuerpo encargado de esta administración.¹⁸⁴

¹⁸² *Ibídem*, p. 102.

¹⁸³ *Ibídem*, p. 105.

¹⁸⁴ *Ibídem*, pp. 110 y 111.

Sobre la persona del magistrado, pueden distinguir tres voluntades esencialmente distintas:

la voluntad propia del individuo, que no tiende sino a su interés particular; la voluntad común de los magistrados, que se vincula únicamente con el bien del príncipe, y que se podemos llamar voluntad de corporación, la cual es general con respecto al gobierno y particular con respecto al Estado de que aquél forma parte, y la voluntad del pueblo, o voluntad soberana, que es general tanto con relación al Estado considerado como el todo como en lo que se refiere al gobierno considerado como parte del todo.¹⁸⁵

Así, la razón por la que se diferencian las diversas especies o formas de gobiernos es por el número de miembros que la componen. Es decir, dependiendo del número de miembros obtenemos la división de los gobiernos, tales como: democracia, aristocracia y monarquía. Rousseau lo expresa de la siguiente manera:

El soberano puede, en primer lugar, confiar el depósito de gobierno a todo el pueblo o a la mayoría de él, de forma que haya mayor cantidad de ciudadanos magistrados que simples particulares. Esta forma de gobierno recibe el nombre de *democracia*.

O puede también reducir o limitar el gobierno, depositándolo en manos de un pequeño número de individuos, de manera que resultan más ciudadanos que magistrados. Esta forma recibe el nombre de *aristocracia*.

Puede, por último, concentrar todo el gobierno en un magistrado único, de quien los demás reciban el poder. Esta tercera forma es la más común y suele conocerse por el nombre de *monarquía* o gobierno real.¹⁸⁶

¹⁸⁵ *Ibídem*, pp. 117 y 118.

¹⁸⁶ *Ibídem*, p. 121.

Esta división de formas de gobierno puede subdividirse en otras formas, de manera que de las tres formas pueden resultar una multitud de formas mixtas. A la cuestión sobre la mejor forma de gobierno, Rousseau propone: “sí, en los distintos Estados, el número de magistrados supremos debe estar en razón inversa del de los ciudadanos, dedúcese de ello que, en general, el gobierno democrático conviene a los estados pequeños Estados, el aristocrático a los medianos y el monárquico a los grandes”.¹⁸⁷

No obstante, apoyar las decisiones que se tomen por mayoría es cauto al señalar que, tomando la palabra democracia en su rigurosa acepción, no existirá jamás verdadera democracia, ni ha existido nunca. Va en contra del orden natural que el mayor número gobierne y los menos sean gobernados. No se puede imaginar que el pueblo viva constantemente reunido para ocuparse de los negocios públicos. Otras cosas, todas difíciles de reunir, que supone este gobierno son: primeramente, un estado muy pequeño, para que se pueda juntar el pueblo sin dificultad; en segundo lugar, una muy grande sencillez de costumbres, a fin de evitar la multitud de negocios y las discusiones espinosas; luego mucha igualdad, en los rangos y en las fortunas; finalmente, poco o ningún lujo, porque el lujo o es efecto de las riquezas o las hace necesarias y corrompe a la vez al rico y al pobre, al uno por la posesión, al otro por la codicia. Por tanto, Rousseau concluye “si hubiera un pueblo de dioses estaría gobernado democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres”.¹⁸⁸

La aristocracia tiene dos formas morales muy distintas: el gobierno y el soberano, y, por consiguiente, dos voluntades generales, una con relación a todos los ciudadanos, y la otra sólo con relación a los miembros de la administración solamente. Las primeras sociedades se gobernaron aristocráticamente. Hay tres especies de aristocracia; natural, electiva y hereditaria. La primera no es propia más que de pueblos sencillos; la tercera constituye el peor de todos los gobiernos. La segunda es la mejor, tratándose en realidad de la aristocracia propiamente dicha.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 122.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 125.

Además, de la ventaja de la distinción de los dos poderes, tiene la de la elección de sus miembros, y más aún, las asambleas se juntan con mayor comodidad, los asuntos se discuten mejor, y se despachan con mayor orden y diligencia, el crédito del Estado está mejor sostenido en el extranjero por senadores dignos de veneración que por una multitud desconocida o despreciada.

De ahí, que “en una palabra: el orden mejor y más natural es que los hombres más sabios gobiernen a las multitudes, cuando se está seguro de que las gobernarán en provecho de ellas y no en el de ellos”¹⁸⁹. Al contrario de lo que ocurre en las otras administraciones, en las cuales un ente colectivo representa a un individuo, en el sistema monárquico un individuo representa una colectividad, de suerte que la unidad moral que supone el príncipe es, es a la vez, una unidad física, en la cual convergen todas las facultades que la ley reúne mediante tantos esfuerzos en la otra. La voluntad del pueblo, la del príncipe, la fuerza pública del Estado y la particular del gobierno responden todas a idéntico móvil; todos los resortes de la máquina dependen de una sola mano. Todo marcha hacia el mismo fin; no hay movimientos opuestos que se neutralicen mutuamente.

Un defecto esencial e inevitable que hará siempre inferior el gobierno monárquico al republicano, “es que en éste el voto popular casi siempre lleva a los puestos preeminentes a hombres esclarecidos y capaces que hacen honra sus cargos, en tanto que los que surgen en las monarquías no son a menudo sino chismosos, bribonzuelos e intrigantes, talentos mediocres que, una vez elevados a las altas dignidades de la corte, no sirven sino para demostrar al público su falta de talento”.¹⁹⁰

Finalmente, sobre el carácter democrático de la unión de los hombres, Baruch de Spinoza, alude a una posesión colectiva. Veamos: primero, los hombres debieron y mediante un pacto, dirigirse por el dictamen de la razón y “frenar el apetito en cuanto aconseje algo en perjuicio de otro, no hacer a nadie lo que no se

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 128.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 132.

quiere que le hagan a uno, y defender, finalmente, el derecho ajeno como el suyo propio¹⁹¹; segundo, el pacto basa su fuerza en razón de su utilidad y, suprimida ésta, se suprime el pacto y queda sin utilidad; tercero, al lado de la promesa de fidelidad al pacto se debe procurar, para quien lo rompa, más daño que utilidad¹⁹²; cuarto, aunque los hombres se comprometan nadie puede estar seguro de la fidelidad de otro, a menos que se añada otra cosa a su promesa¹⁹³; quinto, en la medida en que alguien, por la fuerza o espontáneamente, transfiere a otro parte de su poder, en la misma medida, también cederá parte de su derecho; sexto, por consiguiente, quien posea el poder supremo, tendrá el derecho sobre todos para obligarlos por la fuerza o contenerlos por el miedo.

Con lo anterior, nuestro autor en cita concluye:

Así, pues, se puede formar una sociedad y lograr que todo pacto sea siempre observado con máxima fidelidad, sin que ello contradiga al derecho natural, a condición que cada uno transfiera a la sociedad el derecho que él posee, de suerte que ella sola mantenga el supremo derecho de la naturaleza a todo, es decir, la potestad suprema, a la que todo el mundo tiene que obedecer, ya por propia iniciativa, ya por el miedo al máximo suplicio.

El derecho de dicha sociedad se llama democracia; ésta se define, pues, la asociación general de los hombres, que posee colegiadamente el supremo derecho a todo lo que puede. De donde se sigue que la potestad suprema no está sometida a ninguna ley, sino que todos deben obedecerla en todo.¹⁹⁴

¹⁹¹ Spinoza, Baruch de, *Tratado teológico-político*, *op. cit.*, p. 335.

¹⁹² En Spinoza, si los hombres se dejaran llevar por la razón y pudieran conocer la utilidad y necesidad del Estado, no habría nadie que no cumpliera con fidelidad los pactos.

¹⁹³ “*ya que, por derecho de naturaleza, todo mundo puede actuar con fraude y nadie está obligado a observar los pactos, si no es por la esperanza de un bien mayor o por el miedo de un mayor mal*”. *Ibíd.*, p. 337.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, p. 338.

Otro punto a resaltar se refiere al origen de la autoridad, esto es, del poder del Estado. En la concepción política de la Edad Media se pensaba que el rey, que llegaba al cargo por elección o ascendía al trono por herencia, gobernaba por la gracia de Dios, esto es, estaba fuera de duda que el gobierno secular era de origen divino, que el rey era vicario de Dios.

Por el contrario, Spinoza considera que la ley puede depender de o bien de la necesidad de la naturaleza o del arbitrio humano; la primera *“es aquella que se sigue necesariamente de la misma naturaleza o de la definición de la cosa; la que depende, en cambio, el arbitrio de los hombres y que se llama con más propiedad derecho, es aquella que los hombres se prescriben a sí mismos y a otros, para vivir con más seguridad y comodidad o por otras razones”*¹⁹⁵; de ahí, que los hombres guiados por la razón coincidan en celebrar el pacto que es el origen y fundamento del poder estatal.

Lo anteriormente expuesto, lleva a Spinoza a sostener que una política conforme con la naturaleza humana sólo puede ser una política que propicie el ejercicio de la libertad y, más aún, “el Estado más libre cuyas leyes estén fundadas en la sana razón, ya que en él todo el mundo puede ser libre, es decir, vivir sinceramente según la guía de la razón, donde quiera”.¹⁹⁶ Ello no se contradice con su idea determinista de las leyes de la naturaleza toda vez que, a diferencia de éstas, la libertad de elección del hombre consistirá en “aquello que le parece mayor o menor al que elige, no que las cosas sean necesariamente tal como él las juzga”.¹⁹⁷

2.4 El paso a la sociedad civil

Referente a la teoría del contrato social Thomas Hobbes consideró que, con la sola presencia de un poder, que obligue tanto al cumplimiento de los pactos como

¹⁹⁵ *Ibídem*, p. 135.

¹⁹⁶ *Ibídem*, pp. 340 y 341.

¹⁹⁷ *Ibídem.*, p. 334.

a la observancia o respeto de las leyes de la naturaleza, el hombre superaría el estado de guerra y alcanzaría la sociedad civil.

Es precisamente en la idea del contrato social, donde ve Hobbes al medio que tiene el hombre para pasar del estado de naturaleza a la sociedad civil. En sus palabras: “*la mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman contrato*”¹⁹⁸. Ahora bien, se debe distinguir entre contratantes, la transferencia del derecho a la cosa y la transferencia, tradición o entrega de la cosa misma; es decir, uno de los contratantes “*puede entregar la cosa convenida y dejar que el otro realice su prestación después de transcurrido un tiempo determinado, durante el cual confía en él. Entonces, respecto del primero, el contrato se llama pacto o convenio*”.¹⁹⁹

De acuerdo con el autor en cita, uno de los beneficios que acarrea la celebración de dicho contrato consiste en lograr la convivencia pacífica; en su argumentación, el filósofo presenta dos escenarios: primero, en situación de simple naturaleza, cuando los contratantes celebran un pacto o contrato, cualquier sospecha de incumplimiento es motivo suficiente para que, uno de ellos o ambos, unilateralmente declare la nulidad del acto; y, segundo, cuando existe un poder común a los contratantes con el derecho y poder necesarios para obligar al cumplimiento de lo contratado, la sola sospecha no vuelve nulo al acto jurídico. En el primer caso, la naturaleza del hombre y la condición propia del estado presocial, es decir, la ausencia de un poder coercitivo que obligue al cumplimiento de las partes, tienen como consecuencia la falta de seguridad, por parte de quien ya cumplió, de recibir después su correspondiente contraprestación. El segundo caso, se trata de una sociedad civil o “*Estado civil*” -como Hobbes lo llama- donde existe un poder superior apto para constreñir a quienes de otro modo incumplirían todo pacto o contrato y, por tanto, asegure la convivencia pacífica de los hombres.

Asimismo, otro de los objetivos, por los cuales un conjunto de individuos o multitud de común acuerdo deciden vivir en un Estado civil, es el de fortalecer su

¹⁹⁸ Hobbes, Thomas, *op. cit.*, p. 109.

¹⁹⁹ *Ídem*.

seguridad ante los posibles ataques o invasiones de los enemigos externos que pretendan someterlos. La cantidad de individuos no está determinada por un cierto número, siendo suficientes cuando la superioridad del enemigo no sea tan visible y manifiesta y, por el contrario, le transmitan incertidumbre de obtener la victoria en caso de guerra. Pero, incluso la gran multitud, es blanco fácil de sus enemigos cuando sus integrantes se dirigen según sus particulares juicios y apetitos; por consiguiente, al conformar el Estado Civil se requiere de “*un poder común que los mantenga a raya y dirija sus acciones hacia el beneficio colectivo*”.²⁰⁰

De tal suerte que la esencia del Estado queda definida en los siguientes términos: “*una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común*. El titular de esa persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene un *poder soberano*; cada uno de los seres que le rodean es considerado como un SÚBDITO suyo”.²⁰¹

Con todo, se puede afirmar que el medio para erigir semejante poder común capaz de mantener la convivencia pacífica de los individuos y de defenderlos en contra de las invasiones de los extranjeros, o lo que es lo mismo, el modo de superar el estado de naturaleza e instaurar la sociedad civil, se verifica con la celebración de un pacto social, entendido como el consentimiento de cada uno de los individuos que componen a la multitud de transferir, siempre y cuando los demás hagan lo propio, a favor de un tercero (ya sea un hombre o una asamblea) su derecho, válido dentro del estado de naturaleza, a autogobernarse y, por tanto, quienes ceden el derecho de gobernarse en plena autonomía, “*transfieren el derecho de recaudar impuestos para mantener un ejército, y de pagar magistrados para la administración de justicia*”.²⁰²

²⁰⁰ *Ibídem*, p. 140.

²⁰¹ *Ibídem*, p. 141.

²⁰² *Ibídem*, p. 113.

Así, del pacto social que comprende el acuerdo de los individuos de vivir en sociedad y su decisión de someterse a un poder común, eligiendo a un hombre o una asamblea que los represente, se desprende que el Estado civil se instituye “cuando una multitud de hombres convienen y pactan, *cada uno con cada uno*, que a un cierto *hombre* o *asamblea de hombres* se les otorgará, por mayoría, el derecho de *representar* a la persona de todos (es decir, de ser su *representante*)”.²⁰³

Si el objeto o materia del pacto social que es la transferencia a la sociedad civil de algunos de los derechos del hombre en el estado de naturaleza, entonces para entrar en el Estado civil el hombre, según Hobbes, transfiere, aparte del derecho a autogobernarse, de todo aquello que perturbe la paz; esto es, renuncia a derechos tales como: la igualdad de hecho de todos los individuos; la libertad natural o derecho a actuar guiado por las pasiones y no por la razón; el derecho a tomarse la justicia por su propia mano o derecho al uso de la fuerza; y, al derecho sobre todas las cosas, ausencia de propiedad privada o derecho a la posesión de los bienes que su fuerza le permita. Concluyéndose que la finalidad objeto de instaurar un poder común superior a los hombres o Estado, es el de erigirlo como un poder coercitivo que compela a los hombres al cumplimiento de sus pactos por el temor de recibir un castigo más grande que el beneficio que esperan del quebrantamiento de su compromiso; lo anterior en virtud de que, “*los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, de modo alguno*”.²⁰⁴

Derivándose de lo anterior, que el poder coercitivo del Estado, precisamente nace y se justifica, hasta en tanto y como consecuencia de la evidente e individual manifestación de voluntad de los hombres al otorgar su consentimiento en llevar a cabo su celebración.

Considerando las particulares circunstancias del estado de naturaleza, o sea de la no existencia de un poder coactivo, es legítimo interrogar ¿de qué manera se puede garantizar el cumplimiento del primer contrato social? Desde mi punto de

²⁰³ *Ibidem*, p. 142.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 137.

vista, Hobbes ofrece los argumentos suficientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los contratantes del pacto o contrato social, según el cual se fundamenta la sociedad civil, aun sin la presencia previamente del Estado o poder coercitivo. De esta manera, dependiendo de la forma en como las partes se obligan a cumplir con el contrato o mutua transferencia, tenemos tres tipos: contrato, cuando los contratantes recíprocamente y, en un mismo momento, le dan total cumplimiento; pacto o convenio, cuando uno de las partes cumple con su obligación y deja que la otra posteriormente la realice, otorgándole un tiempo durante el cual confía en él; y, observancia de promesa o fe, cuando ambas partes contratan ahora, para posteriormente, cumplir con su obligación.

Se advierte la tesis en el sentido de que el acto jurídico, para aquellos hombres que viven en estado de naturaleza, que asegura el cumplimiento del contrato social fundacional del Estado es denominado pacto; un pacto donde cada uno cumple con su parte y respeta los acuerdos previstos en el contrato y, al mismo tiempo, confía plenamente en el futuro cumplimiento de los demás. En esta tesitura, los individuos, que voluntariamente deliberan sobre aquellos derechos objeto del pacto social y sobre la sumisión al Estado, objeto de la sociedad civil, no deben perder de vista “*que sea siempre algo venidero que se juzga posible de realizar por quien pacta*”.²⁰⁵

En conclusión, lo que Hobbes busca dentro de un estado de naturaleza, es decir, sin la existencia del Estado, es una situación en la cual el ser humano no tuviera elementos razonables para sospechar del otro, donde no habría razón para que lo agrediera y, por tanto, que no hubiera necesidad de la guerra y que se pudiera celebrar el primer contrato social.

Precisamente una de las consideraciones de Hobbes, como precursor del liberalismo, se da en el momento en que considera que no es malo que los hombres quieran conseguir sus fines, que sean egoístas, es decir, individualistas; más aún, la creación de una institución como el Estado se da con el fin de armonizar la vida

²⁰⁵ Hobbes, Thomas, *op. cit.*, p. 113.

en común, para resolver las discordias que surgen por el enfrentamiento de los fines de los hombres.

Otros rasgos liberales en Hobbes se encuentran al considerar la existencia de una libertad igual para todos, entendiéndola como “la ausencia de impedimentos externos...”²⁰⁶. Así mismo, podemos considerar el hecho de afirmar que los hombres son iguales tanto en las facultades del cuerpo como del espíritu. Y finalmente en su rechazo al derecho a la autoridad política por razones puramente hereditarias.

El análisis de Hobbes muestra que una comunidad como tal es pura ficción, que no tiene existencia salvo en la cooperación de sus miembros, que esa cooperación se debe siempre a las ventajas que de ella derivan para sus miembros como individuos y que sólo llega a ser comunidad porque algún individuo es capaz de ejercer un poder soberano. Situación que no le es ajena a Locke; además, a éste no le es desconocida la supremacía de la comunidad política²⁰⁷, heredada de la tradición medieval, pues supone que el gobierno -rey, parlamento y órganos políticos- es responsable ante el pueblo o la comunidad a los que rige; su poder está limitado a la vez por la ley moral y por las tradiciones y convenciones constitucionales. El gobierno es indispensable y su derecho es, por consiguiente, inviolable en un cierto sentido, pero es también derivado, ya que existe para el bienestar de la comunidad.

En términos de satisfacción del individuo, concibe a la sociedad como compuesta de personas movidas por motivos egoístas, que buscan en el gobierno y el derecho seguridad contra semejantes igualmente egoístas y que tratan de conseguir el mayor bien privado que sea compatible con el mantenimiento de la paz. Tanto los individuos como las instituciones efectúan un trabajo socialmente útil,

²⁰⁶ *Ibíd.*, p. 106.

²⁰⁷ Al respecto, como la expresión de Maurizio Fioravanti, quien señala que “ésta es, en pocas palabras, la *supremacía de la comunidad política* en la Edad Media: la supremacía del todo sobre las partes y, también, la supremacía del mismo rey, pero no de manera autónoma y diferenciada, sino sólo porque él, más que otros, es esencial para la representación de la totalidad de aquella comunidad.” Véase, Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, España, Trotta, 2001, p. 46.

regulado por el gobierno para el bien de todos y dentro del armazón jurídico que hace del grupo una comunidad.

En esta tesitura, Locke reconoce, que en la comunidad política se establecen las pautas morales que sus gobernantes tienen que respetar y que existen intereses individualistas en los hombres. Asimismo, destaca su posición consistente en que el derecho natural entraña unos derechos innatos e inviolables, inherentes a cada individuo. En consecuencia, coincidiendo con el egoísmo predicado por Hobbes y en línea liberal, postula que el gobierno y la sociedad existen para mantener los derechos de los individuos y, por consiguiente, la inviolabilidad de tales derechos es una limitación a la autoridad de ambos.

En Locke tenemos a un pensador que combinó la teoría con la práctica; escribió numerosas obras, tanto de contenido tanto filosófico, como lo es su *Ensayo sobre el entendimiento humano*, así como político, verbigracia su *Ensayo sobre el gobierno civil*, participando, a su vez, en la vida política y social como secretario de la Cámara de Comercio.

Según este autor, el conocimiento es producido por nosotros por la asociación de nuestras sensaciones y la reflexión que recibimos de nuestras experiencias. En este sentido, la realidad exterior es un reflejo de nuestras ideas producidas por la experiencia. Nuestros conceptos no aparecen como lo que son, la reproducción de lo real como proceso de pensamiento, como una producción de nuestro pensamiento que se refleja en la realidad.

Esta concepción empirista del conocimiento la aplica en el terreno político, considerando a la sociedad como un todo dado, en donde los individuos solo actúan eligiendo según reglas establecidas al margen de ellos. Su teoría política predicaba el abandono de la idea del derecho divino de los reyes y el definitivo triunfo del Parlamento. Las ideas políticas centrales de su doctrina son: a) el gobierno debe contar con el consentimiento de los gobernados; b) el gobierno que no tenga el apoyo de los gobernados no tiene derecho para mantenerse; y, c) el compromiso o

contrato social se establece para promover el bien social, por medio del cual se someten las libertades individuales.

La concepción de Locke forma parte de la teoría contractualista del origen del Estado, al pensar el poder social como fruto de un pacto consentido por los individuos para salvaguardar los derechos de todos; el contenido fundamental de este pacto son los derechos de propiedad y libertad. La legitimidad del Estado consiste en su reconocimiento tácito, a través del consentimiento que presta el individuo, a actuar legal y represivamente, si llega el caso, en defensa del interés general. Esta legitimidad, con su correlato de legalidad, convierte al Estado en un poder ajeno a la misma sociedad civil, sin control por parte de ella.

La fundamentación de la propiedad reside en el trabajo individual, de tal manera que se tiene derecho a esa propiedad en la medida que sea producto del trabajo propio, empleado en ella. Pero esto no es suficiente, ya que estamos hablando de la propiedad capitalista, que se caracteriza por la capacidad que tiene el propietario jurídico para aumentarla, explotando al trabajador asalariado. Por ello, ha de recurrirse al intercambio para explicar el derecho a una propiedad no basada en el esfuerzo propio. Para Locke, la propiedad es el derecho a poseer la cosa, siempre y cuando contenga un trabajo personal del poseedor. La propiedad se fundamenta en el empleo de su fuerza de trabajo en la apropiación de la materia que la naturaleza le brinda.

Según su concepción, el derecho de propiedad es el derecho de toda persona sobre sus pertenencias. Tal derecho tiene un contenido jurídico y otro económico.

- El contenido jurídico es el reconocimiento de esa propiedad por parte de los demás, lo cual es recogido y sancionado legalmente a través de leyes.

- El contenido económico es la capacidad de disponer como se quiera de esa propiedad, esto se da en la relación económica.

Lo que hace el contenido jurídico es sancionar esa capacidad y, como tal, es la forma legal de la relación económica. Por otra parte, lo económico transforma en un hecho social lo que reconoce la relación legal.

Así, el derecho a la propiedad.

En cuanto al concepto de libertad aparece muy ligado a las necesidades económicas de este modo de producción. Es concebida individualmente y con un criterio arbitrario, independiente y con voluntad propia, como forma social de la relación económica dominante: compra y venta de la fuerza de trabajo, dependiendo de que se sea propietario o no de medios de producción. La libertad de Locke consiste en respetar los derechos de los demás, y en esa medida serán respetados los de uno, lo que se concreta en el consentimiento -sometimiento- al poder legislativo y a la ley que este poder establezca.

De esta forma, observamos que después de describir el estado de naturaleza como una situación de paz y ayuda mutua y de definir los derechos naturales, por analogía con la propiedad, como anteriores a la sociedad, Locke hace derivar a la sociedad civil del consentimiento de sus miembros. En el estado de naturaleza todo hombre goza de libertad perfecta y disfruta sin límites de todos los derechos que la ley de la naturaleza le otorga, entre esos derechos están el poder de preservar su propiedad y juzgar y castigar las transgresiones de otros hombres; sin embargo, la superación del estado de naturaleza implica que cada hombre renuncia a su poder de ejecutar por sí mismo la ley natural para proteger sus derechos y lo entregó a la sociedad civil, a la comunidad política.

Es decir, en su opinión, ninguna sociedad política puede existir ni subsistir sin tener en sí misma el poder de preservar la propiedad y, a fin de lograrlo, el de castigar las ofensas de los miembros de esa sociedad; deduciendo que:

Única y exclusivamente habrá una sociedad política allí donde cada uno de sus miembros haya renunciado a su poder natural y lo haya entregado en manos de la comunidad, en

todos aquellos casos en que no esté imposibilitado para pedir la protección de la ley establecida por la comunidad misma. Y así, al haber sido excluido todo juicio privado de cada hombre en particular, la comunidad viene a ser un árbitro que decide según normas y reglas establecidas, imparciales y aplicables a todos por igual, y administradas por hombres a quienes la comunidad ha dado autoridad para ejecutarlas. Y de este modo, la comunidad decide las diferencias que puedan surgir entre miembros en cuestiones de derecho, y castiga aquellas ofensas que algún miembro haya cometido contra la sociedad, con las penas que la ley haya establecido.²⁰⁸

En efecto, el poder de ejecutar las leyes sólo puede surgir por el consentimiento de cada uno de los individuos y, por tanto, el poder civil no puede tener derecho a existir, salvo en la medida en que deriva del derecho individual de cada hombre a protegerse a sí mismo y a proteger su propiedad. Locke identifica el acuerdo de una mayoría como el acto de toda la sociedad, pues:

cuando un número cualquiera de hombres, con el consentimiento de cada individuo, ha formado una comunidad, ha hecho de esa comunidad un cuerpo con poder de actuar corporativamente; lo cual sólo se consigue mediante la voluntad y determinación de la mayoría. Porque como lo que hace actuar a una comunidad es únicamente el consentimiento de los individuos que hay en ella, y es necesario que todo cuerpo se mueva en una sola dirección, resulta imperativo que el cuerpo se mueva hacia donde lo lleve la fuerza mayor, es decir, el consenso de la mayoría”.²⁰⁹

²⁰⁸ Locke, John, *op. cit.*, pp. 102-103. Más adelante agrega: “Por lo tanto, siempre que cualquier número de hombres esté así unido en sociedad de tal modo que cada uno de ellos haya renunciado a su poder ejecutivo de ley natural y lo haya cedido al poder político, entonces, y sólo entonces, tendremos una sociedad política o civil”...”Esto es lo que saca a los hombres del estado de naturaleza y los pone en un Estado: el establecimiento de un juez terrenal con autoridad para decidir todas las controversias y para castigar las injurias que puedan afectar a cualquier miembro del Estado; y dicho juez es la legislatura, o el magistrado nombrado por ella”. *Ibidem*, pp. 104-105.

²⁰⁹ *Ibidem*, pp. 111-112.

Una vez que se ha acordado constituir la sociedad política, la forma de gobierno depende del uso de la mayoría, o sea del uso que la comunidad haga de ese poder, puede conservarlo o delegarlo a un cuerpo legislativo. Siguiendo a Locke el poder legislativo es supremo en el gobierno, aunque el legislativo y el ejecutivo son poderes limitados. El poder legislativo no puede ser nunca arbitrario, no puede tomar la propiedad de los individuos sin el consentimiento de éstos, no puede delegar su poder y, lo más importante, el pueblo tiene el supremo poder de modificar al legislativo cuando actúa de modo contrario a la confianza en él depositada. El ejecutivo está limitado, además de su dependencia al legislativo, por el derecho. Para seguridad de la libertad el poder legislativo y el ejecutivo no deben encontrarse en las mismas manos.

Esa distinción entre sociedad y gobierno lleva a Locke a decir que esa sociedad puede disolver al gobierno por la violación de la confianza que el pueblo ha depositado en él. Así, toda invasión en la vida, la libertad o la propiedad de los súbditos es por sí misma nula, y el poder legislativo que intente llevarlo a cabo pierde su fuerza. En este caso el poder se revierte al pueblo, que tiene que establecer un nuevo poder legislativo mediante un nuevo acto de legislación constitucional.

Este vínculo entre el derecho a la propiedad y la libertad individual, ausente en Hobbes y Spinoza, es propio en Locke. “En Locke se presenta lo que es inexistente en los escritores individualistas anteriores: una clara percepción de que la independencia personal presupone una propiedad privada protegida con seguridad bajo el gobierno de la ley.”²¹⁰

Sobre la propiedad, David Hume, enfatizó que al lado de la estabilidad de la posesión están la transferencia por consentimiento de la propiedad, consistente en que la posesión y propiedad sea siempre estable, excepto cuando el propietario consiente en concederla a otra persona; y el sentimiento moral de realización de las promesas, que surge del respeto de la propiedad de los otros. Las tres juntas

²¹⁰ Gray, Jhon. *Liberalismo*, trad., de María Teresa de Mucha, México, Nueva Imagen, 1992, p. 33.

constituyen las leyes fundamentales de la naturaleza que garantizan la libertad individual del hombre.

Ahora bien, si bien es cierto que para Hume en el estado de naturaleza o estado imaginario que precede a la sociedad no existían ni la justicia ni la injusticia, no por ello sostiene que en este estado se permitía violar la propiedad de otros. Lo que expresa es que no podría existir algo que pudiera llamarse propiedad y que, en consecuencia, no habría algo que pudiera llamarse justicia e injusticia.

Cabe mencionar que la distinción justicia e injusticia tiene dos fundamentos diferentes, a saber: “el del *interés*, cuando los hombres advierten que es imposible vivir en sociedad sin restringirse a sí mismos por ciertas reglas, y el de la *moralidad*, cuando este interés ha sido ya atendido y los hombres encuentran placer al contemplar que tales acciones tienden a establecer la paz en la sociedad, y desagrado al ver las que son contrarias a ello”.²¹¹

Para este autor, los hombres se guían en gran medida por el interés y, cuando se preocupan por algo que los trascienda, no llegan más allá de interesarse por sus amigos más cercanos y próximos. Así mismo, no es posible para los hombres asegurar su interés de una manera más efectiva que mediante la observancia universal e inflexible de las reglas de la justicia, por las cuales pueden mantener firme la sociedad y evitar la recaída a la condición miserable y salvaje del estado de naturaleza.

No obstante, y a pesar de que los hombres se hallan sinceramente ligados a su interés, y que su interés se preocupa por la observancia de las reglas de la justicia, se presenta la cuestión de cómo puede surgir el desorden en la sociedad y qué principio tan poderoso existe en la naturaleza humana que venza una pasión tan fuerte. Hume trata de dar una respuesta partiendo de lo siguiente: “...como todo lo que nos es contiguo en espacio o tiempo incide sobre nosotros con una idea vivaz, ocasiona el efecto correspondiente sobre la voluntad y las pasiones,

²¹¹ Hume, David, *op. cit.*, p. 713.

operando por lo común con mayor intensidad que cualquier otro objeto más distante y obscuro”²¹². Es decir, los hombres comúnmente se impresionan por los objetos como se les aparecen, en lugar de buscar su valor intrínseco y real; y aunque estemos convencidos de que el último supera al primero, siempre cedemos a la pasión que hable a favor de lo que está cerca o contiguo.

Precisamente esta naturaleza o tendencia de los hombres hacia lo cercano o contiguo es la razón de por qué obran frecuentemente en contradicción con su interés, y de por qué prefieren una pequeña ventaja presente al mantenimiento del orden en la sociedad, que depende en mucho de la observancia de la justicia. Estima que encontrar un remedio tal que contradiga esa naturaleza o tendencia humana no es posible, sin embargo, propone una vía indirecta de solución, en estos términos:

Es evidente que nunca podrá ser efectivo tal remedio, a menos que corrija tal inclinación; y como es imposible cambiar o corregir ninguna cosa importante en nuestra naturaleza, lo más que podemos hacer será cambiar nuestras circunstancias y situación, haciendo de la observancia de las leyes de justicia nuestro interés más cercano, y de su violación, el más remoto. Pero como esto es impracticable con respecto a toda la humanidad, sólo podrá tener lugar por lo que respecto a unos pocos, a quienes interesamos inmediatamente de este modo en la ejecución de la justicia. Estas son las personas a quienes llamamos magistrados civiles, reyes, ministros, gobernantes y legisladores, que, siendo personas sin intereses específicos están interesadas – o éste interés es mínimo- en cometer acto alguno de injusticia y que, al estar satisfechas de su condición presente y de su puesto en la sociedad, tendrán un interés inmediato en el continuo cumplimiento de la justicia, tan necesario para el

²¹² *Ibíd.*, pp. 714-715.

mantenimiento de la sociedad. Este es, pues, el origen del gobierno civil y de la sociedad.²¹³

Estos funcionarios no sólo tienen el deber de observar estas reglas en su propia conducta, sino también obligar a los otros e inculcar la equidad a través de la sociedad entera; esto es, como las pasiones impiden a los hombres percibir el interés que tienen en una conducta justa con respecto a los otros, les impide también ver la equidad y los hace parciales, por tanto, las mismas personas que ejecutan las leyes de la justicia, siendo indiferentes a la mayor parte de la sociedad, decidirán de un modo más equitativo las controversias.

Estas dos ventajas: la observancia de las reglas de la justicia y la equidad o, también llamadas la ejecución y la decisión de la justicia, son las ventajas del Gobierno. Mediante ellas los hombres adquieren una garantía contra la pasión y debilidad de los otros, como contra las suyas propias.

Si bien los hombres pueden mantener una sociedad pequeña e inculta sin Gobierno, es imposible que puedan mantener una sociedad cualquiera sin justicia y sin la observancia de las tres leyes fundamentales de la naturaleza: la estabilidad de la posesión, su transmisión por conocimiento y la realización de las promesas. Estas leyes son anteriores al Gobierno y suponen una obligación, incluso, antes del deber de obediencia a los magistrados civiles. Hume va más lejos aún y afirma que:

...el Gobierno, *con ocasión de su primera instauración*, deriva su autoridad de esas leyes naturales y, particularmente, de la relativa al cumplimiento de promesas. Una vez que los hombres han advertido lo necesario que resulta el Gobierno para mantener la paz y hacer cumplir la justicia, es natural que deseen agruparse, escoger magistrados, determinar su poder y *prometerles obediencia*.²¹⁴

²¹³ *Ibidem*, pp. 717.

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 722.

Al exponer el fundamento de nuestros deberes políticos utiliza argumentos, tales como: que los hombres inventaron las tres leyes fundamentales de la naturaleza cuando se dieron cuenta de la necesidad de la sociedad y, por consiguiente, se producen las reglas de la justicia. Sin embargo, los hombres observaron que, aunque las reglas de la justicia eran suficientes para mantener una sociedad, ya en una sociedad amplia y culta les era imposible, por sus propios esfuerzos, acatar estas reglas y, por ende, establecieron el Gobierno para mantener las antiguas ventajas y procurarse otras nuevas mediante una ejecución más estricta de la justicia. En conclusión, “Nuestros *deberes* civiles están, pues, conectados con los *naturales* en cuanto que los primeros fueron inventaron fundamentalmente para salvaguardar los segundos, y en cuanto que el objeto principal del gobierno es obligar a los hombres a observar las leyes naturales.”²¹⁵

Hablando de las leyes en un estado civil para Montesquieu las leyes sociales o positivas, propias del hombre en sociedad, están determinadas por la necesidad de superarse y el sentimiento de dominio a causa del estado de guerra. Para que esta situación no prevalezca se establecen unas leyes y, por ende, es el nacimiento del Estado. Estas leyes son: el derecho de gentes o leyes que rigen las relaciones entre los Estados, el derecho político o leyes que rigen las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, y el derecho civil o leyes que rigen las relaciones entre los ciudadanos.

Los hombres, desde el momento en que se reúnen en sociedad, pierden su sentimiento de debilidad, la igualdad deja de existir y comienza el estado de guerra ya sea de nación a nación o entre particulares. Estos dos tipos de guerra son el origen de los tipos de leyes; el derecho de gentes, que rige las relaciones entre los pueblos; el derecho político, que rige las relaciones entre gobernantes y gobernados; y, el derecho civil, que rige las relaciones entre los ciudadanos. Además, de un derecho de gentes que concierne a todas las sociedades, hay un gobierno político para cada una de ellas. Una sociedad no podría subsistir sin un

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 725.

Gobierno, y “la reunión de todas las fuerzas particulares forma lo que se llama estado político”.²¹⁶

En estos términos, afirma que “la ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana. Por ello, dichas leyes deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas, de tal manera que sólo por una gran casualidad las de una nación pueden convenir a otra.”²¹⁷

Según este esquema, la Historia es concebida como una sucesión de hechos según un orden, reglas o leyes, derivada de la naturaleza de las cosas. Estas leyes pueden ser investigadas, determinando los principios generales de las instituciones políticas y civiles. Las leyes de cada pueblo dependen de un conjunto de factores: físicos, climáticos, costumbres, etc.; por tanto, cada pueblo tendrá unas leyes adaptadas a su situación particular, dependiendo de su constitución.

El fundamento de toda sociedad es la libertad, que es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten, pero no hacer lo que la ley prohíbe.

El concepto de libertad en Montesquieu contiene dos aspectos: la libertad ciudadana y la libertad política, dependiendo la primera de la segunda, de tal manera que para que haya libertad individual se tiene que dar la libertad colectiva. La libertad ciudadana es comportarse según la ley, sabiendo que los demás se van a comportar tal cual: es decir, es la garantía de que se va a respetar la ley. La libertad política es la elaboración y aplicación de las leyes, garantizándose que se van a cumplir. ¿Cómo se garantiza la libertad política? Mediante la separación de poderes, separación entre las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales del poder político.

²¹⁶ Montesquieu, *op. cit.*, p. 10.

²¹⁷ *Ídem.*

La reflexión que Montesquieu hace sobre la libertad nos lleva a lo siguiente:

- La libertad del individuo está condicionada a la ley, que es la que determina, en última instancia, lo que se debe o no hacer. En esta concepción, lo fundamental no es la naturaleza de la acción del individuo: ¿qué debo hacer, y por qué debo hacerlo?, sino la legalidad o no que comporta esa acción.

- El ejercicio de la libertad precisa:

- Una separación de poderes.

- Una legislación.

- Una fuerza represiva que la haga cumplir, que castigue al infractor.

En este sentido, define al estado político como la reunión de todas las fuerzas particulares y a la reunión de las voluntades como estado civil; además, afirma, que una sociedad no podría subsistir sin Gobierno. Propone tres clases de Gobierno: el republicano, el monárquico y el despótico. “El Gobierno republicano es aquel en que el pueblo entero, o parte del pueblo, tiene el poder soberano; el monárquico es aquel en que gobierna uno sólo, con arreglo a leyes fijas y establecidas; por el contrario, en el Gobierno despótico una sola persona sin ley y sin norma, lleva todo según su voluntad y capricho”.²¹⁸

La república, a su vez, se divide en aristocracia y democracia, según si sólo una parte del pueblo o todo el pueblo ejerce el poder soberano. Montesquieu lo aclara: “Si el pueblo entero es, en la República, dueño del poder soberano, estamos ante una democracia; si el poder soberano está en manos de una parte del pueblo, se trata de una aristocracia”²¹⁹. Es decir, si el pueblo es soberano, entonces ellos pueden gobernar a través de ministros, o ser aconsejados por un senador, pero

²¹⁸ *Ibidem*, p. 11.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 11-12.

ellos deben tener el poder de elegir sus ministros y senadores. La forma de un gobierno democrático entiende al sufragio y al voto como leyes fundamentales.

Una democracia debe educar a sus ciudadanos para identificar sus intereses con los intereses de su propio país, y deberá contar con mecanismos para protegerlos más. Debe propenderse a establecer el principio de la frugalidad como ley, para prevenir a los ciudadanos a ser tentados por el avance de sus propios intereses a expensas del interés común; por esta misma razón, las leyes por las cuales la propiedad es transferida deben apuntar a preservar una igual distribución entre los ciudadanos.

La democracia puede resultar corrompida: "cuando se pierde el sentido de la igualdad" y "cuando se adquiere el sentido de la igualdad extremada"²²⁰. El primer caso se pone de manifiesto cuando los ciudadanos no logran identificar profundamente sus intereses con los intereses de su propio país y, por lo tanto, buscan hacer valer sus intereses propios a expensas de los de sus conciudadanos. Por su parte, el sentido de igualdad extremada cobra forma cuando los ciudadanos o bien no respetan, o no obedecen a ningún magistrado. El pueblo "ya no podrá soportar el poder que él mismo confía a otros, y querrá hacer todo por sí mismo, deliberar y ejecutar, en lugar del senado y de los magistrados, y despojar de sus funciones a todos los jueces"²²¹. Finalmente, la virtud desaparecerá y la democracia dará paso al despotismo.

En una aristocracia, una parte gobierna al resto. En una aristocracia, las leyes deberán estar encaminadas a inspirar y proteger el espíritu de moderación. Para lograrlo, deben hacer tres cosas. Primero, las leyes deben prevenir que los nobles abusen del pueblo. El poder de la nobleza es el principal riesgo de una aristocracia; para evitarlo, la ley debe denegarle a la nobleza algunos poderes, como el poder de gravar, fomentando la responsabilidad y la administración moderada. Segundo, la ley debe encubrir como sea posible las diferencias entre la nobleza y el pueblo, a

²²⁰ *Ibidem*, p. 79.

²²¹ *Ídem*.

fin de que la gente sienta su falta de poder lo menos posible. Por consiguiente, la nobleza debe tener maneras modestas y simples a fin de que la gente pueda olvidar su sometimiento y debilidad. Finalmente, las leyes deben tratar de asegurar igualdad entre los propios nobles, y entre las familias de los nobles. Cuando ello falla, la nobleza pierde su espíritu de moderación y el gobierno se corrompe.

En una monarquía, el príncipe es “el origen de todo poder político y civil” que “gobierna por medio de leyes fundamentales”²²². De acuerdo a Montesquieu, estas leyes suponen “necesariamente ciertos conductos intermedios por donde fluya el poder, pues si en el Estado no hubiera más que la voluntad momentánea y caprichosa de uno sólo, nada podría tener fijeza y, por consiguiente, no habría ninguna ley fundamental”²²³. Estos canales de intermediación son instituciones subordinadas como la nobleza y una judicatura.

Una monarquía se corrompe cuando el monarca o bien destruye las instituciones subordinadas que lo inhiben, o decide gobernar arbitrariamente, sin miramiento alguno para con las leyes básicas de su país, o envilece los honores por los cuales sus ciudadanos podrían clamar. Las primeras dos formas de corrupción destruyen los controles soberanos que separan la monarquía del despotismo; la tercera cercena la conexión entre la conducta honorable y sus propios incentivos.

En una monarquía, las ambiciones personales y el sentido del honor operan en forma conjunta. Esta es la gran fuerza de la monarquía y la fuente de su extraordinaria estabilidad: ya sea si sus ciudadanos actúan con genuina virtud, un sentido de su propio valor, un deseo de servir a su rey, ellos serán dirigidos a actuar de un modo en la que sirvan a su país. Una monarquía que opera arbitrariamente, o en la que abundan estímulos serviles e innobles, en lugar de un honor genuino, cercena y corrompe a este gobierno.

²²² *Ibidem*, p. 17.

²²³ *Ídem*.

En un estado despótico, una sola persona ejerce todo el poder, sin leyes para controlarlo y sin necesidad de ser asistido por nadie, un déspota puede hacer lo que guste, sin embargo, será imprudente o reprobable. Para Montesquieu quien ejerce el poder es “un hombre a quien sus cinco sentidos le dicen continuamente que él es todo y que los demás no son nada es, naturalmente, perezoso, ignorante, sensual y, por consiguiente, abandonará los negocios de Estado”.²²⁴ Su sometimiento no será menor que en la esclavitud, ya que él puede deshacerse de quien sea, tal como le parezca. La educación resulta innecesaria en un despotismo; en caso de que ella exista, estará basada en quebrar la mente y el espíritu. Aquellas ideas como el honor y la virtud no existen en la sumisión del déspota, ya que las personas capaces de anteponer sus propios valores serían consideradas como creadores de disturbios. El miedo, por lo tanto, deprime los espíritus y extingue aún el mínimo sentido de ambición.

Conviene distinguir entre naturaleza y principio de Gobierno, en los siguientes términos: “la naturaleza es lo que le hace ser tal; el principio lo que le hace actuar; la naturaleza es su estructura particular; el principio, las pasiones humanas que le ponen en movimiento”. En este sentido, principio de Gobierno, es la pasión fundamental que lleva a los súbditos a obrar de acuerdo con las leyes establecidas y en consecuencia permite durar a todo régimen político. A estas pasiones humanas, también las llama “resorte” o “*alma*”.

En la democracia o estado popular la virtud absoluta es la que constituye ese resorte; no es una virtud moral ni cristiana; es una virtud política. Más adelante aclara que la virtud en la República:

...es sencillamente el amor a la República. No es un conjunto de conocimientos, sino un sentimiento que puede experimentar el último hombre del Estado tanto como el primero. (...)

²²⁴ *Ibidem*, p. 18.

El amor a la República en la democracia es amor a la democracia, y éste es amor a la igualdad.

Es además amor a la frugalidad. Cada cual debe gozar de la misma felicidad y de las mismas ventajas, disfrutar de los mismos placeres y tener las mismas esperanzas, lo cual sólo puede conseguirse mediante la frugalidad general.²²⁵

La aristocracia también requiere de la virtud, pero de forma moderada. “La moderación es, pues, el alma de estos gobiernos, entendiendo por moderación la que está basada sobre la virtud, y no la que procede de la cobardía o de la pereza de ánimo.”²²⁶ Esto es, si en una democracia la virtud es absoluta, en la aristocracia la virtud es menor, una cierta moderación que haga a los nobles iguales entre sí. La virtud política es sustituida por el honor en el Gobierno monárquico y por el temor en el Gobierno despótico.

En resumen, la república, democrática y aristocrática, tiene su naturaleza en el origen popular de sus magistraturas y un principio o resorte que es la virtud, una virtud política, es decir, la subordinación al interés público y el sacrificio desinteresado del servidor público. La monarquía, que es un Gobierno de leyes fijas y establecidas y con poderes intermediarios -nobleza, clero y ciudades libres, tienen su virtud o resorte en el honor, es decir, el prejuicio de cada persona y de cada condición. El despotismo que niega la naturaleza humana se funda en la desvinculación de las leyes y su principio resorte es el temor. Cada forma de gobierno guarda una relación con los elementos componentes del espíritu general en particular, es decir, con componentes físicos, geográficos y demográficos, y que determinan el carácter y virtud de las poblaciones y las dimensiones del asentamiento del Estado. La monarquía es, para Montesquieu, el Gobierno que tiene ventaja sobre la república y el despotismo. Ello es notorio en pasajes como:

El Gobierno monárquico tiene una gran ventaja sobre el republicano: como una sola persona lleva todos los asuntos,

²²⁵ *Ibidem*, p. 33.

²²⁶ *Ibidem*, p. 21.

hay más prontitud en la ejecución. Pero con esta prontitud podría degenerar en apresuramiento, las leyes exigirán cierta lentitud, pues no sólo deben favorecer a la naturaleza de cada constitución, sino también remediar los abusos que podrían resultar de dicha naturaleza.”

El Gobierno monárquico tiene una ventaja sobre el despótico: corresponde a su naturaleza el tener varios órdenes dependientes de la constitución, por lo cual el Estado es más fijo, la constitución más inquebrantable y la persona del que gobierna está más segura.

No hay que buscar a magnanimidad en los Estados despóticos pues en ellos el príncipe no podrá dar una grandeza de la que carece: en estos Estados la gloria no existe.

En cambio, en las Monarquías veremos a los súbditos en torno al príncipe recibiendo su resplandor, de modo que, ocupando cada cual mayor espacio, por así decir, puede practicar las virtudes que confieren al alma, no independencia, sino grandeza.²²⁷

Ahora bien, al tratar el tema de la libertad política expresa que “cada cual ha llamado libertad al Gobierno que se ajustaba más a sus costumbres o sus inclinaciones”²²⁸. Y agrega, “en las democracias parece que el pueblo hace poco más o menos lo que quiere, se ha situado la libertad en este tipo de Gobierno, confundiendo el poder del pueblo con su libertad.”²²⁹ Con ello, Montesquieu, quiere recalcar que “en las democracias parece que el pueblo hace lo que quiere”²³⁰; pero la libertad política, por el contrario, no consiste en hacer lo que uno quiera. “En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que

²²⁷ *Ibíd.*, pp. 43 y 44.

²²⁸ *Ibíd.*, p. 106.

²²⁹ *Ídem.*

²³⁰ *Ídem.*

no se debe querer”²³¹. En pocas palabras para este autor la libertad política es el derecho de los ciudadanos de hacer todo lo que las leyes les permiten. Finalmente, siguiendo la línea de la supremacía monárquica concluye que “la libertad política no se encuentra más que en los Estados moderados...”²³²

Distingue entre las leyes que dan origen a la libertad política con relación a la Constitución, de aquellas que lo hacen con relación al ciudadano. Con respecto a la relación de la libertad política con la Constitución, Montesquieu es práctico y aclara que, dicha relación, no requiere de mucho esfuerzo, es más ¿por qué buscarla más?, si ya se ha encontrado y, adiciona que, se refleja en la Constitución Inglesa, al margen de que en los hechos el pueblo inglés disfrutase de la libertad o no.

