

Derechos Humanos y constitucionalismo ante el nuevo milenio

En el prólogo a la edición francesa de *La rebelión de las masas*, Ortega y Gasset resaltaba que existían «épocas en que la realidad humana, siempre móvil, se acelera, se embala en velocidades vertiginosas». Un buen ejemplo de esta vertiginosidad lo tenemos en la historia europea de los últimos años. En poco tiempo hemos asistido, desde el nacimiento y desarrollo de la Comunidad Europea, a la caída del Muro de Berlín, pasando por la desintegración de los regímenes de los Países del Este, o por el triste y vergonzoso episodio del conflicto armado de la ex Yugoslavia. Todo ello, sin que exista prácticamente una solución de continuidad entre unos acontecimientos y otros. Y como suele ocurrir en estos casos, con la sensación de que la realidad ha superado de nuevo nuestra capacidad de asimilación y nos ha supeditado a asumir estos cambios, sin que realmente lleguemos a ser conscientes de su trascendencia.

Resulta curioso, sin embargo, comprobar cómo esta sensación o sentimiento, que podríamos calificar de “frustrante”, se ha sustituido casi con la misma celeridad por el de incertidumbre y expectación al comprobar el contexto generalizado de cambios y transformaciones que acompañan, más o menos de forma caprichosa, el nacimiento de un nuevo siglo. En este cerrar y abrir

puertas que supone el tránsito a un nuevo milenio, no han faltado incluso voces que, desde diversas perspectivas, han cuestionado alguno de los valores, principios e instituciones sobre los que se asienta la sociedad moderna contemporánea y que, en sus versiones más extremas, no han dudado en anunciar, en un tono ciertamente apocalíptico, el fin de la Historia.

Así, desde la perspectiva jurídico-constitucional, hace tiempo se viene debatiendo sobre el significado y vigencia de conceptos como el de Soberanía, Estadonación, Ley, o sobre la crisis del modelo de representación, o sobre la insuficiencia de la dogmática de los derechos fundamentales, por citar algunos de los más conocidos. Debates, en todo caso, que no constituyen un fenómeno aislado y que, con ciertos matices y en atención alguna de las posturas mantenidas, se podrían inscribir en lo que se ha venido a denominar el movimiento “postmoderno”, término éste utilizado para calificar una nueva corriente de pensamiento caracterizada por su eclecticismo y en la que concurren distintos movimientos no siempre reconducibles a un único significado.

La expresión sociológica “postindustrial” aplicada a la sociedad capitalista desarrollada, la filosófica de “postempírico” en alusión

a la superación de ciertos conceptos normativos de ciencia y progreso científico o, entre otras, la artística de “postvanguardia”, en referencia a la tendencia de la pintura contemporánea, serían algunas de las manifestaciones que acreditan su pluralidad de significados. Pero en todo caso, éstas no son sino tendencias de un movimiento cultural más amplio que se inicia a finales de la década de 1950 en Estados Unidos y que, en un principio, sirvió para dar nombre a una nueva corriente literaria para, posteriormente, extenderse a otros campos, en especial a la filosofía, a través de la cual, precisamente, penetra en el continente europeo.

Sin entrar a valorar el acierto de su denominación, el empleo del prefijo *post* nos pone en antecedentes de cuál es el fundamento de este movimiento. Como apunta Jürgen Habermas en un pequeño artículo publicado en un volumen recopilatorio bajo el título de *Ensayos políticos*, «todos los “ismos” que se construyen con un “post” tienen siempre el objetivo del distanciamiento y expresan una experiencia de discontinuidad, una posición distinta en relación a un pasado distantemente localizado» (HABERMAS, 1981).

Conforme a esta caracterización, se podría afirmar de forma genérica que el “postmodernismo” implica, ante todo, un cambio de modelo cultural, un distanciamiento con el pasado más próximo representado por el modernismo y en especial el movimiento ilustrado que en él se inscribe. Consecuencia lógica es que, dada esa ruptura aparente de la continuidad, se ha de imponer socialmente un nuevo paradigma de conocimiento, una nueva condición del saber, que sería, tal y como se apunta en la obra, recientemente traducida al castellano, de J. F. Lyotard: *La condición posmoderna*. Una nueva condición que expresaría, según

este autor, «el estado de la cultura después de las transformaciones que han afectado a las reglas de juego de la ciencia, de la literatura y de las artes a partir del siglo XIX» (LYOTARD, 1994).

Como era de prever, la respuesta doctrinal no se ha hecho esperar. Ante la trascendencia y alcance de las propuestas postmodernas, numerosos autores se han interesado por el tema, bien para apoyarlo, bien para criticarlo, dando lugar a una amplia bibliografía. Además de la obra de Lyotard, antes citada, que podríamos calificar de pionera, quisiéramos hacer mención especial de dos publicaciones de reciente aparición. La primera es un volumen colectivo, publicado bajo el título *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, coordinado por el profesor Pérez Luño. La segunda, corresponde a la reedición del ya clásico portugués *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, del brillante y siempre sugerente profesor de Coimbra, J. Gomes Canotilho. De la lectura de éstas y de alguna otra obra más surgieron una serie de meditaciones que, sin ánimo de extendernos, pretenden quedar reflejadas en este pequeño artículo que aquí presentamos.

No está de más advertir que, tal y como se anuncia en el título, nuestro trabajo se va a limitar a destacar alguno de los pasajes esenciales de la evolución mantenida por dos conceptos claves del constitucionalismo moderno: el de Constitución y el de Derechos Humanos, pues a nuestro juicio, ambos conceptos, en cuanto ideales de modernidad, constituyen un banco de pruebas inmejorable para contrastar si las críticas postmodernistas encuentran fundamento en el constitucionalismo actual. En este sentido, hemos considerado apropiado dividir la exposición en dos grandes apartados: uno referente al concepto de

Constitución, en el que haremos una breve referencia a las notas características del constitucionalismo moderno (*infra* apartado 1), la evolución del concepto de Constitución (apartado 2) y los nuevos planteamientos postmodernistas (apartado 3); y otro, al de Derechos Humanos, donde se analiza su evolución (apartado 4) y las aportaciones postmodernistas al respecto (apartado 5).

1. EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

En sentido histórico, el término constitucionalismo moderno alude al movimiento político, social y cultural que, sobre todo a partir de mediados del siglo XVIII, cuestiona, desde los planos políticos, filosóficos y jurídicos, los esquemas tradicionales de dominio político, esquemas hasta ese momento asentados en un «conjunto de principios, consuetudinarios y escritos, aseguradores de la existencia de derechos estamentales frente al monarca y, simultáneamente, limitadores de su poder» (CANOTILHO, 1997).

En contra de lo que podría pensarse, la finalidad última de este movimiento no fue, o al menos no exclusivamente, la de incorporar al ordenamiento una nueva norma denominada Constitución. Además, y sobre todo, la irrupción del constitucionalismo moderno supuso, en primer lugar, romper con el pasado más inmediato representado por el denominado constitucionalismo antiguo, y, en segundo lugar, y más importante, instaurar una nueva forma de ordenar y fundamentar un orden político que asegurase y garantizase la libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos. En este sentido, el constitucionalismo moderno ha de interpretarse como una «técnica específica de limitación del poder con fines

garantistas» (CANOTILHO, 1997), «una técnica de libertad contra el poder arbitrario» (MATTEUCCI, 1998).

Si bien hay que advertir que, aunque sobre el terreno de los grandes principios, el constitucionalismo presenta tendencialmente caracteres unitarios, bajo esta denominación genérica y abstracta concurren distintos modelos con soluciones jurídicas diferentes. Aun coincidiendo en el tiempo (siglos XVII y XVIII) y en su significado, no fue igual el modelo de constitucionalismo seguido en Francia que el inglés o el de Estados Unidos. Cada uno de ellos surge en respuesta a circunstancias sociales y políticas concretas, y con una fundamentación, en teoría, distinta: individualista el francés, estatalista el americano e historicista el inglés. Es más, de ellos se derivan los tres grandes modelos de Constitución que se encuentran en la base de los textos constitucionales aparecidos a lo largo del siglo XIX. En todo caso, diferentes sí, pero no independientes.

Como ha puesto de manifiesto el profesor Fioravanti, en los acontecimientos posteriores a las revoluciones de finales del siglo XVIII, «ninguno de los tres modelos tendió a permanecer aislado», sino más bien todo lo contrario, «cada uno de ellos tiende a combinarse con uno de los otros dos» (FIORAVANTI, 1996), lo que viene a demostrar que, en realidad, los tres modelos no son sino tres formas distintas de reaccionar ante el legado del antiguo constitucionalismo, «tres formas de desenvolver la idea constitucional» (CANOTILHO, 1997), que han contribuido de forma conjunta «a formular algunos de los principios basilares del constitucionalismo moderno» (MATTEUCCI, 1998).

Por lo que aquí interesa, la caracterización del constitucionalismo como técnica limi-

tadora con fines garantistas encierra sin duda un fuerte componente político o, si se prefiere, ideológico. Si, como acabamos de ver, su objetivo es garantizar la libertad de los ciudadanos frente al Estado, y para ello éste se ha de ajustar, en su organización, a unos determinados principios, parece lógico que la Constitución, como apunta I. de Otto, «no puede restringir su significado al de una norma jurídica más» (OTTO, 1988). Necesariamente en ella se han de recoger los principios a los que obedece esa organización y debe expresar, por tanto, esa específica “cualidad” (HESSE, 1992), esa determinada “esencia” (OTTO, 1988).

Al margen de otras consideraciones, en la historia constitucional europea esa esencia o cualidad se identifica en origen con los valores revolucionarios liberales burgueses, tal y como quedaron posteriormente consagrados en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «*Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución*».

2. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Aun a riesgo de simplificar en exceso, podemos afirmar que la Revolución burguesa determinaría, desde este punto de vista, el tránsito del constitucionalismo antiguo al moderno. A partir de este momento, la Constitución ya no puede ser interpretada como un conjunto de principios que regulan la forma de gobierno o que expresan «el modo de ser de una comunidad» (CANOTILHO, 1997). La Constitución en sentido moderno se presenta, ante todo, como un pacto fundador, una auténtica “constitución”, que no sólo recoge un orden, sino que además establece ese orden,

que pretende ser expresión, no sólo de un ser, sino también de un deber ser. A estas notas esenciales habría que añadir dos más. La primera hace referencia a su contenido: la Constitución moderna establece un orden inmanente de normas jurídicas del que el Estado obtiene no sólo «su organización fundamental, sino también su delimitación básica frente al individuo» (K. STERN, 1987). La segunda, a su forma: si exceptuamos a Inglaterra, las constituciones modernas se caracterizan por ser constituciones escritas

Al igual que ocurre en Estados Unidos, esta idea de Constitución moderna se asocia en Europa con las constituciones *racionales normativas* aparecidas a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. En este sentido, el constitucionalismo posterior a la Revolución Francesa no se sustrae al clima general de racionalización que caracterizó el desarrollo del Estado moderno, y concibe la Constitución como un documento escrito, producto de la razón, «con el que se pretende estructurar, de una vez y para siempre, toda la vida del Estado» (GARCÍA PELAYO, 1984). La Constitución pasa a ser la «ley básica del Estado» (K. STERN, 1987), su orden jurídico básico, que predetermina su estructura y limita su poder. Su finalidad es controlar, racionalizar el Estado, darle en definitiva, en consonancia con los valores liberales burgueses, la forma de Estado de derecho. Para ello establece nuevas garantías jurídicas que aseguran la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos y la protección de sus derechos frente al Estado, el que, a su vez, ve limitado su poder con la instauración de la división de poderes y el principio de legalidad.

