



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 37 – enero 2022 – ISSN 1698-7950

Sumario

- 2 *Dignidad humana, personalidad y control de constitucionalidad: ¿normatividad fuerte sin metafísica?* por Wei Feng.
- 51 *La falacia cosmopolita. Una revisión del pensamiento de S. Benhabib* por Carmen Crespo Catalán.
- 71 *Derecho y diversidad: ¿crónica de una imposibilidad?* por Javier Herrera González.
- 110 *La infancia entre lo público y lo privado. Una revisión al valor de la familia en Rawls* por María José Jara Leiva.

Participan en este número

Wei Feng, Profesor de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho de Beijín (China).

Carmen Crespo Catalán, Doctoranda del programa de derechos humanos y libertades fundamentales de la Universidad de Zaragoza (España).

Javier Herrera González, Universidad Carlos III de Madrid (España).

María José Jara Leiva, Doctoranda en Derecho en la Universidad Diego Portales (Chile).

Universitas

Dirección

Rafael de Asís
María Laura Serra

Secretaría

Laura Cecilia Razo Godinez
Agostina Hernández Bologna

Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui Roig | Rafael de Asís |
María del Carmen Barranco | Reynaldo
Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García
Pascual | Ricardo García Manrique | José García
Añón | Roberto M. Jiménez Cano | Ana Garriga |
Marina Lalatta | Francisco Javier de Lucas | José
Antonio López García | Ángel Pelayo | Andrea
Porciello | Miguel Ángel Ramiro | Alberto del Real |
Adrián Rentería | José Manuel Rodríguez Uribes |
Mario Ruiz | Olga Sánchez | María Ángeles
Solanes | José Ignacio Solar Cayón | Javier
Medina | Ramón Ruiz Ruiz |

Redactores

P. Cuenca, A. Iglesias, V. Morente, A. Pelé, O.
Pérez, S. Ribotta, A. Palacios, G. Saravia, M.L.
Serra, M.A. Bengoechea.

Edita

Instituto de Derechos Humanos
"Gregorio Peces-Barba" y la Asociación de
Estudiantes y Egresadas/os del Instituto de
Derechos Humanos "Gregorio Peces-Barba"

© Universidad Carlos III de Madrid, 2015
universitas.revista@gmail.com

Dirección de envío de los trabajos para su evaluación:
universitas.revista@gmail.com

DIGNIDAD HUMANA, PERSONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ¿Normatividad fuerte sin metafísica?

HUMAN DIGNITY, PERSONALITY AND CONSTITUTIONAL REVIEW Strong normativity without metaphysics?

Wei Feng*

RESUMEN: El concepto de dignidad humana ha sido considerado o demasiado denso o demasiado delgado. Sin embargo, desde el punto de vista del no-positivismo, la normatividad jurídica de la dignidad humana puede ser justificada y reforzada por medio de su corrección moral. Desde una perspectiva individual, la comprensión de Mencio sobre la dignidad humana como un valor intrínseco y el imperativo categórico de Kant (el ser humano como un fin en sí mismo) podrían ser adecuadamente comprendidos con base en la diferencia (así como la conexión) entre el *principium diiudicationis* y el *principium executionis*, entre voluntad y "elección"; así como entre *homo phaenomenon* y *homo noumenon* (es decir, humanidad en la persona de los seres humanos). Desde una perspectiva social, las dimensiones del individuo y la persona social son construcciones ficticias; inclusive Radbruch -alguna vez defensor del derecho social- no reemplazó el concepto de "persona jurídica" y, en el periodo de posguerra, reconoció la dignidad humana individual como el criterio para aplicar su famosa "fórmula de Radbruch". Por una parte, la dignidad humana muestra cuando menos un carácter normativo débil, el cual requiere, primero, ponderar entre el ejercicio de los poderes estatales y el control de constitucionalidad bajo la guía de la dimensión dual del ser humano y, segundo, la optimización del principio de la dignidad humana en casos particulares. Por otra, a través de la conexión necesaria entre el concepto de dignidad y personalidad, la dignidad humana puede exhibir un carácter normativo fuerte, el cual requiere inevitablemente una justificación metafísica.

ABSTRACT: *The concept of human dignity has been criticized as either too thick or too thin. However, according to the non-positivistic standpoint, the legal normativity of human dignity can be justified and thus strengthened by means of its moral correctness. From the individual perspective, "Mencio' understanding of human dignity as an intrinsic value and Kant's formula of "human being as an end in itself" can be adequately understood based on the differentiation of, as well as the connection between, principium diiudicationis and principium executionis, between will and "choice", and between homo phaenomenon and homo noumenon (that is, "humanity in the person of human beings"). From the social perspective, since the dual dimensions of the individual and the social person are both fictive constructions, even Radbruch, once as a supporter of social law, has not replaced the concept of "legal person" and, in the post-War period, acknowledges individualistic human dignity as the criterion for applying the famous "disavowal formula". On the one hand, human dignity shows at least a weak normative character, which requires, firstly, balancing between the exercise of state powers and the constitutional review under the guidance of the dual dimensions of man and, secondly, optimization of the principle of human dignity in individual cases. On the other hand, through the necessary connection between the concept of dignity and that of personality, human dignity can exhibit a strong normative character, which unavoidably requires a metaphysical justification.*

PALABRAS CLAVE: dignidad humana, homo phaenomenon, homo noumenon, principium diiudicationis, principium executionis.

KEYWORDS: *human dignity, homo phaenomenon, homo noumenon, principium diiudicationis, principium executionis.*

Fecha de recepción: 24/04/2021

Fecha de aceptación: 26/10/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2022.6570>

* Profesor de la Univ. de Ciencias Políticas y Derecho de Beijín. E-mail: helvmai@gmail.com

2

1.- DIGNIDAD HUMANA ABSOLUTA: ¿DEMASIADA DENSA O DEMASIADA DELGADA?

El concepto de dignidad humana ha sido el centro de atención de los filósofos de diferentes épocas debido a las diversas aproximaciones de los problemas que entraña. De esta manera, caracterizan el estatus especial de los seres humanos en la naturaleza, inquietan sobre las concepciones transculturales de la dignidad, la examinan en la investigación científica natural, observan la dignidad humana como un valor absoluto o enfatizan la lucha por ella, verbigracia, en el movimiento obrero. En 1945, la Carta de las Naciones Unidas reafirmó en su preámbulo su "fe en los *derechos fundamentales del hombre*" (*jiben renquan*), en la "dignidad y valor de la persona humana" (*renge zunyan yu jiazhi*)¹. En 1948, el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoció que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad (zunyan)* y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"². Desde entonces, la palabra "dignidad" ha sido gradualmente incorporada en la Constitución y en las leyes de numerosos países de la posguerra; sin embargo, su significado hasta ahora no ha sido consensual y claramente determinado. Tomando en consideración su alta consideración y, al mismo tiempo, el fluctuante contexto de aplicaciones del concepto de dignidad, algunos académicos proponen distinguir entre "dignidad relativa" y "dignidad absoluta"³. La

¹ Véase, el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de octubre de 1945 disponible en: <<https://www.un.org/en/sections/un-charter/preamble/index.html>>.

* I Nota de los traductores. Existe una versión en castellano que fue empleada en la traducción de este documento. Véase, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona aplicables en México* (Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos 2012), p. 5.

² Véase, la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada mediante resolución 217 de su Asamblea General en fecha 10 de diciembre de 1948, disponible en: <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>>

* II Nota de los traductores. *ibidem*, p. 44.

³ Numerosas publicaciones muestran un gran interés en el debate sobre la (absoluta y relativa) capacidad e incapacidad de ponderar; la necesidad y contingencia de la dignidad humana. Sobre el problema de la dignidad humana absoluta, véase, Ulfrid Neumann, "Die Tyrannei der Würde", [1998], 84, 1998, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 153-166; Ulfrid Neumann, "Die Menschenwürde als Menschenbürde - oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet", en M. Kettner, *Biomedizin und Menschenwürde* (Suhrkamp 2004), 42-62; reimpresso en Ulfrid Neumann, *Recht als Struktur und Argumentation* (Nomos 2008), 35-55; Ulfrid Neumann, "Das Rechtsprinzip der Menschenwürde als Schutz elementarer menschlicher Bedürfnisse. Versuch einer Eingrenzung", [2017], 103, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 287-303; Veit Thomas, "Würde als absoluter und relationaler Begriff", [2001], 87, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 299-310; Otfried Höffe, "Prinzip Menschenwürde", en Otfried Höffe, *Medizin ohne Ethik?* (Suhrkamp 2002), 49-69; Ralf Poscher, "Die Würde des Menschen ist unantastbar", [2004], 59, *Juristenzeitung*, 752-762; Ralf Poscher, "Menschenwürde und

primera es la plural, relativa y adquirida dignidad; en tanto que la segunda es la singular, superlativa y no-adquirida dignidad⁴. En cualquier caso, no es ni el honor ni el llamado “rostro (*mianzi*)” en la comunicación interpersonal, ni la “imagen luminosa” de los dioses, sino precisamente la dignidad absoluta la que causa dificultades. En otras palabras, ¿cómo podemos justificar e interpretar la dignidad absoluta desde una perspectiva puramente secularizada y en dimensiones transculturales? En ese sentido, cuando menos dos filósofos siempre merecen atención, Mencio⁵ de la China antigua e Immanuel Kant⁶ de la Europa moderna.

Kernbereichsschutz. Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens”, [2009], 64, *Juristenzeitung*, 269-277; Manfred Baldus, “Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese Zwischenbericht zu einer zukunftsweisenden Debatte”, [2011], 136, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 529-552; Paul Tiedemann, “Human Dignity as an Absolute Value”, [2013], 137, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 25-40; Miguel Nogueira de Brito, “Is there Any Absolute Concept of Dignity?”, [2019], 157, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 129-172. Sobre el problema de la contingencia de la dignidad humana, véase, R Gröschner y O.W. Lembck, *Das Dogma der Unantastbarkeit* (Mohr Siebeck, 2009); M. Brandhorst y E. Weber-Guskar, *Menschenwürde. Eine philosophische Debatte über Dimensionen ihrer Kontingenz* (Suhrkamp, 2017). Sobre el problema de la habilidad de ponderar la dignidad humana, véase, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Nomos, 1985) pp. 94-97; y su traducción al inglés Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights with a “Postscript”* (traducción de Julian Rivers) (Oxford University Press 2002) 62-64; Robert Alexy, “Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit”, [2015], 140, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 497-513; y su versión en inglés Robert Alexy, “Human Dignity and Proportionality Analysis”, [2015], 16, *Espaço Jurídico Journal of Law*, 83-96. Véase, en este documento; *infra*, 4.3.2).
 * III. Nota de los traductores. Existe versión en castellano del libro del jurista de Kiel. Véase Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdez) (Centro de Estudios Constitucionales 1993) 104-109.

⁴ Cf. Höffe (n 3) 56.

⁵ Cf. Mencio, capítulo 2, parte A, sección 6; y su versión en inglés, Philip. J. Ivanhoe (ed.) *Mencius* (traducción de Irene Bloom) (Columbia University Press 2009) 35-36 y 123-124.

⁶ Cf. Immanuel Kant, “Groundwork of the Metaphysics of Moral”, en Immanuel Kant, *Practical Philosophy* (traducción y edición de Mary J. Gregor) (Cambridge University Press 1996) 37-108 y 83-108 (en adelante *Groundwork*); véase, el texto original en alemán, Immanuel Kant, “Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785)”, en Royal Prussian Academy of Science (ed.), *Gesammelte Schriften* (Gruyter 1973) 385-463 y 434-463. En adelante *AK 4* (por sus siglas en alemán). Esta obra se integra por 29 volúmenes; en la actualidad la Royal Prussian Academy of Science es conocida como German Academy of Sciences at Berlin.

Como señalan los pares revisores, existen argumentos y, solo hasta cierto punto, conceptos que pertenecen a “tradiciones y culturas totalmente diferentes: Mencio y Kant, China y Alemania”. Por no decir que “todo lo que supone la aportación estoica y la propuesta del humanismo renacentista (Pico della Mirandola, por ejemplo)” no se menciona aquí. En ese sentido, también se puede encontrar un ejemplo del Talmud que, respecto a las prohibiciones de la ley rabínica, prescribe “*grande es la dignidad humana, ya que anula una prohibición de la Torá*”. Cf. Talmud, Sabbath: 94b (deseo agradecer a Kenneth Ehrenberg esta indicación del Talmud, énfasis original).

Sin embargo, la principal tarea de este artículo es responder: ¿Cómo proporcionar justificaciones -seculares y religiosas, autóctonas y transculturales- a un valor

Existen dos tipos de dudas sobre la dignidad humana absoluta en la investigación jurídica contemporánea. Por una parte, algunos académicos sospechan que dicho término es demasiado denso y que la dignidad humana, en tanto moralmente correcta, es algo inalienable y, en consecuencia, inservible. Por tanto, ellos tratan de debilitar o abandonar la normatividad de la dignidad humana. Por la otra, algunos otros estudiosos consideran que este concepto es “demasiado delgado” y que no posee ni un contenido concreto en la Constitución, ni una interpretación exenta de ambigüedades en la práctica. Por tanto, ellos exigen que la normatividad de la dignidad humana sea complementada por otras razones normativas. Verbigracia, muchos estudiosos a menudo desean justificarla desde la perspectiva de una religión o cultura particular. Si esto no funciona de manera convincente fuera de una religión o cultura particulares, ellos tienden a renunciar completamente al concepto de dignidad humana. Esta decepcionante posición entre “demasiado delgado” o “demasiado denso” expresa un dilema y demanda una justificación del concepto de dignidad humana y su normatividad.

1.1.- Normatividad jurídica y moral

Con el objetivo de aclarar las dudas anteriores, primero debe diferenciarse entre la normatividad jurídica y moral. De acuerdo con el marco conceptual de Robert Alexy⁷, la normatividad moral de una

universal como lo es la dignidad humana? Cf. también Höffe (n3) 56; Robert Alexy, “The Existence of Human Rights” en Ulfrid Neumann *et al.* (eds.), *Law, Science, Technology*, vol 136 (ARSP, Beiheft, Steiner 2013) 13.

Por si fuera poco, el desafío de las “consideraciones colectivistas” en oposición al valor de los individuos, tal y como es indicado por los pares revisores, no se da sólo en una única cultura, sino que es un reto común que atañe a la doble dimensión de la imagen humana (parte 1, sección B) la cual requiere discusiones separadas como acontece en las partes 2 y 3.

La tarea de justificación, mencionada en líneas superiores, solo podría cumplirse sobre la base de una justificación no-positivista, así como una justificación metafísica de la dignidad humana, incluyendo no solo la metafísica trascendental kantiana y su reconstrucción (principalmente en la parte 2, secciones B, C y D), el argumento analítico de la necesaria conexión conceptual entre dignidad humana y personalidad (esencialmente en la parte 4, sección D, iii), sino también en la “metafísica constructiva” en el sentido de Alexy (en la conclusión). Además, la fórmula no-positivista de Radbruch hace de la dignidad humana, la cual es entendida principalmente en el sentido individualista de Kant, el criterio para el derecho injusto y, en consecuencia, inválido. Por lo tanto, la metafísica kantiana, tal y como se presenta en la versión reconstruida, no es el único esfuerzo metafísico posible para justificar la fuerte normatividad de la dignidad humana.

⁷ Cf. Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (Karl Alber 2019) 15-17 y su versión en inglés como Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism* (traducción de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson) (Clarendon Press 2002), 3-4.

obligación depende exclusivamente de la corrección de su contenido. Sin embargo, ¿podría ser la misma obligación jurídicamente normativa? Desde el punto de vista de los positivistas, es jurídicamente normativa, si y solo si, cuando resulta legalmente emitida y/o socialmente efectiva. En otras palabras, de acuerdo con ellos, el derecho y la moral se encuentran conceptual y necesariamente separados. Sin embargo, desde la perspectiva de los no-positivistas, existe una exigencia más allá de lo jurídico-normativo, concretamente, la demanda de que su contenido debe ser también correcto. En otras palabras, el derecho y la moral se encuentran conceptualmente conectados.

La pregunta del positivismo jurídico sobre la normatividad jurídica de la dignidad humana es, por tanto, si es jurídicamente válida y/o socialmente efectiva. De manera específica, si puede ser situada en un rango constitucional y, en consecuencia, si puede ser válida como una razón normativa para la interpretación y control de constitucionalidad.

1.1.1.- Institucionalización de la dignidad humana

En este punto es importante mencionar el desarrollo de la institucionalización de la dignidad humana. Las constituciones modernas como la *Virginia Bill of Rights* de 1776 y la francesa *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, inicialmente solo mencionan la expresión *derechos humanos*, pero no *dignidad humana*⁸. Únicamente desde la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la dignidad humana ha sido establecida a la par de los derechos humanos. Más aún, no se puede negar que posee el rango constitucional más alto en los sistemas normativos de algunos países contemporáneos. Por ejemplo, en la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania la dignidad humana es "inalienable" de acuerdo con el artículo 1º

* IV. Nota de los traductores. También existe una versión en castellano. Véase, Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (2ª ed., traducción de J. M. Seña) (Gedisa 2002) 13-14.

⁸ Una excepción es el artículo 139 de la *Constitution of St. Paul's Church* de marzo de 1849, la cual infortunadamente nunca entró en vigor: "Un pueblo libre debe de respetar la dignidad humana, aun en el caso de un criminal". Cf. Jörg D. Kühne, *Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben* (2ª. ed., Hermann Luchterhand 1998), 348; véase, Erhard Denninger, "Der Menschenwürdesatz im Grundgesetz und seine Entwicklung in der Verfassungsrechtsprechung", en Franz-J Pine y Heinrich A. Wolff (eds.), *Festschrift für Alexander von Brünneck* (Nomos 2011) 397-411, particularmente la página 397; véase, Jürgen Habermas, "Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte", en Jürgen Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay* (Suhrkamp 2011), 13-38, particularmente la página 15; su traducción al inglés Jürgen Habermas, "The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights", en Jürgen Habermas, *The Crisis of the European Union. A response* (traducción de Ciaran Cronin) (Polity 2012), 71-100, 174.

(apartado primero) y es clasificada como una "cláusula de intangibilidad" conforme al artículo 79 (apartado tercero). En contraste, la cláusula de dignidad en la Constitución china vigente aparece hasta el artículo 38 (apartado primero), el cual prescribe "[la] dignidad de la persona humana de los ciudadanos (*gongmin de renge zunyan*) de la República Popular China es inviolable"⁹. Cabe destacar que, la relación entre la *dignidad* humana y los *derechos* humanos; así como la fundamentación de la dignidad humana por sí misma en las disposiciones jurídicas de los diferentes países, no están ni clara, ni consensualmente determinadas.

1.1.2.- Positivismo jurídico y perspectiva no-positivista

Probablemente, por las razones indicadas en líneas superiores, algunos estudiosos tratarían de interpretar la cláusula de "la dignidad de la persona humana de los ciudadanos" de modo restrictivo, sugiriendo que esta es "muy delgada" e inadecuada para servir como valor absoluto y fundamental en la Constitución (como acontece con la "dignidad humana" en la Ley Fundamental alemana). Esto será dilucidado detalladamente en líneas subsiguientes; sin embargo, cabe destacar aquí que, detrás de esa "reyerta verbal", existe en realidad una concepción positivista basada en la premisa que la "delgadez" de la "dignidad de la persona humana de los ciudadanos" o inclusive la "delgadez" de la "dignidad humana" como tal, merecería una normatividad jurídica insuficiente.

Sin embargo, si se adopta el punto de vista del no-positivismo, entonces la corrección moral es incorporada a la normatividad jurídica, esto último demuestra que la primera puede ser justificada y reforzada por la segunda. De esta manera, es posible superar el dilema de la

⁹ Aunque algunos autores en China, por ejemplo, Hui Wang, afirman que "la Constitución de la República Popular China nunca ha ofrecido explícitamente la protección de la dignidad humana" y que "aunque los académicos reclaman y proponen continuamente la protección jurídica de la dignidad humana, la discusión sigue siendo superficial y poco convincente". Véase, Hui Wang, "The Institutionalization of Human Dignity in China", en Martin Borowski y otros (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System* (Mohr Siebeck 2017) 749-764, con especial atención las páginas 749, 761, 762 y 764. (Énfasis añadido).

Además, este artículo debe ser entendido solo como "un estudio de doctrina alemana, especialmente desde la segunda posguerra", tal y como mencionan los pares revisores. Sin embargo, las discusiones doctrinales sobre el control de la constitucionalidad, tanto en Alemania como en China (en la parte 1 y 4) no sobran, ya que el estudio comparado de diferentes doctrinas es solo un camino que prepara los tres argumentos que apoyan la normatividad jurídica fuerte de la dignidad humana (en la parte 4, sección D). La doctrina alemana, especialmente aquella del periodo de posguerra, tiene, de hecho, una influencia fuerte en el debate global actual sobre la dignidad humana, pero solo representa una estrategia como se explica en la parte 4, sección B.

“densidad” de la moralidad y la “delgadez” de la legalidad de la dignidad humana.

En la Alemania contemporánea, por ejemplo, aunque la dignidad no solo está positivamente incorporada en la Constitución, sino también en la cúspide del sistema constitucional, la práctica del control de constitucionalidad no es dispensada con justificaciones morales. La llamada “fórmula de no instrumentalización” propuesta por Günter Dürig¹⁰ ha sido continuamente adoptada en los fallos del Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante *BVerfG*, por sus siglas en alemán), en el sentido de que es contrario a la dignidad convertir al ser humano en un mero objeto en el Estado¹¹; la proposición de “el ser humano siempre debe ser un fin en sí mismo” se aplica “sin limitación a todas las áreas del derecho”¹². Por supuesto, el *BVerfG* no ha repetido simplemente la fórmula referida; por el contrario, ha desarrollado una serie de criterios en los que bajo determinadas circunstancias, por ejemplo, no debe haber “intromisiones arbitrarias a la dignidad humana”¹³, no debe “comercializarse” o “cosificarse” y el “hombre como persona o sus inalienables derechos no pueden convertirse en un objeto de comercio”¹⁴ (aunque algunos investigadores como Matthias Herdegen subrayan que la dignidad humana en la Ley Fundamental alemana solo puede aplicarse como un concepto desde el derecho positivo, de manera que sea sacada de la interpretación ética y examinada por medio del derecho comparado)¹⁵. Esta postura ha sido rechazada por una gran cantidad de otros académicos¹⁶. La teoría arriba mencionada y su práctica en Alemania, cuando menos demuestran que el análisis exhaustivo sobre la corrección moral de la

¹⁰ cf. Günter Dürig, “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde” [1956], 81, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 127.

¹¹ BVerfGE 27, 1 (6) – *Small Census*; 30, 1 (25) – *Audio Surveillance*; 45, 187 (228) – *Life Imprisonment*; 115, 118 (159) – *Aviation Security Act*.

* V. Nota de los traductores. Se conservó la forma en que el autor cita las sentencias del *Bundesverfassungsgericht* (BVerG [por sus siglas en alemán] o Tribunal Constitucional de Alemania) porque solo tienen versión en *Hochdeutsch* o inglés, pero no en castellano.

¹² BVerfGE 45, 187 (228) – *Life Imprisonment*.

¹³ BVerfGE 30, 1 (26) – *Audio Surveillance*.

¹⁴ BVerfGE 96, 375 (400) – *Child as Harm*; 115, 118 (154, 158) – *Aviation Security Act*.

¹⁵ Cf. Matthias Herdegen, “Deutung der Menschenwürde im Staatsrecht”, en Gerd Brudermüller y Kurt Seelmann (eds.), *Menschenwürde Begründung, Konturen, Geschichte* (Königshausen und Neumann Verlag 2008) 59-61; su Matthias Herdegen, “Kommentar zu Art. 1 GG”, en Theodor Maunz y otros (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz* (91a. ed., CH Beck 2020) vol. 1, entrega número 55 (2009), 14-15.

¹⁶ Cf. Karl-E Hain, “Menschenwürde als Rechtsprinzip”, en Hans Jörg Sandkühler (ed.), *Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen* (Peter Lang 2007) 89; Hector Wittwe, “Ein Vorschlag zur Deutung von Art. 1 des Grundgesetzes aus rechtsphilosophischer Sicht”, en Jan C. Joerden y otros (eds.), *Menschenwürde und modern Medizintechnik* (Nomos 2011), 165.

dignidad humana puede contribuir a su interpretación jurídica y concretización.

1.2.- Ser humano individual y social. La dimensión dual de la imagen del ser humano

Otro concepto asociado con la dignidad humana es la imagen del ser humano (*Menschenbild*) el cual aparece frecuentemente en la actual discusión sobre la Constitución. En 1927, el filósofo del derecho alemán, Gustav Radbruch, proporcionó una temprana explicación heurística sobre la imagen del ser humano en el derecho en su conferencia inaugural en Heidelberg¹⁷. Al hacer esto, él no solamente colocó la imagen individual del ser humano en la época jurídico-liberal, sino que también enfatizó la imagen social del humano en la época jurídico-social en la alemana República de Weimar¹⁸. Esta diferenciación es aceptada también en la literatura alemana contemporánea. Por ejemplo, Otfried Höffe distingue entre “una perspectiva interna y externa” de la dignidad humana. La primera, es la imagen misma de la dimensión individual; en tanto la segunda, es la imagen distante (*Fremdbild*) de la dimensión social¹⁹. Winfried Brugger también destaca que los seres humanos no son únicamente activos como individuos irremplazables, sino que también interactúan entre sí; ellos experimentan la socialización y formas de cultura que tienen efectos sobre las concepciones de la dignidad humana²⁰. En su sentencia sobre la cadena perpetua de 1977, el *BVerfG* también mencionó el argumento de la dignidad humana que está “basado en la representación del ser humano como un ser espiritual y moral, el cual está hecho para mantener su autodeterminación y su autodesarrollo en libertad”²¹. Por si fuera poco, el *BVerfG* presta atención a la dimensión social de la imagen del ser humano al decir que la libertad del individuo no solo es comprendida “aislada, autocontrolada; sino

¹⁷ Cf. Gustav Radbruch, “Der Mensch im Recht (1927)”, [1927], 46, *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, 5-18, reimpresso en Gustav Radbruch, *Der Mensch im Recht*, Fritz Von Hippel (ed.) (primera publicación en 1957) (3ª. ed., Vandenhoeck & Ruprecht 1969), 9-22; y Gustav Radbruch, “Gesamtausgabe”, en Arthur Kaufmann (ed. (obra colectiva de 20 vol.) *Rechtsphilosophie II* (Winfried Hassemer ed., vol. 2) (C.F. Müller 1990), 467-476, 604-605 (notas del editor) (en adelante *GRGA*); su versión al inglés como Gustav Radbruch, “Law’s Image of Human” (traducido por Valentin Jeutner) (40 OJLS 2020), 672-681, 667-672 (introducción del traductor). Cabe señalar que, exactamente el mismo año, el filósofo alemán Max Scheler resumió su filosofía, antes de su muerte, en la siguiente pregunta, ¿cuál es la posición del hombre en el cosmos? Cf. Max Scheler, *Die Stellung des Menschen im Kosmos* (primera publicación en 1927) (2ª. ed., Nymphenburger, 1947) 7.

¹⁸ Cf. Gustav Radbruch, “Law’s Image of Human” (n17) 672.

¹⁹ Cf. Höffe (n3) 67.

²⁰ Cf. Winfried Brugger, “Die Würde des Menschen im Licht des anthropologischen Kreuzes der Entscheidung”, en Wilfried Härle y Bernhard Vogel (eds.), *Begründung von Menschenwürde und Menschenrechten* (Herder 2008) 49-94 y 56-62.

²¹ BVerfGE 45, 187 (227); véase, también BVerfGE 115, 118 (158 y ss)

relacionada y entrelazada con la comunidad” y, por tanto, “ilimitada en principio”²². De esta forma, basado en el artículo 1 (apartado primero) de la Ley Fundamental alemana, en consonancia con el principio de Estado de bienestar (artículo 20, apartado primero de la Ley Fundamental alemana), el *BVerfG* establece la obligación estatal de “garantizar a cada uno una existencia mínima que constituye por vez primera un ser ahí (*Dasein*) absoluto”²³. Por tanto, debe notarse que el énfasis en la imagen del ser humano -y, en consecuencia, también la dignidad humana- no debe ser reducido incondicionalmente al individuo, sino que también debe considerarse su desarrollo como un ser humano social.

En cualquier caso, podría surgir la crítica de que el concepto de dignidad, el cual se encuentra en principio orientado hacia el individuo, no incluye las numerosas reivindicaciones por los derechos sociales y es, en consecuencia, “muy delgado”; mientras que el concepto de dignidad, el cual se encuentra primeramente orientado hacia el ser humano social, filtra de manera excesiva los derechos fundamentales de libertad e igualdad y podría ser en este sentido “muy denso”. Más aún, aunque el énfasis dual sobre el individuo y el ser humano social pudiera conducir al resultado, la dignidad humana funciona como un concepto inapropiado y, en última instancia, “demasiado denso”.

1.2.- Normatividad débil y fuerte

Podrían surgir también preguntas sobre la dignidad humana como “demasiada delgada” o “demasiado densa” en otros contextos. Aunque la corrección moral de la dignidad humana puede establecer y reforzar su normatividad jurídica, aquellos que encuentran la dignidad humana “demasiado delgada” podrían aun cuestionar críticamente el papel que interpreta el concepto de dignidad humana en la argumentación jurídica. De manera más precisa, ¿podría la dignidad humana a través de la subsunción lógica prometer la única respuesta correcta aun para los casos más controvertidos? Por el contrario, aquellos que consideran la dignidad humana “demasiado densa” destacan exactamente el daño de una única respuesta correcta.

Por consiguiente, puede reformularse la pregunta: ¿qué normatividad debe tener la dignidad humana en la argumentación jurídica? ¿una normatividad débil o fuerte? ¿cómo podría ser finalmente justificada una normatividad fuerte de la dignidad humana? Esto será examinado en detalle en las siguientes secciones 2 y 3 bajo la directriz de la dimensión dual de la imagen del ser humano. Basado en lo anterior, la sección 4 dirige su fundamento a la normatividad “débil” y “fuerte” de la dignidad humana en la práctica del control de constitucionalidad, con particular énfasis en la normatividad de la

²² BVerfGE 45, 187 (227).

²³ BVerfGE 45, 187 (228).

cláusula de la dignidad en la Constitución de la República Popular China. Esto es, por tanto, conveniente para introducir la discusión analítica de la conexión necesaria entre la dignidad humana y la personalidad a fin de proveer una respuesta sobre la pregunta de si una normatividad fuerte de la dignidad humana es posible sin metafísica.

2.- DIGNIDAD DEL SER HUMANO INDIVIDUAL

2.1.- La dignidad concedida desde el cielo

Comparado con diversos filósofos de Oriente y Occidente, Mencio (siglo IV a. C.) de la antigua China fue el único que se aproximó a un concepto absoluto de la dignidad del individuo. Primero, esto es expresado en su énfasis constante sobre la bondad inmanente de la naturaleza humana. Las mentes que sienten compasión, vergüenza, respeto y corrección “son comunes a todos los seres humanos” y son los respectivos “brotes (*duan*)” de humanidad (*ren*), rectitud (*yi*), propiedad (*li*) y sabiduría (*zhi*), que “no se nos infunden desde fuera, sino que son nuestra posesión original”²⁴. Más aún, él resume esta humanidad bajo el concepto de “dignidad dada desde el cielo (*tian jue*)”, en contraste con la “dignidad adquirida por el hombre” (*ren jue*)²⁵ y la “buena eminencia (*liang gui*)” que todos los seres humanos tienen en sí mismos²⁶. En este contexto, el filósofo alemán Höffe destaca correctamente que “como es postulado por el segundo más importante confucionista clásico, Mencio, todos y cada uno de los seres humanos poseen una dignidad innata”²⁷. Más aún, Mencio exige que en caso de conflicto, el interés de la rectitud siempre tiene prioridad sobre el interés de la sobrevivencia²⁸. Es más destacable que Mencio establece una jerarquía de acuerdo con la cual el pueblo es lo más importante, el Estado (en nombre de “los dioses de la tierra y el grano”) le precede y el gobernante es el menos importante²⁹. Por tanto, él sostiene que la condición de legitimidad para obtener autoridad universal es ganar los corazones de la gente³⁰. Aunque el pensamiento en el *Libro de Mencio* todavía requiere un análisis refinado e interpretación en diálogo con la filosofía práctica de Occidente³¹; así

²⁴ Mencio, 2 A 6 y 6 A 6 (n5) 35-36 y 123-124 (traducción propia).