En este sentido, nos traslada a la fórmula de la distribución armónica de los poderes que el autor desarrolla sobre la base del modelo inglés. Propone que en cada Estado haya tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. Cada uno con funciones definidas: “por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias ente particulares”²³³

La división de poderes vinculada con la libertad política tiene consecuencias importantes, toda vez que no puede existir la libertad política de un ciudadano cuando uno o más poderes están unidos en una sola persona o cuerpo de personas. Esta situación para Montesquieu sería dramática o, en sus palabras, “todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar las

²³¹ *Ídem.*

²³² *Ídem.*

²³³ *Ibidem*, p. 107.

resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”.²³⁴

No obstante, la importancia de la relación de la libertad política con la Constitución, las leyes que dan origen a la libertad política en su relación con el ciudadano, son su complemento. Es decir, para Montesquieu, no basta la libertad política que otorga la Constitución a los ciudadanos, y que se basa en la distribución de los tres poderes, sino, además, en la seguridad u opinión del ciudadano de que las leyes que resolverán las diferencias son buenas y le dan certidumbre. Este complemento es vital en un Estado pues, “puede ocurrir que la constitución sea libre y que el ciudadano no lo sea, o que el ciudadano sea libre y la constitución no. En tales casos la constitución será libre de derecho y no de hecho, y el ciudadano será libre de hecho y no de derecho”.²³⁵

En síntesis, para Montesquieu, la libertad política, considerada con relación al ciudadano, consistiría en la seguridad personal que éste experimenta al abrigo de las leyes y de una Constitución que, entre otras cosas, señale límites precisos a la acción del gobierno. Esa libertad, podrá ser engendrada también por ejemplos recibidos, tradiciones, costumbres y especialmente por leyes penales que garanticen la inocencia o, en caso de culpabilidad, penas que no sean hijas del capricho del legislador “sino de la naturaleza particular del delito”.²³⁶

Retomando la idea de un contrato social como paso previo entre estado de naturaleza y sociedad civil, para Rousseau del pacto surge “*El Soberano*”, que es la voluntad general como expresión de las múltiples voluntades individuales. Según este autor, este soberano tiene un interés general, porque no puede perjudicarse a sí mismo. Sin embargo, el individuo al estar movido por el interés particular, al ser una voluntad individual, se puede perjudicar; es por este motivo por lo que se necesita una línea correctora: la ley.

²³⁴ *Ibidem*, pp. 107-108.

²³⁵ *Ibidem*, p. 128.

²³⁶ *Ibidem*, p. 130.

La voluntad general o el soberano es un ente, que como tal tiene una vida, esto es, la Soberanía o ejercicio de la voluntad general, sus características serían: la inalienabilidad, la indivisibilidad y la indestructibilidad. El fin del soberano es establecer la ley y, como tal, la legislación no distingue privilegios sobre particulares. Como consecuencia, la soberanía es la capacidad y realidad de hacer leyes como fin para establecer la igualdad.

La Soberanía no se puede delegar, ya que pertenece a la Voluntad general, pero sí el Gobierno, cumpliendo las funciones ejecutivas. Para Rousseau, el gobierno más perfecto es la democracia parlamentaria, puesto que se identifican el gobierno y la soberanía, aunque existe también la aristocracia, dándose los cuerpos distintos: el soberano y legislador y el gobierno, compuesto de un grupo selecto de ciudadanos.

En este sentido, la teoría de la organización social de Rousseau conlleva:

- La separación entre el ciudadano y el Estado o cuerpo político y, por tanto, la separación entre los derechos formales y derechos reales, ya que sólo los une su elección a través del voto -participación electiva- para nombrar a sus representantes.

- La distinción entre la ley como encarnación de la voluntad general y, por tanto, correctora del interés particular, y la ley como el reflejo jurídico de las relaciones económicas y, por tanto, sancionadora de la desigualdad social.

Así, Rousseau comienza por el análisis de las primeras sociedades, sostiene que la sociedad más antigua de todas, y la única natural, es la de una familia. En esta sociedad los hijos solo permanecen unidos al padre mientras necesitan de su cuidado para conservarse. Si continúan juntos, ya no es forzosa y naturalmente, sino por su voluntad; y la familia misma no se mantiene sino por convención. Esta libertad común “es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es velar por su propia conservación; sus primeros cuidados son los que se debe a él mismo. Llegado a la edad de la razón, siendo el juez exclusivo de los medios

adecuados para conservarse, se convierte, por tanto, en su propio dueño”²³⁷. La familia es el primer modelo de las sociedades políticas.

En contra de la esclavitud, afirma que un hombre que se entrega a otro es inconcebible. Aun admitiendo que el hombre pudiera alienarse a sí mismo:

...no puede alienar a sus hijos, nacidos para ser hombres y libres. Su libertad les pertenece, sin que nadie tenga derecho a disponer de ella. (...) Renunciar a su libertad es renunciar a su condición de hombre, a los derechos de la Humanidad e incluso a sus deberes. No hay compensación alguna posible para quien renuncia a todo. Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre: despojarse de la libertad equivale a despojarse del ser moral.²³⁸

A diferencia de otros autores, antes de examinar el hecho por el cual un pueblo elige un rey, considera más conveniente estudiar el acto por el cual un pueblo se siente pueblo, ya que, siendo este acto necesariamente anterior al otro, es el verdadero fundamento de la sociedad. Para llegar al pacto social, supone que los hombres han llegado a un punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado de la naturaleza superan a las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en este estado: “Entonces ese estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no variara de manera de ser”.²³⁹

Siendo el caso que los hombres no tienen otro medio para conservarse que el de formar, por agregación, una suma de fuerzas capaz de vencer la resistencia, ponerlas en movimiento con un sólo fin y hacerles obrar de mutuo acuerdo. Ahora bien, esa suma de fuerzas sólo puede nacer del concurso de muchas de éstas separadas; pero, constituyendo la fuerza y la libertad de cada hombre sus principales instrumentos de conservación. Lo anterior le lleva a preguntarse: “Cómo encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, con la fuerza común, la

²³⁷ Rousseau, Jean-Jaques, *Discurso sobre...*, *op. cit.*, p. 41.

²³⁸ *Ibidem*, p. 47.

²³⁹ *Ibidem*, p. 53.

persona y bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos los demás, no obedezca más que a sí mismo y permanezca, por tanto, tan libre como antes”²⁴⁰. Lo cual constituye el problema fundamental que pretende resolver con su *Contrato social*.

Para Rousseau la menor modificación de las cláusulas del contrato las deja sin efecto. Aunque nunca hayan sido expresadas formalmente, están tácitamente admitidas y reconocidas, hasta tanto que, violado el pacto social, cada cual recobre sus primitivos derechos y su libertad natural. Es decir, existe la posibilidad de que los hombres, por violación del pacto social, regresen al estado de naturaleza. Estas cláusulas se reducen a una sola: “la alineación total de cada asociado con sus innegables derechos a toda la comunidad”²⁴¹. El pacto social se reduce a los siguientes términos: “*Cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo*”.²⁴²

Más aún, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea. La persona pública que de este modo se constituye, por la unión de todas las demás, que tomaba el nombre de *Ciudad, República* o *cuerpo político*, es denominado Estado cuando es activo, *potencia* en relación con sus semejantes. Por lo que respecta a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de *Pueblo* y particularmente el de *ciudadanos*, como partícipes de la autoridad soberana, y el de *súbditos*, por estar sometidos a las leyes del Estado.

Este tránsito del estado natural al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable:

El hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desee y pueda alcanzar; ganando, en cambio, la

²⁴⁰ *Ibídem*, p. 54.

²⁴¹ *Ibídem*, p. 55.

²⁴² *Ídem*.

libertad civil y la propiedad de lo que posee. Para no equivocarse acerca de estas compensaciones es preciso distinguir la libertad natural, que tiene por límites las fuerzas individuales, de la libertad civil, circunscrita por la voluntad general, y la posesión, que no es otra cosa que el efecto de la fuerza o del derecho del primer ocupante, de la propiedad, que no puede fundarse sino en un título positivo.²⁴³

Postura que contrasta en cierto sentido con lo que el propio filósofo señala en su texto *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres*. Aquí Rousseau textualmente dice que “el primer hombre a quien, cercando un terreno, se le ocurrió decir esto es mío y halló gentes bastantes simples para creerle fue el verdadero fundador de la sociedad civil”.²⁴⁴ Con el transcurso de hombre nacieron, por una parte, el cultivo y la agricultura y, por la otra, el arte de trabajar los metales y multiplicar sus usos. Especialmente, del cultivo de las tierras “resultó necesariamente su reparto, y de la propiedad, una vez reconocida, las primeras reglas de justicia, porque para dar a cada cual lo suyo es necesario que cada uno pueda tener una cosa”.²⁴⁵ Asimismo, es el trabajo “únicamente el que, dando derecho al cultivador sobre el producto de la tierra que está trabajando, le da consiguientemente ese mismo derecho sobre el suelo, por lo menos hasta la cosecha, y así de año en año; lo que, constituyendo una posesión continua, se transforma fácilmente en propiedad”.²⁴⁶

Según Rousseau, el hombre rico, apremiado por la necesidad de una situación de todos contra todos, donde nadie hallaría seguridad ni en la pobreza ni en la riqueza, propuso: “hagamos reglamentos de justicia y de paz que todos estén obligados a observar, que no hagan excepción de nadie y que reparen en cierto modo los caprichos de la fortuna sometiéndolo igualmente al poderoso y al débil a deberes recíprocos. En una palabra: en lugar de volver nuestras fuerzas contra

²⁴³ *Ibidem*, p. 61.

²⁴⁴ Rousseau, Juan Jacobo. *Discurso sobre...*, *op. cit.* p. 33.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 38.

²⁴⁶ *Ídem*.

nosotros mismos, concentrémoslas en un poder supremo que nos gobierna con sabias leyes, que proteja y defienda a todos los miembros de la asociación, rechace a los enemigos comunes y nos mantenga en eterna concordia”.²⁴⁷

Ahora bien, con este germen de desigualdad con apariencia de sociedad y de leyes y la posterior constitución de gobiernos políticos, para el ginebrino la fundación del cuerpo político como es “un verdadero contrato entre los pueblos y los jefes que eligió para su gobierno, contrato por el cual se obligan las dos partes a la observación de las leyes que en él se estipulan y que constituyen los vínculos de su unión”.²⁴⁸ Sin embargo, las distinciones políticas engendran necesariamente desigualdades civiles, la desigualdad crece entre el pueblo y sus jefes.

En este punto y retomando el *Contrato social*, para Jean Jaques Rousseau, es sólo por medio del pacto social que se logra la existencia y la vida del cuerpo político, pero es la ley la que le da movimiento y la voluntad; en sus palabras: “La materia sobre la cual se estatuye es general, como la voluntad que estatuye. A este acto es a lo que yo llamo una ley”²⁴⁹. Pues el acto primitivo, por el cual este cuerpo se forma y une, no determina nada de lo que debe hacer para conservarse. Para el filósofo, hasta que todo el pueblo delibera sobre sí mismo y se considera a sí mismo como tal, se forma una relación: la del objeto entero desde distintos puntos de vista, sin división alguna.

El objeto de la ley siempre es general, es decir, la ley considera los súbditos como un cuerpo y las acciones en abstracto, nunca un hombre como individuo ni una acción particular. Así mismo, siendo la ley universal tanto por parte de la voluntad como por parte del objeto, no es ley lo que un hombre, sea quien fuere,

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 41. Siguiendo con su argumentación: “Tal fue o debió de ser el origen de la sociedad y de las leyes, que dieron nuevas trabas al débil y nuevas fuerzas al rico, aniquilaron para siempre la libertad natural, fijaron para todo tiempo la ley de la propiedad y de la desigualdad, hicieron de una astuta usurpación un derecho irrevocable y, para provecho de unos cuantos ambiciosos, sujetaron a todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria. Fácilmente se ve cómo el establecimiento de una sola sociedad hizo indispensable el que todas las demás, y de qué manera, para hacer frente a fuerzas unidas, fue necesario unirse a la vez”. *Ídem*.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 47.

²⁴⁹ Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato social...*, *op. cit.* p. 83.

manda por propia autoridad; hasta aquello que manda el soberano sobre un objeto particular, no es una ley, sino un decreto. En consecuencia, *República* es “todo Estado regido por leyes, cualquiera que sea la forma bajo la cual se administrase, pues sólo así el interés público gobierna y la cosa pública tiene alguna significación. Todo gobierno legítimo es republicano”.²⁵⁰

Para Rousseau, no escapa preguntarse cómo es posible que una multitud sea ciega, pues a menudo no sabe lo que quiere, toda vez que raras veces conoce lo que le conviene. Al respecto, señala que el pueblo quiere siempre el bien, pero no siempre lo ve. La voluntad general siempre es recta, pero el juicio que la guía no siempre es claro. Por tanto, es preciso hacerle ver los objetos tal cual son y, algunas veces, tal cual deben parecerle, mostrarle el buen camino que ella busca. Semejante responsabilidad recae sobre el legislador.

Según nuestro autor, si buscamos en qué consiste precisamente el mayor bien de todos, o sea, el fin que debe ser objeto de todo sistema de legislación, se descubrirá que él se reduce a dos fines principales: la *libertad* y la *igualdad*. “La libertad, porque toda dependencia individual equivale a otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado; la igualdad, porque la libertad no se concibe sin ella”.²⁵¹

Una sana y fuerte Constitución es lo primero que debe buscar un Estado. La solidez de una Constitución la explica Rousseau, en estos términos:

La constitución de un Estado puede resultar sólida y duradera cuando las conveniencias son de tal suerte observadas, que las relaciones naturales y las leyes están siempre de acuerdo, no logrando éstas, por decirlo, sino asegurar y rectificar aquéllas. Pero si el legislador, equivocándose en su propósito, toma un camino diferente del indicado por la naturaleza de las cosas, es decir, dirigido el uno a la esclavitud y el otro a la libertad; el uno a las riquezas, el otro a la población; uno a la

²⁵⁰ *Ibidem*, pp. 84-85.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 102.

paz y otro a las conquistas; podrá verse cómo las leyes se debilitan insensiblemente, la constitución se altera y el Estado se agita sin cesar hasta que, destruido o modificado, la invencible naturaleza recupera su imperio".²⁵²

La razón del gobierno en el Estado se justifica, toda vez que es necesario, a la fuerza pública, un agente propio que la aglutine y la utilice de acuerdo con las direcciones de la voluntad general, que sirva como órgano de comunicación entre el Estado y el soberano. A la pregunta ¿qué es el gobierno? Rousseau señala dos definiciones: a) un cuerpo intermediario establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua comunicación, a quien corresponde la ejecución de las leyes y el mantenimiento de la libertad tanto civil como política; y, b) al ejercicio legítimo del Poder Ejecutivo, y Príncipe o Magistrado, al hombre o cuerpo encargado de esta administración.²⁵³

Sobre la persona del magistrado, pueden distinguir tres voluntades esencialmente distintas:

la voluntad propia del individuo, que no tiende sino a su interés particular; la voluntad común de los magistrados, que se vincula únicamente con el bien del príncipe, y que se podemos llamar voluntad de corporación, la cual es general con respecto al gobierno y particular con respecto al Estado de que aquél forma parte, y la voluntad del pueblo, o voluntad soberana, que es general tanto con relación al Estado considerado como el todo como en lo que se refiere al gobierno considerado como parte del todo.²⁵⁴

Así, la razón por la que se diferencian las diversas especies o formas de gobiernos es por el número de miembros que la componen. Es decir, dependiendo

²⁵² *Ibídem*, p. 105.

²⁵³ *Ibídem*, pp. 110 y 111.

²⁵⁴ *Ibídem*, pp. 117 y 118.

del número de miembros obtenemos la división de los gobiernos, tales como: democracia, aristocracia y monarquía. Rousseau lo expresa de la siguiente manera:

El soberano puede, en primer lugar, confiar el depósito de gobierno a todo el pueblo o a la mayoría de él, de forma que haya mayor cantidad de ciudadanos magistrados que simples particulares. Esta forma de gobierno recibe el nombre de *democracia*.

O puede también reducir o limitar el gobierno, depositándolo en manos de un pequeño número de individuos, de manera que resultan más ciudadanos que magistrados. Esta forma recibe el nombre de *aristocracia*.

Puede, por último, concentrar todo el gobierno en un magistrado único, de quien los demás reciban el poder. Esta tercera forma es la más común y suele conocerse por el nombre de *monarquía* o gobierno real.²⁵⁵

Esta división de formas de gobierno puede subdividirse en otras formas, de manera que de las tres formas pueden resultar una multitud de formas mixtas. A la cuestión sobre la mejor forma de gobierno, Rousseau propone: “sí, en los distintos Estados, el número de magistrados supremos debe estar en razón inversa del de los ciudadanos, dedúcese de ello que, en general, el gobierno democrático conviene a los estados pequeños Estados, el aristocrático a los medianos y el monárquico a los grandes”.²⁵⁶

No obstante, apoyar las decisiones que se tomen por mayoría es cauto al señalar que, tomando la palabra democracia en su rigurosa acepción, no existirá jamás verdadera democracia, ni ha existido nunca. Va en contra del orden natural que el mayor número gobierne y los menos sean gobernados. No se puede imaginar que el pueblo viva constantemente reunido para ocuparse de los negocios públicos. Otras cosas, todas difíciles de reunir, que supone este gobierno son: primeramente,

²⁵⁵ *Ibídem*, p. 121.

²⁵⁶ *Ibídem*, p. 122.

un estado muy pequeño, para que se pueda juntar el pueblo sin dificultad; en segundo lugar, una muy grande sencillez de costumbres, a fin de evitar la multitud de negocios y las discusiones espinosas; luego mucha igualdad, en los rangos y en las fortunas; finalmente, poco o ningún lujo, porque el lujo o es efecto de las riquezas o las hace necesarias y corrompe a la vez al rico y al pobre, al uno por la posesión, al otro por la codicia. Por tanto, Rousseau concluye “si hubiera un pueblo de dioses estaría gobernado democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres”.²⁵⁷

La aristocracia tiene dos formas morales muy distintas: el gobierno y el soberano, y, por consiguiente, dos voluntades generales, una con relación a todos los ciudadanos, y la otra sólo con relación a los miembros de la administración solamente. Las primeras sociedades se gobernaron aristocráticamente. Hay tres especies de aristocracia; natural, electiva y hereditaria. La primera no es propia más que de pueblos sencillos; la tercera constituye el peor de todos los gobiernos. La segunda es la mejor, tratándose en realidad de la aristocracia propiamente dicha. Además, de la ventaja de la distinción de los dos poderes, tiene la de la elección de sus miembros, y más aún, las asambleas se juntan con mayor comodidad, los asuntos se discuten mejor, y se despachan con mayor orden y diligencia, el crédito del Estado está mejor sostenido en el extranjero por senadores dignos de veneración que por una multitud desconocida o despreciada.

De ahí, que “en una palabra: el orden mejor y más natural es que los hombres más sabios gobiernen a las multitudes, cuando se está seguro de que las gobernarán en provecho de ellas y no en el de ellos”²⁵⁸. Al contrario de lo que ocurre en las otras administraciones, en las cuales un ente colectivo representa a un individuo, en el sistema monárquico un individuo representa una colectividad, de suerte que la unidad moral que supone el príncipe es, es a la vez, una unidad física, en la cual convergen todas las facultades que la ley reúne mediante tantos esfuerzos en la otra. La voluntad del pueblo, la del príncipe, la fuerza pública del

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 125.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 128.

Estado y la particular del gobierno responden todas a idéntico móvil; todos los resortes de la máquina dependen de una sola mano. Todo marcha hacia el mismo fin; no hay movimientos opuestos que se neutralicen mutuamente.

Un defecto esencial e inevitable que hará siempre inferior el gobierno monárquico al republicano, “es que en éste el voto popular casi siempre lleva a los puestos preeminentes a hombres esclarecidos y capaces que hacen honra sus cargos, en tanto que los que surgen en las monarquías no son a menudo sino chismosos, bribonzuelos e intrigantes, talentos mediocres que, una vez elevados a las altas dignidades de la corte, no sirven sino para demostrar al público su falta de talento”.²⁵⁹

Finalmente, sobre el carácter democrático de la unión de los hombres, Baruch de Spinoza, alude a una posesión colectiva. Veamos: primero, los hombres debieron y mediante un pacto, dirigirse por el dictamen de la razón y “frenar el apetito en cuanto aconseje algo en perjuicio de otro, no hacer a nadie lo que no se quiere que le hagan a uno, y defender, finalmente, el derecho ajeno como el suyo propio”²⁶⁰; segundo, el pacto basa su fuerza en razón de su utilidad y, suprimida ésta, se suprime el pacto y queda sin utilidad; tercero, al lado de la promesa de fidelidad al pacto se debe procurar, para quien lo rompa, más daño que utilidad²⁶¹; cuarto, aunque los hombres se comprometan nadie puede estar seguro de la fidelidad de otro, a menos que se añada otra cosa a su promesa²⁶²; quinto, en la medida en que alguien, por la fuerza o espontáneamente, transfiere a otro parte de su poder, en la misma medida, también cederá parte de su derecho; sexto, por consiguiente, quien posea el poder supremo, tendrá el derecho sobre todos para obligarlos por la fuerza o contenerlos por el miedo.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 132.

²⁶⁰ Spinoza, Baruch de, *Tratado teológico-político*, *op. cit.*, p. 335.

²⁶¹ En Spinoza, si los hombres se dejaran llevar por la razón y pudieran conocer la utilidad y necesidad del Estado, no habría nadie que no cumpliera con fidelidad los pactos.

²⁶² “*ya que, por derecho de naturaleza, todo mundo puede actuar con fraude y nadie está obligado a observar los pactos, si no es por la esperanza de un bien mayor o por el miedo de un mayor mal*”. *Ibidem*, p. 337.

Con lo anterior, nuestro autor en cita concluye:

Así, pues, se puede formar una sociedad y lograr que todo pacto sea siempre observado con máxima fidelidad, sin que ello contradiga al derecho natural, a condición que cada uno transfiera a la sociedad el derecho que él posee, de suerte que ella sola mantenga el supremo derecho de la naturaleza a todo, es decir, la potestad suprema, a la que todo el mundo tiene que obedecer, ya por propia iniciativa, ya por el miedo al máximo suplicio.

El derecho de dicha sociedad se llama democracia; ésta se define, pues, la asociación general de los hombres, que posee colegiadamente el supremo derecho a todo lo que puede. De donde se sigue que la potestad suprema no está sometida a ninguna ley, sino que todos deben obedecerla en todo.²⁶³

Otro punto a resaltar se refiere al origen de la autoridad, esto es, del poder del Estado. En la concepción política de la Edad Media se pensaba que el rey, que llegaba al cargo por elección o ascendía al trono por herencia, gobernaba por la gracia de Dios, esto es, estaba fuera de duda que el gobierno secular era de origen divino, que el rey era vicario de Dios.

Por el contrario, Spinoza considera que la ley puede depender de o bien de la necesidad de la naturaleza o del arbitrio humano; la primera *“es aquella que se sigue necesariamente de la misma naturaleza o de la definición de la cosa; la que depende, en cambio, el arbitrio de los hombres y que se llama con más propiedad derecho, es aquella que los hombres se prescriben a sí mismos y a otros, para vivir con más seguridad y comodidad o por otras razones”*²⁶⁴; de ahí, que los hombres guiados por la razón coincidan en celebrar el pacto que es el origen y fundamento del poder estatal.

²⁶³ *Ibídem*, p. 338.

²⁶⁴ *Ibídem*, p. 135.

Lo anteriormente expuesto, lleva a Spinoza a sostener que una política conforme con la naturaleza humana sólo puede ser una política que propicie el ejercicio de la libertad y, más aún, “el Estado más libre cuyas leyes estén fundadas en la sana razón, ya que en él todo el mundo puede ser libre, es decir, vivir sinceramente según la guía de la razón, donde quiera”.²⁶⁵ Ello no se contradice con su idea determinista de las leyes de la naturaleza toda vez que, a diferencia de éstas, la libertad de elección del hombre consistirá en “aquello que le parece mayor o menor al que elige, no que las cosas sean necesariamente tal como él las juzga”.²⁶⁶

2.5 La Teoría de la Justicia de John Rawls

Rawls, comienza en su obra *Teoría de la justicia*, describiendo que “La justicia es la primera de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento.”²⁶⁷ Para este autor, el sentido de la justicia es definido como la habilidad para juzgar las cosas como justas e injustas y apoyar esos juicios en razones. Más aún, comúnmente tenemos un deseo de actuar conforme a esos pronunciamientos y esperamos un deseo semejante por parte de los demás.²⁶⁸

Sin embargo, Rawls es consciente de que no siempre las circunstancias en que nos encontramos son favorables para el ejercicio de la justicia. Muchas veces nuestros juicios acerca de lo que es justo o injusto se ven distorsionados por factores como la excesiva atención a nuestros propios intereses.

Algunas veces, sin embargo, nuestras convicciones son fruto de circunstancias en las cuales tenemos la capacidad, la oportunidad y el deseo de llegar a un juicio correcto. En tales casos nuestros juicios responden a un cuidadoso examen, y por lo tanto gozan de un consenso ampliamente extendido. A estos juicios, Rawls los denomina *juicios madurados*, es decir, “aquéllos emitidos en

²⁶⁵ *Ibidem*, pp. 340 y 341.

²⁶⁶ *Ibidem.*, p. 334.

²⁶⁷ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 17.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 55.

condiciones favorables para el ejercicio del sentido de la justicia y, por tanto, en circunstancias en las cuales no se presentan las excusas y explicaciones más comunes para cometer un error.”²⁶⁹.

Podemos citar como ejemplo nuestra convicción de que la discriminación racial es injusta. Rawls considera que una teoría de justicia debería explicarnos la validez de convicciones como ésta y, además que, semejante tarea se lleva a cabo mediante la formulación de un conjunto de principios y argumentaciones en su favor, principios que, al ser conjugados con nuestras creencias y conocimientos en circunstancias particulares, nos lleven a la formulación sistemática y consciente de los mismos juicios madurados que emitimos intuitivamente. De este modo, la teoría proporciona un fundamento explicativo de esos juicios. Al mismo tiempo, no obstante, los principios que resultan de la reflexión teórica sirven de premisas para nuevos juicios.

Según Rawls, dado el alto grado de abstracción de los principios, su ámbito de aplicación es mucho más extenso que el de los juicios que se toman como punto de referencia teórica. De ahí que el alcance de la teoría no se limite a la sistematización descriptiva de nuestros juicios ponderados, sino que sea capaz de ampliar nuestro sentido moral inicial proporcionando orientación en cuestiones difíciles.

Por otra parte, la teoría de la justicia pretende que, con base en la exigencia de coherencia, podamos reconsiderar convicciones que teníamos por válidas y con las cuales los principios no coincidan, siempre y cuando los principios hayan logrado proporcionar una explicación satisfactoria de otros juicios a los que no querríamos renunciar. Si, por el contrario, los principios contradicen convicciones que definitivamente no estamos dispuestos a modificar, entonces deben reformularse hasta que coincidan con ellas y puedan explicarlas.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 56.

Un principio sólo puede mantenerse en pie una vez que logra una mínima concordancia con nuestras convicciones fundamentales, pero a la vez, esta concordancia no es una mera aceptación del *status quo*, sino que exige tanto la ampliación de nuestro sentido de justicia como la reconsideración de juicios madurados que teníamos por válidos. Es así como la búsqueda de los principios implícitos en nuestro saber moral intuitivo rebasa el punto de partida, de modo que una teoría de justicia, tal como la entiende Rawls, no sólo nos ayuda a ganar claridad en torno a nuestras convicciones más arraigadas, sino que proporciona criterios para valorarlas y para encontrar respuestas ahí donde nuestro sentido moral resulta insuficiente.

Rawls advierte que, a diferencia de las acciones particulares sobre lo justo o injusto, su teoría versa sobre la justicia social, es decir, “el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social.”²⁷⁰ En otras palabras: una concepción de la justicia social es aquella que nos proporciona una pauta con la cual evaluar los aspectos distributivos de la estructura básica de la sociedad.

Las reglas que los asociados comparten son reglas dictadas por instituciones, como la constitución política o las principales disposiciones económicas y sociales. Tales instituciones definen cargos y posiciones, cargas y beneficios, poderes e inmunidades, para todos aquéllos que se rigen por ellas.

La sociedad la define como una “asociación más o menos autosuficiente de personas que en sus relaciones reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias en sus relaciones y que, en su mayoría, actúan de acuerdo con ellas”.²⁷¹ Se trata de una empresa cooperativa para obtener ventajas mutuas, caracterizada por el conflicto y la identidad de intereses. El conflicto surge de la diversidad de los

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 20.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 18.

intereses enfrentados de individuos que desean los mayores beneficios posibles en tanto éstos son medios para alcanzar sus propias metas, y la identidad tiene que ver con el reconocimiento de que la cooperación posibilita un mejor modo de vida que el que tendríamos si tuviéramos que valernos solamente de nuestros propios esfuerzos.

Rawls admite dos limitaciones de su teoría. La primera consiste en presuponer que la sociedad es un sistema cerrado, aislado de otras sociedades. Expresamente indica que: “las condiciones para el derecho internacional pueden requerir principios distintos, a los que se llegue de un modo un tanto diferente.”, y agrega, “Quedaré satisfecho si es posible formular una concepción razonable de la justicia para la estructura básica de la sociedad, concebida, por el momento, como un sistema cerrado, aislado de otras sociedades.”²⁷²

La segunda limitación es la de su carácter ideal, pues solamente examina los principios de la justicia que regularían *una sociedad bien ordenada*. Una sociedad bien ordenada, en Rawls, es una sociedad en la que: a) cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia; y, b) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen.”²⁷³

La justicia caracterizada como parte de un ideal “no ofrece una descripción de significados ordinarios; sino como una explicación de ciertos principios distributivos para la estructura básica de la sociedad.”²⁷⁴

Más aún, claramente afirma que su objetivo es:

“presentar una concepción de la justicia que generalice y lleve aun superior nivel de abstracción la conocida teoría del contrato social tal como se encuentra, digamos, en Locke, Rousseau y Kant. Para lograrlo no debemos pensar en el

²⁷² *Ibidem*, p. 21.

²⁷³ *Ibidem*, p. 19.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 23.

contrato original como aquel que es necesario para ingresar a una sociedad particular o para establecer una forma particular de gobierno. Más bien, la idea directriz es que los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original.”²⁷⁵

2.5.1 La posición original

Rawls reemplaza a la noción tradicional de contrato por el de acuerdo, el cual no se lleva a cabo efectivamente, sino que es hipotético. Los principios de justicia son los principios, que, por acuerdo, que llegarían personas libres y racionales interesadas en promover sus propios fines, aceptarían en una situación inicial de igualdad.

A esta situación hipotética equitativa Rawls le da el nombre de *posición original*. Desde mi punto de vista, el sentido de la posición original es el establecer un conjunto de restricciones impuestas a la argumentación a favor de principios de justicia.

La pregunta que surge es: ¿qué principios pueden considerarse válidos para nuestra asociación desde el punto de vista de la justicia?, también podríamos reformular el anterior cuestionamiento de la siguiente forma: ¿qué principios escogeríamos si nos encontráramos sujetos a las condiciones de la posición original?

Esos principios estarían justificados, es decir, valdrían como principios de justicia, ya que las restricciones de la posición original en la cual serían escogidos incluyen razones morales. Serían principios que personas racionales, libres e iguales acordarían en una situación inicial justa.

Rawls recurre al acuerdo hipotético para poder llegar a principios que apoyen solamente la clase de juicios que haríamos en ausencia de influencias

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 24.

distorsionadoras. La posición original está concebida de manera que sustraiga a las personas de tales influencias. Se trata pues de una situación equitativa que no se presta a favoritismos particulares, que deja de lado aspectos que resultarían arbitrarios desde el punto de vista moral e incluye sólo aquellos que sean relevantes para la determinación de lo justo.

2.5.2 La justicia como imparcialidad

La teoría de Rawls se basa en la idea de que únicamente a partir de una situación imparcial se puede llegar a resultados imparciales. De allí que él mismo llame a su teoría *justicia como imparcialidad*. “En la justicia como imparcialidad, la posición original, de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social.”²⁷⁶ Un rasgo importante de la justicia como imparcialidad es pensar que los miembros del grupo en la situación inicial son racionales y mutuamente desinteresados. En otras palabras, en dicha *posición original*-los participantes están en situación de igualdad por lo que se refiere a pedir la palabra, participar y votar en las decisiones colectivas. Son además perfectamente libres de todo tipo de coacción, de pensar, proponer y votar lo que quieran. Y ahora viene lo más característico, lo que Rawls llama con cierta poesía “velo de la ignorancia”. Estas personas al transponer el umbral de la posición originaria quedan privadas del conocimiento de ciertos datos particulares, pues les perturbarían en su razonamiento estricto de justicia, traicionando la justicia en favor de sus propios intereses y egoísmos”.²⁷⁷

La justicia como imparcialidad da cuenta del hecho de que cada miembro de la sociedad tiene una dignidad y unos derechos que no pueden ser violados sin que se incurra en injusticia. Sus principios son fruto de un acuerdo colectivo que refleja la integridad y autonomía de las personas racionales contratantes. Y es precisamente en esta noción de acuerdo en donde radica la importancia de la formulación de la teoría en términos contractuales, ya que acuerdo implica una

²⁷⁶ *Ibíd.*, p. 25.

²⁷⁷ Martínez García, Jesús I., *La teoría de la justicia en Jhon Rawls, op. cit.*, pp. 100-101.

pluralidad de personas y una elección voluntaria por parte de todas ellas, de donde resulta una elección justa, que no va en detrimento de nadie.

Las personas en la posición original están interesadas en alcanzar sus propios objetivos y como seres racionales buscan los mejores medios para ello. Además de ello no están interesadas en los intereses de los otros, es decir, no son ni envidiosas ni altruistas, sino sencillamente personas que no están dispuestas a sacrificarse por el bien de los demás. A esto lo llama Rawls el *beneficio mutuo*.

2.5.3 El velo de la ignorancia

Todas las personas participantes en la posición original se encuentran cubiertas por un *velo de ignorancia*, que les impide conocer sus circunstancias particulares, entre estas, su propia concepción del bien, sus atributos naturales y su posición social, aunque bien les permite conocer hechos generales como leyes de psicología, de economía, teoría social, etc.

Ellos saben entonces que tienen intereses y fines que quieren fomentar, pero ignoran cuáles sean. Así, al escoger principios para el fomento de sus propios intereses eligen aquellos principios que protegen todo tipo de intereses, pues no saben cuáles sean los suyos. Actuar tras el velo de ignorancia en ventaja propia implica actuar en ventaja de todos. De esta manera nadie desatiende sus propias pretensiones, pero tampoco pisotea las de los demás, no por razones altruistas sino por razones del cálculo general que se aplica.

El velo de ignorancia sitúa así, a las personas en pie de igualdad y asegura que las contingencias naturales y sociales no den a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios.

A la vez, al impedir a las partes el conocimiento de sus intereses particulares, las presenta como personas libres de toda vinculación permanente con cierta concepción de la vida buena, que se conciben a sí mismas como seres capaces de

revisar y alterar sus fines, y que otorgan prioridad a la preservación de su libertad en estas cuestiones.

Sin embargo, las personas en la posición original tendrán conocimiento de lo que Rawls denomina las circunstancias de la justicia y, tan es así, que las toman como algo dado en relación con las condiciones de su sociedad. Entiende por circunstancias de la justicia como “las condiciones normales en las cuales la cooperación humana en tanto posible como necesaria”²⁷⁸; y las divide en “la condición de escasez moderada (entre las circunstancias objetivas) y la del conflicto de intereses (entre las subjetivas). Así, puede decirse brevemente que las circunstancias de la justicia se dan siempre que, en condiciones de escasez moderada, las personas presenten demandas conflictivas ante la división de las ventajas sociales”.²⁷⁹

A decir de Rawls “una sociedad que satisfaga los principios de justicia como imparcialidad se acerca en lo posible a un esquema voluntario, ya que cumple con los principios que consentirían personas libres e iguales en condiciones que son imparciales. En este sentido, sus miembros son autónomos y las obligaciones que reconocen son autoimpuestas.”²⁸⁰

Rawls, interpretando a Kant, sostiene que, éste último, sostiene que una persona actúa autónomamente cuando los principios de su acción son elegidos por ella como la expresión más adecuada de su naturaleza de ser libre y racional. Los principios sobre los que actúa, no se adoptan a causa de su posición social, sus dotes naturales, a la vista de la sociedad específica en la que vive o de las cosas que desea. Actuar sobre tales principios es actuar heterónomamente.²⁸¹

²⁷⁸ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, *op. cit.*, p. 26.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 27.

²⁸⁰ *Ídem*.

²⁸¹ El imperativo práctico será así pues el siguiente: *obra de tal modo que uses a la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio.*

Pues cuando se le pensaba sólo como sometido a una ley (sea la que sea), ésta tenía que llevar consigo algún interés como atractivo o coacción, porque no surgía como ley de *su* voluntad, sino que ésta era constreñida por *otra cosa*, en conformidad con la ley, a obrar de cierto modo. Pero con esta

Por lo cual, añade que “el velo de ignorancia priva a las personas en la posición original del conocimiento que les capacitaría para elegir principios heterónomos. Los grupos llegan a su elección conjunta como personas libres y racionales, sabiendo únicamente que se dan aquellas circunstancias que hacen surgir la necesidad de los principios de justicia.”²⁸²

A raíz de esta interpretación, podemos señalar que, al regirse por principios elegidos en la posición original, las personas estarían actuando autónomamente, es decir, según principios que aceptarían en una situación que reflejara su condición de seres racionales, libres e iguales.

Ahora bien, cabría cuestionar si, según Rawls, los participantes ignoran sus circunstancias particulares, sus objetivos y fines particulares, ¿en qué puede basarse su elección?; o bien, ¿cuál es la base con la que se cuenta en la posición original para realizar cálculos que nos lleven a una elección que redunde en ventaja nuestra?

Al respecto, Rawls considera que aun cuando los planes racionales de la gente tienen diferentes fines, todos ellos requieren, para su ejecución, ciertos bienes primarios, naturales y sociales. Es decir, “los planes difieren ya que también difieren

inferencia, enteramente necesaria, quedaba irrecuperablemente perdido todo trabajo por encontrar un fundamento supremo del deber. Pues nunca se obtenía deber, sino necesidad de la acción a partir de un cierto interés. Fuese este interés propio o ajeno, el imperativo tenía entonces que resultar siempre condicionado, y no podía ser apto en modo alguno como mandato moral. Voy denominar a este principio el de la *autonomía* de la voluntad, en contraposición a cualquier otro, que, por eso, cuento entre los pertenecientes a la *heteronomía*.

Un ser racional pertenece al reino de los fines como *miembro* cuando es en él universalmente legislador, ciertamente, pero también está sometido él mismo a esas leyes. Pertenece a él como *cabeza* cuando como legislador no está sometido a la voluntad de otro.

El ser racional tiene que considerarse siempre como legislador en un reino de los fines posible por libertad de la voluntad, ya sea como miembro, ya como cabeza.

La moralidad consiste, así pues, en la referencia de toda acción a la legislación únicamente por la cual es posible un reino de los fines. Y esta legislación tiene que poder ser en todo ser racional mismo y que poder surgir de su voluntad, cuyo principio es, por tanto: no hacer ninguna acción según otra máxima que de modo que también pueda compadecerse con ella que sea una ley universal, y, así pues, sólo de modo que *la voluntad pueda por su máxima considerarse a sí misma a la vez como universalmente legisladora*.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 189-199.

²⁸² Rawls, John, *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 237.

las capacidades individuales, las circunstancias y las carencias; los planes racionales se ajustan a estas contingencias.”²⁸³

Por tanto, “aunque en la posición original las personas no conozcan su propia concepción del bien, supongo yo que sí que prefieren más y no menos de los bienes primarios.”²⁸⁴ Entre los bienes sociales primarios tenemos: derechos, libertades, oportunidades, ingresos, riqueza, y el auto-respeto.

Esto es, puesto que todos saben que los bienes primarios son medios para lograr los fines, buscarán la manera de obtener la mayor cantidad posible de esos bienes. Las personas en la posición original, aún privadas de los rasgos que las diferencian de las demás, siguen considerándose personas dispuestas a hacer valer sus propias pretensiones y a buscar su propio beneficio.

Según el autor, el acuerdo hipotético en la posición original fija límites a las pretensiones individuales y permite así alcanzar unanimidad sin desconocer la existencia real de la pluralidad. Cada uno de los participantes en el acuerdo es libre de tener su propia concepción del bien y de usar los medios a su alcance para la realización de sus propósitos. Sólo que al ignorar cuáles sean los intereses propios, se evita la prelación de éstos frente a los ajenos, llegando así al tratamiento igualitario de todo interés.

Una vez acordados los principios de justicia sobre esta base imparcial, los individuos son libres para realizar sus objetivos dentro de los límites impuestos por la justicia. Aunque no se requiere unanimidad respecto a las concepciones del bien, éstas deben ser compatibles con los principios de justicia. Así, se permite el despliegue de búsquedas y de realizaciones individuales, siempre y cuando éstas se den dentro de los límites de la cooperación social aceptados unánimemente en la posición original.

²⁸³ *Ibidem*, p. 96.

²⁸⁴ *Ídem*.

Rawls parte de la diferencia entre las nociones de lo *justo* y lo *bueno*, y le da prioridad a la primera sobre la segunda. Lo bueno tiene que ver con aquellos fines que cada individuo considera racional realizar, y para cuya consecución utiliza todos los medios a su alcance, de acuerdo con las circunstancias. Lo justo tiene que ver con ordenamientos sociales que todos comparten como definitorios de los términos de su cooperación.

2.5.4 El utilitarismo

Para Rawls, es especialmente importante mostrar la superioridad de su teoría de justicia frente al utilitarismo. El principio de utilidad, como es sabido, termina por identificar las nociones de lo bueno y de lo justo, al ver como justa la distribución de beneficios que maximice el bien, bien que el utilitarismo clásico asocia con la satisfacción del deseo. Para el utilitarismo clásico: el fin social es elevar al máximo, maximizar “el balance neto de satisfacciones de una sociedad, maximizar la utilidad. La utilidad, en esta formulación, es la satisfacción del deseo, de las preferencias de los individuos”.²⁸⁵ Es decir, se tendría que elaborar un tipo de cálculo de pérdidas y ganancias en la que se acumularían satisfacciones e insatisfacciones de los deseos de los individuos de los distintos componentes de una sociedad. Desde un punto de vista moral diríamos que “la evaluación moral de las acciones, rasgos del carácter, instituciones, códigos éticos o jurídicos, etc., se realiza exclusivamente en términos de su impacto en el bienestar general”²⁸⁶; esto es, que aquello que tenga las mejores consecuencias para el bienestar general es lo moralmente correcto.

A pesar de las múltiples concepciones del utilitarismo el bienestar generalmente se identifica con la felicidad, placer, o como lo hace Rawls la satisfacción del deseo. De hecho, siguiendo a Stuart Mill: “El credo que acepta como fundamento de la moral la Utilidad, o el Principio de la mayor Felicidad, mantiene que las acciones son correctas (*right*) en la medida en que tienden a promover la felicidad (*wrong*) en cuanto tienden a producir lo contrario a la felicidad. Por felicidad

²⁸⁵ Martínez García, Jesús I., *La teoría de la justicia en Jhon Rawls*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 54.

²⁸⁶ *Ídem*.

se entiende el placer y la ausencia de dolor; por infelicidad el dolor y la falta de placer".²⁸⁷

En este sentido, los deseos de los individuos son *prima facie* buenos y basta con que se les requieran para que sean tenidos en cuenta; asimismo, podemos decir que se pueden hacerse restricciones, pero sólo contando con el interés de todos.

Según Rawls, un utilitarista estaría de acuerdo en que, así como un hombre, para realizar su propio bien, hace siempre un balance de pérdidas y ganancias de modo que en un momento pueda resultarle racional imponerse un sacrificio para obtener ganancias en el futuro, de la misma manera sería racional para una sociedad maximizar su bien, aun cuando en aras de lograr el mayor balance neto de satisfacción posible imponga sacrificios a una parte de sus miembros.

Al hacer extensivo a la sociedad el principio utilitarista de elección individual, este principio se vuelve indiferente al modo de distribución de la suma de satisfacciones entre los individuos, lo que terminaría por justificar instituciones como la esclavitud, así, siempre que los sacrificios de unos cuantos se vieran compensados ampliamente por la satisfacción de otros en el balance total.

2.5.5 La prevalencia de lo justo sobre lo bueno

Para Rawls, es poco plausible que personas que actúan en su propio interés, escojan un principio que pudiese disminuir sus beneficios con el argumento de que esto haría mayor la suma de ventajas disfrutadas por todas las personas.

Para evitar tales excesos, el contractualismo de Rawls reduce más bien el problema de la elección social a la elección racional individual. Al ser los principios de justicia fruto de un acuerdo, deben ser por necesidad principios que todos puedan acoger voluntariamente, además de que redunden en ventaja de todos.

²⁸⁷ Stuart Mil, Jhon, *El utilitarismo*, trad. de Esperanza Guisán, Madrid, Alianza, pp.49-50.

Las partes saben que, al elegir principios, se están comprometiendo a regirse por ellos, y deben escoger de buena fe principios que puedan, en realidad, aplicar posteriormente. Es este sentido, las partes del acuerdo tienen ante sí una variedad de alternativas, entre las que se encuentra el principio de utilidad.

A partir de su posición original, Rawls se cuestiona qué nos garantiza que los participantes realizaran la interpretación correcta, es decir, cómo estar seguros de que ella nos lleve a principios de justicia y no a otra clase de principios y, además, que esos principios sean los correctos. Su respuesta se da en dos argumentos.

El primer argumento en defensa de la posición original se presenta como el conjunto más significativo de restricciones que parece razonable imponer a los principios de justicia. Lo expresa en estos términos:

“Supongo, entre otras cosas, que hay una gran medida de acuerdo acerca de que los principios de la justicia habrán de escogerse bajo ciertas condiciones. Para justificar una descripción particular de la situación inicial hay que demostrar que incorpora estas suposiciones comúnmente compartidas. Se argumentará partiendo de premisas débiles, aunque ampliamente aceptadas, para llegar a conclusiones más específicas. Cada una de las suposiciones deberá ser por sí misma natural y plausible. Algunas de ellas pueden, incluso, parecer inocuas o triviales. El objetivo del enfoque contractual es el de establecer que, al considerarlas conjuntamente, imponen límites significativos a los principios aceptables de la justicia”²⁸⁸

El segundo argumento consiste en mostrar que los principios escogidos en ella corresponden a, o amplían razonablemente, las convicciones que tenemos acerca de la justicia. Rawls muestra otro tipo de juicios madurados; las consideraciones acerca de lo que es justo e injusto. Si los resultados sustantivos de

²⁸⁸ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 30.

la teoría coinciden con tales juicios, tenemos entonces otra razón para estar seguros de que hemos obtenido efectivamente principios de justicia a partir de la posición original.

La concordancia que se logra entre las condiciones de la posición original, los juicios derivados de ella y nuestros juicios morales madurados, obedece a un proceso de mutuo ajuste en la construcción de la teoría, y es denominado por Rawls como *equilibrio reflexivo*. Veamos cómo describe ese proceso de acomodación recíproca, que en realidad nunca llevó a cabo, pero cuya descripción no solamente muestra abiertamente los presupuestos y expectativas de su teoría, sino que también ilustra su concepción de la justificación como una cuestión del mutuo apoyo de muchas consideraciones y de su mutuo ajuste en una visión coherente:

“En la búsqueda de la descripción preferida de esta situación trabajamos desde los extremos. Empezamos por describirla de tal modo que represente condiciones generalmente compartidas y preferentemente débiles. Vemos entonces si estas condiciones son lo bastante fuertes para producir un conjunto significativo de principios. Si no, buscamos ulteriores premisas igualmente razonables. Y si es así, y estos principios corresponden a las convicciones meditadas que tenemos de la justicia, tanto mejor. Es de suponer, sin embargo, que habrá discrepancias. En este caso tenemos que elegir. Podemos, o bien modificar el informe de la situación inicial, o revisar nuestros juicios existentes, ya que aún los juicios que provisionalmente tomamos como puntos fijos son susceptibles de revisión. Yendo hacia atrás y hacia adelante, unas veces alterando las condiciones de las circunstancias contractuales, y otras retirando nuestros juicios y conformándolos a los principios, supongo que acabaremos por encontrar una descripción de la situación inicial que a la vez exprese condiciones razonables, y produzca principios que correspondan a nuestros juicios debidamente conformados y adaptados. Me referiré a este estado de cosas como

“equilibrio reflexivo”. Es un equilibrio porque finalmente nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación.”²⁸⁹

Rawls también va a hablar sobre la regla de racionalidad a ser utilizada por los sujetos en la “posición original”, esto en caso de duda en relación con la mencionada elección a la que se abocan. Esta es la “regla maximin”, misma que nos viene a soportar la elección entre distintas atractivas opciones. Esta regla dice que “en tales ocasiones de incertidumbre deben jerarquizarse las distintas alternativas conforme a sus peores resultados posibles. En este sentido, deberá adoptarse la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor de los resultados de las otras alternativas. La elección de esta regla no surge de un sesgo “conservador” de los participantes, sino de la peculiar situación en la que están insertos: los sujetos en cuestión no saben cuál es la probabilidad que tienen a su alcance; ni tienen un particular interés en beneficios mayores que el mínimo; ni quieren opciones que envuelvan riesgos muy graves”.²⁹⁰

Finalmente, para Rawls los principios de justicia están justificados porque habría consenso sobre ellos en una situación inicial de igualdad. Esta posición igualitaria entiende que una sociedad es justa al igualar a las personas en sus circunstancias, de tal manera que las contingencias de sus vidas particulares sólo es responsabilidad de ellos.

2.5.6 Los principios de la justicia

Paso a considerar los principios que, según Rawls, serían escogidos en la posición original. Como él mismo lo dice son un caso especial de la concepción más general de justicia, que puede ser expresada como sigue: “todos los bienes sociales primarios -libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases del respeto mutuo- han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una

²⁸⁹ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 32.

²⁹⁰ Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 38.

distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados.”²⁹¹

La distribución de todos los bienes sociales, incluyendo a la libertad, se orienta hacia el beneficio de los menos favorecidos. Esta concepción se aplica cuando las condiciones no son favorables, es decir, cuando no se ha alcanzado un cierto nivel material mínimo necesario para mantener de manera efectiva un bienestar igualitario.

A la luz de ella puede resultar racional sacrificar libertades básicas para la consecución de otros bienes como seguridad y desarrollo económico. Pero una vez que se den las condiciones para un ejercicio efectivo de las libertades básicas, éstas adquieren prioridad sobre los demás bienes, ya que, en opinión de Rawls, una vez alcanzado cierto bienestar económico en una sociedad, aún los miembros peor situados preferirían incrementos en su libertad a incrementos en otros bienes sociales.

Así es como allegamos a los dos principios de justicia, que Rawls llama su *concepción especial de la concepción general*. Ellos son:

Así es como allegamos a los dos principios de justicia, que Rawls llama su *concepción especial de la concepción general*. Ellos son:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de tal modo que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.²⁹²

²⁹¹ *Ibidem*, p. 69.