Esta forma de entender la Constitución responde a lo que la doctrina ha venido a denominar el *concepto ideal de Constitución* y se convirtió durante el siglo XIX en el

modelo teórico ideal para toda la Europa occidental, hasta el punto de que sólo se consideraban constituciones aquellos textos que respondían a un cuadro ideal previo. Concretamente «al ideal de la garantía de determinados derechos de libertad, de la división de poderes, del Estado de derecho y de la fijación de estos derechos y principios en una Constitución escrita» (K. STERN, 1987).

Ya en el siglo XX, y coincidiendo con la crisis del constitucionalismo liberal y de los postulados racionales normativos, este concepto va a perder su posición hegemónica. A partir de la Constitución de Weimar (1919), los textos constitucionales, en un intento por amoldar la estructura del Estado de derecho a las nuevas condiciones sociales de la civilización industrial, incorporan a su articulado nuevos contenidos sociales y económicos; materias hasta ese momento reservadas a la esfera privada y ajenas a la regulación constitucional, son atribuidas al Estado, que asume así la condición de Estado social. De este modo, el arquetipo liberal de las relaciones entre sociedad y Estado, fundadas en la antítesis libertad-autoridad, se ve superado por un proceso recíproco de estatalización de la sociedad y socialización del Estado. La extensión del sufragio universal, unido a la formación y desarrollo de los partidos de masas, facilitan la participación de los individuos en la formación de la voluntad estatal. Al mismo tiempo, el Estado abandona su actitud pasiva de “vigilante nocturno” para asumir la configuración de la vida social e intervenir activamente en el proceso económico.

Estos cambios se traducen en la asunción por parte de las constituciones de nuevas funciones. Ya no basta con que la Constitución limite el poder estatal y proteja la libertad de los ciudadanos, como ocurría

en la concepción liberal, también ha de garantizar un proceso político libre, legitimar democráticamente el poder del Estado y mantener «su virtualidad y eficiencia en un proceso político reglado» (HESSE, 1996). Además, la decisión en favor del Estado social supone atribuir a la Constitución la responsabilidad de configurar la vida social y económica, procurando reducir al máximo los antagonismos de la sociedad industrial por procedimientos reformadores no violentos.

En atención a estas nuevas funciones, se podría establecer un paralelismo: si el Estado constitucional democrático actual es resultado de la suma y combinación de los Estados de derecho, democrático y social, la Constitución que le da cuño no puede servir sólo para limitar y controlar, debe servir además para construir democráticamente el poder y para orientarlo socialmente. De esto se desprende, como apunta H. P. Schneider (1991), que «los objetivos democráticos, los propios del Estado de derecho y los inherentes al Estado social, así como las funciones de la Constitución, no están de forma alguna desconectados, ni tampoco contrapuestos, sino que se condicionan y se complementan entre sí».

El problema se plantea a la hora de definir esta Constitución, de encontrar un concepto que sea capaz de garantizar cierta estabilidad, que asegure la complementariedad necesaria entre estos principios, *a priori* contradictorios. La propia experiencia histórica ha venido a demostrar que no era una tarea fácil, y que en aquellos supuestos en que no se ha mantenido este equilibrio, los resultados han sido desalentadores. Estamos haciendo referencia a lo que la doctrina ha denominado *Constitución programática o dirigente*. Vinculada de forma genérica a la ideología marxista, la

Constitución dirigente partía de primar la función social del texto constitucional, entendido como un texto planificador que pretende impulsar la transformación de la sociedad a través de la acción del Estado. A la Constitución le correspondía diseñar la actividad política y económica de la comunidad y al Estado su ejecución, en cuanto «director exclusivo de la sociedad» (CANOTILHO, 1995). Aunque no es el momento de detenernos a analizar las consecuencias prácticas derivadas de su aplicación, conviene apuntar que hoy este concepto se encuentra ciertamente cuestionado, como lo demuestra el hecho de que sus seguidores se hayan visto obligados a replantear su contenido y buscar, como posteriormente veremos, opciones alternativas más acordes con los sistemas democráticos contemporáneos.

Para simplificar las cosas y evitar incurrir en un excesivo tecnicismo, en la actualidad el concepto que cuenta con mayor grado de aceptación entre la doctrina es el de *Constitución abierta*. Es decir, la Constitución entendida, no ya como un sistema cerrado, omnicompreensivo y estático de normas, sino un sistema abierto de reglas y principios, donde es posible la existencia de lagunas y donde, incluso, algunas cuestiones quedan predeterminadamente abiertas, para su discusión, decisión y configuración (HESSE, 1992). Su mayor acierto, como señala Gomes Canotilho, estriba en pretender conciliar dos exigencias fundamentales del Estado constitucional democrático. De un lado, incorporar a la Ley fundamental los principios de legitimidad material informadores del Estado y la sociedad. De otro, fijar a través del texto constitucional una orientación política global, un plan estructural básico, guiado por determinados principios que aseguren y garanticen, para su concreción y realiza-

ción, la concurrencia de concepciones políticas y proyectos alternativos diferentes (CANOTILHO, 1997).

A diferencia del concepto ideal, la Constitución abierta se presenta, no como un sistema estático e invariable de normas jurídicas que garantizan un *statu quo* determinado, sino como un sistema dinámico y abierto de reglas y principios que permite, para su determinación, el libre juego de fuerzas políticas dispares. Se asegura así la vocación original de todo texto constitucional de perdurar en el tiempo al permitir, dado su carácter dinámico y abierto, una mayor capacidad de adaptación a los cambios sociales y culturales.