²⁵ Mencio, 6 A 16 (n5) 130 (traducción propia).

²⁶ Mencio, 2 A 17 (n5) 130 (traducción propia).

²⁷ Höffe (n3) 60; véase, también Otfried Höffe, *Democracy in an Age of Globalisation*, Darrel Moellendorf y Thomas Pogge (eds.), traducción por Dirk Haubrich y Michael Ludwig (Springer 2007), 40.

²⁸ Mencio, 6 A 10 (n5) 127-128 (traducción propia).

²⁹ Mencio, 7 B 14 (n5) 159 (traducción propia).

³⁰ Mencio, 4 A 9 (n5) 78-79 (traducción propia)

³¹ Véase, Ming-Huei Lee, *Confucionismo y Kant* (en chino tradicional 2ª. ed.) (Linking Publishing 2018) 47-197; su *Kant's Ethics and Reconstruction of Mencius' moral Thinking*, (en chino tradicional) (Academia Sinica 1994), 93-102. Véase, también Jan

como tomando en consideración la situación actual del mundo, no puede negarse que la dignidad del individuo es un hecho e imagen universalizable que supera el contexto cultural y religioso de Oriente y Occidente³².

2.2.- Kant: la dignidad humana como un valor intrínseco y autónomo

De vuelta en Occidente, encontramos que la dignidad absoluta del individuo no ha ocupado el escenario central en la filosofía práctica sino hasta el filósofo moderno alemán Immanuel Kant. En la historia occidental de las ideas sobre la dignidad, la filosofía de Kant representa un innovativo capítulo que no puede ser ignorado. Los filósofos pre-kantianos nunca vincularon la dignidad humana con los derechos subjetivos o con los más abstractos derechos humanos. Por el contrario, la dignidad humana debería siempre basarse en la facultad humana de la razón, ya que los seres humanos pueden imponerse obligaciones sobre ellos mismos. A partir de Kant, la dignidad humana ha tenido una justificación puramente moral y, en consecuencia, presenta una base para los derechos humanos.

El libro de Kant, *Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres* (en adelante *Fundamentación*) es a menudo simplificado como la filosofía del llamado "imperativo categórico" o "el hombre como un fin en sí mismo". Esta fórmula, imprecisa, será también usada aquí como un punto de partida para esclarecer la discusión de Kant sobre la dignidad humana.

El método de Kant en la *Fundamentación* es esencialmente analítico; particularmente los tres conceptos clave de "buena voluntad", "deber" y "derecho" son analizados paso a paso sobre la base de la "cognición moral racional común". Desde el punto de vista de Kant, una buena voluntad es la única cosa "que puede ser considerada buena sin limitación alguna", dado que ella posee un "valor incondicional intrínseco"³³. Empero, dado que los seres humanos siempre poseen otras inclinaciones naturales, la buena voluntad "no es, desde luego, un mero deseo sino el llamado de todos los medios en

P. Schaefer, "Human Dignity: A Remedy for the Clash of Cultures? Human Dignity and the Mind of Mencius", en Brugger y Kirste (n3) 186. Qianfan Zhang también está de acuerdo con la dignidad humana en la filosofía clásica china, pero al mismo tiempo hace hincapié en la debilidad del argumento del gobierno humanitario desarrollado por Mencio, a saber, que no había o no hay un control institucional de la conformidad del gobernante, que está orientado a maximizar la utilidad, con la humanidad. Cf. Qianfan Zhang, *Human Dignity in Classical Chinese Philosophy. Confucianism, Mohism, and Daoism* (Palgrave Macmillan 2016), 66-72.

³² Si no se tomara en cuenta la idea de Mencio, se reconocería la aguda brecha entre Oriente y Occidente e incluso sería preocupante "¿cómo puede un tipo ideal [de dignidad humana] nacido en la cultura occidental echar raíces y florecer en China?". Cf. Wang (n9), 761.

³³ Cf. KANT, "Groundwork" (n6) 49-50 (traducción propia), AK 4, 393.

la medida en que están en nuestro control”³⁴. Por lo tanto, el concepto de “deber” tiene que ser introducido. La buena voluntad requiere actuar “desde el deber”, lo cual difiere del mero actuar “de conformidad con el deber”. El segundo expresa, “no inclinarse inmediatamente” hacia el deber, sino inclinarse por otras razones, especialmente utilitarias³⁵. Actuar desde el deber es un principio formal *a priori* para la buena voluntad, mientras que el motivo o móvil para actuar (*Triebfeder*) es el principio material *a posteriori*. Observando la forma, es necesario introducir el siguiente concepto clave; a saber, el derecho. De acuerdo con Kant, deber es “la necesidad de una acción desde el respeto al derecho”³⁶. Mientras tanto, la representación del derecho en sí mismo ocurre “solo en un ser racional”³⁷.

La “necesidad de una acción” mencionada en líneas superiores implica algún tipo de necesidad (*Nötigung*)³⁸. Una distinción cuidadosa debe ser hecha en este punto, únicamente seres perfectamente racionales como Dios o un ángel, por su propia naturaleza o esencia, siempre tienen una buena voluntad perfecta. Por su parte, la voluntad de los seres racionales imperfectos (por ejemplo, los seres humanos) requieren una necesidad³⁹. La fórmula de la necesidad es llamada imperativo, la cual es expresada como un “deber”. Solo una voluntad imperfecta requiere una necesidad; a saber, un deber de actuar en consonancia con el imperativo⁴⁰.

El imperativo arriba mencionado podría ser analítico para establecer una conexión entre los medios empíricos y el fin. En tal caso, sería un imperativo hipotético que expresaría una hábil y maravillosa máxima. Empero, también puede ser independiente de las condiciones empíricas y funcionar como un imperativo categórico⁴¹. En opinión de Kant, solo el segundo expresa una regla moral. Sobre esta base, Kant presenta la primera fórmula del imperativo categórico; a saber, la fórmula universal:

Obra solo según aquella máxima por la cual puedas querer que, al mismo tiempo, se convierta en una ley universal⁴².

Se plantea la cuestión de si la moral tiene un fin absoluto que tiene prioridad sobre varios fines relativos. La pregunta clave que debe ser respondida es, ¿qué relaciona el concepto del imperativo categórico y la función del fin al concepto de persona? De acuerdo con la visión de Kant, el ser humano y “en general cada ser racional” existe como

³⁴ Ibid. 50; AK 4, 394.

³⁵ Ibid. 52-53, AK 4, 397.

³⁶ Ibid. 55, AK 4, 400.

³⁷ Ibid. 56, AK 4, 401.

³⁸ Ibid. 66, AK 4, 413.

³⁹ Ibid. 66-67, AK 4, 413.

⁴⁰ Ibid. 66-67, AK 4, 413

⁴¹ Ibid. 67-73, AK 4, 413-420.

⁴² Ibid. 73, AK 4, 421.

*VI. Nota de los traductores. Véase, Immanuel Kant, “Fundamentación para una metafísica de las costumbres”, en Immanuel Kant (Gredos, tomo II, 2010) 39.

un fin en sí mismo⁴³. De conformidad con esta exigencia, Kant elabora la segunda fórmula del imperativo categórico; a saber, la fórmula del fin en sí mismo:

Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio⁴⁴.

Luego entonces, la pregunta se reformula en términos de cómo los conceptos de ser humano ("tú" o "cualquier otro"), persona y humanidad son entendidos en esta fórmula.

La moral dada no solamente debería poseer una forma objetiva de ley universal, sino también perseguir una finalidad subjetiva (de acuerdo con la fórmula universal) que sea en realidad un fin en sí misma; esto es, la humanidad de todo ser racional (en concordancia con la fórmula del fin en sí mismo). Por tanto, sólo puede haber una ley moral a través de la voluntad del propio ser racional; es decir, dándose la ley a sí mismo⁴⁵ o la autonomía de la voluntad⁴⁶. En consecuencia, Kant propone la tercera fórmula del imperativo categórico:

[Obra] como si la máxima de tu acción debiera tornarse, por tu voluntad, ley universal⁴⁷.

Con base en el imperativo categórico y sus subfórmulas, Kant resume la "idea de la *dignidad* de un ser racional"⁴⁸. Únicamente lo que no es reemplazable por su equivalente, no tiene precio, o cuando menos no un valor relativo, luego entonces posee un intrínseco, incondicional e incomparable valor llamado dignidad⁴⁹. Por tanto, la autonomía es la "base de la dignidad" de la naturaleza humana y de cada naturaleza racional⁵⁰.

2.3.- Reconstrucción de los argumentos de Kant. ¿Cómo podrían ser justificadas la dignidad humana y su normatividad?

A pesar del análisis del concepto de "dignidad humana" expuesto más arriba, aún no ha sido respondida la pregunta sobre cómo el imperativo categórico es posible. De acuerdo con Kant, podría ser fácil quedar atrapado en una "especie de círculo" entre los conceptos de voluntad autónoma, derecho dado por sí mismo y autonomía⁵¹. En consecuencia, Kant trata de justificar la dignidad humana primero en

⁴³ Ibid. 79, AK 4, 428.

⁴⁴ Ibid. 80, AK 4, 429.

*VII. Nota de los traductores. Véase, Kant (n. VI de los traductores) 47.

⁴⁵ Ibid. 81, AK 4, 431.

⁴⁶ Ibid. 83, AK 4, 433.

⁴⁷ Ibid. 84, AK 4, 434.

⁴⁸ Ibid. (énfasis original), AK4, 434.

⁴⁹ Ibid. 84-85, AK 4, 434-436.

⁵⁰ Ibid. 85, AK 4, 436.

⁵¹ Ibid. 97, AK 4, 450.

su *Fundamentación* y, después, en la *Crítica de la Razón Práctica* a través de dos argumentos incompatibles.

En la tercera y última sección de la *Fundamentación*, Kant expone la discusión desde dos puntos de vista de cada ser racional; a saber; que él se observa a sí mismo al mismo tiempo como miembro de un mundo cognoscible y un mundo de los sentidos⁵². Por tanto, el círculo puede ser evitado pensando en nosotros mismos como “libres” y “situados bajo una obligación”⁵³. En otras palabras, cada ser humano es únicamente un ser racional imperfecto. Quizá no por accidente, la teoría del “punto de vista moral” introducido por Kurt Baier, aparecida en la segunda mitad del siglo XX, ha motivado a algunos académicos a remontarse a la discusión de Kant⁵⁴. Esta discusión es también reconstruida por Ralf Dreier como la “metáfora del punto de vista”⁵⁵.

En la *Crítica de la Razón Práctica*, Kant formula un nuevo argumento desde la razón, el cual denomina conciencia del imperativo categórico “porque no puede racionalizarse sin información previa”⁵⁶. En otro párrafo, sin embargo, Kant lo reformula en el sentido que el imperativo categórico es por sí mismo “dado, como si fuera, un hecho puro de la razón”⁵⁷. Hasta ahora, el concepto de Kant del hecho de la razón pura aún encuentra serias dudas⁵⁸.

Con el propósito de reconstruir la justificación de Kant sobre la dignidad humana, son explicadas tres de sus distinciones con ayuda de sus últimos libros, conferencias; así como notas y fragmentos. Esto consiste en la diferenciación entre *principium diiudicationis* y *principium executionis*, voluntad y “elección” (*Willkür*); así como *homo noumenon* y *homo phaenomenon*. Estas distinciones pueden reforzar el argumento desde dos puntos de vista.

2.3.1. *Principium diiudicationis* y *principium executionis*

No fue sino hasta 1963 que Dieter Henrich descubrió la diferencia entre *principium diiudicationis* y *principium executionis* en las notas en latín de Kant de 1765 y la denominó como “la primera revolución

⁵² Ibid. 99, AK 4, 452.

⁵³ Ibid. 99-100, AK 4, 453.

⁵⁴ Cf. Kurt Baier, *The moral Point of View. A rational Basis of Ethics* (Random House 1958). Lewis White Beck, por ejemplo, considera el argumento de Kant como un “dualismo”; véase, Lewis W. Beck, *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason* (University of Chicago Press 1960) 24-26.

⁵⁵ Cf. Ralf Dreier, “Der moralische Standpunkt bei Kant und Hegel”, en Burkhardt Ziemse y otros (eds.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag* (C.H. Beck 1997) 811-827.

⁵⁶ Immanuel Kant, “Critique of Practical Reason” (n6) 164 (traducción propia); el texto original en alemán de Immanuel Kant, “Kritik der praktischen Vernunft (1788)” en AK (n6) (vol. 5 de Gruyter, 1908, 1913, 1928 y 1974) 1-163 (en adelante AK5) 31.

⁵⁷ Kant, “Critique of Practical Reason” (n56) 177, AK 5, 47.

⁵⁸ Cf. Beck (n54) 166-170; véase, también Onora O’Neill, “Autonomy and the Fact of Reason en the Kritik der praktischen Vernunft” (§§ 7-8, 30-41), en Otfried Höffe (ed.), *Kritik der praktischen Vernunft* (Akademie Verlag 2002) 81-97.

copernicana” en la filosofía de Kant⁵⁹. En 1986, Günther Patzig encontró un pasaje más directo en las notas de las conferencias en alemán de Kant:

La diferencia ya mencionada debe ser considerada aquí, entre el objetivo *principium diiudicationis* y el subjetivo *principium executionis* de la acción. [...] Si juzgo por mi entendimiento que la acción es moralmente buena, aún existe un gran camino para realizar esta acción, de la cual he juzgado así. Mientras que, si estoy motivado por esta adjudicación que efectuó la acción, entonces es el sentimiento moral. Nadie puede ni notará que el entendimiento debería tener una fuerza motivadora, aunque el entendimiento puede, por su puesto, únicamente proporcionar fuerza a este juicio, de modo que [deviene] en un móvil para motivar la voluntad de realizar una acción, [...] observar esto es la piedra filosofal⁶⁰.

Primero tenemos que destacar dos puntos aquí: (1) el *principium diiudicationis* de la obligatoriedad (*Verbindlichkeit*), y (2) el *principium executionis*, o cumplimiento (en Mrongovius: determinación) de la obligatoriedad. Directriz y móvil tienen que ser distinguidos aquí. La directriz es el *principium diiudicationis* y el incentivo el *cumplimiento* de la obligatoriedad. En tanto se han confundido, todo ha sido erróneo en la moralidad. [...] El *principium* supremo de todos los juicios morales yace en el entendimiento, el *principium* supremo del impulso moral para hacer esto reside en el corazón. [...] El *principium* de juzgar es la norma, y el *principium* de impulso es el móvil⁶¹.

⁵⁹ Cf. Immanuel Kant, “Bemerkungen zu den Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen”, en *AK* (n6) (de Gruyter, vol. 20, 1942 y 1971) 148: *Perfectio haec absoluta quatenus utrum aliquid inde actuator nec eo indeterminatum dicitur moralis*. Esto es traducido por Dieter Henrich al alemán de la siguiente manera: “Absolut ist jene Vollkommenheit, welche in Beziehung darauf, ob sie etwas bewirkt oder nicht, unbestimmt ist; sie wird moralisch genannt”. Cf. Dieter Henrich; “Das Problem der Grundlegung der Ethik bei Kant und im spekulativen Idealismus”, en Paulus Engelhardt (ed.), *Sein und Ethos* (Matthias Grünewald 1963) (reimpreso como “Ethik der Autonomie” en Dieter Henrich), *Selbstverhältnisse* (Reclam 1982) 16. Esto es traducido al inglés por Louis Hunt de esta forma: “That perfection is absolute which is undetermined whether it effects something or not; it is called ‘moral’”. Cf. Dieter Henrich, “Ethics of Autonomy”, (traducido por Louis Hunt) en Dieter Henrich, *The Unity of Reason* (Richard L. Velkley ed., traducido por Jeffrey Edwards y otros) (Harvard University Press 1994) 96. Véase, también Immanuel Kant, “Selection from the Notes on the Observation on the Feeling of the Beautiful and Sublime” en Immanuel Kant, *Notes and Fragments* (Paul Guyer ed. Y traducción de Curtis Bowman y otros) (Cambridge University Press 2005) 18, en la parte que refiere: “Y esta perfección absoluta, afectada o no, se llama moral”.

⁶⁰ Immanuel Kant, “Moral Mrongovius (1782/1783), en *AK* (n6), (vol. 27, ejemplar 2, parte 2) (Gruyter 1979) 1428-ss. (énfasis añadido y traducción del autor).

⁶¹ Immanuel Kant, “Collins Notes”, en *Immanuel Kant* (Peter Heath y Jerome B. Schneewind eds.) (Cambridge University Press 1997), 65-66 (traducción propia): el texto original en alemán I. KANT, “Moralphilosophie Collins (1874/1785), en *AK* (n6) (vol. 27, ejemplar 1,) (Gruyeter 1974) 274. Véase, también Immanuel Kant, *Notes on Moral Philosophy*, en sus “Notes and fragments” (n59) 427,443-44 y 455; véase, el texto original en alemán de Immanuel Kant, *Handsschriftlicher Nachlass*, (vol. 6: *Moralphilosophie, Rechtsphilosophie und Religionsphilosophie*), en *AK* (n6) (vol. 19,

De acuerdo con esta pista importante, podemos entender mejor la universalidad de la fórmula descrita en líneas superiores, al apreciar que contiene dos elementos. Por una parte, el entendimiento objetivo de la ley universal; por la otra, el motivo subjetivo. Esto es, desde el respeto y bajo la necesidad del derecho. De hecho, motivación y normas no encuadran desde el inicio. Es decir, lo que debe suceder, muy a menudo no acontece. Por tanto, está con la naturaleza humana. Durante largo tiempo, muchos filósofos han criticado el así llamado formalismo de Kant. Por ejemplo, Georg Wilhelm Friedrich Hegel consideró las leyes morales kantianas como vacías o “meramente formales”⁶². Arthur Schopenhauer también criticó las formas sin contenido y la brillante sequedad de la filosofía kantiana⁶³. Sin embargo, el *principium executionis* muestra que la fórmula universal no es del todo formal, sino que contiene el motivo subjetivo del ser humano quien, por lo tanto, “puede al mismo tiempo querer” la ley universal⁶⁴.

2.3.2.- Voluntad y “elección”

Otra pista es la distinción entre voluntad y “elección” (*Willkür*). De hecho, esto es claramente determinado por primera vez solo en la obra final de Kant, *Metafísica de las Costumbres*, y sus respectivos manuscritos preparatorios. De acuerdo con Kant, “elegir” es la facultad del deseo que está “unida a la conciencia de la capacidad de lograr su objeto por medio de la acción”⁶⁵. En contraste, la voluntad es esa

Gruyter 1934 y 1971) 117 (núm. 6628) 184-185 (núm. 6864) 220-221 (núm. 6988) 205-206 (núm. 6915) 217 (núm. 6972) y 248 (núm. 7097). Véase, también Günther Patzig, “Principium diudicationis” und “Principium executionis”: Über transzendentalpragmatische Begründungssätze für Verhaltensnormen”, en Gerold Prauss (ed.), *Handlungstheorie und Transzendentalphilosophie* (Klostermann Vittorio 1986) 205 (énfasis añadido).

⁶² Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lectures on the History of Philosophy*, (vol. 3, Robert F. Brown ed.), (traducción de Robert F. Brown and J. Michael Stewart), (University of California Press 1990) 244–246.

⁶³ Cf. Arthur Schopenhauer, *The World as Will and Representation*, (vol. 1, traducción de Judith Norman y otros), (University of California Press 2000) 244-246.

⁶⁴ KANT, “Groundwork”, (n6) 73, AK4, 413. Robert Alexy también ve a través del imperativo categórico kantiano “la posibilidad de referir el ‘*principium diudicationis*’ al conocimiento [de la competencia básica] y el ‘*principium executionis*’ a los fundamentos de su actuación”. Cf. Robert Alexy, “Kants Begriff des praktischen Gesetzes”, en Okko Behrends (ed.), *Der biblische Gesetzesbegriff. Auf den Spuren seiner Säkularisierung*, (Vandenboeck & Ruprecht 2006), 206-207. Además, Alexy afirma que Kant no solo separa los niveles de justificación y motivación de la normatividad, sino que “también intenta, con la mayor fuerza, reconectarlos, en particular en su teoría del ‘respeto al derecho’”. Cf. Robert Alexy, “Normativity, Metaphysics and Decision”, en Stefano Bertera y George Pavlakos (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, (Hart Publishing 2011), 220

⁶⁵ Immanuel Kant, “Metaphysics of Morals, Part I: Metaphysical First Principles of the Doctrine of Right”, (n6) 353-506 (en adelante *Doctrine of Right*) 374-375; para el texto original en alemán, véase, Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der*

facultad del deseo “cuyo terreno interior indeterminado, por tanto, inconcluso, se encuentra dentro de las razones del sujeto”⁶⁶. La “elección” misma es dividida en “elección” animal determinada por el instinto y la “elección” libre condicionada por la razón pura. De acuerdo con Kant, la “elección” humana está *afectada* pero no *determinada* por los impulsos⁶⁷. Por el contrario, la voluntad direcciona las acciones “con la absoluta necesidad y es en sí misma *sujeto de, no necesidad*”⁶⁸ ya que, según Kant, la voluntad refiere inmediatamente a las leyes dadas por la máxima de las acciones. Por tanto, debería ser notado que esta distinción entre voluntad y “elección” está relacionada con el *principium diiudicationis* y *principium executionis*. ¿Cómo está relacionado esto con la dignidad humana? Esto conduce a la tercera y última diferenciación.

2.3.3.- *Homo noumenon y homo phaenomenon*

En la *Fundamentación*, Kant habla sobre el ser humano, persona, personalidad y humanidad. Aquí, los términos “persona” y “personalidad” no pueden ser distinguidos uno de otro. En la *Crítica de la Razón Práctica*, él trata de hacer una distinción entre estos términos. De esta forma, “una persona como parte del mundo sensible está sujeta a su propia personalidad en la medida que también pertenece al mundo inteligible”. Sin embargo, [un] ser humano es, en efecto, bastante impío, pero la humanidad en su persona debe ser sagrada para él”⁶⁹.

Solamente hasta la *Metafísica de las costumbres*, es entonces definida la persona como aquél sujeto “cuyas acciones pueden ser imputadas a él”; mientras que la personalidad (moral) “no es otra cosa que la libertad de un ser racional bajo las leyes morales”⁷⁰. Él hace la siguiente distinción, entre “*homo noumenon*” y “*homo phaenomenon*”, “un ser humano puede y debe ser representado de acuerdo con su propia capacidad de libertad, la cual es completamente suprasensible y, de acuerdo con esta *humanidad*, su personalidad (*homo noumenon*) independiente de determinaciones físicas; tan distinta del mismo sujeto representado por aquellas determinaciones [físicas], un ser humano (*homo phaenomenon*)”⁷¹. De acuerdo con Kant, *homo*

Rechtslehre (1797), en *Ak* (n 6), (vol. 6, Gruyter 1907,1914 y 1969) 203–372 (en adelante *Ak* 6) 213.

⁶⁶ Ibid. 375, *AK* 6, 213.

⁶⁷ Ibid. 375 (énfasis original); *AK* 6, 212.

⁶⁸ Ibid. 380 (énfasis original); *AK* 6, 226.

⁶⁹ Kant, “Critique of Practical Reason”, (n56), 210, *AK* 5, 87.

⁷⁰ Kant, “Doctrine of Right”, (n 65) 378, *AK* 6, 223.

⁷¹ Ibid. 395 (énfasis original y traducción propia), *AK* 6, 239.

noumenon significa “el ser humano como un ser moral”, en tanto que *homo phaenomenon* significa “el ser humano como un ser físico”⁷².

Empero, esta distinción no implica un dualismo ontológico. Por el contrario, de acuerdo con Kant, la posibilidad del imperativo categórico (así como la dignidad humana) puede ser entendido a través de la diferenciación entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon* o por medio del hecho que el ser humano es un ser limitado pero racional. Por ejemplo, Kurt Seelmann trata de conectar el concepto de dignidad con el mundo empírico exactamente “en vista de la consciente y deliberada distinción” entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon*⁷³. Queda abierta la pregunta acerca de si esta distinción y el argumento de Kant sobre la razón podrían apoyarse mutuamente⁷⁴.

Por una parte, desde que la razón del ser humano es limitada, está sujeto a la dependencia, obligatoriedad y necesidad (moral) del derecho. Por otra, desde que un ser humano es aún un ser racional, él posee, primero, independencia de las inclinaciones sensoriales (libertad en un sentido negativo), segundo, conocimiento racional puro del derecho (moral) y deber (*principium diiudicationis*) y, tercero, la capacidad para hacer del derecho el único motivo (móvil, “*Triebfeder*”) del sujeto (*principium executionis*) al ser la voluntad la base determinante para darse el derecho a sí mismo (libertad en sentido positivo). Por último, la metáfora de los dos puntos de vista del ser humano en concordancia con la distinción entre *principium diiudicationis* y *principium executionis* (esto es, entre voluntad y “elección”; así como entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon*) permite una comprensión adecuada del imperativo categórico kantiano y dignidad humana.

En suma, es posible concluir que la personalidad (o humanidad en la persona de los seres humanos, *homo noumenon*) y el ser humano (*homo phaenomenon*) son de hecho diferenciables pero indisolubles una del otro. De otra forma, la ética de Kant, como ha afirmado Jürgen Habermas, sería percibida como un dualismo⁷⁵. Por una parte, la personalidad no se refiere al ser humano meramente empírico y, por lo tanto, no puede ser igualada o reducida a este último. Por otra, esta personalidad aún está conectada con el ser humano empírico y no está separada de él. La dignidad humana no debe ser equiparada con *homo*

⁷² Immanuel Kant, *Metaphysics of Morals. Part II: Metaphysical First Principles of the Doctrine of Virtue*, en su “Practical Philosophy”, (n6) 507-603 (en adelante *Doctrine of Virtue*) 553 (traducción propia); véase, el texto original en alemán Immanuel Kant, “Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre (1797)”, en *Ak 6* (n 65) 430.

⁷³ Cf. Kurt Seelmann, “Menschenwürde und die zweite und dritte Formel des Kategorischen Imperativs. Kantischer Befund und aktuelle Funktion”, en Brudermüller y Seelmann (n 15) 75-77.

⁷⁴ Este enfoque de interpretación es, sin embargo, seguido por Hruschka. cf Joachim Hruschka, “Die Würde des Menschen bei Kant”, [2002], 88, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 463, 465-469.

⁷⁵ Cf. Jürgen Habermas, “Moral und Sittlichkeit. Hegels Kant Kritik im Lichte der Diskursethik”, [1985], 39, *Merkur*, 1041.

noumenon, pero ambos deberían ser pensados en conjunto desde las dos perspectivas de *homo noumenon* y *homo phaenomenon*⁷⁶.

2.3.4.- Dignidad humana, derechos humanos y Estado

Basado en la dignidad del ser humano individual, Kant desarrolla su filosofía jurídica y teoría del Estado bajo la perspectiva del contractualismo. De acuerdo con Kant, los derechos innatos del individuo, la libertad de asociación de los ciudadanos; así como la justicia criminal pueden ser justificadas por la dignidad del ser humano individual. En la primera parte de la *Metafísica de las Costumbres*, esto es en *Teoría del Derecho* (usualmente traducida al inglés como *Doctrine of Right*), Kant sostiene que el derecho y la ética *stricto sensu* "no tienen una especie de obligación en común", y que el deber jurídico es también "ético indirecto"⁷⁷. En este contexto, Ralf Dreier destaca que el imperativo categórico kantiano posee dos usos, uno ético y el otro jurídico⁷⁸.

El "derecho de la humanidad" pertenece sin duda alguna al uso específicamente jurídico. Según Kant, el derecho en "el derecho de la humanidad" incluye el derecho en su propia persona, por una parte, y el derecho de otros seres humanos, por otra. El primero corresponde al deber con uno mismo, el segundo al deber con los otros⁷⁹. Una última división en derecho es aquella entre el derecho adquirido y el innato. El último es el único derecho original al que tiene derecho "todo ser humano en virtud de su humanidad"; a saber, la libertad⁸⁰. Cabe señalar que la "humanidad" aquí no sólo me incluye a mí como

⁷⁶ Me gustaría agradecer al profesor Ulfrid Neumann por su amable consejo en el sentido que Katrin Gierhake también ha presentado una lectura similar de la distinción de Kant entre *homo noumenon* y *homo phaenomenon*: "Aunque Kant también conoce las categorías del ser sensible -'el hombre en el sistema de la naturaleza (*homo phaenomenon, animal rationale*)'- y del ser racional - 'el hombre como persona, es decir, como sujeto de una razón práctica y moral (*homo noumenon*)', también las diferencia. Para él, sin embargo, estos dos elementos solo son pensados como una unidad que se encuentra en cada ser humano y cuyos dos componentes están originalmente conectados con el ser humano como 'la única criatura racional en la tierra'. Por lo tanto, el don de la razón de cada ser humano asegura que tiene derecho al respeto de todos los demás seres racionales y seculares, a saber, su valor intrínseco absoluto, su dignidad, únicamente debido a este don de la razón". Cf. Katrin Gierhake, "Feindbehandlung im Recht? - Eine Kritik des sogenannten "Feindstrafrechts" und zugleich eine Auseinandersetzung mit der Straftheorie Günther Jakobs" [2008], 94, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 337, 350 (énfasis añadido y traducción propia).

⁷⁷ Cf. Kant, "Doctrine of Right", (n65) 385 (traducción propia), *AK 6*, 220.

⁷⁸ Cf. Ralf Dreier, "Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants (1979)" en Ralf Dreier, *Recht-Moral-Ideologie*, (Suhkamp 1981) 294; véase, también Robert Alexy, "Ralf Dreiers Interpretation der Kantischen Rechtsdefinition", en Robert Alexy (ed.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, (Mohr Siebeck 2005) 103-105.

⁷⁹ Cf. Kant, "Doctrine of Right", (n65) 395, *AK 6*, 240.

⁸⁰ *Ibid.* 393 (traducción propia); *AK 6*, 237.

individuo, sino también a “toda la especie (y, por tanto, a mí también)”⁸¹.

Figura 1. Derechos y fines de la humanidad basados en las doctrinas del derecho y virtud de Kant⁸².

	Deber con uno mismo	Deber hacia los otros
Deber jurídico (indirecto y ético)	El derecho de la humanidad en nuestra propia persona	El derecho de los otros seres humanos
Deber ético en sentido estricto (directo y ético)	El fin de la humanidad en nuestra propia persona	El fin de otros seres humanos

3.- DIGNIDAD DEL SER HUMANO SOCIAL

Hoy en día existe un extenso acuerdo no solo en la dignidad del individuo, sino también sobre la dignidad del ser humano social⁸³. No obstante lo anterior, la imagen del ser humano no siempre fue así, especialmente durante el siglo XIX en el mundo occidental cuando el punto de vista liberal de la dignidad humana era aceptado con mayor amplitud. Gustav Radbruch, como se mencionó más arriba, señaló por primera vez esta perspectiva metodológica. Con la idea de la imagen del ser humano, él explica los cambios en las instituciones jurídicas de la época, especialmente aquellos durante la República de Weimar en Alemania. En mi opinión, el pensamiento de Radbruch se desarrolla desde el respeto de la llamada época jurídico-social⁸⁴ a través del reconocimiento inverso de los pensamientos jurídicos liberales e individualistas⁸⁵ a su famosa “fórmula de la negación” con criterios de

⁸¹ Cf. Kant, “Doctrine of Virtue”, (n72) 570, AK 6, 451.

⁸² Cf. Kant, “Doctrine of Right”, (n65) 383-385, 394-396, AK 6, 218-221, 239-241, y su *Doctrine of Virtue*, (n72) 537-540, AK 6, 398, 410-412.