²⁹² Rawls, John, *Teoría de la justicia*, *op. cit.*, pp. 67-68.

Más adelante vuelve a hablar de los dos principios, pero con él mismo lo dice se trata de una exposición final de los dos principios de la justicia para las instituciones, pero, de un modo más completo, que incluye no sólo los dos principios, sino que, además, dos Normas de Prioridad y una Concepción general. Esto es:

Primer Principio

Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos.

Segundo Principio

Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:

- a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y
- b) unidos a los cargos y funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades.

Primera Norma de Prioridad (La Prioridad de la Libertad)

Los principios de la justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico, y, por tanto, las libertades básicas sólo pueden ser restringidas a favor de la libertad. Hay dos casos:

- a) una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertades compartido por todos;
- b) una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptable para los que tienen una libertad menor.

Segunda Norma de Prioridad (La Prioridad de la Justicia sobre la Eficiencia y el Bienestar)

El segundo principio de la justicia es lexicográficamente anterior al principio de la eficiencia, y al de maximizar la suma de ventajas; y la igualdad de oportunidades es anterior al principio de la diferencia. Hay dos casos:

a) la desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos;

b) una cantidad excesiva de ahorro debe, de acuerdo con un examen previo, mitigar el peso de aquellos que soportan esta carga.

Concepción general

Todos los bienes sociales primarios –libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases del respeto mutuo-, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados.²⁹³

Rawls reitera que estos principios se aplican, en primer lugar, a la estructura básica de la sociedad, y rigen la asignación de derechos y deberes, regulando la distribución de las ventajas económicas y sociales.

Ahora bien, cabe destacar que estos principios están dispuestos en un orden jerárquico, el primer principio tiene prioridad sobre el segundo y la segunda parte del segundo principio o *principio de la justa igualdad de oportunidades*, el cual tiene prioridad sobre la primera o *principio de la diferencia*. Esto significa que no pueden intercambiarse las libertades aseguradas por el primer principio para obtener mayores ventajas económicas. Las desigualdades económicas deben apoyarse, por su parte, en el principio de la justa igualdad de oportunidades.

²⁹³ *Ibidem*, pp. 280-281.

Primer principio. Este se encarga de la distribución del bien primario de la libertad, y tiene dos pretensiones: igualdad y maximización de las libertades básicas.

Rawls citando a MacCallum, se permite definir a la libertad, estableciendo que la descripción general de la libertad tiene la siguiente forma: “esta o aquella persona (o personas) está libre (o no está libre) de esta o aquella restricción (o conjunto de restricciones) para hacer (o no hacer) tal y cual cosa”.²⁹⁴

Para dicho autor, las libertades básicas son: la libertad política, que es el derecho a votar y a desempeñar cargos públicos; la libertad de expresión y de reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento; la libertad personal, que es la libertad frente a la opresión psicológica, a la agresión física y a la integridad de la persona; el derecho a la propiedad personal, la libertad frente al arresto y a la detención arbitrarios.

De acuerdo con el primer principio, todos deben tener igual derecho a estas libertades, ya que ellas son prerequisite para lograr la realización o modificación de cualquier plan de vida. Ellas son además condición necesaria para el autorespeto. Sin ellas uno no podría tener el sentido del valor propio ni la capacidad de llevar a cabo las propias intenciones.

Rawls considera que las libertades básicas son un bien de tal importancia, que las personas en la posición original no estarían dispuestas a arriesgarlas. Es por eso que, dada su ignorancia de sus circunstancias particulares, establecerían libertades iguales para todos.

La regla de prioridad de la libertad tiene su origen en el hecho de que nadie aceptaría una libertad desigual o menor a cambio de mayores beneficios económicos. Solamente en caso de conflicto con otras libertades básicas sería restringida una libertad, es decir, se haría desigual o menos extensa de lo que

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 193.

podría ser. Es así como unas libertades básicas podrían ser más extensas que otras, es decir, una libertad podría ser limitada en favor de otra libertad, si de este modo le asegurara su protección. Un ejemplo simple es el de las reglas del debate que limitan la libertad de expresión. Tales reglas están diseñadas para aumentar la libertad en beneficio de todos, pues son necesarias para permitir y hacer provechoso el debate. Así, es en favor de la libertad de expresión que debemos restringir nuestra propia libertad de interrumpir a otros.

Segundo principio. Según Rawls, las personas en la posición original optarían, una vez garantizadas las libertades básicas y la justa igualdad de oportunidades, por una distribución desigual de los otros bienes primarios como son la riqueza, la autoridad y el ingreso, si esta distribución desigual mejorara las expectativas de los menos favorecidos, es decir, les otorgara mayor bienestar que el que obtendrían con una distribución equitativa. El principio dice que las desigualdades estarían justificadas si incidieran en favor de los peor situados.

Con el segundo principio, es decir, la combinación del principio de la diferencia con el principio de la justa igualdad de oportunidades, Rawls pretende dar una alternativa tanto al sistema de libertad natural como al principio liberal de igualdad de oportunidades. En el sistema de libertad natural se da un principio meramente formal de igualdad de oportunidades, consistente en que personas con igual capacidad tengan igual acceso a cargos y empleos.

Rawls critica esta interpretación por no proponerse la igualación de las condiciones sociales. Puesto que nuestras capacidades pueden ser habilidades naturales o ventajas que adquirimos en razón de nuestra situación social, el sistema de libertad natural se ve fuertemente determinado por contingencias naturales y sociales.

La interpretación liberal se esfuerza por contrarrestar las contingencias sociales mediante el principio de la justa igualdad de oportunidades, que consiste en que personas con iguales capacidades y habilidades tengan igual acceso a cargos y empleos, independientemente de su posición social. Sólo que este

principio auspicia una distribución que sigue fuertemente influida por contingencias naturales, y además resulta de muy difícil implementación práctica.

El principio de la diferencia contenido en la segunda parte del segundo principio sería un modo de hacerle frente a las contingencias naturales y sociales. No pasa por alto ninguno de estos dos factores, cosa que sí hacen tanto el sistema de libertad natural como el principio liberal. Tampoco pretende eliminarlas como lo hace el principio de compensación.

El principio de compensación afirma que las desigualdades inmerecidas deben ser compensadas de algún modo. El principio propuesto por Rawls como el que se escogería en la posición original una vez garantizadas las libertades básicas del primer principio, busca más bien aprovechar las diferencias naturales y sociales en beneficio de los menos favorecidos: "Este principio afirma que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo."²⁹⁵ Por ejemplo, con el principio de compensación se podrían destinar mayores recursos para la educación de los menos inteligentes.

Otra característica del segundo principio se encuentra en que satisface el criterio de reciprocidad, al organizar la estructura básica para el mutuo beneficio. Según el parecer de Rawls, este principio sería aceptable tanto si creyésemos que seríamos parte de los más favorecidos, como si pensáramos que seríamos los menos favorecidos. Puesto que promovería los intereses de todos, este principio podría considerarse un principio estable, que además fomentaría el respeto mutuo y la autoestima.

Por su parte, el principio de igualdad de oportunidades, sin el cual no se puede aplicar el principio de la diferencia, tiene por fin garantizar que el procedimiento de distribución efectiva de la riqueza sea tal, que lleve a una distribución justa, cualquiera que ella resulte ser. La prioridad del principio de la justa

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 103.

igualdad de oportunidades frente al principio de la diferencia hace que al prestar gran atención a las oportunidades de aquellos con menores posibilidades se les abra un abanico de alternativas más amplio que el que hubieran tenido con una distribución estrictamente igualitaria. Es así como la desigualdad de oportunidades ocasionada por las desigualdades económicas que permite el principio de la diferencia debe, según este mismo principio, aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos.

El segundo principio contiene, además, la prioridad de la justicia sobre la eficacia, aunque es compatible con ella. El principio de eficacia o criterio de Pareto dice que el bienestar de un grupo está en su punto óptimo cuando es imposible que ninguno de sus integrantes mejore sin que al menos otro se vea perjudicado. Este principio de eficacia permite grandes desigualdades y por lo tanto distribuciones injustas como las que se darían, por ejemplo, en el caso de un sistema de servidumbre que no pudiera ser reformado para mejorar la condición de un siervo sin empeorar la condición de un terrateniente. El principio de la diferencia impediría estas desigualdades profundas al hacer trabajar toda desigualdad en favor de los menos favorecidos, optando por una distribución eficaz, a saber, aquélla que no es posible reformar sin empeorar las expectativas de al menos uno, el peor situado.

La igualdad de oportunidades, por su parte, garantizaría la justicia de esta distribución respecto de la manera en que los dos principios de justicia puedan conjugarse, toda vez que, según el primer principio, las libertades son distribuidas equitativamente, pero qué esto no sería incompatible con las diferencias económicas y sociales toleradas por el segundo principio. Rawls establece una diferencia entre la libertad y el valor de la libertad. Según el primer principio, todos tenemos derecho a una libertad equitativa. Sin embargo, la capacidad de ejercer esa libertad no es la misma para todos. Quienes poseen mayor autoridad o bienestar económico tienen más posibilidades de ejercer su libertad y de alcanzar sus metas. A esta capacidad de ejercer la libertad, de promover los propios fines, Rawls la llama *valor de la libertad*.

El principio de la diferencia limita estas desigualdades en el valor de la libertad a niveles aceptables. Tal diferencia en el valor de la libertad estaría justificada, ya que sin las desigualdades permitidas este valor sería aún menor para todos, incluidos los menos favorecidos, ya que los beneficios económicos serían menores para todos. Tomando, pues, los dos principios en conjunto, podemos decir que las diferencias en el valor de la libertad operan también en beneficio de los menos aventajados.

Tras la elección de estos principios en la posición original, vendrá su proceso de implementación. La segunda etapa en este proceso es la de la convención constitucional, en la cual se escoge una constitución que establezca los derechos y libertades básicas de los ciudadanos. La tercera etapa es la legislativa. En ella se consideran las leyes y políticas que serán adoptadas. La cuarta y última etapa es la de aplicación de esas reglas por parte de los jueces y otras autoridades a los casos particulares.

Ya para la segunda parte de su libro, nuestro autor comienza exponiendo esta secuencia con el objeto de ilustrar el contenido de los principios de justicia vinculándolos con las formas institucionales que ellas prescriben. Rawls quiere mostrar que las instituciones que conforman la estructura básica de una democracia constitucional satisfacen los principios, y que a la vez los principios proporcionan una orientación y ampliación de nuestros juicios madurados.

Los principios que se aceptan inicialmente dada la vincularidad del acuerdo terminarán por ser vistos por cada individuo como un bien, ya que la conservación de instituciones justas actúa en su propio interés, y el ordenamiento de la estructura básica fomenta la complementariedad de los diversos proyectos de vida tolerables dentro de los límites de la justicia, afirmando así los vínculos de la comunidad por medio del mutuo enriquecimiento. Es por eso que, según Rawls, una sociedad regida por los dos principios de la justicia como imparcialidad, es una *unión social de uniones sociales*.

Esto quiere decir que el funcionamiento de instituciones justas es el fin último compartido por todos los miembros de la sociedad y estas formas institucionales son apreciadas como buenas en sí mismas. Es así como, al interior de una sociedad bien ordenada, no sólo el bien de cada individuo es compatible con las ordenaciones justas, sino que lo justo es considerado por los miembros de la sociedad como un bien, es decir, como algo que se desea racionalmente, ya que contribuye a realizar los propios proyectos de cada quien. Lo justo sería, pues, un fin racional compartido por todos, y dentro del cual se inscriben todos los demás fines particulares.

Tal sociedad sería entonces una sociedad que engendraría su propia estabilidad, ya que en ella cada cual tendría el deseo de afirmar los principios de justicia como reguladores de su proyecto de vida propio. Esta congruencia entre lo justo y lo bueno, que lleva a la estabilidad en una sociedad regida por los dos principios de justicia, sirve para confirmar tales principios al mostrar la viabilidad de esta concepción de justicia. Esta sería viable porque en una sociedad que se rigiera por tal concepción la gente aceptaría voluntariamente someterse a instituciones justas, como instituciones que promueven su propio bien.

Con todo, para justificar materialmente los derechos, desde el punto de vista de la filosofía política del liberalismo, clásico y rawlsiano, se tienen como tesis principales:

- a) Sostener, mediante el recurso teórico del iusnaturalismo racionalista, una concepción contractualista del origen del Estado;
- b) Sustentar la idea del Estado como antítesis del hombre natural -el Estado como mal menor-;
- c) Fundamentar una postura individualista del hombre;
- d) Subrayar que el consentimiento es el fundamento del poder político;
- e) Conciben de forma pesimista la naturaleza del ser humano -egoísmo, interés propio, cálculo racional, etc.-;
- f) Es prioridad lo justo sobre lo bueno;

- g) Defender un énfasis universalista en las concepciones del hombre y de la sociedad;
- h) Defender un carácter universalista de los derechos humanos de los individuos;
- i) Plantear que los derechos humanos son inherentes al individuo;
- j) Privilegiar la tesis de la racionalidad instrumental sobre la de la racionalidad deliberativa;
- k) Creer en el progreso de la historia humana;
- l) Desconfiar del Estado, la política y la mayoría ciudadana, como expresión de la voluntad popular;
- m) Sostener la propiedad como un derecho de los individuos; y,
- n) Sostener la tesis del Estado neutral;
- o) Rawls reemplaza a la noción tradicional de contrato social por el de acuerdo, el cual no se lleva a cabo efectivamente, sino que es hipotético. A esta situación hipotética equitativa Rawls le da el nombre de *posición original*;
- p) La teoría de Rawls se basa en la idea de que únicamente a partir de una situación imparcial se puede llegar a resultados imparciales. De allí que él mismo llame a su teoría *justicia como imparcialidad*;
- q) A decir de Rawls: una sociedad que satisfaga los principios de justicia como imparcialidad se acerca en lo posible a un esquema voluntario, ya que cumple con los principios que consentirían personas libres e iguales en condiciones que son imparciales. En este sentido, sus miembros son autónomos y las obligaciones que reconocen son autoimpuestas;
- r) Los dos principios de justicia, que Rawls llama su *concepción especial de la concepción general*, son: 1º Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás; y 2º Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de tal modo que: i) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos; y, ii) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos;

s) Tras la elección de estos principios en la posición original, vendrá su proceso de implementación. La segunda etapa en este proceso es la de la convención constitucional, en la cual se escoge una constitución que establezca los derechos y libertades básicas de los ciudadanos. La tercera etapa es la legislativa. En ella se consideran las leyes y políticas que serán adoptadas. La cuarta y última etapa es la de aplicación de esas reglas por parte de los jueces y otras autoridades a los casos particulares.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - La nota distintiva que caracterizó a los filósofos políticos del liberalismo clásico consistió en su apelación a algún estado de naturaleza prepolítico como la fuente de los derechos y las obligaciones del hombre e, igualmente, como límites al poder del Estado.

SEGUNDA. - Constituida la sociedad civil por virtud de un contrato social, el único derecho al que el hombre no renuncia el derecho a la vida.

TERCERA. - De acuerdo con Rawls, la justicia es de tal importancia que la primera de las instituciones sociales y sigue la tradición liberal de construcción social a partir del individuo.

CUARTA. - Para el liberalismo son tesis fundamentales el individualismo, el respeto a los derechos y la neutralidad del Estado.

CAPÍTULO TERCERO

**PRESUPUESTOS DEL PENSAMIENTO
COMUNITARISTA FRENTE AL LIBERALISMO
RAWLSIANO**

CAPÍTULO TERCERO

PRESUPUESTOS DEL PENSAMIENTO COMUNITARISTA FRENTE AL LIBERALISMO RAWLSIANO

3.1 Introducción

Tras haber realizado un estudio sobre el liberalismo clásico y rawlsiano y de cómo sus postulados influyen en la parte material de construcción de los derechos humanos y fundamentales, toca ahora adentrarme en las propuestas que una serie de autores hacen al liberalismo, pero marcadamente a la versión de John Rawls. Aunque estos autores no se adscriban como una teoría homogénea la nota esencial que tienen en común es su rechazo por algunos de los planteamientos de la *teoría de la justicia* del autor estadounidense y que suelen agruparlos bajo el nombre de comunitarismo.

Para los comunitaristas la teoría de la justicia que ofrece John Rawls es insuficiente porque es una propuesta teórica que se basa en una concepción de la persona como ente *atomista*,²⁹⁶ esto es, que las personas poseen una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad como un todo puede pasar por alto;²⁹⁷ así como en la distinción entre lo personal y lo político que origina de esta forma una pretendida neutralidad estatal sobre las distintas concepciones del bien.

Asimismo, el liberalismo de Rawls prescinde, en su fundamentación, de planteamientos de carácter epistemológico, filosófico o metafísico, sosteniendo, inclusive, que su teoría no pretende ir más allá de lo que está implícito en la

²⁹⁶ Término con el que Charles Taylor describe a las posturas que adoptan una visión de la sociedad como un agregado de individuos orientados por objetivos individuales. Al respecto, véase Taylor, Charles, "Atomism", *Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, pp. 187-210.

²⁹⁷ Cfr. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 193.

concepción política misma, sino que se circunscribe únicamente a la concepción política de la justicia como punto de vista libremente aceptado.²⁹⁸

A su vez, podemos observar que Rawls tiene una marcada influencia kantiana, ya que es el propio Kant quien consideraba que el valor principal del ser humano no descansa en los fines que se escogen, sino en la propia capacidad de escoger, siguiendo un procedimiento previamente establecido con ciertos criterios tanto formales como universales.

Así, lo importante al momento de constituir una sociedad en concreto desde este punto de vista, no es la determinación de ciertos principios axiológicos que deben regirla para contribuir a la maximización del bienestar o utilidad social, o que colaboren en el desarrollo de una cierta idea del bien, por el contrario, éstos se deben adecuar a la idea de lo correcto o justo, una categoría moral que tiene prioridad sobre la categoría de lo bueno y que es independiente de ella.²⁹⁹

Sin embargo, ante esta postura política y filosófica que destaca la preeminencia de los derechos individuales y que ha defendido la neutralidad del Estado sobre las concepciones del bien, surgieron ideas que reclamaban que dicha postura se alejaba peligrosamente de la necesidad que existe de la participación en la vida pública, esto es, la necesidad de una mayor unidad entre los miembros de la comunidad.

Dicha cuestión se ve reflejada al momento de poner al hombre, en tanto ser autónomo, en el centro de la fundamentación y justificación teórica liberal, pues presupone como único postulado válido a considerar, el respeto, la vigilancia y el desarrollo de ese ser único y libre capaz de auto-determinarse por sí mismo, situación que se logra sin tener la necesidad de determinarse dentro de un contexto

²⁹⁸ Cfr. Rawls, John, *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México – Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 35.

²⁹⁹ Al respecto, véase Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996.

en específico que guíe o encauce su desarrollo, conducta y moral, ya que éstas son intrínsecas a él.

Al efecto, surgió una postura filosófica crítica³⁰⁰ del liberalismo, que se conoce comúnmente como comunitarismo, ideología en la cual si bien es cierto no se comparten ideas en común, esto es, que cada autor crítico del liberalismo propone su manera particular de criticar a la corriente del pensamiento atomista en referencia, también lo es que buscan, en lo general, someter “a una crítica metódica y moral la fundamentación individualista de la sociedad y de las normas sociales características de la autocomprensión racionalista de la modernidad”.³⁰¹

En esta ideología, se busca una reformulación de la moral, la cual no necesariamente deba estar relacionada con una serie de principios abstractos y universales, como lo postula el liberalismo,³⁰² sino que pretende fundamentar la moralidad en una serie de pautas nacidas, practicadas y aprendidas dentro de una comunidad en concreto.³⁰³

El enfoque en mención supone, de esta manera, a un individuo que debe estar determinado innegablemente por y para la sociedad, destacando la importancia del contexto social, cultural e histórico en la conformación del individuo, es decir, que no se ve a la comunidad únicamente como aquella conglomeración de personas circunscritas a un determinado territorio en común, sino que, aunado a lo anterior, deben existir diversos parámetros culturales propios que los identifiquen, por lo que una idea de la justicia, surgida desde este punto de partida epistemológico, no concibe una relación directa con principios universales, sino que justifica su validez dentro de contextos determinados, por lo que se da prioridad de

³⁰⁰ Se dice que es una postura crítica y no antagónica del liberalismo, toda vez que, como se desarrollará más adelante, los postulados que presentan los representantes del comunitarismo, más que presentar una alternativa epistemológica completamente distinta, complementa la teoría liberalista al enfatizar los errores que en ésta se presentan para subsanarlos (aunque no de manera directa), lo que produce un desarrollo teórico compartido.

³⁰¹ Kallscheuer, Otto, “El liberalismo comunitario de Michael Walzer”, *Debats*, núm. 39, España, 1992, p. 44.

³⁰² Cfr. MacIntyre, Alasdair, *Historia de la ética*, Barcelona, Paidós, 2006, p. 11.

³⁰³ Cfr. Ruiz Miguel, Alfonso, “Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate”, *Doxa*, núm. 12, 1992, p. 97.

esta manera a una sociedad buena frente a una sociedad justa, trayendo así, de nueva cuenta a la discusión, la filosofía de Hegel.

Una vez expuesto el planteamiento principal de este conflicto, procederemos enseguida a estudiar puntualmente las principales críticas que se le han hecho al liberalismo en general y, al liberalismo *rawlsiano* en particular, desde las teorías propuestas por Charles Taylor, quien rechaza enérgicamente los efectos perniciosos del individualismo como paradigma moral contenidos en los propios conceptos de autonomía y razón puramente formal, al considerar que éste impide ofrecer contenidos concretos a nuestras obligaciones morales, y que aquél no considera, en su justa medida, la inmersión del individuo dentro de su entorno social; por Michael Sandel, quien confronta la idea de justicia liberal que sostiene una prioridad de lo justo sobre lo bueno; por Alasdair MacIntyre, quien busca reinstaurar una moral de raíz aristotélica, la cual se base en virtudes y no en principios universales; y, por Michael Walzer, quien critica de manera genérica la propuesta de justicia de Rawls.

Lo anterior a fin de mostrar hasta qué punto estas críticas afectan a la teoría liberal, pero, sobre todo, para indagar de qué manera sus propuestas y ataques son atendibles en el criterio material de incorporación de los derechos humanos y fundamentales.

3.2 Principales críticas al liberalismo rawlsiano

Para una mejor comprensión de las críticas que hace el denominado comunitarismo al liberalismo, se considera oportuno dividir el análisis en cuestión en dos principales apartados, a saber: a) el que se centra en la ontología del propio individuo; y, b) el que expresa argumentos de defensa de la propia concepción ontológica.

Es importante aclarar la bifurcación crítica que toma el pensamiento *comunitarista* expuesta anteriormente, toda vez que deja de manifiesto no sólo los diversos enfoques sobre los cuales se ha abordado su análisis, sino que también

demuestra las múltiples formas que han propuesto los autores vinculados a este pensamiento para combatir o subsanar el propio liberalismo.

Por ello, debemos determinar que entendemos por una cuestión ontológica aquella que versa sobre los factores que se traen a la discusión filosófica para explicar la vida social y que tienen que ver con los términos que se aceptan en el discurso explicativo, es decir, la determinación y constitución propia del ser a partir de la postura holística que lo analiza en conjunto con su entorno, con la intención de evidenciar que la conformación del individuo es más compleja que su simple composición aislada, esto en clara contraposición con la concepción atomista ya referenciada.

Respecto a las cuestiones de defensa, entenderemos los argumentos morales que postulan una prioridad más alta sobre la vida de la comunidad y/o sobre los bienes de las sociedades sostenidas por una visión colectivista en oposición a los principios que dan primacía a los derechos individuales y a la libertad, sustentados por las corrientes individualistas.

Cabe resaltar que la relación entre estos dos apartados es compleja, pues al mismo tiempo que se disocian también se relacionan, tal y como lo expresa Charles Taylor, al afirmar que dichas cuestiones por “un lado son distintas, en el sentido de que tomar una posición con respecto a una no nos precipita hacia la otra. Pero, con todo, no son completamente independientes, en la medida en que la posición a nivel ontológico puede convertirse en parte del trasfondo esencial con respecto a la posición que se decide defender”.³⁰⁴

A continuación, procederemos a desarrollar, de manera sucinta pero detallada, el análisis de los dos tipos de diferencias planteadas anteriormente, comenzando en un primer plano con las diferencias ontológicas existentes entre el liberalismo y el comunitarismo, con la intención de conocer y evaluar las propuestas

³⁰⁴ Taylor, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, trad. de Fina Birulés Bertrán, España, Paidós, 1997, p. 240.

ofrecidas por estas ideologías filosóficas-políticas para la comprensión del propio hombre que se encuentra inmerso, ineludiblemente, dentro de una multiplicidad de relaciones interpersonales.

3.3 Diferencias ontológicas

Este enfrentamiento entre liberales y comunitaristas, se presenta derivado de la concepción *liberalista rawlsiana*, misma que otorga una preeminencia al individuo concebido como un átomo, es decir, como eje rector que, mediante su capacidad de raciocinio, construye y transforma su propia identidad.

Al respecto, los comunitaristas han establecido y destacado, como una forma distinta para abordar el problema ontológico del propio ser, la trascendencia de la sociedad, sosteniendo que el individuo no puede pensarse de forma aislada, con independencia de la comunidad que da origen a la formación de su identidad, y que permite o coarta el desarrollo de su propia libertad.

De esta forma se señala que, más allá de la autonomía personal, es necesario hacer un reconocimiento trascendental de la importancia que tiene la pertenencia y la identificación del individuo con una comunidad determinada, ya que las particularidades y nexos que tenga cada ser respecto a una sociedad, grupo o comunidad a la cual pertenece es, desde esta perspectiva, parte fundamental de la comprensión de cada individuo.

En este sentido, los comunitaristas entienden que nuestra identidad se encuentra profundamente influenciada por nuestra pertenencia a determinados grupos, toda vez que nacemos dentro de ciertas prácticas que generan vínculos trascendentales, sin los cuales dejaríamos de ser quienes somos; dichos vínculos aparecen, así como vínculos valiosos que definen en gran medida, a partir del conocimiento de nuestra ubicación social, cuáles son nuestras relaciones y compromisos a seguir. De esta forma, vemos una libertad situada en contraposición a una libertad aislada, que toma en cuenta nuestra inmersión social en ciertas prácticas compartidas.

Para comprender de mejor forma lo anteriormente planteado, es indispensable traer al análisis, a grandes rasgos, la postura hegeliana cuyo punto de partida consiste precisamente en comprender a la comunidad como fundamento principal para la formación de la identidad moral de los individuos y para el desarrollo de la misma, ya que el pensamiento del filósofo en referencia conforma la base principal en la que descansan la mayor parte de las críticas del comunitarismo.

Así, Hegel plantea que el concepto de libertad sólo se realiza adecuadamente en el mundo social por medio de instituciones sociales y políticas específicas en un momento histórico particular, por lo que únicamente puede ser plenamente consolidada si se encuentra inserta en un marco social apropiado, de esta manera, se entiende que la realización absoluta del ser humano procedería de la integración de las personas en su comunidad específica:³⁰⁵“sólo dentro de un mundo social racional, un mundo que garantice mediante la estructura de sus instituciones nuestra libertad, podemos llevar una vida que sea plenamente racional y buena”.³⁰⁶

A su vez, Hegel señala que sólo en las instituciones y costumbres del mundo social en el que estamos insertos podemos hallar los criterios morales que necesitamos, asumiendo entonces que la moralidad se basa en distinciones cualitativas y en marcos referenciales externos a los sujetos, pues se derivan de una idea del bien compartida por toda la comunidad.

Hegel entiende entonces por estos criterios morales lo que denominó como *Sittlichkeit* o *eticidad*,³⁰⁷ misma que no se orienta a señalar lo que se debe o no hacer, sino a armonizarnos con nuestro mundo social, profundizando en su real

³⁰⁵ Cfr. Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, España, Paidós, 1999, p. 125.

³⁰⁶ Rawls, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, trad. Andrés de Francisco, Barcelona, Paidós, 2001, p. 349.

³⁰⁷ La *eticidad* en Hegel refiere a un comportamiento moral que se consolida en las estructuras, hábitos, y costumbres de una sociedad específica; es la síntesis de la moralidad y la plena realización del espíritu objetivo, la identidad del bien y de la conciencia individual, misma que encuentra su realidad en el espíritu de un pueblo, por lo que encuentra su origen en el hábito ético de un grupo humano como unidad de la voluntad universal y de la voluntad individual, del derecho y del deber, cuyos tres momentos son la familia, la sociedad civil y el estado. Al respecto, véase Colomer, Eusebi, *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger*, 2a. ed., t. II: *El idealismo: Fichte, Schelling y Hegel*, Barcelona, Herder, 1995, p. 390.

naturaleza racional mediante una filosofía histórica, por lo que se puede decir que la *eticidad* es un entramado de instituciones políticas y sociales que expresa y actualiza en el mundo el concepto de libertad.³⁰⁸

Una vez señalado lo anterior, podemos establecer que para Hegel sólo existían dos puntos de vista respecto a la moralidad: o bien, se partía de la sustancialidad de la *eticidad* que proponía o, por otro lado, se procede de modo individualista, elevando entonces la particularidad del sujeto como su fundamento.

Sin embargo, el filósofo en comento es determinante al indicar que éste último punto de vista carece de espíritu, porque sólo establece una conexión de sujetos, toda vez que el espíritu no es algo individual, sino la unidad de lo individual y lo universal.³⁰⁹

De esta forma, se desprende que para Hegel todo individuo está constituido y determinado por su entorno, encontrando su máxima expresión mediante la conexión de las personas con la vida pública de una comunidad en particular, y no en la autodefinición determinada en su arbitrio, logrando una verdadera emancipación o independencia como persona en el momento de cumplir con el rol social que conforman precisamente esa *eticidad*.

Expuesta ya la postura hegeliana de manera concisa, nos abocaremos a continuación a introducirnos en las críticas al liberalismo *rawlsiano* realizadas propiamente por los principales comunitaristas anteriormente referidos, específicamente sobre la confrontación ontológica que se presenta entre el individuo y la sociedad como ente constituyente del mismo ser.

El principal ataque que se le hace al liberalismo, es que éste expone una teoría individualista asocial, ya que conceptualiza a la sociedad como un objetivo más de los sujetos previamente individualizados y no como un elemento

³⁰⁸ Al respecto, véase Hegel, G.W.F., *Principios de la filosofía del derecho*, trad. Juan Luis Vermal, Barcelona, Edhasa, 1988, §§ 141, 142 y 144.

³⁰⁹ Cfr. Hegel, G.W.F., *op. cit.*, pp. 203 y 204.

conformador de su propia personalidad, esto es, se le critica a Rawls, en especial, de considerar la cooperación únicamente por los beneficios que le produce a los individuos aislados de todo vínculo social, situación que implica ignorar que los individuos sólo pueden crecer y auto realizarse dentro de cierto contexto, puesto que no son autosuficientes, en consecuencia, requieren de la ayuda y del contacto con los demás.

De tal suerte, se ha criticado que el liberalismo contempla a los agentes morales en forma limitada y alienante, en primer lugar porque no tiene en cuenta los rasgos que asumimos en cuanto integrantes de un mismo mundo social o de una comunidad en particular y, en segundo lugar, dado que la forma de la vida moral propuesta excluye tantos deseos y aspiraciones de la vida diaria y nos distancia tanto de ellos que nos aliena de los asuntos ordinarios.³¹⁰ En palabras del propio Taylor, toda expresión absolutamente individualista del hombre “sin considerar (a) las exigencias de nuestros lazos con los demás o (b) las exigencias de cualquier tipo que emanan de algo que está más allá o fuera de los deseos o aspiraciones humanas son contraproducentes”.³¹¹

Siguiendo con esta línea argumental, Taylor establece una idea donde la identidad del sujeto se encuentra esencialmente marcada por la pertenencia a ciertos grupos, de esta forma, el individuo nace y se desarrolla como un ser autónomo a través de ciertas prácticas propias de la comunidad a la que pertenece y que le confieren su particular identidad, misma que se define a partir del conocimiento de dónde se halla uno mismo ubicado, de cuáles son nuestras relaciones y compromisos frente a los demás.

Dicho de otro modo, si bien es cierto que se reconocen aspectos positivos del propio individualismo por Taylor, también entiende que existe en este planteamiento un lado oscuro, pues si la existencia se concentra exclusivamente en la realización de aquellos sujetos autónomos, éstos se aplanarían y se estrecharían,

³¹⁰ Cfr. Rawls, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, op. cit., p. 351.

³¹¹ Taylor, Charles, *La ética de la autenticidad*, trad. Pablo Carbajosa Pérez, España, Paidós, 1994, p. 71.

a la par de ver nuestras vidas en general empobrecerse, pues se perdería todo tipo de interés por los demás y por la misma sociedad.³¹²

Se tiene que tener presente, a su vez, que la pertenencia de los individuos respecto de una comunidad en concreto se presenta, en un primer nivel, desde los grupos más pequeños y, a partir de ahí, se exalta a niveles distintos, esto es, que comienza por identificarse desde la familia, para pasar de ahí a los gremios, los clanes, las tribus, las ciudades y las naciones, espacios a los que pertenece innegablemente el sujeto respecto a los cuales tiene también una variedad de deberes, herencias, expectativas y obligaciones.³¹³

Es precisamente por la razón expuesta anteriormente, que se niega por parte de los comunitaristas, que los principios morales puedan tener relevancia fuera de todo contexto político respecto de una sociedad en particular, toda vez que es la misma pertenencia a una comunidad la que se constituye como un elemento vital, en la que recae la posibilidad de distribuir los bienes, la seguridad y el bienestar, por lo que apartarse de un elemento tan trascendente para la constitución del hombre es, para Walzer, de infinito peligro.³¹⁴

Según Taylor, hay una serie de capacidades humanas que únicamente se desarrollan integralmente como consecuencia de la vida en comunidad; es la propia sociedad quien permite y facilita el desarrollo de estas capacidades y las define; por lo que vemos que la comunidad proporciona así al individuo, los recursos conceptuales en cuyos términos llega a concebirse a sí mismo, a su identidad y, a sus valores.

Como consecuencia de ello, el filósofo canadiense lo ha expresado de forma muy elegante, al señalar que en el pensamiento liberal:

³¹² *Ibidem*, pp. 39 y 40.

³¹³ Cfr. MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, trad. de Amelia Varcárcel, Crítica, Barcelona, 2001, p. 271.

³¹⁴ Cfr. Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de Heriberto Rubio, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 44.

Se consideró que la vida humana tenía una unidad un tanto análoga a la de una obra de arte, cada una de cuyas partes o aspectos solo encontraba su significado propio en relación con todas las demás... Pero los hombres son seres expresivos, ya que pertenecen a una cultura; y una cultura es sostenida, alimentada y entregada en una comunidad. La propia comunidad tiene, a su propio nivel, una unidad expresiva.³¹⁵

A su vez, Walzer afirma sobre la discusión, que la concepción cerrilmente atomista del ser humano que sostiene la idea de que toda persona se basta a sí misma para desarrollarse y, como consecuencia de ello, poder interactuar con los demás en tanto satisfactores de necesidades, es completamente errónea, toda vez que “las personas no sólo tienen necesidades, tienen ideas acerca de sus necesidades, tienen prioridades, grados de necesidad, y tales grados y prioridades se refieren no solamente a su naturaleza humana sino también a su historia y cultura”.³¹⁶

Taylor aprovecha, a su vez, este argumento aportado por Walzer para refutar la conceptualización del compromiso que surge del principio de la diferencia propuesto por Rawls, sosteniendo que en una sociedad donde no hay fuertes lazos de solidaridad entre sus miembros, la obstinación en la aplicación de ciertas reglas de redistribución igualitaria resultaría extremadamente difícil, ya que en realidad el sentido de compromiso mutuo que emerge de dicho principio sólo puede tener lugar por medio de sujetos vinculados que comparten un fuerte sentido de comunidad.

Es decir, que dada la propuesta del pensamiento *liberalista* en relación con la desvinculación del individuo con la sociedad en la que se encuentra inmerso como forma de composición integral de su propio ser, éste no podría contar con los presupuestos axiológicos mínimos de compromiso y solidaridad e, incluso, de la misma justicia, para que, a partir de ellos, las personas se desarrollen, en términos

³¹⁵ Taylor, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 14 y 15.

³¹⁶ Walzer, Michael, *op. cit.*, p. 77.

de su propia autonomía, con el principio de la diferencia expuesta por el autor *liberalista* en comentario.

A pesar de que el propio Rawls ajustó su teoría de la justicia en su libro *liberalismo político*, sosteniendo una idea de cooperación entre agentes como forma de consolidar su teoría frente a las críticas comunitaristas que versaban en este sentido,³¹⁷ se observa la persistencia de una misma perspectiva que no concede la suficiente atención al papel trascendental de la comunidad como elemento constitutivo ontológico de las personas, toda vez que el punto de vista *rawlsiano* continúa partiendo de un individuo que coopera únicamente cuando se obtenga una ventaja racional, esto es, cuando resulte beneficiado; descubriendo, de esta forma, una relación del individuo con la comunidad originada en el interés propio, otorgándole así a la sociedad un mero papel instrumental.

Al respecto, Taylor ataca frontalmente esta idea al considerar que el pensamiento propio del liberalismo, es utilitarista en su visión ética, y atomista en su filosofía social, ya que contempla a la naturaleza y a la sociedad como si solo tuviesen una posibilidad de interactuar con el hombre, misma que consiste en acto netamente instrumental, es decir, que las ven estrictamente como medios potenciales de satisfacción del deseo humano y nada más, sin reconocer de esta forma que el hombre necesita de la sociedad, situación que implica reconocer la necesidad de asegurar las condiciones que nos permiten desarrollar ciertas capacidades humanas relevantes.³¹⁸

Por otra parte, Sandel ataca el liberalismo *rawlsiano* a partir de su idea de justicia pero como elemento ontológico del individuo (por ahora no entraremos en una cuestión de defensa que se presenta entre lo justo y lo bueno), el cual concibe la unidad del yo como algo predefinido, algo establecido previamente, diseñado con anterioridad a la elección que la persona haga de las cosas en el curso de su experiencia, lo que implica necesariamente que los fines de una persona no son

³¹⁷ Sobre esta idea, véase Rawls, John, *Liberalismo político*, op. cit., p. 40.

³¹⁸ Cfr. Taylor, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, op. cit., p. 137.

vistos como algo constitutivo de ella, de manera que los proyectos que el individuo comparte con su comunidad nunca serán valorados como una parte integrante y fundamental de su propio ser.

Dicho de otra forma, Sandel interpreta que, para Rawls, la comunidad en la que el individuo se desenvuelve no es una parte trascendental de su identidad y que, como resultado de esto, logra alcanzar siquiera un entendimiento muy reducido de la comunidad política, ya que no reconoce la relevancia del contenido intrínsecamente social del hombre, eludiendo la posibilidad de que los lazos de la comunidad y demás circunstancias que giran en torno a ésta puedan comprometer o transformar a la persona.

Así, para Sandel la vinculación de los sujetos con su comunidad es constitutiva y constituyente, esto es, que la pertenencia a la comunidad les permite alcanzar un tipo de bien humano que no alcanzarían por sí mismos, ya que “solamente de esta manera podemos considerarnos como sujetos y también como objetos de experiencia, como agentes y no sólo como instrumentos de los propósitos que perseguimos”.³¹⁹

Como se desprende de lo anterior, la concepción ontológica atomista sostenida por el liberalismo no acepta algún punto de excepción donde no provenga a priori la capacidad de conformar todo sujeto trascendental ubicado fuera de la sociedad o fuera de toda experiencia, por lo que en todo momento somos lo que hemos llegado a ser, una concatenación de deseos e inclinaciones que no dejan nada libre para habitar un dominio *noumenal*.³²⁰

Aquí Taylor, interpreta a Sandel para aclarar la crítica que hace al liberalismo en este criterio, a la par de sustentar su posición esbozada anteriormente, pues señala que lo que el filósofo estadounidense objeta de Rawls es que, el principio de diferencia, que alude a una organización social donde las desigualdades

³¹⁹ Sandel, Michael J., *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. de María Luz Melon, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 25.

³²⁰ Cfr. Sandel, Michael J., *op. cit.*, p. 26.

económicas y sociales redunden en beneficio de los menos aventajados, requiere necesariamente de una concepción de la persona vinculada hacia su comunidad de un modo más intenso, más profundo que aquella noción *rawlsiana* que muestra a unos sujetos mutuamente desinteresados.³²¹

Finalmente, Michael Sandel ataca del liberalismo el presupuesto bajo el cual parte su postura ontológica del hombre y que se vincula, a su vez, con una cuestión de defensa, y es que el presupuesto en cuestión se constituye por la idea de establecer que las personas escogen sus fines y sus objetivos vitales, lo que conforma una visión descriptivamente exigua del ser humano, toda vez que la adopción de esta postura implica dejar de lado una visión más adecuada de la persona, misma que reconoce la importancia que tiene para cada uno, el conocimiento de los valores propios de su comunidad, valores que no se eligen, sino que, por el contrario, se descubren y reconocen en las prácticas propias de los grupos sociales en los cuales se está inmerso.

Por ello, para algunos comunitaristas sería más adecuado afirmar que las personas descubren sus fines en función de las prácticas y valoraciones propias de los grupos a los que pertenecen, ayudándose indispensablemente del constructo que se construya sobre su propia identidad, de ahí que se ataque al yo *rawlsiano*, ya que al ser un sujeto que elige sus fines en lugar de experimentar su descubrimiento, sin duda éste preferirá crear las condiciones políticas mínimas necesarias que otorguen prioridad a su elección y no a su autodescubrimiento, pues, como se ha llegado a afirmar, incluso el rechazo de los roles que se nos asignan socialmente resultaría ininteligible si no comprendiéramos “el rol y el significado de tal rechazo para nosotros y para quienes nos rodean: somos seres sociales, y no hay ningún “yo” que pueda ubicarse completamente aparte de la sociedad”.³²²

³²¹Cfr. Taylor, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, op. cit., pp. 241-244.

³²² Horton, John, “Charles Taylor: Selfhood, community and democracy”, en Carter, April y Stokes, Geoffrey (eds.), *Liberal democracy and its critics*, Oxford, Polity Press, 1998, p. 159.

Como se observa, ese individualismo basado exclusivamente en el yo propuesto por el liberalismo, deja de tener historia y pertenencia alguna vinculada necesariamente con colectivos definidos, sin embargo, esta posición es inaceptable para algunos comunitaristas, como MacIntyre, dado que “la historia de mi vida está siempre embebida en la de aquellas comunidades de las que derivó mi identidad”.³²³

Pero es precisamente en tal comunidad que no solamente se identifican a los individuos pertenecientes a un grupo, sino que, a su vez, se hace la distinción necesaria entre las particularidades de sus miembros con otros sujetos y con otras comunidades, lo que tiene como resultado la exclusión de cualquier tipo de deberes morales hacia otros que no sean aquellos que pertenezcan a una comunidad en concreto.

El individuo que se ostente como perteneciente a una determinada comunidad, desde esta perspectiva, será aquel que cuente con los requisitos suficientes para ser considerado como miembro, en otras palabras, serán aquellos que compartan no sólo una identidad territorial en concreto, sino que además acepten, asimilen y reproduzcan los valores y prácticas propias de dicha comunidad, dejando a todas las demás personas que no cumplan con este presupuesto como simples extraños.

Al efecto, Walzer ha justificado esta distinción entre miembros y extraños al señalar que si todos los seres humanos fueran extraños entre sí, entonces no habría pertenencia alguna a ser distribuida; por el contrario, si todos los seres humanos fueran miembros de un Estado global en el cual se compartiera ese sentimiento de pertenencia, entonces ésta ya habría sido distribuida y no habría más por hacer, pues como lo expone el propio Walzer, “mientras los miembros y los extraños sean dos grupos distintos, como de hecho lo son, tienen que tomarse decisiones sobre la admisión, y hombres y mujeres entonces serán aceptados y rechazados”.³²⁴

³²³ MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud, op. cit.*, p. 272.

³²⁴ Walzer, Michael, *op. cit.*, pp. 46 y 47.

Por lo anteriormente planteado, es que Sandel establece que es la propia comunidad quien describe no sólo lo que se tiene como conciudadanos, sino también lo que son; pero no por una cuestión derivativa de la elección, sino derivado de los lazos que se descubren, aunque no estrictamente como un atributo propio del ente, sino como un componente de su identidad, cuestión que el mismo filósofo estadounidense ha denominado como concepción constitutiva.³²⁵

Este argumento crítico al liberalismo, nos permite continuar con la siguiente clase de detracción que le hace el comunitarismo al liberalismo *rawlsiano*: la de defensa; ya que buscan combatir necesariamente una cuestión que contempla una visión del sujeto como una entidad cuya trascendencia moral reside en su capacidad para elegir y no en los fines que persigue, pues esto origina la prioridad en el sujeto de armonizar lo justo sobre lo bueno.

A continuación, desarrollaremos cabalmente las diversas críticas de defensa expuestas por el comunitarismo, en donde nos percataremos de algunos aspectos que se involucran a la discusión como son la hegemonía de la racionalidad instrumental, la participación del Estado respecto al propio desarrollo del ser individual, o la existencia de los denominados derechos humanos como medio de garantizar y respetar la ontología del hombre, con la intención de dejar en claro las implicaciones que la disputa filosófica entre *liberalistas* y comunitaristas ha aportado al desarrollo de la doctrina *iuspolítica*.

3.4 Diferencias de defensa

Como ya se señaló puntualmente al comienzo del presente estudio, las críticas de defensa que el comunitarismo hace al liberalismo en general, y al pensamiento de Rawls en lo particular, se refieren a una serie de consideraciones de tipo moral que postulan una preferencia de la vida en comunidad y todo lo que en un plano axiomático refiera inevitablemente a los bienes de las colectividades, esto en clara oposición a los principios que dan primacía a los derechos individuales

³²⁵ Cfr. Sandel, Michael J., *op. cit.*, p. 189.

y, especialmente, a la libertad, sustentados por el pensamiento individualista *rawlsiano*.

De esta forma, abordaremos las diferencias de defensa en varios temas importantes que se deben resaltar, a saber: lo justo frente a lo bueno y el ataque que se hace a la tesis de la racionalidad instrumental; la participación que debe tener el Estado respecto a este apartado; la concepción *contractualista* del propio Estado; y, la universalidad de los derechos humanos, cuestionamientos que, como se verá más adelante, se engloban dentro de este tópico principal.

Para ello, partiremos por entender el conflicto suscitado entre lo justo y lo bueno, postulados axiomáticos sobre los cuales descansan la gran mayoría de críticas expuestas por el comunitarismo al liberalismo y que, sin lugar a dudas, representa al mismo tiempo la base sobre la que se sustentan las demás consideraciones de defensa expuestas por estas corrientes.

3.4.1 Lo justo contra lo bueno

Respecto a este tema vale la pena hacer una anotación importante. Como bien se dijo en la nota introductoria al exponer el pensamiento *comunitarista*, dicha corriente filosófica política no se distingue por ser una postura homogénea en donde los autores que se vinculan a ella convergen en la gran mayoría de críticas que realizan al liberalismo, por el contrario, son tan particulares las críticas que se hacen al liberalismo, que incluso se han señalado algunas clases entre los mismos comunitaristas,³²⁶ y es precisamente en éste aspecto donde resaltan las diferencias interpretativas de cada uno de los pensadores ligados al comunitarismo.

Sin embargo, podemos observar que si bien es cierto cada autor *comunitarista* ofrece un camino distinto para atacar al liberalismo, o bien, para

³²⁶ En relación con lo argumentado, se ha señalado al pensamiento de Charles Taylor como propio de un comunitarismo estructural e incluso como un liberalismo holístico, ya que no se aparta del todo de los presupuestos dados por el liberalismo; por otra parte, se ha clasificado a Alasdair MacIntyre como un pensador *comunitarista* orgánico o fuerte, toda vez que éste autor sí ataca todas las bases sobre las que descansa la ideología *liberalista*.

resaltar sus defectos sin tener necesariamente como fin el ataque a dicha ideología, también lo es que convergen en su intención de cuestionar la idea de la justicia, tal como la plantea Rawls, reconociendo que no existe un patrón universal de justicia, ya que cada sociedad determina los principios que la rigen de acuerdo con los significados compartidos dentro de la misma, los cuales son exclusivos de cada sociedad.

Por lo anterior, procederemos a analizar la postura de esta crítica de defensa ofrecida por cada uno de los cuatro principales pensadores comunitaristas referidos anteriormente, con la intención de dejar en claro la postura heterogénea que conforma el comunitarismo dada la pluralidad de argumentos que se han elaborado pero que, al mismo tiempo, es homogénea al converger en un punto en común, a saber, la insuficiencia teórica ofrecida por Rawls.

Para comenzar, consideraremos el pensamiento de Michael Sandel, pues es el primer filósofo *comunitarista* en aparecer con un ataque al liberalismo *rawlsiano* a partir de una ideología comunitaria y no individual, presentada en su libro el liberalismo y los límites de la justicia.

Al respecto, Sandel considera que, desde un punto de vista filosófico, la justicia no puede ser desprendida de nuestras reflexiones sobre la naturaleza de la buena vida y los más dignos fines humanos y, desde un punto de vista político, nuestras deliberaciones sobre justicia y derechos no pueden proceder sin referencia a las concepciones del bien que se encuentran arraigadas indudablemente en las diferentes culturas y tradiciones en las cuales tienen lugar esas deliberaciones.³²⁷

En otras palabras, que previo a los presupuestos sobre los cuales descansa el pensamiento *liberalista*, es decir, la justicia y los derechos humanos, así como la propia autosuficiencia humana para determinar estos presupuestos en abstracto, no pueden tener lugar sin atender cuestiones que van más allá del individuo, como lo es el propio bien común y los fines que se deben alcanzar por el mismo hombre, los

³²⁷ Cfr. Sandel, Michael J., *op. cit.*, p. 186 y 187.

cuales se encuentran condicionados indubitablemente a la relación interpersonal que se tenga dentro de una comunidad en concreto, pues inclusive éstos mismos varían de sociedad en sociedad.

Para este autor, la pregunta entonces a responder por el liberalismo consiste en establecer por qué los valores políticos encarnados en los principios de justicia deben prevalecer sobre los valores morales.