3. PLANTEAMIENTOS POSTMODERNISTAS

Llegados a este punto, cabría preguntarse si realmente se ha producido o no ese cambio de paradigma que defienden las tesis postmodernistas. En un principio, y como apunta Habermas, éste parece haberse producido con el «paso del derecho formal burgués al derecho materializado del Estado social». Sin embargo, como también señala este autor, tal reinterpretación «no debe confundirse con una revisión de los conceptos y de los principios básicos» (HABERMAS, 1998). Desde el punto de vista jurídico, la tesis postmodernista parece presentar esta contradicción formal: aunque el término *post* indique, como ya apuntamos, un distanciamiento, lo cierto es que, según qué prisma utilicemos, los mismos acontecimientos pueden suponer una innovación o ruptura con el pasado o, por contra, pueden presentarse como una etapa más dentro del proyecto ininterrumpido de progreso emancipador que supone la modernidad. El problema realmente está en saber si este proyecto se encuentra

agotado o no, si son suficientes sus instrumentos sociales, políticos y culturales (HABERMAS, 1981), o si éstos deben ser complementados en términos postmodernistas. Como era de esperar, han sido muchas las opiniones en uno y otro sentido.

Dentro de la segunda opción, últimamente cobra fuerza entre algún sector de la doctrina un concepto de Constitución ciertamente innovador que la presenta como un “*estatuto reflexivo*”. Tomando como referencia la obra de Canotilho, vamos a intentar exponer brevemente cuáles son las bases teóricas de este concepto, si se me permite la expresión, postmoderno de Constitución.

Los autores que se decantan por este concepto (Taubner, Lauder y, con matices, el propio Canotilho) consideran que la idea de Constitución como «centro de un conjunto normativo “activo” y “finalístico”, regulador y directivo de la sociedad», se encuentra hoy en declive por las siguientes causas: de un lado, ha mostrado sus limitaciones y deficiencias a la hora de regular los problemas sociales, políticos y económicos; de otro, en estrecha relación con lo anterior, ya no puede presentarse como un «pacto fundador o legitimador de una acción práctica racionalmente transformadora» o, lo que es lo mismo, ya no puede «insertarse en el proceso histórico de emancipación de la sociedad» (CANOTILHO, 1997).

Ante tal situación, estos juristas consideran que el derecho en general ha dejado de ser el fenómeno cultural dominante en la actualidad, al menos en la forma como se presentaba en el punto álgido de su evolución durante el siglo XIX, y demandan, en consecuencia, la implantación de un nuevo paradigma: el *paradigma de la auto-organización*. Dada la complejidad y diversificación de las sociedades contemporáneas, el derecho, y en especial el

derecho constitucional, ya no puede concebirse como «un sistema de reglas destinadas a dar a la sociedad una estructura estable y distinta de su orden natural espontáneo», sino que, más bien, ha de interpretarse como un derecho auto-organizativo, entendido como un sistema endógeno de relaciones sociales fruto de la interacción espontánea de sus agentes (CANOTILHO, 1997).

Así definido, el nuevo paradigma auto-organizativo conecta plenamente con las ideas de autogestión y de libertad de autofundación que caracterizan, según Lyotard, la nueva condición postmoderna. Si trasladamos estos argumentos al tema que nos interesa, el concepto de Constitución que mejor expresa esta condición es el concepto anteriormente anunciado, que define o concibe la Constitución como un «estatuto reflexivo que, a través del establecimiento de esquemas procedimentales, de apelación a autorregulaciones, de sugerencias en el sentido de evolución político-social, permite la existencia de una pluralidad de opciones políticas, la compatibilización del disenso, la posibilidad de varios juegos políticos, y la garantía de mutaciones a través de rupturas» (TEUBNER y LAUDER, recogidas por CANOTILHO, 1997).

Construido sobre las teorías sistémicas autorreferenciales (*autopoieticas*) de autores como Luhman y Teubner, el concepto “reflexivo” de Constitución pretende constituirse en una alternativa crítica al clásico sistema jurídico regulador, eminentemente legislativo, sobre el que se cimenta la arquitectura jurídica del Estado liberal y, sobre todo, del Estado social. Frente a éste, la teoría reflexiva parte de un dato: el derecho, y en especial el derecho constitucional, es incapaz de ofrecer una respuesta única y coherente a todas y cada una de las

exigencias procedentes de un sistema social cada vez más complejo y diversificado. La alternativa propuesta sería la de optar por un derecho –derecho constitucional– “desustantivizado”, “informal”, “descodificado”, “deslegalizado” (CANOTILHO, 1993, 1997), una suerte de minimalismo jurídico que rompa con el monopolio interpretativo y que se limite a establecer las reglas del juego o, a lo sumo, a realizar sugerencias para que sean los propios agentes sociales quienes, a través de procedimientos auto-organizativos, marquen el camino por seguir en la evolución político-social, sin que, en ningún caso, éste venga impuesto jurídicamente.

Tales serían los elementos teóricos que caracterizan esta nueva concepción post-modernista de Constitución. Las críticas a la teoría han sido de lo más variado. Algunas, cercanas a descalificación como la expresada por Pérez Luño, discrepan de los enfoques autopoieticos, tanto en su forma como en su contenido: en su forma, por considerar que incurren en la inconsecuencia metodológica de justificar la *autopoiesis* jurídica con modelos procedentes de otras ciencias, en este caso de la biología; y en su contenido, por entender que «lo que pueden tener de bueno no es nuevo, y que lo que tienen de nuevo no es bueno» (PÉREZ LUÑO, 1996). En la misma línea se sitúa la opinión del profesor Denninger, que comparte con el anterior las observaciones negativas respecto al método, para posteriormente cuestionarse si tras esta teoría no estaría «la arrogancia del poder disfrazada apenas de jerga lingüística de tipo prescriptivo» (DENNINGER, 1996). Aunque ya de por sí estas críticas son suficientemente elocuentes, resulta significativo que uno de los autores que en principio parecen aceptar estos planteamientos, el tan citado C. Canotilho, al final se desmarca de sus

conclusiones para afirmar que «la reflexividad postmoderna no elimina la comprensión racional de la modernidad constitucional» (CANOTILHO, 1997).