⁸³ Cf. Hans Michael Heing, “Menschenwürde und Sozialstaat. Genesen-Grammatiken-Grenzen”, en Petra Bahr y Hans M. Heinig (eds.), *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, (Mohr Siebeck 2006), 251-295; Joachim Von Soosten, “Neubau der Sittlichkeit. Menschenwürde und Sozialstaat”, Ibid. 297-318; Eberhard Eichenhofer, “Sozialrechtlicher Gehalt der Menschenwürde”, en Gröschner y Lembcke, (n3); Peter Axer, “Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die Sicherung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen”, en Michael Anderheiten y otros (eds.), *Verfassungsvoraussetzungen*. (Mohr Siebeck 2013).

⁸⁴ Véase, Gustav Radbruch, “Der Mensch im Recht 1927”, en *GRGA* 2, 467-476; también su Gustav Radbruch, “Vom individualistischen zum sozialen Recht (1930)”, *Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift*, [1930], 13, 458-468, reimpresso en *GRGA* 2, 485-495, 607 (notas del editor).

⁸⁵ Véase, Gustav Radbruch, “Le Relativisme dans la Philosophie de Droit”, *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, [1934], 1-2, 105-110 ; así como su versión en alemán Gustav Radbruch, “Der Relativismus in der Rechtsphilosophie

justicia, igualdad y derechos humanos⁸⁶. La continua relevancia de sus preguntas y las posibilidades de reconstruir sus correspondientes respuestas están también reflejadas en sus multidimensionales imágenes del ser humano. Por este motivo, no es asunto de discusión la dignidad del ser humano social en general, sino más bien el concepto particular de persona en la época jurídico-social y el concepto del derecho como fue desarrollado por Radbruch en conexión con la dignidad humana.

3.1.- Imágenes del ser humano (en el derecho) como construcciones ficticias

En mi opinión, Radbruch señala tres puntos de vista de la imagen del ser humano en sus dos ensayos "El hombre en el derecho" (1927) y "Del derecho individualista al social" (1930). El primer punto de vista es que la imagen del ser humano caracteriza las diferentes épocas jurídicas; a saber, desde la época patriarcal-comunal, pasando por la liberal-individualista hasta la época jurídico-social organizada⁸⁷. En primer término, esto aplica al ser humano como sujeto motivado por el derecho⁸⁸. En el derecho alemán medieval siempre hubo "seres

(1934)" en *Der Mensch im Recht*, (n84) 80-87 ; reimpresso en *GRGA*, vol. 3, Winfried Hassemer (ed.), (C.F. Müller 1990), 17-22, 273 (en adelante *GRGA* 3) (notas del editor). Véase, también Gustav Radbruch, "Le but de droit", *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, [1937/1938], 3; y su versión en alemán Gustav Radbruch, "Der Zweck des Rechts", en *Der Mensch im Recht*, (n84) 88-104, reimpresso en *GRGA* 3, 30-50, 276-277 (notas del editor).

⁸⁶ Véase, Gustav Radbruch, "Rechtsphilosophische Besinnung" o "Fünf Minuten Rechtsphilosophie", *Rhein-Neckar-Zeitung*, [1945], reimpresso en *GRGA* 3, (n85) 78-79, 282 (notas del editor); y su traducción al inglés como "Five Minutes of Legal Philosophy", traducido por Bonnie Litschewski Paulson y Stanley Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, [2006], 26, 13-15; su "Die Erneuerung des Rechts", *Die Wandlung*, [1947], 2, 8-16; reimpresso en *GRGA* 3, (n85) 107-114, 293-294 (notas del editor), 80-82; su "Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, [1946], 1, 105-108, particularmente la página 107; reimpresso en *GRGA* 3, (n85) 83-93, 282-291 (notas del editor) y su traducción al inglés como "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law", trad. de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley Paulson, *Oxford Journal of Legal Studies*, [2006], 26, 1-11.

⁸⁷ Véase, Gustav Radbruch, "Der Mensch im Recht (1927)" en *GRGA* 2, (n84) 467-476.

⁸⁸ En su ensayo "Human in Law" (1927), Radbruch primero considera al ser humano como un "objeto del sistema normativo" con el propósito de responder las preguntas: "¿cómo el derecho se representa a sí mismo para el ser humano sobre el que pretende influir?, ¿en qué tipo de ser humano se basa el derecho", ¿qué impulsos asume [el orden jurídico] como dados y efectivos en los seres humanos?". Véase, Gustav Radbruch, *Ibid.* 467. Aquello es formulado en su *Legal Philosophy* de 1932 como la siguiente cuestión: "El individuo es visto como el punto de ataque de la fuerza motivadora de la norma jurídica". Véase, Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (publicado por primera vez en su tercera edición de su *Grundzüge der Rechtsphilosophie*), (Quelle & Meyer 1932); reimpresso en *GRGA* 2, (n84) 206-450, 561-602 (notas del editor), § 8, 291, pie de página 2; su traducción al inglés como

humanos vinculados al deber y a la comunidad”⁸⁹. Empero, desde el Renacimiento, Reforma y recepción del derecho romano, el individuo ha sido “liberado de la comunidad” y, especialmente desde la Ilustración, ha sido caracterizado como un “tipo de ser humano individualista y espiritual”⁹⁰. Solo en la época jurídico-social es cuando el ser humano, de ahora en adelante, “no es más el individuo aislado, sino el ser humano en sociedad, el ser humano colectivo” (*Kollektivmensch*)⁹¹.

Segundo, el cambio de la época jurídica aplica al ser humano como al autor del derecho; a saber, desde el espíritu inconsciente del pueblo a través de la voluntad del Estado a la voluntad consciente de la gente⁹².

Figura 2. Imágenes del ser humano en el derecho ⁹³ .			
Era del derecho	Imágenes del ser humano		
	Ser humano como sujeto motivado por el derecho	Humano como creador del derecho	
Derecho patriarcal-comunal	Ser humano en comunidad	Espíritu inconsciente del pueblo	
Derecho liberal-individualista	Ser humano como individuo	Voluntad consciente del Estado	
Derecho social organizado	Ser humano en sociedad, ser humano colectivo	Voluntad consciente del pueblo	

Como segundo punto de vista, Radbruch hace explícito que la imagen del ser humano implica “al mismo tiempo una visión metodológica inalienable y una visión transitoria, históricamente condicionada”, de modo tal que la imagen del ser humano de la respectiva época jurídica se considera a menudo como tipo medio empírico, aunque sí es, de hecho, siempre sólo una “construcción

Gustav Radbruch, “Legal Philosophy”, (traducción de K. Wilk en *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*), (Harvard University Press 1950) 43-224, § 8, 99, pie de página número 2; *Rechtsphilosophie* (1932), en *GRGA Bd. 2*, (n84) § 8, 291, pie de página 2. Para la conveniencia del lector, he incluido citas de la edición inglesa de *Rechtsphilosophie*; las citas en sí, sin embargo, han sido nuevamente traducidas por mí.

⁸⁹ Véase, Gustav RADBRUCH, “*Der Mensch im Recht (1927)*” en *GRGA 2*, (n84) 468.

⁹⁰ *Ibid.* 469-471.

⁹¹ *Ibid.* 472.

⁹² *Ibid.* 474-475.

⁹³ La figura está basada en las discusiones sobre Radbruch, pero es elaborada por mí mismo. Véase, *Ibid.* 475.

ficticia”⁹⁴. Por ejemplo, Radbruch considera que el paso de la gran familia supraindividualista a la pequeña familia individualista “no es una disociación de las construcciones sociales anteriores, sino una sustitución de las construcciones sociales por otras construcciones sociales”⁹⁵.

El tercer y último punto de vista es que la imagen del ser humano se refleja vívidamente en el ámbito del derecho público, especialmente durante la época jurídico-social. Aquí, el “individuo percibido aislado” es remplazado por el “ser humano concreto y socializado”⁹⁶.

3.2.- El humano en el derecho social. ¿Aun un concepto nuevo de persona?

En cualquier caso, dada la época jurídico-social, surgen varios problemas. ¿La imagen social del ser humano implica una nueva concepción de persona o personalidad de modo que se restringe o, inclusive, se renuncia a la dignidad del individuo? ¿El control de constitucionalidad de los derechos sociales necesita un esquema de examinación completamente nuevo? En resumen, ¿cómo ponderar la tensión entre el “muy delgado” individuo y el “muy denso” ser humano social?

En su *Filosofía del Derecho*, publicada en su tercera y última edición de 1932, Radbruch, de acuerdo con los diversos valores del derecho, distingue entre los varios tipos de personalidad las cuales son entendidos también como el respectivo “sujeto supuesto por la norma jurídica”⁹⁷; a saber, personalidades humanas individuales, personalidades humanas totales y obras humanas⁹⁸. Ellas corresponden a las tres alternativas de las intenciones del derecho; esto es, individualismo, supraindividualismo y transpersonalismo⁹⁹. En este sentido, se plantea de nuevo la cuestión de si el ser humano en el derecho social está subsumido bajo un nuevo concepto de persona.

⁹⁴ Ibid. 469.

⁹⁵ Véase, Gustav Radbruch, “Vom individualistischen zum sozialen Recht (1930)”, en *GRGA 2*, (n84) 491.

⁹⁶ Ibid. 486.

⁹⁷ Gustav Radbruch, *Legal Philosophy*, (n86) § 8, 99, nota a pie 2 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 8, 291, Fn. 2].

* VIII. Nota de los traductores. Existe traducción al castellano. Véase, Gustav Radbruch, *Filosofía del derecho*, (2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado 1944); cf. Gustav Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, (traducción de W. Roces), (Fondo de Cultura Económica 1978), 153-178.

⁹⁸ Ibid. § 7, 92 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 7, 279].

⁹⁹ Ibid. § 7, 92-93 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 7, 281].

Figura 3: La personalidad como sujeto supuesto por la norma jurídica ¹⁰⁰ .	
La personalidad como sujeto supuesto por la norma jurídica	Intenciones del derecho
Personalidades humanas individuales Libertad, "Sociedad"	Supraindividualismo
Personalidades humanas colectivas, nación, "colectividad"	Supraindividualismo
Obras humanas, cultura, "comunidad"	Transpersonalismo

Cabría destacar que Radbruch hizo algunos ajustes¹⁰¹ a su concepción del derecho social en su *Filosofía del Derecho* de 1932, cuando menos en los tres sentidos siguientes.

3.2.1. El derecho social no es más amplio en contraste con el derecho individualista

¹⁰⁰ La figura está basada en las discusiones sobre Radbruch, pero es elaborada por mí mismo. Véase, Gustav Radbruch, "Die Problematik der Rechtsidee", en *Die Dioskuren. Jahrbuch für Geisteswissenschaften*, [1924], 3, 43-50, reimpresso en *GRGA 2*, (n84) 460-467, 604 (notas del editor), 463; su "Der Zweck des Rechts" (1937-1938), en *GRGA 3*, (n85) 39-50; su *Legal Philosophy*, (n86) §§ 7 y 8, 91-95, 99, nota 2 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 7 y § 8, 279-285, 291, nota a pie de página 2].

¹⁰¹ Marc André Wiegand señala también: por un lado, que la economía de principios del siglo XX influyó en el pensamiento jurídico social de Radbruch; por otro, los textos de Radbruch no dan "una imagen unificada" de la relación entre su artículo "From Individualistic to Social Law" de 1930 y los §§ 7 y 8 de la 3ª. edición de su "Legal Philosophy" de 1932, esto es, entre el pensamiento jurídico social y la teoría de los fines jurídicos, así como la teoría jurídico-filosófica de los partidos políticos. El orden cronológico de las publicaciones sugiere que Radbruch tenía dudas sobre la concepción del derecho social, y al respecto su tercera edición de "Filosofía del derecho" es un intento de devolver los conceptos socialdemócratas o socialistas de la fase políticamente activa de los años veinte a un sistema de conceptos característicamente neokantiano, apoyado en el reconocimiento de que el supuesto giro del derecho hacia lo social es, en última instancia, solo un conjunto históricamente contingente de medidas legislativas y administrativas que no puede cambiar el concepto sistemático en su conjunto. Véase, Marc Wiegand, "Ökonomie, Ideologie, Rechtsphilosophie: Zum Verhältnis von Wirtschaft und Recht bei Gustav Radbruch", en Martin Borowski y Stanley L. Paulson (eds.) *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, (Tubinga 2015), 53-74, 62, 71-73. No hay que insistir aquí en esta posibilidad radical de interpretación entre "apariencia efímera" y "una ruptura immanente del sistema". La ley social es tanto un cambio histórico como una construcción ficticia de la ley. Lo mismo se aplica también a la ley comunal y a la individualista.

En el §8 de *Filosofía del Derecho* de 1932, Radbruch distingue entre el individualismo “demoliberal” y el individualismo social. De acuerdo con Radbruch, el primero se refiere al individuo aislado sin individualidad; el segundo al “individuo concreto y socializado”¹⁰². Sin embargo, ambos difieren del conservadurismo supraindividualista¹⁰³. Asimismo, en el § 16 de *Filosofía del Derecho* de 1932, Radbruch subraya que la primacía del derecho público sobre el privado podría derivar de motivos diversos: por una parte, del punto de vista “supraindividualista y conservador”; por la otra, del punto de vista “individualista y social”; el cual considera al Estado como protector de los individuos económicamente más débiles¹⁰⁴. De esta manera, el derecho social integra la visión individualista de los valores. En este sentido, uno puede decir que Radbruch no ve un fuerte contraste entre el derecho social y el individualismo, sino más bien una clara demarcación del supraindividualismo.

3.2.2.- Construcción individualista como la tarea central de la ciencia jurídica

Desde una perspectiva metodológica, Radbruch en el § 15 de *Filosofía del Derecho* de 1932, resume las tres etapas de la labor dogmática y sistemática de la ciencia jurídica; a saber: interpretación, construcción y sistema¹⁰⁵. Primero, cuando se trata de interpretación jurídica, no es la voluntad del legislador la que debe desentrañarse, sino el significado objetivo de un sistema jurídico positivo¹⁰⁶. En los siguientes procesos de construcción y sistema del derecho, la ciencia jurídica interpreta el papel de “trabajo conceptual de segundo grado” para los precientíficos o inclusive extrajurídicos conceptos científicos¹⁰⁷. Basado en esto, Radbruch considera a la ciencia jurídica como una ciencia comprensiva, individualizante y de relación de

¹⁰² Gustav Radbruch, *Legal Philosophy*, (n86) § 8, 103 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 8, 296]. Hay que señalar que Radbruch ya afirma en sus “Outlines of Legal Philosophy” de 1914: “De hecho, el socialismo marxista, que está orientado al bienestar individual, se caracteriza en la filosofía jurídica como 'individualismo potenciado'. Véase, Gustav Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig, (Quelle & Meyer 1914). Reimpresa en *GRGA 2*, (n84) 18, 9-204, 509-561 (notas del editor), 104. Agradezco al Profesor Ulfrid Neumann su sugerencia de que se tenga en cuenta esta visión “poco ortodoxa” de Radbruch.

¹⁰³ Véase, Gustav Radbruch, *Legal Philosophy*, (n86) § 8, 104-105. [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 8, 298].

¹⁰⁴ Ibid. § 16, 154 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 16, 360].

¹⁰⁵ Ibid. § 15, 141. [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 15, 344].

¹⁰⁶ Ibid. § 15, 140-146. [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 15, 343-352].

¹⁰⁷ Ibid. § 15, 148 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 15, 353].

valores¹⁰⁸. En este contexto, parece que no podemos evitar la labor individualizadora de construcción, aunque aceptemos la idea del derecho social y, por tanto, consideremos la imagen social del ser humano como una de las construcciones ficticias.

3.2.3. Concepto de persona aún como un concepto ficticio igualitario

Por último, pero no menos importante, Radbruch afirma en el § 17 de *Filosofía del Derecho* de 1932 que el concepto de persona es un concepto de igualdad, ambos basados en el individualismo y de acuerdo con las formas sociales de pensar en torno al derecho¹⁰⁹. Desde ese momento, incluso él reconoce a las personas como fines en sí mismas, lo cual excluye una jerarquía entre ellas¹¹⁰. Ellos son los denominadores generales conmensurables¹¹¹. En este sentido, no sólo las *personas jurídicas* sino también las personas naturales tienen una “naturaleza artificial”¹¹². Sólo cabría señalar, que el sustrato detrás de la persona jurídica es aún más complicado. Por último, el derecho social no puede cambiar del todo el igualitario concepto de persona.

3.3.- La fórmula de Radbruch y la dignidad humana

Radbruch, quien fue expulsado de su puesto universitario por el régimen nazi, afirmó en su ensayo *Relativismo en la Filosofía del Derecho* de 1934, en particular, la crítica de Kant, sobre la base de lo que él explícitamente enfatizó como los valores absolutos; verbigracia, liberalismo, derechos humanos, Estado de derecho, separación de poderes, democracia, tolerancia universal. Esto es, “ninguna tolerancia hacia la intolerancia”¹¹³. Asimismo, Radbruch también subrayó en el ensayo *El fin del Derecho*, de 1937/1938, que el bienestar común, sea social, orgánico o institucional, es sólo uno de los “objetivos más elevados del derecho”, y que los otros dos; justicia y seguridad jurídica, tienen un carácter liberal-individualista¹¹⁴. Desde entonces la seguridad jurídica en particular significa “certeza de la ley por el bien

¹⁰⁸ Ibid. § 15, 149-151 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 15, 354-357].

¹⁰⁹ Ibid. § 17, 156 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 17, 363].

¹¹⁰ Ibid. § 17, 156 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 17, 363].

¹¹¹ Ibid. § 17, 156 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 17, p. 364].

¹¹² Ibid. § 17, 156 (traducción propia). [Rechtsphilosophie (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 17, 364].

¹¹³ Gustav Radbruch, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, 1934, en *GRGA 3*, (n85) 17-22.

¹¹⁴ Véase, Gustav Radbruch, *Der Zweck des Rechts, 1937-1938*, en *GRGA 3*, (n85) 39.

del individuo, certeza contra la arbitrariedad y, en este sentido, libertad del individuo”¹¹⁵.

No sería hasta el artículo de posguerra *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal* de 1946, que Radbruch dio una respuesta clara a la cuestión de la injusticia extrema; a saber, mediante la llamada “fórmula de Radbruch”, en particular en la segunda subfórmula de la negación, la cual niega, en casos de injusticia extrema, todo el carácter jurídico de norma¹¹⁶. No obstante, ¿cuáles son los criterios de igualdad y, por tanto, de la actual justicia establecida que está siendo negada? En mi opinión, hay cuando menos tres referencias en su trabajo de posguerra intitulado *Introducción a la Filosofía del Derecho* de 1948 (en adelante *Introducción*). 1) En el § 8 de *Introducción*, Radbruch afirma explícitamente que la negación absoluta de los derechos humanos individuales significa que el carácter jurídico de la norma en cuestión es comprendido como derecho totalmente incorrecto¹¹⁷. 2) En el § 32 de *Introducción*, él observa que la “humanidad” se ha convertido en un concepto jurídico, a través del cual, él entiende principalmente la “idea kantiana de la humanidad en el sentido de la dignidad humana”¹¹⁸. 3) En el § 35 de *Introducción*, él sostiene, bajo

¹¹⁵ Ibid. 46.

¹¹⁶ Véase, Gustav Radbruch, *Primer*, 7. Matthias Herdegen afirma, pero sin más referencia, que “en el sentido de una comprensión preconstitucional de la dignidad humana inspirada por Kant”, Radbruch es ya mencionado con su fórmula. Véase, Matthias Herdegen, *Kommentar zu Art. 1 GG*, (n15) 10, nota a pie de página 1.

¹¹⁷ Véase, Gustav Radbruch, “Vorschule der Rechtsphilosophie”, en H. Schubert y J. Stoltzenburg (eds.), *Heidelberg: Hans Scherer*, (1948). Reimpreso en *GRGA* 3, (n85) 121-227, 294 -310 (notas del editor), § 8, 146-147.

¹¹⁸ Ibid. § 32, 211-213. Véase, Gustav Radbruch, “Zum Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit”, *Süddeutsche Juristenzeitung* 2, [1947], número especial, 131-136. Reimpreso en *GRGA*, (n17) 18, vol. 8: en Arthur Kaufmann (ed.), *Strafrecht II*, Heidelberg, (C. F. Müller 1998) (en adelante *GRGA* 8) 250-258, 420-423 (notas del editor), en p. 251: “finalmente, Kant ve en la humanidad, ante todo, el respeto de la dignidad humana que exige tratar al ser humano como un fin en sí mismo, y prohíbe faltarle el respeto al tratarlo como un mero medio para otros fines”. Sobre la idea de Radbruch de la dignidad humana, véase, también, Arthur Kaufmann, “Demokratie - Rechtsstaat - Menschenwürde. Zur Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs”, en Arthur Kaufmann (ed.), *Über Gerechtigkeit. Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie*, (Carl Heymanns 1990-1993) 465-479; Miodrag Jovanović, “Legal Validity and Human Dignity. On Radbruch's Formula”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, [2013], 137, 159-163. Kaufmann se refiere al concepto de “dignidad humana” en los dos pasajes de los §§ 8 y 32 del *Primer*, pero, también, continúa: “Radbruch no usó el concepto de ‘dignidad humana’ de manera tan inflacionaria [...]. Más bien, en cualquier lugar que él trabajó como científico o político, la dignidad humana era para él la primera y más importante cuestión”. Veía al ser humano en todas partes, pero no como una construcción, como se concibe en la Ilustración y en la economía nacional clásica, sino el ser humano en su realidad de criatura. Véase, Arthur Kaufmann, (n17) 476, nota a pie de página 35, 477 (énfasis añadido). Sin embargo, en mi opinión, por el contrario Radbruch utiliza el concepto de “dignidad humana” en sus obras de posguerra principalmente en el sentido kantiano, de otra forma la hubiera utilizado de una forma inflacionaria.

el derecho internacional, la injusticia de los "crímenes contra la humanidad", cuyo efecto retroactivo no es objetable¹¹⁹. Por tanto, habría que señalar que la dignidad humana es uno de los criterios o, incluso, el criterio para determinar la injusticia extrema.

4.- DIGNIDAD HUMANA Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. NORMATIVIDAD JURÍDICA DÉBIL Y FUERTE

Partiendo de las dos dimensiones del ser humano social; y sobre la base de sus respectivas justificaciones, paso ahora a la normatividad de la dignidad humana y la práctica del control de constitucionalidad. En particular, propongo un enfoque de interpretación del artículo 38 (apartado primero) de la Constitución China, el cual establece que "[l]a dignidad de la persona humana de los ciudadanos de la República Popular China es inviolable". Sin embargo, antes de concentrarse en esta cláusula, las imágenes del ser humano en la Constitución china deben ser resumidas y comparadas con aquellas de la Ley Fundamental alemana. Esto es, por consiguiente, una cuestión de presentar dos estrategias diferentes para justificar la normatividad fuerte de la dignidad humana.

4.1.- Panorama de las imágenes del ser humano en la Constitución: China en comparación con Alemania

En mi opinión, la imagen del ser humano en la Constitución china es ilustrada por la imagen de los ciudadanos y el pueblo. Sin embargo, no debería pasarse por alto que existe aún la imagen de la humanidad como un todo y la más importante imagen del ser humano como tal (o personalidad).

De manera más precisa, lo que importa antes que nada es la imagen de los ciudadanos (estatales) como titulares de derechos fundamentales (artículo 33 [apartado 1]); esto es, como sujetos motivados por la Constitución y el derecho. Por consiguiente, no solo deberíamos asegurar que los ciudadanos disfrutaran el derecho claramente prescrito a la igualdad (artículos 33 [apartado 2] y 48) y de los derechos de libertad (artículos 13, 35 a 37, 39 a 41 y 47); pero tampoco ignora el hecho de que ellos pueden reclamar también la

¹¹⁹ Gustav Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, en *GRGA* 3, (n85) 118, 234-235; véase, también, su "Kriminalistische Zeitbetrachtung", en *Rhein-Neckar-Zeitung*, (impresión especial 40, abril 1947), reimpresso en *GRGA* 8, (n118) 246-50, 419-20 (notas del editor) 250: "el crimen contra la humanidad tendrá que ser diseñado principalmente como su crimen contra la dignidad humana, en el sentido de la concepción *kantiana* [...]". Sandkühler cita la fórmula y el comentario de Radbruch sobre los juicios de Núremberg, pero no los párrafos explícitos sobre la dignidad humana, Véase, Hans Jörg Sandkühler, *Menschenwürde und Menschenrechte. Über die Verletzbarkeit und den Schutz der Menschen*, (Alber 2014) 156-158.

relativa extensión de los derechos laborales, vacaciones, seguridad social, educación, matrimonio y familia, así como intereses ecológicos (artículos 42 a 46, 49; Preámbulo [apartado 7] [apartado 3]) y una serie de derechos procesales (artículos 130 y 139). Como afirman algunos académicos, esto incluye también “la dignidad de la persona humana de los ciudadanos chinos” (artículo 38 [apartado 1]). Esto debe diferenciarse, al menos a primera vista, de la Ley Fundamental alemana, la cual distingue entre los derechos de cada uno y, excepcionalmente, los derechos de los ciudadanos alemanes. Más aún, la cláusula de dignidad de la Constitución China se encuentra relativamente lejos en comparación con el artículo 1 (apartado 1) de la Ley Fundamental alemana.

En segundo lugar, está la imagen del pueblo como titular del poder estatal (artículos 1 [apartado 1] y 2 [apartado 1]), la cual se refiere al creador de la Constitución y al legislador. Esta imagen aparece en estrecha relación con otras tres imágenes, esto es, la imagen de los ciudadanos, de los representantes del pueblo, así como aquella de los partidos políticos y organizaciones y, por tanto, deben comprenderse de acuerdo con esta conexión. Los partidos políticos y las organizaciones particularmente reflejan al ser humano-social en China a nivel del legislador.

En tercer lugar, está la imagen de la humanidad como un todo, la cual se extiende no sólo a los ciudadanos chinos, sino también a los extranjeros (artículos 18 y 32) y, por consiguiente, conecta a China con los pueblos del mundo. Además, la “construcción de una comunidad con un futuro compartido para la humanidad” (*renlei mingyun gongtongti*) fue asegurado en la Constitución mediante la enmienda de 2018 (Preámbulo, apartado 12, párrafo 3).

En cuarto y último lugar, la imagen del ser humano como tal ha sido agregada a través de la enmienda constitucional de 2004 al artículo 33 (apartado 3), que prescribe: “Los derechos *humanos* serán respetados y protegidos por el Estado (énfasis añadido)”. Comparándolo con el artículo 1 (apartado 1 y 2) de la Ley Fundamental Alemana, esta cláusula de derechos humanos de la Constitución China también debería de tener una indubitable posición fundamental.

Junto a las diversas y variadas imágenes mencionadas, se debe formular la siguiente pregunta: ¿hay una imagen *ser humano* coherente detrás de ellas? Ilustrativamente, la posición de la cláusula de dignidad en la actual Constitución china parece no ser suficientemente prominente. Por no mencionar que la palabra “dignidad” se da también en diferentes contextos como el de “dignidad de la Constitución” (Preámbulo, apartado 13, párrafo 2) y “dignidad del sistema jurídico” (artículo 5 [apartado 2]). Por si fuera poco, la relación entre la “dignidad de la persona humana de los ciudadanos”, la cual se estableció tiempo atrás, y los posteriormente agregados “derechos humanos” no es tampoco lo suficientemente clara. Por tanto, la

pregunta es: ¿podría la cláusula de dignidad desempeñar un papel normativo fuerte junto a la cláusula de derechos humanos?

4.2.- Dos estrategias de justificación de la dignidad humana fuerte

Considerando las diversas posiciones de la cláusula de dignidad en la Constitución china en comparación con la Ley Fundamental alemana, dos estrategias de justificación para la normatividad de la dignidad humana, tan fuerte como sea posible, tienen que ser emprendidas. Por una parte, cuando la cláusula de dignidad es incorporada positivamente y también posee una normatividad jurídica fuerte, como en el caso de Alemania, uno puede tratar tan profundo como sea posible la normatividad moral con el propósito de reforzar o negar la normatividad jurídica. Por otra, donde la cláusula de dignidad es incorporada positivamente, pero parece tener únicamente una normatividad jurídica "débil", como en el caso de China, la relativamente débil normatividad jurídica primero debe ser reconocida tan explícitamente como sea posible con la finalidad de ser reforzada por la normatividad moral.

En la práctica, no hay competencia y, al mismo tiempo, no existe obligación por parte de los tribunales ordinarios de conducir sus interpretaciones dentro de los márgenes de la Constitución de la República Popular china. El juez no está autorizado para pronunciarse sobre la constitucionalidad del derecho en un caso concreto. Empero, la interpretación de la Constitución como tal y la supervisión de su aplicación son una competencia del Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo (en adelante CPCNP, artículo 67, apartado 1). La cuestión de cómo debería implementarse la Constitución o posiblemente aplicarse también, permanece abierta en el debate teórico¹²⁰.

En los últimos seis años han surgido dos nuevas tendencias en relación con el 'trabajo del control de constitucionalidad' (*hexianxing shencha gongzuo*). Por un lado, está el llamado procedimiento de revisión y registro de la legalidad y constitucionalidad de las disposiciones jurídicas inferiores. Este procedimiento se introdujo justo después de la enmienda de la *Ley sobre la legislación* en 2015. Como resultado, el CPCNP es responsable de aplicar el procedimiento de revisión de acuerdo con las solicitudes de los órganos estatales específicos (§ 99 [1]), o de acuerdo con las sugerencias de un ciudadano (§ 99 [2]), o, incluso, sobre sus propias iniciativas (§ 99 [3]). Desde 2017, la Comisión de Asuntos Legislativos perteneciente al CPCNP comenzó a publicar un Informe Anual sobre la Revisión y

¹²⁰ Véase, Wei Feng, "Methodological question of jurisprudence in China: review and outlook", en Y. BU (ed.) *Juristische Methodenlehre in China und Ostasien*, (Mohr Siebeck 2016) 45-75, 51, 74.

Registro¹²¹. Algunos académicos creen que los informes anuales de 2017 a 2020 pueden contribuir a un procedimiento de 'cobertura total' para la revisión y registro de las disposiciones legales inferiores¹²². Por si fuera poco, debe mencionarse el Comité de Constitución y Derecho del CPCNP, el cual ha sido incorporado desde la enmienda constitucional de 2018 y el cual prometió delegar la labor del control de constitucionalidad.

Bajo ese contexto, cabe esperar que los dos más altos órganos encargados del control de constitucionalidad desarrollan también la función de garantizar los derechos fundamentales y, por tanto, tienen en cuenta la cláusula de dignidad. En mi opinión, es, por tanto, necesario comenzar desde dos aspectos; a saber, debe discutirse la débil y fuerte normatividad de la cláusula de "dignidad de la persona humana de los ciudadanos" en la Constitución China.

4.3.- La normatividad "débil" de la cláusula de dignidad

4.3.1.- Dignidad humana e imágenes del ser humano en la argumentación. La doctrina objetivista de interpretación

Como se mencionó en líneas superiores, la ciencia jurídica sigue un método de construcción individualista y de relación de valores. En consecuencia, las diversas imágenes concretas del ser humano deberían siempre ser entendidas como construcciones ficticias; deberíamos tener en cuenta que cada tipo de imagen del ser humano ficticia debe tener su base en la Constitución y en las leyes, sea que se trate de ciudadanos o asociaciones civiles que reclamen la defensa de los derechos de libertad e igualdad, o de quienes demanden protección, seguridad social y protección institucional del Estado.

La imagen del ser humano es, desde el inicio, no una descripción de hechos, sino una ficción del derecho. Es por ello por lo que el legislador no está obligado a representar al ser humano a través de la investigación experimental en psicología o análisis estadístico de la sociología, tampoco el órgano del control de constitucionalidad tiene que procurar subsumir las respectivas normas jurídicas bajo la imagen de los seres humanos. Más bien, se requiere que tengan el deber de argumentar y juzgar con base en la imagen del ser humano. Puesto que, aquí, la imagen del ser humano sirve únicamente al proceso de razonamiento; esto es, para la presentación de argumentos a ser considerados, no puede deducirse directamente el resultado de la decisión. En otras palabras, la imagen del ser humano no siempre

¹²¹ Lei Zheng y Jiyi Zhao, "An Outline of the 'Full Coverage' Filing and Review System - Review of the Second Annual Report on Filing and Review", *China Law*, [2019], 137, 119. Véase, también, Lei Zheng y Jiyi Zhao, "Review on the 2019 Annual Report on Filing and Review", *China Law*, [2020], 138, 2020, 108-123.