De esta forma, Michael Sandel señala que la justicia es sólo una virtud consecuencial, esto es, que ésta aparece únicamente por la imposibilidad de permitir el desarrollo de otras virtudes más significativas, más allegadas a valores como la fraternidad o la solidaridad, poniendo el ejemplo del núcleo social, la familia, en donde señala que no es necesario ningún principio de justicia, pues sus miembros cuentan con los entendimientos compartidos necesarios para convivir, para resolver sus conflictos internos sin la necesidad de contar con un tercero ajeno o de controles externos que así lo permitan.³²⁸

Así, observamos en Sandel el planteamiento consistente en que toda sociedad debe incorporar aquello que es más importante para sus ciudadanos, en donde las diferentes concepciones de la buena vida son tan importantes como el acuerdo político de unos principios de justicia para constituirlo y, que la razonabilidad intrínseca a toda persona, como lo supone el liberalismo *rawlsiano*, no es suficiente para la determinación de los principios de justicia que han de regir una sociedad.

Sobre la última idea, afirma el pensador estadounidense que la concepción de justicia que se propone por Rawls elimina toda posibilidad de dotar a la persona de fines propios y conduce a la completa subjetividad, pues si los sujetos racionales no consideran el entorno en el cual se desenvuelve su existencia, no serán capaces de reconocer el destino adonde se dirigen. En palabras del propio Sandel:

³²⁸ Cfr. Sandel, Michael J., *op. cit.*, pp. 209 – 215.

“Si un agente en el sentido de Rawls fuera capaz de formar deseos con respecto a ciertos deseos distintos, su agencia no sería restaurada en ningún sentido significativo, ya que no tendría fundamentos con los cuales justificar o defender que un tipo de deseo sea más conveniente o deseable que otro, más allá del mero hecho de su deseo de segundo orden. Todavía podría apelar solamente al hecho psicológico de su preferencia (ahora de segundo orden), y sólo tendría su intensidad relativa para evaluar. Ni el valor intrínseco de un deseo ni de su conexión esencial con la identidad del agente pueden aportar una base para afirmarlo, ya que en la concepción de Rawls, el valor de un deseo aparece sólo a la luz del bien de una persona, y a la identidad de la gente está despojada de rasgos constitutivos de manera tal que ningún objetivo ni deseo puede resultar esencial para ella.”³²⁹

Es precisamente por esta razón que, según Sandel, la coherencia que guardan los fines con los que está dotada toda persona, se debe a que han sido proporcionados por la propia comunidad en la que cada uno está involucrado, pero tales fines tienen que encontrarse dentro de un sistema de deseos que persiguen el bien común, los cuales deben distinguirse cualitativamente unos de otros para determinar los valores que constituyan su identidad social; por ello, Michael Sandel señala que:

“Un sistema de deseos es un orden jerárquico de deseos distinguibles cualitativamente... no hay razón para suponer que un “sistema de deseos” en este sentido corresponda en todos los casos a una persona empíricamente individualizada. Las comunidades de tipos distintos contarían como “sistemas de deseos” distintos en este sentido, en tanto fueran identificables en parte por un orden o estructura de valores

³²⁹ Sandel, Michael J., *op. cit.*, p. 204.

compartidos parcialmente constitutivo de una identidad o forma de vida común.”³³⁰

Ese bien común, más que adaptarse a las preferencias individuales, es aquello que proporciona el criterio para evaluar dichas preferencias, por ello, se afirma que es la forma de vida de la propia comunidad la que constituye la base para una valoración social de las concepciones de lo bueno y, como consecuencia, la importancia que se concede a las preferencias de un individuo, dependerá del grado en que dicha persona se adecúe o contribuya al bien común.

De este modo, la prosecución social de los fines compartidos que define el modo de vida de la comunidad prima sobre la pretensión de los individuos acerca de los recursos y las libertades necesarias para alcanzar sus propias concepciones sobre lo bueno.

Por su parte, Charles Taylor señala a lo largo de su libro la ética de la autenticidad, que se le debe otorgar a la comunidad el papel que le corresponde en tanto es fundamental para el desarrollo de la autenticidad de todo individuo, entendida ésta como un ideal moral que incluye referencias del individuo hacia su exterior, en clara contraposición al ideal *liberalista* de la autosuficiencia individualista, misma que para el autor en comento presenta una clara inconsistencia epistémica.

Así, Taylor señala que “independientemente de mi voluntad, existe algo noble, valeroso y por tanto significativo en la configuración de mi propia vida... y, a menos que ciertas opciones tengan más significado que otras, la idea misma de autoelección cae en la trivialidad... de modo que el ideal de la autoelección supone que hay otras cuestiones significativas más allá de la elección de uno mismo”.³³¹

Para Taylor, es evidente que toda teoría moral o política debe descansar en una visión del bien y, por consiguiente, rechazar toda postura que niega su

³³⁰ *Ibidem*, p. 208.

³³¹ Taylor, Charles, *La ética de la autenticidad*, op. cit., pp. 74 y 75.

apelación por una teoría sustantiva del bien, de esta forma, subraya la importancia de buscar nuestra identidad en el diálogo colectivo del foro público, toda vez que nuestras elecciones más importantes, nuestros juicios morales y, en definitiva, nuestra propia identidad, se moldea y constituye dialógicamente, es decir, a través de las relaciones que establecemos con el resto de los miembros de nuestra comunidad.

Este dialogo es necesario ya que en la medida en que no podamos someter nuestra identidad cultural al diálogo colectivo, corremos el riesgo de no ser reconocidos o de ser reconocidos de manera prejuiciada, lo que tendría como consecuencia que se cause daño, opresión y aprisionar a una persona en una identidad falsa y reducida.³³²

Por ello, Taylor critica a Rawls la primacía que le da a las teorías de la justicia sobre las teorías del bien, toda vez que hace de las primeras una cuestión de mero procedimiento, de ahí que considere el pensamiento *rawlsiano* como liberalismo procedimental, mismo que considera es incoherente cuando se trata de cuestiones morales, pues los principios de racionalidad siempre están ligados con la invocación de valores o de *hiperbienes* como son conceptualizados por Taylor.

Es por lo anterior, que el filósofo canadiense plantea una sociedad democrática donde valores universales y culturalmente particulares sean reconocidos simultáneamente, como integradoras de la identidad de los ciudadanos; de esta forma, opta por la incorporación de los principios culturales a las discusiones públicas que habrán de definir los principios de justicia que han de regir la sociedad, mismos que no pueden ser anteriores a las concepciones culturales de la buena vida ni ignorar la identidad cultural de sus ciudadanos, ya que “en una sociedad donde no existen fuertes lazos de solidaridad entre sus miembros, la insistencia obstinada en la aplicación de ciertas reglas de justicia puede resultar

³³² Al respeto, Taylor pone como ejemplos el caso de las mujeres y de los pobladores originales del nuevo mundo, véase Taylor, Charles, *Multiculturalism*, ed. Gutmann, Amy, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1994, pp. 25 y 26.

no sólo una tarea inútil, sino también una tarea contraproducente en relación con los lazos sociales aún vigentes”.³³³

De esta forma, el autor referido pone como ejemplo dos conceptos que son claves para él dentro del planteamiento de su postura, que son la solidaridad y el patriotismo. El primero refiere a los vínculos creados, promovidos y desarrollados que se tienen con los demás miembros de la sociedad, los cuales están basados en un sentido de destino compartido, es decir, que todos se visualizan en la búsqueda y concreción de un mismo fin en común, donde es la propia actividad de compartir lo valioso, en otras palabras, que la valía en si misma de esta actividad es lo que concede a dicho vínculo su especial relevancia, situación que convierte particularmente en vinculante tanto a los lazos con los demás como al proyecto comunitario en general.³³⁴

Y es precisamente esa solidaridad lo que anima, lo que da lugar a, lo que permite la consolidación del patriotismo, que es una identificación común con una sociedad histórica fundada en determinados valores, en la cual se deben encomiar sus instituciones en tanto que comprenden una libertad significativa, una libertad que salvaguarda la dignidad de los ciudadanos.³³⁵

Tal situación implica inconcusamente algo más que principios morales convergentes, pues según Taylor, se trata de una lealtad común a una comunidad histórica en particular; así, se debe apreciar y sostener como un objetivo en común, “el cual va más allá que un simple consenso en la regla del derecho. Dicho de otro modo, el patriotismo implica más allá de valores convergentes, un amor de lo particular”.³³⁶

³³³ Taylor, Charles, “Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate”, *Philosophical Arguments*, vol. 3, Cambridge, Harvard University Press, 1995, pp. 184 y 185.

³³⁴ Cfr. Taylor, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, op. cit., p. 252.

³³⁵ *Ibidem*, p. 262.

³³⁶ *Ibidem*, p. 260.

Finalmente, Taylor establecerá que es innegable el hecho de que la gente perciba que su identidad está en parte definida por ciertos compromisos morales, o bien, que puedan definirla en parte por la comunidad o la tradición a la que pertenecen, pero lo que se sostiene con eso no es únicamente que están fuertemente ligados a ese trasfondo mencionado, sino que es esta cuestión la que proporciona el marco dentro del cual se determina toda postura acerca de lo que es el bien, o lo que es digno de consideración, o lo admirable, o lo valioso.³³⁷

A su vez, Michael Walzer considera que los principios de justicia que han de regir a una comunidad no pueden formularse sin tomar en cuenta las diferentes concepciones del bien que se presenta en una comunidad determinada; partiendo de este supuesto, señala que los principios de justicia no pueden ser anteriores a la comunidad, ya que es en ella donde precisamente reconocemos su importancia social y los ordenamos de acuerdo con las prioridades particulares de la comunidad; por ello, establece que las nociones de justicia surgen dentro de una comunidad, una tradición y un conjunto particular de circunstancias, de una concepción de cómo se relacionan los seres humanos unos con otros y de cómo usan las cosas que hacen para configurar sus relaciones.³³⁸

Por ello, Walzer critica del liberalismo *rawlsiano* los aspectos sobre los cuales se maneja su teoría de la justicia, en donde los criterios que se proponen sirven para todo tipo de bienes, situación que no es compartida por dicho filósofo, pues considera que dependiendo del valor que se le otorgue a determinado tipo de bienes sociales es que corresponderá un propio criterio de distribución, escenario que varía de unos bienes a otros y de unas sociedades a otras; por esta razón habla de esferas de la justicia, pues son ámbitos donde determinados principios de justicia son válidos sólo para determinados bienes y en determinadas sociedades.

Aunado a lo anterior, el pensador *comunitarista* en comento defiende una noción compleja de igualdad mediante un planteamiento radicalmente particularista

³³⁷ Cfr. Taylor, Charles, Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna, trad. de Ana Lizón, España, Paidós, 1996, p. 43.

³³⁸ Cfr. Walzer, Michael, *op. cit.*, p. 12.

(como él mismo la define), el cual consiste en que cada bien debe distribuirse de acuerdo con el propio significado que se tenga de éste y no con la simple idea de igualdad, es decir, en lugar de partir de la idea de una mejor distribución de algún bien determinado, se debe considerar la semiótica del bien en sí mismo, pues es en el momento en que reconocemos el distinto significado que tienen bienes diferentes dentro de nuestro entorno, llegamos a entender cómo hemos de distribuir tales bienes, quienes deben hacer y por qué razones.

Walzer enfrenta así la tendencia a reducir la variedad de bienes sociales a un proceso distributivo uniforme, lo que resalta con su crítica es exponer que se debe considerar que cada uno de los bienes propios de cada esfera, tiene su significado social y con él sus criterios propios de distribución.

Esos criterios, según Walzer, deben ser diversos, en procedimientos, razones e intermediarios, toda vez que varían según la esfera en la que se encuentren, pues de encontrar un sistema en donde dominan genéricamente las formas de distribución de los bienes de unas y otras esferas, proporcionaría ventajas materiales sin demostrar el valor personal, por eso es que para el autor en mención, es necesario que ningún bien pueda servir de medio de dominación, lo que se podrá conseguir si se evita la concentración de cualquier forma de poder en unas cuantas manos.

Por esto Walzer no confía en un planteamiento político de simple igualdad, de igualitarismo, donde la justicia es considerada en términos de simple distribución igualitaria de bienes. Tal planteamiento exigiría la supremacía del poder estatal, que se vería compensando por la protección de privilegios privados de igual fuerza entre los monopolios emergentes de otros bienes dominantes. Así pues, defiende una igualdad compleja, propia de las sociedades democráticas actuales, que llevaría a un nuevo concepto de socialismo democrático descentralizado.

Según Walzer, la naturaleza de una necesidad no es evidente por sí misma, pues cada comunidad va a definir sus prioridades de acuerdo con su cultura, su religión y sus doctrinas particulares. En este sentido, Walzer coincide con Sandel

en reconocer que no es posible lograr un consenso político entre los representantes de la sociedad basándose únicamente en la homogeneidad de la cultura política o la razonabilidad intrínseca de los seres humanos, ya que todo consenso debe observar las diferencias morales, religiosas, filosóficas y culturales de los miembros de la sociedad y reconocer que diferentes comunidades poseerán diferentes culturas políticas y diferentes parámetros de razonabilidad a la hora de establecer principios para la distribución de los distintos bienes.³³⁹

Esta cuestión se enfatiza cuando sostiene que nunca ha existido una comunidad política que no cumpliera, intentara cumplir o afirmara cumplir, las necesidades de sus miembros tal y como éstos entienden esas necesidades, en el orden de prioridades socialmente reconocidas, mismo que ha de variar entre una comunidad y otra,³⁴⁰ toda vez que:

“En un mundo de culturas particulares, de concepciones en competencia acerca del bien, de recursos escasos, de necesidades escurridizas y expansivas, no habrá una fórmula única de aplicación universal. No habrá un camino único, universalmente aprobado, que nos conduzca desde una noción como, por ejemplo, el “reparto justo”, hasta una lista exhaustiva de los bienes a los cuales tal noción se aplica.”³⁴¹

Por último, es importante puntualizar que el filósofo estadounidense en referencia, otorga un peso mucho mayor a los valores de la comunidad, considerándolos como esenciales y anteriores a cualquier acuerdo político; no propone tomar en cuenta los valores morales, religiosos, filosóficos y culturales, en forma conjunta con la razonabilidad y la cultura política (tal y como pueden ser interpretadas la posturas de Sandel y Taylor), es decir, no trata de sumar nuevos principios universales a considerar, sino que niega su existencia, al considerar que

³³⁹ Cfr. Walzer, Michael, *op. cit.*, p. 76.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 89.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 90.

todos los derechos parten del reconocimiento y ordenamiento social y particular de las respectivas comunidades.

Respecto a esta clase de diferencia de defensa en contra del liberalismo, MacIntyre es quizá el crítico más severo de Rawls, toda vez que acusa a éste de encontrarse inexorablemente abocado a una incoherencia sobre la moral que terminará por concebir a todo individuo como *emotivista*, es decir, como alguien que valora sus acciones solamente por los sentimientos que le producen en cada momento, concepción que no es explícita en el liberalismo *rawlsiano*, sino que se desprende de las premisas con las que parte el *liberalista* estadounidense.

De esta forma, atribuye a Rawls un punto de partida erróneo para la concepción moral, pues éste basa dicha concepción en personajes, los cuales son objeto de consideración para los miembros de la cultura en general o para una fracción considerable de la misma; son los personajes los que proporcionan un ideal cultural y moral, legitimando de esta forma la propia existencia de la moral.³⁴²

Sin embargo, apunta MacIntyre, esto no quiere decir que las creencias morales expresadas e incorporadas en los personajes de una determinada cultura en particular conformen y afiancen el consenso universal dentro de esa cultura; por el contrario, dicha concepción no es adecuada a la propia naturaleza humana de la persona y de la moralidad de los actos humanos y, si falla la concepción de persona, entonces el liberalismo incurre también en individualismo asocial y subjetivismo moral.³⁴³

Como puede observarse, MacIntyre parte de que toda la tradición liberal está basada en unos presupuestos filosóficos que, al hacerla incapaz de formular una explicación adecuada de la acción humana, conducen a la incoherencia moral y a un individualismo político ajeno al bien común. Consecuentemente, afirmará Alasdair, se presenta una paradoja en el liberalismo, ya que, como tradición de

³⁴² Cfr. MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, op. cit., p. 48.

³⁴³ *Ibidem*, p. 49.

investigación moral, trata de dar fundamento a las acciones humanas, sin conseguirlo; y, como tradición social, aparenta un alejamiento con los conceptos morales que configuran las acciones, pero de hecho lo hace tan desproporcionado que la teoría misma es incapaz de sostenerse por sí misma.

Así, el filósofo escocés concibe al pensamiento liberal como una enmienda a la totalidad, e incluso critica al propio comunitarismo de no hacer más que señalar los límites de esa ideología. Por ello, propone un regreso a los orígenes de la naturaleza humana a partir de sus virtudes y, para sostener esta idea, se basa en el aristotelismo, pues considera que éste, filosóficamente hablando, “es el más potente de los modos premodernos de pensamiento moral. Si contra la modernidad hay que vindicar una visión premoderna de la ética y la política, habrá de hacerse en términos cercanos al aristotelismo o no se hará”.³⁴⁴

Aquí, el pensador aristotélico en referencia aprovecha para combatir la tesis de la racionalidad instrumental propuesta por Rawls, pues indica que no es la razón en sí ni por sí misma el medio por el cual se incrementa el potencial del hombre; pues cada actividad, cada investigación, cada práctica en sí misma apunta a algo bueno, entendiéndose por el bien o lo bueno aquello a lo que el ser humano característicamente tiene.

De esta forma, los seres humanos, afirma, tienen una naturaleza específica, misma que tiene ciertos propósitos y fines a través de los cuales tienden hacia un *telos* específico que no se puede llegar por vía de la razón, ya que el bien se define en términos de sus características específicas.³⁴⁵

Cabe resaltar que al traer a la discusión los valores, a pesar de lo que se pueda interpretar al respecto, MacIntyre no cae en su propia crítica al liberalismo por considerar dicho pensamiento individualista y subjetivista, pues entiende que

³⁴⁴ MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud, op. cit.*, p. 152.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 187.

las virtudes encuentran su lugar no en la vida del individuo, sino en la propia vida de la sociedad, siendo así el individuo únicamente inteligible como *politikon zoon*.³⁴⁶

Entonces, para el pensador escocés, tales virtudes sólo podrían desarrollarse a través de la participación de los sujetos en ciertas prácticas propias de su comunidad; derivado de esto, afirma que la realización de todo bien humano presupone un amplio margen de acuerdo con esa comunidad acerca de los bienes y de las virtudes que los han de regir, siendo precisamente ese acuerdo el que hace posible la clase de vínculo entre los ciudadanos que constituye una polis.

El referido vínculo al que alude MacIntyre es el vínculo de la amistad, amistad que es en sí misma una virtud, toda vez que conlleva una idea común del bien y su persecución. Este compartir es, declara, esencial y primario para la constitución de cualquier forma de comunidad, ya sea que se trate de una estirpe o de una gran ciudad.³⁴⁷ En palabras del propio escocés:

“Amistad es lo que todas [las personas] comparten en el proyecto común de crear y sostener la vida de la ciudad, acuerdo incorporado en el círculo inmediato de amistades de cada individuo en particular. Esta noción es ajena al moderno mundo liberal e individualista. No tenemos ningún concepto de esa forma de comunidad interesada, como dice Aristóteles, estar interesada la polis, por la vida como un todo, no por este o aquél bien, sino por el bien del hombre en tanto que tal.”³⁴⁸

Por último, cabe destacar que Alasdair MacIntyre no entiende a las virtudes como inmutables e inherentes universalmente a toda sociedad, sino que es precisamente en el devenir social que se tendrá que interpretar y reinterpretar el contenido de las mismas de conformidad con las propiedades novedosas que la misma comunidad va adquiriendo; de esta forma, “una interpretación de las virtudes

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 190.

³⁴⁷ Cfr. MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, op. cit., p. 196.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 197.

en tanto que parte esencial de la interpretación de la vida moral de una comunidad nunca puede por sí misma quedar cerrada y completa”.³⁴⁹

Procederemos de inmediato, a dilucidar un punto clave en los criterios de defensa sostenidos por los comunitaristas, y es lo relativo a la función estatal, pues mientras éstos entienden que el Estado debe procurar en todo momento la promoción de la buena vida, del bien común, el liberalismo enfatiza un actuar neutral del Estado en pro de maximizar las libertades individuales.

A continuación, pasaremos a analizar puntualmente las características que se han presentado respecto a esta crítica de defensa, con la finalidad de evidenciar la dicotomía conductual a desarrollar por parte del Estado respecto a la problemática acentuada por *liberalistas* y comunitaristas.

3.4.2 La neutralidad del Estado

Previo a establecer las críticas a este criterio de defensa, es importante establecer que se entiende por neutralidad del Estado en el pensamiento liberal. Al respecto, Rawls ha señalado que uno de los postulados básicos del liberalismo es que una sociedad debe ser neutral en cuestiones que atañen a lo que constituye la vida buena, entendiendo a ésta como aquello que cada individuo busca a su manera, por lo que es indubitable que un Gobierno faltaría a la imparcialidad y, por tanto, al respeto equitativo a los ciudadanos, si tomara parte sobre esta cuestión.³⁵⁰

En otras palabras, la neutralidad propuesta por Rawls implica que todo Estado no justifique sus acciones por la superioridad o inferioridad intrínseca de diversas concepciones de una buena vida, motivo por el cual no debería intentar deliberadamente influir en los juicios de las personas respecto del valor de diferentes concepciones individuales.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 192.

³⁵⁰ *Cfr.* Rawls, John, *Teoría de la justicia*, *op. cit.*, p. 201-206.

. Así las cosas, filósofos críticos de este pensamiento, como el propio Charles Taylor, sostienen que dicha postura tiene como resultado relegar las discusiones sobre la vida buena a los márgenes del discurso político dado que parten del equívoco de considerar que la buena vida descansa en la propia individualidad del sujeto,³⁵¹ pero una teoría de la justicia remite a una doctrina más global, la cual está obligada a rebasar los límites de lo político.

Por ello, el autor canadiense opta por defender la posibilidad de que el Estado tome una posición esencialmente activista, comprometiéndose con ciertos planes de vida o, al menos, con una cierta organización de la vida pública orientada hacia el bien; es decir, que el Estado debe promover ciertas conductas de los ciudadanos justamente porque existen maneras de vivir que son más valiosas que otras, mismas que deben ser protegidas y fomentadas.

Así, la actividad estatal propuesta por este autor de corte *comunitarista*, consiste en alentar a las personas para adoptar concepciones de lo bueno que se adecuen a la forma de vida de la propia comunidad y, al mismo tiempo, desalentar las concepciones de lo bueno que entran en conflicto con la primera respecto de un periodo de tiempo determinado. Se considera, entonces, que el Estado abstracto propuesto por el comunitarismo es un Estado perfeccionista, puesto que conlleva una valoración social del valor de formas de vida distintas según su conformidad con las prácticas existentes en una determinada comunidad.

Dicha posibilidad se justifica en el hecho de que el valor de vivir la vida de cierta manera no está determinado por el simple hecho de que sea uno mismo, en su subjetividad, el que la escoja, sino que existen criterios exógenos a las personas que determinan dicho valor y, en consecuencia, hay formas de vida que son más valiosas que otras, atacando de esta manera el relativismo moral que caracteriza a la teoría *liberalista*.

³⁵¹ Cfr. Taylor, Charles, *La ética de la autenticidad*, op. cit., p. 53.

Esta propuesta es concebida por Charles Taylor desde la autenticidad, como aquella faceta del individualismo moderno que constituye un rasgo de todas las formas del individualismo, pero que no sólo acentúa la libertad del individuo, sino que propone, a su vez, modelos de sociedad. Estos modelos basados en una noción fuerte de bien común deberán respaldar, en opinión del filósofo canadiense, por este mismo hecho, las vidas de algunas personas por encima de otras y negar, en consecuencia, el reconocimiento en plano de igualdad.³⁵²

Por ello, la mínima realidad humana autosuficiente es el Estado ya que éste expresa la idea, la estructura ontológica necesaria de las cosas y, al pertenecer los sujetos a una realidad más amplia que los supera, la moral solo alcanza su plenitud en una comunidad. De esta forma, se observa que el Estado posee una importancia trascendental porque es la forma esencial a través de la cual el ser humano recupera su lugar inevitable en dicha estructura, retornando a la identidad consciente entre el ser humano y lo Absoluto.³⁵³

Otros pensadores comunitaristas, como lo es Michael Sandel, denuncian que en la teoría política liberal no se da realmente la denominada neutralidad entre las diversas concepciones de bien. Para el autor en mención, el compromiso con la imparcialidad, desarrollado en el ámbito político, se basa precisamente en la falta de neutralidad, en el ámbito antropológico, a la hora de describir la naturaleza de la personalidad humana, en otras palabras, la neutralidad del Estado es antropológicamente imposible dado que éste ayuda a los individuos a identificarse sólo con ciertas formas de vida comunes, pero para que una sociedad constituya una comunidad en un sentido fuerte, ésta debe ser constitutiva de la *autocomprensión* compartida de los participantes, y estar incorporada en sus acuerdos institucionales, para no ser simplemente un atributo de los planes de vida de unos cuantos participantes.³⁵⁴

³⁵² Cfr. Taylor, Charles, *La ética de la autenticidad*, op. cit., p. 85.

³⁵³ Cfr. Taylor, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, op. cit., pp. 165-184.

³⁵⁴ Cfr. Sandel, Michael J., op. cit., p. 216.

De esta forma, el comunitarismo exige la intervención del Estado en la regulación de la vida de la comunidad; dicho compromiso estatal puede comprender, entre otros aspectos, la promoción de un ambiente altamente cultural, la guarda de determinadas prácticas de la comunidad, la creación de foros para la discusión colectiva, la provisión de información de interés público y demás condiciones que permitan al Estado promover ciertos planes de vida sustantivos.³⁵⁵

Como se desprende de lo anteriormente señalado, los comunitaristas se oponen a la creencia liberal que consiste en considerar que la intervención del Estado en el mercado sociocultural para alentar o desalentar un modo de vida particular implicaría poner límites a la autodeterminación de las personas en agravio a la propia autonomía natural del ser humano.

Sin embargo, apoyar modos de vida valiosos es una cuestión estrictamente social más que individual, ya que los ideales perfeccionistas precisan de una actuación pública para su viabilidad, negar esta condición en la práctica, no sólo conduciría a menguar el apoyo político a concepciones del bien valiosas, sino más grave aún, limitaría las posibilidades de supervivencia de muchos aspectos valorados de nuestro estadio cultural, situación que ha evidenciado que la propia neutralidad estatal propuesta por el liberalismo resulta entonces contraproducente para el propio desarrollo del ser.

Otra crítica de defensa expuesta por el comunitarismo, en íntima vinculación con la anteriormente expuesta, es la relacionada con la propia concepción contractual del Estado que sostienen los liberales, punto importante a considerar para armonizar la detracción realizada en relación con la máxima expresión de la dependencia inter-personal, a saber, el Estado; esto con la intención de clarificar los distintos enfoques a partir de los cuales se ha sostenido el debate sobre este punto y que, justifican al mismo tiempo, las posturas tomadas por los autores en referencia.

³⁵⁵ Cfr. Gargarella, Roberto, *op. cit.*, p. 128.

3.4.3 Concepción contractualista del origen del Estado

En íntima relación con el último punto desarrollado, es que se critica la concepción *contractualista* del Estado propuesta así por los pensadores liberales. El comunitarismo critica precisamente del pensamiento *rawlsiano* la idea acerca de que los fines de las personas se establecen de manera independiente o con anterioridad a la sociedad, misma que es considerada como el resultado de una negociación entre individuos cuyos fines se encuentran previamente determinados.

En concordancia con lo anterior, Michael Walzer, considera que el contrato social visto desde la óptica liberal, refiere a una racionalidad respecto a la vida cotidiana; de esta forma, supone que llegamos, firmamos el contrato social, ratificamos la firma a fin de velar por nuestras propias necesidades y valoramos el contrato en la medida en que dichas necesidades nos son satisfechas, en otras palabras, se entiende que el contrato social es un simple acuerdo para llegar con otros individuos a decisiones sobre los bienes que se consideran necesarios para nuestra vida común para, posteriormente, proveernos unos a otros de esos bienes.

Sin embargo, el pensador *comunitarista* señala que esta forma de concebir al Estado, a la sociedad como un todo, excluye una de nuestras más significativas necesidades que es la comunidad en sí misma, es decir, la cultura, la religión y la política. Entiende que sólo bajo la protección de estas tres cuestiones, cualquier otra cosa requerida por nosotros se convierte en una necesidad socialmente reconocida, adquiriendo así una forma histórica y determinada, ya que “los firmantes se deben entre sí más que la mutua asistencia, pues ésta la deben o pueden deberla a cualquiera. Se deben la previsión mutua de todas aquellas cosas en virtud de las cuales se han separado del resto de la humanidad, considerada como un todo, y han unido sus fuerzas en una comunidad particular”.³⁵⁶

Como consecuencia, para Walzer no hay necesidades o principios de justicia socialmente reconocidos anteriores a la comunidad, sino que es la propia noción de

³⁵⁶ Walzer, Michael, *op. cit.*, p. 75.

pertenencia a una comunidad con una moral, religión y cultura particular lo que representa el punto de partida para la valoración de la sociedad en la cual vivimos.

Tal característica es primordial para entender el papel del Estado para este *comunitarista*, ya que, en caso de no existir un Estado que promueva la reunión, la evaluación y el alcance del bien común, entonces se tendría como consecuencia que todos los individuos se vieran empujados a una serie de situaciones que derivarían necesariamente, o ya sea de la carencia de normas sociales, o bien, de la degradación de éstas.

A su vez, Michael Sandel entra al debate considerando que el contrato original propuesto por los liberales no se trata de un contrato real, sino de uno hipotético, cuya validez no depende de los términos bajo los cuales se haya acordado realmente, sino del supuesto de haberse acordado bajo las condiciones hipotéticas requeridas entre una clase de seres que incluso no existieron, pues la idea liberal entiende que estos seres precontractuales se encontraban afectados por la amnesia producida por el velo de la ignorancia, es decir, que dichos seres parieron de la nada absoluta para escoger los principios que se asignarán a los derechos y deberes básicos, así como para determinar la división de los beneficios sociales.

Como consecuencia, dice Sandel, la teoría de Rawls es doblemente hipotética, ya que imagina un hecho que nunca se realizó realmente con respecto a una clase de seres que nunca existieron en realidad y, dado que el contrato social se vuelve de esta forma hipotético, el acuerdo original ya no es un contrato jurídico, sino sólo un contrato que podría haber sido jurídico pero que nunca lo fue.³⁵⁷

Por ello, el filósofo *comunitarista* sostiene, en contraposición a la noción *contractualista* del Estado propuesto así por Rawls, que lejos de requerir la comunión entre individuos para acordar los términos de los valores de justicia que seguirán, se requiere de la conglomeración social para que toda persona pueda

³⁵⁷ Cfr. Sandel, Michael J., *op. cit.*, p. 137.

descubrir, mediante la interacción con sus iguales, su propia conciencia; éste es “el secreto de la posición original [que] no reside en lo que se hace en ella sino en lo que se aprehende. Lo que importa no es lo que se elige sino lo que se percibe, no lo que se decide sino lo que se descubre. Lo que sucede en la posición original no es después de todo un contrato, sino la conquista de la autoconciencia de un ser inter-subjetivo”.³⁵⁸

Así, Sandel elabora la mejor crítica respecto a la concepción *contractualista* del Estado desde las dos postulas filosóficas en desarrollo, la *liberalista* y la *comunitarista*, pues mientras para la primera el Estado se crea por un acuerdo entre seres individuales con la intención de negociar todas las pautas a seguir durante su vida en común, en respeto permanente a su autonomía y siempre en favor de facilitar los medios necesarios (tanto materiales como humanos) para la consecución de sus propios deseos; la segunda parte de la necesidad del Estado como medio indispensable para la toma de consciencia y para la identificación de su propia identidad, así como de los valores, creencias, vidas y demás factores indisociables de una comunidad que componen y determinan el propio significado del ser respecto a su indubitable vinculación con su comunidad.

Finalmente, procederemos a desarrollar una última crítica de defensa expuesta en el debate en estudio, y es la relacionada con la universalidad de los llamados derechos humanos, los cuales se desprenden como forma de proteger y garantizar ese respeto por la autonomía individual propuesta por el liberalismo, situación que, a la fecha, sigue siendo objeto de controversia entre los distintos filósofos políticos estudiosos del debate.

3.4.4 Universalidad de los derechos humanos

En cuanto a este último punto a estudiar, los comunitaristas critican de los liberales la concepción que tienen de los derechos humanos en tanto tal, es decir, como derechos naturales al hombre en tanto expresión de respeto hacia su

³⁵⁸ *Ibidem*, pp. 168.

individualidad. Al respecto, podemos hacer una distinción entre los propios argumentos propuestos por los críticos al pensamiento liberal, clasificándolas así como crítica suave y crítica fuerte a los derechos humanos.³⁵⁹

El expositor de la crítica suave es Charles Taylor, quien señala que el gran modelo de sociedad propuesto por el individualismo liberal descansa en un modo de existencia social basado en la concepción de derechos universales, es decir, de aquéllos imperativos con los cuales todo el mundo debería tener el derecho y la capacidad de ser uno mismo.³⁶⁰

No obstante lo anterior, afirma el filósofo canadiense, esta concepción social busca únicamente la *autorealización* del individuo, ya que al potenciar o sobreponer la individualidad del sujeto racional frente a la sociedad de la cual es miembro, se aparta completamente de un verdadero sentido de correspondencia comunitaria (que descansa en lo correcto, lo bueno), convirtiendo así un concepto de justicia en una cuestión estrictamente procedimental, dado que el límite de la *autorealización* de cualquier persona se encuentra en la salvaguardia de iguales oportunidades para los demás individuos en esta consecución de la realización.³⁶¹

Es decir, que los derechos humanos, en tanto medio de garantizar la realización individual, tienen como consecuencia directa la ruptura eminente entre los valores, las costumbres, el bien común, e inclusive de lo correcto, que se erige dentro de una sociedad en específico, pasando todo esto a un segundo plano, los cuales se encuentran supeditados a la observancia obligatoria del respeto individual, situación que, como se puede observar, no sólo perjudica la vida social en común, sino que, más grave aún, la puede poner en peligro al llevarla a un punto de inflexión donde la protección extrema de la individualidad caería en el absurdo de respetar conductas contradictorias entre sí.

³⁵⁹ Clasificación que se propone para efectos de identificación y desarrollo de la exposición del problema entre los propios comunitaristas.

³⁶⁰ Cfr. Taylor, Charles, *La ética de la autenticidad*, op. cit., p. 78.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 79.

Por otra parte, el expositor de lo que hemos denominado crítica fuerte de los derechos humanos es Alasdair MacIntyre, para quien los mencionados derechos no tienen lugar en su concepción rigurosamente *comunitarista*. En este sentido, el filósofo escocés comienza por delimitar lo que se entiende por derechos humanos, exponiendo que son aquellos derechos que se dicen pertenecientes al hombre como tal y que se mencionan como razón para pretender que las demás personas no interfieran con ellos en su búsqueda de la vida, la libertad y la felicidad.

Siguiendo este orden de ideas, MacIntyre continua expresando que en un principio, durante el siglo XVIII, dichos derechos fueron característicamente concebidos de modo negativo, es decir, como derechos en los que no se debe interferir, pero que en el transcurso del mismo siglo, el discurso individualista fue generando una concepción positiva que implicaba no tan sólo un no interferir con esa autonomía, sino también un quehacer por parte de los demás, haciendo entonces que el término derechos humanos sea un constructo demasiado corriente en el discurso político.

A pesar de ello (continúa MacIntyre), se ha logrado sobreentender que los derechos humanos atañen por igual a cualquier individuo, independientemente de cual sea su sexo, raza y religión, su poco o mucho talento, proveyendo así de fundamento a una multitud de opciones morales concretas. Sin embargo, MacIntyre es muy claro al decir que esta concepción de derechos es un ilusorio insustentable pues “la verdad es sencilla: no existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios”.³⁶²

Alasdair MacIntyre sustenta esta postura al observar que todos los intentos de dar buenas razones para creer que tales derechos existen han fracasado, pues a pesar de existir autores como Ronald Dworkin que afirman que a pesar de existir declaraciones que no pueden ser demostradas, esto no implica necesariamente que

³⁶² MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, op. cit., p. 95.

no sean verdaderas; el escocés afirma que tampoco hay razones para creer lo contrario.³⁶³

De ahí que se siga en su pensamiento que los derechos humanos o naturales son únicamente ficciones *liberalistas*, pero unas ficciones con propiedades muy concretas, por lo que para identificarlas es importante dar cuenta del concepto de utilidad, es decir, de la otra ficción que emerge del intento del siglo XVIII para reconstruir la moral, que dicho sea de paso, tampoco tiene una concepción definida universalmente.³⁶⁴

Como puede observarse, la concepción universal de los derechos humanos para los comunitaristas representa la forma mediante la cual la individualidad enaltecida por el liberalismo es protegida, pero no para reconocer en el otro, en los demás, una relación que se base en valores compartidos en la consecución del bien común, sino que es la máxima bajo la cual se sustenta la posibilidad de *autorealización* personal, independientemente de que con su ejercicio conlleve a su vez un bien social, puesto que los derechos humanos únicamente se restringen al sujeto en tanto que tal.

Esta situación para MacIntyre, es la máxima expresión del problema liberal, ya que conlleva intrínsecamente, en la consolidación de los derechos humanos, la pérdida de valores sociales que son necesarios e innegables para el desarrollo y la identificación del propio ser, pues al optar por enajenarse respecto de la libertad propia de todo hombre, se limita la expresión y el potencial del mismo ser para sí como para su función dentro de una comunidad en concreto.

Por ello, se deduce que el derecho humano en tanto respeto y garantía de la libertad como posibilidad efectiva de ejercicio de la autonomía de todos para la

³⁶³ Al respecto, tanto Dworkin como MacIntyre parten de una falacia *ad ignorantium*, toda vez que el sustento de su argumento principal se encuentra no en la comprobación formal y directa de su postura, sino que, por el contrario, comprueban la validez de sus argumentos de manera informal e indirecta, pues establecen que al no existir elementos suficientes que estén en contra de su idea, ésta no puede ser cuestionada en el sentido expuesto, por lo que resulta válido concluir tanto que existen, como que no existen los derechos humanos, respectivamente.

³⁶⁴ Cfr. MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, op. cit., p. 96.

realización de planes de vida individuales o, dicho de otro modo, el derecho a las condiciones económicas y culturales necesarias para realizar la autonomía básica de cualquier persona es, para MacIntyre, contradictorio y perjudicial para el propio individuo que se encuentra inmerso en una determinada sociedad.

Con todo, para justificar materialmente los derechos de las personas, desde el punto de vista de la filosofía política del comunitarismo, se tienen como tesis principales:

- a. Los pensadores comunitaristas esperan, por lo general, que el marco político común cree las condiciones necesarias para que dentro de una comunidad en específico, se anime al individuo a asumir compromisos con valores colectivos, como son la reciprocidad, la confianza o la solidaridad, valores que no pueden ser disfrutados por los individuos con independencia de los demás, ya que son necesarios los vínculos fuertes dentro de sus miembros, quienes de esta forma compartirán una noción sobre el bien común y ciertos vínculos afectivos de estimación;
- b. Esta postura se encuentra en clara oposición a la idea de la neutralidad estatal, pues se considera que si el pueblo soberano no puede pronunciarse en el ámbito político sobre cuestiones morales y actuar en consecuencia;
- c. Se deduce que cualquier opción moral asumida por los ciudadanos es equivalente a otras.

En los siguientes capítulos analizaremos finalmente los alcances jurídicos y la composición lógico-formal de los derechos de las personas que surgen gracias a los postulados filosóficos-políticos del debate liberalismo versus comunitarismo estudiado en los dos capítulos inmediatos anteriores, así como las propuestas y conclusiones generales concretas que se tienen sobre todo el desarrollo de la presente tesis.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - El pensamiento *comunitarista* representa un modelo que, más que atacar al liberalismo para proponer una alternativa epistemológica, produce una serie de alternativas a considerar para perfeccionar la corriente liberal.

SEGUNDA. - Los *comunitaristas* defienden una teoría constitutiva de la comunidad política mediante la creación de lazos que ligan al individuo con su comunidad, los cuales no son exógenos, sino que forman parte de su propia identidad.

TERCERA. - Los pensadores comunitaristas esperan, por lo general, que el marco político común cree las condiciones necesarias para que, dentro de una comunidad en específico, se anime al individuo a asumir compromisos con valores colectivos, como son la reciprocidad, la confianza o la solidaridad.

CUARTA. - El comunitarismo resalta que nuestra identidad y nuestra concepción del bien tienen indiscutiblemente un origen social, ya que definimos nuestra identidad dentro de marcos u horizontes sociales, que nos orientan moralmente, actuando como referencia para nuestra determinación de lo bueno y lo valioso.

CAPÍTULO CUARTO

EL DEBATE LIBERALISMO-COMUNITARISMO COMO FUNDAMENTO MATERIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES

CAPÍTULO CUARTO

EL DEBATE LIBERALISMO-COMUNITARISMO COMO FUNDAMENTO MATERIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES

4.1 Introducción

Anteriormente señale que voy a considerar a ese conjunto de principios, derechos, libertades negativas y positivas, facultades, etc., que están reconocidos en el sistema jurídico concreto y que gozan de garantía tanto jurisdiccional como no-jurisdiccional, necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, y que, recogen los fundamentos individualista y comunitarista, como derechos humanos o fundamentales dependiendo del criterio de incorporación por el cual se hayan incluido en el catálogo de derechos y expectativas del sistema jurídico concreto.

Bajo esta óptica materialmente hablando el germen de tales derechos, libertades y facultades lo encuentro en dos grandes modelos: por un lado, todos aquellos de impronta liberal que previamente fueron establecidos en los distintos tratados internacionales universales y regionales de derechos humanos y, por el otro, los de raigambre comunitarista, esto es, en el seno de la participación y discusión que la ciudadanía tenga para integrar derechos.

Desde este punto de vista, la noción de neutralidad del Estado se afecta y adquiere dos dimensiones: por una parte, de neutralidad en el caso de los derechos de rastro liberal y, por la otra, de no neutralidad frente a los de origen comunitarista.

Es importante señalar que ambos al estar incorporados preferentemente a nivel constitucional deben de gozar de garantía tanto jurisdiccional como no-jurisdiccional.

Ahora bien, a partir del estudio realizado en el capítulos segundo y tercero del presente trabajo sobre el debate *liberalista-comunitarista*, es oportuno traer nuevamente a la discusión los postulados que se han elaborado, cuyo punto de partida epistemológico difiera ya sea en una visión individualista, esto es, que es el

propio individuo el centro y la justificación del orden social y, por consiguiente, del ordenamiento político, en el caso del liberalismo, o bajo una visión social, la cual no puede desvincularse de los hombres al constituir la base sobre la cual se conforma su identidad.

Lo anterior con la intención de distinguir la evolución de los derechos naturales o humanos en derechos fundamentales y ahora, con el presente capítulo, vincularlo en la relación entre el denominado constitucionalismo contemporáneo o *neoconstitucionalismo* y positivismo jurídico; y, examinar los elementos constitutivos del Estado constitucional de Derecho.

La pretensión del presente capítulo va en el sentido de establecer, con base en la conceptualización de derechos obtenida del mencionado debate, la posición de la Constitución y del catálogo de derechos y expectativas por ella reconocidos, teniendo como marco de filosofía del derecho al *neoconstitucionalismo*, misma que examino con especial énfasis en su vertiente de filosofía política en la parte en que se refiere al Estado constitucional de Derecho.

Muestro como el *neoconstitucionalismo* recoge, por una parte, la afirmación iusnaturalista de que los derechos de los individuos se apoyan en leyes naturales que se asientan en principios inmutables, derechos que no son otorgados ni por la Divinidad ni por el poder; y, por otra parte, la tesis del contrato social sostenida por los *liberalistas*, entendido como el pacto entre individuos, por el que, de forma tácita o expresa, determinan renunciar a los derechos naturales y constituir el estado civil. Concretando, para el *neoconstitucionalismo*, la justificación y legitimidad del Estado se obtiene a partir del reconocimiento y preservación de los derechos naturales o humanos, mismos que al constitucionalizarse se transforman en derechos fundamentales y actúan como límite del poder público.

Así, es en el Estado Constitucional de Derecho, que deriva del neoconstitucionalismo, como forma de organización política donde considero es posible aterrizar los criterios formales y materiales de incorporación de los derechos humanos y derechos fundamentales; es decir, en la figura del Estado Constitucional

de Derecho es la que me permite mostrar este proceso de construcción e incorporación de derechos. Por tanto, se examinan los presupuestos del constitucionalismo, neoconstitucionalismo, estado de derecho y, así, al Estado constitucional de derecho.

4.2 Constitucionalismo

Antes de señalar que entiendo por un Estado Constitucional de Derecho propio del llamado neoconstitucionalismo, me refiero a la noción de *constitucionalismo*. Hablar del constitucionalismo evoca múltiples sentidos, o sea no es en modo alguno unívoco y, por el contrario, podría decirse que, en cada autor, cada teoría jurídica, cada país, etc., tiene significaciones diferentes sobre la misma. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que los teóricos del derecho indaguen sobre la génesis, caracterización y consecuencias de una forma de entender el Derecho, y particularmente la Constitución.

Bajo la denominación de constitucionalismo, al menos en su fase inicial, se alude a un constitucionalismo de impronta liberal que surge como consecuencia de las revoluciones del siglo XVIII, el cual ve en los derechos humanos el límite y freno del poder político, manteniendo, por ende, una posición escéptica hacia la actuación de los poderes del Estado. En tales circunstancias, “la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de la limitación al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder.”³⁶⁵

Es oportuno destacar la muy importante influencia del racionalismo sobre el derecho y la filosofía política. Derivado de la crisis del pensamiento medieval a partir del surgimiento del denominado Humanismo y de la Reforma protestante, y en oposición a él, el racionalismo sustenta, entre otras posiciones, que sólo a partir de la razón el hombre, en actitud metódica, puede llegar a ideas estables.

³⁶⁵ Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, trad. A. Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1982, p. 150.

En materia jurídica para racionalista la ley natural es una ley general, abstracta, no escrita, universal o común a los hombres, válida en todo tiempo y sólo cognoscible por la razón. El conjunto de leyes naturales constituyen el Derecho natural racional,³⁶⁶ mismo que condiciona la obligatoriedad del derecho positivo a su conformidad con él.

En el campo de la filosofía política, las ideas racionalistas inspiran nuevos modelos de justificación, legitimación y fundamentación del poder político. Precisamente en esa búsqueda de justificación y legitimación del poder estatal la teoría del contrato social se erige como la teoría por antonomasia; así, los teóricos *contractualistas* justifican la creación del Estado como el paso de una posición inicial, hipotética o real, conocida como *estado de naturaleza* a una situación de pacto social. De esta forma la teoría *contractualista* o del pacto social enfatiza el consentimiento individual de los gobernados como el fundamento de justificación del poder estatal.

No obstante, las teorías *contractualistas* no fueron del todo homogéneas para Hobbes, por ejemplo, estado de naturaleza es una situación de desesperación, una situación de guerra, una situación de constante temor y peligro; por tanto, los hombres deben “*buscar la paz y seguirla.*”³⁶⁷ Uno de los efectos de querer superar el estado de guerra, derivado de la naturaleza del hombre, es el de despojarnos de la libertad de impedir a otro el beneficio de apropiarse a cierta cosa, en consecuencia, -afirma Hobbes- el motivo y fin por el que se establece la renuncia y transferencia de ese derecho no es otro sino la seguridad de la persona humana en su vida y, toda vez, que “*la mutua transferencia de derechos es lo que los hombres llaman contrato,*”³⁶⁸ entonces el Estado se funda en el contrato de una multitud de

³⁶⁶ “El derecho natural se desarrolló ahora sin ningún apoyo en la teología y en la revelación, únicamente sobre la base de la naturaleza humana.” Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2005, p. 303.

³⁶⁷ Hobbes, Thomas, *op. cit.*, p. 107.

³⁶⁸ *Íbidem*, p. 109.

personas y cuyo fin es el uso de la fuerza y medios “*para asegurar la paz y defensa común.*”³⁶⁹

Por el contrario, para Locke debemos diferenciar entre estado de naturaleza y estado de guerra. En un estado de naturaleza el hombre goza de plena libertad, es un estado “*de paz, buena voluntad, asistencia mutua y conservación,*”³⁷⁰ mientras que estado de guerra es “*un estado de enemistad, malicia, violencia y mutua destrucción.*”³⁷¹ Para este pensador un estado de naturaleza no deriva necesariamente en un estado de guerra debido a que éste último puede cesar con el recurso al uso de la fuerza; más bien lo que motivó al hombre a abandonar una condición de libertad es su deseo de unirse en sociedad con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus posesiones, todo lo cual el autor llama con el nombre genérico de propiedad.

Así, sostendrá que “el grande y principal fin que lleva a los hombres a unirse en Estados y a ponerse bajo un gobierno es la preservación de su propiedad, cosa que no podían hacer en un estado de naturaleza.”³⁷²

Basten dichos autores para decir que una teoría *contractualista* asume una concepción secular, individualista y artificial de las instituciones, la cual más que una explicación del origen histórico del poder público es una justificación racional del poder. En otras palabras, a partir de la teoría del contrato social:

“el poder político deja de ser una realidad natural, el fruto de los designios divinos o el resultado de pactos y compromisos que se pierden en la noche de los tiempos y que asignan a cada grupo su lugar y función en el seno de una comunidad orgánica, para convertirse en un artificio, en una obra de individuos aislados que, guiados por su propio interés,

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 141.

³⁷⁰ Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, trad., prólogo y notas de Carlos Mellizo, España, Alianza, 2001, p. 48.

³⁷¹ *Ídem*.

³⁷² *Ibidem*, p. 135.

deciden constituir el Estado con el propósito de obtener determinados fines u objetivos.”³⁷³

Racionalismo jurídico y político confluyen en que los derechos vitales del hombre son derechos naturales y, por ello, su garantía es condición de legitimidad, tanto de la creación artificial del estado como del pacto social por él asegurado. En esta dirección, la limitación del poder solamente cobra sentido a partir de la positivización de los deberes de los poderes públicos, es decir, “es con la estipulación constitucional de tales deberes públicos cuando los derechos naturales pasan a ser derechos positivos inviolables y cambia así la estructura del estado, a partir de ahora ya no absoluto sino limitado y condicionado.”³⁷⁴

Al contrario de la doctrina medieval y del absolutismo que consideran al derecho y al poder en sí mismos naturales, sin posibilidad de cuestionamiento humano, el racionalista encuentra en el contrato social, que surge del consentimiento individual, la naturaleza y legitimidad de las instituciones, pero además el poder político que surge está obligado a reconocer, respetar y garantizar los derechos naturales que se asumen como el fundamento y justificación del orden positivo. Justificación artificial que conlleva una dosis liberal de individualismo, toda vez que el individuo y sus derechos son puestos como el valor supremo frente a cualquier injerencia de las formas colectivas de organización social, llámese Estado o Iglesia, por ejemplo.