Con la exposición de las bases teóricas de esta nueva concepción y de las críticas planteadas a su fundamentación, damos por cerrada la parte dedicada al concepto de Constitución. Creemos que nuestra intención de realizar un pequeño esbozo del estado de la cuestión está cumplida. Pero antes de pasar al siguiente apartado nos gustaría comentar, por sus implicaciones en el tema, la postura mantenida por este último autor.

En un artículo publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional* con el título “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente?”, el profesor Canotilho parece adherirse a esta teoría reflexiva de la Constitución. A su entender, ella aporta la única solución viable para actualizar y reinterpretar el concepto de Constitución dirigente o programática. La Constitución reflexiva, haciendo uso de mecanismos de “eficacia reflexiva” o de “dirección indirecta” –subsidiariedad, neo-corporativismo, delegación–, podría seguir cumpliendo, según su criterio, la función transformadora de la sociedad que caracterizaba a las constituciones dirigentes, pero sin tener que emplear los ineficaces medios autoritarios y estatalizantes de éstas. Así, la ley dirigente cedería su lugar al contrato, el espacio nacional se alargaría hacia la transnacionalización y globalización y la capacidad transformadora se mantendría, pero restringida a cuatro “contratos globales”: el contrato para las “necesidades globales”, el contrato “cultural”, el contrato “democrático” y el contrato “del planeta Tierra” (CANOTILHO, 1995).

En un principio, parece compartir con la tesis anterior el punto de partida; sin

embargo, los resultados a los que llega son distintos. Según este autor, lo único en que varía la Constitución reflexiva de la dirigente es en los instrumentos regulativos utilizados, pero, en todo caso, y cito textualmente, «el proyecto emancipatorio de las constituciones va a continuar en uno u otro contexto». Se aleja así de las críticas realizadas por la concepción anterior que, precisamente, si recordamos, negaba que la Constitución pudiera adscribirse en el «proceso emancipador de la sociedad». Pero además, y aquí se encuentra la conexión con el dilema postmoderno, entiende que la sustitución del derecho autoritario dirigente por el constitucionalismo moralmente reflexivo podría ofrecer los medios necesarios que permitan *completar* el proyecto de modernidad en las condiciones complejas de la postmodernidad (CANOTILHO, 1995).

Salvando las distancias, este concepto reflexivo de Constitución que propone Canotilho comparte, a nuestro entender, una cierta identidad en sus pretensiones con otros conceptos también de reciente aparición, como puede ser el de Constitución abierta, anteriormente analizado, o el de Constitución pluralista, de Zagrebelsky (*Il diritto mite*, 1992) [*El derecho dúctil*], por citar alguno de los conceptos que no han sido objeto de comentario.

Como apuntamos al principio, estamos inmersos en una época de transición caracterizada por numerosos cambios, si se quiere postmodernistas que, desde luego, afectan al mundo del derecho. En concreto, en nuestra disciplina, el derecho constitucional, últimamente se repite con cierta insistencia la necesidad de replantear el significado de los textos fundamentales para evitar que se desvinculen de las reglas de comportamiento social y terminen utilizando la terminología de K. Lowenstein, convirtiéndose en meras constituciones

“semánticas”, incapaces de orientar la praxis a la teoría. Con este propósito, las concepciones anunciadas parecen alertar sobre los riesgos cosificadores que, para el derecho en general, suponen tanto mantener una tendencia excesiva reguladora como sucumbir, sin más, a la omnipresente ley de mercado, como única alternativa posible. Para salir de este *impasse*, dichas concepciones mayoritariamente parecen inclinarse por vincular el porvenir de los textos constitucionales al desarrollo de la democracia, evitando así retomar la teoría del Estado. Quizá sea ésta la única vía para mantener la vigencia y virtualidad emancipatoria de los textos constitucionales, sobre todo si se tiene presente la actual situación del modelo intervencionista del Estado de bienestar.

4. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A continuación abordaremos la segunda de las tareas propuestas, es decir, realizar un breve resumen de la evolución mantenida en materia de derechos humanos. Para ello hemos optado por utilizar como criterio expositivo la clásica división cronológica que clasifica a los derechos humanos en tres generaciones: una primera, que engloba los derechos individuales liberales; una segunda, que agrupa los denominados derechos sociales, económicos y culturales; y una tercera, que da nombre a un conjunto de derechos heterogéneos y complejos que van desde el derecho a la paz y a la calidad de vida, pasando por el derecho de los consumidores o la libertad informática, calificados genéricamente como los nuevos derechos de la edad tecnológica.

Ante esta clasificación, resulta ciertamente difícil no compartir la tesis postmodernista de cambio de paradigma cultural.

Como veremos, las transformaciones socio-políticas y culturales que caracterizan el tránsito de una generación a otra podrían servir perfectamente para justificar este cambio. Pero, en todo caso, no adelantemos resultados y limitémonos, por el momento, a analizar las notas distintivas de cada una de las generaciones.

De todos es conocido el origen histórico del concepto de derechos humanos. Al igual que otros conceptos como el de “ciudadanía” o el de “voluntad general”, su origen ha de situarse en el centro de las reivindicaciones del proyecto “iluminista” de la modernidad y, más concretamente, en su idea individualista, racional y secular de emancipación, fuente de inspiración de las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Dejando al margen la innegable influencia de las declaraciones americanas, estas reivindicaciones encontraron en el continente europeo su primera concreción formal en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Posteriormente la incorporación de este texto al preámbulo de la Constitución francesa de 1791 inaugura la vía a través de la cual los derechos consagrados en la Declaración se incorporan, en mayor o menor extensión, según la ideología dominante, a la historia del constitucionalismo europeo (PÉREZ LUÑO, 1988).

En un primer momento, la idea de libertad se identifica con una concepción individualista basada, por influencia de la ideología iusnaturalista racionalista, en el reconocimiento de una serie de derechos naturales, de validez universal, consustanciales al hombre y anteriores al Estado. El prototipo de estos derechos es el derecho a la propiedad, inviolable y sagrado (artículo 17), que, junto a los derechos de libertad y seguridad (artículo 2), de inspiración lockiana, pasan a constituir el fin prioritario de la sociedad civil.