¹²² Véase, Lei Zheng y Jiyi Zhao, "An Outline of the 'Full Coverage' Filing and Review System", (n121) 119-128.

apuntala a la única respuesta correcta y, por tanto, sólo tiene una 'normatividad débil' o, mejor dicho, una 'normatividad argumentativa procedimental'. Este es el primer punto de vista de la imagen del ser humano para la aplicación de la cláusula de dignidad.

Esta normatividad argumentativa también se refleja a sí misma en la metodología. De acuerdo con la doctrina objetivista de la interpretación, la labor de la interpretación jurídica debería considerar el significado objetivo del derecho¹²³. Esto se aplica en particular a la legislación y al control de constitucionalidad bajo la guía de la imagen del ser humano. En el contexto de la doctrina objetivista de la interpretación, aunque el órgano del control de constitucionalidad no puede dejar de lado por completo el texto e intención del constituyente histórico y legisladores; sí puede participar creativamente en el proceso de interpretación jurídica y constitucional. La llamada 'voluntad' del constituyente y legisladores, sin duda alguna, no se equipara necesariamente con la voluntad del pueblo en sentido político. Radbruch también muestra que hay una serie de procedimientos de votación basados en la propia legislación. Por tanto, es difícil para partidarios y detractores formar una opinión unificada. El intento de observar estrictamente la voluntad de los legisladores solo oculta el proceso de interpretación¹²⁴.

La función de la cláusula de dignidad es precisamente interpretar la imagen del ser humano detrás de la respectiva disposición constitucional. Además, desde la dignidad humana surgen las siguientes exigencias. En primer lugar, la demanda que el ejercicio de la autoridad estatal y el control de constitucionalidad sean justificadas de tal manera que sea respetada la imagen del ser humano -o la concepción del constituyente- en la Constitución. Por si fuera poco, las perspectivas diferenciadas del respectivo sujeto deben ser consideradas; a saber, la auto imputación desde la perspectiva de los propios ciudadanos (como actores), la regulación desde la perspectiva del legislativo y del ejecutivo (como creadores de decisiones) y, por último, pero no por ello menos importante, la revisión desde la perspectiva del poder judicial y del órgano del control de constitucionalidad, por ejemplo, la Comisión de Constitución y Derecho del CPCNP (como jueces).

4.3.2.- Dignidad humana y derechos fundamentales en ponderación. Modelo de reglas/principios

Más aún, la cláusula de dignidad también impone una exigencia de ponderación, de modo que el legislador y el órgano del control de

¹²³ Véase, Gustav Radbruch, *Legal Philosophy*, (n86) § 15, 140. [*Rechtsphilosophie* (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 15, 344].

¹²⁴ *Ibid.* § 15, 141-146. [*Rechtsphilosophie* (1932), en *GRGA 2*, (n84) § 15, 345-352].

constitucionalidad tomen en consideración todas las dimensiones posibles del ser humano y, por tanto, busquen un balance adecuado (*schonender Ausgleich*) entre las diversas imágenes del ser humano construidas por la Constitución y las leyes. En vista de un posible 'conflicto' o tensión entre los derechos fundamentales, los objetivos estatales y entre los mismos derechos fundamentales, el legislador y el órgano del control de constitucionalidad tienen que considerar dos criterios: el llamado principio de proporcionalidad y el de dignidad humana¹²⁵. Además de los requisitos mencionados, el legislador y el órgano de control de constitucionalidad no deberán excluir arbitrariamente y por adelantado posibles necesidades, opiniones, visiones del mundo e intereses. Estos no suponen reducir o limitar de antemano la imagen del ser humano en la Constitución¹²⁶.

De acuerdo con la teoría jurídica de los principios de Robert Alexy, los derechos fundamentales deben entenderse como principios, es decir, como mandatos de optimización¹²⁷. Estos tienen tanto la función de derechos de defensa subjetivos como la de un sistema de valores objetivo. Por tanto, la aplicación de los derechos fundamentales no es una simple subsunción lógica, sino una ponderación de los principios contrapuestos. La cláusula de dignidad y la imagen referida del ser humano pueden funcionar como directrices para ponderar las cláusulas de derechos fundamentales como principios.

La dignidad humana, como se dice usualmente, es uno de los derechos extremadamente fuertes, "absoluta", "imponderable" o de "ponderación fija"¹²⁸. Esto es, sin embargo, solo un parte de la cuestión principal. De acuerdo con Alexy, "dos normas de dignidad humana" pueden ser asumidas, una regla de dignidad humana y un principio de dignidad humana¹²⁹. El principio de la dignidad humana podría ser

¹²⁵ Véase, BVerfGE 35, 202 (225) - *Lebach*.

¹²⁶ Véase, Brugger, (n20) 65-66.

¹²⁷ Véase Robert Alexy, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", en B. Schilcher y otros (eds.) *Rules, Principles and Elements in the System of Law*, (Verlag Österreich 2000) 31-52, 38; su versión abreviada en inglés Véase, Robert Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, [2000], 13, 294-304, 300 (traducción propia).

*IX. Nota de los traductores. Existe traducción al castellano de "Zur Struktur der Rechtsprinzipien". Véase, Robert Alexy, "Sobre la estructura de los principios jurídicos", en Gonzalo Villa Rosas (coord.), *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, (traducción del alemán de Gonzalo Villa Rosas), (Palestra 2019), 55-75.

¹²⁸ Véase, Hans Heinig, "Unabwägbarkeit der Menschenwürde und Würdekollisionen", en B. Kämper y K. Pfeffer (eds.) *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, [2019], vol. 51, 2019, 129-159; Mathias Hong, *Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte*, (Mohr Siebeck 2019) 617-628.

¹²⁹ Véase, Robert, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, (n3) 64; su "Human Dignity and Proportionality Analysis", (n3) 4, 91 e inferiores. Véase, también, Tatjana Geddert-steinacher, *Das Konzept der Menschenwürde als Regel und Prinzip bei Robert Alexy*, (Duncker & Humboldt 1990) 128-129; Nils Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen*, (Mohr Siebeck 2011) 108-127; su "Human Dignity as an 'Absolute Principle'?", *Archiv für Rechts- und*

extremadamente fuerte en algunos sistemas jurídicos, pero nunca absoluto¹³⁰. La impresión de la dignidad humana absoluta, esto es, conforme al artículo 1 (apartado 1) de la Ley Fundamental alemana, surge de la regla de la dignidad humana absoluta, motivo por el cual, sin embargo, es "que existe un conjunto muy amplio de condiciones de precedencia para el principio de dignidad humana junto con un fuerte grado de certeza para que, cuando estas condiciones estén satisfechas, la dignidad tiene prioridad sobre otros principios en contradicción"¹³¹. Por tanto, esto debe de ser construido de la siguiente manera: si el tribunal competente afirma en un caso concreto que se ha violado la dignidad humana (a nivel de regla), entonces esto implica que la dignidad humana (a nivel de principio) siempre prevalecerá; si, por el contrario, el tribunal considera que la dignidad humana (a nivel de regla) todavía no ha sido violada, entonces esto únicamente significa que la dignidad humana (a nivel de principio), en un caso extremo, sería superada con la ponderación de principios contrapuestos, por ejemplo, aquél de seguridad pública¹³². La posibilidad de ponderación existe precisamente durante una determinación de la violación de la regla de la dignidad humana, la cual siempre permite un margen semántico de acción¹³³. En este sentido, una norma absoluta como la dignidad humana, de acuerdo con Alexy, es "una cuestión técnica"¹³⁴.

Podría, por tanto, señalarse que la dignidad humana es considerada únicamente como un requerimiento para ser optimizado a nivel de principio y, en consecuencia, prestarse a ser ponderada. Se podría decir, en este sentido, que la dignidad humana tiene también una normatividad débil o, mejor dicho, una normatividad de principio.

4.3.3. El efecto del control de constitucionalidad para garantizar los derechos fundamentales. Las funciones defensivas y positivas

Sozialphilosophie, [2010], 119, 93-103; su "Balancing Human Dignity: Human Dignity as a Principle and as a Constitutional Right", en Dieter Grimm y otros (eds.), *Human Dignity in Context*, (Nomos 2018) 225-237; Martin Borowski, 'Absolute Rights and Proportionality', en Stephan Kirste y otros (eds.) *Human Dignity in the 21st Century*, (Nomos 2018) 47-93, 90-93.

* X. Nota de los traductores. Existe traducción al castellano. Véase Martin Borowski, "Derechos absolutos y proporcionalidad", (traducción de Alexander Portocarrero), *Revista Derecho del Estado* [2021], 48, 297-339.

¹³⁰ Véase, Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, (n3) 64.

¹³¹ Ibid. 62-63.

¹³² Alexy formula en general: "Si la dignidad humana tiene prioridad a nivel de principios, entonces ha sido violada a nivel de reglas". Ibid 64.

¹³³ Ibid. 64. En cuanto a la capacidad de ponderar la dignidad humana, véase, también, Karl-E Hain, "Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung", *Der Staat*, [2006], 45, 189-214; Mattias Kumm y Alec D. Walen, "Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing", en G. Huscoft y otros (eds.) *Proportionality and the Rule of Law*, (Cambridge University Press 2014) 67-89.

¹³⁴ Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Rechtstheorie* [1979], 1, 76-77, reimpresso en Robert Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, (Suhrkamp 1995), 177-212, 198-199.

Desde la misma época jurídica puede reconocerse al unísono el carácter de la persona individual, así como social; esto es, los dos 'paradigmas' del derecho individualista y social. Esta imagen dimensional dual del ser humano conduce a afirmar también que los derechos fundamentales sociales presentan esencialmente el mismo esquema de examinación comparados con los derechos de libertad, a saber: el de tres pasos de "ámbito de protección - intromisión - justificación"¹³⁵. Una de las razones de esto es que, si bien es cierto existen diferencias entre las libertades públicas y derechos sociales fundamentales, también hay un lugar común decisivo entre ellos: la dignidad humana. Se asume usualmente que la dignidad humana establece los derechos a la libertad y la igualdad, de modo que el poder estatal, especialmente el legislativo, debería de asumir el deber de protección y respeto. Sin embargo, el entendimiento actual de la dignidad humana puede incluir el mínimo existencial y un interés en la resocialización, entre otros. De hecho, la dignidad del individuo está basada en la abstracta personificación del ser humano, que a su vez puede conducir al problema de la ausencia de individualidad, la cual es una preocupación de Radbruch. Por tanto, no solo hay que tener en cuenta la función defensiva de las libertades públicas frente a la autoridad estatal, sino también la posibilidad de una "reificación" de la persona al ser negados los derechos sociales fundamentales.

Una razón para dudar sobre una "muy densa" dignidad del ser humano social es que esta imagen podría conducir a muchos deberes de protección por parte de la autoridad estatal con el objetivo de ampliar las exigencias de los derechos sociales fundamentales¹³⁶. No obstante, Alexy señala que, tanto el alcance de la discrecionalidad legislativa como la intensidad del control, siempre han sido una parte de la discusión central de la jurisdicción constitucional. Comparados con los tradicionales derechos de libertad, los derechos fundamentales sociales están asociados con una mayor discrecionalidad para establecer objetivos, elegir medios y ponderarlos¹³⁷. No es discutido

¹³⁵ Véase, Thorsten Kingreen y Ralf Poscher, *Staatsrecht II: Grundrechte*, (32ª. ed., C.F. Müller 2016) 58-89; véase, también Robert Alexy, "Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz", en Jan-Reinard Sieckmann (ed.) *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, (Nomos 2007) 105-121. Su versión al inglés véase, Robert Alexy, "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence*, [2009], 3, 1-17; y su "Jörn Ipsens Konstruktion der Grundrechte", *Der Staat*, [2013], 52, 87-98.

¹³⁶ Véase, Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", *Der Staat*, [1990], 29, 1-31, reimpresso en Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, (Suhrkamp 2019) 189-229; su traducción al inglés véase, Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights", en Ernst-Wolfgang Böckenförde y otros (eds.) *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, (traducción de T. Dunlap), (Oxford University Press 2017) 235-265.

¹³⁷ Véase, Robert Alexy, "Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *VVDStRL*, [2002], 61, 1-33.

que el control de constitucionalidad de las obligaciones de protección estatales debería tomar en cuenta también la libertad de la creación legislativa¹³⁸. Aquí, la dignidad humana posee una normatividad procedimental y argumentativa débil.

En el primer Informe Anual sobre el Procedimiento de Registro y Revisión de 2007 en China, se puede leer: *el Reglamento local sobre población y planificación familiar de la provincia de Guangdong* contenía cláusulas para despedir a las empleadas que dieran a luz a más hijos de los que permite el plan estatal. Siguiendo una sugerencia de cuatro abogados laboristas, el CPCNP llevó a cabo el procedimiento de registro y revisión. Cuando el primer informe anual fue publicado, el Congreso Popular Local de la provincia de Guangdong ya había derogado la cláusula correspondiente siguiendo la directiva del CPCNP¹³⁹. De acuerdo con el segundo Informe Anual de 2018, las siete provincias que tenían cláusulas similares en sus leyes locales hicieron cambios¹⁴⁰. No obstante, un agente de policía y su esposa, una trabajadora de una institución pública, fueron despedidos después de que se modificara la reglamentación local correspondiente de la provincia de Guangdong. Una posible solución sería la siguiente: en el caso de la empleada de la institución pública, existe un conflicto de normas entre la reglamentación local revisada y el *Reglamento Ministerial Provisional para la Sanción de los Empleados de la Función Pública*. Esto podría ser resuelto de nuevo mediante el procedimiento de registro y revisión de acuerdo con la solicitud o sugerencia. En el caso del oficial de policía, por otra parte, hay un conflicto de normas entre el reglamento local revisado y la formalidad de la *Ley de Población y Planificación Familiar*, la *Ley de Funcionarios Públicos* y la *Ley de Policía* e, incluso, un conflicto de normas entre estas leyes y la *Ley de Contratos Laborales*, así como la *Constitución*. Sin embargo, esto no puede resolverse mediante el procedimiento de registro y revisión, sino solo mediante la interpretación constitucional o supervisión de la implementación constitucional del CPCNP. El resultado sigue abierto. No obstante, cabría señalar aquí que todas las restricciones al derecho de reproducción y al derecho al trabajo de los ciudadanos basados en, o de acuerdo con, estatutos formales o disposiciones subestatutarias deberían ser examinadas bajo el control de constitucionalidad. De este modo, tanto la función defensiva del derecho de reproducción como la función performativa del derecho al trabajo deben tener en cuenta la cláusula de dignidad.

¹³⁸ Véase, Robert Alexy, "On Constitutional Rights to Protection", (n135) 1-17.

¹³⁹ Véase, Lei Zheng y Jiyi Zhao, "An Outline of the 'Full Coverage' Filing and Review System", (n121) 126.

¹⁴⁰ Ibid.

4.4.- La normatividad fuerte de la cláusula de dignidad

Si la cláusula de “dignidad de la persona humana de los ciudadanos” en la Constitución solo tuvo una normatividad argumentativa “débil”, en última instancia permanecería en un nivel de análisis teórico o debate filosófico jurídico y solo desempeñaría un papel muy limitado en el procedimiento de control de constitucionalidad, de esta forma, difícilmente tendría una influencia decisiva. Respecto a la aplicación de la cláusula de dignidad, podría ser importante el escepticismo acerca de cómo estas normas constitucionales, con un contenido moral sólido, pueden ser también fuertemente normativas. Por el contrario, existen tres argumentos en favor de la fuerte, sea jurídica o moral, normatividad de la cláusula de dignidad.

4.4.1.- El argumento histórico: la génesis de la cláusula de dignidad

La génesis de la cláusula de dignidad en la actual Constitución china no solo está modelada por el pensamiento humanitario confuciano, sino también está motivada por la necesidad de enfrentarse con el pasado de la Revolución Cultural¹⁴¹.

La historia de la institucionalización de la dignidad humana en China no es para nada breve. Ya en el Preámbulo del primer proyecto de Constitución de la República china de 1913 (el llamado *Proyecto de Constitución del Templo del Cielo*), la ‘dignidad de la humanidad’ (*rendao zhi Zunyan*) tenía que ser protegida. Después de eso, casi la misma cláusula –“dignidad humanitaria” (*rendao Zunyan*)– reapareció en el Preámbulo de la Constitución de la República de China de 1923 (la llamada *Constitución Cao Kun*). Por si fuera poco, el filósofo chino Peng-Chun Chang, quien estaba profundamente influido por Confucio y Mencio, y quien alguna vez fuera vicepresidente de la *Comisión de Derechos Humanos*, también contribuyó a la cláusula de dignidad humana de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹⁴².

Justo después del final de la Revolución Cultural se incorporaron los diversos derechos fundamentales sociales de la actual Constitución de la República Popular China de 1982 en todo el Capítulo II y otras disposiciones. El artículo 38 (apartado 1) establece: “La dignidad de la persona humana de los ciudadanos (*gongmin de renga Zunyan*) de la República Popular China es inviolable”. Por cierto, la formulación china de la “dignidad de la persona humana” es la misma que la versión oficial china de la Carta de las Naciones Unidas, pero con la adición de “ciudadanos de la República Popular China”.

¹⁴¹ Quisiera agradecer al profesor Dayuan Han por señalar los antecedentes históricos de la actual Constitución china de 1982, que deberían ser significativos para la comprensión de la cláusula de dignidad por parte de los constituyentes.

¹⁴² Véase, Hans Ingvar Roth, *P.C. Chang and the Universal Declaration of Human Rights*, (University of Pennsylvania Press 2018) 115-ss.

4.4.2. El argumento sistemático. La cláusula de dignidad en combinación con la cláusula de derechos humanos

Es solo a partir de la reforma constitucional de 2004 que los "derechos humanos" (*renquan*) deben "ser respetados y protegidos por el Estado" de acuerdo con el artículo 33 (apartado 3). El argumento sistemático refiere a que la imagen del ser humano como tal, expresada en el artículo 33 (apartado 3), produce efectos sistemáticamente en las imágenes de los ciudadanos mencionados más arriba, el pueblo y la humanidad en su conjunto, por lo que la cláusula de "dignidad de la persona humana de los ciudadanos" es acentuada con mayor claridad. Desde la cláusula de dignidad en combinación con la cláusula de derechos humanos, allí se desprende la dignidad del ser humano como tal; es decir, la dignidad *humana*¹⁴³.

Dadas las actuales deficiencias en la práctica del control de constitucionalidad en China, algunos autores consideran estos intentos de interpretación una ilusión¹⁴⁴. En contraste, el argumento sistemático se refiere a una buena aceptación de la interpretación sistemática de la Constitución China. Por ejemplo, el principio general de igualdad del artículo 33 (apartado 2) es usualmente apreciado como el derecho fundamental más importante, aunque la igualdad entre mujeres y hombres se reconoce únicamente en el artículo 48. Por tanto, ¿Cómo debería considerarse este último perteneciente al sistema de valores de la Constitución china? Es necesario, entonces, hacer una interpretación sistemática de las dos cláusulas.

Otro ejemplo, es la propiedad privada en la Constitución china, la cual no está regulada en el capítulo II sobre los "Derechos y Deberes Fundamentales de los Ciudadanos", sino en el capítulo I sobre los "Principios Generales" (*zonggang*). Esta cláusula de propiedad privada (artículo 13 [apartados 1 y 2]) se encuentra entre la cláusula sobre la propiedad pública (artículo 12) y la cláusula sobre la expropiación y confiscación (artículo 13 [apartado 3]). Sin embargo, no puede negarse que la propiedad privada es un derecho fundamental. Desde otra perspectiva, la realización del derecho a la propiedad privada

¹⁴³ Hui Wang también muestra la relación "muy estrecha" entre los derechos humanos y la dignidad humana en la Constitución china, esto es, que, por un lado, "los derechos humanos utilizan el concepto de dignidad como su fundamento" y, por otro, "los derechos humanos, al ser principios constitucionales, proporcionan una referencia para que la dignidad humana obtenga validez jurídica y se transforme de una idea a una norma jurídica en la práctica". Véase, Hui Wang, "The Institutionalization of Human Dignity in China", (n9) 762.

¹⁴⁴ Aquí cabe preguntarse: ¿contribuiría la cláusula de "dignidad de la persona humana de los ciudadanos" como restricción de la dignidad humana en un sentido general, de modo que ya funcionaría como una protección de la dignidad de la persona humana en virtud del derecho civil (artículo 109 de los Principios Generales del Derecho Civil) o como prohibición de la acusación falsa, la difamación, la injuria y la calumnia en virtud del derecho penal (artículos 243 y 246 del Código Penal) y, por tanto, no sería necesaria una interpretación amplia?

podría restringirse y ponderarse con una serie de objetivos y políticas estatales. Aquí la imagen del ser humano puede ofrecer una pauta para la interpretación creativa por parte de los órganos de control de constitucionalidad, quienes aplican el derecho para determinar que la propiedad privada no está solo en el valor de la libertad de los ciudadanos, sino que también está vinculada a una responsabilidad social. Sin embargo, esta unión social no debería destruir el valor de la libertad antes mencionada.

Más aún, la recién añadida cláusula sobre "civilización ecológica" (Preámbulo [apartado 7, párrafo 4] y artículo 89 [apartado 6]) no se encuentra en el catálogo de derechos sociales fundamentales y, en consecuencia, provoca acalorados debates sobre si existe un "derecho a un medio ambiente ecológico". Sin embargo, si uno mira el artículo 9 (apartado 2), según el cual el Estado garantiza "la utilización racional de los recursos naturales" y protege los "animales y plantas exóticos", entonces el Estado tiene un claro deber de proteger el medio ambiente y los animales (exóticos). Sin los términos bastante vagos de los derechos del medio ambiente o de los animales, basta con reconocer el valor del medio ambiente y animales para la existencia y el desarrollo sostenibles¹⁴⁵. En otras palabras, la imagen del ser humano en la Constitución permite que los objetivos del Estado se interpreten adecuadamente.

Los ejemplos mencionados, con un énfasis en la interpretación sistemática, están también reflejados en la normatividad de la dignidad humana como tal; es decir, en la combinación de la cláusula de dignidad con la cláusula de derechos humanos.

4.4.3.- El argumento analítico. La conexión conceptual necesaria entre dignidad y personalidad

Finalmente, el argumento analítico hace explícito que existe una conexión conceptualmente necesaria entre la dignidad y la personalidad, de modo que la cláusula de "dignidad de la persona humana" no está restringida, sino que tiene una fuerte normatividad.

En Kant, el concepto de dignidad es definido por "la humanidad en la persona de los seres humanos" o como "personalidad". La conocida fórmula de un fin en sí mismo ("ser humano como un fin en sí mismo") exige que los seres humanos consideren su propia personalidad y de los demás. También requiere que el ser humano sea comprendido no solo como un *homo phaenomenon*, sino también como un *homo noumenon*. Por tanto, personalidad y dignidad están conectadas conceptualmente de manera necesaria. Incluso donde Kant

¹⁴⁵ También se puede comparar esto con el artículo 20^a de la Ley Fundamental alemana, que dice: "Consciente también de su responsabilidad para con las generaciones futuras, el Estado protegerá los fundamentos naturales de la vida y los animales [...]". Véase, también en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0116

solo hace referencia al concepto de "dignidad (humana)", dignidad humana implica necesariamente el concepto de personalidad¹⁴⁶. De hecho, Radbruch señala, entre otras cosas, que un concepto de dignidad del individuo podría conducir posiblemente a un individuo sin individualidad, razón por la cual él inicia la construcción de otro concepto de dignidad de los seres humanos sociales. Sin embargo, esto no significa que el concepto de personalidad en la filosofía kantiana deba ser reemplazado.

En segundo lugar, la conexión sustancial entre el concepto de dignidad y aquel de personalidad también puede deducirse de la actual teoría constitucional alemana y la práctica de la adjudicación constitucional. El llamado derecho general de personalidad es derivado por la *Tribunal Federal de Justicia Alemana y Tribunal Constitucional Federal* desde la libertad general de acción (artículo 2 [apartado 1] de la Ley Fundamental alemana) en combinación con la dignidad humana (artículo 1 [apartado 1] de la Ley Fundamental alemana)¹⁴⁷. La dignidad humana no solo funciona como una base y guía de los diversos derechos sociales fundamentales, sino que también se concretiza como un derecho fundamental *sui generis*; incluido el antes mencionado derecho general de la personalidad. Debido a su fundamento en la dignidad humana, el derecho general de la personalidad puede incluir el derecho a la protección de la intimidad, a la identidad, a la autorrepresentación y autodeterminación informativa, etc.

También en China, el derecho general de la personalidad no está positivamente señalado en la ley. No obstante, la injerencia con el derecho general de la personalidad es, de acuerdo con una disposición del Tribunal Popular Supremo de China (en adelante, *Tribunal Supremo*), desde 2007, ya un motivo de litigio en los procedimientos civiles. Adicionalmente, la cláusula de dignidad proporciona las directrices de evaluación de una serie de casos en las sentencias chinas, como la reasunción de los procedimientos administrativos por el Tribunal Supremo de 2016 ("Michael Jordan vs la Administración Estatal de Industria y Comercio de China"¹⁴⁸). La "dignidad de la persona humana de los ciudadanos" proporciona las directrices de evaluación para la interpretación de los "derechos más antiguos" establecidos en el artículo 31 de la *Ley de Marcas*, la cual es finalmente concretizada "como el beneficio económico de los derechos de la

¹⁴⁶ Robert Alexy también desarrolló una teoría de "la conexión entre el concepto de persona y dignidad humana". En consecuencia, un concepto de persona con un doble sentido "que, al incluir la autonomía en los escritos de Kant, también desempeña un papel fundamental", ofreciendo una base descriptiva o empírica más amplia para llegar, a través del lado normativo de la dignidad humana, a las "normas operativas de la dignidad humana". Véase, Robert Alexy, "Human Dignity and Proportionality Analysis", (n3) 88-91.

¹⁴⁷ Véase, BGHZ 13, 334; BVerfGE 30, 173, (194) - Mephisto; BVerfGE 34, 269, (281 e inferiores) - caso Soraya.

¹⁴⁸ Véase el fallo del Tribunal Supremo Popular de China del 7 y 8 de diciembre de 2016, Reanudación de los procedimientos administrativos, núm. 15, pp. 26 y 27.

personalidad (incluido el derecho al nombre de conformidad con el artículo 99 de los *Principios Generales del Derecho Civil* y artículo 2 de la *Ley de Responsabilidad Extracontractual*)”.

No se puede simplemente equiparar el artículo 38 (apartado 1) de la Constitución china (“dignidad de la persona humana de los ciudadanos”), incluso en combinación con el artículo 33 (apartado 1) (“derechos humanos”), con el artículo 1 (apartado 1) de la Ley Fundamental alemana (“dignidad humana”). No obstante, soy de la opinión de que la cláusula de “dignidad de la persona humana” no restringe el contenido del significado de la dignidad humana, sino que refleja la intención de los constituyentes de la República Popular China de 1982, quienes entienden la dignidad en combinación con la personalidad desde el comienzo.

Además, esta comprensión de la combinación de dignidad y personalidad tiene más consecuencias: en primer lugar, aunque la cláusula de “dignidad de la persona humana” solo aparece en el artículo 38 (apartado 1) (idemasiado tarde!), sigue estando junto al artículo 37 sobre el derecho a la libertad de la persona, de modo que puede establecerse una relación progresiva y sistemática entre el derecho a la libertad de la persona, el derecho a la personalidad y la dignidad humana. En segundo lugar, uno puede incluso afirmar que, en el desarrollo próximo de la labor de control de constitucionalidad de la República Popular China, no parece irracional derivar el derecho general de personalidad a nivel constitucional desde el artículo 38 (apartado 1). Después de todo, no se trata de un problema de traducción de palabras, sino de los enfoques de interpretación. La cláusula de “dignidad de la persona humana” -en conjunto con la cláusula de derechos humanos añadida en 2004 a la Constitución- debería ser más bien vista como un principio fundamental en la Constitución China, que es tanto aplicable en el contexto de la interpretación jurídica de acuerdo con la redacción, como en el contexto de la interpretación histórica o sistemática.

5.- CONCLUSIÓN: ¿DIGNIDAD HUMANA SIN METAFÍSICA?

La metafísica concierne al ser o la existencia. Contra el entusiasmo metafísico por la dignidad humana tienen que ser formulados los siguientes argumentos: primero, la dignidad humana es algo que tiene que ver con el ‘deber’, valores o juicios de valor. Por tanto, no puede ser objeto de la metafísica. Además, la visión fundamentalista, de acuerdo con la cual la dignidad humana es el valor más elevado y, por tanto, es fuertemente normativa, no puede ser fundamentada metafísicamente.

En su lugar, debería preferirse un concepto ‘constructivo’ o ‘racional’ de metafísica, el cual dicta que algo existe si puede ser

fundamentado racionalmente¹⁴⁹. Esta justificación racional también es aplicable a las ideas; esto es, al deber ser o los valores como, por ejemplo, la dignidad humana. Por si fuera poco, de acuerdo con Alexy, es posible fundamentar la autonomía, el reconocimiento de la persona y la dignidad mediante los enfoques de fundamentación "explicativo" y "existencial"¹⁵⁰. Empero, sin la metafísica esta fundamentación de la dignidad humana no es posible.

Segundo, sobre la base de la fundamentación racional o la existencia de la dignidad humana, uno aún podría preguntarse sobre su normatividad. En otras palabras, ¿cómo puede surgir la normatividad desde la existencia? ¿Cómo es que un deber ser resulta de un ser? Puesto que en todo caso la falacia naturalista debe ser evitada¹⁵¹, esta pregunta sobre la relación entre la normatividad de la dignidad humana y la metafísica puede ser reformulada con la siguiente pregunta: ¿por qué el ser humano en tanto que ser racional o personalidad debe ser respetado y no humillado?¹⁵². Cabe recordar el argumento kantiano que dicta que un ser humano es ciertamente racional, pero todavía imperfecto; por esta razón, un ser humano requiere una necesidad y un imperativo¹⁵³, de lo contrario no habría diferenciación entre 'ser' y 'deber ser' para los seres humanos. Si esta necesidad del ser humano surge desde el interior y se dirige contra sí, entonces él se encuentra en relación consigo mismo¹⁵⁴. Además, Radbruch, con su pensamiento jurídico-social, no ha renunciado al concepto de igualdad como persona; pues mediante su 'fórmula de la negación' él, incluso, introduce la dignidad humana como un criterio para la naturaleza del derecho.

Por último, como se ha explorado en la última sección (4), la normatividad fuerte de la dignidad humana ya sea jurídica o moral, depende de al menos tres argumentos; a saber, el histórico, el sistemático y el analítico. En este sentido, la conexión necesaria entre el concepto de dignidad humana y aquél de personalidad deviene

¹⁴⁹ Véase, Robert Alexy, "Menschenrechte ohne Metaphysik?", *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, [2014], 52, 15, 17, 23. Véase, también Mattias Kumm y Alec D. Walen, (n133) 70 y 75.

¹⁵⁰ Véase, Robert Alexy, "Menschenrechte ohne Metaphysik?" (n149) 19-21; véase, también su "The Existence of Human Rights", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, [2013], 136, 15-18.

¹⁵¹ Véase, Ulfrid Neumann, "Die Tyrannei der Würde", (n3) 153-166. En contra de la justificación naturalista -especialmente los enfoques social-biológicos e intuitivos de la justificación de los derechos humanos, véase, también Robert Alexy, "Menschenrechte ohne Metaphysik?", (n149) 17 y 23; y su "The Existence of Human Rights", (n150) 13.

¹⁵² Véase, Robert Alexy, "The Existence of Human Rights", (n150) 13.