En otras palabras, por vez primera los individuos son considerados como poseedores de ciertos derechos naturales o inalienables y, consecuentemente, los individuos no deben sus derechos al gobierno o a la sociedad política; por el contrario, el gobierno tiene su origen en el deseo racional de los individuos de proteger sus derechos preexistentes o derechos humanos. Sin embargo, la manera

³⁷³ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, España, Trotta, 2003, pp. 35-36.

³⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Ruiz Miguel, España, Trotta, 2005, p. 860.

de proteger esos derechos por parte del poder estatal no fue la misma en los constitucionalismo norteamericano y francés.

Para el pensamiento norteamericano el pueblo, titular de la soberanía, es constituido en poder constituyente y funda su Constitución, misma que recoge tanto sus derechos, como las normas de organización política. Con esta idea los derechos realizan la función de límite a la actuación de los poderes constituidos o poder público, es decir, los derechos naturales condicionan al derecho positivo.

Esta manera de concebir los derechos naturales en la Constitución, es decir, como un catálogo de derechos originarios, independientes y protegidos tiene una función de límite y garantía frente al poder político. La idea de una ley superior a la ley del poder constituido tiene como principal destinatario al poder legislativo, mismo que perciben como el más peligroso de los tres poderes.³⁷⁵ Teniendo como antecedente la negativa del parlamento inglés a concederles representación, juzgan razonable limitar su desempeño y así evitar cualquier exceso, de manera tal que “la característica principal de las Declaraciones americanas es la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que pueda establecer el legislador.”³⁷⁶

Fue en el poder judicial en quien recayó la tarea de vigilar el control constitucional; bien como herramienta de protección de los derechos de los individuos, bien en función de equilibrio de pesos y contrapesos entre los poderes. En tales circunstancias, el control jurisdiccional de los derechos individuales los transforma en un patrimonio protegido “de todas las posibles amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente.”³⁷⁷

³⁷⁵ Es conocido el hecho de que las colonias no se sentían representadas en el parlamento inglés, situación que se agudiza cuando este aprueba la imposición de tributos. Al respecto, véase Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 43 y 44; y, Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad...*, op. cit., pp. 104 y 105.

³⁷⁶ Zagrebelsky, Gustavo, op. cit., p. 54.

³⁷⁷ *Ídem*.

Situación diversa se presenta en la Constitución que surge de la Francia revolucionaria. El pueblo se entiende no sólo como un poder soberano, origen y fundamento del poder constituyente, sino que, además, se le concibe como una fuerza soberana dinámica en permanente transformación donde la Constitución adquiere la fisonomía de un verdadero programa político.

Incluso los artículos tercero y sexto de la Declaración de derechos de 1789 propugnan por un programa político en el sentido de que sea el poder legislativo el encargado, a través de la ley como expresión de la voluntad general, de representar a la nación soberana y hacer realidad los principios que la revolución y la misma Declaración expresan. Por su parte, el artículo decimosexto que contenía el principio de separación de poderes se interpretó más como una fórmula opuesta al absolutismo o antiguo régimen que como una técnica de separación del poder público. Al depositarse en el poder legislativo la fuerza soberana del pueblo y asumir un papel privilegiado respecto de los otros poderes alcanza “una configuración que excedía de la dimensión perteneciente a un mero poder constituido.”³⁷⁸ Primacía legislativa que se recoge en similares términos en las Constituciones de 1791, 1793 y 1795.

Así, tenemos que mientras el constitucionalismo norteamericano separa a los poderes de manera tal que, existiendo equilibrio entre ellos, se encuentren subordinados a la supremacía constitucional, para el constitucionalismo francés la Constitución es “el programa de pueblo soberano, que ha de ser actuado por el legislador.”³⁷⁹ Pero, además, si el poder constituyente no tiene límites, entonces en lo sucesivo tampoco puede llegar a tenerlos, pues ello implicaría limitar la soberanía del pueblo, es decir, la voluntad general no puede quedar sometida a ninguna ley fundamental.

De evidente influencia liberal, la Declaración de derechos parte de una visión individualista, según la cual la persona, además de los derechos anteriores al pacto

³⁷⁸ Fioravanti, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad...*, op. cit., p. 113.

³⁷⁹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 73.

o derechos del hombre, también gozará de derechos en virtud de su carácter de ciudadano. La idea es que los individuos, al interactuar, lo hacen ya sea en una *esfera privada* –por ejemplo en relaciones familiares o amistosas-; o bien, en relaciones que implican al conjunto de la colectividad, relaciones políticas o de *esfera pública* –por ejemplo el derecho al voto-; no obstante, cabe distinguir que, “los primeros tienen un carácter presocial (libertades civiles), mientras que los segundos están vinculados a la existencia de la ciudad polis (libertades políticas).”³⁸⁰

Además de un reconocimiento de derechos del hombre y del ciudadano, me parece que la distinción va en el sentido de conseguir superar las desigualdades materiales existentes en la esfera privada -riqueza, condición social, etc.-; de manera que, abstrayéndose de las desigualdades entre particulares, en la esfera pública todos los individuos tendrán los mismos derechos en términos de igualdad formal, es decir, la llamada igualdad ante la ley.

Ahora bien, como he mencionado anteriormente, como programa político, el constitucionalismo francés que surge de la Revolución concibe al poder legislativo como el responsable de dar las bases legales a fin de que los individuos gocen de todos los derechos plasmados en la Declaración, pero además ésta última faculta a dicho poder para que, otra vez por medio de la ley, limite el ejercicio de esos derechos. En suma, la ley se convierte tanto en la garantía de los derechos como en la limitación en su ejercicio, lo cual deriva en el llamado *legalismo* o *legicentrismo*, entendido como una confianza absoluta en el legislador.

Derivado del proceso constitucional en Norteamérica y Francia, se puede colegir que la *iusnaturalización* de los derechos del hombre tiene lugar en tanto logran un reconocimiento doctrinal, filosófico o ideológico de derechos subjetivos considerados inherentes a la naturaleza del mismo; sin embargo, no es sino hasta que obtienen su incorporación en un documento formal o en una Constitución que

³⁸⁰ Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español*, México, IJ-UNAM, 2005, p. 67.

entonces podemos hablar de la presencia de derechos fundamentales y, en consecuencia, de la *constitucionalización* de los derechos naturales. *Constitucionalización* que va a operar como límite y sujeción de la actuación estatal con respecto a los individuos.

Con base en estos señalamientos y siguiendo una interpretación literal, se podría señalar que por *neoconstitucionalismo* debemos entender una reformulación o un nuevo intento de límite hacia el poder público; pero ello no es así, pues, si bien es cierto que como filosofía política se caracteriza por ser constitucionalista, es decir, que incorpora aquellos elementos jurídicos que limitan el poder político, también es debido decir que desde la filosofía del derecho se dispone a poner en cuestión algunas de las tesis del positivismo jurídico.

Por tanto, examinar la relación y puntos de discusión entre positivismo jurídico y *neoconstitucionalismo* se muestra como una cuestión previa con respecto al concepto de Estado constitucional de Derecho.

4.3 Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico

Bajo el nombre de *neoconstitucionalismo* se engloban, entre otras cosas, una serie de consideraciones jurídicas, filosóficas y políticas que suponen una nueva doctrina de pensamiento jurídico. En ocasiones términos como *constitucionalismo* y *neoconstitucionalismo* suelen emplearse como sinónimos;³⁸¹ en otras se les trata en forma diferenciada³⁸² y también hay quienes consideran que sólo es cuestión de énfasis.³⁸³ Incluso se llega a mencionar la existencia de un *paradigma constitucionalista*.³⁸⁴

³⁸¹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 101.

³⁸² Comanducci, Paolo, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, trad. de Miguel Carbonell, pp. 82 y 83, en Carbonell, Miguel (ed). *Neoconstitucionalismo (s)*, España, IJ-UNAM, Trotta, 2003.

³⁸³ “Se ha denominado genéricamente “constitucionalismo” (y más precisamente “neoconstitucionalismo” con el fin de acentuar el nuevo carácter que ha adquirido en la actualidad)...” García Figueroa, Alfonso, *La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo*, p. 164; en Carbonell, Miguel, *op. cit.*

³⁸⁴ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, España, Ariel, 2001, p. 309.

Independientemente de la significación y alcance de esta denominación, por el momento me centraré en la relación entre positivismo jurídico y *neoconstitucionalismo*.

Resulta esquemático y convencional comenzar a examinar la relación entre *neoconstitucionalismo* y positivismo jurídico a partir de la distinción propuesta por Bobbio. Es ampliamente conocido que, para el profesor italiano, al hablar de positivismo jurídico, es necesario precisar a qué tipo de positivismo nos estamos refiriendo, en este sentido esta corriente jurídica adquiere tres vertientes: como un método, como una teoría y como una ideología.

El positivismo jurídico como método no puede ser otro que aquél que se basa en el método científico y, por tanto, si se pretende hacer ciencia jurídica o teoría del Derecho, es obligatoria su aceptación; como *teoría* presenta un conjunto de seis ámbitos fundamentales: la teoría coactiva del Derecho; la teoría legislativa del Derecho; la teoría imperativa del Derecho; la teoría de la coherencia del Ordenamiento jurídico; la teoría de la plenitud del Ordenamiento jurídico; y, la teoría de la interpretación lógica o mecanicista del Derecho; las tres primeras constituyen la *teoría iuspositivista en sentido estricto* y las tres últimas la *teoría iuspositivista en sentido amplio*. Finalmente como *ideología* tiene dos vertientes a) la versión fuerte del positivismo ético, que señala la obediencia incondicional del Derecho, o bien la tesis de la homologación entre Derecho y justicia, tesis atribuida a los teóricos del positivismo por parte de sus adversarios, a pesar de que nunca ha sido respaldada por positivista alguno, y; b) la versión débil del positivismo ético, que señala que el Derecho ya de por sí tiene un valor, independientemente de su justicia.³⁸⁵

Insistiendo en dicha tipología el profesor Luis Prieto afirma que el positivismo metodológico o conceptual se asienta sobre dos ideas principales: la neutralidad, que lleva a adoptar una postura pretendidamente *avalorativa* u objetiva frente al objeto de conocimiento y, ligada a ella, la separación conceptual entre derecho y

³⁸⁵ Cfr. Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, España, Debate, 1998.

moral crítica. En suma, “el contenido mínimo del positivismo metodológico se compone de estas dos ideas: que la existencia de las normas no depende de que satisfagan algún particular valor moral, y que el Derecho es obra siempre de decisiones humanas o, como suele decirse, tiene un origen social.”³⁸⁶

Positivismo teórico entraña una serie de tesis enfocadas en temas como la naturaleza del Derecho. Aunque no hay uniformidad de tesis, incluso algunas de ellas pueden considerarse abandonadas, generalmente suelen orientarse a cuestiones tales como: a) la vinculación del Derecho con la fuerza, ya sea que las normas necesitan del respaldo de la fuerza; o bien, que las normas regulan y organizan esa fuerza; b) una concepción estatalista del Derecho, según la cual su única fuente es la ley, lo que nos conduce al legalismo; c) una teoría imperativista de la norma jurídica, que concibe a ésta como una norma de conducta dirigida a los ciudadanos; d) la idea del Derecho como sistema, es decir, como un conjunto ordenado y coherente de normas que carece de contradicciones internas y capaz de dar respuestas a todos los problemas que se sometan a su escrutinio; y, d) una teoría mecanicista de la interpretación, donde al juzgador se le otorga una posición automática que aplica la subsunción a partir del método lógico-deductivo.³⁸⁷

Positivismo como ideología adquiere dos dimensiones. La primera, más radical, supone que el Derecho viene a representar el criterio de lo justo, es decir, lo que manda, y de lo injusto, esto es, lo que prohíbe, donde descansa la obligación moral e incondicionada de su obediencia. La segunda, más moderada, señala que el Derecho desde el momento en que se dirige a regular la convivencia social implica y garantiza ciertos valores morales, de manera que a la par de los ordenamientos jurídicos que mínimamente los contemplen, surge una obligación de obediencia.

Por su parte, el *neoconstitucionalismo* se va a proyectar en al menos cuatro formas: como modelo de organización política y jurídica; como teoría jurídica; como

³⁸⁶ Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999, p. 13.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 14.

método; y, como ideología. Específicamente cada uno de ellos muestra alguna nota discordante hacia el positivismo jurídico.

a) Un modelo de organización política y jurídica que corresponde al denominado Estado constitucional de Derecho. Mientras que la idea del Estado de derecho o Estado sometido a las leyes, es propio del modelo político-jurídico del positivismo del siglo XIX, el término Estado constitucional de Derecho involucra aspectos como la representación del sistema político y el sometimiento, protección, promoción y garantía de los derechos fundamentales por parte del gobierno.

b) Una teoría jurídica que se propone explicar dicho modelo, reformulando algunas de las tesis asociadas al positivismo teórico, en particular las relacionadas con: i) la *teoría de las fuentes*, a partir de la supremacía de constitucional se reformula el lugar de la ley en el sistema de fuentes, su relación con la jurisprudencia y, en general, se propicia una apertura a la pluralidad de fuentes del derecho; ii) la *teoría de las normas*, se plantea la existencia de diversos tipos de enunciados normativos no reducibles a una estructura común, destaca entre ellos el papel de los principios en el razonamiento jurídico; y, iii) la *teoría de la interpretación*, el reconocimiento de la discrecionalidad judicial, emprendido por autores positivistas como Kelsen o Hart, es sometido a revisión por cierto sector de la filosofía jurídica, dentro del cual resulta especialmente significativa la tesis de la unidad de respuesta correcta sostenida por Dworkin.

Por otra parte, se estimula el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica, y en particular, de la argumentación judicial, en un intento de racionalizar la adjudicación del derecho. En este ámbito se sitúa la reflexión teórica en torno al principio de proporcionalidad como un desarrollo específico de la teoría de la argumentación orientada a la aplicación de los principios.

Para el profesor Prieto Sanchís, las tesis del neoconstitucionalismo como teoría se pueden resumir en las siguientes:

“más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.”³⁸⁸

c) Un *neoconstitucionalismo* metodológico o conceptual, bajo este rubro se exponen un conjunto de argumentos en torno a temas como la neutralidad, la separación conceptual entre derecho y moral crítica, la adopción del punto de vista externo y el papel descriptivo de la ciencia jurídica. Algunas de sus implicaciones son:

i. La existencia de una conexión *necesaria* entre ambos órdenes normativos -derecho y moral-, que para algunos opera en el plano de la identificación del derecho, mientras que otros la sitúan en el plano de la justificación, esto es, como elemento necesario para dar cuenta de su carácter práctico.

La tesis de la conexión identificativa sostiene que no es posible definir el derecho sin hacer referencia a la moral, pues sólo de este modo se logra diferenciarlo de otros órdenes coactivos.

Por su parte, la conexión *justificatoria* es sostenida por autores como Nino, quien afirma que el derecho, en cuanto hecho, no puede derivar su obligatoriedad de sí mismo, pues ello supondría incurrir en una falacia naturalista. Su fuerza obligatoria, esto es, su consideración como razón para la acción, depende de su justificación y esta, a su vez, sólo puede apoyarse sobre principios morales, en virtud del principio de unidad del razonamiento práctico, con lo cual la

³⁸⁸ Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 117.

argumentación jurídica resulta ser, en último término, una forma de argumentación moral.³⁸⁹

ii. El *neoconstitucionalismo* postula la adopción del punto de vista interno o del participante, situación que es condición necesaria para la comprensión del fenómeno jurídico. Se argumenta a favor de que la determinación del derecho válido ya no depende sólo de elementos formales, objetivamente verificables, tales como el procedimiento y el órgano competente sino, además, de la conformidad de su contenido con normas superiores de producción, lo que implica un juicio de validez material que, en última instancia, obliga al sujeto cognoscente a realizar valoraciones en la esfera de lo que *debe ser* de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico, es decir, no se limita a describir la regla de reconocimiento del sistema, sino que debe asimismo emplearla para determinar el derecho válido, actitud que caracteriza el punto de vista del participante, a diferencia del punto de vista del observador que se limita a la descripción externa el fenómeno.

iii. También desde el *neoconstitucionalismo* se cuestiona la posibilidad y plausibilidad de desarrollar una ciencia jurídica que prescindiera de las valoraciones y se limite a la descripción del fenómeno jurídico. Niega la neutralidad del jurista teórico a favor de una actitud “comprometida” con el desarrollo de los valores propios del constitucionalismo.

iv. Como una ideología, se refiere a la ideología política que concibe al Estado constitucional como un marco justo para el ejercicio del poder y, a partir de ella, algunos autores sostienen que, al menos en los sistemas políticos que se ajustan a dicho modelo, es predicable una obligación de obediencia al derecho. En palabras de Zagrebelsky, en un Estado constitucional:

“las categorías del derecho constitucional, para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación que ya no deriva del dato

³⁸⁹ Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 43-83.

indiscutible de un “centro” de ordenación. Por usar una imagen, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales”; más adelante agrega que “la “política constitucional” mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva.”³⁹⁰

Para Paolo Comanducci,³⁹¹ el constitucionalismo ideológico, es decir, aquel constitucionalismo dirigido a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales, se puede esquematizar en tres dicotomías: la primera tiene que ver con los objetos y las pretensiones del constitucionalismo; la segunda con los medios institucionales mediante los cuales se quieren realizar los fines del constitucionales; y, la tercera con los medios políticos mediante los cuales se quieren realizar tales fines.

- La primera dicotomía se presenta en dos modos diversos.

A partir de un primer punto de vista, distingue entre constitucionalismo en sentido amplio y constitucionalismo en sentido restringido. En sentido amplio, es la ideología que requiere la creación de una Constitución, a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. En sentido restringido, es la ideología que requiere la creación de un específico tipo de Constitución a fin de limitar el poder y de prevenir el despotismo.

Con otro punto de vista, distingue entre constitucionalismo débil y constitucionalismo fuerte. El constitucionalismo débil es la ideología que requiere una Constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica

³⁹⁰ Zagrebelsky, Gustavo. *op. cit.*, p. 13.

³⁹¹ Comanducci, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo...*, *op. cit.*, pp. 76-79.

defensa de los derechos fundamentales. El constitucionalismo fuerte (o liberal) es la ideología que requiere una Constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal.

- La segunda dicotomía es la que existe entre constitucionalismo de los contrapoderes y constitucionalismo de las reglas.

El constitucionalismo de los poderes es la ideología que, a fin de limitar el poder y/o garantizar los derechos fundamentales, propone un sistema institucional de *checks and balances*. El constitucionalismo de las reglas es la ideología que, a fin de limitar el poder y de garantizar los derechos fundamentales, propone reconocer la prioridad cronológica y sobre todo axiológica de una esfera de libertades individuales respecto a la acción del Estado.

- La tercera dicotomía es la que existe entre constitucionalismo reformista y constitucionalismo revolucionario.

El constitucionalismo reformista es la ideología que requiere conceder o pactar al poder existente la promulgación de una Constitución. El constitucionalismo revolucionario es la ideología que propone destruir el poder existente y/o requiere al nuevo poder revolucionario otorgarse una Constitución.

De las acepciones anteriormente señaladas me interesa centrarme en el neoconstitucionalismo como forma de organización política y, más concretamente, en el llamado Estado constitucional de Derecho.

4.4 Estado constitucional de Derecho

Doctrinalmente son varios los sentidos que adquiere la expresión *Estado constitucional de Derecho*, principalmente puede significar una forma de organización política adscribible a la tipología del Estado de Derecho;³⁹² un cambio de paradigma, entendido como la sujeción al Derecho en las formas y en los

³⁹² Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, España, Trotta, p. 107.

contenidos del Derecho;³⁹³ o bien, como el sometimiento, por primera vez en la época moderna, de la ley a una relación de adecuación y subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución.³⁹⁴

Lo subyacente, es la idea de que el Estado constitucional de Derecho es una tipología del Estado de Derecho. Por tanto, comencare por una aproximación descriptiva de un Estado constitucional para después examinar Estado de Derecho y, finalmente, el concepto Estado constitucional de Derecho, propio del *neoconstitucionalismo*.

4.4.1 Estado constitucional

Lo primero que cabría señalar es que el Estado constitucional es aquel que cuenta con una Constitución, es decir, de un Estado que, en su ordenamiento jurídico, prevé la existencia de un documento o norma mediante el cual se organiza políticamente, regula sus instituciones y contiene un catálogo más o menos amplio de derechos fundamentales. A la voz Constitución se le han dado una larga serie de conceptos; sin embargo, y de acuerdo con Guastini,³⁹⁵ sus principales acepciones son:

- En una primera acepción, *Constitución* denota todo ordenamiento político de tipo “liberal”.
- En una segunda acepción, *Constitución* denota un cierto conjunto de normas jurídicas, *grosso modo*, el conjunto de normas –en algún sentido fundamentales- que caracterizan e identifican todo ordenamiento.
- En una tercera acepción, *Constitución* denota –simplemente- un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente).

³⁹³ Ferrajoli, Luigi, “El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, trad. de Perfecto, Andrés Ibáñez, p. 22, en Ibáñez, Perfecto, Andrés (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho*, España, Trotta, 1996; y, Ferrajoli, Luigi, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, p. 14, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, España, IJ-UNAM-Trotta, 2003.

³⁹⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 33-34.

³⁹⁵ Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*, trad., de Miguel Carbonell, México, Fontamara-UNAM, 2001, pp. 29 - 45.

- En una cuarta acepción, en fin, *Constitución* denota un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”, o sea, de un peculiar régimen jurídico.

Con la primera acepción se hace hincapié en un tipo particular de ordenamiento estatal o político, es decir, el liberal. Un ordenamiento donde la libertad de los ciudadanos, en sus relaciones con el Estado, sea protegida por una serie de técnicas institucionales, es decir, de garantías, así como por el establecimiento de la técnica de la división del poder político.³⁹⁶ En estas circunstancias, la Constitución se concibe como el límite al poder público.

Los Estados liberales, a diferencia de los Estados despóticos, por ejemplo, tienen una Constitución y se les atribuye el adjetivo “*constitucional*” si, y sólo si, atienden a dos condiciones: a) que estén garantizadas las libertades de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, y; b) que los poderes públicos o del Estado –ejecutivo, legislativo y judicial- estén divididos y separados.

En la segunda acepción, dentro de la teoría general del derecho, el término *Constitución* es usado “para designar el conjunto de normas “fundamentales que identifican o caracterizan cualquier ordenamiento jurídico.”³⁹⁷ Por normas fundamentales se entienden aquellas que determinan la forma de Estado, la forma de gobierno y las que regulan la producción normativa.

Bajo la tercera acepción, la Constitución se distingue de otros textos normativos en virtud de su propio nombre, es decir, cuando se indican expresiones como *carta*, *carta fundamental*, *estatuto* y otros similares, se está haciendo referencia a un texto no sólo jerárquicamente superior al resto del ordenamiento jurídico, sino también a que sólo en él, y sólo en él, se incluyen normas

³⁹⁶ Un ejemplo claro lo es el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo texto es el siguiente: *Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de poderes, no tiene Constitución.*

³⁹⁷ Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional, op. cit.*, p. 31.

constitucionales de garantía de los derechos de los ciudadanos y de organización de los órganos constitucionales supremos.

Finalmente, *Constitución* denota unas ciertas características formales. Por ejemplo, la Constitución se distingue de otros textos normativos en virtud de su particular proceso de formación; asimismo, las normas constitucionales se encuentran revestidas de una fuerza especial que las pone *por encima* de las demás fuentes.

Aspecto importante de los Estados constitucionales es que ya no son sólo aquellos que cuentan con una Constitución,³⁹⁸ sino, sobre todo, que la misma sea de tipo liberal, esto es, que garantice las libertades de los ciudadanos y contemple la división de poderes; por consiguiente, se trata de una Constitución normativa que preserve los derechos y limita el ejercicio del poder a través de instituciones como rigidez y supremacía constitucional.

Parto de la idea de que una Constitución normativa es aquella que por un lado contiene mandatos jurídicos obligatorios y, por el otro, que esos mandatos jurídicos no sólo son obligatorios, sino que, además, poseen una fuerza especial de obligar, en cuanto que la Constitución es la norma suprema de todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, la idea de una Constitución normativa como límite, resulta paradójica en sí misma: el hecho de que sea el poder político el responsable de la producción normativa, en apariencia resultaría contradictorio que la Constitución por él producida se dirija a limitarlo, es decir, el Estado se estaría *autolimitando* por medio de un texto normativo de su propia creación.

Doctrinalmente, con la ayuda de figuras como el poder constituyente y el poder constituido,³⁹⁹ dicha paradoja desaparece, el argumento consiste en destacar

³⁹⁸ Si bien es cierto, se habla de Constitución escrita como un hecho relativamente nuevo lo es también que el término Constitución ha sido tratado desde la literatura política clásica y medieval. Benjamín Constant, incluso, distingue entre una *Constitución de los antiguos* y una *Constitución de los modernos*.

³⁹⁹ Poder constituyente se define, simplemente, por oposición a la de poder constituido; y se llama *constituido* a todo poder legal, es decir, conferido y regulado por normas positivas vigentes (y en

que la Constitución limita al poder constituido por ella pero no así al constituyente; por ende, la limitación a la producción normativa del legislador, por parte de la norma fundamental, no deviene en autolimitación, pues esta última no fue otorgada por él mismo.

En cuanto a la rigidez y supremacía constitucional, cabría mencionar que rigidez significa que la norma fundamental no puede ser modificada por los procesos legislativos ordinarios que son utilizados para las reformas de las normas comunes que integran el ordenamiento jurídico. Supremacía constitucional es la subordinación de esas normas ordinarias a la Constitución.

La acción de subordinación o de influjo de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico se caracteriza con términos de desbordamiento constitucional,⁴⁰⁰ o impregnación constitucional.⁴⁰¹ Proyección constitucional observable a través de un conjunto de elementos constitutivos llamados “*condiciones de constitucionalización*”,⁴⁰² entre las que se encuentran:

a) *Una Constitución rígida*. Esto es, una Constitución escrita y que las normas constitucionales sólo puedan ser abrogadas, modificadas o derogadas por un procedimiento especial previsto por ella misma.

b) *La garantía constitucional de la Constitución*. Esto es, el sistema jurídico prevé, entre otros, de instrumentos jurisdiccionales para el control constitucional de las normas.

c) *La fuerza vinculante de la Constitución*. Esto es, que todas las normas constitucionales sean vinculantes y produzcan efectos jurídicos. Al contrario de una Constitución con principios generales sólo susceptibles de aplicación jurisdiccional

ejercicio de conformidad con ellas). Cfr., Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*, op. cit., p. 40.

⁴⁰⁰ Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 114.

⁴⁰¹ Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*, op. cit., p. 154.

⁴⁰² *Ídem*.

a través de la ley reglamentaria, o con normas programáticas cuya eficacia va a depender de las condiciones económicas y políticas.

d) *La “sobreinterpretación” de la Constitución.* La interpretación constitucional deja ser literal para dar paso a la *sobreinterpretación*, es decir, todos y cada uno de los actos de la vida social y política a la que se dirige, y en especial, los no expresados explícitamente, se extraigan de la interpretación de su texto. De manera tal que toda controversia encontraría una respuesta.

e) *La aplicación directa de las normas constitucionales.* Implica, por un lado, que la Constitución no sólo sirva para regular las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también entre los propios particulares y, por el otro, que la legislación debe ser el desarrollo de los principios generales o normas programáticas por ella enunciados.

f) *La interpretación conforme de las leyes.* Tradicionalmente, la interpretación de los textos normativos en relación con la Constitución, se reduce a dos posibilidades: i.- Que la norma es conforme a la Constitución y, por tanto, constitucional; o bien, ii.- Que la norma contradice el texto constitucional y, por ello, inconstitucional. De lo que se trata en la *constitucionalización* del ordenamiento jurídico es de que esa interpretación conforme se haga en el sentido de adecuar la norma a la Constitución de forma tal que ambas se armonicen.

g) *La influencia de la Constitución en las relaciones políticas.* Esto es, la posibilidad de resolver las controversias políticas ante los órganos jurisdiccionales encargados de la interpretación constitucional.

Con todo, el proceso de *constitucionalización* no debe verse como algo acabado del cual pueda decirse que se tiene o se carece, sino más bien, como una cuestión de grado no uniforme en los ordenamientos jurídicos. Inclusive se puede decir que los Estados donde mejor desarrolladas están dichas condiciones son considerados Estados constitucionales.

Para analizar los rasgos propios del *neoconstitucionalismo* es menester examinar la noción de Estado de Derecho, toda vez que, como he señalado, Estado constitucional de Derecho alude a una tipología del mismo.

4.4.2 Estado de Derecho

El vocablo “*Estado de derecho*”,⁴⁰³ es utilizado por los juristas hasta el siglo XIX. No obstante, Estado de derecho se encuentra condicionado por una concepción particular del Estado, es decir, el Estado liberal que se gesta en los siglos XVII y XVIII constituye su campo natural de acción. Efectivamente, la fusión liberalismo-Estado de derecho se reduce a la fórmula “*gobierno de leyes y no de los hombres*”, con lo cual se quiere destacar que la actuación de los gobernantes es legítima si, y sólo si, se ajusta a leyes generales y abstractas previamente establecidas. A decir de Habermas, Estado liberal de derecho es “el Estado donde, al imperio de la ley, los poderes públicos son sometidos...La idea de estado de derecho exige una organización del poder público que fuerce a su vez a la dominación política articulada en forma de derecho a legitimarse recurriendo al derecho legítimamente establecido.”⁴⁰⁴

La generalidad y abstracción de la ley se asumen como condiciones necesarias y suficientes para que un texto normativo sea considerado como tal. Generalidad, en el sentido de que ley no regula el comportamiento de una sola persona sino de una clase de personas; y, abstracción cuando la ley prevé u ordena no una conducta aislada, sino una categoría de conductas.

Además, la propiedad de generalidad de la ley tendrá la importante función de garantía del principio de división de poderes; esto es, de manera implícita, con la generalidad de la ley se prevé el cumplimiento del anterior principio, toda vez que

⁴⁰³ La expresión alemana *Rechtsstaat* o “Estado de Derecho”, se distingue del *Machtstaat* o “Estado bajo el régimen de fuerza” del siglo XVII, y del *Polizeistaat* o “Estado bajo el régimen de policía” del siglo XVIII. Cfr. Ferrajoli, Luigi. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Ruiz Miguel, España, Trotta, 2005, pp. 855 y 856; y, Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, pp. 21 - 24.

⁴⁰⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, España, Trotta, 2000, p. 237.

si las leyes fuesen dirigidas a personas concretas, podrían equipararse o, incluso, ser un sustituto de los actos concretos administrativos y/o sentencias judiciales, con la evidente consecuencia de una invasión del legislador en el terreno de los otros poderes. Más aun, ese impedimento de no poder dirigir normas a actos o personas concretas, conlleva la garantía de imparcialidad del Estado frente a los componentes sociales y, por supuesto, de garantía de la igualdad jurídica ante la ley. Por su parte, la abstracción se dirige a establecer una serie de prescripciones o supuestos de hecho sobre la conducta de los destinatarios, con la idea de evitar, en la medida de lo posible, las frecuentes reformas o modificaciones a los textos normativos.

Esta forma de concebir a la ley ya en un Estado de derecho del siglo XIX, funcionará en términos del principio de la superioridad de las leyes sobre cualquier otra norma o actuación de las autoridades políticas, con ello se pretende la fiscalización del poder mediante un control jurídico. Situación que desemboca en el llamado *principio de legalidad*;⁴⁰⁵ o bien, de la primacía de la ley frente a los Poderes Ejecutivo y Judicial e, incluso, de los ciudadanos. En suma, Estado liberal de Derecho va a propugnar por “*un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad.*”⁴⁰⁶

Si el constitucionalismo, como programa político, supone al legislador como el único capaz de expresar la voluntad general a través de la ley, en un Estado legislativo la preeminencia de esta última encuentra su punto más alto con el *legalismo* o *legicentrismo*, es decir, en el Poder Legislativo, depositando, por ende, en la ley, la confianza absoluta para la garantía de los derechos fundamentales y la conquista de las aspiraciones sociales. En abierta crítica al legalismo, se ha dicho que, por carecer de los instrumentos jurídicos necesarios, las aspiraciones sociales

⁴⁰⁵ Ferrajoli distingue entre principio de mera legalidad y principio de estricta legalidad en estos términos: “el principio de mera legalidad se limita en realidad a exigir que el ejercicio de cualquier poder tenga por fuente la ley como condición *formal* de legalidad; el principio de estricta legalidad exige por el contrario a la propia ley que condicione a determinados contenidos *sustanciales* la legitimidad del ejercicio de cualquier poder por ella instituido. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 857.

⁴⁰⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 22.

se van a concretar o no dependiendo de los actores políticos en turno; en materia de derechos fundamentales, el reproche es en el sentido de que el goce de algunos de esos derechos estaba condicionado hasta que fuese promulgada la correspondiente ley reglamentaria.

Con el legalismo, la ley adquiere ingente relevancia teniendo como corolario el *formalismo* de las condiciones de producción legislativa. Circunstancia para la cual la ley alcanza un estatus superior respecto de otras fuentes jurídicas, independientemente de su contenido, sólo a partir de que se cumplan los actos o lineamientos formales de su producción. El impacto de la fórmula legalismo-formalismo dentro de las llamadas fuentes del derecho, va a consistir en poner a la ley por encima de otras fuentes.

Con todo, para el constitucionalismo liberal el Estado de derecho contiene peculiaridades tales como: reconocimiento constitucional de derechos fundamentales y libertades políticas básicas; imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; principio de separación de poderes del Estado; sumisión a la ley de los poderes políticos; y, un poder judicial independiente dotado de jueces con competencia exclusiva de interpretación y aplicación *autonomata* de la ley, y sólo, la ley en las controversias.

Por otra parte, una de las cuestiones que se le hacen al Estado de derecho es la concerniente al hecho de que, debido a su carácter formalista, logra apartarse o, mejor dicho, pasa a segundo término el tema de su contenido. Se sostiene que el enfoque exclusivamente formal del Estado de derecho, involucra que la definición de la ley esté en función del sujeto que la produce con independencia de sus cualidades materiales.

A fin de recuperar el afán liberal de que la ley y el poder deben estar limitados a favor de la protección de los derechos fundamentales, esto es, la circunstancia donde la ley sea el instrumento para la garantía de los derechos, considero que, en primer lugar, se debe incorporar a la Constitución un denso contenido normativo de

fuente liberal y comunitaria que sirva de basamento formal y material de las restantes normas del orden jurídico.

4.4.3 Estado constitucional de Derecho

La tesis de integrar en la Constitución un alto contenido normativo por si sola presenta varios problemas, por ejemplo, resultaría poco provechoso que la norma fundamental reconozca una amplia gama de derechos fundamentales y de normas de organización política sin que se tengan los instrumentos jurídicos que permitan su garantía. En esta tesitura el *neoconstitucionalismo* se inscribe como una corriente jurídica que busca superar dicha problemática y, en específico, el Estado constitucional de Derecho es la forma de organización política vinculada con un Estado de Derecho que plantea como viable.

El *neoconstitucionalismo* se va a nutrir de dos tradiciones constitucionales:⁴⁰⁷ la americana y la francesa.

En relación a la Constitución que surge de la Revolución americana el hecho es conocido: las trece colonias, con el argumento de *no taxation without representation*, protestan en contra de las disposiciones impuestas por el parlamento inglés en materia tributaria. Sin embargo, pronto entendieron que el monarca no atendería su petición, toda vez que de ninguna manera admitiría que las asambleas de colonos, con un origen difuso y precario, institucionalmente hablando, fuesen equiparadas al noble parlamento inglés.

Consecuentemente, la Declaración de Independencia de 1776 se entiende como una reacción a la condición de sometimiento al monarca inglés, así como del parlamento, es decir, desde un inicio “la revolución americana, a diferencia de la

⁴⁰⁷ Prieto Sanchís, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Perú, Palestra, 2002; y, Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales, op. cit.*

francesa, parte de la necesidad de oponerse a un legislador que se supone fuera de los confines de su legítima jurisdicción.”⁴⁰⁸

Teniendo en mente su mala experiencia con el parlamento inglés, el hilo conductor de la tradición política y constitucional americana es de suma desconfianza frente al legislador y, muy particularmente, de su pretensión de encarnar la voluntad general. Por tanto, se vislumbra una Constitución que refuerce, sobre todo, la noción de garantía evitando la omnipotencia legislativa. El ejercicio del poder constituyente puede traducirse en la atribución al pueblo de una autoridad superior a la de los legisladores, quitándoles toda atribución de soberanía y subordinado su actividad legislativa a la Constitución, considerada la máxima fuente de derecho.

El constitucionalismo norteamericano adoptara perfiles propios, siendo de destacar como aportaciones más relevantes la forma presidencialista de gobierno, el sistema federal, y la adopción de la *revisión judicial* (*judicial review*) de las leyes, que implica la supremacía jurídica de la Constitución.

Si bien la Constitución de 1787 disponía que “*esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella (...) serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos...*”, también es cierto que no establecía expresamente el control de constitucionalidad de la ley, ni lo encomendaba a ninguno de los poderes. Sin embargo, esta función fue asumida por el Poder Judicial a partir de la trascendente sentencia de Marshall en el asunto *Marbury v. Madison*, creando el sistema difuso de Justicia constitucional. El aporte de la *judicial review* implica, junto a la rigidez constitucional, la supremacía de la Constitución de forma que “la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más “neutro” de los

⁴⁰⁸ Fioravanti, Mauricio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad., de Manuel Martínez Neira, España, Trotta, 2003, p. 82.

poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial.”⁴⁰⁹

Con ello, el constitucionalismo norteamericano logra que su Constitución tenga una función garantista, es decir, de limitación del poder y preservación de los derechos de los ciudadanos. Para fortalecer lo anteriormente expuesto, en este punto Fioravanti señala que “el constitucionalismo moderno, entendido como técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía, no nace con las Declaraciones de derecho de la revolución francesa, sino más bien con la Constitución federal americana de 1787.”⁴¹⁰

La Constitución norteamericana aprobada por los representantes de las trece colonias en la Convención de Filadelfia el 17 de septiembre de 1787 no previno un apartado de derechos a favor de las personas. Por tanto, fue hasta el 3 de noviembre de 1791 que se aprobó el Bill of Rights o Declaración de Derechos, a ellos se le conoce como “las diez enmiendas a la Constitución”.

El primer Congreso federal de los Estados Unidos se inauguró, pues, ya con el mandato de modificar la Constitución que lo creara y, en particular, de añadir a su texto un *Bill of Rights*. Siendo el caso que uno de los debates más enconados durante la Convención de Filadelfia fue sobre la necesidad o no de incluir tal catálogo de derechos fundamentales en la Constitución.

En las diez primeras enmiendas se reconocen al menos veintiún derechos individuales, más dos cláusulas de cierre. La primera Enmienda contiene los derechos de libertad religiosa, libertad de expresión, libertad de prensa, el derecho de reunión y el derecho de petición. La segunda protege el derecho a tener y portar armas. La tercera protege contra la obligación a hospedar y alimentar a las tropas. La cuarta protege el derecho contra registros y requisas injustificadas. La quinta Enmienda contempla el derecho a no ser procesado sin haber sido imputado antes

⁴⁰⁹ Prieto Sanchís, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 108.

⁴¹⁰ Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 77.

por un gran jurado, a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, a no poder ser obligado a testificar contra uno mismo, al “debido proceso legal”, y a ser indemnizado en los casos de expropiación por interés general. La sexta Enmienda protege el derecho en los procesos penales a un “juicio público y sin dilaciones”, a ser juzgado por un jurado imparcial formado por miembros de la vecindad donde se cometió el delito, a ser informado del contenido de la acusación, a poder confrontar a los testigos de cargo, a tener derecho a obtener testigos de descargo, y a obtener la defensa y asistencia de letrado. La séptima Enmienda garantiza un juicio por jurado en los pleitos civiles y la aplicación en ellos del *common law*, así como la aplicación del mismo *common law* en las revisiones, por los tribunales de apelación, de las decisiones tomadas por los jurados en la primera instancia. La octava Enmienda protege contra multas o fianzas excesivas y prohíbe infligir “castigos crueles e inusuales”.

Uno de los casos más importantes resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos el de *Marbury v. Madison*, donde quedaron establecidos dos principios del constitucionalismo moderno: la supremacía de la Constitución y la doctrina del *judicial review* o control judicial de la constitucionalidad.

El principio de la supremacía de la Constitución entraña que, en caso de conflicto entre la Constitución y cualquier otra ley federal o estatal, debe privilegiarse lo previsto constitucionalmente. Por otro lado, la doctrina de la *judicial review* nos indica que corresponde a los tribunales, y en especial al Tribunal Supremo, la tarea de interpretar las leyes y Constitución de los Estados Unidos, así como, la adecuación de aquéllas a ésta.

En estas condiciones las aportaciones del constitucionalismo norteamericano son la inclusión a la Constitución de las Declaración de Derechos, la supremacía constitucional, la facultad del Poder Judicial para interpretar la Constitución y la revisión difusa de la constitucionalidad de los actos jurídicos. En otras palabras, la garantía de los derechos fundamentales en este caso fue a partir del activismo judicial del Tribunal Supremo.

En Europa la situación es diferente, el constitucionalismo francés se sustenta en una concepción individualista y *contractualista*,⁴¹¹ misma que integra dos factores importantes: el factor *legiscentrista* y el factor constituyente.

Para los revolucionarios franceses, situación reflejada en la Declaración de derechos, la ley, aparte de constituir un *instrumento técnico* para garantizar mejor los derechos y las libertades, *es un valor en sí*, porque gracias a ella se hacen posibles esos derechos y libertades y, al contrario, en ausencia de un legislador se retrocedería a los privilegios del antiguo régimen.

A la preestatalidad de los derechos, que imponen al Estado y a su ley, el deber su tutela y conservación, se agrega el elemento de que los derechos existen en el momento en que la ley los hace posibles en concreto, afirmándolos como derechos de los individuos en cuanto tales. Nociones que, vinculadas, presentan a un legislador que en cuanto interprete de la voluntad general y en cuanto obstáculo de regreso al antiguo régimen, adquiere un papel central en materia de derechos y

⁴¹¹ De acuerdo con Maurizio Fioravanti hay tres formas o modelos de fundamentar las libertades en el plano teórico-doctrinal y, por lo tanto, de propugnar su reconocimiento y formas de garantías: modelo historicista, modelo individualista y modelo estatalista. Modelo historicista significa situar las libertades en la historia sustrayéndolas lo más posible de las intromisiones de los poderes constituidos; resulta complicado, bajo éste esquema, encontrar la idea de *poder constituyente* entendido como potestad absoluta del pueblo o nación de proyectar un orden constitucional dependiente de la voluntad de los ciudadanos y, por el contrario, se trata de un derecho que es *ius involuntarium*, esto es, que ningún poder fue capaz de definir y de sistematizar por escrito, un derecho objetivo radicado en la costumbre y en la naturaleza de las cosas que asigna a cada uno su propio lugar y, en consecuencia, sus derechos y sus deberes, comenzando por los más poderosos que están en la cúspide de la escala jerárquica. Por su parte, el modelo individualista afirma la primacía del individuo exclusivamente frente al poder político estatal o, en otras palabras, el modelo individualista sostiene una *revolución social* que elimine los privilegios y el orden estamental que los sostiene donde es posible encontrar la idea de poder constituyente. Finalmente, si para el modelo individualista el Estado desempeña un papel de lucha contra la sociedad estamental y privilegiada, para el modelo estatalista más que un instrumento de tutela es la condición necesaria para que las libertades y los derechos nazcan y sean auténticas situaciones jurídicas subjetivas de los individuos. En tales circunstancias, con el modelo estatalista el poder público afirma y tutela los derechos ya existentes en el estado de naturaleza, bien bajo el perfil de las garantías de las esferas de autonomía personal –las libertades civiles, las “negativas”–, bien bajo el perfil de la necesaria correspondencia de los poderes públicos estatales con la voluntad expresa de los ciudadanos en sede constituyente gracias al instrumento del contrato social. Valga lo anterior para señalar que desde la perspectiva individualista y contractualista se sostiene que antes de producirse el *pactum subiectionis* con el que los individuos se someten a una autoridad común existe, como *acto precedente y distinto*, el *pactum societatis* con el cual nace *la sociedad de los individuos políticamente activos*, como tal autónomamente capaz de ejercer el poder constituyente de decidir y de fundar un cierto tipo de Estado. Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales...op. cit.*, pp. 25 - 53.

libertades individuales. Se parte de la idea de que el legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es necesariamente justo; y en cuanto tal, encarna la voluntad del pueblo o nación. Bajo dicha óptica, se explica que la Declaración agote el sistema de garantías al envió de la ley; cuanto más fuerte es el legislador mejor refleja la voluntad general y, en consecuencia, más seguras están las libertades y los derechos.

Para la Revolución francesa, el factor constituyente se lleva a cabo en el momento en que la nación decide un nuevo orden social y político que sustituya al antiguo régimen, de tal manera que no se limita a crear mejores condiciones para el ejercicio de los derechos naturales individuales sino, además, es una realidad política.

Sin embargo, la remisión a la ley como forma de garantía de los derechos, resulta ser el punto débil de la revolución francesa, toda vez que la idea de garantía de los derechos, necesariamente conlleva, entre otros elementos, pero sobre todo, el de supremacía constitucional; situación no prevista en el esquema francés donde pervive la idea de que una nación o pueblo existen “como unidad política solamente a través de sus representantes, en los cuales se deposita una carga notable de autoridad y de soberanía difícilmente delimitable –siempre a efectos de garantizar sus derechos.”⁴¹²

Se aprecia que, mientras la revolución francesa confía los derechos y libertades en manos del legislador virtuoso, la revolución americana desconfía de las virtudes del poder legislativo, confiando los derechos y las libertades a la Constitución y, con ello, consigue limitar el ejercicio de éste a través de una norma superior.

No obstante, es importante mencionar que, si bien es cierto que el constitucionalismo que surge de la revolución francesa no se dirige a limitar al poder político con fines de garantía, lo es también que su punto fuerte se encuentra en su

⁴¹² *Ibidem*, p. 74.

reconocimiento de un amplio catálogo de derechos, de principios, es decir, de cláusulas materiales o normas sustantivas relativas al reconocimiento de derechos fundamentales.

De dichos señalamientos y, particularmente de la forma de concebir la función de la Constitución en ambas tradiciones constitucionales, valoro importante hacer mención que, para el *neoconstitucionalismo*, la ley fundamental se integra con fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. En otras palabras, de la tradición norteamericana se recoge la idea de garantía jurisdiccional, y; por otra parte, del constitucionalismo que surge de la revolución francesa se rescata la figura de un denso reconocimiento normativo, con independencia de la presencia de reglas de organización política; todo lo cual deriva en “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediablemente la última palabra se encomienda a los jueces.”⁴¹³

Dicha forma de conceptualizar la Constitución involucra determinar, por un lado, su lugar en el Estado constitucional y, por otro, el margen de decisión de los poderes públicos, a fin de salvaguardar el Estado de derecho.

De acuerdo con Ferrajoli, el Estado de Derecho puede significar dos cosas: gobierno *sub lege* o gobierno *per leges*; es decir, gobierno sometido a las leyes o mediante leyes generales y abstractas. A su vez, gobierno *sub lege* puede entenderse en dos sentidos: en el sentido débil, lato o formal, cualquier poder debe ser *conferido* por la ley y ejercido en las formas y procedimientos por ella establecidos; y, en el sentido fuerte, estricto o sustancial, cualquier poder debe ser *limitado* por la ley, que condiciona no sólo sus formas, sino también sus contenidos.⁴¹⁴

⁴¹³ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 110.

⁴¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 856.

El primero de los sentidos, es decir, el gobierno *sub lege* en sentido débil, lato o formal, es equiparable a la expresión alemana *Rechtsstaat*, en los cuales se considera como Estados de Derecho a todos aquéllos que cuenten con ordenamientos legales, incluso –afirma el autor en comentario- los autoritarios o, peor aún, los totalitarios, en los que en todo caso el gobierno de las leyes y el poder tiene una fuente y una forma legal; mientras que en el segundo de los sentidos que, a su vez, implica al primero, sólo son Estados de derecho los Estados constitucionales – y particularmente como he mencionado los que tienen una Constitución rígida-, que en su niveles normativos superiores incorporan límites no sólo formales, sino también sustanciales al ejercicio de cualquier poder.

Distinción que permite diferenciar el principio de legalidad en dos direcciones; primero, la legalidad en sentido lato, o *validez formal*, exige solamente que sean predeterminados por ley los sujetos titulares y las formas de ejercicio de todo poder; y, segundo, la legalidad en sentido estricto o *validez sustancial*, requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión.

Ahora bien, vinculando el segundo de los sentidos de *Estado de Derecho*, que, por cierto, es sinónimo de *garantismo*, con las dos direcciones del principio de legalidad, Ferrajoli concibe un modelo de Estado caracterizado por:

a) en el plano formal, por el principio de *legalidad*, en virtud del cual todo poder público –legislativo, judicial y administrativo- está subordinado a leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes (el Tribunal Constitucional para las leyes, los jueces ordinarios para las sentencias, los tribunales administrativos para las decisiones de ese carácter);

b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía los *derechos fundamentales* de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos

correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial.⁴¹⁵

Antes de avanzar, conviene hacer una digresión: a decir del filósofo italiano, la *constitucionalización* de los derechos naturales en el derecho positivo implica que éste se transforma en una estructura compleja que conlleva o unifica, tanto la dimensión del *ser* como del *deber ser* del derecho. En otras palabras, con la incorporación constitucional⁴¹⁶ de los derechos naturales, que actuaban como parámetro de valoración respecto del derecho positivo, la separación entre derecho y moral o entre la dimensión del derecho como *es* y del derecho como *debe ser* adquiere un nuevo aspecto.

Constitucionalización que intenta la vinculación entre la dimensión del *ser* y la dimensión del *deber ser* del derecho. La dimensión del derecho como *es* se refiere a los juicios de hecho acerca de la eficacia o ineficacia de las normas respecto a las actividades de las normas de rango inferior a ellas, la dimensión del derecho como *deber ser* se refiere a los juicios jurídicos acerca de su validez o invalidez respecto a las normas superiores a ellas.