Estas libertades presuponen una concepción histórica de los derechos humanos circunscrita a la realidad de un modelo de sociedad concreto, el modelo liberal burgués, donde el individuo «aislado» constituye el punto de partida «desde el que se tiende a sistematizar la visión de toda sociedad» (BALDASSARRE, 1997). En este contexto, la idea de libertad adquiere, además de su significado individualista, un contenido negativo que se traduce en el reconocimiento de un conjunto de derechos subjetivos, concebidos como «espacios vacíos de poder» (BALDASSARRE, 1997) que garantizan la libertad del individuo frente al Estado. La célebre separación Estado-sociedad de esta época no es sino un fiel reflejo de esta concepción atomista del individuo que reclama su autonomía y la de la sociedad civil donde se integra, frente a la injerencia de la actividad estatal (FIORAVANTI, 1996).

Estas serían, a grandes rasgos, las notas que caracterizan a los *derechos de la primera generación*. Veamos cuáles son las que definen a los derechos sociales, económicos y culturales de la segunda generación. En el plano interno, salvando las referencias casi anecdóticas incluidas en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1793 y Constitución francesa de 1848, el verdadero precedente de la positivación de estos derechos se encuentra en la Constitución de Weimar de 1919. Hasta ese momento, como bien indica el profesor Cascajo Castro (1988), «la historia del constitucionalismo social es prácticamente la historia de un vacío». La Constitución de Weimar es la primera constitución europea en incorporar un amplio catálogo de derechos de contenido social y económico: la protección de la mano de obra (artículo 157), un sistema de seguros para atender la conservación de la salud,

la capacidad de trabajo, la enfermedad, la previsión de las consecuencias económicas de la vejez (artículo 161), el derecho a la educación (título IV) ...

Esta tendencia se mantiene, en mayor o menor grado, en las constituciones posteriores: la Constitución republicana española de 1931 y la soviética de 1936, y se hizo aún más evidente tras la segunda Guerra Mundial: Constitución francesa de 1946, la italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, o las constituciones más recientes del sur de Europa, en especial la portuguesa de 1976 y la española de 1978.

Pese a lo efímero de su resultado, se podría afirmar que la inclusión en el texto de Weimar de una serie de cláusulas sociales y económicas inaugura una nueva etapa en la evolución del constitucionalismo europeo, caracterizada por las siguientes notas: a) la ya citada inclusión de derechos prestacionales de marcado carácter colectivo; b) la limitación desde el punto de vista del orden económico de ciertas libertades tradicionales, como, por ejemplo, el derecho de propiedad; c) la toma en consideración en los textos constitucionales de situaciones concretas, como puede ser la protección de las clases modestas; d) la aparición de una nueva concepción de Estado, al pasar de un Estado neutro de tradición liberal a un Estado intervencionista (J. RIVERO, 1991).

Si analizamos con detenimiento cada una de estas notas comprobaremos que, aunque sólo sea por simple deducción lógica, el concepto de libertad experimenta también una importante transformación. Transformación que ha sido calificada por algún autor como «la socialización de la libertad», en referencia a una libertad entendida no como un bien individual que hay que defender de los asaltos del Estado, sino como un instrumento que permite al indi-

viduo participar en la vida de la comunidad (CICALA, 1965).

Podría afirmarse, en este sentido, que la transformación a la que se ve sometido el concepto clásico de libertad, tras la aparición del Estado social, viene especificada a su vez por un doble proceso de ampliación: una ampliación subjetiva y una funcional, que a la postre son las notas que caracterizan esta *segunda generación de derechos*:

–La *ampliación subjetiva* implica un cambio cualitativo en los titulares de la libertad. Las referencias de la Declaración y las constituciones liberales al individuo aislado, independiente, titular de una serie de derechos subjetivos, se ven ampliadas, sobre todo en las constituciones posteriores a la segunda Guerra Mundial, por un conjunto de disposiciones que contemplan al individuo como ser social, partícipe de las relaciones que se entablan en el seno de la sociedad. El reconocimiento en sede constitucional de alguna de estas relaciones, como pueden ser las laborales, económicas o familiares, nos muestra el cambio operado en la sociedad civil. Sea porque en ella se adoptan formas de organización de carácter genéricamente social, sea porque la división del trabajo ha llevado a la formación de las clases económicas, ya no se podrá seguir manteniendo el concepto de que el hombre está aislado en la sociedad civil (ROSSI, 1989).

–La *ampliación funcional* se halla estrechamente ligada a la subjetiva. En correspondencia con la ampliación de la titularidad, los nuevos textos constitucionales corrigen el signo del ejercicio de la libertad: si a los derechos clásicos liberales se les atribuye una libertad negativa, a los nuevos derechos que acompañan al Estado social se les reconoce una libertad de signo positivo. La posición del individuo en el nuevo Estado social se ha de proteger no sólo

tutelando su libertad, sino también instaurando nuevas vías de participación. De esta forma, libertad y participación pasan a ser nociones condicionales que configuran la relación entre el individuo y el Estado y reclaman de este último distintas funciones. La libertad se garantizaría mediante la limitación de su actividad, y la participación en cambio exigiría un Estado dispuesto a realizar prestaciones en el campo social y a intervenir en el campo económico, «con el fin de modificar el libre desarrollo de la vida social a favor de determinadas personas, clases o profesiones» (FORSTHOFF, 1975).

Hasta aquí las notas que caracterizan la aparición de los derechos de la primera y segunda generaciones. Esta evolución o panorámica quedaría incompleta si no aludiéramos a uno de los rasgos que han contribuido a caracterizar la actual etapa de positivación de los derechos humanos: estamos haciendo referencia al fenómeno de su internacionalización, es decir, a la incorporación de estos derechos a las cartas y declaraciones de los organismos internacionales.