¹⁵³ Véase, Immanuel Kant, *Groundwork*, (n6) 66-67, AK 4, 413.

¹⁵⁴ Véase, Dieter Henrich, "Über Selbstbewußtsein und Selbsterhaltung. Probleme und Nachträge zum Vortrag über 'Die Grundstruktur der modernen Philosophie'", en *Selbstverhältnisse*, (n59) 109-130.

nítido. Por consiguiente, al menos la dignidad humana con una normatividad fuerte requiere de una fundamentación metafísica.

*Nota: Profesor de la Universidad de Ciencias Políticas y Derecho de Beijín, anteriormente investigador posdoctoral docente en la Universidad de Renmin de China (Beijín) (2015-2020). Actualmente, se encuentra realizando un segundo doctorado en la Universidad Christian-Albrecht de Kiel, Alemania (ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8030-0967>). Este ensayo está escrito en el marco del programa de investigación posdoctoral de la Universidad Renmin de China entre 2015 y 2020. Me gustaría agradecer al Prof. Dayuan Han de dicha universidad, por su apoyo constante. Mi agradecimiento también para el Prof. Dr. Dr. H.C. mult. Robert Alexy de la Universidad Christian-Albrecht de Kiel, cuyo seminario *Kant's Philosophy of Law*, perspectiva de justificación de la dignidad humana y su habilidad para ponderar siempre me han inspirado. Deseo también agradecer al Prof. Dr. Dr. H.C. mult. Ulfrid Neumann de la Universidad Goethe Fráncfort del Meno; en particular por las conversaciones en las que tuve oportunidad de formular los argumentos de la dignidad humana de acuerdo con Kant y Radbruch, así como los argumentos de la cláusula de la dignidad de la República Popular China. Me gustaría agradecer al Profesor Stanley L. Paulson sus recomendaciones y consejos sobre cuestiones de estilo respecto a este documento en su versión inglesa. El autor es el único responsable del contenido de este artículo. Extiendo mi agradecimiento por la cuidadosa traducción del inglés al castellano a José Antonio Santos Arnaiz (ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0057-7822>), Profesor Titular de la Universidad Rey Juan Carlos, Augusto Fernando Carrillo Salgado (ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>), actual estudiante de doctorado en derecho por la UNAM y quien agradece personalmente al CONACYT por el apoyo para la traducción de este documento, así como a Julio César Muñoz Mendiola (ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8769-7984>), maestro en derecho por la UNAM. El autor de este artículo agradece a los pares revisores de *Universitas. Revista de filosofía, derecho y política* por sus sugerencias y recomendaciones profesionales.

6.- BIBLIOGRAFÍA

Arthur Kaufmann, "Demokratie - Rechtsstaat - Menschenwürde. Zur Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs", en Arthur Kaufmann (ed.), *Über Gerechtigkeit. Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie*, (Carl Heymanns 1990-1993).

Arthur Schopenhauer, *The World as Will and Representation*, (vol. 1, traducción de Judith Norman y otros), (University of California Press 2000).

Dieter Henrich; "Das Problem der Grundlegung der Ethik bei Kant und im spekulativen Idealismus", en Paulus Engelhardt (ed.), *Sein und Ethos* (Matthias Grünewald 1963).

---, "Ethics of Autonomy", (traducido por Louis Hunt) en Dieter Henrich, *The Unity of Reason* (Richard L. Velkley ed., traducido por Jeffrey Edwards y otros) (Harvard University Press 1994).

- Eberhard Eichenhofer, "Sozialrechtlicher Gehalt der Menschenwürde", en Gröschner y Lembcke, (n3).
- Erhard Denninger, "Der Menschenwürdesatz im Grundgesetz und seine Entwicklung in der Verfassungsrechtsprechung", en Franz-J Pine y Heinrich A. Wolff (eds.), *Festschrift für Alexander von Brünneck* (Nomos 2011) 397-411.
- Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik", *Der Staat*, [1990].
- , *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, (Suhrkamp 2019).
- , "Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights", en Ernst-Wolfgang Böckenförde y otros (eds.) *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, (traducción de T. Dunlap), (Oxford University Press 2017).
- Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Lectures on the History of Philosophy*, (vol. 3, Robert F. Brown ed.), (traducción de Robert F. Brown and J. Michael Stewart), (University of California Press 1990).
- Günter Dürig, "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde" [1956], 81, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 127.
- Günther Patzig, "Principium iudicationis" und "Principium executionis": Über transzendentalpragmatische Begründungssätze für Verhaltensnormen", en Gerold Prauss (ed.), *Handlungstheorie und Transzendentalphilosophie* (Klostermann Vittorio 1986).
- Gustav Radbruch, "Der Mensch im Recht (1927)", [1927], 46, *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, 5-18.
- , *Der Mensch im Recht*, Fritz Von Hippel (ed.) (primera publicación en 1957) (3ª. ed., Vandenhoeck & Ruprecht 1969).
- , "Gesamtausgabe", en Arthur Kaufmann (ed (obra colectiva de 20 vol.) *Rechtsphilosophie II* (Winfried Hassemer ed., vol. 2) (C.F. Müller 1990) 467-605.
- , *Law's Image of Human* (traducido por Valentin Jeutner) (40 OJLS 2020).
- , "Der Mensch im Recht 1927", en *GRGA 2*, 467-476; también su Gustav Radbruch, "Vom individualistischen zum sozialen Recht (1930)", *Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift*, [1930].
- , "Le but de droit", *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, [1937/1938].
- , "Der Zweck des Rechts", en *Der Mensch im Recht*, (n84).
- , "Rechtsphilosophische Besinnung" o "Fünf Minuten Rechtsphilosophie", *Rhein-Neckar-Zeitung*, [1945].
- , "Die Erneuerung des Rechts", *Die Wandlung*, [1947].
- , "Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, [1946].
- , "Legal Philosophy", (traducción de K. Wilk en *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*), (Harvard University Press 1950).

- , "Die Problematik der Rechtsidee", en *Die Dioskuren. Jahrbuch für Geisteswissenschaften*, [1924].
- , "Vorschule der Rechtsphilosophie", en H. Schubert y J. Stoltzenburg (eds.), *Heidelberg: Hans Scherer*, (1948).
- , "Zum Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit", *Süddeutsche Juristenzeitung* 2, [1947].
- Hans Ingvar Roth, *P.C. Chang and the Universal Declaration of Human Rights*, (University of Pennsylvania Press 2018).
- Hans Jörg Sandkühler, *Menschenwürde und Menschenrechte. Über die Verletzbarkeit und den Schutz der Menschen*, (Alber 2014).
- Hans Michael Heing, "Menschenwürde und Sozialstaat. Genesen-Grammatiken-Grenzen", en Petra Bahr y Hans M. Heinig (eds.), *Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, (Mohr Siebeck 2006).
- , "Unabwägbarkeit der Menschenwürde und Würdekollisionen", en B. Kämper y K. Pfeffer (eds.) *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, [2019], 51, 2019, 129-159.
- Hector Wittwe, "Ein Vorschlag zur Deutung von Art. 1 des Grundgesetzes aus rechtsphilosophischer Sicht", en Jan C. Joerden y otros (eds.), *Menschenwürde und modern Medizintechnik* (Nomos 2011).
- Hui Wang, "The Institutionalization of Human Dignity in China", en Martin Borowski y otros (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Robert Alexys System* (Mohr Siebeck 2017) 749-764.
- Immanuel Kant, "Kritik der praktischen Vernunft (1788)" en AK (n6) (vol. 5 de Gruyter, 1908, 1913, 1928 y 1974) 1-163.
- , "Bemerkungen zu den Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen", en AK (n6) (de Gruyter, vol. 20, 1942 y 1971).
- , "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785)", en Royal Prussian Academy of Science (ed.), *Gesammelte Schriften* (Gruyter 1973) 385-463.
- , "Groundwork of the Metaphysics of Moral", en Immanuel Kant, *Practical Philosophy* (traducción y edición de Mary J. Gregor) (Cambridge University Press 1996) 37-108.
- , "Selection from the Notes on the Observation on the Feeling of the Beautiful and Sublime" en Immanuel Kant, *Notes and Fragments* (Paul Guyer ed. Y traducción de Curtis Bowman y otros) (Cambridge University Press 2005).
- Jan P. Schaefer, "Human Dignity: A Remedy for the Clash of Cultures? Human Dignity and the Mind of Mencius", en Brugger y Kirste.
- Joachim Hruschka, "Die Würde des Menschen bei Kant", [2002], 88, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 463-469.
- Joachim Von Soosten, "Neubau der Sittlichkeit. Menschenwürde und Sozialstaat", en Petra Bahr y Hans M. Heinig (eds.),

- Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung*, (Mohr Siebeck 2006).
- Jörg D. Kühne, *Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben* (2ª. ed., Hermann Luchterhand 1998).
- Jürgen Habermas, "Moral und Sittlichkeit. Hegels Kant Kritik im Lichte der Diskursethik", [1985], 39, *Merkur*.
- , "Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte", en Jürgen Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay* (Suhrkamp 2011), 13-38.
- , "The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights", en Jürgen Habermas, *The Crisis of the European Union. A response* (traducción de Ciaran Cronin) (Polity 2012) 71-100.
- Karl-E Hain, "Konkretisierung der Menschenwürde durch Abwägung", *Der Staat*, [2006].
- , "Menschenwürde als Rechtsprinzip", en Hans Jörg Sandkühler (ed.), *Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen* (Peter Lang 2007).
- Katrin Gierhake, "Feindbehandlung im Recht? - Eine Kritik des so genannten "Feindstrafrechts" und zugleich eine Auseinandersetzung mit der Straftheorie Günther Jakobs" [2008], 94, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 337-350.
- Kurt Baier, *The moral Point of View. A rational Basis of Ethics* (Random House 1958).
- Kurt Seelmann, "Menschenwürde und die zweite und dritte Formel des Kategorischen Imperativs. Kantischer Befund und aktuelle Funktion", en Bruder Müller y Seelmann (n 15).
- Lei Zheng y Jiyi Zhao, "An Outline of the 'Full Coverage' Filing and Review System - Review of the Second Annual Report on Filing and Review", *China Law*, [2019], 137, 119.
- , "Review on the 2019 Annual Report on Filing and Review", *China Law*, [2020], 138, 108-123.
- Lewis W. Beck, *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason* (University of Chicago Press 1960).
- Manfred Baldus, "Menschenwürdegarantie und Absolutheitsthese Zwischenbericht zu einer zukunftsweisenden Debatte", [2011], 136, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 529-552.
- Marc Wiegand, "Ökonomie, Ideologie, Rechtsphilosophie: Zum Verhältnis von Wirtschaft und Recht bei Gustav Radbruch", en Martin Borowski y Stanley L. Paulson (eds.) *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, (Tubinga 2015).
- Mario Brandhorst y Eva Weber-Guskar, *Menschenwürde. Eine philosophische Debatte über Dimensionen ihrer Kontingenz* (Suhrkamp, 2017).
- Martin Borowski, 'Absolute Rights and Proportionality', en Stephan Kirste y otros (eds.) *Human Dignity in the 21st Century*, (Nomos 2018).

- Mathias Hong, *Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte*, (Mohr Siebeck 2019).
- Matthias Herdegen, "Deutung der Menschenwürde im Staatsrecht", en Gerd Brudermüller y Kurt Seelmann (eds.), *Menschenwürde Begründung, Konturen, Geschichte* (Königshausen und Neumann Verlag 2008) 59-61.
- , "Kommentar zu Art. 1 GG", en Theodor Maunz y otros (eds.), *Kommentar zum Grundgesetz* (91a. ed., CH Beck 2020) vol. 1, 55 (2009) 14-15.
- Mattias Kumm y Alec D. Walen, "Human Dignity and Proportionality: Deontic Pluralism in Balancing", en G. Huscoft y otros (eds.) *Proportionality and the Rule of Law*, (Cambridge University Press 2014).
- Max Scheler, *Die Stellung des Menschen im Kosmos* (primera publicación en 1927) (2ª. ed., Nymphenbuerger, 1947).
- Miguel Nogueira de Brito, "Is there Any Absolute Concept of Dignity?", [2019], 157, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 129-172.
- Ming-Huei Lee, *Kant's Ethics and Reconstruction of Mencius' moral Thinking*, (en chino tradicional) (Academia Sinica 1994).
- , *Confucionismo y Kant* (en chino tradicional 2ª. ed.) (Linking Publishing 2018).
- Miodrag Jovanović, "Legal Validity and Human Dignity. On Radbruch's Formula", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, [2013], 137-163.
- Nils Teifke, *Das Prinzip Menschenwürde. Zur Abwägungsfähigkeit des Höchststrangigen*, (Mohr Siebeck 2011).
- Onora O'Neill, "Autonomy and the Fact of Reason en the Kritik der praktischen Vernunft", en Otfried Höffe (ed.), *Kritik der praktischen Vernunft* (Akademie Verlag 2002).
- Otfried Höffe, "Prinzip Menschenwürde", en Otfried Höffe, *Medizin ohne Ethik?* (Suhrkamp 2002), 49-69.
- , *Democracy in an Age of Globalisation*, Darrel Moellendorf y Thomas Pogge (eds.), (traducción por Dirk Haubrich y Michael Ludwig), (Springer 2007).
- Paul Tiedemann, "Human Dignity as an Absolute Value", [2013], 137, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 25-40.
- Peter Axer, "Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die Sicherung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen", en Michael Anderheiten y otros (eds.), *Verfassungsvoraussetzungen*. (Mohr Siebeck 2013).
- Philip. J. Ivanhoe (ed.) *Mencius* (traducción de Irene Bloom) (Columbia University Press 2009) 35-124.
- Qianfan Zhang, *Human Dignity in Classical Chinese Philosophy. Confucianism, Mohism, and Daoism* (Palgrave Macmillan 2016).
- Ralf Dreier, "Zur Einheit der praktischen Philosophie Kants (1979)" en Ralf Dreier, *Recht-Moral-Ideologie*, (Suhrkamp 1981).

- , "Der moralische Standpunkt bei Kant und Hegel", en Burkhardt Ziemse y otros (eds.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag* (C.H. Beck 1997).
- Ralf Poscher, "Die Würde des Menschen ist unantastbar", [2004], 59, *Juristenzeitung*, 752-762.
- , "Menschenwürde und Kernbereichsschutz. Von den Gefahren einer Verräumlichung des Grundrechtsdenkens", [2009], 64, *Juristenzeitung*, 269-277.
- Robert Alexy, "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Rechtstheorie* [1979].
- , *Theorie der Grundrechte* (Nomos, 1985).
- , "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", en B. Schilcher y otros (eds.) *Rules, Principles and Elements in the System of Law*, (Verlag Österreich 2000).
- , "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris*, [2000], 13, 294-304.
- , *A Theory of Constitutional Rights with a "Postscript"* (traducción de Julian Rivers) (Oxford University Press 2002) 62-64.
- , *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism* (traducción de Bonnie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson) (Clarendon Press 2002).
- , "Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *VVDStRL*, [2002].
- , "Ralf Dreiers Interpretation der Kantischen Rechtsdefinition", en Robert Alexy (ed.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, (Mohr Siebeck 2005).
- , "Kants Begriff des praktischen Gesetzes", en Okko Behrends (ed.), *Der biblische Gesetzesbegriff. Auf den Spuren seiner Säkularisierung*, (Vandenboeck & Ruprecht 2006).
- , "Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz", en Jan-Reinard Sieckmann (ed.) *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, (Nomos 2007).
- , "On Constitutional Rights to Protection", *Legisprudence*, [2009].
- , "Normativity, Metaphysics and Decision", en Stefano Bertea y George Pavlakos (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, (Hart Publishing 2011).
- , "The Existence of Human Rights" en Ulfrid Neumann et al. (eds.), *Law, Science, Technology*, vol 136 (ARSP, Beiheft, Steiner 2013) 13.
- , "Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit", [2015], 140, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 497-513.
- , "Human Dignity and Proportionality Analysis", [2015], 16, *Espaço Jurídico Journal of Law*, 83-96.
- , *Begriff und Geltung des Rechts* (Karl Alber 2019) 15-17.
- Rolf Gröschner y Oliver Lembck, *Das Dogma der Unantastbarkeit* (Mohr Siebeck, 2009).

- Ulfrid Neumann, "Die Tyrannei der Würde", [1998], 84, 1998, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 153-166.
- , "Die Menschenwürde als Menschenbürde - oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet", en M. Kettner, *Biomedizin und Menschenwürde* (Suhrkamp 2004), 42-62.
- , *Recht als Struktur und Argumentation* (Nomos 2008).
- , "Das Rechtsprinzip der Menschenwürde als Schutz elementarer menschlicher Bedürfnisse. Versuch einer Eingrenzung", [2017], 103, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 287-303.
- Tatjana Geddert-steinacher, *Das Konzept der Menschenwürde als Regel und Prinzip bei Robert Alexy*, (Duncker & Humboldt 1990).
- Thorsten Kingreen y Ralf Poscher, "Menschenrechte ohne Metaphysik?", *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, [2014], 52, 15-23.
- , *Staatsrecht II: Grundrechte*, (32^a. ed., C.F. Müller 2016).
- Veit Thomas, "Würde als absoluter und relationaler Begriff", [2001], 87, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 299-310.
- Wei Feng, "Methodological question of jurisprudence in China: review and outlook", en Y. BU (ed.) *Juristische Methodenlehre in China und Ostasien*, (Mohr Siebeck 2016).
- Winfried Brugger, "Die Würde des Menschen im Licht des anthropologischen Kreuzes der Entscheidung", en Wilfried Härle y Bernhard Vogel (eds.), *Begründung von Menschenwürde und Menschenrechten* (Herder 2008).

LA FALACIA COSMOPOLITA

Una revisión del pensamiento de S. Benhabib

THE FALLACY OF COSMOPOLITANISM

A review of S. Benhabib's theory

Carmen Crespo Catalán*

RESUMEN: Las migraciones transnacionales, la integración del pluralismo cultural en los Estados de acogida de inmigrantes, el reconocimiento de sus derechos civiles, económicos y políticos y las condiciones de acceso a la ciudadanía son fenómenos de interés público que nos obligan a repensar las fronteras de la democracia y la someten a una renovación continua. La presencia del extranjero irregular y la llegada masiva de refugiados a las puertas de Europa han tambaleado las bases de nuestra ciudadanía, poniendo en tela de juicio los valores comunitarios y desafiando la tradición cosmopolita desde el afuera de la Administración de la UE. Estas contradicciones prácticas llevan a los teóricos de la justicia y la filosofía política, como S. Benhabib, a explorar los límites de la pertenencia, la responsabilidad y la ética en las democracias contemporáneas. El objetivo de conciliar los derechos de autogobierno y libre autodeterminación territorial con la afirmación de los derechos humanos universales pasa, necesariamente, por argumentar la vigencia del Estado-nación moderno y problematizar las lógicas divisorias de la soberanía territorial, tan reforzada hoy en día.

ABSTRACT: *Transnational migrations, the integration of cultural pluralism in the host States of immigrants, the recognition of their civil, economic and political rights and the conditions of access to citizenship are issues of public interest that force us to rethink and renew the borders of democracy. The presence of irregular foreigners and the massive arrival of refugees at the gates of Europe have beaten the borders of our citizenship, calling into question EU community values and challenging the cosmopolitan tradition from outside the EU Administration. These practical contradictions force theorists of justice and political philosophy, such as S. Benhabib, to explore the limits of belonging, responsibility, and ethics in contemporary democracies. The objective of reconciling the rights of self-government and free territorial self-determination with the affirmation of universal human rights necessarily involves arguing the validity of the modern nation-state and problematizing the divisive logics of territorial sovereignty, so reinforced today.*

PALABRAS CLAVE: refugiados, Benhabib, ciudadanía, hospitalidad, derechos del otro.

KEYWORDS: *refugees, Benhabib, citizenship, hospitality, rights of others.*

Fecha de recepción: 05/04/2021

Fecha de aceptación: 03/11/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2022.6571>

*Doctoranda del programa de derechos humanos y libertades fundamentales de la Universidad de Zaragoza. Miembro del equipo de investigación "Nuevas formas de participación política en democracias avanzadas" (S10_17R).
E-mail: ccrespocn@gmail.com.

1.- INTRODUCCIÓN

La tradición comunicativa excluye del debate público al extranjero que se halla situado en el exterior del territorio comunitario. Nuevas formas de discriminación, insostenibles para el neokantianismo ideológico, son normativizadas de manera utilitaria por la UE y los países receptores de migración. Seyla Benhabib es una de las más reseñables representantes de la corriente discursiva. Deudora de Habermas y del pensamiento comunitarista, trata de justificar el principio de pertenencia a una comunidad política mediante una lectura actualizada de la ética habermasiana y su aplicación a la cuestión de las migraciones. Cuestión, esta última, que su predecesora omitió por negligencia o inconsistencia.

Para Benhabib, los derechos humanos tienen una dimensión ética y otra jurídica. En opinión de la autora, éstos se asientan en la premisa del reconocimiento social de la persona y adquieren una entidad legal en el momento en el que son incorporados al derecho positivo. Su tesis central entiende los derechos humanos como condiciones de posibilidad de la libertad comunicativa del otro. Lo interesante de Benhabib no es tanto el potencial explicativo de las respuestas que nos brinda sino su propuesta, patente a lo largo de toda su obra, de que el estudio satisfactorio del *ius migrandi* debe emplear de forma combinada el método filosófico y el conocimiento de la ciencia del derecho.

Como veremos más adelante, la adopción de pautas morales universales en el derecho internacional de derechos humanos y de los refugiados, plantea una racionalidad y una problemática específicas. La apuesta por el *derecho a tener derechos* arendtiano constituye una derivación de la pragmática trascendental que aúna la exigencia moral universal a ser reconocido como ser humano y el derecho, más concreto, a ostentar determinadas libertades fundamentales. Según Benhabib “el universalismo moral no implica o dicta una lista específica de derechos humanos más allá de la protección de la libertad comunicativa de la persona [...] Pero sin el reconocimiento de esta libertad comunicativa, la tarea de justificación -de la argumentación ética o jurídica- en sí carece de significado”. Lo interesante de su postura radica en la interpretación de esta libertad comunicativa en relación con el «derecho a tener derechos»¹.

De este modo, Benhabib esquivo de antemano las posibles discrepancias del comunitarismo. No sostiene un catálogo apriorístico de derechos que pudiese encubrir las pretensiones propias de una razón totalizadora, sino una suerte de derecho mínimo, un presupuesto fundamental a partir del cual podrán, posteriormente, deliberarse y prescribirse los demás derechos.

¹ Seyla Benhabib, “Otro universalismo. Sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”. *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, 39 (2008), pp. 175-203.

No obstante lo anterior, la protección de la libertad comunicativa de la persona requiere de una organización política, hasta ahora estatal. No existe comunidad mundial capaz de reconocer la personalidad jurídica de todos los seres humanos, ni está claro que ello fuera deseable. En todo caso, el respeto igualitario exigible a los miembros de la propia comunidad y otros principios afines a los que se adhieren las sociedades democráticas, se topa con la realidad migrante.

2.- EN LOS MÁRGENES DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

La idea de ciudadanía, piedra angular del discurso político moderno, pasa por analizar previamente su vinculación con el fenómeno de las migraciones. Al estudiar las dinámicas de exclusión de seres humanos que reciben el estatus de extranjeros (no ciudadanos) se hacen visibles las incoherencias que debilitan el concepto mismo de ciudadanía liberal.

En Rousseau, el pueblo democrático es simultáneamente actor civil y autor de sus leyes, y lo que le confiere dicha legitimidad no es el origen social o étnico. Es el derecho natural de humanidad el que nos autoriza para formar parte de sociedad civil, de manera que nos correspondan derechos jurídico-políticos. A pesar de que el pensamiento ilustrado situaba al ser humano en el centro, el globalismo político era inconcebible en el contexto kantiano de colonización europea de las Américas. Entonces, la idea de frontera inspiraba la libertad de los pueblos frente al imperialismo occidental, la apropiación territorial y el avasallamiento cultural. En palabras de Kant: "Nosotros -el pueblo, que acordamos regirnos por estas leyes también nos definimos como un "nosotros" en el acto mismo de autolegislación. No son solo leyes generales de autogobierno las que se articulan en este proceso; la comunidad que se somete a estas leyes se define también definiendo límites y estos límites son tanto territoriales como cívicos. La voluntad del soberano democrático solo puede extenderse al territorio bajo su jurisdicción; las democracias requieren fronteras"².

El *Derecho de Gentes* de J. Rawls³ sitúa, asimismo, al pueblo como sujeto político fundamental y refiere a las sociedades decentes y bien ordenadas como aquellas democracias liberales. Sin embargo, su defensa teórica de las fronteras obvia de manera inexcusable el fenómeno de las migraciones transnacionales, la interdependencia económica sin precedentes entre los países que cohabitan la Tierra y la consiguiente corresponsabilidad internacional en materia de justicia redistributiva. En esta línea, Benhabib se muestra crítica con el hecho de que Rawls inscribe su teoría de la justicia en sede de los viejos Estados

² Seyla Benhabib, *Los derechos de los otros* (Barcelona, Gedisa, 2005), p. 42.

³ John Rawls, *El derecho de gentes: una revisión de la idea de razón pública* (Barcelona, Paidós, 2001).

nacionales⁴, soslayando la interdependencia de los pueblos. “La interdependencia internacional involucra un patrón complejo y sustancial de interacción social, que produce beneficios y cargas que no existirían si las economías nacionales fueran autárquicas. [...] aunque no niega que el sistema internacional es de interdependencias, claramente ve este hecho como de importancia secundaria para la determinación de la riqueza o pobreza de un país. Las causas de la riqueza de las naciones -en opinión de Rawls- son endógenas y no exógenas”⁵.

En el escenario global contemporáneo, ya dominado por el neocolonialismo de las grandes potencias mundiales y compuesto por una sociedad civil crecientemente desterritorializada, así como por múltiples ciudadanía republicanas (en términos rawlsianos, «pueblos liberales y decentes») cimentadas sobre el principio de universalidad de los derechos humanos y sobre las tradicionales consignas liberales de reciprocidad, igualdad y respeto mutuo, las fronteras pueden -y deben- ser objeto de debate para su redefinición *ratione territoriae, materiae y personae*⁶. “Desde un punto de vista universalista y cosmopolita los límites, incluyendo los límites y fronteras estatales, requieren una justificación. Las prácticas de inclusión y exclusión siempre están sujetas a cuestionamiento desde el punto de vista de la conversación moral infinitamente abierta”⁷. De hecho, las lindes de la comunidad política evidencian lo que S. Benhabib denomina la “paradoja de la legitimidad democrática”. Según declara, las democracias modernas operan a la luz principios universales, aunque posteriormente se circunscriban a una comunidad cívica delimitada: “El soberano democrático obtiene su legitimidad no meramente de su acto de constitución, sino que, de modo igualmente significativo, de la conformidad de este acto con los principios universales de derechos humanos que en algún sentido se dice que preceden y anteceden la voluntad del soberano y con los cuales el soberano se compromete”⁸.

Las bases teóricas del neocontractualismo democrático asumen necesariamente el reconocimiento del otro y el derecho humano a tener derechos, por lo que se topan con una contradicción insalvable. La constitución de las comunidades políticas democráticas está basada en el *nosotros* soberano excluyente. “Cada acto de constitución republicana establece nuevos miembros y no miembros. Mientras el arco de

⁴ Véase apartado 6 del presente trabajo.

⁵ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 62.

⁶ Tal y como afirma Jurgen Habermas en *La inclusión del otro* (1999), «en la construcción jurídica del Estado constitucional existe una laguna que invita a ser rellenada con un concepto naturalista “étnico” de pueblo. Sólo mediante conceptos normativos no se puede aclarar cómo debe componerse el conjunto básico de aquellas personas que se reúnen para regular legítimamente su vida en común con los medios propios del derecho positivo. Considerados normativamente, los límites sociales de una agrupación de socios jurídicos libre e iguales son contingentes» (p. 92).

⁷ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 22.

⁸ *Ibidem*, p. 41

igualdad política se extiende para proteger a algunos, nunca puede albergar a todos, porque entonces no tendríamos cuerpos políticos individuales sino un Estado mundial”⁹.

Para los teóricos discursivos, los derechos humanos son expresiones del reconocimiento intersubjetivo y condiciones de posibilidad del consentimiento social y de la vida participativa en sociedad, es decir, trascendentales prepolíticos. El formalismo convencionalista no somete a negociación dicho principio de reconocimiento, lo asume directamente. En este sentido, una aproximación posconvencionalista, racional-deliberativa y comunicativa habermasiana hace necesario justificar las restricciones en el acceso a la ciudadanía nacional o europea y a la participación política de pleno derecho que las sociedades democráticas avanzadas imponen a los distintos tipos de extranjeros, migrantes económicos y refugiados. La exploración de los límites de la pertenencia o *membresía* política, nos revela nuevas formas de discriminación humana y el consiguiente surgimiento de un corpus ciudadano de segunda clase, de una fuerza de trabajo vulnerable, criminalizada y amenazada por los distintos tipos de expulsión. En la gestión actual de las migraciones transnacionales, ya sea estadocéntrica o paneuropea, se halla inherente la exclusión, original y derivada, de toda una clase social desamparada.

La cultura política moderna está atravesada por una incompatibilidad fundamental entre su vocación teórica universalista y una praxis que de modo restrictivo delimita el conjunto de sujetos de derecho de una comunidad política. Pese a que el ámbito de reconocimiento de los derechos de la comunidad posee vías de inclusión e integración formal de inmigrantes carentes de una ciudadanía plena, éstas son inevitablemente discriminatorias o bien conducen a una titularidad parcial de los derechos ciudadanos.

3.- EL DERECHO A TENER DERECHOS Y LA CRISIS DEL ESTADO-NACIÓN

Benhabib¹⁰ define el *orden cosmopolita* como aquel conjunto de normas filosóficas que llevarán las reglas universalistas del discurso más allá del confines del Estado-nación. La relación entre Estado y Nación inserta en la noción de ciudadanía elementos discriminatorios que el discurso de la modernidad debería abandonar. La lógica del discurso moderno se funda precisamente en la libertad y la igualdad naturales necesarias para participar en los pactos políticos de la comunidad, es decir, en valores que supuestamente posee toda persona por el mero hecho de nacer.

⁹ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰ Seyla Benhabib, *Another Cosmopolitanism* (Nueva York, Oxford University Press, 2006).

Autores como Velasco y Mezzadra idealizan las migraciones, aluden a sus supuestos efectos multiculturales, redistributivos, etc., en definitiva, a su potencial transformador¹¹. En su versión de las mismas, el migrante apunta al horizonte de las comunidades políticas venideras. Otros autores, por el contrario, perciben este fenómeno -la *fuga* del emigrante¹²- como un síntoma inevitable de la distribución desigual de la riqueza a escala global y se limitan a denunciar la evidente precariedad vital del grueso de migrantes, parias sociales. En cualquier caso, remover los presupuestos de la filosofía política pasa por investigar la posición del migrante transnacional en la remodelación de las fronteras, los límites a su rechazo soberano por parte de los países y el asilo como un derecho de la persona, el cual debe encontrar un correlativo deber legal de admisión (obligación moral incorporada al derecho positivo), en una comunidad política dada.

El refugiado encabeza el gran desafío de la política internacional y las democracias amuralladas. En este contexto, el pensamiento de Arendt, aunque con matices, continúa siendo operativo y constituye una referencia ineludible para la comunidad científica. Los refugiados representan el límite de los derechos humanos y suponen una figura clave para la comprensión de la categoría de la ciudadanía. Habitan en la sombra, bien a la espalda de los regímenes legales de mayorías nacionales cohabitantes, bien, en caso de haber huido, rechazados por sus países de origen y por muchos de destino. De esta forma, se vuelven personas carentes de derechos o con un reconocimiento parcial de los mismos, cuyas vidas retan la universalidad de numerosas propuestas éticas occidentales. Los refugiados están sistemáticamente apartados del mundo. Son privados de su derecho básico a la vida en sociedad, a manifestar sus necesidades y opiniones en la esfera pública en condiciones de igualdad, ya que poseen un acceso restringido a la red de interacciones sociales, al espacio común del *demos*. Aún en el caso de ser beneficiarios pasivos de ciertos derechos civiles y sociales, sufren una precariedad más radical que la que pudiere derivar de su situación económica y un tipo de exclusión más profunda que la de un criminal: política.