Ahora bien, con los planos formal y sustancial en el Estado constitucional de Derecho, la validez de las normas reside en su conformidad no sólo formal, sino también sustancial con las normas de rango superior, es decir, éstas normas no sólo van a regular la forma de producción normativa, sino que, de igual manera, van a establecer limitaciones de contenido. Cabe agregar que, en estos Estados, “la validez no depende sólo de los aspectos formales de la producción normativa que permiten afirmar el “ser” o la existencia de las normas; depende igualmente del

⁴¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 856.

⁴¹⁶ Constitución que, por cierto, aparte de su rigidez, debe contener un denso material normativo; por lo cual un paso previo, a mi juicio, sería la llamada “rematerialización constitucional”, según la cual la norma fundamental ya no sólo le indica al legislador el modo de producir el Derecho, sino que, y quizás lo más importante, le va a especificar el modo sustancial de dicha producción legislativa, a través de valores, principios, directrices, derechos o garantías. *Cfr.* Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 111 - 114.

significado de los enunciados normativos producidos, y más exactamente de la valoración de la conformidad de su contenido con el “deber ser” jurídico establecido por normas superiores.”⁴¹⁷

Ahondando un poco más, si por *vigencia* nos referimos sólo a la validez formal de las normas y por *validez* a la validez también sustancial de las normas, podemos dividir la legitimidad jurídica interna⁴¹⁸ en *legitimidad jurídica formal*, que se refiere sólo a las formas prescritas para los actos normativos y, por consiguiente, a la vigencia de las normas producidas y *legitimidad jurídica sustancial*, que se refiere a la permisión o prohibición de los contenidos de esas mismas normas. Por lo tanto, pueden ocurrir los siguientes eventos: a) cuando la ineficacia de un sistema de normas acerca de la producción llegue al punto de que ni siquiera se respetan las condiciones formales de validez del acto de producción normativa, diremos que la norma no ha sido producida y, por consiguiente, no está vigente, no existe o no pertenece formalmente al ordenamiento; y, b) por el contrario, cuando se manifieste sólo en el incumplimiento de las condiciones sustanciales de validez de la norma producida, diremos que ésta no es válida aunque esté vigente, exista o pertenezca al ordenamiento.⁴¹⁹ Las normas vigentes podrán ser, además de eficaces o ineficaces, válidas o inválidas, es decir, jurídicamente legítimas en el plano formal pero no en el sustancial.

Pues bien, valga lo anterior para señalar que las condiciones formales del modelo de Estado representan la fuente de *legitimación formal* del poder y las condiciones sustanciales la fuente de la *legitimación sustancial*. Consecuentemente, el principio de mera legalidad se limita a exigir que el ejercicio del poder tenga por fuente la ley como condición *formal* de legitimidad y el principio de estricta legalidad exige, por el contrario, a la propia ley que condicione a

⁴¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 354 y 355.

⁴¹⁸ Legitimidad jurídica o interna se refiere a los juicios de hecho sobre la existencia del ser del derecho; por el contrario, la legitimidad externa alude a juicios externos o del deber ser. Distinción superada en el Estado constitucional de Derecho debido a la *constitucionalización* de los derechos naturales.

⁴¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 359.

determinados contenidos *sustanciales* la legitimidad del ejercicio del poder por ella instruido.

Por lo que se puede afirmar –siguiendo a Ferrajoli- que “la mera legalidad, al limitarse a subordinar todos los actos a la ley cualquiera que sea, coincide con su legitimación formal, mientras la estricta legalidad, al subordinar todos los actos, incluidas las leyes, a los contenidos de los derechos fundamentales, coincide con su legitimación sustancial.”⁴²⁰

Condiciones formales y condiciones sustanciales de validez van a formar el objeto de los tipos de reglas: las reglas sobre *quién* puede y sobre *cómo* se debe decidir, y las reglas sobre *qué* se debe y no se debe decidir. Las reglas del primer tipo se refieren a la forma de gobierno y, las segundas, a la estructura del poder. De la naturaleza de las primeras depende el carácter políticamente *democrático* del sistema político y de la naturaleza de las segundas va depender el carácter *de derecho* del sistema jurídico.

Las reglas de la democracia política son las que disciplinan las formas de expresión de la soberanía popular definiendo *quién* decide y *cómo* se decide estableciendo, por lo tanto, las competencias y procedimientos tales como las normas sobre el sufragio universal, el principio de mayoría en la conformación de las Cámaras y en la formación de las decisiones legislativas, las funciones de los órganos del poder legislativo. En cambio, las reglas del Estado de Derecho son las que garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos, estableciendo *qué* no se debe o se debe decidir, reglas dirigidas a todo el poder político, principalmente, mediante prohibiciones y obligaciones: prohibiciones, por ejemplo de suprimir o limitar, fuera de los casos y condiciones previstos, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y de correspondencia, la libertad de opinión, los derechos de reunión y asociación, de culto y de asociación; obligaciones como el de aminorar las desigualdades sociales, de promover las condiciones que hacen efectivo el trabajo, de protección a las minorías, de asegurar la educación, la salud

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 857.

y la vivienda, asistir a los incapacitados para trabajar y todo el que carezca de medios de subsistencia.

En tales condiciones, “la primera regla de todo pacto constitucional sobre la convivencia civil no es, en efecto, que se debe decidir sobre todo por mayoría, sino que no se puede decidir (o no decidir) sobre todo, ni siquiera por mayoría. Ninguna mayoría puede decidir la supresión (o no decidir la protección) de una minoría o de un solo ciudadano.”⁴²¹

Así, las reglas de la democracia y las reglas del Estado de Derecho, constituyen las *garantías* del ciudadano en contra de la representación de la mayoría. Gracias a ellas, el legislador, incluso si éste representa la mayoría del pueblo, deja de ser omnipotente, dado que su violación confiere vigencia a normas inválidas y por consiguiente sancionables política y jurídicamente.

Dentro de la figura del Estado constitucional de Derecho, se sostiene que la función de la Constitución “pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediamente la última palabra se encomienda a los jueces.”⁴²²

Con estos planos formal y material se busca que la validez de las normas se ajuste a criterios de producción normativa y de contenido. Lo importante es que en el Estado Constitucional de Derecho previamente estén determinadas las reglas sobre *quién* puede y sobre *cómo* se debe decidir, y las reglas sobre *qué* se debe y no se debe decidir.

No obstante, previo a esas importantes reglas competenciales y de acuerdo con lo expuesto la justificación formal, material y de los criterios de incorporación de los derechos humanos y derechos fundamentales que actuarían como freno de la

⁴²¹ *Ibidem*, p. 859.

⁴²² Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, op. cit., p. 110.

actuación estatal en protección de las personas es relevantes en una Estado Constitucional de Derecho.

En otras palabras, Estado Constitucional de Derecho lo entiendo como forma una organización política y jurídica donde el Estado a la manera de la concepción del neoconstitucionalismo reconoce una fuerte influencia de los constitucionalismos norteamericano y francés y reúne, al menos, los siguientes elementos:

Una Constitución rígida;

Una Constitución que establezca la División de Poderes, donde el Poder Judicial sea el que determine el alcance de las normas constitucionales;

Una alta carga de reconocimiento de derechos humanos y fundamentales;

Inclusión de mecanismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos y fundamentales;

Fuerza vinculante de la Constitución;

La aplicación de criterios hermenéuticos especiales para determinar el alcance, aplicación y conflictos de los derechos humanos y fundamentales;

Ahora bien, en mi opinión el Estado Constitucional de Derecho también conlleva el reconocimiento de los criterios formales y materiales de los derechos humanos y derechos fundamentales desarrollados en el capítulo primero.

Es decir, recapitulando en el capítulo primero se señaló que ese conjunto de derechos, libertades negativas y positivas, facultades, etc., necesarios para la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, y que se encuentran reconocidos tanto en el plano internacional bajo el rubro de “derechos humanos”, como en el nacional o derechos fundamentales de un sistema jurídico concreto, tienen criterios de incorporación formales y materiales.

Asimismo, se hizo mención de los criterios formales de los derechos humanos y fundamentales como parte de los derechos de las personas; es decir, se dice que estamos formalmente frente a un derecho humano si cumple con alguno de los siguientes criterios de incorporación:

- a) Su reconocimiento es producto de encontrarse contemplado en un texto jurídico universal en la materia;
- b) Su reconocimiento es producto de encontrarse contemplado en un texto jurídico regional en la materia;
- c) Su reconocimiento es producto de alguna resolución del sistema jurisdiccional internacional de protección; y,
- d) Su reconocimiento es producto de alguna resolución del sistema no jurisdiccional internacional de protección;

En el mismo sentido, formalmente hablando, a un derecho se le considerara como un derecho fundamental, cuando:

- a) Su reconocimiento es producto de un proceso legislativo de incorporación en la Constitución;
- b) Su reconocimiento es producto de un proceso legislativo de incorporación al sistema jurídico concreto alguno instrumento internacional universal o regional de derechos humanos;
- c) Su reconocimiento es producto de alguna resolución del sistema jurisdiccional nacional de protección;
- d) Su reconocimiento es producto de alguna resolución del sistema no-jurisdiccional nacional de protección; y,
- e) Su reconocimiento es producto de alguna resolución de alguna autoridad administrativa.

A la par de los criterios formales, encontramos que los criterios materiales para la determinación de cuáles derechos son los que integran al catálogo de derechos humanos y fundamentales; esto es, aquellos derechos son el fundamento para que una persona pueda tener una vida digna y de desarrollo de su personalidad

y, por otro lado, derechos que se van a nutrir de las corrientes de filosofía política del liberalismo y del comunitarismo.

En estas condiciones, desde un enfoque liberal podríamos decir que la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica, la propiedad, los derechos político-electorales y la no discriminación vienen a constituir un pilar fundamental de derechos; y de manera general, siguiendo a Rawls, cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Es decir, en términos más amplios las libertades y derechos individuales.

Vale reiterar que el pensamiento *comunitarista* representa un modelo que, más que atacar al liberalismo para proponer una alternativa epistemológica, presenta una serie de alternativas a considerar para perfeccionar la corriente liberal, pues, como se ha visto, estas corrientes filosóficas no se excluyen necesariamente entre sí y, por el contrario, se complementan. Así, bajo un modelo comunitarista es válido señalar derechos tales como los de dotar de mayor participación social, política y de construcción de los derechos de los ciudadanos en las cosas públicas que les afectan, de mayor incentivación de las acciones colectivas, el derecho a que los ciudadanos conozcan la verdad, la historia y la cultura de su país y un fuerte impulso de los valores de identidad y pertenencia.

Con todo, para justificar el criterio material de incorporación de los derechos humanos y fundamentales, desde el punto de vista de la filosofía política del liberalismo clásico se tienen como tesis principales:

- o) Sostener, mediante el recurso teórico del iusnaturalismo racionalista, una concepción contractualista del origen del Estado;
- p) Sustentar la idea del Estado como antítesis del hombre natural -el Estado como mal menor-;
- q) Fundamentar una postura individualista del hombre;
- r) Subrayar que el consentimiento es el fundamento del poder político;

- s) Conciben de forma pesimista la naturaleza del ser humano -egoísmo, interés propio, cálculo racional, etc.-;
- t) Es prioridad lo justo sobre lo bueno;
- u) Defender un énfasis universalista en las concepciones del hombre y de la sociedad;
- v) Defender un carácter universalista de los derechos humanos de los individuos;
- w) Plantear que los derechos humanos son inherentes al individuo;
- x) Privilegiar la tesis de la racionalidad instrumental sobre la de la racionalidad deliberativa;
- y) Creer en el progreso de la historia humana;
- z) Desconfiar del Estado, la política y la mayoría ciudadana, como expresión de la voluntad popular;
- aa) Sostener la propiedad como un derecho de los individuos; y,
- bb) Sostener la tesis del Estado neutral;

Especialmente para el liberalismo de John Rawls las principales propuestas son:

- a) Rawls reemplaza a la noción tradicional de contrato social por el de acuerdo, el cual no se lleva a cabo efectivamente, sino que es hipotético. A esta situación hipotética equitativa Rawls le da el nombre de *posición original*;
- b) La teoría de Rawls se basa en la idea de que únicamente a partir de una situación imparcial se puede llegar a resultados imparciales. De allí que él mismo llame a su teoría *justicia como imparcialidad*;
- c) A decir de Rawls: una sociedad que satisfaga los principios de justicia como imparcialidad se acerca en lo posible a un esquema voluntario, ya que cumple con los principios que consentirían personas libres e iguales en condiciones que son imparciales. En este sentido, sus miembros son autónomos y las obligaciones que reconocen son autoimpuestas;
- d) Los dos principios de justicia, que Rawls llama su *concepción especial de la concepción general*, son: 1º Cada persona ha de tener un derecho igual

- al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás; y 2º Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de tal modo que: i) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos; y, ii) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos;
- e) Tras la elección de estos principios en la posición original, vendrá su proceso de implementación. La segunda etapa en este proceso es la de la convención constitucional, en la cual se escoge una constitución que establezca los derechos y libertades básicas de los ciudadanos. La tercera etapa es la legislativa. En ella se consideran las leyes y políticas que serán adoptadas. La cuarta y última etapa es la de aplicación de esas reglas por parte de los jueces y otras autoridades a los casos particulares.

Ahora bien, desde la perspectiva comunitarista, materialmente los derechos de las personas, se tienen como tesis principales:

- d. Los pensadores comunitaristas esperan, por lo general, que el marco político común cree las condiciones necesarias para que dentro de una comunidad en específico, se anime al individuo a asumir compromisos con valores colectivos, como son la reciprocidad, la confianza o la solidaridad, valores que no pueden ser disfrutados por los individuos con independencia de los demás, ya que son necesarios los vínculos fuertes dentro de sus miembros, quienes de esta forma compartirán una noción sobre el bien común y ciertos vínculos afectivos de estimación;
- e. Esta postura se encuentra en clara oposición a la idea de la neutralidad estatal, pues se considera que si el pueblo soberano no puede pronunciarse en el ámbito político sobre cuestiones morales y actuar en consecuencia;
- f. Se deduce que cualquier opción moral asumida por los ciudadanos es equivalente a otras.

De lo anterior podemos señalar que las críticas comunitaristas al liberalismo consisten en señalar el individualismo, el formalismo moral y el desarraigo del individuo a la comunidad. Para el comunitarismo el “yo” liberal es un ser desvinculado y desarraigado; por el contrario, conciben a un sujeto estrechamente vinculado con su respectiva comunidad constitutiva. De esta suerte el “yo” comunitarista forma su identidad individual o colectiva a partir de su inclusión y participación en unas circunstancias morales y normativas particulares que le permiten asumir nociones de justicia.

Asumido el rol desvinculado del “yo” liberal, la libertad de elección de la mano de la prioridad del sujeto sobre la sociedad conlleva una libertad vacía sin referencias concretas de las circunstancias de la comunidad en la que la despliega, construyéndose seres egoístas desprovistos de valores compartidos y de una visión de interés colectivos comunes. En particular, “el límite de lo justo está señalado por el contexto cultural y comunitario en el que los sujetos desarrollan sus planes particulares de vida y en el que se conforman los acuerdos normativos que hacen posible la vida comunitaria”.⁴²³

De esta manera, en un Estado Constitucional de Derecho los derechos humanos y los derechos fundamentales, materialmente hablando, no sólo se construyen de los derechos liberales clásicos occidentales surgidos de las llamadas generaciones de derechos y los previstos constitucionalmente llamados, incluso, derechos de justificación Occidental; sino también de los que aquellos ciudadanos, con base en su conocimiento de su comunidad, de su identidad e involucramiento en las cosas públicas, lleguen a incorporar.

Idea de un Estado Constitucional de Derecho con un esquema de derechos de que pasa por considerar una alta carga de reconocimiento de derechos humanos

⁴²³ Cortés Rodas, Francisco, *Liberalismo, comunitarismo y ética comunicativa*, Daimon Revista Internacional de Filosofía, no. 15, 1997, p.95. <http://revistas.um.es/daimon/article/view/9351/9101> (Fecha de consulta 31/07/2018).

y fundamentales, liberales y comunitaristas, con amplias garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales para su protección.

De ahí que todos los derechos que tengan las características formales y materiales que he señalado serán considerados dentro del catálogo de derechos de un sistema jurídico concreto. Así, se hace necesario abordar el tema del “sistema jurídico” desde los criterios de la lógica formal a fin construir una teoría axiomática, situación que se verá en el siguiente capítulo.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - Bajo la denominación de constitucionalismo, al menos en su fase inicial, se alude a un constitucionalismo de impronta liberal que surge como consecuencia de las revoluciones del siglo XVIII, el cual ve en los derechos humanos, el límite y freno del poder político.

SEGUNDA. - Los Estados constitucionales son aquellos que cuentan con una Constitución, y, sobre todo, que la misma sea de tipo liberal, esto es, que garantice las libertades de los ciudadanos y contemple la división de poderes; por consiguiente, se trata de una Constitución normativa que preserva los derechos y limita el ejercicio del poder a través de instituciones como rigidez y supremacía constitucional.

TERCERA. - El modelo de organización política y jurídica propio del *neoconstitucionalismo* es el Estado constitucional de Derecho.

CUARTA. - Un modelo de Estado Constitucional de Derecho cuenta con un esquema donde se tiene una alta carga de reconocimiento de derechos humanos y fundamentales, liberales y comunitaristas, con amplias garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales de protección.

CAPÍTULO QUINTO

**PROPUESTA DE DESARROLLO DE UN
SISTEMA AXIOMÁTICO**

CAPÍTULO QUINTO

PROPUESTA DE DESARROLLO DE UN SISTEMA AXIOMÁTICO

5.1 Introducción.

La presente propuesta de sistema axiomático tiene el objetivo de mostrar, con base en los criterios de la lógica como son la simbólica, la deóntica, la modal y la cuantificacional principalmente, la formalización de los criterios formales y materiales de incorporación de los derechos humanos y derechos fundamentales al sistema jurídico concreto.

Se trata de una axiomatización estrictamente formal que prescinde de las condiciones materiales reales como pudieran ser qué o cuáles derechos sí o no están reconocidos en un país determinado. En otras palabras, para efectos del presente apartado no es relevante conocer el contenido de los derechos, ya humanos ya fundamentales, ni su forma de garantía jurídica; lo importante es presentar un desarrollo lógico sistémico de aquellas reglas que nos permiten reconocer a un derecho como parte del catálogo y de sus garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

5.2 Desarrollo del sistema.

Sistema axiomático de relación deóntica sobre los criterios de incorporación de los derechos humanos” y derechos fundamentales. Es decir, un análisis formal de las normas o de las proposiciones que tratan acerca de las normas. Entiendo un argumento siempre se refiere a un acto o una proposición concerniente a un acto.

1. *Elementos o términos primitivos*, introduzco como términos primitivos los siguientes: permisión, modalidad, expectativa, garantía y respaldo. Simbolizados con las letras P, MO, EX, GA y RE.

Son axiomas del sistema:

A1. Para toda conducta, o está permitida su comisión, o está permitida su omisión.

$$(x) (Px \vee Pox)$$

A2. Para todo argumento, existe la expectativa de comportamiento si, y sólo si, existe también la correspondiente modalidad por virtud de la cual no está permitida la omisión o no está permitida la comisión de la conducta.

$$(x) ((\Sigma r) EXrx) \leftrightarrow ((\Sigma y) MODyx \wedge \neg Pox \vee \neg Px)$$

A3. Para todo argumento, existe una relación entre sujetos si, y sólo si, la conducta de uno está en relación con la conducta de otro, y la conducta del otro está en esa relación con la del primero.

$$(SU') (SU'') (((\Sigma) (RS SU' SU'')) \leftrightarrow (SU'x \equiv SU''x))$$

A4. Para todo argumento, de toda modalidad y expectativa existe la correspondiente determinación normativa.

$$(r) (x) ((MOrx \wedge EXrx) \rightarrow ((\Sigma) (DNrx)))$$

A5. Para todo argumento, de toda determinación normativa existe una garantía.

$$(r) (x) ((DNrx) \rightarrow ((\Sigma) (GARx)))$$

A6. Para todo argumento, de toda exigencia existe una modalidad.

$$(r) (x) ((\Sigma) EXGrx) \rightarrow ((\Sigma) (MODrx))$$

5.3 Sistema deóntico general.

Se sigue de A1, que de toda conducta: a) o está permitida tanto la comisión como la omisión, b) o está permitida la omisión, pero no está permitida la comisión,

c) o está permitida la comisión, pero no está permitida la omisión; e, imposible que no esté permitida ni la comisión, ni la omisión. En este sentido, a partir de la permisión –operador deóntico base-, los conceptos deónticos o normativos de facultativo (FA), de prohibido (PO) y de obligatorio (O), son definidos, como sigue:

D1. Facultativo, es cuando de una conducta, está permitida su comisión (de hacer) y está permitida su omisión (de no hacer).

$$FAx = \text{def } Px \wedge Pox$$

D2. Prohibido, es cuando de una conducta, está permitida su omisión, pero no está permitida su comisión.

$$POx = \text{def } Pox \wedge \neg Px$$

D3. Obligatorio, es cuando de una conducta, está permitida su comisión, pero no está permitida su omisión.

$$Ox = \text{def } Px \wedge \neg Pox$$

Ahora bien, si observamos en su conjunto las definiciones de los conceptos deónticos, surgen relaciones de equivalencia.

$$T1. (x) (Px \equiv \neg POx) \quad A1, D2$$

$$T2. (x) (Px \equiv \neg Oox) \quad A1, D3$$

$$T3. (x) (Pox \equiv \neg Ox) \quad T2$$

$$T4. (x) (Pox \equiv \neg POox) \quad T1$$

$$T5. (x) (POx \equiv \neg Px) \quad T1$$

$$T6. (x) (POx \equiv Oox) \quad T5, T2$$

$$T7. (x) (Ox \equiv \neg Pox) \quad T2$$

T8. $(x) (Ox \equiv POox)$

T6

Toda vez que, el operador facultativo no permite definir a los demás operadores se toma como su equivalente “facultativo que no”.

T9. $(x) (FAx \leftrightarrow FAox)$

D1

O bien, esquemáticamente:

Teorema	Equivalente	Operador	Texto
T1	Px	$\neg POx$	No prohibido
T2	Px	$\neg Oox$	No obligatorio que no
T3	Pox	$\neg Ox$	No obligatorio
T4	Pox	$\neg POox$	No prohibido que no
T5	POx	$\neg Px$	No permitido que
T6	POx	Oox	Obligatorio que no
T7	Oox	$\neg Pox$	No permitido que no
T8	Ox	$POox$	Prohibido que no
T9	FAx	$FAox$	Facultativo que no

Con el uso monádico de los anteriores conceptos se adscriben propiedades -deónticamente cualifican-. Sin embargo, para las expresiones con aspecto políadico -y, más específicamente, diádico-, referentes al tipo de relación existente,

incluyo la noción de *modalidad* (MO). Entiendo a la modalidad como la figura de determinación deóntica; no denota lo facultativo, lo prohibido o lo obligatorio, sino la facultad (FC), la prohibición (PH) o la obligación (OG). Propongo como modalidades: la permisión positiva (PP) (o de hacer), la permisión negativa (PN) (o de no hacer), la facultad, la obligación y la prohibición.

D4. Permisión positiva, es la modalidad de lo permitido de.

$$(r) (x) ((PPrx) \equiv (MOrx \wedge Px))$$

D5. Permisión negativa, es la modalidad de lo permitido de no.

$$(r) (x) ((PNrox) \equiv (MOrx \wedge Pox))$$

D6. Facultad, es la modalidad de lo facultativo.

$$(r) (x) ((FCrx) \equiv (MOrx \wedge FAX))$$

D7. Prohibición, es la modalidad de lo prohibido.

$$(r) (x) ((PHrx) \equiv (MOrx \wedge POx))$$

D8. Obligación, es la modalidad de lo obligatorio.

$$(r) (x) ((OGrx) \equiv (MOrx \wedge Ox))$$

D4-D8, se leen:

D4. *-a tiene o existe-* la permisión positiva de x , si, y sólo si, r es modalidad de x y está permitida la comisión de x .

D5. *-a tiene o existe-* la permisión negativa de no x , si, y sólo si, r es modalidad de x y está permitido omitir x .

D6. *-a tiene o existe-* la facultad de o de no x , si, y sólo si, r es modalidad de x y x es facultativo.

D7. *-a tiene o existe-* la prohibición de x , si, y sólo si, r es modalidad de x y x está prohibido.

D8. *-a tiene o existe-* la obligación de x , si, y sólo si, r es modalidad de x y x es obligatorio.

En una relación deóntica, debemos separar los comportamientos propios de los ajenos. Me explico, en las actuales comunidades políticas las acciones de sus miembros, generalmente, son reguladas por sistemas normativos, lo cual supone la realización de los actos de conformidad con ese orden normativo. Creándose **el concepto de “expectativa”**, consistente en la pretensión de observar el comportamiento previsto; de tal manera que, expectativa entraña, esperar determinado acto de parte del agente de la modalidad. Propongo dos tipos: expectativa positiva o de comisión y expectativa negativa o de omisión (D9).

$$D9. (x) (EX) = (EXx \vee EXox)$$

T10. En toda relación entre los sujetos de una expectativa y una modalidad, una está en relación con la otra, y la otra está en esa relación con la primera.

$$(r) (x) ((MO \wedge EX) \rightarrow (MOrx \rightarrow EXxr)) \quad A3.$$

En este sentido, sujeto es la persona en quien recae la comisión u omisión de la conducta (D9).

$$D9. (x) (SUx) = (SUx \vee SUox)$$

Antes de seguir con el desarrollo del sistema axiomático, considero oportuno mostrar algunos ejemplos de lo hasta aquí dicho. Con base, en el concepto de permisión defino los términos de lo facultativo, lo prohibido y lo obligatorio, mismos que, en el contexto monádico, asignan propiedades.

Para todos los mexicanos, el servicio de las armas obligatorio.

Votar es obligatorio.

Los servicios profesionales son obligatorios.

El día 5 de febrero, el descanso es obligatorio:

Código Civil, artículo 1305. Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho.

Código Civil, artículo 1305. La ley no concede acción para reclamar lo que se gana en juego prohibido.

Visitar al amigo enfermo es permitido.

En algunas sociedades, está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En materia penal es permitido no juzgar por analogía.

Con ciertas reservas, votar es facultativo, aunque su comisión se supone obligatoria, el ciudadano puede optar por la omisión.

Afiliarse o no afiliarse al sindicato es facultativo para el trabajador.

Contextos diádicos.

El arrendador tiene el derecho de recibir el pago de la renta (modalidad) con la obligación de cubrir la cantidad debida en la fecha y lugar convenidos del arrendatario (expectativa).

El propietario tiene el derecho de disposición de la cosa (modalidad) y el derecho de no sustracción de los demás (expectativa).

La prohibición del Estado de interferir (expectativa) con la permisión de expresarse libremente de las personas (modalidad).

La permisión de no testar de los menores de dieciséis años (modalidad) con la expectativa de no realización de otros sujetos.

El derecho del operario de recibir un salario por sus servicios (modalidad) con la obligación de pago del patrón (expectativa).

La confianza del amigo con la expectativa de reciprocidad.

Cito textualmente, la fracción III del artículo 2412 del Código Civil para el Distrito Federal: “El arrendador está obligado, aunque no haya pacto expreso: III A no estorbar ni embarazar de manera alguna el uso de la cosa arrendada, a no ser por causa de reparaciones urgentes e indispensables;”

Con base, en T6 que establece la equivalencia de POx y Oox –está prohibida la comisión y es obligatorio omitir, respectivamente-, la conducta contenida en el citado numeral, si bien puede calificarse de obligatoria, lo es también que su equivalente deóntico es de prohibido del arrendador.

5.4 Sistema jurídico (SJ).

Para los fines de este capítulo sólo interesan las conductas en cuanto contenido de las normas, excluyendo de análisis su consideración en cuanto hecho real o acontecido. Asimismo, cabe expresar la idea de que el comportamiento humano es determinado por los sistemas normativos y cuando se habla de las diversas manifestaciones del actuar humano se hace referencia a las distintas orientaciones de la conducta determinada por normas⁴²⁴. Entiendo al sistema jurídico como una especie de los sistemas normativos porque lo componen normas de conducta establecidas lingüísticamente como proposiciones o enunciados que tienen por objeto influir en el comportamiento, dirigir o guiar la conducta en un

⁴²⁴ De acuerdo con el Hans Kelsen: “Las normas de un ordenamiento regulan siempre conducta humana; sólo el comportamiento humano es regulable mediante normas”; e, inclusive: “la conducta humana regulada por un orden normativo es ora una acción determinada por ese orden, ora la omisión de esa acción”. Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*; trad. Roberto J. Vernengo, Porrúa, México, 2002, p. 28.

sentido o en otro y, por supuesto, evaluar o determinar la condición normativa de las acciones; no obstante, es conveniente diferenciar entre “normas” y “enunciados normativos”, es decir, si bien las normas pueden formularse mediante lenguaje⁴²⁵, la norma no es esa serie de signos lingüísticos sino el sentido que expresan⁴²⁶. De este modo cuando estamos frente a un texto jurídico sus artículos no son normas sino enunciados normativos; las normas son los significados jurídicos atribuidos a tales enunciados, lo cual pasa por la interpretación de éstos⁴²⁷.

En este sentido, inicio con la delimitación de las normas como pertenecientes al sistema jurídico y con ayuda de los conceptos deónticos y modalidades pretendo el desarrollo de la noción de “determinación normativa de las conductas”, se trata de proposiciones sobre el contenido deóntico de las conductas, es decir, de la forma en que éstas son determinadas o guiadas por las normas de un sistema jurídico. Posteriormente se vinculan los temas de modalidad, expectativa, sujetos de derecho, relación jurídica y derecho subjetivo y, muy importante, sus implicaciones en los términos “derechos fundamentales” y “derechos humanos”.

El sistema jurídico se vale de los conceptos de lo permitido, prohibido y obligatorio de las conductas. Estos operadores deónticos guardan relación con los operadores modales: lo permitido con lo posible, lo prohibido con lo imposible y lo obligatorio con lo necesario; en consecuencia, lo permitido se refiere a la autorización o poder -se puede-, lo prohibido a la exigencia de no realizar -no se debe-, y lo obligatorio a la exigencia de realizar -se debe-⁴²⁸.

⁴²⁵ Llamado “prescriptivo”.

⁴²⁶ Sobre ello Carlos Alchourrón escribe lo siguiente: “Por “norma” interpreto *el significado* que pueda atribuirse a una expresión lingüística, no la propia expresión lingüística”. Alchourrón, Carlos. “*Sobre Derecho y lógica*”, Isonomía, No. 13, 2000, p. 20.

⁴²⁷ Por el momento no me detengo en cuestiones de interpretación jurídica, baste mencionar que la asignación de sentido a los enunciados normativos constituye la manera específica o el contenido en que la conducta humana se encuentra determinada por la norma. Esta determinación hace posible que distintos enunciados normativos expresen una misma norma: “no permitido omitir el pago de impuesto” y “obligatorio el pago de impuestos”; o que un mismo enunciado normativo exprese más de una norma: “está permitido pescar, pero se prohíbe en tiempo de veda”.

⁴²⁸ Para las similitudes de los conceptos *modales* posible, necesario e imposible con los *deónticos* o normativos permisión, prohibición y obligación, *cfr.*, Von Wright, Georg Henrik. *Un ensayo de lógica*

El permiso como concepto primitivo de regulación en las conductas establece que: o está permitida su comisión o está permitida su omisión (A1). Siendo el caso que la letra “x” representa una conducta o un comportamiento, la lectura de las fórmulas “Px”, “Pox”, “POx”, “Ox” y “FAX”, se corresponde con las siguientes oraciones: está permitida la comisión de x, es posible la acción (se puede); está permitida la omisión de x, es posible la omisión de la conducta (se puede no); está prohibida la comisión de x, imposible la acción (no se puede hacer); es obligatorio x, se exige hacer x (no se puede no hacer); es facultativo x, está permitida la comisión y, al mismo tiempo, está permitida la omisión (se puede y se puede no).

Sigo con la forma de operar de los conceptos deónticos primitivos en un sistema jurídico. Convengo en señalar que la asignación deóntica de la conducta deviene del contenido de las normas de un sistema jurídico en tanto otorgan la determinación normativa⁴²⁹; con lo cual no sugiero que en el sistema se contemple la regulación de toda acción⁴³⁰, sino tan sólo que su reglamentación propicia una calificación jurídica que permite guiar y evaluar las conductas humanas.

Ahora bien, una norma jurídica confiere la determinación normativa de la conducta si, y sólo si, pertenece al sistema jurídico (D11); una norma pertenece al sistema jurídico si, y sólo si, por virtud de una fuente jurídica es establecida (D12); se consideran fuentes jurídicas, tanto el acto de promulgación normativa por autoridad competente, como la obtenida por derivación de otras normas (D13); la norma establecida a través de una fuente jurídica, se califica de jurídica (D14).

$$D11. NOx = DNx \leftrightarrow ((\Sigma) SJ)$$

deóntica y la teoría general de la acción, trad. de Ernesto Garzón Valdés, UNAM-IIF, México, 1998, pp. 9-19.

⁴²⁹ “En el conocimiento dirigido a las normas jurídicas no interesan -lo que debe subrayarse permanentemente- los individuos en cuanto tales, sino sólo determinadas acciones y omisiones de los mismos, determinadas por normas jurídicas, configurando el contenido de las mismas”; *Cfr.*, Kelsen, *op. cit.*, p. 179.

⁴³⁰ Incluso con frecuencia encontramos que algunas conductas no se encuentran o tienen una deficientemente determinación normativa; verbigracia, en México se carece de la reglamentación en materia de protección y rehabilitación de las víctimas que sufrieron por “tráfico de personas”.

D12. $\text{NOx} (\Sigma) \text{SJ} \leftrightarrow (\text{FJx})$

D13. $\text{FJx} = \text{APx} \wedge \text{DVx}$

D14. $\text{NJx} = \text{FJNOx}$

Con base en estos elementos, reúno las figuras de $(\text{Px} \vee \text{Pox})$ y “NJx”, para subrayar lo siguiente: toda vez que para el sistema jurídico la determinación normativa de la permisión es conferida por la norma jurídica, la notación “JPx” se traduce con las oraciones “la norma jurídica confiere la permisión de la comisión de x” o “jurídicamente está permitida la comisión de x” y, a su vez, “la norma jurídica confiere la permisión de la omisión de x” o “jurídicamente está permitida la omisión de x”, por la fórmula: “JPox”.

En el discurso jurídico, la proposición “JPx” sugiere dos situaciones: primero, que se puede hacer “x”, que una norma permite su comisión, y; segundo, la ausencia de alguna norma que prohíba la comisión de “x”, es decir, se permite la acción de x porque no está prohibida (“todo lo que no está prohibido, está permitido”). Para los efectos de la determinación normativa de las conductas, se excluyen aquellas que por virtud de su no-prohibición están “implícitamente permitidas” y sólo serán atendibles las conductas explícitamente contenidas en las normas del sistema jurídico, es decir, desde una caracterización de permisión fuerte de las acciones⁴³¹.

⁴³¹ Para Eugenio Bulygin, dentro del uso descriptivo de los operadores deónticos la oración “p está permitido” es ambigua, puede decir que una norma permite la acción o el estado de cosas p; pero en un sentido diferente, puede decir que p no está prohibido. Proponiendo dos conceptos de permisión diferentes: *permisión positiva* -la primera- y *permisión negativa* -la segunda-; *vid.*, Bulygin, Eugenio. *Lógica deóntica*, pp. 129-141, en Alchourrón, Carlos E (editor). *Lógica*, Madrid, Trotta, 1995. En México el Dr. Rolando Tamayo separa a la “permisión débil” de la “permisión expresa” o fuerte; de ausencia de regulación jurídica, la primera y, establecida expresamente por una fuente jurídica, la segunda. Y agrega: “De la diferencia señalada se desprende una consecuencia práctica muy importante: en el caso de la permisión débil no existe un fundamento jurídico para O –conducta humana- (el sujeto puede O porque no está obligada su omisión). En cambio, cuando la permisión está expresamente concedida por un derecho, éste, justamente (o, mejor, su fuente) se convierte en un fundamento jurídico para O”. *Vid.*, Tamayo y Salmorán, Rolando. “*Derechos humanos*” y la teoría de los derechos. *Un criterio*, Doxa, No. 9, 1991, pp. 189-204.

Anteriormente, aludí a la analogía de lo permitido con lo posible, de lo prohibido con lo imposible y de lo obligatorio con lo exigido. En esta dirección, el enunciado “está permitida la comisión de la conducta”, es equivalente con las oraciones: “no es obligatoria su omisión” y “no está prohibida su comisión”; decir que “está permitida la omisión de la conducta”, es equivalente a decir: “no es obligatoria su comisión” y “no está prohibida su omisión”. E, inversamente, “no está permitida la comisión de la conducta”, es equivalente con las oraciones: “es obligatoria su omisión” y “está prohibida su comisión”; afirmar que “no está permitida la omisión de la conducta”, es equivalente a decir: “es obligatoria su comisión” y “está prohibida su omisión”.

En el uso diádico como modalidades: “la permisión de comisión”, es equivalente con las oraciones: “la no obligación de omisión” y “la no prohibición de comisión”; “la permisión de omisión”, es equivalente con: “la no obligación de comisión” y “la no prohibición de omisión”; “la no permisión de comisión”, es equivalente con las oraciones: “la obligación de omisión” y “la prohibición de comisión”; “la no permisión de omisión”, es equivalente con: “la obligación de comisión” y “la prohibición de omisión”.

Acortando: las normas del sistema jurídico, en contextos de predicados monádicos, determinan normativamente el modo de la conducta (permitida su comisión, permitida su omisión, prohibida, obligatoria); asimismo, en contextos diádicos de relación, determinan la modalidad de la conducta (permisión positiva, permisión negativa, prohibición, obligación).

Determinación normativa de la conducta: está permitida, o la comisión o la omisión si, y sólo si, una norma jurídica confiere o su comisión o su omisión (T11); está prohibida si, y sólo si, una norma jurídica confiere permiso de omisión, pero no de comisión (T12); es obligatoria si, y sólo si, una norma jurídica confiere permiso de comisión, pero no de omisión (T13).

$$T11. (x) ((Px \vee Pox) \leftrightarrow (JPx \vee JPox))$$

T12. $(x) (JPOx) \leftrightarrow (JPOx \wedge \neg JPx)$

T13. $(x) (JOx) \leftrightarrow (JPx \wedge \neg JPOx)$

En iguales condiciones, por interdefinibilidad:

T15. $(x) (JPx \equiv \neg JPOx)$ T11, T13

T16 $(x) (JPx \equiv \neg JOox)$ T11, T14

T17. $(x) (JPOx \equiv \neg JOx)$ T16

T18. $(x) (JPOx \equiv \neg JPOox)$ T15

T19. $(x) (JPOx \equiv \neg JPx)$ T15

T20 $(x) (JPOx \equiv JOox)$ T19, T16

T21. $(x) (JOx \equiv \neg JPOx)$ T16

T22. $(x) (JOx \equiv JPOox)$ T20

Si bien, en ocasiones el lenguaje del discurso jurídico se dispone a determinar normativamente la conducta, en otras sirve en indicar la permisión (*de o de no*), la prohibición o la obligación de algo o de alguien; se trata de los contextos diádicos, de la secuencia finita de operadores deónticos y, por ende, el uso de las modalidades deónticas -en lo sucesivo modalidades jurídicas-. Son modalidades jurídicas: permisión positiva, es la modalidad de lo permitido de (T24); permisión negativa, es la modalidad de lo permitido de no (T25); facultad, es la modalidad de lo facultativo (T26); prohibición, es la modalidad de lo prohibido (T27), y; obligación, es la modalidad de lo obligatorio (T28).

T24. $(r) (x) ((JPPrx) \equiv (MOrx \wedge JPx))$

T25. $(r) (x) ((JPNrox) \equiv (MOrx \wedge JPOx))$

T26. (r) (x) ((JPHrx) \equiv (MOrx \wedge JPOx))

T27. (r) (x) ((JOGrx) \equiv (MOrx \wedge JOx))

Provocándose evidentes correspondencias entre conceptos deónticos de determinación normativa y modalidades jurídicas. Es decir, las equivalencias entre las modalidades de obligación y prohibición con las modalidades de permisión positiva y negativa (T29-T32); las relaciones por exclusión entre facultad, obligación y prohibición (T33-T35) y entre de permisión positiva y negativa (T36, T37).

T29. (r) (x) ((JOGrx) \equiv (JPPrx \wedge \neg JPNrox))

T30. (r) (x) ((JPHrx) \equiv (JPProx \wedge \neg JPPrx))

T31. (r) (x) ((JPPrx) \equiv (JFCrx \vee JOGrx))

T32. (r) (x) ((JPProx) \equiv (JFCrx \vee JPHrx))

T33. (r) (x) ((JFCrx) \rightarrow (\neg JOGrx \wedge \neg JPHrx))

T34. (r) (x) ((JOGrx) \rightarrow (\neg JFCrx \wedge \neg PHrx))

T36. (r) (x) ((JPHrx) \rightarrow (\neg JFACrx \wedge \neg JOGrx))

T36. (r) (x) (JPPrx \rightarrow \neg JPHrx)

T37. (r) (x) (JPProx \rightarrow \neg JOGrx)

T38. (r) (x) ((MODrx) \equiv (JPPrx \vee JPNrox))

T39. (r) (x) ((MODrx) \equiv (JFACrx \vee JOGrx \vee JPHrx))

T40. (r) (x) (MODrx \equiv MODrox)

T41. (r) (x) (JOGrx \equiv JPHrox)

T42. (r) (x) (JPHrx \equiv JOGrox)

T43. (r) (x) (JFCrx \equiv JFCrox)

Vale recuperar la idea de expectativa de comportamiento, o sea, la pretensión o el interés que tiene un individuo al esperar que otro realice o no realice una determinada conducta. De acuerdo con D9, existe expectativa positiva y expectativa negativa; por reemplazo: jurídicamente expectativa de comisión (D15) y jurídicamente expectativa omisión (D16).

D15. EXx = JEXx

D16. EXox = JEXox

Por un momento, conjeturemos sobre las correlaciones de expectativas en el uso monádico de determinación normativa: el permiso de comisión, equivale a la no expectativa negativa (D17); el permiso de omisión, equivale a la no expectativa positiva (D18); el no permiso de comisión, equivale a la expectativa negativa (D19), y; el no permiso de omisión, equivale a la expectativa positiva (D20).

D17. JPx = \neg JEXox

D18. JPox = \neg JEXx

D19. \neg JPx = JEXox

D20. \neg JPox = JEXx

De la relación de expectativas y las modalidades jurídicas deriva: la permisión positiva, equivale a la no expectativa negativa (D21); la permisión negativa, equivale a la no expectativa positiva (D22); la no permisión positiva, equivale a la expectativa negativa (D23) y; la no permisión negativa, equivale a la expectativa positiva (D24).

D21. JPPrx = \neg JEXrox

$$D22. \text{JPNrox} = \neg \text{JEXrx}$$

$$D23. \neg \text{JPPrx} = \text{JEXrox}$$

$$D24. \neg \text{JPNrox} = \text{JEXrx}$$

Fue establecido en T19 y T21, lo siguiente: los no permisos de comisión y de omisión, equivalen a la comisión, tanto de lo prohibido como de lo obligatorio, respectivamente. Agrego las definiciones D19 y D20, y derivó: existe expectativa negativa si, y sólo si, se prohíbe la comisión de la conducta (T45), y; existe expectativa positiva si, y sólo si, es obligatoria la comisión de la conducta (T46).

$$T45. (x) (((\Sigma) \text{JEXox}) \equiv (\text{JPOx})) \quad T19, D19.$$

$$T46. (x) (((\Sigma) \text{JEXx}) \equiv (\text{JOx})) \quad T21, D20.$$

Y, como prohibida la omisión equivale a la obligatoria comisión (T22) y, a su vez, la obligatoria omisión equivale a prohibida la comisión (T20); se desprende: existe expectativa positiva si, y sólo si, es prohibido omitir (T47); existe expectativa negativa si, y sólo si, es obligatorio omitir (T48); más aun, con D17 y D18: la inexistencia de expectativa negativa si, y sólo si, no está prohibida la comisión (T49); la inexistencia de expectativa positiva si, y sólo si, no es obligatoria la comisión (T50); la inexistencia de expectativa positiva y expectativa negativa si, y sólo si, es facultativo (T51).

$$T47. (x) (((\Sigma) \text{JEXx}) \equiv (\text{JPOox})) \quad T22, T46$$

$$T48. (x) (((\Sigma) \text{JEXox}) \equiv (\text{JOox})) \quad T20, T45$$

$$T49. (x) ((\neg (\Sigma) \text{JEXox}) \equiv (\neg \text{JPOx})) \quad T15, D17.$$

$$T50. (x) ((\neg (\Sigma) \text{JEXx}) \equiv (\neg \text{JOx})) \quad T17, D18.$$

$$T51. (x) ((\neg (\Sigma) \text{JEXx} \wedge \neg \text{JEXox}) \equiv (\text{JFAx})) \quad T12, D15, D16, D21, D22$$

Las correlaciones biunívocas de las figuras expectativas y modalidades se alcanzan, acudiendo, primero, a los ya citados T19 y T21; segundo a los teoremas T27 y T28, para señalar a la prohibición y a la obligación como las modalidades de lo prohibido y de lo obligatorio -las cuatro de comisión-. De tal manera que: existe expectativa negativa si, y sólo si, hay prohibición de comisión (T52), y; existe expectativa positiva si, y sólo si, hay obligación de comisión (T53).

T52. $(x) (((\Sigma r) JEXrox) \equiv ((\Sigma y) JPHyx))$ T19, T27, D23.

T53. $(x) (((\Sigma r) JEXrx) \equiv ((\Sigma y) JOGyx))$ T21, T28, D24.

Siguiendo a los teoremas T42 y T43, son equivalentes: prohibición de omisión y obligación de comisión, y obligación de omisión con prohibición de comisión. De forma que validamente tenemos: existe expectativa positiva si, y sólo si, hay prohibición de omisión (T54); existe expectativa negativa si, y sólo si, hay obligación de omisión (T55); más aun con D23 y D24: la inexistencia de expectativa negativa si, y sólo si, no hay prohibición de comisión (T56); la inexistencia de expectativa positiva si, y sólo si, no hay obligación de comisión (T57); la inexistencia de expectativa positiva y expectativa negativa si, y sólo si, hay una facultad (T58).

T54. $(x) (((\Sigma r) JEXrx) \equiv ((\Sigma y) JPHyox))$ T42, T51

T55. $(x) (((\Sigma r) JEXrox) \equiv ((\Sigma y) JOGyox))$ T43, T52

T56. $(x) ((\neg (\Sigma r) JEXrox) \equiv (\neg (\Sigma y) JPHyx))$ T37, D23

T57. $(x) ((\neg (\Sigma r) JEXrx) \equiv (\neg (\Sigma y) JOGyx))$ T38, D24

T58. $(x) ((\neg (\Sigma r) JEXrx \wedge JEXrox) \equiv ((\Sigma y) JFCyx))$ T12, D21, D22

Pero, las expectativas, como pretensión de conducta esperada, no sólo se vinculan con las normas jurídicas de determinación normativa que confieren el comportamiento esperado, siendo el caso que también guardan relaciones con las fuentes jurídicas del sistema. Me refiero a las expectativas de comportamiento por

virtud del establecimiento de normas jurídicas: a) es claro que los encargados de elaborar las normas jurídicas al regular las conductas esperan un determinado comportamiento de sus destinatarios; por ejemplo, el Congreso, con el acto de promulgar una ley, en las normas confiere la determinación normativa de las conductas pero, simultáneamente, espera la comisión u omisión de las acciones ahí reguladas⁴³²; b) por derivación de otras normas del sistema, estoy pensando, por ejemplo, una circular, un contrato, una sentencia, un testamento, etcétera. Lo cierto es que, en ambas, está la expectativa de comportamiento ajeno -o de los destinatarios- y, en la medida en que se lleve a cabo, es el grado de efectividad de la ley, es decir, una expectativa de efectividad.

He argumentado en el sentido del uso de los conceptos jurídicos lo permitido, lo prohibido y lo obligatorio, de sus modalidades y sus correspondencias con las expectativas, ahora mi planteamiento es determinar el enlace entre el acto de promulgación de las normas jurídicas y las expectativas. Mi propuesta es mostrar los nexos de las expectativas con el acto de promulgación de las normas jurídicas, partiendo de la base de que, éste acto conlleva, tanto la determinación normativa de las conductas como las expectativas de la autoridad en el comportamiento de los destinatarios. Apuntaba, de toda conducta, o el permiso de comisión o el permiso de omisión -T11-, de los alcances del término para definir a los demás conceptos deónticos de determinación normativa con base en su analogía con los conceptos modales. Los conceptos deónticos, en contextos monádicos, de su asignación de propiedades y, en contextos diádicos, de su relación con las expectativas y, de éstas, con las modalidades. De ahí, planteo la idea de que: si, como el resultado de la actividad realizada en la fuente jurídica de las normas del sistema, existe un acto de promulgación, entonces existe determinación normativa de las conductas (T59); si existe un acto de promulgación normativa, entonces existen expectativas (T60); si hay una fuente jurídica de producción normativa, entonces existen expectativas (T61).

⁴³² Un término muy similar es “la intención del legislador”.

T59. $(x) ((FJrx \rightarrow ((\Sigma) APrx)) \rightarrow ((\Sigma) DNx))$ D11, D12, D13, D14,
T11, T12, T13, T14

T60. $(x) ((\Sigma) APrx \rightarrow (\Sigma) JEXx)$ D13, D9, D15, D16

T61. $(x) (FJrx \rightarrow (\Sigma) JEXx)$ D9, D15, D16, T57,
T58

En efecto, las expectativas del acto de promulgación dependen del tipo de determinación normativa, esto es: la promulgación del permiso de comisión, implica la no expectativa negativa (T62); la promulgación del permiso de omisión, implica la no expectativa positiva (T63); la promulgación de prohibido la comisión, implica la expectativa negativa (T64); la promulgación de obligatoria la comisión, implica la expectativa positiva (T65); la promulgación de prohibida omisión, implica la expectativa positiva (T66); la promulgación de obligatoria omisión, implica la expectativa negativa (T67); la promulgación de lo facultativo, implica la no expectativa positiva y la no expectativa positiva (T68).