La internacionalización se inicia con la emblemática Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la Asamblea de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Como se destaca en su preámbulo, esta Declaración pretende constituirse en: «ideal común que alcanzar por todos los pueblos y naciones, a fin de que todos los individuos y órganos de la sociedad, teniendo constantemente esta Declaración en el espíritu, se esfuercen, mediante la enseñanza y la educación, por desarrollar el respeto de estos derechos y libertades y por asegurar, por medidas progresivas de orden nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivas...».

Es cierto que con anterioridad a esta Declaración ya existía en el ámbito internacional alguna referencia a mecanismos de garantía y protección de los derechos humanos: recordemos el acuerdo sobre esclavitud de 1926 o sobre el trabajo forzoso de 1930. Pero se trata de referencias puntuales y aisladas. Tras la Declaración de 1948, la tutela de los derechos humanos se generaliza, rompiendo además con el modelo hasta ese momento vigente, según el cual la protección de los derechos humanos se reservaba a la *domestic jurisdiction* de los estados.

Como es sabido, la Declaración Universal constituyó la primera fase de un proyecto más ambicioso diseñado por Naciones Unidas, que se vio completada en diciembre de 1966 con la aprobación de dos pactos internacionales: uno que recoge los derechos civiles y políticos, y otro, los derechos económicos, sociales y culturales. Dictados en desarrollo de la Declaración, cada uno de ellos establece un sistema de garantías, destacando especialmente el del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que permite a los individuos y a las asociaciones, a través de un procedimiento y con unos requisitos determinados, elevar reclamaciones contra los propios estados, ampliando así la subjetividad jurídica que anteriormente se reservaba en exclusiva a los estados mismos.

Las repercusiones de este modelo han sido notables. Buena prueba de ello son los convenios y cartas que a nivel regional se han adoptado posteriormente. En el ámbito europeo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 y la Carta Social Europea de 1961. En el continente americano, la Convención Americana de Derechos Humanos aprobada en 1969 y, por último, la Carta Africana de los

Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981.

Pero también se puede apreciar esta influencia a nivel interno, no sólo en las constituciones más próximas a la aprobación de la Declaración, sino también en las de reciente aparición, hasta el punto que, en alguna de ellas, se ha llegado incluso a constitucionalizar directamente los textos internacionales sobre derechos humanos en sustitución o como complemento de su propio catálogo de derechos. Un ejemplo más cercano de esta influencia lo encontramos en el artículo 10 de la Constitución española en el que se establece expresamente: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España». De esta forma se pone en evidencia la relación de complementariedad que existe en materia de derechos humanos entre las regulaciones nacionales e internacionales. Es más, si nos fijamos en el procedimiento de positivación seguido por alguno de los derechos denominados de la tercera generación, como el medio ambiente o el derecho de los consumidores, veremos que esta relación se estrecha aún más, al tratarse de derechos que generalmente se desarrollan en el ámbito nacional para posteriormente influir en el ámbito jurídico internacional y, desde allí, volver a repercutir sobre el derecho estatal y viceversa, estableciéndose entre ambos ordenamientos lo que se ha denominado una «interacción por círculos concéntricos» (SOMMERMANN, 1996).

Esta última referencia a los *derechos de tercera generación* nos sirve de excusa para entrar a analizar los rasgos configuradores de estas nuevas figuras subjetivas. Si recordamos, bajo esta denominación se

encuentra un grupo de derechos heterogéneo y poco definido, estrechamente vinculados al crecimiento económico y, sobre todo, al desarrollo industrial y tecnológico. Para confirmar esos caracteres basta realizar una enumeración de alguno de estos derechos: la protección de los consumidores, la calidad de vida, la libertad informática, el derecho a la paz, la participación en el patrimonio de la humanidad... A pesar de su indeterminación, la doctrina, guiada más por intuiciones que por certezas, ha creído encontrar una serie de rasgos comunes. En primer lugar, en cuanto a su fundamentación, si los derechos de la primera generación tienen en la libertad su valor guía, y los derechos de la segunda, en la igualdad, los de la tercera encuentran en la solidaridad su valor de referencia; en segundo lugar, en lo que respecta a su titularidad, frente a la titularidad individual de la primera generación y la colectiva de la segunda, estos derechos reivindican una titularidad universal de todos los hombres que salvaguarde solidariamente su realización (PÉREZ LUÑO, 1991); en tercer y último lugar, no se trata de derechos negativos frente al poder, ni de participación, ni consisten en la obtención de prestaciones públicas, sino que su objeto es proteger bienes comunes, no individuales, que son condición esencial para la existencia del individuo (LÓPEZ GUERRA, 1993).

5. POSTMODERNISMO Y DERECHOS HUMANOS

Una vez realizado el resumen de la evolución, queda preguntarnos, tal y como ya hicimos en el apartado 3, si realmente se ha producido el cambio de paradigma que defienden los planteamientos postmodernistas. Al inicio de ese epígrafe anticipába-

mos que, en un principio, parece confirmarse la existencia de este cambio, más aún si nos atenemos a los rasgos que caracterizan los derechos de la tercera generación. No obstante, consideramos que este cambio de paradigma en ningún caso ha de servir de pretexto para establecer una ruptura entre las sucesivas generaciones de derechos. Tal como afirma el profesor Pérez Luño, «la concepción generacional de los derechos humanos implica, más bien, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada», y en todo caso «la nueva generación no es simplemente “otra” que la anterior, sino que, en cierto modo, es también la anterior, porque necesariamente ha debido tenerla en cuenta para completar sus insuficiencias y corregir sus errores» (PÉREZ LUÑO, 1996).