El derecho a tener derechos se traduce en el derecho moral de los seres humanos a portar pretensiones jurídico-políticas y a ejercer libremente la acción comunicativa, en otras palabras, a ser concebidos como seres con demandas legítimas de derechos, expresables en un espacio social para su argumentación y deliberación. Este reconocimiento es la antesala de la intervención reivindicativa del espectro de los derechos legalmente instituidos. Sin embargo, la consideración de

¹¹ Juan Carlos Velasco, *El azar de las fronteras: políticas migratorias, ciudadanía y justicia* (México, Fondo de Cultura Económica, 2016).

¹² Sandro Mezzadra, *Derecho de fuga: migraciones ciudadanía y globalización* (Madrid, Traficantes de sueños, 2005).

tales capacidades comunicativas y cívicas solo puede ser garantizada en la medida en la que se es miembro de un grupo social organizado donde poder expresar, mediante actos del habla, la voluntad particular dentro de la esfera pública. De este modo se imbrican la ética del discurso, el derecho a tener derechos y la membresía política¹³.

“La noción del derecho a tener derechos surge de condiciones del Estado moderno y es equivalente al derecho moral de un refugiado u otra persona sin Estado a la ciudadanía, o al menos a la condición de persona jurídica, dentro de las fronteras sociales de algún Estado dispensador de derecho”¹⁴. El derecho a tener derechos acarrea un imperativo moral: “Se debe tratar a todos los seres humanos como personas pertenecientes a algún grupo humano y a quienes corresponde la protección del mismo [...] Lo que se invoca aquí es un derecho moral a la *membresía* política¹⁵ y una cierta forma de trato compatible con el derecho a la membresía”¹⁶.

El derecho a la membresía política ya era una utopía en el contexto de Arendt, en cuyo escrito de 1943 titulado *Nosotros, los refugiados*, puso de relieve la realidad paradójica de los derechos humanos. Según Arendt la condición humana se reduce a la pertenencia a una comunidad, a la posesión de un estatus político: “los Derechos del Hombre supuestamente inalienables, demostraron no ser aplicables [...] allí donde había personas que no parecían ser ciudadanos de un Estado soberano”¹⁷. La carencia de un aparato Estatal despoja a la persona de su humanidad. La condición apátrida -o de potencial refugiado- conlleva la desprotección jurídica, la vulnerabilidad extrema y la marginación de los sistemas de derecho. En tal estado de alegalidad quedó, por ejemplo, sumida la población judía desnacionalizada por el Estado alemán.

Si bien los derechos humanos son declarados universalmente y reconocidos con independencia de los Estados y de cualquier circunscripción territorial, resultan inefectivos en ausencia de un gobierno estatal que los garantice y estén, en realidad, subordinados a la condición de la ciudadanía nacional. Para todos aquellos individuos que pertenecen al género humano pero no están inscritos en una comunidad política particular invocar los derechos humanos constituye una frivolidad.

¹³ Seyla Benhabib bebe directamente del pensamiento de Arendt, quien en *Los orígenes del totalitarismo* (2002) plantea por vez primera el «derecho a tener derechos» y el reconocimiento del derecho de todo ser humano a pertenecer a alguna comunidad, lo que en términos de Benhabib se denomina «derecho de membresía».

¹⁴ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 30.

¹⁵ Seyla Benhabib destaca la necesidad de un derecho que reclame la pertenencia de cada persona a una comunidad política, es decir, un derecho de membresía. Al fin y al cabo, el sentido jurídico del término «derecho» del «derecho a tener derechos» defiende implícitamente que la figura del Estado (o de una entidad equivalente) resulta fundamental para el auténtico reconocimiento del otro.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 50 y ss.

¹⁷ Hannah Arendt, *Los Orígenes del Totalitarismo* (Madrid, Alianza, 2002), p. 476.

Aunque el derecho de asilo fue consagrado en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “la obligación de otorgar asilo sigue siendo conservada celosamente por los estados como un privilegio soberano”¹⁸. Agamben asocia el Estado-nación a la connotación *nation*-nación-nacer¹⁹ (según declara, actualmente la pertenencia a un Estado continúa estando determinada principalmente por el lugar de nacimiento, la herencia y la descendencia, por encima de otras consideraciones como la residencia, el trabajo y el arraigo). También afirma que, en sede de los Estados-nación modernos, las figuras del inmigrante y, más concretamente, del refugiado o el apátrida, revisten especial complejidad. Migrantes y refugiados quiebran la lógica trinitaria del Estado-territorio-nación e imponen la reconceptualización del vínculo entre soberanía y territorialidad. «Al romper la continuidad entre hombre y ciudadano, entre nacimiento y nacionalidad, ponen en crisis la ficción originaria de la soberanía moderna»²⁰. Para Agamben, el declive de la ciudadanía nacional radica en esta ruptura: “La novedad de nuestra época, que amenaza los fundamentos mismos de la Nación-Estado, es que las crecientes porciones de la humanidad ya no pueden ser representados en su seno”²¹. El punto central que Agamben toma de Arendt es el rol simbólico del apátrida en la historia política de las sociedades, desnudo²², situado en el terreno indeterminado entre el mundo de derecho y el de hecho, enervando la soberanía nacional y deconstruyendo, a su parecer, la territorialidad estatal.

El aumento de la población migrante ha ampliado y consolidado las figuras alternativas a la nacionalidad o que permiten la naturalización de extranjeros para el acceso a los derechos fundamentales. Aún así, la ciudadanía nacional deja a un lado a estos individuos, pues los esquemas del Estado nacional, todavía vigentes, marginan a todos aquellos que no son ciudadanos de pleno derecho²³. Los migrantes irregulares que trabajan en nuestro territorio, por cuanto son institucionalmente invisibles y expulsables por las autoridades nacionales, quedan desprotegidos. Son, por así decir, apátridas contemporáneos.

¹⁸ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 59.

¹⁹ Jürgen Habermas, sin embargo, distingue la pertenencia adscriptiva a una comunidad de aquella voluntariamente adquirida y en *La inclusión del otro* (1999) separa *ethnos* y *demos*.

²⁰ Giorgio Agamben, *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida* (Valencia, Pre-Textos, 1998), p. 167.

²¹ Giorgio Agamben, “We Refugees”. *A Quarterly Journal in Modern Literatures*, 49 2 (1995), pp. 114-119.

²² La *nuda vida* o «vida desnuda» referida por Agamben es la vida desprovista de toda cualificación, una vida que se encuentra fuera del ordenamiento jurídico de un Estado.

²³ La legislación española distingue dos maneras de adquisición de la nacionalidad: originaria y derivada. Esta última se prevé para aquellas personas que no tienen nacionalidad española desde su nacimiento. De acuerdo con el derecho de la UE, será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un país de la UE. De esta forma, la ciudadanía de la Unión no sustituye a la ciudadanía nacional sino que la complementa.

En cuanto a los solicitantes de asilo, éstos se hallan sumidos en un limbo jurídico indefinido, sin capacidad para reivindicar sus derechos inalienables. Los ya beneficiarios del estatuto de refugiado, por su parte, no ostentan el catálogo completo de derechos del estado en el que legalmente reside.

Hoy, el refugiado no es tanto una parte integrante de una minoría étnica como un migrante situado fuera de nuestras fronteras, y el apátrida no debe apreciarse en sentido literal, sino encarnado en la figura del inmigrante económico irregular. Aunque la obra de Arendt no trató la figura del migrante irregular, sino que analizó la del apátrida, hoy ambas pueden asimilarse y estudiarse bajo parámetros semejantes. El inmigrante irregular satisface muchos de los atributos que Arendt extrajo de la condición apátrida, como la ausencia de reconocimiento oficial del Estado y la vulnerabilidad a la que está expuesto. A pesar de que el migrante irregular contemporáneo forma parte de un país de origen que lo reconoce como nacional (hecho que lo distingue del apátrida arendtiano), lo cierto es que, al migrar irregularmente, pierde su derecho a reclamar la protección de sus derechos humanos.

El rasgo fundamental del migrante irregular es que su entrada en territorio extranjero no se ajusta a lo convenido en sus leyes de extranjería como entrada regular. No hemos de olvidar, por tanto, que la irregularidad es una condición administrativa que dará lugar a consideraciones jurídicas ambiguas, las cuales variarán según el régimen normativo que se adopte y las concepciones políticas de las que partamos (una noción extensiva del derecho de asilo contemplaría a refugiados por causas económicas). La legalidad de ciertas acciones punitivas u omisiones que a menudo los Estados receptores ciernen sobre estos migrantes es discutida por muchos referentes institucionales de corte internacionalista²⁴. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la irregularidad de una persona no

²⁴ La figura de *non-refoulement* constituye la corriente de fondo del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) y es eje central de la protección internacional de los refugiados. En un panorama social a caballo entre la defensa de los derechos humanos y el *factum* de las clásicas ciudadanía nacionales, este singular principio problematiza la tensión entre soberanía territorial y justicia universal. El derecho de los Estados a admitir o expulsar a los extranjeros de su territorio es uno de los elementos fundamentales de la soberanía nacional. No obstante, los Estados no pueden excluir a extranjeros en aquellos casos en que la expulsión de su territorio o el rechazo de su protección implique una vulneración de determinadas disposiciones del derecho internacional (p. ej. Convención de Ginebra de 1951 y Convención de Prevención contra la Tortura). Una de las expresiones más significativas de este principio es el derecho de asilo y la protección subsidiaria. En este sentido, el TEDH establece la prohibición de devolución de los solicitantes de asilo y posibles refugiados mediante una interpretación *pro homine* de los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (caso *Soering contra el Reino Unido*).

exime a los Estados Parte del Consejo de Europa del respeto y cumplimiento de sus derechos humanos. La prohibición de devolución (principio *non refoulement*) prevista en determinados casos es absoluta²⁵.

4.- DERECHOS HUMANOS Y CIUDADANÍA FRONTERIZA

La política deliberativa se desarrolla en continuidad con las lógicas de la filosofía del discurso y con los valores del liberalismo democrático. Los teóricos discursivos presuponen los principios de respeto moral universal y reciprocidad igualitaria: "La premisa básica de la ética discursiva afirma que solo son válidas aquellas normas y arreglos institucionales normativos que pueden ser acordadas por todos los interesados bajo situaciones especiales de argumentación llamadas discursos"²⁶. Así, el formalismo procedimental de Apel y Habermas acepta necesariamente la autonomía comunicativa del ser humano para la consecución del diálogo político. Benhabib describe el *respeto universal* como aquel que reconoce los derechos de todas las personas, capaces de habla y acción, a participar en la conversación moral. En relación con el ideal de la *reciprocidad igualitaria*, Benhabib lo interpreta también en clave discursiva. Todos los participantes deben contar con los mismos derechos, disponer de los actos de habla, poder introducir nuevos temas y exigir justificación de los presupuestos de la conversación²⁷.

El problema de la ética discursiva es una cuestión de alcance, del dominio de beneficiarios de todos estos derechos. La pregunta sobre quién debe ser incluido o no en los discursos ha demostrado ser irresoluble. El ámbito de aplicación de esta ética, que se pretende universal, está atravesado por la paradoja de la legitimidad democrática y condicionado por el problema de la membresía política. "Dado que la teoría discursiva articula una postura moral universalista, no puede limitar el alcance de la conversación moral solo a quienes residen dentro de fronteras reconocidas nacionalmente, debe ver la conversación moral como extendiéndose potencialmente a toda la humanidad"²⁸.

La expansión de los derechos humanos se ha tornado un objeto imprescindible de los discursos políticos contemporáneos, pero todavía les queda un largo recorrido para su institucionalización y defensa efectivas. La universalidad de los derechos humanos hace que trasciendan el contexto (a diferencia de las pretensiones soberanistas de la democracia, que requiere un terreno delimitado sobre el que posar su autogobierno). En consonancia con lo anterior, las constituciones de las sociedades avanzadas remiten a los derechos humanos como principios que rebasan el escenario cosmopolita y que, inspirados en la propia

²⁵ Sentencia de la Gran Sala del TEDH, *Soering v. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989.

²⁶ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 20.

²⁷ Cfr. Jurgen Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa* (Barcelona, Península, 1985).

²⁸ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 21.

humanidad del individuo, reconocen las libertades básicas de los extranjeros. Son la circunscripción territorial de estos principios y las aspiraciones del egoísmo democrático las que someten tales libertades a ponderación.

Recordemos que los derechos humanos permiten la libertad comunicativa del sujeto (son, por así decir, *a priori* discursivos). Sin embargo, en tanto que su articulación jurídica positiva depende de factores y contingencias históricas, en un principio abandonan su naturaleza moral, no contingente. La autoconstitución del pueblo democrático es un acto de soberanía popular, un proceso político violento que inicialmente rompe la esencial ligazón entre derechos humanos y principios morales. No obstante, la autoafirmación territorial de la soberanía democrática en el dominio de un área determinada de la tierra, es decir, el ejercicio de la soberanía territorial, no equivale al concepto, más amplio, de la soberanía popular, ni es el fin de la misma. "La soberanía popular [...] no es idéntica a la soberanía territorial. Si bien el demos, como soberano popular, debe afirmar su control sobre un dominio territorial específico, también puede realizar actos reflexivos de autoconstitución, por los que pueden reajustarse las fronteras del demos"²⁹. Desde mi punto de vista la legitimidad democrática no resulta paradójica, siempre y cuando entendamos la soberanía territorial como una fase intermedia, transitoria e instrumental de la democratización de la sociedad global, hoy desterritorializada.

Para Benhabib, el desarrollo de los regímenes de los derechos humanos ha dado lugar al nacimiento de nuevos horizontes de pertenencia política. A la par que el declive del Estado nación moderno, la distancia entre derechos humanos y derechos ciudadanos se vuelve cada vez más estrecha. Aparece una sociedad cívica que sobrepasa las fronteras y que debe remodelar el sujeto tradicional del derecho positivo. La *ciudadanía desagregada* de Benhabib acoge una multiplicidad de lazos y lealtades transnacionales. Las identidades políticas ya no pueden ser interpretadas o descritas en un lenguaje estadocéntrico. En definitiva, los confines de la legitimidad democrática y la realidad de la ciudadanía desagregada chocan. En la constitución del *nosotros* el pueblo era concebido como un cuerpo uniforme, pero esta ciudadanía homogénea es una ficción política.

Benhabib afirma, asimismo, que las fronteras se hacen cada vez más porosas y tiene, por así decir, una visión positiva de las migraciones, ya que las entiende como un fenómeno que contribuye a la progresiva apertura de nuestras sociedades al cosmopolitismo. Aunque acepta de Arendt la idea de que el derecho a tener derechos entraña una paradoja irresoluble. Como hemos visto, el derecho a tener derechos requiere de organizaciones equivalentes al Estado-nación que velen por los derechos del ser humano pero, en la medida en la que éstas no poseen alcance mundial, acarrearán la escisión entre miembros y no

²⁹ *Ibíd.*, p. 44.

miembros y perpetúan las dinámicas originarias de admisión/exclusión. Pese a que, en palabras de Benhabib “esta paradoja nunca puede ser resuelta plenamente para las democracias”³⁰, no abandona su optimismo al respecto y argumenta que su impacto puede paliarse por medio de la revisión y renegociación de los ambivalentes compromisos estatales (o de la UE) con los derechos humanos, por un lado, y con la autodeterminación soberana, por otro.

Desde mi punto de vista, varias son las críticas fundamentales que pueden sostenerse:

a) La pertenencia a una ciudadanía nacional (*demos*) está supeditada a la pertenencia a una comunidad definida en términos de historia, lengua o cultura comunes (*ethnos*). En la autoconstitución del *nosotros* el *demos* es concebido como un cuerpo uniforme, aunque esta ciudadanía homogénea sea una ficción política. En el caso de comunidades étnicas como el Estado-nación, solo se reconocerá el estatus de ciudadano a aquellos que posean el título de nacionalidad o bien estén verdaderamente naturalizados o asimilados.

b) En el caso de comunidades políticas plurinacionales como la UE no existe, en ningún grado, justificación razonable para separar a otros seres humanos de los ciudadanos, es decir, los derechos humanos de los derechos ciudadanos. Los criterios de exclusión/admisión de extranjeros son siempre arbitrarios y afectan a determinados sujetos en función de las formas de poder y dominio que se ejerzan en un momento dado. Si bien cognitiva y teóricamente concebimos al inmigrante como ser humano, como una persona igual que nosotros, existe una categoría de “extracomunitaria” que lo despoja de la condición positiva de ciudadano y, por tanto, le arrebató la posibilidad de invocar al completo sus derechos humanos.

c) Las fronteras son, en realidad, cada vez menos porosas y más selectivas (lucha creciente contra la inmigración irregular y apertura exclusiva a aquellas migraciones que supongan una fuerza de trabajo cualificada y competitiva). En este sentido se orienta el Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Aunque las causas de emigración puedan estar más o menos enraizadas a motivos económicos, el trato que reciben los migrantes siempre representará un modelo de subordinación de la comprensión ciudadana de los derechos a la lógica del mercado. Antes que sujetos de derecho, los migrantes son percibidos como mano de obra que las comunidades políticas demandan o rechazan a conveniencia, contribuyendo directa o indirectamente a generarlas. Por todo ello, no debemos de orientar el debate únicamente al terreno del reconocimiento de identidades y de las denominadas políticas de la diferencia, sino, sobre todo, volver a las cuestiones de clase.

5.- UNA ITERACIÓN IDEAL

³⁰ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 43.

La *iteración democrática* es un proceso dinámico a través del cual los principios de los derechos humanos se incorporan progresivamente al derecho positivo de los estados democráticos. La teoría de las iteraciones democráticas de Benhabib entra dentro de lo que se conoce como política *iursgenerativa*³¹. De acuerdo con esta teoría, en la realidad tienen lugar fenómenos complejos de comunicación, justificación y transferencia mediante los que se reclaman derechos, se revocan pretensiones jurídicas universalistas y se contextualizan posturas e intereses políticos en el espacio público organizado alrededor de la sociedad civil. En estos procesos deliberativos y de diálogo, los argumentos vigentes se reinterpretan y reformulan desde los distintos ámbitos de la comunidad. "Las iteraciones democráticas son *repeticiones-en-transformación* lingüísticas, legales, culturales y políticas, invocaciones que son también revocaciones. No solo cambian ideas establecidas sino que también transforman lo que pasa por ser la visión válida o establecida de un precedente autorizado"³².

Por otro lado, en la propuesta deliberativa de Benhabib, como en la mayoría de desarrollos de la teoría comunicativa, no hay contenido no susceptible de ser discutido, ni bienes jurídicos o valores estáticos, salvo el derecho a tener derechos derivado del reconocimiento de (la humanidad) del otro. Benhabib incide en que, si bien «los términos y condiciones bajo los cuales puede otorgarse la condición de miembro a largo plazo siguen siendo prerrogativa del soberano republicano [...] aquí también deben respetarse los condicionantes que imponen los derechos humanos, tales como la no discriminación y el derecho del inmigrante a un debido proceso»³³. En este punto, el derecho limitado de los extranjeros a incorporarse a las comunidades políticas democráticamente constituidas plantea varios obstáculos que Benhabib no ha logrado superar. Después de todo, todas las agrupaciones humanas y civilizaciones han configurado sistemas de exclusión de otros seres humanos.

Bajo mi punto de vista, el espacio de iteración social no es una red abstracta de comunicaciones, es el lugar de la *polis*, el reconocido por un sistema de derecho positivo. Los migrantes sin derecho habilitado a la libre circulación son personas errantes y, al estar institucionalmente silenciadas, no tienen capacidad de transformación social. Las recientes crisis migratorias que ha enfrentado la UE han demostrado que, lejos de debilitar sus fronteras, las han afirmado. El nuevo

³¹ La *política iursgenerativa* se adhiere a la tradición del contractualismo liberal. Por un lado, alude a los procesos iterativos mediante los que el pueblo se somete, voluntariamente, a un conjunto de normas y principios que él mismo define y reinterpreta, actuando al mismo tiempo como sujeto y autor de las leyes. Por otro lado, esta política difiere de las doctrinas del derecho natural, que asumen los valores que sustentan la democracia son unívocos e inamovibles para los actos transformadores de la voluntad popular.

³² Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 131.

³³ *Ibid.*, p. 40.

pacto de migración y asilo se encamina a una agilización de los retornos y las devoluciones. La globalización de los medios de comunicación no ha traído consigo un mayor reconocimiento del otro, como tampoco ha conllevado la aparición un derecho humano a la libre movilidad transnacional. Aunque Benhabib sostiene que las prácticas de cuestionamiento y reapropiación del sentido de los derechos humanos han de ser efectuadas primordialmente por los inmigrantes, Para la discípula de Habermas, estas prácticas de cuestionamiento y reapropiación del sentido de los derechos humanos deben ser efectuadas, primordialmente, por los inmigrantes. Es aquí donde cae en una autocontradicción fundamental, la cual supone el agotamiento definitivo de su pensamiento. Como hemos recalado, el grueso de migrantes en situación administrativa irregular y solicitantes de asilo se encuentra excluido, en el "afuera" del espacio de iteración social.

Contra el hecho de la exclusión, Benhabib opina que han surgido formas de acción política que operan al margen de las instituciones y que son accesibles a aquellos que no son miembros plenos de la ciudadanía. Según su idea de la ciudadanía desagregada, éstos podrían conquistar sus derechos a través de vías y métodos alternativos como, por ejemplo, la movilización pública. A mi parecer, esta tesis solo es válida para el migrante o refugiado *intraeuropeo/intrasistémico*. La crisis actual es una crisis de la gestión externa de las migraciones, de los migrantes que llegan, no de los que ya están. Al respecto argumentaré que, pese al hecho innegable de la desterritorialización de la sociedad civil, la membresía aún antecede a la acción política, y no a la inversa.

No existe identidad entre la comunidad de comunicación filosófica y la comunidad *real* de comunicación³⁴, lo que hace inservibles el paradigma discursivo habermasiano y el de la iteración social. La filosofía de la liberación de Dussel propone la económica como lo trascendental a la pragmática. En este sentido, la comunidad de vida es una comunidad de trabajadores, en la que el sujeto trabajador precede al sujeto argumentante y es condición de posibilidad de la comunicación. Prueba de ello es la exigencia al migrante de un contrato de trabajo y la acogida selectiva de mano de obra competitiva. Nuestras sociedades aporafóbicas solo permiten el ingreso de las personas con recursos económicos. Como hemos ido exponiendo, el extranjero no participó en la constitución de la comunidad, donde el acuerdo político le fue vedado. Más adelante, en el desarrollo de la comunidad democrática, el *Otro-migrante* irregular es sistemáticamente ignorado, no está reconocido socialmente, sino que sufre una exclusión estructural, hoy de índole fundamentalmente económica. Tampoco el refugiado puede intervenir en el diálogo político y moral sobre el asilo. Puede decirse que su derecho humano a tener derechos resulta inefectivo en la *praxis*.

³⁴ Enrique Dussel, *Ética del discurso y ética de la liberación* (Buenos Aires, Docencia, 2013), p. 102.

En la realidad, se produce una vulneración constante de las precondiciones formales de la ética discursiva que exigían la posición simétrica de todos los potenciales interlocutores a la hora de participar en la conversación³⁵. Pese a que la obra de Arendt podría ser útil en el análisis de la exclusión específica de solicitantes de protección internacional, no es suficiente a la hora de abordar el estudio independiente de otras clases de migrantes forzosos, como los indocumentados que se desplazan por razones económicas. Es en este punto donde el concepto levinasiano de *exterioridad*³⁶ y su análoga noción de *periferia* en Dussel, adquieren una especial pertinencia. A través de estas categorías podemos ubicar al Otro, quien se halla en una situación desventaja y necesita ser parte de un sistema jurídico garantista para poder argumentar, pero se encuentra incomunicado. El exterior de nuestras fronteras simboliza el lugar de la alteridad de Lévinas³⁷ y de la pobreza concreta sobre la que versa la política de la liberación. «El Otro [...] el que no habla ni argumenta fácticamente, en la exterioridad de la comunidad de vida real, es el explotado, dominado, el pobre»³⁸.

La propuesta de la *responsabilidad solidaria* de Apel y Habermas había asumido que todas las necesidades de los seres humanos conciernen a la comunidad de comunicación (en tanto que constituyen exigencias virtuales) y que éstas pueden conciliarse por medio de la argumentación. Contra ellos, Dussel alegó que, al igual que el Yo de la Modernidad, el «nosotros» de una comunidad real de comunicación excluye a un «vosotros». Este «vosotros» es condición necesaria de la argumentación y no puede quedar fuera de la comunidad de comunicación. Como bien apuntó Dussel, la vía argumentativa solo tiene sentido *a posteriori*, es decir, si se establece con el sujeto una vez está reconocido como un igual por la comunidad. Benhabib reproduce con ingenuidad aquellos errores de la teoría comunicativa y asume el reconocimiento prediscursivo del Otro, mediado por los derechos humanos. A mi juicio, la iteración democrática carece de sentido ante la idea del *Otro-no participante*, hoy encarnada en el inmigrante irregular y en el solicitante de asilo. Nos encontramos, en definitiva, ante el fracaso de las éticas convencionalistas como la de Habermas, que entrarían dentro de lo que Kant denominó imperativos hipotéticos (ya que poseen

³⁵ En *Conciencia moral y acción comunicativa* (1985), Jürgen Habermas expone las reglas del discurso: «La regla 3.1 determina el círculo de los participantes potenciales en el sentido de una inclusión sin excepción alguna de todos los sujetos que disponen de la capacidad de participar en discusiones; la regla 3.2 garantiza a todos los participantes igualdad de oportunidades para aportar contribuciones a la discusión y poner de manifiesto argumentos propios; la regla 3.3 establece condiciones de comunicación bajo las cuales queda garantizado el acceso y el derecho a una participación igual en el discurso» (p. 113).

³⁶ Cfr. Emmanuel Lévinas, *Ética e infinito* (Madrid, Antonio Machado, 2015).

³⁷ Cfr. Emmanuel Lévinas, *Ética e infinito* (Madrid, Antonio Machado, 2015).

³⁸ Enrique Dussel, *op. cit.*, p. 117.

un fin concreto, el de alcanzar el acuerdo entre sujetos jurídicos y grupos sociales, de manera excluyente y exclusiva para determinados cuerpos ciudadanos)³⁹.

Los modos informales de participación a los que alude Benhabib solo operan *de facto* entre miembros de la comunidad, solo son accesibles y poseen cierto potencial transformador para aquellas personas residentes y reconocidas por alguna categoría administrativa (residentes de larga duración, temporales, migrantes forzosos y refugiados con algún grado de derecho de permanencia que han logrado atravesar las fronteras...). Los migrantes en situación administrativa irregular, especialmente los extraterritoriales, siguen estando al margen de la iteración democrática.

6.- DE LA SOLIDARIDAD AL DEBER

La tradición kantiana concibe el *orden cosmopolita* como el conjunto de leyes que deberían regir las relaciones entre los individuos en una sociedad civil global⁴⁰. Para Kant, el espíritu comercial de los pueblos era garantía de paz, de estrechamiento de vínculos entre grupos distintos de seres humanos. Por ello, concluyó que la relación mercantil que entre ellos se establece no debería legitimar la entrada del legislador común. En su obra, *Hacia la paz perpetua*⁴¹, Kant aclaraba que «el derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de hospitalidad universal». El error de Rawls y de otros exponentes del liberalismo teórico en la actualidad, radica en la literalidad con la que leen la filosofía política de Kant y la incorporación anacrónica y acrítica que llevan a cabo del paradigma estatista. El interés en justificar la legitimidad del control fronterizo puede llevarnos, en un primer momento, a acudir a la visión kantiana del *derecho de permanencia temporaria*⁴², según la cual la solidaridad es una prerrogativa del soberano legal. Personalmente, sugiero que este derecho de hospitalidad sea interpretado en consonancia con el proyecto ético kantiano, universal. Entonces, nos encontramos con que el sentido de la hospitalidad cobra un fuerte cariz obligacional y se relaciona directamente con las máximas de acción kantianas. La opción por el paralelismo *imperativo moral del sujeto-obligación jurídica del Estado* extendería el derecho de hospitalidad al derecho de residencia permanente y a la condición plena de miembro de la sociedad mundial.

Si bien el estadocentrismo de la Modernidad hacía impensable una república mundial y lo razonable para el filósofo alemán era una

³⁹ Cfr. Immanuel Kant, *Crítica de la razón práctica* (Madrid, Tecnos, 2017).

⁴⁰ Seyla Benhabib, *Another Cosmopolitanism* (Oxford University Press, Nueva York, 2006).

⁴¹ Immanuel Kant, *Hacia la paz perpetua: un esbozo filosófico* (Madrid, Biblioteca Nueva, 2005), p. 95.

⁴² Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 31.

«constitución de Estados libres»⁴³, el panorama internacional de nuestros días sí hace razonable la ideación de formas políticas posnacionales. Benhabib plantea un proyecto moral que traspasa las fronteras estatales. Este pasa por el reconocimiento, no tanto de una serie de directrices de solidaridad, como de un auténtico catálogo de derechos cosmopolitas capaces de crear obligaciones legales que vinculen a las soberanías particulares. Cabe señalar que la autora no especifica cuáles son tales derechos, no fundamenta los límites de las obligaciones de los Estados y no ofrece pautas de acción para su consecución en un mundo carente de un aparato coercitivo supranacional. Su proyecto de solidaridad posnacional adolece de inconsistencias en varios aspectos.

Benhabib pasa por alto el *factum* de la exclusión humana que hemos desarrollado durante el presente trabajo: “Si usted y yo entramos en un diálogo moral y yo soy miembro de un Estado del que usted busca ser miembro y no lo es, entonces debo poder mostrarle con buen fundamento, con un fundamento que sería aceptable para ambos igualmente, por qué no puede nunca pertenecer a nuestra asociación y convertirse en uno de nosotros”⁴⁴.

Como vemos, da por hecho que el acceso del migrante al diálogo moral es posible, cuando es precisamente la cualidad de no miembro de la comunidad política lo que imposibilita el diálogo moral, sobre todo si es un inmigrante que carece de documentación o de recursos económicos y no ha logrado ingresar en el territorio. Por otro lado, se desprende que la coherencia es un valor fundamental de su ética normativa y un elemento inherente a toda justificación moral.

Las aportaciones de Benhabib contribuyen a la consolidación de un modelo de responsabilidad de las consecuencias⁴⁵, que se traduce en una moral condicional. A su juicio, si las acciones de uno pueden afectar las acciones de otro, entonces tenemos la obligación de regular nuestras acciones bajo una ley común de libertad que respete nuestra igualdad como agentes morales. La defensora de los *derechos de los otros* restringe el diálogo exclusivamente a los afectados por mis acciones y nos aleja del universalismo ético: «cada persona y todo agente moral que tiene intereses y a quienes mis acciones y las consecuencias de mis acciones pueden impactar y afectar de una manera u otra, es potencialmente un participante en la conversación moral conmigo»⁴⁶.

⁴³ Immanuel Kant, *Hacia la paz perpetua: un esbozo filosófico*, (Madrid, Biblioteca Nueva, 2005), p. 89.

⁴⁴ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁵ El modelo consecuencialista es el de Apel y Habermas, quienes proponen que la ética descansa en la responsabilidad acerca de las consecuencias de nuestros actos, siendo solidaria con los otros miembros actuales o virtuales de la comunidad de comunicación a los que se les debe un reconocimiento recíproco de personas como sujetos de la argumentación.

⁴⁶ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 81.

Además de la controvertida naturaleza de sus proposiciones, nótese que el vínculo de causalidad entre la acción soberana y el efecto que ésta conlleva sobre los otros es, en la mayoría de casos, de difícil determinación, lo que allana el terreno a la irresponsabilidad general. Como ella misma señala: «el sistema internacional de pueblos y estados se caracteriza por interdependencias tan extensas y entrecruzamientos históricos de destinos y fortunas, que el alcance de las obligaciones morales especiales tanto como las generalizadas trasciende en mucho la perspectiva del sistema estadocéntrico delimitado territorialmente»⁴⁷.