T62. $(x) ((APry \wedge JPrx) \rightarrow (\neg JEXyox))$ D15, D17, T11, T59, T60

T63. $(x) ((APry \wedge JProx) \rightarrow (\neg JEXyx))$ D16, D18, T11, T59, T60

T64. $(x) ((APry \wedge JPOrx) \rightarrow (JEXyox))$ T45, T59, T60

T65. $(x) ((APry \wedge JOrx) \rightarrow (JEXyx))$ T46, T59, T60

T66. $(x) ((APry \wedge JPOrox) \rightarrow (JEXyx))$ T47, T59, T60

T67. $(x) ((APry \wedge JOrox) \rightarrow (JEXyox))$ T48, T59, T60

T68. $(x) ((APry \wedge JFArx) \rightarrow (\neg JEXyx \wedge \neg JEXyox))$ T51, T59, T60

Expectativas del acto de promulgación en contextos diádicos de determinación normativa: la promulgación de la permisión de comisión, implica la no expectativa negativa (T69); la promulgación de la permisión de omisión, implica

la no expectativa positiva (T70); la promulgación la prohibición de comisión, implica la expectativa negativa (T71); la promulgación de la obligación de comisión, implica la expectativa positiva (T72); la promulgación de la prohibición de omisión, implica la expectativa positiva (T73); la promulgación de la obligación de omisión, implica la expectativa negativa (T74); la promulgación de la facultad, implica la no expectativa positiva y la no expectativa positiva (T75).

T69. (x) ((APry ^ JPPrx) → (¬ JEXyox))	D15, D21, T24, T59, T60
T70. (x) ((APry ^ JPNrox) → (¬ JEXyx))	D16, D22, T25, T59, T60
T71. (x) ((APry ^ JPHrx) → (JEXyox))	T52, T59, T60
T72. (x) ((APry ^ JOGrx) → (JEXyx))	T53, T59, T60
T73. (x) ((APry ^ JPHrox) → (JEXyx))	T54, T59, T60
T74. (x) ((APry ^ JOGrox) → (JEXyox))	T55, T59, T60
T75. (x) ((APry ^ JFCrx) → (¬ JEXyx ^ ¬ JEXyox))	T58, T59, T60

Se aprecian correspondencias entre las expectativas, tanto con los modos jurídicos como con sus modalidades y, entre los modos jurídicos y modalidades del acto de promulgación con las expectativas; ambas poseen una relación simétrica (A2) y la correspondiente determinación normativa (A3) de parte de las normas del sistema jurídico. En esencia, existe expectativa positiva si, y sólo si, existe lo no permitido de omisión, lo obligatorio de comisión o lo prohibido de omisión (T76); existe expectativa negativa si, y sólo si, existe lo no permitido de comisión, lo obligatorio de omisión o lo prohibido de comisión (T77); la inexistencia de expectativa positiva si, y sólo si, existe lo permitido de omisión, lo no obligatorio de comisión o lo no prohibido de omisión (T78); la inexistencia de expectativa negativa si, y sólo si, existe lo permitido de comisión, lo no obligatorio de omisión o lo no prohibido de comisión (T79); existe expectativa positiva si, y sólo si, existe la no permisión negativa, la obligación de comisión o la prohibición de omisión (T80);

existe expectativa negativa si, y sólo si, existe la no permisión positiva, la obligación de omisión o la prohibición de comisión (T81); la inexistencia de expectativa positiva si, y sólo si, existe la permisión negativa, la no obligación de comisión o la no prohibición de omisión (T82); la inexistencia de expectativa negativa si, y sólo si, existe la permisión positiva, la no obligación de omisión o la no prohibición de comisión (T83).

T76. $(x) ((\Sigma) JEXx) \equiv ((\Sigma) \neg JPOx \vee JOx \vee JPOox)$ A2, D20, T46,
T47, T65, T66

T77. $(x) ((\Sigma) JEXox) \equiv ((\Sigma) \neg JPx \vee JOox \vee JPOx)$ A2, D19, T45,
T48, T64, T67

T78. $(x) (\neg (\Sigma) JEXx) \equiv ((\Sigma) JPOx \vee \neg JOx \vee \neg JPOox)$ D18,
T50, T63

T79. $(x) (\neg (\Sigma) JEXox) \equiv ((\Sigma) JPx \vee \neg JOox \vee \neg JPOx)$ D17,
T49, T62

T80. $(x) ((\Sigma r) JEXrx) \equiv ((\Sigma y) \neg JPNyox \vee JOGyx \vee JPHyox)$ A2, D24,
T53, T54, T72, T73

T81. $(x) ((\Sigma r) JEXrox) \equiv ((\Sigma y) \neg JPPyx \vee JOGyox \vee JPHyx)$ A2, D23,
T52, T55, T71, T74

T82. $(x) (\neg (\Sigma r) JEXrx) \equiv ((\Sigma y) JPNyox \vee \neg JOGyx \vee \neg JPHyox)$ D22,
T57, T58

T83. $(x) (\neg (\Sigma r) JEXrox) \equiv ((\Sigma y) (JPPyx \vee \neg JOGyox \vee \neg JPHx))$ D21,
T56, T59

Anteriormente aduje que las conductas expresamente permitidas (permisión “fuerte” o “explicita”) son el objeto de estudio de este sistema jurídico. Así, debemos distinguir entre el modo o el carácter del contenido de las normas; es decir, con el

carácter se identifican normas permisivas, prohibidas u obligatorias y, con el contenido, aquello que se puede, no se puede o se exige realizar o no realizar; por tanto, la determinación normativa establece el carácter de las conductas contenidas en las normas. Aunado a ello, y coincidiendo en que a través de sus normas el sistema jurídico guía, establece, evalúa o requiere la conducta humana, es dable considerar como sujeto de derecho al individuo -o individuos- en quienes recae la comisión u omisión de la conducta regulada (D25).

$$D25. (x) (SDx) = (SDx \wedge DNx)$$

En estas circunstancias, vale mencionar a los sujetos de las conductas, para lo cual denomino: “activo” al sujeto o sujetos a los cuales las normas jurídicas les confieren la permisión de hacer u omitir determinada conducta (D25), y; “pasivo” al sujeto o sujetos a los cuales las normas jurídicas les confieren la obligación de hacer o de omitir -prohibición de comisión- cierta conducta (D26).

$$D25. SAx = JPEyx \vee SPNyox$$

$$D26. SPx = JOGyx \vee JPHYx$$

Retomando A3 y D10 podemos decir: existe una relación jurídica entre sujetos si, y sólo si, sus conductas están determinadas normativamente y la conducta de un sujeto guarda relación con la conducta de otro (T84); inclusive: de un sujeto activo y un sujeto pasivo, si existe una relación jurídica, entonces la conducta de uno implica la correspondiente conducta del otro (T85), y viceversa (T86).

$$T84. (x) (((\Sigma) RJ (SURx \wedge SUyx)) \leftrightarrow ((DNx)) \wedge (SURx \rightarrow SUyx))) \quad A3, D10$$

$$T85. (x) (((\Sigma) RJ (SAx \wedge SPx) \rightarrow (SAx \rightarrow SPx))) \quad A3, D10, D35, D26, T85$$

T86. (x) (((Σ) RJ (SPx \wedge SAx) \rightarrow (SPx \rightarrow SAx)) A3, D10, D35,
D26, T85

Podemos agregar que en la medida en que el sujeto pasivo actúe conforme la norma exige hacerlo o exige no hacerlo, en esa medida cumple con su obligación o prohibición, o sea, acata la norma; de lo contrario, su comportamiento viola la norma, lo que significa una transgresión a la expectativa del sujeto activo. Dicho incumplimiento es motivo para un conflicto donde el sujeto activo puede reclamar la realización de la conducta por la omisión (de la obligación) o la no realización de la comisión (de la prohibición) del sujeto pasivo⁴³³.

Es decir, se trata de la importancia de los mecanismos encargados del reestablecimiento de las condiciones de orden en la determinación normativa de expectativas, con otras palabras de la función que realizan los Órganos Judiciales enfocada a resolver si en el litigio propuesto se cumplen las condiciones que las normas generales determinan para su aplicación al caso concreto; entre sus resoluciones destacan: asignar la correcta determinación normativa a la conducta de los sujetos y sancionar o anular los comportamientos o actos que contrariaren las normas jurídicas. Dichos instrumentos fungen como garantías de legalidad y coherencia del sistema (D27). Así, la necesaria existencia de Órganos Judiciales (D28), que diriman controversias, sancionen transgresiones y anulen actos (D29)⁴³⁴.

⁴³³ Kelsen advierte: "Según el tipo y manera en que las conductas sean exigidas o prohibidas, cabe distinguir diversos tipos -se trata de tipos ideales, no de tipos empíricos. El sistema social puede requerir un determinado comportamiento humano sin enlazar al cumplimiento o incumplimiento de la orden consecuencia alguna. Pero también puede exigir determinada conducta humana y simultáneamente ligar a ese comportamiento la concesión de una ventaja, de un premio; o, a la conducta contraria, una desventaja, una pena (en el sentido más amplio del término). El principio según el cual determinado comportamiento humano trae una respuesta consistente en una recompensa o una sanción, es el principio de retribución." *op. cit.*, pp. 38-39.

⁴³⁴ Por ejemplo, juicios civiles, penales, laborales, administrativos, etc., que diriman controversias; sanciones como multas, arrestos, encarcelamientos, etc., y anulaciones por vicios del acto jurídico. Por otro lado, excedería los límites de esta investigación el desarrollo de los sujetos expectantes con atribuciones sancionadoras. Si la Asamblea de Representantes del Distrito Federal promulga una ley (acto de promulgación) que prohíbe (modo) fumar en bares y restaurantes (expectativa negativa). En tal virtud, podemos decir que surge una relación jurídica entre los habitantes del Distrito Federal (sujeto agente) quienes tienen la prohibición (modalidad) de no fumar en bares y restaurantes y, en sentido amplio, la autoridad (sujeto expectante) que espera la no comisión de la conducta

D27. $(x) (((\Sigma) JGA_{rx}) \rightarrow ((\Sigma) JGL_{rx} \wedge JGC_{rx}))$

D28. $(x) (((\Sigma) JGA_{rx}) \rightarrow ((\Sigma) JOJ_{rx}))$

D29. $(x) (((\Sigma) JOJ_{rx}) \rightarrow (JDC_{rx} \wedge JST_{rx} \wedge JAA_{rx}))$

Si tenemos en cuenta que el sujeto activo tiene la permisión de hacer u omitir cierta conducta, de acuerdo con la determinación normativa del sistema, me parece muy importante agregar que desde mi punto de vista en una relación jurídica debemos tener en cuenta dos situaciones coimplicadas; esto es, decir que un sujeto tiene la permisión de hacer u omitir una conducta

Con base en lo hasta ahora argumentado, convengo en definir: *Derecho subjetivo, es la permisión de la conducta del sujeto activo* (D30). Y como titular a la persona concreta poseedora de un derecho subjetivo (D31).

D30. $DS_x \equiv PSE_x$

D31. $TIT_x \equiv JPD_x$

Destaco algunas referencias aclaratorias; el sistema, mediante sus normas jurídicas, determina: primero, lo permitido de comisión u omisión de las conductas y, de ahí, lo obligatorio y lo prohibido; segundo, el tipo de modalidad que corresponde a cada uno de los modos de las conductas; tercero, condiciona la existencia de la relación jurídica entre conductas; cuarto, el desarrollo y consecuencias que se desprende a la relación jurídica entre las conductas de un sujeto activo y otro pasivo; quinto, la existencia de los Órganos Judiciales encargados de dirimir controversias, sancionar trasgresiones y anular actos, y; sexto, las garantías de legalidad y coherencia del sistema.

En otros términos: derecho subjetivo, es la autorización otorgada por el sistema jurídico para que el titular realice o no realice la conducta expresamente

(expectativa negativa); en definitiva, la autoridad es sujeto expectante -es decir no ajeno a la relación- con atribuciones de sanción.

conferida y, en razón de su relación jurídica tiene la expectativa de un determinado comportamiento de parte del sujeto pasivo; en el entendido de que en esa relación los actos contrarios a la norma de este último implican para el primero la garantía o el poder jurídico de exigir, por un lado, el cumplimiento de su expectativa y, por el otro, la imposición de la sanción o anulación previstas. Esto es, que el Órgano Judicial mediante la aplicación de normas generales resuelva si los actos realizados u omitidos por los sujetos se adecuan o no a los supuestos de la norma y, por tanto, proceda o no la imposición de las consecuencias jurídicas del caso.

Así, podemos decir que entre titular y sujeto pasivo existe una relación jurídica si, y sólo si, a la determinación normativa de sus conductas les corresponde una garantía y que la expectativa coliga determinada conducta del sujeto pasivo (T90); la expectativa negativa del titular implica la prohibición de comisión del sujeto pasivo (T91); la expectativa positiva del titular implica la obligación de comisión del sujeto pasivo (T92).

T90. (r) (y) (x) (((Σ) RJ (TITry ^ SPrx)) \leftrightarrow (((DN (y ^ x)) \rightarrow (GARx)) ^ (TITry \rightarrow SPrx))) A4, D31, D32, T85

T91. (r) (x) (TIErox \rightarrow SPHrx) T88, T90

T92. (r) (x) (TIErx \rightarrow SOGrx) T89, T90

A través de la figura de derecho subjetivo apunto en distanciar la localización y funcionamiento de las expresiones “derechos fundamentales”⁴³⁵ y “derechos humanos” con un planteamiento de análisis de ambos conceptos en relación con lo hasta aquí expuesto. Con esa finalidad, por el momento, utilizo la palabra “exigencias” como sinónimo de dichas expresiones.

Históricamente las exigencias se clasifican en dos grandes grupos: exigencias civiles y políticas, y exigencias sociales. Comprenden exigencias civiles

⁴³⁵ Otros similares son: derechos constitucionales o garantías individuales (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

y políticas, la tutela y protección de la vida e integridad física y moral de la persona, la libertad, la seguridad, participación en la vida pública; pretenden el reconocimiento de la autonomía y libertad de la persona. Por otro lado, las exigencias sociales pretenden mejorar las condiciones materiales de vida de las personas a través de la protección de prestaciones de tipo social, económico y cultural.

Las personas protegidas generalmente se insertan en oraciones muy aproximadas a: “todo hombre tiene el derecho de”, “toda persona tiene derecho a”, “todo individuo tiene derecho a”, “ningún hombre puede ser”, “ningún hombre podrá ser”, “ninguna persona podrá ser”, “nadie podrá ser”, “toda persona debe ser”, “toda persona deberá ser”, “es inviolable el derecho de”, “está prohibida la”, “queda prohibida la”, “no se le puede obligar a”, “nadie debe verse obligado a”, “nadie podrá ser obligado a”, etcétera. Por los poderes públicos “gobierno”, “poder”, “poderes”, “Estado” y “Estados miembros”, entre otras.

Su aplicación en predicados monádicos ofrece algunas semejanzas: “todo hombre se presume inocente mientras no se demuestre lo contrario”⁴³⁶ y “está prohibido condenar sin juicio previo”; “nadie podrá ser privado de su propiedad”⁴³⁷ y “es obligatorio no privar propiedades”; “que la libertad de prensa es uno de grandes baluartes de la libertad, y que jamás puede restringida sino por un gobierno despótico”⁴³⁸ y “restringir la libertad de prensa no está permitido”; “queda prohibida la esclavitud”⁴³⁹ y “es obligatorio no esclavizar a las personas”; “nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”⁴⁴⁰ y “asociarse obligatoriamente no está permitido”.

Es oportuno comentar sobre los sujetos implicados en las exigencias, es decir, de las personas protegidas y los responsables de no conculcar las exigencias;

⁴³⁶ Artículo 9. Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, Francia 1789.

⁴³⁷ Artículo 17. Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU 1948.

⁴³⁸ Artículo XII. Declaración de Derechos, Virginia 1776.

⁴³⁹ Artículo 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

⁴⁴⁰ Artículo 20. Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU 1948.

tengo en mente dos tipos de correlaciones: una, entre los individuos, y; dos, entre los individuos y el poder político. Las exigencias que se imponen en una relación entre los individuos son básicamente de derechos y deberes negativos, es decir, una persona tiene el derecho a no ser molestada por los demás, pero también tiene el deber de abstenerse de molestar a los otros; en las relaciones entre los individuos y el poder político, la actuación de éste, además de ser negativa pues no debe interferir en la esfera de actuación de las personas protegidas por las exigencias, es positiva consistente en el deber de proporcionar prestaciones como vivienda, salud, trabajo, etcétera. Así, al papel protector de las exigencias, se vincula con la imposición de límites al ejercicio de quien ostenta el poder en la sociedad obligándole o prohibiéndole a desempeñar determinados comportamientos. En la relación de los individuos con el poder político respectivamente los llamo sujeto protegido y sujeto responsable (D33). Deduciendo: si existe una exigencia, entonces existen sujeto protegido y sujeto responsable (T93); una exigencia, conlleva o la prohibición de comisión o la obligación de comisión (T94); una exigencia implica una modalidad de comportamiento del sujeto responsable (T95).

$$D33. INx \wedge PLx = SPx \wedge SRx$$

$$T93. (r) (x) (((\Sigma) EXGrx) \rightarrow (SPrx \wedge SRrx)) \quad D33, T10$$

$$T94. (r) (x) ((EXGrx) \rightarrow (PHrx \vee OGrx)) \quad A5, D8, D7$$

$$T95. (r) (x) ((EXGrx) \rightarrow (MODrx \wedge SRrx)) \quad A5, D33, T93, T94$$

Volviendo la vista al sistema jurídico, designe determinación normativa de la conducta a la calificación deducida de los conceptos deónticos contenidos en las normas, en esta línea las exigencias al proteger también cualifican deónticamente los actos -permisiones de expresión, de asociación, de reunión, o la prohibición de sufrir vejaciones o discriminación, la obligación de suministrar la salud, educación, trabajo, etcétera-; ahora bien, de ello no se sigue que las exigencias pertenezcan al sistema jurídico toda vez que, éste, de la D12 a la D14 limita su inclusión a las normas establecidas o por un acto de promulgación o por derivación de las

anteriores. Con base en estos elementos, son exigencias jurídicas las establecidas por virtud de una fuente jurídica (D34). Por reemplazo: una exigencia jurídica, conlleva o la prohibición de comisión o la obligación de comisión (T96); jurídicamente decir que alguien es sujeto protegido, implica que otro es sujeto responsable (T97); decir que alguien es el sujeto protegido equivale a decir que el mismo es el sujeto activo de la exigencia jurídica (T98); decir que alguien es el sujeto responsable equivale a decir que el mismo es el sujeto pasivo de la exigencia jurídica (T99).

D34. $JEGx = EXGx \wedge FJx$

T96. $(r) (x) ((JEGrx) \rightarrow (JPHrx \vee JOGrx))$ T94

T97. $(r) (x) ((JSPrx) \rightarrow (JSRrx))$ D34, T93

T98. $(r) (x) ((JSPrx \wedge JEGrx) \rightarrow (SArx))$ D25,
D33, T93

T99. $(r) (x) ((JSRrx \wedge JEGrx) \rightarrow (SPrx))$ D26,
D33, T93

La pertenencia de las exigencias al sistema jurídico -particularmente por su carácter protector- presenta varios efectos: a) la determinación normativa de las conductas en ellas contenidas, y; b) conjuntamente brindan protección y limitan la actuación del poder político, o sea, las permisiones de las conductas obsequiadas por las exigencias jurídicas al sujeto activo están relacionadas con las específicas modalidades de comportamiento del sujeto pasivo. En esta tesitura, el sujeto activo o protegido tendrá el derecho de hacer o de omitir la conducta concedida en la exigencia jurídica pero, cabe agregar, que a su actuar se corresponde una expectativa sobre el proceder del sujeto pasivo. En otros términos: exigencias jurídicas implican la determinación normativa de sus conductas; los sujetos de las exigencias jurídicas están en relación jurídica si, y sólo si, sus conductas están determinadas normativamente y la conducta de un sujeto está en relación con la

conducta del otro sujeto (T85); inclusive: de sujeto activo y sujeto pasivo, si la conducta de uno implica la correspondiente conducta del otro, entonces existe una relación jurídica (T86).

$$D25. SAx = (SPPrx \vee SPNrox) \vee (SDErx \vee SDErox)$$

$$D26. SPx = SOGrx \vee SPHrx$$

$$T85. (r) (y) (x) (((\Sigma) RJ (SUy \wedge SUx)) \leftrightarrow ((DN (y \wedge x)) \wedge (SUry \rightarrow SURx)))$$

A2, D10

$$T86. (r) (x) (((SArx \rightarrow SPrx) ((\Sigma) RJ (SArx \wedge SPrx)))$$

D25,
D26, T85

La circunstancia de que dos sujetos tengan una relación jurídica consigue que, a partir del derecho otorgado al sujeto activo, se desprenda una cierta expectativa en la actuación del pasivo; al sujeto activo que goza de un derecho y por tanto, de una expectativa lo llamo sujeto expectante (D27). Derivo: si la conducta del sujeto expectante implica la correspondiente conducta del sujeto pasivo, entonces existe relación jurídica (T87); la expectativa negativa del sujeto expectante implica la prohibición de comisión del sujeto pasivo (T88); la expectativa positiva del sujeto expectante implica la obligación de comisión del sujeto pasivo (T89).

$$D27. SErx = DRrx \wedge EXrx$$

$$T87. (r) (x) ((SErx \rightarrow SPrx) \rightarrow ((\Sigma) RJ (SArx \wedge SPrx)))$$

D27,
T85, T86

$$T88. (r) (x) (SEXrox \rightarrow SPHrx)$$

T52, T81

$$T89. (r) (x) (SEXrx \rightarrow SOGrx)$$

T53, T80

Centrándome en las relaciones en el carácter de las entidades de las exigencias jurídicas Se aprecian las afinidades de las exigencias con los derechos

subjetivos; ambas figuras pertenecen al sistema jurídico e incluyen la determinación normativa del modo de la conducta, la modalidad de comportamiento del sujeto responsable en una relación; a pesar de ello presentan diferenciaciones, por decir con el derecho subjetivo se asocia la permisión de su transferencia, esto es, la facultad o el poder que tiene el titular para trasladar ese derecho y, en sentido opuesto, las exigencias jurídicas se asumen como inalienables, o sea de intransferibles e irrenunciables por las personas a quienes protege. A reserva de ofrecer posteriores elementos de juicio, defino: derechos fundamentales, son los derechos subjetivos que establecen las exigencias jurídicas (D34); derecho subjetivo de exigencia es el derecho subjetivo de una exigencia jurídica (D35); por tanto, si existe un derecho fundamental, entonces existe un derecho subjetivo de exigencia (T100); un derecho subjetivo de exigencia y una expectativa negativa implican una prohibición de comisión (T101); un derecho subjetivo de exigencia y una expectativa positiva implican una obligación de comisión (T102).

$$D34. DFx = DSx \wedge JEGx$$

$$D35. DSEx = DSx \wedge JEGx$$

$$T100. (r) (x) ((\Sigma) DFrx) \rightarrow ((\Sigma) DSErx)) \quad D34, D35$$

$$T101. (r) (x) (DSErx \wedge JEXrox) \rightarrow JPHrx)) \quad D35, T96, T98$$

$$T102. (r) (x) (DSErx \wedge JEXrx) \rightarrow JOGrx)) \quad D35, T96, T99$$

Toda vez que D25 expresa la respectiva similitud de las formulas “permisión de comisión” y “permisión de omisión” y “derecho *de*” y “derecho *a*”. De esta forma decir que una exigencia jurídica confiere permisión de comisión de la conducta equivale a decir que esa exigencia jurídica confiere el derecho de

En estas circunstancias, vale mencionar a los sujetos de las conductas, para lo cual convengo: “activo”, es el sujeto o sujetos a los cuales las normas jurídicas les confieren la permisión o el derecho a cometer u omitir determinada conducta (D25), y; “pasivo” es el sujeto o sujetos a los cuales las normas jurídicas les

confieren la obligación de hacer o de omitir -prohibición- (D26). Retomando A2 y D10 podemos decir señalar: existe una relación jurídica entre sujetos si, y sólo si, sus conductas están determinadas normativamente y la conducta de un sujeto está en relación con la conducta del otro sujeto (T85); inclusive: de sujeto activo y sujeto pasivo, si la conducta de uno implica la correspondiente conducta del otro, entonces existe una relación jurídica (T86).

$$D25. SAx = (SPPrx \vee SPNrox) \vee (SDErx \vee SDErox)$$

$$D26. SPx = SOGrx \vee SPHrx$$

Por reemplazo: una exigencia jurídica, conlleva o la prohibición de comisión o la obligación de comisión (T96); jurídicamente decir que alguien es sujeto protegido, implica que otro es sujeto responsable (T97). Aunó las coimplicaciones de T52 y T53 entre expectativas negativas y positivas y las modalidades de prohibición y obligación de comisión, útiles en establecer los puntos de intersección en la serie exigencia-expectativa-modalidad: exigencia jurídica y expectativa negativa traen consigo a la prohibición de comisión (T98); exigencia jurídica y expectativa positiva traen consigo a la obligación de comisión (T99).

$$T96. (r) (x) ((JEGrx) \rightarrow (JPHrx \vee JOGrx)) \quad T94$$

$$T97. (r) (x) ((JSPrx) \rightarrow (JSRrx)) \quad T93$$

$$T98. (r) (x) (JEGrx \wedge JEXrox) \rightarrow JPHrx) \quad T52, T96$$

$$T99. (r) (x) (JEGrx \wedge JEXrx) \rightarrow JOGrx) \quad T53, T96$$

Asoman las afinidades de las exigencias con los derechos subjetivos; ambas figuras pertenecen al sistema jurídico e incluyen la determinación normativa del modo de la conducta, la modalidad de comportamiento del sujeto responsable en una relación; a pesar de ello presentan diferenciaciones, por decir con el derecho subjetivo se asocia la permisión de su transferencia, esto es, la facultad o el poder que tiene el titular para trasladar ese derecho y, en sentido opuesto, las exigencias

jurídicas se asumen como inalienables, o sea de intransferibles e irrenunciables por las personas a quienes protege. A reserva de ofrecer posteriores elementos de juicio, defino: derechos fundamentales, son los derechos subjetivos que establecen las exigencias jurídicas (D34); derecho subjetivo de exigencia es el derecho subjetivo de una exigencia jurídica (D35); por tanto, si existe un derecho fundamental, entonces existe un derecho subjetivo de exigencia (T100); un derecho subjetivo de exigencia y una expectativa negativa implican una prohibición de comisión (T101); un derecho subjetivo de exigencia y una expectativa positiva implican una obligación de comisión (T102).

$$D34. D Fx = D Sx \wedge J E Gx$$

$$D35. D S E x = D S x \wedge J E G x$$

$$T100. (r) (x) ((\Sigma) D F r x) \rightarrow ((\Sigma) D S E r x)) \quad D34, D35$$

$$T101. (r) (x) (D S E r x \wedge J E X r o x) \rightarrow J P H r x)) \quad D35, T96, T98$$

$$T102. (r) (x) (D S E r x \wedge J E X r x) \rightarrow J O G r x)) \quad D35, T96, T99$$

Hago notar que los derechos fundamentales establecidos no son atribuibles a alguna persona en concreto, no siendo correctas las afirmaciones “el señor *M* es titular del derecho fundamental de libertad”, “tengo el derecho fundamental político”; toman su lugar los enunciados “todas las personas”, “todos los ciudadanos”, “todos los individuo”, etc.; sin embargo, a diferencia de las exigencias -generales o no jurídicas- que tienen como destinatarios a cualquier persona del género humano, lo que ocurre con los derechos fundamentales, es que se adscriben a todos y cada de los individuos que se encuentren dentro del sistema y, por ello, su aplicación, protección y limitación están circunscritas a los ámbitos de aplicación de las normas del sistema jurídico de que se trate. En consecuencia, del sistema jurídico se sigue la determinación normativa de los derechos fundamentales (T103); derechos fundamentales implican una modalidad de comportamiento (T104).

$$T103. (x) ((S J x \rightarrow (D N x \rightarrow D F x)) \quad A3, D11, D14, D33, D34$$

T104. (r) (x) (DFrx \rightarrow (MODrx))

T103

Los derechos fundamentales se clasifican en: a) derechos de seguridad e integridad psíquica y física; b) derechos de seguridad jurídica; c) derechos de libertad; d) derechos políticos, y; e) derechos sociales (D35).

D35. DFX \rightarrow DSIx \vee DSJx \vee DLBx \vee DPTx \vee DSCx

Ahondando, la conformación de los derechos fundamentales de un sistema jurídico, por virtud de la sociedad entre exigencias y derechos subjetivos, supone lo siguiente: se protege la vida, la seguridad, la libertad, etc., de las personas y, a su vez, son un límite en el ejercicio del poder político en el sentido de condicionarlo a la realización o no realización de determinados actos. Precisamente la modalidad en el comportamiento del poder político dependerá del derecho fundamental involucrado: los derechos fundamentales de seguridad e integridad psíquica y física, implican la prohibición de comisión (T105)⁴⁴¹; los derechos fundamentales de seguridad jurídica, implican la prohibición de comisión (T106); los derechos fundamentales de libertad, implican la prohibición de comisión (T107); los derechos fundamentales políticos, implican la prohibición de comisión (T108), y; los derechos fundamentales sociales, implican la obligación de comisión (T109). Todavía, cabe agregar la idea de garantía para el reestablecimiento del orden normativo, o sea la existencia de Órganos Judiciales que resuelvan los conflictos producto de la vulneración de los derechos fundamentales. De ahí, que los derechos fundamentales implican una garantía (T110); los derechos fundamentales implican la existencia de un Órgano Judicial (T111).

T105. (r) (x) (DSIrx \rightarrow (JPHrx))

D35, T104

T106. (r) (x) (DSJrx \rightarrow (JPHrx))

D35, T104

⁴⁴¹ La prohibición de comisión es equivalente a la obligación de omisión (T43), por lo que son indistintas las oraciones “la obligación de omisión del poder político” y “la prohibición de comisión del poder político”.

T107. (r) (x) (DLBrx) → (JPHrx))	D35, T104
T108. (r) (x) (DPTrx) → (JPHrx))	D35, T104
T109. (r) (x) (DSCrx) → (JOGrx))	D35, T104

Los derechos subjetivos de exigencia, al igual que en los fundamentales, sus ámbitos de aplicación se circunscriben a la determinación normativa del sistema, pero en cambio a ellos se unen expectativas negativas y positivas, de tal suerte que funcionan confiriendo protección de una específica exigencia con el agregado de que conllevan la modalidad de la conducta del poder político o sujeto responsable. La modalidad le permite al sujeto expectante tener, en alguna medida, la certeza de acatamiento del comportamiento esperado de parte del sujeto agente, toda vez que este último tiene el conocimiento de que su actuación, además de ceñirse a los requerimientos de formación y contenido del sistema, está limitada a la prohibición de comisión o la obligación de comisión. Obtengo, que: los derechos subjetivos de exigencias de seguridad e integridad psíquica y física implican una expectativa negativa (T110); los derechos subjetivos de exigencias de seguridad jurídica, implican una expectativa negativa (T111); los derechos subjetivos de exigencias de libertad, implican una expectativa negativa (T112); los derechos subjetivos de exigencias políticas, implican una expectativa negativa (T113); los derechos subjetivos de exigencias sociales, implican una expectativa positiva (T114); un derecho subjetivo de exigencias de seguridad e integridad psíquica y física, de seguridad jurídica, de libertad, políticas; y una expectativa negativa, implican la prohibición de comisión (T157); un derecho subjetivo de exigencias sociales y una expectativa positiva, implican la obligación de comisión (T116).

T110. (r) (x) (DSlrx ^ JEXrox)	T101, T105
T111. (r) (x) (DSJrx ^ JEXrox)	T101, T106
T112. (r) (x) (DLBrx ^ JEXrox)	T101, T107
T113. (r) (x) (DPTrx ^ JEXrox)	T101, T108

T114. (r) (x) (DSCrx ^ JEXrx)

T102, T109

T115. (r) (x) (DSlrx ^ DSJrx ^ DSLBrx ^ DPTrx) ^ JEXrox) → JPHrx))
T101, T110, T111, T112, T113

T116. (r) (x) (DSCrx ^ JOGrx) → JOGrx))

T102, T114

En este orden de ideas, baste mencionar algunos de los derechos subjetivos de exigencias, que corresponden a los subconjuntos de derechos fundamentales:

a) establecen exigencias de protección del individuo en sí mismo: el derecho de no sufrir esclavitud, el derecho de no sufrir discriminación, el derecho de no sufrir la pena de muerte, el derecho de inviolabilidad de la correspondencia y el derecho de inviolabilidad del domicilio;

b) establecen exigencias de protección jurídica del individuo: el derecho de la igualdad ante la ley, el derecho de irretroactividad de la ley en perjuicio, el derecho de asistencia por letrado, el derecho de jurisdicción, y en general el derecho de las formalidades procesales;

c) establecen exigencias de protección en la esfera de actuación del individuo: el derecho de propiedad, el derecho de asociación, el derecho de reunión, el derecho de expresión, el derecho de petición, el derecho de residencia, el derecho de libre circulación, el derecho de información;

d) establecen exigencias de protección a la participación política de los individuos: el derecho de sufragar, el derecho de participar en partidos políticos, el derecho de ser elegido, el derecho de exigir la rendición de cuentas de los funcionarios, el derecho de acceso a cargos públicos, el derecho de participar en las decisiones;

e) establecen exigencias de protección a recibir prestaciones positivas individuales o colectivas: el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad de la remuneración, el derecho a la sindicación,

el derecho a la seguridad social, el derecho a la educación, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano, el derecho al consumo, el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos.

Especiales son los derechos de exigencias-deberes donde el titular del derecho lo es también de la obligación del mismo argumento:

f) establecen exigencias-deberes: el derecho a la educación obligatoria, el derecho al servicio social obligatorio, el derecho a los servicios públicos obligatorios.

Recapitulando, el uso de los derechos fundamentales nos lleva a enunciados, tales como: “todo individuo gozará de los derechos fundamentales”, “todos tienen derecho a la seguridad e integridad psíquica y física”, “todos tienen los derechos de libertad”, “todos los ciudadanos mexicanos tienen derecho a la participación política”, “los derechos de libertad implican la obligación de los demás, incluido el poder político, a no interferir”, “los derechos sociales implican la obligación del poder político de proporcionarlos”. El uso de los derechos subjetivos de exigencias: “la libertad de expresión es un derecho”, “la elección del trabajo o profesión es un derecho”, “*M* tiene o *existe* el derecho de información”, “*M* tiene o *existe* el derecho de no ser juzgado por tribunales especiales”, “*M* tiene o *existe* el derecho de participar en las elecciones”, “si *M* tiene o *existe* el derecho a la salud entonces el poder político tiene la obligación de brindar salubridad”, “tenemos la obligación de respetar las creencias religiosas de los demás porque *existe* el derecho de libertad religiosa”, “tenemos la prohibición de respetar las opiniones de los demás porque *existe* el derecho de libertad de expresión”.

Considero adecuado argumentar acerca de la noción de la *validez de las normas deónticas del sistema*, la cuestión es ¿por qué podemos decir que una norma pertenece o existe?; con base en los elementos que proporciona el sistema jurídico, el tema de la existencia se reduce a su proceso de creación, esto es, decir que una norma pertenece o existe en el sistema equivale a decir que fue establecida por una de sus fuentes y, por lo tanto, confiere determinación de observancia obligatoria a las conductas de sujetos y Órganos Jurídicos. Es claro que la respuesta

aun es insatisfactoria, por lo que en mi planteamiento la validez de las normas jurídicas requiere el cumplimiento de dos condicionantes: su proceso de creación y la conformidad de contenido con los derechos fundamentales y subjetivos de exigencias. Con todo, en las definiciones D11 a D14 se establece, que la existencia o pertenencia jurídica dependerá del hecho de su origen, o sea que provenga de una fuente jurídica, ya de un acto de promulgación ya por derivación de otras normas.

Más complicado es la conformidad de contenido, desde mi punto de vista el contenido de las normas jurídicas que brindan determinación normativa a las conductas debe corresponderse con el de los derechos fundamentales y subjetivos de exigencias porque no respetar el contenido de estos derechos vinculantes para el poder político conduciría a una sociedad con un gobierno autoritario; se trata de imponer un límite y de evitar la posibilidad de que los actos del poder político interfirieran o vedan esa esfera de protección de los individuos. Y, es que, la atribución de “fundamentales” a ciertos derechos deviene de su función de exigencias de protección o de irradiación material, tanto a los derechos subjetivos como en la creación de normas y, en general, de los actos en el ejercicio del poder; concretando decir que una *norma deóntica es válida* infiere que es producto de una fuente jurídica y su contenido se corresponde con los derechos fundamentales y subjetivos de exigencias de un sistema jurídico. Argüir de consistente a un sistema por derivación de la congruencia lógica es imposible, puesto que empíricamente existen casos en que una acción es, a la vez, obligatoria y prohibida, o bien prohibida y permitida su comisión. En resumen: contenido de derecho fundamental es el otorgado por los derechos fundamentales y subjetivos de exigencias del sistema (D36); una norma jurídica es válida si, y sólo si, es producto de una fuente jurídica y su contenido se corresponde con el contenido de derecho fundamental (T117).

$$D36. CDFx = DFx \wedge DSEx$$

$$T117. (x) ((NJVx) \leftrightarrow (FJx \wedge CDFx)) \quad D11, D12, D13, D14, D36$$

La protección de los derechos fundamentales y subjetivos de exigencias tiene dos aspectos, primero, su reconocimiento o positivización⁴⁴² y, segundo, el establecimiento de los medios de protección, defensa y respeto. Las garantías protegen en caso de transgresiones o vulneraciones provenientes del poder político e, igualmente, protegen de las alteraciones que hagan perder o modificar el contenido de los derechos. Se trata de la existencia de Órganos Jurídicos encargados de vigilar el acatamiento y respeto de los derechos, sancionando y/o anulando⁴⁴³ los actos de aplicación o producción de las normas jurídicas⁴⁴⁴ que violen los derechos; en síntesis, tienen como fin, resguardar la congruencia de los actos en ejercicio del poder con los derechos fundamentales y subjetivos de exigencia, es decir, se enfocan a mantener la garantía de coherencia del sistema jurídico. Lo anterior permite: derechos fundamentales y derechos subjetivos de exigencia implican una garantía (T118); derechos fundamentales y derechos subjetivos de exigencia implican un Órgano Judicial (T119); existe la garantía de coherencia del sistema jurídico si, y sólo si, existe adhesión de los actos del poder político al contenido de derecho fundamental (T120); la no adhesión al contenido de derecho fundamental implica la sanción o anulación del acto (T121); ya en D29 se dijo que la función para sancionar transgresiones o anular actos corresponde a los Órganos Jurídicos.

T118. (r) (x) ((DFrx ^ DSErx) → (JGARx)) A4, T103

T119. (r) (x) ((DFrx ^ DSErx) → (JOJrx)) T91, T105

T120. (r) (x) (((Σ) JGCrx) ↔ ((Σ) APrx → CDFrx))) D27,
D36, T117

⁴⁴² Constitucional o institucional en otros textos jurídicos.

⁴⁴³ Sanciones como los medios para hacer cumplir sus resoluciones, y anulaciones como la resolución que deja insubsistente una sentencia judicial o la declaración de inconstitucionalidad de la ley.

⁴⁴⁴ Sentencias judiciales, resoluciones administrativas, laudos, actos legislativos, etc.

T121. (r) (x) (\neg (PPrx \rightarrow CDFrx) \rightarrow (JSTrx \wedge JAArx))

D29,

T119

Supongamos, como generalmente ocurre, que los derechos fundamentales y subjetivos de exigencias se encuentran positivizados en el texto constitucional. El establecimiento de las restricciones de validez y la garantía de protección no implican, por sí mismas, eliminar del sistema actos de producción normativa que estén fuera de los parámetros de creación y contenido y, más aun, dichas normas serán válidas porque mientras no se reclame y se declare, por alguno de los Órganos Judiciales -de la garantía de coherencia-, su incompatibilidad con el texto constitucional siguen existiendo, es decir, hasta en tanto no se resuelva su invalidez siguen produciendo efectos jurídicos. En las controversias a resolver por los Órganos Judiciales, éstas, pueden consistir o no consistir en conflictos suscitados por la vulneración del contenido de derecho fundamental, esto es, los litigios judiciales gravitan en torno a reestablecer la determinación normativa de conductas relacionadas directamente o no con el contenido de derecho fundamental, llamo a las primeras controversias de coherencia (D37) y a las segundas controversias de legalidad (D38). E incluyo: las controversias de coherencia implican la garantía de coherencia del sistema jurídico (T122); las controversias de legalidad implican la garantía de legalidad del sistema jurídico (T123); una controversia de legalidad puede implicar una controversia de coherencia (T124)⁴⁴⁵; una controversia de coherencia no puede implicar una controversia de legalidad (T125); la no adhesión al contenido de derecho fundamental de un acto de promulgación implica una controversia de coherencia (T126); una controversia de coherencia implica un Órgano judicial (T127); una controversia de legalidad implica un Órgano judicial (T128).

D37. VSCx = DNx \wedge CDFx

D38. VSLx = DNx \wedge \neg CDFx

⁴⁴⁵ Por ejemplo, un juicio de coherencia en contra de una sentencia judicial de primera instancia.

T122. (r) (x) (VSCrx) → (JGCrx)	D27, D37, T120, T121
T123. (r) (x) (VSLrx) → (JGLrx)	D27, D38, T89
T124. (r) (x) (((VSLrx) → (JGCrx)) ∨ ¬ ((VSLrx) → (JGCrx)))	D27, D28, D37, 38, T123
T125. (r) (x) (¬ ((VSCrx) → (JGLrx)))	T122, T123, T124
T126. (r) (x) (¬ (APrx → CDFrx) → (VSCrx))	D37, T59, T103
T127. (r) (x) (VSCrx) → (JOJrx)	D27, D28, T122
T128. (r) (x) (VSLrx) → (JOJrx)	D27, D28, T123

Como se ve, la determinación normativa de las conductas, de uno o de otro modo, siempre dependerá del contenido de las normas establecidas dentro de un sistema jurídico y, por lo tanto, hablar de derechos fundamentales o subjetivos, implica hacer referencia a las normas positivas establecidas por su fuente jurídica o derecho objetivo; y, a su vez, hablar de la aplicación y producción de normas jurídicas alude a la obligación de omisión o de comisión para no conculcar derechos fundamentales y subjetivos.

Si bien, es relevante afirmar que las exigencias al pasar a un sistema jurídico se traducen en derechos fundamentales, esto para nada ofrece los elementos suficientes que permitan delimitar las expresiones “derechos fundamentales” y “derechos humanos”, lejos de alcanzar el objetivo insta a una explicación de las exigencias, por decirlo de alguna manera, “no jurídicas”.

Sistema normativo de factibilidad (SF).

Comprenden al sistema normativo de factibilidad, aquellas exigencias que han sido reconocidas y establecidas en textos y declaraciones de carácter internacional o que provienen de un determinado grupo social; en otros términos: el conjunto de aspiraciones humanas o sociales relacionadas con la dignidad, la libertad e igualdad de las personas, las primeras se asocian con los denominados “derechos humanos” o universales y, las segundas, a las aspiraciones que surgen con las necesidades de un concreto contexto social y cultural. De ahí, las definiciones: exigencias humanas, son aquellas aspiraciones que gradualmente han sido reconocidas en textos internacionales para la protección las personas como género humano (D39); exigencias sociales, son aquellas aspiraciones de reconocimiento provenientes de las necesidades de una particular comunidad política (D40).

D39. $EHx = Tlx$

D40. $ESx = CPx$

Las exigencias como normas de conductas se trata de enunciados o proposiciones que tienen por objeto influir en el comportamiento de las personas, dirigir su conducta en un modo o en otro, conseguir una actuación de determinada manera que se considera deseable.

5.4.1 Reglas de formación o de construcción.

Variables. Para las variables que representan las proposiciones atómicas se utilizan las letras minúsculas p, q, r, s, etcétera.

Puntuación. Los paréntesis, llaves y corchetes se usarán representando signos de puntuación del lenguaje natural.

Constantes. Para las constantes u operadores que en un lenguaje natural funcionan como conectores, se utilizan los siguientes signos:

Lenguaje Natural	Lenguaje Artificial	Simbolización
“no”, “no es el caso que”	Negación	\neg
“y”	Conjunción	\wedge
“o”	Disyunción	\vee
“si..., entonces”	Implicación o condicional	\rightarrow
“si, y solo si, ...”	Coimplicación	\leftrightarrow, \equiv

Reglas de formación.

1) Si “p” es una fórmula bien formada “ $\neg p$ ” también lo es.

2) Si “p” y “q” son fórmulas, “ $p \wedge q$ ”, “ $p \vee q$ ”, “ $p \rightarrow q$ ” y “ $p \leftrightarrow q$ ”, también lo son.

Reglas de inferencia y reemplazo. Las fórmulas proposicionales bien formadas utilizadas en el método de la deducción pueden ser premisas de inferencias lógicas, las cuales son razonamientos cuya culminación consiste en una conclusión lógica que se *infiere* o *deduce* de las premisas. Las reglas de inferencia y reemplazo son:

Modus ponens (M.P.): $[p \rightarrow q \wedge p] \rightarrow q$

Modus tollens (M.T.): $[p \rightarrow q \wedge \neg q] \rightarrow \neg p$

Silogismo hipotético (S.H.): $[(p \rightarrow q) \wedge (q \rightarrow r)] \rightarrow (p \rightarrow r)$

Silgismo disyuntivo (S.D.): $[(p \vee q) \wedge \neg p] \rightarrow q$

Dilema constructivo (D.C.): $\{[(p \rightarrow q) \wedge (r \rightarrow s)] \wedge [p \vee r]\} \rightarrow (q \vee s)$

Dilema destructivo (D.D.): $\{[(p \rightarrow q) \wedge (r \rightarrow s)] \wedge [\neg q \vee \neg s]\} \rightarrow (\neg p \vee \neg r)$

Absorción (Abs.): $(p \rightarrow q) \rightarrow [p \rightarrow (p \wedge q)]$

Simplificación (Simp.): $(p \wedge q) \rightarrow p$

Conjunción (Conj.): $p \dots, q \rightarrow (p \wedge q)$

Adición (Ad.): $p \rightarrow (p \vee q)$

Primera Ley de Morgan (De M): $\neg (p \wedge q) \equiv (\neg p \vee \neg q)$

Segunda Ley de Morgan (De M): $\neg (p \vee q) \equiv (\neg p \wedge \neg q)$

Definición del condicional (D.C.): $(p \rightarrow q) \equiv (\neg p \vee q)$

$$(p \rightarrow q) \equiv \neg (p \wedge \neg q)$$

Negación del condicional (N.C.): $\neg (p \rightarrow q) \equiv (p \wedge \neg q)$

Conmutación (Conm.): $(p \vee q) \equiv (q \vee p)$

$$(p \wedge q) \equiv (q \wedge p)$$

Asociación (Asoc.): $[p \vee (q \vee r)] \equiv [(p \vee q) \vee r]$

$$[p \wedge (q \wedge r)] \equiv [(p \wedge q) \wedge r]$$

Distribución (Dist.): $[p \vee (q \wedge r)] \equiv [(p \vee q) \wedge (p \vee r)]$

$$[p \wedge (q \vee r)] \equiv [(p \wedge q) \vee (p \wedge r)]$$

Doble negación (D.N.): $p \equiv \neg \neg p$

Transposición (Trans.): $(p \rightarrow q) \equiv (\neg q \rightarrow \neg p)$

Implicación material (Imp.): $(p \rightarrow q) \equiv (\neg p \vee q)$

Equivalencia material (Equiv.): $(p \leftrightarrow q) \equiv [(p \rightarrow q) \wedge (q \rightarrow p)]$

$$(p \leftrightarrow q) \equiv [(p \wedge q) \vee (\neg p \wedge \neg q)]$$

Exportación (Exp.): $[(p \wedge q) \rightarrow r] \equiv [p \rightarrow (q \rightarrow r)]$

Tautología (Taut.): $p \equiv p \vee p$

$$p \equiv p \wedge p$$

5.4.2 Reglas de formación o de transformación.

Reglas de cálculo modal.

Corresponden a las nociones modales de posible, necesario e imposible, los operadores proposicionales de Pp , Np e Ip -se leen “es posible que”, “es necesario que” y “es imposible que”-. Tomando como primitivo lo posible o a lo necesario, y con la ayuda de la negación, son definibles los demás, lo imposible no se puede utilizar como primitivo pues por si sólo no define los demás. Parto de lo posible como concepto base.

$Pp:$	$Np:$	$Ip:$
$\neg N \neg p$	$\neg P \neg p$	$\neg Pp$
$\neg Ip$	$I \neg p$	$N \neg p$
$\neg Pp:$	$\neg Np:$	$\neg Ip:$
$N \neg p$	$P \neg p$	Pp
$I \neg p$	$\neg I \neg p$	$\neg N \neg p$
$P \neg p:$	$N \neg p:$	$I \neg p:$
$\neg Np$	$\neg Pp$	$\neg P \neg p$

$\neg I \neg p$	Ip	Np
$\neg P \neg p:$	$\neg N \neg p:$	$\neg I \neg p:$
Np	Pp	$\neg P \neg p$
$I \neg p$	$\neg Ip$	$\neg Np$

O bien,

$$Pp \equiv \neg N \neg p \equiv \neg Ip$$

$$\neg Pp \equiv N \neg p \equiv Ip$$

$$P \neg p \equiv \neg Np \equiv \neg I \neg p$$

$$\neg P \neg p \equiv Np \equiv I \neg p$$

Obteniendo el siguiente cuadro de equivalencias:

	$P \neg$	$\neg Pp$	$\neg Np$	$N \neg$	$\neg I \neg$	Ip
p			p	p		
	Pp	$\neg P \neg$	$\neg N \neg$	Np	$\neg Ip$	$I \neg$
	p	p			p	

Convento en asimilar los operadores proposicionales modales posible, necesario e imposible con los operadores deónticos o normativos permitido, prohibido y obligatorio. Así, los conceptos deónticos tendrán las mismas equivalencias de interdefinibilidad.

Pox	$\neg Px$	$\neg Ox$	Oox	\neg	POx
				POox	
Px	\neg	\neg	Ox	\neg POx	POox
	Pox	Oox			

D1 (x) (Fx = (Px \wedge Pox))

D2 (x) (POx = (Pox \wedge \neg Px))

D3 (x) (Ox = (Px \wedge \neg Pox))

Justificación:

1. (x) (P (x \vee ox))

A1.