Cosa distinta es reconocer que el paradigma cultural en el que originariamente se establecía la relación entre constitucionalismo y libertad se ha transformado considerablemente. Una descripción generacional de la evolución de los derechos humanos no puede ocultar las numerosas dificultades que para los ordenamientos jurídicos nacionales ha supuesto la incorporación a los textos constitucionales, tanto de los derechos sociales y económicos como, sobre todo, los de tercera generación. No es de extrañar, en este sentido, la oposición mostrada en algunos de los países de nuestro entorno cultural, como Alemania o Italia, a ampliar el catálogo constitucional con nuevos derechos, alegando no sólo razones económicas, sino también, y más importante, los riesgos que para la eficacia normativa de la Constitución supone positivizar unos derechos caracterizados, aún hoy, por su indeterminación. Y ello sin mencionar la dificultades que encierra pretender armonizar constitu-

cionalmente los valores de libertad, igualdad y solidaridad que propugnan tales derechos.

Tampoco ha de entenderse como una adhesión a los planteamientos postmodernistas, admitir que el concepto clásico normativo de Constitución se ha visto enriquecido con nuevos contenidos promocionales y educacionales, encaminados respectivamente a la realización efectiva de los derechos de segunda y tercera generaciones; o aceptar que el concepto antiguo de derechos naturales ha experimentado un cambio, y que de los clásicos catálogos cerrados e históricos se ha pasado, como apunta Frosini, a una «concepción abierta y progresiva de los derechos humanos para adecuarla a las nuevas necesidades del hombre creador del mundo tecnológico» (FROSINI, 1996). Es más, la realidad ha venido a confirmar el papel esencial que para la protección de las nuevas formas subjetivas adquieren los grupos y comunidades, como anuncian las tesis comunitaristas postmodernas. Pero en ningún caso se ha de entender como un desplazamiento definitivo de las libertades del individuo a la comunidad. Al contrario, tal y como afirma Barile, los nuevos derechos de la segunda y tercera generaciones suponen un alargamiento del espacio jurídico público, pero también implican una reafirmación de la condición individual del hombre y, en todo caso, han de interpretarse como derivaciones directas de los principios que inspiraron la Revolución Francesa (BARILE, 1991).

Por definición, el proyecto modernista de la libertad, basado en el reconocimiento de los derechos humanos como indicadores del progreso social, es un proyecto siempre abierto e inagotable, que nunca podrá alcanzar lo que Ortega y Gasset denominaba la plenitud de los tiempos, en referencia a la consecución definitiva de sus objetivos.

Para terminar, quisiéramos recordar las palabras con las que el profesor N. Bobbio cierra su pequeño ensayo titulado “Presente y porvenir de los derechos humanos”: «A cualquiera que se proponga hacer un examen libre de prejuicios del desarrollo de los derechos humanos después de la segunda Guerra Mundial le aconsejaría este saludable ejercicio: leer la Declaración Universal y después mirar alrededor. Estará obligado a reconocer que, a pesar de las anticipaciones iluministas de los filósofos, de las audaces formulaciones de los juristas, de los esfuerzos de los políticos de buena voluntad, el camino por recorrer es todavía largo. Y le parecerá que la historia de la humanidad, aun cuando vieja en milenios, comparada con las enormes tareas que nos esperan, quizá haya apenas comenzado».

RAFAEL GARCÍA GARCÍA
Profesor Asociado de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca

Este trabajo es una adaptación de la comunicación presentada al Congreso: “Los Derechos Humanos en la España contemporánea. Historia y Presente”, celebrado en Salamanca del 25 al 27 de noviembre de 1997. Quisiéramos dejar constancia de nuestro agradecimiento a los profesores J. L. Cascajo Castro, R. Bustos Gisbert y N. Martínez Rodríguez por las sugerencias realizadas.

BIBLIOGRAFÍA

- BALDASSARRE, A. *Diritti della Persona e valori Costituzionali*. Torino, 1997.
- BARILE, P. “Nuovi diritti e libertà fondamentali”. En: *Nuovi Diritti dell'età Tecnologica*, Vol. colectivo. Milano, 1991.
- CICALA, G. *Diritti Sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Napoli, 1965.
- CASCAJO CASTRO, J. L. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid, 1988.
- CANOTILHO, J. G. *Dereito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra, 1997.
- CANOTILHO, J. G. *Dereito Constitucional*, 2ª ed. Coimbra, 1993.
- CANOTILHO, J. G. “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 43 (1995) pp. 9 ss.
- DE OTTO, I. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, 1988.
- DENNINGER, E. “Racionalidad tecnológica, responsabilidad ética y derecho posmoderno”. En: *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el tercer Milenio*, Vol. colectivo. Madrid, 1996.
- FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, 1996.
- FORSTHOFF, E. *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid, 1975.
- FROSINI, V. “Los Derechos Humanos en la era tecnológica”. En: *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el tercer Milenio*, Vol. colectivo. Madrid, 1996.
- GARCÍA PELAYO, M. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, 1984.
- HABERMAS, J. *Ensayos políticos*. Barcelona, 1998.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. Madrid, 1998.
- HESSE, K. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid, 1992.
- HESSE, K. “Constitución y Derecho Constitucional”. En: *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. coordinado por Benda. Madrid, 1996.
- LÓPEZ GUERRA, L. *Introducción al Derecho Constitucional*. Valencia, 1994.
- LYOTARD, J. F. *La condición posmoderna*. Madrid, 1994.
- MATTEUCCI, N. *Organización del Poder y Libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid, 1998.
- PÉREZ LUÑO, A. “Las generaciones de derechos fundamentales”. *Revista del Centro de*

- Estudios Constitucionales*, 10 (1991), pp. 203 y ss.
- PÉREZ LUÑO, A. “Derechos Humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma? En: *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el tercer Milenio*, Vol. colectivo. Madrid, 1996.
- RIVERO, J. *Les Libertades Publiques*. 6ª ed. Paris, 1991.
- ROSSI, E. *Le formazioni sociali della Costituzione Italiana*. Padova, 1989.
- SCHNEIDER, H. P. *Democracia y Constitución*. Madrid, 1991.
- STERN, K. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid, 1987.
- SOMMERMANN, K. P. “El Desarrollo de los Derechos Humanos desde la Declaración de 1948”. En: *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el tercer Milenio*, Vol. colectivo. Madrid, 1996.