En función del modelo de gobernanza, estatalista o globalista, hacia el que nos orientemos, hablaremos respectivamente de solidaridad o de deber. Solo el deber es sustrato auténtico de la responsabilidad humana. En el camino de la justicia global necesitaríamos el respaldo teórico de una ética realista, no tanto del derecho como del deber, fuente de parámetros de acción internacionalmente válidos, de mínimos universalizables que procuren activamente, por encima de la acogida y membresía del Otro-migrante, el bienestar *in situ* del *Otro-en peligro* y del *Otro-pobre*.

7.- CONCLUSIONES

El método filosófico es imprescindible para entender los conceptos fundamentales sobre los que descansa la exclusión histórica y política, originaria y derivada, de los sistemas de derecho. La ciencia jurídica sirve para observar los mecanismos específicos mediante los que opera tal exclusión. Contra la vocación universalista de la ética formal y de los derechos humanos, tiene lugar una escisión estructural según la cual se limita el reconocimiento y beneficio de los derechos humanos a algunos ciudadanos.

Las respuestas adoptadas por la Europa constitucionalista frente a las crisis migratorias y de refugiados en el Mediterráneo corroboran que la sospecha de que el *ser-ciudadano*, beneficiario exclusivo de los derechos fundamentales, antecede y prevalece sobre el reconocimiento del ser humano. La UE ha reaccionado a tales sucesos blindando sus fronteras, anteponiendo la externalización de su control migratorio a países terceros, y la lucha contra la inmigración irregular, a la asunción de sus obligaciones en materia de asilo o al esfuerzo en cooperación internacional. Puede afirmarse que las razones europeas de la discriminación desplazan a la etnia y colocan en su lugar a la pobreza⁴⁸, entendida como la nueva gran amenaza de nuestras sociedades avanzadas. Aunque la solución a la cuestión de la pobreza y las condiciones socioeconómicas en los países subdesarrollados no consiste en abrir las fronteras, sino en apoyar a su desarrollo, Occidente

⁴⁷ Seyla Benhabib, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁸ Adela Cortina, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* (Barcelona, Paidós, 2017).

no colaborará seriamente para hacer frente a esta problemática mientras no la perciba como propia o se sienta responsable de la misma.

Ni la frontera ni el capitalismo son los sospechosos en el panorama actual. Las tensiones en torno a la justicia global radican en el desajuste existente entre la envergadura del mercado mundial y la realidad acotada de la ciudadanía fronterizada. A modo de conclusión, cabe decir que los derechos humanos solo tendrían razón de ser en el contexto de una república mundial, caracterizada por un sistema jurídico global que represente a la totalidad de las comunidades políticas existentes. El camino hacia esta suerte de federación de naciones auténticamente cosmopolita pasa por los siguientes puntos:

1º) Separar la ciudadanía de la nacionalidad; desterritorializar y reterritorializar la ciudadanía, expandiéndola y abarcando un ámbito subjetivo cada vez mayor; promover una ciudadanía plural e inclusiva basada en la idea de igualdad en la titularidad y garantía de los derechos políticos, económicos y sociales⁴⁹.

2º) Configurar legalmente o consolidar como derechos humanos los derechos a emigrar y a pertenecer a una comunidad política sin caer en el desamparo⁵⁰.

3º) Fomentar la creación de instituciones públicas interestatales capaces de controlar el mercado global y de fiscalizarlo⁵¹.

4º) Blindar el carácter supraestatal de los derechos humanos, haciéndolos realmente universales y acabando con la gran segregación de la especie humana que los enerva⁵².

8.- BIBLIOGRAFÍA

Agamben, G., "We Refugees". *A Quarterly Journal in Modern Literatures*, 49 (2), (1995), pp. 114-119.

Agamben, G., *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida* (Pre-Textos, Valencia, 1998).

Arendt, H., *Los Orígenes del Totalitarismo* (Alianza, Madrid, 2002).

Benhabib, S., *Los derechos de los otros* (Gedisa, Barcelona, 2005).

Benhabib, S., *Another Cosmopolitanism* (Oxford University Press, Nueva York, 2006).

Benhabib, S., *El ser y el otro en la ética contemporánea* (Gedisa, Barcelona, 2006).

⁴⁹ Javier De Lucas, «Ciudadanía: concepto y contexto. Algunas observaciones desde *Principia Iuris* de L. Ferrajoli» (Universidad de Valencia, 2013).

⁵⁰ Ermanno Vitale, *Ius migrandi: Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis* (Melusina, 2004).

⁵¹ Nancy Fraser, *Redistribution or recognition?* (Marcial Pons, Reino Unido, 2003).

⁵² José Antonio Zamora, «Ciudadanía e inmigración: Las fronteras de la democracia», pp. 141-157. En M. Hernández & A. Pedreño (coords.), *La condición inmigrante: Exploraciones e investigaciones desde la región de Murcia* (Universidad de Murcia, 2005).

- Benhabib, S., "Otro universalismo. Sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos". *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, 39, (2008), pp. 175-203.
- Cortina, A., *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia* (Paidós, Barcelona, 2017).
- De Lucas, J., «Ciudadanía: concepto y contexto. Algunas observaciones desde *Principia Iuris* de L. Ferrajoli» (Universidad de Valencia, 2013).
- Dussel, E., *Ética del discurso y ética de la liberación* (Buenos Aires, Docencia, 2013)
- Fraser, N., *Redistribution or recognition?* (Marcial Pons, Reino Unido, 2003).
- Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa* (Península, Barcelona, 1985).
- Habermas, J., *La inclusión del otro: estudios de teoría política* (Paidós, Barcelona, 1999).
- Kant, I., *Hacia la paz perpetua: un esbozo filosófico* (Biblioteca Nueva, Madrid, 2005).
- Kant, I., *Crítica de la razón práctica* (Tecnos, Madrid, 2017).
- Lévinas, E., *Ética e infinito* (Antonio Machado, Madrid, 2015).
- Mezzadra, S., *Derecho de fuga: migraciones ciudadanía y globalización* (Traficantes de sueños, Madrid, 2005).
- Rawls, J., *El derecho de gentes: una revisión de la idea de razón pública* (Paidós, Barcelona, 2001).
- Velasco, J. C., *El azar de las fronteras: políticas migratorias, ciudadanía y justicia* (Fondo de Cultura Económica, México, 2016).
- Vitale, E., *Ius migrandi: Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis* (Melusina, 2004).
- Zamora, J. A., «Ciudadanía e inmigración: Las fronteras de la democracia», pp. 141-157. En M. Hernández & A. Pedreño (coords.), *La condición inmigrante: Exploraciones e investigaciones desde la región de Murcia* (Universidad de Murcia, 2005).

DERECHO Y DIVERSIDAD ¿Crónica de una imposibilidad?

LAW AND DIVERSITY
A chronicle of an impossibility?*

Javier Herrera González**

RESUMEN: El presente escrito tiene la motivación de arrojar algo de luz sobre una dificultad intrínseca a la función social que cumple el Derecho: el manejo de la diversidad. En particular, la diversidad psicosocial ha supuesto históricamente un obstáculo persistente a la configuración de un molde jurídico que permita incluir en él todo el espectro de la realidad. El argumento que vehicula la exposición es que el carácter irresoluble de esta tensión conduce a la criminalización de una subjetividad que escapa a la pulsión normalizadora del sistema. Abordando las diferentes coyunturas que tratan, sin éxito, de disolver todas las diferencias en su seno se intentará demostrar la incompatibilidad de este proceso con la realización plena de los individuos.

ABSTRACT: *This essay is motivated to shed some light on an intrinsic difficulty to the social function that the Law fulfills: the management of diversity. In particular, psychosocial diversity has historically been a persistent obstacle to the configuration of a legal mould that allows it to include the entire spectrum of reality. The steering argument here is that the unsolvable nature of this tension leads to the criminalization of a subjectivity that escapes system's normalizing drive. By addressing the different junctures which try, unsuccessfully, to dissolve all the differences within them, an attempt will be made to demonstrate the incompatibility between this process and the full realization of individuals.*

PALABRAS CLAVE: diversidad psicosocial, salud mental, discapacidad, criminalización.

KEYWORDS: *psychosocial diversity, mental health, disability, criminalization.*

Fecha de recepción: 01/06/2021

Fecha de aceptación: 22/11/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2022.6572>

* El escrito corresponde a un Trabajo de Fin de Grado de Derecho realizado para la matrícula del 2º cuatrimestre del curso 2020-2021.

** Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: 100348659@alumnos.uc3m.es

1.- INTRODUCCIÓN: EN DEFENSA DE LA DIVERSIDAD PSICOSOCIAL

«Si os dan papel pautado, escribid por el otro lado»
Juan Ramón Jiménez¹

La construcción del Derecho como poder rector ha consistido, a raíz de su estrecha relación con la formación del Estado moderno, en enunciar una serie de abstracciones —ya sea bajo la rúbrica de normas o de principios— a partir de las cuales estructurar materialmente la vida en sociedad.² Por el carácter intrínsecamente abstracto de estas disposiciones, las conductas que cualquier sistema normativo enuncia como aceptadas o intolerables tienen en su base la perpetuación de un patrón conductual al que la ciudadanía debe ajustarse. La ideología de la razón proyectada tras dicha génesis delimita un espacio de cuyos estrechos esquemas escapa la diversidad, ilimitable por definición.

La diversidad psicosocial³ es la manifestación más extrema de tal exceso. En el interior de este concepto podemos aglutinar a todas esas individualidades que, al expresar su subjetividad, reproducen comportamientos que divergen del modelo de conducta racional establecido. Dado que el sujeto ideal que se impone como baremo jurídico pretende abarcar la totalidad —es decir, que no queden lagunas—,⁴ *necesariamente* tendrá que postularse proyectando cierto grado de homogeneización. El peligro que corre tal empresa es el de dejar automáticamente al margen a un sinfín de sujetos concretos cuya existencia se convierte, por sí sola, en transgresora de la norma.

Para entender el tratamiento jurídico contemporáneo de la diversidad psicosocial, a lo largo del texto se recorrerán los paradigmas desde los que se ha abordado. Por un lado, en el ámbito de la salud mental se han perfilado distintos modelos que tratan de explicar la naturaleza del fenómeno y la respuesta que la medicina debe articular. Por otro lado, a través del tratamiento histórico que ha tenido la discapacidad —cuya definición ha ido variando, como se verá más en detalle, paralelamente a la evolución de la salud mental—, la diversidad psicosocial ha encontrado un cierto reconocimiento, adquiriendo el

¹ Aforismo recogido por Ray Bradbury en su novela *Fahrenheit 451*.

² Abstracciones lógicas que, a su vez, son el producto «de una mediación real de las relaciones de producción». Evgeny B. Pashukanis, *Teoría General del Derecho y Marxismo* (Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, 2001), p. 73.

³ Esta terminología, frente a otras más estandarizadas como «discapacidad psicosocial» o «experiencia vivida de mala salud mental» (*Mental Health Europe*), tiene una doble intencionalidad: desmarcarse de fórmulas asociadas a uno u otro paradigma e incidir en el espectro experiencial que históricamente ha sido enclaustrado bajo el rótulo de la locura.

⁴ Sobre el «dogma de plenitud» y las diferentes propuestas doctrinales que han intentado salvar el componente cosmológico del Derecho, es interesante el capítulo que se le dedica a ello en Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho* (Temis, 2017), pp. 201 y ss.

estatus que ha permitido a los derechos que le corresponden una mayor protección.⁵ En este punto, resulta indispensable el análisis de la figura de la capacidad jurídica, cuyo desarrollo en el marco de derechos de las personas con discapacidad apela por extensión a los individuos que constantemente son puestos en tela de juicio por su condición.

De esta forma, el recorrido desembocará en la tesis que es el objeto principal de estudio: la criminalización por parte del Derecho de la alteridad irreductible⁶ que representa la diversidad psicosocial. Las diferentes instituciones de control que se revisarán, atendiendo principalmente a la readaptación que han experimentado y a su aún gran impacto actual, cierran el perímetro que cerca el espacio que constriñe lo diverso: de intentar curarlo a pasar a protegerlo para, finalmente, reprimirlo.⁷ Esta lógica, perfectamente acorde a los intereses *normalizadores* del sistema jurídico, pretende borrar la huella de lo que resulta consustancial a la realidad: la multiplicidad como determinación de lo concreto.⁸

Dibujados los contornos de este escenario, el cual es inherentemente violento para todas las personas que se han desviado de la pauta marcada, el propósito final del trabajo es apuntar *más allá* del angosto campo de acción del Derecho. Llevar hasta las últimas consecuencias la defensa de la diversidad psicosocial impone la necesidad de un paradigma no más garantista o más comprensivo, sino radicalmente distinto.

2.- ABORDAJE DESDE LA SALUD MENTAL

«El loco y el esquizofrénico están habilitados para recordarnos que algo no marcha en la racionalidad dominante: son el cadáver parlante en la alacena»
Giovanni Jervis, *El mito de la antipsiquiatría*

Tomar como línea de salida el enfoque médico no es arbitrario, sino que responde a criterios tanto cronológicos como clarificativos. Cronológicos porque la diversidad psicosocial, antes de concretarse como tal, pasó por todo un proceso histórico en el que la medicina, y particularmente la psiquiatría como rama especializada, supuso su

⁵ María Teresa Fernández, "La Discapacidad Mental o Psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Dfensor*, n.º 11 (2016), p. 10.

⁶ Marc Augé, *Los no lugares* (Gedisa, 2017), p. 26. Esta alteridad esencial o íntima, como la define el autor, es inherente a la noción misma de persona y a la construcción de su identidad individual.

⁷ La ruta de viaje que traza el trabajo no pretende insinuar que las distintas fases que lo conforman se hayan sucedido de manera lineal y sucesiva, sino que están en constante interacción y cada una juega su propio rol de contención.

⁸ «Lo concreto es concreto por ser la síntesis de muchas definiciones, o sea, la unidad de aspectos múltiples». Karl Marx, *Contribución a la Crítica de la Economía Política* (Editorial Progreso, 1989), p. 150.

primer eslabón constitutivo.⁹ Clarificativos porque la aproximación desde la salud mental, que comprende «un estado de bienestar en el que el individuo desarrolla sus capacidades, afronta las tensiones normales de la vida, puede trabajar productiva y fructíferamente y es capaz de contribuir a su comunidad»,¹⁰ permite entender los precedentes de los modelos de discapacidad que luego se analizarán y la función del entramado criminalizador que despliega el Derecho sobre esta diversidad.

En un principio, las desviaciones de la norma social se concentraban en un grupo indiferenciado de gente —locos, lunáticos, dementes, incapaces o perturbados—¹¹ cuya persecución y aislamiento se promocionaba como forma de política pública. Tras los antecedentes de la caza de brujas en el siglo XV,¹² la exorcización a la que se sometía a estas marginadas¹³ encontraba su fundamento ideológico y moral en la nueva configuración material de la sociedad. Las cárceles de pobres que surgieron por toda Europa en los siglos XVII y XVIII, que tomaban el lugar de las antiguas leproserías,¹⁴ institucionalizaron la represión de todo aquel que no aportara nada en términos productivos. Con la inauguración del *Hôpital Général* en 1656, Francia sentó el precedente, aunque solo fuera como alusión formal,¹⁵ de una vinculación entre el hacinamiento de indigentes y el poder médico. La relación quedaba sellada con la redacción del art. 11 del edicto emitido por Luis XIV, por el cual toda la mendicidad era susceptible de ser encerrada.¹⁶

A partir de entonces, el nexo entre la medicina y la reclusión de la locura se volvió ineludible. La nueva veda abierta culminó su formación entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, donde

⁹ «De alguna manera, la enfermedad no existe hasta que hemos acordado su existencia, al percibirla, nombrarla e intervenir sobre ella». Rosenberg, "Disease in History: Frames and Framers", *The Milbank Quarterly* 67, n.º 1 (1989), p. 2.

¹⁰ World Health Organization, "Mental health: Strengthening mental health promotion", *WHO Fact Sheets*, n.º 220 (2007).

¹¹ Fernández, "La discapacidad mental o psicosocial...", p. 12.

¹² Gabriel Bernat, "Las Brujas", fecha de acceso 20 de mayo de 2021, *Gabriel Bernat*, <<http://www.gabrielbernat.es/espana/inquisicion/ie/delitos/brujas/brujas.html>>

¹³ Julia Varela y Fernando Alvarez-Uría, *Las redes de la psicología*, (Ediciones Libertarias, 2015), p. 23. Se narra el episodio de las religiosas del convento de San Plácido, uno de los primeros casos de «histeria femenina» que dejan de tratarse como una posesión que debe ser purgada a través de la carne pecaminosa para pasar a considerarse como enfermedad que necesita curarse.

¹⁴ "Del gran encierro de Foucault a un Gulag químico", *Anti-psiquiatría* (blog), 20 de mayo de 2021, <<https://biopsiquiatria.wordpress.com/2009/05/16/gulagquimico/>>. La limpieza higiénica de los leprosos se sustituía por una limpieza disciplinaria.

¹⁵ Michel Foucault, *Historia de la locura en la época clásica I*, (Fondo de Cultura Económica, 1967), p. 39. Foucault se refiere a este establecimiento como una estructura semijurídica: «[e]n su funcionamiento, o en su objeto, el Hôpital Général no tiene relación con ninguna idea médica. Es una instancia del orden, del orden monárquico y burgués que se organiza en Francia en esta misma época».

¹⁶ «Art. 11: De todos los sexos, lugares y edades, de cualquier ciudad y nacimiento y en cualquier estado en que se encuentren, válidos o inválidos, enfermos o convalecientes, curables o incurables».

acaecería la creación del asilo y el nacimiento de la psiquiatría,¹⁷ fenómenos que darían paso a la construcción del marco de la salud mental. No deja de ser significativo que hayan sido precisamente psiquiatras de renombre como Gladys Swain quienes vieran en este proceso un proyecto que, lejos de buscar reprimir la locura, «definitivamente ha alejado al loco de las imágenes inquietantes de su confinamiento en sí mismo [...] devolviéndolo humildemente a la vida común del refectorio, el dormitorio o el taller».¹⁸

2.1.- El modelo clásico de salud mental: el paternalismo médico

Este nuevo punto de partida configura el tratamiento de la diversidad psicosocial de conformidad con parámetros médicos. El repaso histórico que, a grandes rasgos, se ha descrito hasta ahora, muestra la entrada en escena de la ciencia para responder a los enigmas de la locura. Poco a poco, su concepción deja de referirse a una *otredad* que se mantiene enfrentada a la normalidad imperante¹⁹ y pasa a integrarse como momento negativo de dicha normalidad. Es decir, en contraposición a la sociedad sana y ausente de conflictos, la locura aparecería como una conducta anormal que supone «una distorsión en la valoración de la realidad y una conducta incapacitante en la cual la alteración psicológica conduce a un comportamiento desorganizado».²⁰

La subsunción de la locura en el entramado psicopatológico permite a la medicina construir un corpus teórico con el que hacerse cargo de su tratamiento. Con este propósito, se acuñó el concepto de «enfermedad mental», cuyo logro principal fue conseguir tender un puente entre lo que es un simple desorden del espíritu²¹ y los defectos del cuerpo de raíz orgánica. En la asociación forzada de dos realidades con tan distinta naturaleza, la psiquiatría se permite aplicar con cierta libertad el esquema de identificación de síntomas y curación de lo que

¹⁷ Andrea C. Mosquera Varas, "De la ruptura o el vínculo entre razón y locura en Descartes, Foucault y Derrida", *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* 37, n.º 131 (2017), p. 25.

¹⁸ Gladys Swain, *Dialogue avec l'insensé: Essais d'histoire de la psychiatrie* (Gallimard, 1994), p. 37 [Francés].

¹⁹ «La idea de "lo otro" nos recuerda que las alternativas a la normalidad han existido desde hace siglos, en resistencia y frente a una normalidad carente de futuro, pero aceptada como parte de un sistema tautológico». Christian O. Grimaldo-Rodríguez, "Una perspectiva psicosocial sobre la noción de normalidad en medio de la crisis", *Análisis Plural*, Semestre 1 (2020), p. 216.

²⁰ Josep M. Costa i Molinari, *Manual de Psiquiatría* (Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma, 1994), p. 43.

²¹ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas* (Alianza, 1997), §408. Abstrayendo la contradicción en la razón de este desorden se encontrará el pretexto para su criminalización. En este sentido, vid. Franco Basaglia, "El hombre en la picota" en Ramón García (Ed.), *Psiquiatría, antipsiquiatría y orden manicomial* (Barral, 1974), p. 156: «para el hombre moralmente desviado, la cárcel; para el hombre enfermo del espíritu, el manicomio».

previamente ha calificado de trastorno como si se tratara de un problema neurológico.²²

Desde dichos presupuestos, la diversidad psicosocial se inserta en el conjunto de enfermedades que deben encararse tomando únicamente en consideración un enfoque puramente biomédico. Esta inclusión casará perfectamente con el estado general del paradigma de la salud del momento, atravesado por la preponderancia de lo que se ha denominado modelo paternalista, el cual ve en el paciente un sujeto al que, por encima de todo, proteger.²³ La asimetría de poder que opera en la interacción médico-paciente, caracterizada como unilateral y el tratamiento que resulta del diagnóstico como incuestionable, es avalada por el cariz científico-técnico que sustenta las decisiones que han de adoptarse, sin necesidad de hacer partícipe a quien se está curando.

La máxima del paternalismo tendrá su reflejo oficial en la Ley de Beneficencia del 6 de febrero de 1822 —parcialmente influyente en la elaboración a nivel nacional de una legislación más enfocada en la salud mental—,²⁴ que elevará a la misma a valor institucional, sustituyendo, en su versión laica y estatal, a la antigua caridad cristiana.²⁵ Con la política pública del siglo XIX se puede comprobar cómo se va instaurando la primacía de una visión completamente cooptada por las virtudes de la ciencia, la cual ha ocupado la posición que en otro tiempo pertenecía a la divinidad y se ha erigido como garante absoluta de la salud integral del cuerpo.²⁶ La enfermedad puede y debe erradicarse, y para ese propósito no es necesario más que el conocimiento agregado que se ha ido acumulando y que es, en tanto que saber objetivo, motor de un progreso exponencial.

Esta postura, que aún hoy sigue siendo recurrente, adquiere un grado cualitativamente mayor de condescendencia cuando el sujeto observado cuenta con un perfil psiquiátrico. La existencia de un historial de afectaciones psíquicas condiciona de principio el trato que este recibe, donde incluso dolencias de tipo orgánico se cuestionan

²² La transmutación de lo que tenía como origen uno o varios detonantes sociales se completa cuando ya no se ve más allá de lo que ocurre internamente en el organismo, vid. Thomas S. Szasz, *Ideología y enfermedad mental* (Aморrortu, 1976), p. 23: «tales dificultades –a las que podríamos denominar simplemente, creo yo, *problemas de la vida*– se atribuyen entonces a procesos físico-químicos que la investigación médica descubrirá a su debido tiempo (y sin duda corregirá)».

²³ Pablo Simón, "Diez mitos en torno al consentimiento informado", *Anales del Sistema Sanitario* 29, n.º 3 (2006), p. 30. El principio prevalente era el de beneficencia, como «el buen padre cuida de sus hijos».

²⁴ Víctor Aparicio y Ana Esther Sánchez Gutiérrez, "Norma y ley en la psiquiatría española (1822-1986)", *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* 17, n.º 61 (1997), p. 126.

²⁵ Pedro Maset Campos, "Legislación sanitaria" en Ana I. Romero Hidalgo, Rafael Huertas y Raquel Álvarez Peláez (Ed.), *Perspectivas Psiquiátricas* (CSIC, 1987), p. 65.

²⁶ Manuel Herrera Gómez, *Los orígenes de la intervención estatal en los problemas sociales* (Escuela Libre, 1999), p. 625. El pleno bienestar material tendría como requisito, desde esta concepción, una sociedad sana.

como posibles efectos derivados del trastorno. Nada más se da su ingreso, la persona psiquiatrizada se encuentra en un estado de hipervigilancia donde cualquier comentario, queja o dolencia puede ser reconducida hacia la etiqueta a la que se la reduce. Aquí quien ocupa el rol de paciente ya no solo debe ser curado, sino salvado con éxito de sí mismo.

De hecho, la jerarquía que emana de este escenario llega a tal extremo que el paciente es completamente objetivado en el proceso del diagnóstico. Cuando el médico niega el campo de la experiencia de la otra persona está ejerciendo una forma de violencia, pese a que la posición de sumisión que refuerza el modelo paternalista le impide a esta última afirmarse a sí misma como un sujeto existente y real.²⁷ Esto se extiende, a su vez, a un menoscabo del derecho a tomar decisiones sobre su propia salud, fomentado por disposiciones jurídicas relativas a internamientos o tratamientos forzados.

Sin perjuicio de algunos intentos de superación a nivel internacional,²⁸ los diferentes planes de acción contextualizados dentro de las estrategias nacionales de salud mental han redundado, mayoritariamente, en programas de corte biomédico que, debido a su reducida amplitud de miras, siguen incidiendo en las mismas técnicas de coacción.²⁹ Por mucho que desde hace varias décadas se haya generado una base empírica avalada por la investigación científica que sostiene las inmensas ventajas de unos servicios orientados al apoyo psicosocial, estos tratamientos alternativos se mantienen al margen del modelo hegemónico de salud mental, y una gran parte de las reformas legislativas que se han realizado continúan mermando la capacidad jurídica de las personas que caen bajo el paraguas de la diversidad psicosocial. Incluso cuando interviene la asistencia internacional, los recursos proporcionados se invierten en el aspecto esencialmente técnico, renovando las instituciones psiquiátricas y residenciales que son las principales protagonistas de las prácticas de control y aislamiento, en lugar de progresar hacia su paulatina disolución.³⁰

²⁷ David Cooper, *El lenguaje de la locura* (Ariel, 1979), p. 178.

²⁸ Organización Mundial de la Salud, *Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas* (OMS, 2001); Organización Mundial de la Salud, *Plan de acción sobre salud mental 2013-2020* (OMS, 2013). Estos informes han recopilado planes de tratamiento comunitario que partían de la premisa de liberar a la salud mental de reduccionismos médicos y propugnar el avance hacia una sociedad más integrada.

²⁹ Un ejemplo de la pervivencia de retórica biomédica en los planes de acción puede encontrarse en Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad, *Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud 2009-2013* (Centro de publicaciones, 2011), p. 42: «[...] los trastornos mentales, en especial los del ánimo, suelen presentarse en comorbilidad, entendida como la presencia de uno o más trastornos o enfermedades, y se asocian con un mayor grado de discapacidad».

³⁰ Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* (A/HRC/35/21, 28 de marzo de 2017), párr. 12.

Como muestra de lo que ha sido el régimen internacional, el *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación* cataliza el espíritu unidireccional y coercitivo de este modelo, donde se recogían medidas de excepción que permitían sistemáticamente restringir derechos amparándose en el juicio médico.³¹ El estándar internacional sobre el que se sostiene el Manual es el que se incorpora en los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental,³² instrumento internacional que contiene nociones en perfecta consonancia con el planteamiento jerárquico descrito.

En concreto, resulta revelador el cuarto principio («2. *La determinación de una enfermedad mental no se efectuará nunca fundándose en la condición política, económica o social, en la afiliación a un grupo cultural, racial o religioso, o en cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental*»), cuyos parámetros tratan de encapsular la locura como enfermedad, al margen de los determinantes sociales que la rodean. Asimismo, la prevalencia de una figura de autoridad que decida por el paciente quedaba perfectamente reflejada en su undécimo principio («6. *podrá aplicarse un plan de tratamiento propuesto sin el consentimiento informado del paciente cuando [...] c) la autoridad independiente compruebe que el plan de tratamiento propuesto es el más indicado para atender a las necesidades de salud del paciente*»).³³ Todos estos rasgos, todavía identificables en prácticas actuales, comienzan a dejar de monopolizar los protocolos y reglamentos del ámbito sanitario cuando se enuncia la necesidad de incorporar al sujeto tratado al proceso de toma de decisión.

2.2.- Un cambio de modelo: la autonomía del paciente

En un artículo relativamente reciente del *American Journal of Bioethics*³⁴ se exponía el caso de un joven de 23 años que solicitó la retirada de un desfibrilador que portaba por padecer una miocardiopatía arritmogénica del ventrículo derecho. Alegaba que los cables no le permitían estar cómodo en la intimidad y, a pesar de que

³¹ Organización Mundial de la Salud. *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación* (OMS, 2006). Al final del Capítulo 1 (p. 17), que explica el contexto legislativo, se expresa de manera cristalina este principio: «en el campo de la salud mental, existen cuadros clínicos que hacen necesaria la aplicación de estas restricciones o limitaciones».

³² Asamblea General de Naciones Unidas, *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental* (Resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991).

³³ Otras circunstancias para imponer un tratamiento sin contar con el paciente como «la seguridad de terceros» tendrán un rol central en la fase de castigo que comentaré más adelante.

³⁴ Daniel J. Brauner, "The structure of Autonomy-Paternalism: An exercise in framing and reframing", *The American Journal of Bioethics* 16, n.º 8 (2016), pp. 15-17.

los datos eran preocupantes —un 80% de los pacientes sin ese dispositivo fallecen a la edad de 50 años—, el Comité de Ética asistencial del centro no logró hacerle cambiar de opinión. En la polémica que desató el caso aparecían enfrentados dos enfoques profesionales que tomaban posición: respetar la decisión del paciente o replantearse los límites de esa voluntad en determinados casos críticos.³⁵

La verticalidad que caracteriza al modelo paternalista, donde el conocimiento es patrimonio de una élites que, en tanto únicas poseedoras del saber, deben ser las encargadas de decidir en los momentos delicados, empieza a mostrar signos de debilidad con el surgimiento y desarrollo de la bioética, una disciplina que se fundamenta sobre el debate abierto y la asunción de que la ciudadanía expresa su libertad cuando todos sus miembros pueden participar en esta toma de decisiones y la información es solo un requisito previo que debe coadyuvar a ese proceso, no actuar como barrera.³⁶

Los conceptos de salud y enfermedad, partiendo de esta óptica, no pueden considerarse como absolutos y, por tanto, determinados por la mirada objetiva y unilateral del profesional, sino que para tener la fotografía completa es necesario incluir los valores del afectado en la consolidación de su subjetividad.³⁷ Una muestra de cómo este nuevo modelo de relaciones sanitarias se traslada al plano jurídico es el consentimiento informado, que en nuestro Derecho aparece definido en el art. 3 («*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*») y desarrollado en el Capítulo IV de la Ley 41/2002.³⁸

Así, el cambio comienza a operarse en cada ámbito de la medicina, sustituyendo la protección como valor supremo que debe preservarse a toda costa por una progresiva horizontalidad en la que, si bien sigue existiendo cierto desequilibrio entre profesional y persona usuaria, la tendencia de imponer un tratamiento se diluye en favor de un diálogo de consenso. La formalización teórica de estos atributos toma cuerpo en la segunda mitad del siglo XX, cuyo espíritu es plasmado dentro de los principios básicos de la mencionada Ley.³⁹

³⁵ Luis Carlos Álvaro González, *Competencia en demencia. Manual de uso clínico* (Editorial Médica Panamericana, 2018), p. 17.

³⁶ Álvaro, *Competencia en demencia...*, p. 51.

³⁷ Simón, "Diez mitos en torno...", p. 31.

³⁸ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE n.º 274, de 15 de noviembre de 2002).

³⁹ «*Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios [...]. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente*».

No obstante, la ruptura con el anterior modelo es mínima. Primero porque la beneficencia promulgada por la medicina tradicional se sigue manteniendo en su formulación, pero ahora equilibrada con el resto de principios que consagra la bioética.⁴⁰ De hecho, su alusión en la Conferencia de Madrid⁴¹ («[n]o se debe llevar a cabo ningún tratamiento contra la voluntad del paciente, a menos que el no hacerlo ponga en peligro su vida o la de los que le rodean») mantiene una visión que, como se verá más adelante, resulta muy problemática desde la vertiente de la libertad individual. Segundo porque se abre la puerta para *modular*, jurídica y praxiológicamente, la autonomía en virtud de una técnica científica que se pretende suficiente por sí sola para realizar una buena práctica clínica. Y huelga decir que, si la autonomía se concede con reservas, su operatividad, que precisamente debe hacerse valer en los momentos más delicados, se vuelve de todo punto ilusoria.