2. P (x \vee ox) \rightarrow Px \vee Pox

1, Ley de Distribución.

3. ((P (x \vee ox) \wedge (Px \vee Pox)) \vee (\neg P (x \vee ox) \wedge \neg (Px \vee Pox)))

2,

Equivalencia material.

4. Px

5. Pox

6. Px \wedge Pox

4, 5, Conjunción.

Facultativo.

7. \neg P (x \vee ox)

8. \neg Px \vee \neg Pox

7, Distribución.

9. \neg Pox \vee \neg Px

8, Conmutación.

10. \neg Px

9, 5, Silogismo disyuntivo.

11. Pox \wedge \neg Px

5, 10, Conjunción. **Prohibido.**

$$12. \neg (Px \vee POx)$$

$$13. \neg Px \wedge \neg POx$$

12, De Morgan.

$$14. \neg POx \wedge \neg Px$$

13, Conmutación.

$$15. \neg POx$$

14, Simplificación.

$$16. Px \wedge \neg POx$$

4, 15, Conjunción. **Obligatorio.**

Teoremas.

$$T1. (x) (Px \equiv \neg POx)$$

Demostración.

$$1. (x) (POx = (POx \wedge \neg Px))$$

D2.

2. $POx \equiv POx \wedge \neg Px$
universal.

1, Instanciación

$$3. POx \equiv \neg Px \wedge POx$$

2, Conmutación.

$$4. POx \equiv \neg Px$$

3, Simplificación.

$$5. ((POx \rightarrow \neg Px) \wedge (\neg Px \rightarrow POx))$$

4, Equivalencia material.

$$6. POx \rightarrow \neg Px$$

5, Simplificación.

$$7. Px \rightarrow \neg POx$$

6, Transposición.

$$8. \neg Px \rightarrow POx$$

$$9. \neg POx \rightarrow Px$$

8, Transposición.

$$10. Px \equiv \neg POx$$

7, 9, Equivalencia material.

11. $(x) (Px \equiv \neg POx)$

10, Generalización universal.

T2. $(x) (Px \equiv \neg Oox)$

Demostración.

1. $(x) (Ox = (Px \wedge \neg Pox))$

D3.

2. $(x) (Oox = (Px \wedge \neg Pox))$

1, Sustitución (x/ox).

3. $Oox \equiv Px \wedge \neg Pox$

2, Instanciación universal.

4. $Oox \equiv \neg Pox \wedge Px$

3, Conmutación.

5. $Oox \equiv \neg Px$

4, Simplificación.

6. $((Oox \rightarrow \neg Px) \wedge (\neg Px \rightarrow Oox))$

5, Equivalencia material.

7. $Oox \rightarrow \neg Px$

6, Simplificación.

8. $Px \rightarrow \neg Oox$

7, Transposición.

9. $\neg Px \rightarrow Oox$

10. $\neg Oox \rightarrow Px$

9, Transposición.

11. $Px \equiv \neg Oox$

8, 10, Equivalencia material.

12. $(x) (Px \equiv \neg Oox)$

11, Generalización universal.

T3. $(x) (Pox \equiv \neg Ox)$

Demostración.

1. $(x) (Ox = (Px \wedge \neg Pox))$

D3.

2. $Ox \equiv Px \wedge \neg Pox$

1, Instanciación universal.

- | | |
|-------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| 3. $Ox \equiv \neg Pox \wedge Px$ | 2, Conmutación. |
| 4. $Ox \equiv \neg Pox$ | 3, Simplificación. |
| 5. $((Ox \rightarrow \neg Pox) \wedge (\neg Pox \rightarrow Ox))$ | 4, Equivalencia material. |
| 6. $Ox \rightarrow \neg Pox$ | 5, Simplificación. |
| 7. $Pox \rightarrow \neg Ox$ | 6, Transposición. |
| 8. $\neg Pox \rightarrow Ox$ | |
| 9. $\neg Ox \rightarrow Pox$ | 8, Transposición. |
| 10. $Pox \equiv \neg Ox$ | 7, 9, Equivalencia material. |
| 11. $(x) (Px \equiv \neg Ox)$ | 10, Generalización universal. |

T4. $(x) (Pox \equiv \neg POox)$

Demostración.

- | | |
|---------------------------------------------------------------------|-----------------------------|
| 1. $(x) (Px \equiv \neg POx)$ | T1. |
| 2. $(x) (Px = POox)$ | 1, Sustitución (x/ox). |
| 3. $(x) (Pox \equiv \neg Ox)$ | T3. |
| 4. $Px \equiv \neg POox$ | 2, Instanciación universal. |
| 5. $Pox \equiv \neg Ox$ | 3, Instanciación universal. |
| 6. $((Px \rightarrow \neg POox) \wedge (\neg POox \rightarrow Px))$ | 4, Equivalencia material. |
| 7. $((Pox \rightarrow \neg Ox) \wedge (\neg Ox \rightarrow Pox))$ | 5, Equivalencia material. |
| 8. $\neg POox$ | |

9. Pox
10. $\neg Ox \rightarrow Pox$
11. $Px \rightarrow \neg POox$
12. $\neg Ox$
13. Px
14. $Ox \vee Pox$ 10, Implicación material.
15. Pox 14, 12, Silogismo Disyuntivo.
16. $\neg Px \vee \neg POox$ 11, Implicación material.
17. $\neg POox$ 16, 13, Silogismo Disyuntivo.
18. $Pox \rightarrow \neg POox$ 9-17, C. P.
19. $\neg POox$ 11, 13, Modus Ponens.
20. Pox 10, 12, Modus Ponens.
21. $\neg POox \rightarrow Pox$ 8-20, C. P.
22. $Pox \equiv \neg POox$ 18, 21, Equivalencia material.
23. $(x) (Pox \equiv \neg POox)$ 22, Generalización universal.

T5. $(x) (POx \equiv \neg Px)$

Demostración.

1. $(x) (Px \equiv \neg POx)$ T1.
2. $Px \equiv \neg POx$ 1, Instanciación universal.

3. $((Px \rightarrow \neg POx) \wedge (\neg POx \rightarrow Px))$ 2, Equivalencia material.

4. $Px \rightarrow \neg POx$

5. $POx \rightarrow \neg Px$ 4, Transposición.

6. $\neg POx \rightarrow Px$

7. $\neg Px \rightarrow POx$ 6, Transposición.

8. $POx \equiv \neg Px$ 5, 7, Equivalencia material.

9. $(x) (POx \equiv \neg Px)$ 9, Generalización universal.

T6. $(x) (POx \equiv Oox)$

Demostración.

1. $(x) (Px \equiv \neg Oox)$ T2.

2. $(x) (POx \equiv \neg Px)$ T5.

3. $Px \equiv \neg Oox$ 1, Instanciación universal.

4. $POx \equiv \neg Px$ 2, Instanciación universal.

5. $((Px \rightarrow \neg Oox) \wedge (\neg Oox \rightarrow Px))$ 3, Equivalencia material.

6. $((POx \rightarrow \neg Px) \wedge (\neg Px \rightarrow POx))$ 4, Equivalencia material.

7. Px

8. $\neg Oox \rightarrow Px$

9. $\neg Px \rightarrow Oox$ 8, Transposición.

10. Oox

11. $Px \rightarrow \neg Oox$
12. $\neg Px \rightarrow POx$
13. $\neg POx \rightarrow Px$ 12, Transposición.
14. $POx \vee Px$ 13, Implicación material.
15. POx
16. $POx \wedge Oox$ 15, 10, Conjunción.
17. $Oox \rightarrow \neg Px$ 11, Transposición.
18. $\neg POx$
19. $\neg Oox$ 17, 7, Modus Tollens.
20. $\neg POx \wedge \neg Oox$ 18, 19, Conjunción.
21. $POx \equiv Oox$ 16, 20, Equivalencia material.
22. $(x) (POx \equiv Oox)$ 21, Generalización universal.
- T7. $(x) (Ox \equiv \neg Pox)$

Demostración.

1. $(x) (Pox \equiv \neg Ox)$ T3.
2. $Pox \equiv \neg Ox$ 1, Instanciación universal.
3. $((Pox \rightarrow \neg Ox) \wedge (\neg Ox \rightarrow Pox))$ 2, Equivalencia material.
4. $Pox \rightarrow \neg Ox$
5. $Ox \rightarrow \neg Pox$ 4, Transposición.

6. $\neg Ox \rightarrow Pox$

7. $\neg Pox \rightarrow Ox$

6, Transposición.

8. $Ox \equiv \neg Pox$

5, 7, Equivalencia material.

9. $(x) (Ox \equiv \neg Pox)$

8, Generalización universal.

T8. $(x) (Ox \equiv POox)$

Demostración.

1. $(x) (POx \equiv Oox)$

T6.

2. $(x) (POox = Ox)$

1, Sustitución (x/ox, ox/x).

3. $POox \equiv Ox$

2, Instanciación universal.

4. $((POox \rightarrow Ox) \wedge (Ox \rightarrow POox))$

3, Equivalencia material.

5. $Ox \rightarrow POox$

6. $POox \rightarrow Ox$

7. $Ox \equiv POox$

5, 6, Equivalencia material.

9. $(x) (Ox \equiv POox)$

7, Generalización universal.

T9. $(x) (FAx \leftrightarrow FAox)$

Demostración.

1. $(x) (Fx = (Px \wedge Pox))$

D1.

2. $(x) (Fox = (Pox \wedge Px))$

1, Sustitución (x/ox, ox/x).

3. $(x) (Fox = (Px \wedge Pox))$

2, Conmutación.

4. (x) (Fx = Fox))

1, 3 Equivalencia material.

5.4.3. Elementos para el análisis formal de los argumentos jurídicos

El ser humano continuamente realiza inferencias e, incluso, se dice que, aunque en forma muy elemental, su pensamiento “es lógico”. Pero ya desde un ángulo técnico-lógico qué significa decir que un argumento se ha expresado correctamente y más específicamente qué cánones lógicos nos permitirían calificar a un argumento jurídico como válido o inválido -correcto incorrecto-.

Con el presente trabajo se busca poner en la discusión ciertas herramientas formales que nos permitan evaluar lógicamente algunos de los argumentos jurídicos.

Como es sabido Aristóteles sentó las bases de la lógica clásica; sin embargo, debido a lo categórico de las proposiciones y silogística del estagirita, aunado a la complejidad discursiva actual, considero que esta lógica resulta insuficiente para el análisis que presento. De ahí que recorro principalmente a la lógica proposicional como método de análisis lógico del material argumental.

Ahora bien, tomando en cuenta que el discurso jurídico es demasiado amplio y va desde la argumentación legislativa a la judicial pasando por la dogmática, por motivos de espacio resulta conveniente aclarar que no se examinan todos los argumentos jurídicos que se dan en éstos discursos sino tan solo me dirijo a las resoluciones ocasionadas en el ámbito jurisdiccional y para tal efecto me baso en la idea de la justificación interna esbozada por Robert Alexy en su texto *Teoría de la argumentación jurídica*.

Finalmente, pongo en la discusión el problema de la carencia lógica en la argumentación jurídica; esto es, la no aplicación de la lógica al derecho debido a que éste contiene principalmente prescripciones que al no poder asignárseles un valor de verdad y al ser utilizadas como una de las premisas del razonamiento jurídico no constituyen auténticos silogismos.

5.4.3.1 Elementos para el cálculo lógico.

Para el estudio sobre la corrección o incorrección de los argumentos jurídicos recurro a los elementos de la lógica proposicional. No escapa que para una mejor comprensión de la demostración del cálculo lógico es necesaria la utilización de lógicas cuantificacional, modal, deóntica o paraconsistente, por decir sólo algunas; sin embargo ello rebasaría por mucho los alcances del presente trabajo.

En el lenguaje natural encontramos enunciados simples y compuestos. Entiendo por enunciados simples o atómicos a aquellos que, a su vez, no pueden descomponerse en otro; por ejemplo, “el día está lluvioso”, “el contrato es válido”, “la sentencia no es conforme a derecho”, etcétera. Por su parte los enunciados compuestos son la unión de dos o más enunciados simples, unidos por algún conector; por ejemplo, “el contrato es válido y la sentencia no es conforme a derecho”, “el contrato es válido o la sentencia no es conforme a derecho”, “si el contrato es válido, entonces la sentencia no es conforme a derecho”, “el contrato es válido, si y solo si la sentencia no es conforme a derecho”, etcétera.

Cabe destacar que un enunciado simple puede ser verdadero o falso dependiendo de la lógica material que así lo estime pero tratándose de silogismos o argumentos, éstos pueden ser válidos –correctos- o inválidos –incorrectos- según su correlación o no con la estructura de pensamiento que establezca la lógica formal utilizada. De tal suerte que se puede dar el caso que estemos ante la presencia de argumentos falsos pero formalmente correctos (a) y, al contrario, formalmente incorrectos pero materialmente verdaderos (b). Ejemplos de ello, son los siguientes:

(a)

Si comes mucha carne serás un hombre inteligente

(b)

La fuerza de atracción que experimentan dos cuerpos dotados de masa es directamente proporcional al producto de sus masas e inversamente proporcional al cuadrado de la distancia que los separa

Juan come carne a diario	La tierra y la luna se encuentran a miles de kilómetros de distancia
Juan será un hombre inteligente	La tierra y la luna experimentan una fuerza de atracción

Lo que se propone con el estudio lógico formal y material de este ensayo es que el discurso jurídico se vea enriquecido con argumentos sólidos, esto es materialmente “razonables” y formalmente correctos. Se habla de razonabilidad en lugar de verdad de las proposiciones jurídicas porque como lo menciono más adelante no es posible hablar de verdad o de falsedad como valores atribuibles a las normas.

Variables. Para las variables que representan las proposiciones atómicas se utilizan las letras minúsculas p, q, r, s, etcétera.

Puntuación. Los paréntesis, llaves y corchetes se usarán representando signos de puntuación del lenguaje natural.

Constantes. Para las constantes u operadores que en un lenguaje natural funcionan como conectores, se utilizan los siguientes signos:

Lenguaje Natural	Lenguaje Artificial	Simbolización
“no”, “no es el caso que”	Negación	\neg
“y”	Conjunción	\wedge
“o”	Disyunción	\vee
“si..., entonces”	Implicación o condicional	\rightarrow
“si, y solo si, ...”	Coimplicación	\leftrightarrow, \equiv

Reglas de formación.

- 1) Si “p” es una fórmula bien formada “ $\neg p$ ” también lo es.
- 2) Si “p” y “q” son fórmulas, “ $p \wedge q$ ”, “ $p \vee q$ ”, “ $p \rightarrow q$ ” y “ $p \leftrightarrow q$ ”, también lo son.

Reglas de inferencia y reemplazo. Las fórmulas proposicionales bien formadas utilizadas en el método de la deducción pueden ser premisas de inferencias lógicas, las cuales son razonamientos cuya culminación consiste en una conclusión lógica que se *infiere* o *deduce* de las premisas. Las reglas de inferencia y reemplazo son:

Modus ponens (M.P.): $[p \rightarrow q \wedge p] \rightarrow q$

Modus tollens (M.T.): $[p \rightarrow q \wedge \neg q] \rightarrow \neg p$

Silogismo hipotético (S.H.): $[(p \rightarrow q) \wedge (q \rightarrow r)] \rightarrow (p \rightarrow r)$

Silgismo disyuntivo (S.D.): $[(p \vee q) \wedge \neg p] \rightarrow q$

Dilema constructivo (D.C.): $\{[(p \rightarrow q) \wedge (r \rightarrow s)] \wedge [p \vee r]\} \rightarrow (q \vee s)$

Dilema destructivo (D.D.): $\{[(p \rightarrow q) \wedge (r \rightarrow s)] \wedge [\neg q \vee \neg s]\} \rightarrow (\neg p \vee \neg r)$

Absorción (Abs.): $(p \rightarrow q) \rightarrow [p \rightarrow (p \wedge q)]$

Simplificación (Simp.): $(p \wedge q) \rightarrow p$

Conjunción (Conj.): $p, \dots, q \rightarrow (p \wedge q)$

Adición (Ad.): $p \rightarrow (p \vee q)$

Primera Ley de Morgan (De M): $\neg (p \wedge q) \equiv (\neg p \vee \neg q)$

Segunda Ley de Morgan (De M): $\neg (p \vee q) \equiv (\neg p \wedge \neg q)$

Definición del condicional (D.C.): $(p \rightarrow q) \equiv (\neg p \vee q)$

$$(p \rightarrow q) \equiv \neg (p \wedge \neg q)$$

Negación del condicional (N.C.): $\neg (p \rightarrow q) \equiv (p \wedge \neg q)$

Conmutación (Conm.): $(p \vee q) \equiv (q \vee p)$

$$(p \wedge q) \equiv (q \wedge p)$$

Asociación (Asoc.): $[p \vee (q \vee r)] \equiv [(p \vee q) \vee r]$

$$[p \wedge (q \wedge r)] \equiv [(p \wedge q) \wedge r]$$

Distribución (Dist.): $[p \vee (q \wedge r)] \equiv [(p \vee q) \wedge (p \vee r)]$

$$[p \wedge (q \vee r)] \equiv [(p \wedge q) \vee (p \wedge r)]$$

Doble negación (D.N.): $p \equiv \neg \neg p$

Transposición (Trans.): $(p \rightarrow q) \equiv (\neg q \rightarrow \neg p)$

Implicación material (Imp.): $(p \rightarrow q) \equiv (\neg p \vee q)$

Equivalencia material (Equiv.): $(p \leftrightarrow q) \equiv [(p \rightarrow q) \wedge (q \rightarrow p)]$

$$(p \leftrightarrow q) \equiv [(p \wedge q) \vee (\neg p \wedge \neg q)]$$

Exportación (Exp.): $[(p \wedge q) \rightarrow r] \equiv [p \rightarrow (q \rightarrow r)]$

Tautología (Taut.): $p \equiv p \vee p$

$$p \equiv p \wedge p$$

Traducción del lenguaje natural al lenguaje artificial. Tanto el lenguaje natural como el lenguaje técnico jurídico son susceptibles de traducirse a un lenguaje lógico simbólico con la finalidad de demostrar la validez o invalidez de los argumentos.

En el lenguaje natural, ejemplos de argumentos podrían ser los siguientes:

(a)

(b)

Los días sábados son lluviosos	En zona escolar el límite de velocidad es de 10 kilómetros por hora
Algunos días son lluviosos	Estoy pasando en mi automóvil por una escuela primaria
Algunos días son sábados	La velocidad máxima a la que puedo acelerar mi automóvil es de 10 kilómetros por hora

En el discurso jurídico, ejemplos de argumentos podrían ser los siguientes:

(c)	(d)
En México, todas las autoridades tienen el deber de realizar control de convencionalidad <i>ex officio</i>	De acuerdo con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, las averiguaciones previas son consideradas información reservada
El Juez de lo Familiar tiene el deber de realizar control de convencionalidad <i>ex officio</i>	El promovente solicita copia certificada de aveguación previa número XXXX
El Juez de lo Familiar es una autoridad	No se autoriza la petición de copias certificadas solicitadas por el promovente

Como es de observarse, los cuatro argumentos carecen de corrección formal e, incluso, podríamos decir que estamos antes buenos argumentos jurídicamente hablando pero inválidos formalmente. En otras palabras, para realizar la demostración lógico formal de éstos silogismos -o sea decidir su corrección o incorrección- necesitamos el uso de las reglas de inferencia y reemplazo del método de la deducción y para ello en primera instancia traducir los enunciados a un lenguaje artificial.

En el lenguaje artificial de la lógica simbólica, su representación es la siguiente:

(a) 1. p 2. q / r	(b) 1. p 2. q / r
(c) 1. p 2. q / r	(d) 1. p 2. q / \neg r

Reafirmamos que aun utilizando las reglas de inferencia y reemplazo no es posible demostrar su corrección formal –y por ende, son incorrectos-.

Ahora bien, intentemos otra de las formas que la lógica formal nos proporciona para demostrar la corrección/incorrección de los argumentos, esto es con las tablas de verdad. Como es sabido las tablas de verdad son otro de los métodos que nos permiten discernir entre un argumento bueno de otro malo. Los tres primeros silogismos –(a), (b) y (c)- los podemos agrupar en la misma demostración pues como se observa tienen la misma simbolización y el cuarto en otra tabla de verdad.

Para los primeros tres silogismos la tabla de verdad es la siguiente.

p	q	r	$(p \wedge q) \rightarrow r$
v	v	v	v
v	v	f	f
v	f	v	v
v	f	f	v
f	v	v	v

f	v	f	f	v
f	f	v	f	v
f	f	f	f	v

Para el cuarto silogismo la tabla de verdad es la siguiente.

p	q	r	$(p \wedge q) \rightarrow \neg r$
v	v	v	v f
v	v	f	v v
v	f	v	f v
v	f	f	f v
f	v	v	f v
f	v	f	f v
f	f	v	f v
f	f	f	f v

Como vemos los primeros tres argumentos son inválidos, pues como se desprende de la tabla de verdad desarrollada en el segundo renglón se da el caso en que el antecedente es verdadero y el consecuente falso; igual situación acontece en el último argumento pues se advierte en su tabla de verdad que el primer renglón lo hace incorrecto.

Después de haber utilizado dos de los métodos lógico-formales para los argumentos propuestos se arroja la conclusión de que su validez formal no es posible demostrarla y, por ende, sí su invalidez.

Con esto lo que se reitera es que su imagen material no corresponde con la formal, siendo el caso que lo que se pretendería es un argumento sólido que por esta vía no se logra y así es necesario recurrir a la manipulación de las premisas; por ejemplo, para lograr esa corrección por *Modus Ponens* el silogismo (c) puede reformularse diciendo:

En el Distrito Federal, si se adquiere la calidad de autoridad, entonces se tendrá el deber de realizar control de convencionalidad *ex officio*

El Juez Décimo de lo Familiar en el Distrito Federal es una autoridad

El Juez Décimo de lo Familiar en el Distrito Federal tiene el deber de realizar control de convencionalidad *ex officio*

5.4.3.2 La justificación interna de Robert Alexy

En el campo de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy el análisis formal de los argumentos se verifica en lo que él denomina “justificación interna”. Por ello es que considero oportuno citar algunas de sus ideas.

Así, de acuerdo con el autor en cita “en los discursos jurídicos se trata de la justificación de un caso especial de proposiciones normativas, las decisiones jurídicas”⁴⁴⁶ y precisamente en esa justificación pueden distinguirse dos aspectos: “*la justificación interna* (internal justification) y *la justificación externa* (external justification)”.⁴⁴⁷

Específicamente, en la justificación interna “se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación...”⁴⁴⁸ Es decir, el método lógico de la deducción aplicado al silogismo jurídico.

Para tal efecto el autor expone la siguiente estructura como la forma más simple de justificación interna:⁴⁴⁹

(J.1.1) (1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

(2) Ta

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 213.

⁴⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁴⁸ *Ibidem*,. p. 214. Por su parte el objeto de la justificación externa “es la corrección de estas premisas”.

⁴⁴⁹ *Ídem*.

(3) Ora (1), (2)

En el lenguaje natural diríamos: primera premisa, para todo x -que es una variable de individuo en el dominio de las personas naturales y jurídicas-, si x se ubica en el supuesto de hecho de la norma, entonces x tiene la obligación de hacer lo que se expresa en la norma.

Segunda premisa, a -que es una constante de individuo, por ejemplo, un nombre propio- se ubica en el supuesto de hecho previsto en la norma.

Conclusión, a tiene la obligación de hacer lo expresado en la norma.

El ejemplo concreto utilizado por el autor es el siguiente:⁴⁵⁰

(1) El soldado debe decir la verdad en asuntos del servicio (§ 13, ap. 1 de la Ley del Soldado)

(2) El señor M es un soldado.

(3) El señor M debe decir la verdad en asuntos del servicio. (1), (2).

Asimismo, como concreción del principio de universalidad propone las siguientes reglas de la justificación interna:

(J.2.1) Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal.

(J.2.2) La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.⁴⁵¹

Posteriormente señala que el esquema de fundamentación (J.1.1) es insuficiente en todos los casos complicados.

⁴⁵⁰ Ibid. pp. 214-215.

⁴⁵¹ Idem.

5.4.3.3 Análisis formal de los argumentos jurídicos

Como mencione con anterioridad para realizar el análisis formal de los argumentos jurídicos recurro a la lógica proposicional y ahora lo vínculo con la justificación interna de Robert Alexy y su esquema de fundamentación (J.1.1).

Para tal efecto utilizo los extractos más importantes de una sentencia dictada en primera instancia por un Juez Civil. Se suprimen los datos por razón de identidad de las partes en el juicio.

En concepto de a suscrita deben dejarse a salvo los derechos del actor para que los haga valer en la vía y forma que resulten legalmente procedentes respecto del ejercicio de la acción tendiente a obtener el pago de la cantidad de CUATRO MILLONES DE PESOS, CERO CENTAVOS, MONEDA NACIONAL, por concepto del daño moral que dice le causaron los codemandados, al haberlo denunciado ante la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, exponiendo los denunciados en dicha indagatoria, los hechos narrados en el número cuatro del curso inicial.

Se llega a la anterior determinación porque de acuerdo a lo establecido en los artículos 1916 y 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, para que se produzca la obligación de reparar el daño moral se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos: a) el ocasionamiento de un daño a los bienes de la personalidad, y b) un hecho u omisión ilícitos imputables a un tercero que haya sido la causa del efecto indicado.

Ahora bien, en el caso que se analiza, el actor no aportó la prueba documental pública consistente en la copia certificada de la Averiguación Previa xxxxxxx que iniciaron los aquí demandados en su contra, en la que se hubiera dictado sentencia absolutoria, con la cual se acreditaría el primer elemento para considerar que existiría daño moral, pues, como puede verse la Agente del Ministerio Público, adscrita a la Fiscalía de Procesos Civiles, Septuagésima Cuarta Agencia única investigadora, unidad investigadora cinco, negó la petición de remitir a este Juzgado las copias certificadas de la indagatoria en cita, por los motivos expresados en el oficio presentado el 4 de marzo del presente año, agregado a fojas 194 del expediente, ello a pesar de que el actor sí estaba posibilitado para solicitar las copias de dicha averiguación o denuncia de hechos, pues es uno de los indiciados en ella, sin que lo hubiera hecho, y en todo caso, con la sentencia absolutoria tampoco se acreditaría el segundo de los elementos de la acción, ya que esta resolución por sí misma no constituye una conducta ilícita susceptible de ocasionar un daño moral, tomando en cuenta que un hecho ilícito se integra de una conducta positiva o negativa que es contraria a la ley o a las buenas costumbres y que el propio ordenamiento legal sanciona. Y solamente en el caso de que demostrara que la denuncia se formuló dolosamente y con el claro propósito de involucrar al denunciado en un procedimiento penal para dañarlo, la sentencia absolutoria evidenciaría el hecho ilícito que se integra por la conducta atribuible al denunciante que es contraria a la ley y, por ende, de esta manera sí se acreditaría el segundo de los elementos de la acción de daño moral

y entonces el denunciante debería responder por ese daño, hipótesis que no se actualiza en la especie.

Las proposiciones simples son:

p – se produzca la obligación de reparar el daño moral.

q – el ocasionamiento de un daño a los bienes de la personalidad.

r – un hecho u omisión ilícitos imputables a un tercero que haya sido la causa de del efecto indicado.

s – el actor aportó la prueba documental pública consistente en la copia certificada de la Averiguación Previa xxxxxxxx que iniciaron los aquí demandados en su contra, en la que se hubiera dictado sentencia absolutoria.

t – un hecho ilícito se integra de una conducta positiva o negativa que es contraria a la ley o a las buenas costumbres y que el propio ordenamiento legal sanciona.

u - en el caso de que demostrara que la denuncia se formuló dolosamente.

v - con el claro propósito de involucrar al denunciado en un procedimiento penal para dañarlo.

La simbolización del argumento jurídico es:

$$1 \quad (q \wedge r) \rightarrow p$$

$$2 \quad s \rightarrow q$$

$$3 \quad \neg s \rightarrow \neg q$$

$$4 \quad (s \rightarrow \neg r) \wedge (s \rightarrow \neg t)$$

$$5 \quad [(u \wedge v) \rightarrow (s \rightarrow t)] \rightarrow r \quad / \quad \neg p$$

Parece evidente que con el auxilio de las reglas de inferencia y reemplazo ya señaladas no es posible demostrar que la conclusión se deduzca de las premisas y, por ende, resulta que el anterior argumento jurídico es inválido o incorrecto y, por supuesto, carece de justificación interna.

Una propuesta de argumento jurídico válido y, en consecuencia, de redacción es como sigue:⁴⁵²

$$1 \quad p \leftrightarrow (q \wedge r)$$

$$2. \quad \neg q$$

$$3 \quad s \rightarrow q$$

$$4 \quad \neg s \rightarrow \neg q$$

$$5 \quad (s \rightarrow \neg r) \wedge (s \rightarrow \neg t)$$

$$6 \quad [(u \wedge v) \rightarrow (s \rightarrow t)] \rightarrow r \quad / \quad \neg p$$

$$7 \quad [p \rightarrow (q \wedge r)] \wedge [(q \wedge r) \rightarrow p] \quad 1, \text{Equiv.}$$

⁴⁵² En lenguaje natural:

1 Se produce la obligación de reparar el daño moral, si y solo si, se da el ocasionamiento de un daño a los bienes de la personalidad y un hecho u omisión ilícitos imputables a un tercero que haya sido la causa de del efecto indicado.

2 En el caso en estudio no se da el ocasionamiento de un daño a los bienes de la personalidad.

3 Si el actor aporta la prueba documental pública consistente en la copia certificada de la Averiguación Previa xxxxxx que iniciaron los aquí demandados en su contra, en la que se hubiera dictado sentencia absolutoria, entonces tenemos un daño a los bienes de la personalidad.

4 Como el actor no aportó la prueba documental pública consistente en la copia certificada de la Averiguación Previa xxxxxx que iniciaron los aquí demandados en su contra, en la que se hubiera dictado sentencia absolutoria, entonces no tenemos un daño a los bienes de la personalidad.

5. Con la presentación de la Averiguación Previa, no se acredita el hecho u omisión ilícitos imputables a un tercero que haya sido la causa del daño a los bienes de la personalidad y la presentación de dicha documental pública tampoco no implica una conducta positiva o negativa que es contraria a la ley o a las buenas costumbres y que el propio ordenamiento legal sanciona.

6.. En el caso de que demostrara que la denuncia se formuló dolosamente y con el claro propósito de involucrar al denunciado en un procedimiento penal para dañarlo, entonces la sentencia absolutoria evidenciaría el hecho ilícito que se integra por la conducta atribuible al denunciante que es contraria a la ley y, por ende, de esta manera sí se acreditaría el segundo de los elementos de la acción de daño moral.

8 $p \rightarrow (q \wedge r)$	7, Simp.
9 $\neg q \vee \neg r$	2, Ad.
10 $\neg (q \wedge r)$	9 De M.
11 $\neg p$	8, 10 M.T. Q.E.D.

La validez o corrección formal del argumento queda demostrada, es decir, con la aplicación del método de la deducción se observa que de las premisas se deduce la conclusión. Esto es, además de los cambios materiales en la redacción del texto el silogismo es válido.

Aplicando el esquema de fundamentación de Alexy, existen, al menos, dos posibilidades:

A.⁴⁵³

(1) De acuerdo a lo establecido en los artículos 1916 y 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal si se da el ocasionamiento de un daño a los bienes de la personalidad y un hecho u omisión ilícitos imputables a un tercero que haya sido la causa del efecto indicado, entonces se produce la obligación de reparar el daño moral.

(2) El señor M no logro demostrar en juicio el ocasionamiento de un daño a los bienes de la personalidad y un hecho u omisión ilícitos imputables a un tercero que haya sido la causa del efecto indicado.

(3) No se produce la obligación de reparar el daño moral.

⁴⁵³ El Esquema:

(1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

(2) $\neg Ta$

(3) $\neg Ora$ (1), (2)

B.⁴⁵⁴

(1) De acuerdo a lo establecido en los artículos 1916 y 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal si se da el ocasionamiento de un daño a los bienes de la personalidad y un hecho u omisión ilícitos imputables a un tercero que haya sido la causa del efecto indicado, entonces se produce la obligación de reparar el daño moral.

(2) No se produce la obligación de reparar el daño moral.

(3) El señor M no logro demostrar en juicio el ocasionamiento de un daño a los bienes de la personalidad y un hecho u omisión ilícitos imputables a un tercero que haya sido la causa del efecto indicado.

Desde el punto de vista de la lógica formal el primero es una falacia y el segundo es válido pues la regla que concede el paso de las premisas a la conclusión es el Modus tollens.

Sin embargo, en argumentos ya más elaborados el esquema de fundamentación (J.1.1) resulta demasiado restringido y el propio autor hace referencia a que dicho esquema es insuficiente en todos los casos complicados.

Pero, incluso, en la sentencia a examen que no es un caso complicado el esquema de fundamentación (J.1.1) resulta insuficiente y se pierden elementos importantes como por ejemplo el hecho de que al no haber aportado en el juicio de parte del actor la prueba documental pública consistente en la Averiguación Previa no se acreditaría el primero de los elementos de la acción de obligación de reparación de daño moral.

⁴⁵⁴ El Esquema:

(1) $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

(2) $\neg Ora$

(3) $\neg Ta$ (1), (2)

Personalmente creo que el profesor Alexy con su esquema de fundamentación (J.1.1) está pensando en argumentos del tipo: todo mexicano tiene la obligación de contribuir al gasto público, Lawrence es mexicano; por tanto, Lawrence tiene la obligación de contribuir al gasto público. O bien, todo padre de un hijo tiene la obligación de proporcionar alimentos, Lawrence es padre de un hijo; por tanto, Lawrence tiene la obligación de proporcionar alimentos.

Por casos complicados el multicitado autor refiere los siguientes:

- (1) cuando una norma contiene diversas propiedades alternativas en el supuesto de hecho,
- (2) cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas,
- (3) cuando son posibles diversas consecuencias jurídicas, o
- (4) cuando en la formulación de la norma se usan expresiones que admiten diversas interpretaciones.

En estos últimos casos la justificación interna consiste en simbolizar los argumentos y demostrar que la conclusión se sigue de las premisas aplicando las reglas lógicas del método deductivo, lo cual nos conduce a nuestra propuesta de análisis sobre la corrección e incorrección de los argumentos jurídicos.

Con lo dicho hasta este momento, podemos destacar:

- a) que la lógica proposicional nos ayuda a determinar la corrección o incorrección (validez o invalidez) de los argumentos jurídicos, especialmente en las decisiones judiciales;
- b) que la justificación interna de Robert Alexy para casos no complicados es útil para la fundamentación formal de los argumentos jurídicos; y,

c) que para la justificación interna de los casos complicados que señala Alexy es oportuna la utilización del método de la deducción.

5.4.3.4 El dilema de Jörgensen

No obstante, lo fundado, correcto o, quizás, deseable de las anteriores conclusiones parciales es importante traer a la discusión lo que en la doctrina se conoce como el dilema de Jörgensen. Para Jörgensen:⁴⁵⁵

“De acuerdo con todos los libros de lógica, las inferencias lógicas son demostraciones o pruebas del hecho de que la conclusión en una inferencia tiene el mismo valor lógico de las premisas, y”...“el valor lógico privilegiado es el valor de “verdad” o “validez”; así pues, las inferencias son consideradas demostraciones o pruebas del hecho de que la conclusión es verdadera como las premisas.

La conclusión se sigue lógicamente de las premisas (o sea, es consecuencia lógica de las premisas) si, y solo si, está excluido que las premisas puedan ser verdaderas y la conclusión falsa (en otros términos: si, y solo si, está excluida la posibilidad de que las premisas sean verdaderas y la conclusión sea falsa).

...

Pero de lo anterior se sigue que es esencial para una inferencia lógica que sus premisas y su conclusión sean enunciados que puedan ser verdaderos o falsos (o sea, enunciados susceptibles de verdad o falsedad).

Y está condición necesaria de posibilidad de una inferencia lógica no es satisfecha por lo enunciados imperativos.

Así, pues los enunciados imperativos no pueden aparecer en inferencias lógicas ni como premisas ni como conclusiones.”

De la imposibilidad de que los enunciados imperativos sean o premisas o conclusiones de inferencias lógicas se sigue como principio que es imposible fundar un imperativo mediante una inferencia lógica”.

La consecuencia obvia del dilema es que los silogismos o argumentos utilizados en la argumentación jurídica en realidad no son silogismos o argumentos. Esto es, desde la lógica clásica hasta nuestros días es claro que uno de los temas centrales de la lógica es que las proposiciones premisas o conclusión son susceptibles de ser o bien verdaderas o bien falsas -la verdad entendida como la

⁴⁵⁵ Alarcón Cabrera, Carlos. *Imperativos y Lógica en Jörgen Jörgensen*, Isegoria, no. 20, 1999, pp. 207-215.

correspondencia entre el pensamiento y la realidad- y, además, que según el principio de inferencia de la verdad de las premisas se sigue la verdad de la conclusión.

Sin embargo, las normas al carecer de un valor de verdad debido a que precisamente este criterio de verdad como correspondencia no es aplicable a las normas jurídicas nos lleva a la inevitable consecuencia de que no se puede fundar un imperativo en una inferencia lógica. En suma, la racionalidad del discurso jurídico quedaría en duda.

Se han dado posibles salidas y soluciones al dilema de Jørgensen; sin embargo, es el ensayo *Deontic Logic* de Von Wright el que en 1951 fue pionero en el tema al señalar que si bien es cierto que a las normas no les es atribuible un valor de verdad, también lo es que no es cierto que ellas no tengan lógica y que de hecho es la lógica deóntica que en ese momento se presentaba. Un examen riguroso sobre el tema excede por mucho los alcances del presente ensayo tan sólo sirva para mencionar tan importante lógica de las prescripciones.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - Una propuesta axiomática de construcción es indispensable para justificar con elementos lógico formales los criterios de incorporación de los derechos.

SEGUNDA. - Una propuesta lógica de las normas nos muestra el papel de postulados de los derechos y su relación con los teoremas del sistema jurídico.

TERCERA. - El lenguaje técnico del derecho y el lenguaje artificial de la lógica no son en modo alguno incompatibles.

CONCLUSIONES FINALES DE LA TESIS

CONCLUSIONES DE LA TESIS

PRIMERA. – Los criterios formales y materiales de incorporación de los derechos humanos y fundamentales determinan su adscripción a un sistema jurídico concreto.

SEGUNDA. – El liberalismo clásico parte del constructo filosófico de un estado anterior a la sociedad civil llamado “estado de naturaleza”, en el cual el hombre goza de plena libertad e individualidad, mismas que no le son suficientes para sobrevivir y por lo que encuentra necesario constituirse, en conjunto con demás hombres, en una sociedad civil.

TERCERA. – Las tesis liberales de la primacía de los derechos, la limitación del poder y la neutralidad del Estado, se erigen como criterios materiales de los derechos humanos y derechos fundamentales.

CUARTA. - En términos comunitaristas, una teoría constitutiva de la comunidad política se construye mediante la creación de lazos que ligen al individuo con su comunidad, los cuales no son exógenos, sino que forman parte de su propia identidad.

QUINTA. – La manera más adecuada de mantener los lazos del individuo con su comunidad es mediante una vida política activa, participativa, única, por medio de la cual se construye primordialmente la virtud cívica. En consecuencia, el bien común no sería el agregado de intereses individuales, sino una noción fundamentada en el reconocimiento del valor que tiene la comunidad política compartida por los ciudadanos.

SEXTA.- Los pensadores comunitaristas esperan, por lo general, que el marco político común cree las condiciones necesarias para que dentro de una comunidad en específico, se anime al individuo a asumir compromisos con valores colectivos, como son la reciprocidad, la confianza o la solidaridad.

SÉPTIMA. – El comunitarismo, como criterio material de incorporación de los derechos, libertades y facultades de las personas, se lleva a cabo a partir de la participación y discusión que la ciudadanía tenga para su construcción y reconocimiento.

OCTAVA. – Liberales y comunitaristas reconocen límites claros dentro de la comunidad política; sin embargo, el liberalismo supone un espacio mucho más amplio en el que los individuos pueden ejercer sus derechos y actuar como ciudadanos, concepto que se debilita en el comunitarismo debido a la identificación constante entre el bien individual y el de la comunidad.

NOVENA. - Estado constitucional de Derecho involucra principalmente aspectos como la representación del sistema político y el sometimiento, protección, promoción y garantía de los derechos fundamentales por parte del gobierno.

DÉCIMA.- Las tesis del activismo judicial y fuerte reconocimiento de derechos del neoconstitucionalismo complementan la labor garantista de los criterios de incorporación de los derechos humanos y derechos fundamentales.

DÉCIMA PRIMERA. – Los derechos vistos como expectativas contienen criterios formales y materiales de incorporación que aunados a un fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional consolidan el Estado Constitucional de Derecho.

DÉCIMA SEGUNDA. - El alcance de una propuesta axiomática en el campo de lo jurídico nos muestra el papel de postulados de los derechos y su relación con los teoremas.

DÉCIMA TERCERA. - La lógica formal no puede hacerse cargo del contenido de cualquier decisión jurídica, por lo que debe ser entendida como un instrumento indispensable y necesario, aunque no suficiente, para el control y la justificación de tales decisiones.

DÉCIMA CUARTA. - El espacio residual donde se agota la eficacia de la lógica formal, específicamente de la lógica deóntica, deja el campo abierto a otras formas de razonamiento.

DÉCIMA QUINTA. - La explicitación de posibles argumentos alternativos respecto a la resolución de un caso configura soluciones entre sí inconsistentes y, por tanto, relevantes como contradicciones lógicas.

DÉCIMA SEXTA. – El sistema axiomático de derechos nos proporciona los criterios de completitud y coherencia.

Fuentes de Consulta

Libros.

1. AGUILAR Sahagún Luis Armando, *El derecho al desarrollo: su exigencia dentro de la visión de un nuevo orden mundial*, México, ITESO/Universidad Iberoamericana, 1999.
2. ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
3. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
4. -----, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.
5. -----, *La fórmula del peso*, trad. de Carlos Bernal Pulido, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Edit. Miguel Carbonell, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.
6. ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, España, Ariel, 2001.
7. -----, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM-IIJ, México, 2003.
8. BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, España, Debate, 1998.
9. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español*, México, IIJ-UNAM, 2005.
10. CARBONELL, Miguel (ed). *Neoconstitucionalismo(s)*, España, IIJ-UNAM, Trotta, 2003.
11. CARPIZO, Jorge, "Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características", *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre 2011.
12. COLOMER, Eusebi, *El pensamiento alemán de Kant a Heidegger*, 2a. ed., t. II: *El idealismo: Fichte, Schelling y Hegel*, Barcelona, Herder, 1995.
13. DEAÑO, Alfredo. *Introducción a la lógica formal*, Alianza, Madrid, 1978.

14. ECHAVE, Delia Teresa y/o. *Lógica, proposición y norma*, Astrea, Argentina, 2008.
15. FALGUERA, José y Martínez, Concepción. *Lógica clásica de Primer Orden*, Trotta, Madrid, 1999.
16. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, 2009.
17. -----, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Ruiz Miguel, España, Trotta, 2005.
18. -----, *El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, en Ibáñez, Perfecto, Andrés (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho*, España, Trotta, 1996.
19. -----, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007.
20. -----, *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, España, IJ-UNAM-Trotta, 2003.
21. FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez Neira, España, Trotta, 2001.
22. -----, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad., de Manuel Martínez Neira, España, Trotta, 2003.
23. GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, España, Paidós, 1999.
24. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
25. GRAY, Jhon, *Liberalismo*, trad., de María Teresa de Mucha, México, Nueva Imagen, 1992.
26. GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, trad., de Miguel Carbonell, México, Fontamara-UNAM, 2001.
27. Häberle, Peter, *El estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM-IJ, 2003.

28. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, España, Trotta, 2000.
29. HEGEL, G.W.F., *Principios de la filosofía del derecho*, trad. Juan Luis Vermal, Barcelona, Edhasa, 1988.
30. HOBBS, Thomas. *Leviatán*, trad. Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 2004.
31. HORTON, John, "Charles Taylor: Selfhood, community and democracy", en Carter, April y Stokes, Geoffrey (eds.), *Liberal democracy and its critics*, Oxford, Polity Press, 1998.
32. HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, s/t, México, Porrúa, 1977.
33. KALLSCHEUER, Otto, "El liberalismo comunitario de Michael Walzer", *Debats*, núm. 39, España, 1992.
34. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996.
35. KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maníes, México, UNAM, 1979.
36. - - - - - , *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, Argentina, Eudeba, 2009.
37. LARGO, Antonio, *Los derechos humanos: ámbitos y desarrollo*, Madrid, Editorial San Esteban, 2002.
38. LOCKE, John, *Segundo Ensayo*, trad. de Cristina Piña, Buenos Aires, Losada, 2003.
39. - - - - - , *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, trad., prólogo y notas de Carlos Mellizo, España, Alianza, 2001.
40. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, trad. A. Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1982.
41. MACINTYRE, Alasdair, *Historia de la ética*, Barcelona, Paidós, 2006.
42. - - - - - , *Tras la virtud*, trad. de Amelia Varcárcel, Crítica, Barcelona, 2001.
43. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brede y de, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, España, Tecnos, 2002.

44. NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
45. - - - - - , *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.
46. PECES-Barba Martínez, *Lecciones de Derechos fundamentales*, España, Dykinson, 2004.
47. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1999.
48. - - - - - , *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Perú, Palestra, 2002.
49. - - - - - , *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, España, Trotta, 2003.
50. RAWLS, John, *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, trad. Andrés de Francisco, Barcelona, Paidós, 2001.
51. - - - - - , *Liberalismo político*, trad. de Sergio René Madero Báez, México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México – Fondo de Cultura Económica, 1995.
52. - - - - - , *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
53. RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, IIJ-UNAM, 1985.
54. - - - - - , *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, IIJ-UNAM, 1986.
55. ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 2005.
56. ROUSSEAU, Jean-Jaques, *El contrato social*, trad. de Enrique Ascoaga, España, Edaf, 2001.
57. SANDEL, Michael J., *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. de María Luz Melon, Barcelona, Gedisa, 2000.
58. SPINOZA, Baruch de, *Ética demostrada según el orden geométrico*, trad. de Atilano Domínguez, Madrid, Trotta, 2000.

59. -----, *Tratado teológico-político*, trad. de Atilano Domínguez, Alianza, Madrid, 1986.
60. TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho: introducción al estudio de la ciencia jurídica*, México, Themis, 1998.
61. -----, *Introducción analítica al estudio del derecho*, México, Themis, 2011.
62. -----, *El derecho y la ciencia del derecho*, México, Fontamara, 2011.
63. TAYLOR, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, trad. de Fina Birulés Bertrán, España, Paidós, 1997.
64. -----, "Atomism", *Philosophical Papers*, vol. 2, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.
65. -----, "Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate", *Philosophical Arguments*, vol. 3, Cambridge, Harvard University Press, 1995.
66. -----, *La ética de la autenticidad*, trad. Pablo Carbajosa Pérez, España, Paidós, 1994.
67. -----, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, trad. de Ana Lizón, España, Paidós, 1996.
68. -----, *Hegel y la sociedad moderna*, trad. de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
69. -----, *Multiculturalism*, ed. Gutmann, Amy, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1994.
70. WALZER, Michael, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. de Heriberto Rubio, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
71. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, España, Trotta, 1997.

Revistas electrónicas

1. Agudo González, Jorge, Evolución y negación del derecho subjetivo, en “Revista Digital de Derecho Administrativo”, N° 5, primer semestre /2011, <http://portal.uexternado.edu.co/pdf/Derecho/Revista%20Digital%20de%20Derecho%20Administrativo/Edici%C3%83%C2%B3n%205/04agudo%20gonzalez.pdf> (consultada el 25 de marzo de 2015)
2. ALARCÓN CABRERA, Carlos, *Imperativos y Lógica en Jürgen Jørgensen*, Revista Isegoria, no. 20, 1999.
3. -----Las lógicas deónticas de Georg H. von Wright, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, no. 26, Universidad de Alicante, 1989.
4. Bernal Pulido, Carlos, *Derechos fundamentales*, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen II, México, IJ-UNAM, p. 1584.
5. Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre 2011, p. 17.
6. CORTÉS RODAS, Francisco, *Liberalismo, comunitarismo y ética comunicativa*, Daimon Revista Internacional de Filosofía, no. 15, 1997, p.95. <http://revistas.um.es/daimon/article/view/9351/9101> (Fecha de consulta 31/07/2018).
7. Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987.
8. Tamayo y Salmorán, Rolando, “Derechos humanos y la teoría de derechos. Un criterio”, *Doxa*, núm. 9, 1991, pp. 189 - 204.
9. TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, *Derechos humanos y la teoría de derechos. Un criterio*, *Doxa*, núm. 9, 1991.
10. TAMAYO y SALMORÁN, *Dogmática jurídica y teoría moral, Isonomía*, núm. 4, 1996.
11. RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Derechos humanos y comunitarismo. Aproximación a un debate”, *Doxa*, núm. 12, 1992.

Normatividad

1. Constitución Francesa de 1793 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793> (Consultada el 3 de septiembre del 2016)
2. Constitution de 1852, Second Empire, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1852-second-empire> (Consultada el 08 de agosto del 2018)
3. Constitución de los Estados Unidos de América <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/us/us181es.pdf> (Consultada el 05 de mayo de 2016)
4. Constitución Política de la Ciudad de México <http://www.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/59a/588/5d9/59a5885d9b2c7133832865.pdf> (Consultada el 08 de agosto del 2018)
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf (Consultada el 10 de junio de 2017)
6. Convención Americana sobre Derechos Humanos https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm (Consultada el 20 de noviembre de 2017)
7. Declaración de Derechos de los Estados Unidos de América <http://www.ieslasmusas.org/geohistoria/derechos1791.pdf> (Consultada el 15 de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf (Consultada el 08 de agosto del 2018)
8. marzo de 2016)
9. Declaración Universal de Derechos Humanos, preámbulo, París, Naciones Unidas, 1948, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> (consultado el 19 de abril de 2018).

10. Ley de Amparo
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf (Consultada el 30 de febrero de 2016)

11. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
[http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/030309\(2\).pdf](http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/030309(2).pdf) (Consultada el 25 de mayo de 2017)

12. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf (Consultada el 08 de agosto de 2018)