Si ya en el contexto general se sigue manteniendo cierta contradicción y los esfuerzos por conseguir una comunicación e información más transparente a veces quedan reducidos a su expresión burocrática,⁴² en el campo de la salud mental tales avances han quedado relegados, en el mejor de los casos, a un puñado de buenas intenciones: la figura del consentimiento informado, que todavía vive su niñez dentro de la medicina general, en lo que concierne a la psiquiatría ni siquiera ha salido de la fase embriogénica.⁴³ Aunque incluso haciendo uso de esa metáfora estaríamos siendo demasiado generosos; al fin y al cabo, la diversidad psicosocial se concibe como la excepción que confirma la regla, el último bastión que le queda al poder médico para desplegar con total libertad sus mecanismos de anulación de la subjetividad.

La marginación de esta realidad se vuelve evidente en las distintas notas a la capacidad jurídica que se recogen en la legislación médica y los códigos deontológicos, pero es todavía más explícita en preceptos como el art. 7 del Convenio de Oviedo⁴⁴ —precedente directo

⁴⁰ Pío Iván Gómez Sánchez, "Principios básicos de bioética", *Revista peruana de obstetricia y ginecología* 55 (2009), p. 231. Entre 1974 y 1978, el Congreso de los Estados Unidos introduce cuatro directrices éticas para proteger a las personas incluidas en estudios de investigación biomédica. El Informe Belmont recoge los principios de autonomía, beneficencia, justicia y no maleficencia.

⁴¹ Declaración de Madrid Sobre Los Requisitos Éticos de la Práctica de la Psiquiatría, aprobada por la Asamblea General de Madrid, España, del 25 de agosto de 1996 y revisada por la Asamblea General de Yokohama, Japón, del 26 de agosto de 2002.

⁴² James M. Vaccarino, "Consent, informed consent and the consent form", *N Engl J Med* 298, n.º 8 (1978), p. 455. El consentimiento suele consistir en la firma de un formulario donde se incluyen multitud de matices orientados más a la protección legal del profesional que a una mejor comprensión del tratamiento por parte del paciente.

⁴³ Lourdes Mendiburu Belzunegui, "Bioética y psiquiatría" (Tesina, ICEB, 2004), p. 25.

⁴⁴ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología

de la Ley 41/2002, tal y como especifica en su exposición de motivos—, donde se establece que «la persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno».

Lo verdaderamente amargo radica en que, con el modelo paternalista, al menos, todas las relaciones clínicas quedaban atravesadas por la verticalidad inherente al mismo; sin embargo, con la generalización del nuevo modelo, las diferencias de trato entre *tipos de enfermos* se acentúan enormemente. El problema principal es que la propia definición de la enfermedad —cuyo estatus científico hace que se separe cada vez con más fuerza de lo que experimenta el interesado—⁴⁵ y el contenido del delirio se concretan según el mismo rasero médico que evalúa la competencia. Así, cuando la aludida Ley 41/2002 establece que es deber del médico que atiende al paciente definir su capacidad o ausencia de esta,⁴⁶ se ha decidido de antemano el resultado del examen.

Pese a los vistosos eslóganes que nutren la literatura psiquiátrica — «no hay bioética sin salud mental; no hay salud mental sin bioética» —,⁴⁷ la realidad es que, a la hora de enfrentarse a un tratamiento, lo primero que se pone en duda es la competencia del que va a ser tratado.⁴⁸ Por ende, renegar del biomédico que trata de apropiarse de la manifestación de la diversidad y patologizarla supone, a la fuerza, no ser reconocido como agente válido para decidir sobre la propia vida. Con todo, los mecanismos de decisión no han sido analizados siempre del mismo modo, de manera que es conveniente poner la mirada en la evolución de otro paradigma que, aunque paralelo al de la salud mental, cuenta con sus propias determinaciones.

3.- ABORDAJE DESDE LA DISCAPACIDAD

«La diferencia del otro no es un ángulo a limar ni una arista a abatir, sino la posibilidad de pensar más allá»
Marisa González, *Itinerarios. Historiografía y posmodernidad*

Sentada la base médica que ha ido moldeando la diversidad psicosocial y que ha tratado, sin éxito, de responder satisfactoriamente a sus interrogantes, el siguiente paso debe ser hacer un análisis similar

y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

⁴⁵ Jean Clavreul, *El orden médico*, (Argot, 1978), p. 43.

⁴⁶ «3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico».

⁴⁷ Ernesto A. Frontera Roura, "Salud mental y bioética: relación simbiótica", *Acta Bioethica* 15, n.º 2 (2009), p. 147.

⁴⁸ Álvaro, *Competencia en demencia*, p. 63. El autor ordena las razones para declarar la incompetencia en tres grupos: «(1) ideas delirantes, distorsión o negación de la realidad; (2) falta de reconocimiento de la enfermedad; y (3) proceso inadecuado de elaboración de la decisión».

desde el campo de la discapacidad. Aunque, como ya se ha adelantado, los distintos epígrafes de este trabajo no pueden entenderse sino como parte de un todo que ejerce su influencia de manera simultánea, sí conviene centrarse en las particularidades de cada vector y recorrer su evolución de manera análoga para comprender cómo se entrelazan sus visiones en la criminalización de la diversidad.

Rastrear los antecedentes históricos del modelo de discapacidad actual nos lleva a las primeras conceptualizaciones sobre la otredad, explicaciones que, al igual que en el caso de la salud mental, descansaban sobre creencias religiosas. La conformación material de la sociedad de entonces alimentaba la idea de prescindencia,⁴⁹ de modo que la diferencia que manifestaba la discapacidad, fruto de un castigo divino, debía ser marginada o, directamente, suprimida.

Posiblemente el mejor resumen de lo que sería la aproximación hegemónica a esta realidad durante los siguientes siglos esté en una afirmación que hace Aristóteles en su *Política*: «en cuanto a la exposición y crianza de los hijos, debe existir una ley que prohíba criar a ninguno defectuoso».⁵⁰ Este frío pragmatismo, ya fuera motivado para ahorrar sufrimientos al maldecido por su condición o para no cargar al resto de la comunidad con su desgracia, coincidía con las supersticiones de cada formación social: si en Atenas la discapacidad se veía como un castigo por algo que ya había ocurrido, en Roma implicaba una advertencia de que algo iba a suceder.⁵¹

La pervivencia del vínculo entre lo sagrado y aquellos atributos que eran identificados como defectuosos en el imaginario colectivo se extendió hasta la Edad Media, donde las prácticas de marginación y represión culminan la tradición demonológica.⁵² Concomitantemente, se empezaba a impulsar un sentimiento de caridad hacia la persona doliente que hará de la Iglesia una institución benéfica en la cual los afectados pueden encontrar la última esperanza de su redención.⁵³ Tanto el loco como el deficiente son hacinados allí donde no puedan estorbar la normal circulación de la vida cotidiana.

No obstante, análogamente a los primeros *impasses* de la medicalización de la locura, el aumento de *discapacitados de todo tipo*

⁴⁹ Agustina Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (CINCA, 2008). Este trabajo ofrece una descripción detallada de cada uno de los modelos que aquí, por motivos de concreción del objeto de estudio, no puede hacerse. Asimismo, para una profundización en los diferentes enfoques que han tenido lugar desde la Prehistoria hasta la Modernidad, vid. Antonio León Aguado, *Historia de las deficiencias* (Escuela Libre, 1995).

⁵⁰ Aristóteles, *Política* (Gredos, 1982), libro VII, versículo 1335b, p. 447.

⁵¹ Palacios, *El modelo social de discapacidad...*, p. 48.

⁵² Aguado, *Historia de las deficiencias*, p. 59. La instauración de la Inquisición responde, primordialmente, a la necesidad de suprimir a los *hijos del pecado y del demonio*.

⁵³ Ramón Puig de la Bellacasa, "Concepciones, paradigmas y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad", en *Discapacidad e información* (Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, 1990), p. 67.

—a causa, principalmente, de las constantes guerras y epidemias—⁵⁴ provoca un incremento de la mendicidad que ya no puede ser gestionado airoosamente mediante el asilo eclesiástico. A partir de este momento, la única respuesta posible al desamparo —y, sobre todo, al potencial peligro— de la persona discapacitada será la institucionalización. Ejemplo paradigmático de ello son las *poor laws* inglesas,⁵⁵ por las cuales se atajaba el problema dando trabajo, so pena de prisión, a aquellos pobres *capacitados* y otorgando una limosna a los que se consideraba enfermos.

Esta situación empezaba a ligar la discapacidad con la concepción biologicista que opera también en el panorama de la salud mental. Así, la diferencia que representan estos sujetos, calibrada en función de su adecuación al contexto social de cada época,⁵⁶ pasa a medirse según criterios de selección eminentemente científicos y a enmarcarse en la relación médica de tratamiento que le atribuye un rol puramente pasivo.

3.1.- El modelo rehabilitador

Como se ha podido ver, la posición del individuo deficiente a ojos de la sociedad completa su rotación. Partiendo del ostracismo al que era arrastrado por ser una pieza prescindible y símbolo de mal augurio ha conseguido alcanzar, a través de los siglos, el terreno de su acreditación humana. Pero este circuito cerrado lo mantiene atado a la sombra de su deficiencia. El modelo que enmarca ahora su identidad va a determinar que la comunidad necesita también de estas individualidades, con la prebenda de ser primero plenamente rehabilitadas para extraer de ellas toda su rentabilidad.⁵⁷

A estas alturas del recorrido, el *sujeto discapacitado* es ya reconocido como sujeto, pero frente al yo ideal con el que se le enfrenta aparece como una imagen inacabada del mismo.⁵⁸ El relato de castigo que desempeñaba la discapacidad se transforma en enfermedad: la deficiencia ya no se localiza en el alma atormentada, sino en el cuerpo roto. Y en tanto que el origen de esta fractura es natural, el discurso médico se dirige a borrar la diferencia y desposeer al enfermo de dicha enfermedad.⁵⁹

Se empieza a asociar así la discapacidad al concepto de minusvalía, un término que, literalmente, fija una escala de validez respecto al ambiente. A raíz de esta maniobra, el Derecho ha quedado

⁵⁴ Aguado, *Historia de las deficiencias*, p. 61.

⁵⁵ Conjunto de normas promulgadas desde 1536 que se refundieron en la Ley de pobres de 1601.

⁵⁶ Luis Rodríguez Bausá, "La imagen del otro en relación a la discapacidad. Reflexiones sobre alteridad", *Revista de la Escuela Universitaria de Magisterio de Toledo* 28, n.º 13 (2003), p. 149.

⁵⁷ Palacios, *El modelo social de discapacidad...*, p. 66.

⁵⁸ Rodríguez, "La imagen del otro...", p. 161.

⁵⁹ Clavreul, *El orden médico*, p. 155.

impregnado de definiciones que plasman esta relación. Sin ir más lejos, la LISMI⁶⁰ entiende por minusválido, en su art. 7.1, a «*toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia [...] en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales*». De una manera tan sutil como ilustrativa, la explicación de la discapacidad queda delimitada: esta será causa directa de la deficiencia que solo puede encontrarse en el interior del individuo.

En el mismo sentido, la idea de rehabilitación que propugna este modelo ha permanecido muy presente en nuestro ordenamiento. La propia Constitución, en su art. 49 («*los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*»), engloba en sus previsiones de asistencia social a los «disminuidos», volviendo a remitir a un estándar respecto del cual la persona discapacitada no se encuentra a la altura. Por consiguiente, ante la brecha entre el ritmo de estos rezagados y el de la vida productiva, el Estado debe conseguir una conciliación que trate de adaptar el primero a la esfera del segundo.

El movimiento de esta adaptación transita, empero, un carril de única dirección. Como el origen del desajuste se concibe individualizadamente, el sujeto debe tratar de suplir su falta de aptitud con una integración progresiva a su entorno. Desde técnicas de aprendizaje a un nivel general del comportamiento —métodos como el Análisis Aplicado del Comportamiento (ABA), habitualmente utilizados para «reconducir» a niñas y niños autistas a formas de socialización prototípicas—⁶¹ hasta políticas específicamente laborales —es el caso de las relaciones especiales del art. 2.1.g) del Estatuto de los Trabajadores, con el objetivo de acomodar la realidad de la discapacidad a la cadena productiva—,⁶² cada actuación responde a la necesidad de que no haya estrato de la cotidianidad que no participe

⁶⁰ Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (BOE n.º 103, de 30 de abril de 1982).

⁶¹ El *Applied Behavioral Analysis* consiste, a todos los efectos, en una terapia psicológica de conversión en la que comportamientos calificados como disruptivos se sustituyen por otros más funcionales. En Brian A. Boyd y otros, "Effects of a family-implemented treatment on the repetitive behaviors of children with autism", *J Autism Dev Disord* 41, n.º 10 (2011), p. 6, se expone cómo las sesiones se desarrollan a golpe de «avisos» verbales y físicos cada treinta segundos cuando el niño o la niña repite el hábito que se está tratando de modificar hasta que se obtiene el resultado perseguido.

⁶² De hecho, su promoción pública ha llegado a tal extremo que la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE n.º 312, de 30 de diciembre de 2006), ha establecido en su artículo 2 una escala de bonificaciones para los empleadores que contraten una persona con discapacidad —artículo que, dicho sea de paso, en el derogado párrafo primero ponía como uno de los colectivos que conferirían beneficios a las «mujeres en general»—.

del principio de normalización, bajo el cual todo individuo lleve a buen término su acercamiento al medio que lo rodea.⁶³

Haciendo uso del sofisma de la integración —que no busca conectar subjetividades en un cosmos diverso, sino *rescatar* lo que de valioso pueda aportar cada persona—, la diferencia se oculta y la desviación de los parámetros físicos y psíquicos dominantes se reorganiza.⁶⁴ El silenciamiento de lo que no se manifiesta idéntico a la sustancia ordenadora que el modelo impone alcanza su punto álgido cuando al estigma portado por la discapacidad se le agrega la irracionalidad latente de la locura.

Como ocurría en el paradigma de la salud, aquello que ahora pasa a etiquetarse como enfermedad mental acaba relegado a último eslabón de la cadena. En lugar de recibir por defecto un trato asistencial o de compensación, la rehabilitación aquí no admite aproximaciones graduales: o la persona loca abraza la sana cordura, o la recuperación será dada por imposible, procediendo entonces a su aislamiento. Dado que su incorporación al campo de la discapacidad no tiene lugar hasta más tarde,⁶⁵ las consecuencias en cuanto a su reivindicación como sujeto de derecho se vuelven más dramáticas.

De hecho, si en el epígrafe anterior veíamos que la figura del consentimiento informado era la que mejor mostraba el desequilibrio, ahora será la capacidad jurídica la que lo haga flagrante. El marco de regulación general puede entenderse a la luz de lo estipulado en instrumentos como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental⁶⁶ o la Declaración de los Derechos de los Impedidos,⁶⁷ donde la promoción de su igualdad formal ante la Ley, pese a las numerosas notas paternalistas propias del modelo —«bienestar y rehabilitación», «incorporación a la vida social normal», «derecho a un empleo productivo o alguna otra ocupación útil», «atención de un tutor calificado», etc.—, se puede percibir como tendente a un reconocimiento positivo de su estatus jurídico.⁶⁸

⁶³ Carlos Egea García y Alicia Sarabia Sánchez, “Visión y modelos conceptuales de la discapacidad”, *Políbea*, n.º 73 (2004), p. 32.

⁶⁴ Francisco J. Bariffi, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* (CINCA, 2014), p. 30.

⁶⁵ Maribel Cruz Ortiz y otros, “La enfermedad mental severa desde la perspectiva del modelo social de la discapacidad”, *Index de Enfermería* 20, n.º 3 (2011), pp. 179-83.

⁶⁶ Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, (Resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971).

⁶⁷ Asamblea General de Naciones Unidas, *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, (Resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975).

⁶⁸ De la segunda Declaración citada, cabe destacar los preceptos 5 y 11:
«5. *El impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible*».
«11. [...] *Si fuere objeto de una acción judicial, deberá ser sometido a un procedimiento justo que tenga plenamente en cuenta sus condiciones físicas y mentales*».

Para la diversidad psicosocial, en cambio, no existía siquiera esa porción de alivio. La cuestión de la peligrosidad, como tendrá ocasión de analizarse en el siguiente epígrafe, es el principal motivo de que la regulación haya limitado especialmente la capacidad jurídica para este grupo de personas. El trastorno mental supone el elemento cualitativo que marca la línea de admisibilidad de las medidas de represión explícita. Solo así se comprende la explicación que el Comité de Bioética del Consejo de Europa dio a colación de las objeciones posteriormente agrupadas en el Manifiesto de Cartagena⁶⁹ para no modificar la redacción sobre el internamiento forzado presente en el borrador del Protocolo adicional al Convenio de Oviedo: «la existencia de una discapacidad no puede justificar por sí sola la privación de libertad o el tratamiento involuntario».⁷⁰ Es decir, se requiere *algo más* que la simple discapacidad —y aquí es donde aparece la locura como entidad diferenciadora, el añadido necesario que permite alcanzar el criterio exigido— para que los reparos ante la violencia institucional desaparezcan.

Sea como fuere, la creciente concienciación sobre el artefacto ideológico que comportaba la conceptualización de la discapacidad hasta ahora descrita, cristalizada políticamente en agentes como el Movimiento de Vida Independiente,⁷¹ dio lugar a una progresiva transformación que no aterrizó de manera contundente en el Derecho hasta la publicación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷² (en adelante, CDPD). Este punto de inflexión modifica la visión teórica del paradigma y la configuración legislativa de la capacidad jurídica.

3.2.- El modelo social. Un cambio introducido por la CDPD

Ante la inconsistencia del andamiaje ontológico que el modelo tradicional había construido, empiezan a colocarse los cimientos para un edificio alternativo. Con este cambio de perspectiva, las limitaciones que experimenta la persona con discapacidad dejan de pensarse como consustanciales a una pretendida esencia que la condiciona fatalmente y se introduce un elemento social que resulta determinante en su

⁶⁹ El “Manifiesto de Cartagena por unos servicios de salud mental respetuosos con los derechos humanos y libres de coerción” (Cartagena: 3 de junio de 2016), pone de manifiesto contradicciones que se verán con más detalle en la exposición del modelo social.

⁷⁰ CDBI, “Statement on the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities” (Strasbourg: 7 de noviembre de 2011).

⁷¹ Se puede encontrar un estudio detallado de su génesis y desarrollo en Gerben DeJong, *The Movement for Independent Living: Origins, Ideology and Implications for Disability Research* (Michigan State University, 1979).

⁷² Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE n.º 96, de 21 de abril de 2008).

constitución.⁷³ Así, se pasa de buscar en el interior de ella una carencia biológica que explique el sufrimiento a reconocer que es en el medio que la rodea donde se encuentran los verdaderos detonantes.

El principal instrumento que da fe de este viraje es la citada Convención, cuya incursión en el panorama internacional supuso un hito no por la ausencia de normas previas que incorporaran elementos de corte social —aunque nunca tuvieran especial relevancia práctica—,⁷⁴ sino porque se erige como el primer instrumento de derecho en la materia que vincula jurídicamente a los Estados firmantes.⁷⁵ Con su ratificación posterior de manera generalizada, se formaliza el impulso para situar en el centro a las personas con discapacidad como sujetos con derechos y con un papel activo en la comunidad,⁷⁶ en lugar de al baremo hacia el que estas deben dirigirse.

Con el nuevo modelo la discapacidad pasa a concebirse como una suma de la condición individual y del conjunto de barreras, restricciones y/u opresiones sociales a las que hacen frente las personas que adolecen de dicha condición.⁷⁷ El foco ya no se localiza en la divergencia manifestada por el sujeto —sea esta cognitiva o de comportamiento—, sino en la estructura institucional que se impone por encima de este y valora negativamente la diversidad que encarna. El acto clasificatorio deja de pensarse como meramente descriptivo de una realidad neutra, pues en su propia formulación se está condicionando la percepción propia y ajena sobre la discapacidad.

Toma especial relevancia aquí la distinción entre «discapacidad» y «deficiencia», nociones falazmente equiparadas bajo la plena identificación de las circunstancias orgánicas con su reflejo práctico en la vida diaria.⁷⁸ Así, incapacidades fisiológicas como no poder hablar o caminar, consideradas en abstracto, son deficiencias, pero estas adquieren la entidad de discapacidad cuando falla la comunicación porque no existen elementos técnicos que habiliten un lenguaje común o cuando resulta imposible entrar a un edificio porque la estructura arquitectónica es incompatible con el uso de una silla de ruedas.⁷⁹

⁷³ Patricia Cuenca Gómez, "Discapacidad y privación de la libertad", *Derechos y libertades*, n.º 32 (2015), p. 166.

⁷⁴ AGNU, *Informe del Relator*, párr. 32.

⁷⁵ Christian Curtis, "La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante un nuevo paradigma de protección?", en *Memorias del Seminario Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007), p. 71.

⁷⁶ UN Human Rights, "Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Advocacy Toolkit", *Professional Training Series*, n.º 15 (2008), p. 10.

⁷⁷ Michael Oliver, *Understanding disability: From theory to practice* (Palgrave, 1996), p. 32.

⁷⁸ Simo Vehmas y Pekka Mäkelä, "The ontology of disability and impairment: A discussion of the natural and social features" en Kristjana Kristiansen, Simo Vehmas y Tom Shakespeare (Ed.), *Arguing about Disability: Philosophical Perspectives* (Routledge, 2010), p. 44.

⁷⁹ Jenny Morris, *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability* (Women's Press Ltd., 1991), p. 17.

Por este motivo, los factores ambientales van a ser clave a la hora de articular un discurso explicativo en torno a la situación,⁸⁰ identificando la diferencia entre esta y el patrón normativo. Si la idea de rehabilitación se amparaba en un determinismo biológico que no veía más allá del cuerpo, desde esta perspectiva se enfatiza el lugar que ocupa el grupo estigmatizado dentro del orden establecido. Y, en consecuencia, la solución que se plantea sigue un camino distinto: no se trata de buscar una adaptación de dichas personas al entorno, sino de sobrepujar la situación de vulnerabilidad que sufren mediante su empoderamiento colectivo.

Este empoderamiento ha tenido una doble influencia jurídica. Por un lado, en los principios que la propia CDPD enuncia en contraposición a aquellos que imperaban en modelos anteriores: tanto los valores de autonomía personal y vida independiente⁸¹ —que engarzan directamente con los del modelo autonomista del paradigma médico— como la apreciación de la riqueza que aporta la diversidad a la sociedad⁸² dinamitan la carga de incompletitud que la discapacidad venía arrastrando.

Por otro lado, en la labor legislativa de la última década se ha consolidado un cambio significativo de percepción en relación con la capacidad jurídica. El principal avance frente al anterior modelo es el acento sobre la autorregulación de la persona, que hace su primera incursión oficial en nuestro ordenamiento con la Ley 26/2011.⁸³ En el preámbulo se alude específicamente al carácter biomédico del comentado artículo 49 CE, a la necesidad de incorporar la perspectiva social que el art. 4 CDPD impone a los Estados firmantes⁸⁴ y, lo que es más importante, al giro que se plantea respecto de la derogada Ley 51/2003 para «avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva».

La culminación de esta serie de reformas para plasmar el espíritu de la Convención se encuentra, actualmente, en la recientemente

⁸⁰ La «estrategia de situación» ha sido definida desde el Derecho como medida de la discriminación que sufre un grupo dado. Vid. Rafael de Asís, “Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos” en Miguel Ángel Ramiro y Patricia Cuenca (Ed.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos* (Dykinson, 2010), pp. 163-80.

⁸¹ Art. 3. a): «El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas».

Art. 19: «Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad».

⁸² Preámbulo, m): «Reconociendo el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades».

⁸³ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE n.º 184, de 2 de agosto de 2011).

⁸⁴ «a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención».

aprobada Ley 8/2021⁸⁵, vigente desde el pasado tres de septiembre. La utilización reiterada de la fórmula «voluntad, deseos y preferencias», amén de la sustitución de la prohibición y modificación de la capacidad jurídica por la prestación de apoyos para su pleno ejercicio son las muestras más visibles del cambio de mentalidad. Este tipo de nomenclatura trasladada al marco legal la distinción doctrinal entre ser y estar vulnerable,⁸⁶ en el sentido de que la vulnerabilidad no está reservada a un colectivo concreto, sino que depende de la posición de cada individuo en un momento dado; la clave es garantizar su participación activa en las decisiones que le afectan apoyado en una red cercana que lo ayuda.

Sin embargo, las mejoras implementadas dejan de lado, una vez más, a la diversidad psicosocial. Es cierto que su encaje jurídico choca con una *inadecuada* incorporación normativa de los principios y derechos enunciados —por ejemplo, cabe mencionar el informe preliminar del Relator contra la Tortura Juan Méndez,⁸⁷ donde se observan carencias en la regulación sobre «reclusos alienados y enfermos mentales» que deben actualizarse de acuerdo a las disposiciones de la CDPD—,⁸⁸ pero la principal zona de fricción se da con las propias *insuficiencias* del modelo.

Por más que se trata de huir a toda costa de esencialismos, paradójicamente se acaban aceptando las premisas y las conclusiones que se intentaban combatir. En tanto que la discapacidad se concibe como una construcción social, pero no así la capacidad, por fuerza se está estableciendo una relación de desequilibrio entre ambos polos. La interpretación de la alteridad como un problema social deviene en promoción del ideal de ciudadanía como límite de confluencia: el cacareado empoderamiento se supedita a la construcción de un futuro en el que las personas con discapacidad disfruten del mismo estado normal que las personas no afectadas están ya disfrutando.⁸⁹ El *problema* de la deficiencia, venga abordado por medio de parámetros

⁸⁵ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE nº 132, de 3 de junio de 2021).

⁸⁶ Rafael de Asís, “Derechos y situaciones de vulnerabilidad” en Ana María Marcos del Cano (Ed.), *En tiempos de vulnerabilidad: reflexión desde los derechos humanos* (Dykinson, 2020), p. 41.

⁸⁷ Asamblea General de Naciones Unidas, *Informe provisional del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (A/68/295, de 9 de agosto de 2013), párrafo 72.

⁸⁸ La puesta en común de una serie de reflexiones y de propuestas concretas para llevar a cabo la referida actualización puede encontrarse en Patricia Cuenca Gómez, *La adaptación de la normativa penitenciaria española a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: informe propuesta* (CINCA, 2019), pp. 87-196.

⁸⁹ Steven R. Smith, “Social justice and disability: Competing interpretations of the medical and social models”, en *Arguing about Disability...*, cit., p.19.

médicos, sociales o una combinación de los mismos,⁹⁰ es *solucionable* mediante reajustes que llevan la «anormalidad» y la «dependencia» a converger con su perfecto inverso.

Esta deseada convergencia reproduce viejos esquemas maniqueos. La división entre deficiencia y discapacidad llega a ser tan dicotómica que se entrega completamente la dimensión corporal a la medicina⁹¹, confirmando sin quererlo el reduccionismo que ella hace. Una separación de tal calibre entre cuerpo y discapacidad repite el «error de Descartes» de separar cuerpo y alma, lo que, de forma refleja y más incisiva, tiene lugar en el campo de la salud mental con la oposición de cerebro y mente o biología y subjetividad.⁹²

La visión capacitista que considera el conjunto de funcionamientos de un sujeto estándar como las capacidades que deberían ser inherentes al cuerpo de cualquier persona⁹³ alcanza su máxima expresión cuando se extiende también a la conducta. De poco sirve identificar la brutal estigmatización de la locura en el plano social si el discurso del modelo no enlaza dicha opresión a la carga material que porta el diagnóstico de esa locura. Es precisamente la falta de esta perspectiva relacional la que provoca una exclusión de facto de las personas cuya racionalidad y capacidad de autonomía se cuestiona.⁹⁴ Así, al abandonar la etiología de la enfermedad mental y no prestar atención a la dinámica que interrelaciona cuerpo y entorno, se reedita el dualismo entre tratamiento moral y físico imperante en las escuelas alienistas del siglo XIX.⁹⁵

⁹⁰ El «modelo biopsicosocial» hace sus primeras incursiones en la clasificación que adoptó la OMS a principios de siglo (*International Classification of Functioning, Disability and Health*, aprobada por la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada del 17 al 22 de mayo de 2001). Tras la celebración de la CDPD, cierta parte de la literatura ha optado por esta conciliación como la ontología más acertada, vid. Jonathan Kenneth Burns, "Mental health and inequity: a human rights approach to inequality, discrimination, and mental disability", *Health and Human Rights Journal* 11, n.º 2 (2009), pp. 19-31.

⁹¹ Mario Toboso Martín, "Diversidad funcional: hacia un nuevo paradigma en los estudios y en las políticas sobre discapacidad", *Política y Sociedad* 55, n.º 3 (2018), p. 787.

⁹² Manuel Desviat, "La acción terapéutica: de lo singular a lo colectivo (notas para otra salud mental)" en Omar Alejandro Bravo (Ed.), *Pensar la salud mental: aspectos clínicos, epistemológicos, culturales y políticos* (ICESI, 2016), p. 15.

⁹³ Toboso, "Diversidad funcional...", p. 796.

⁹⁴ María del Carmen Barranco Avilés, "La disabilita intellettiva e la disabilità psicosociale come situazioni di vulnerabilità", *Rivista di filosofia del diritto* 7, n.º 2 (2018), p. 305 [Italiano].

⁹⁵ Robert Castel, "Tratamiento moral: terapéutica mental y control social en el siglo XIX", en *Psiquiatría, antipsiquiatría...*, cit., p. 74. La contraposición entre la escuela somaticista —locura como enfermedad física— y la psicológica —locura como afección del alma— acabará teniendo su consenso práctico en el «eclecticismo terapéutico». Del mismo modo, el enfrentamiento entre modelo social y rehabilitador es solo aparente: donde la teoría médica de la enfermedad se muestra incapaz de abarcar la diversidad, la percepción social de la salud cubre el vacío, sobre cuya base «lo patológico se desprende negativamente como aquello que *falta* en relación a esta normalidad caracterizada por la regularidad de la conducta» (ibídem, p. 80). Uno y

La condición de sujeto errático de derecho, siempre demasiado alejado de los márgenes que puede establecer la capacidad jurídica, pone en riesgo la pacífica convivencia del resto de individuos. Si su mera existencia resulta conflictiva por la incompatibilidad de la misma con el sistema, el salvoconducto que resta por analizar es el del control más palmario. Recopilando los avances que han ido apareciendo a lo largo del trabajo, llegamos ahora al apogeo de la lógica descrita: la criminalización de la diversidad psicosocial.

4.- CRIMINALIZACIÓN, PELIGROSIDAD Y RIESGO

*«Con la expansión de la economía mercantil burguesa, el oscuro horizonte del mito es iluminado por el Sol de la razón calculadora, bajo cuyos gélidos rayos madura la simiente de la nueva barbarie»
Theodor W. Adorno, *Dialéctica de la Ilustración**

Hasta este momento, he tratado la cuestión de la diversidad valiéndome de los modelos de salud mental y de discapacidad. Como se ha visto, su evolución ha planteado problemáticas que se han atajado mediante sucesivas reformas y cambios de perspectiva, virando de posturas abiertamente condescendientes y naturalizadas a otras con una cierta consideración del elemento social disruptivo en la conformación de la subjetividad. Pero los esfuerzos por encuadrar la diversidad psicosocial son solo una cara de la moneda —la de la historia de su (no) reconocimiento dentro del sistema—, lo que significa que debemos reflexionar, si queremos alcanzar una comprensión integral del fenómeno, sobre la respuesta institucional que se activa cuando dicho reconocimiento se frustra.

La relación entre el Derecho y la peligrosidad ha sido siempre complicada. Es importante entender que en un sistema normativo, donde los principios dominan a los hechos —en contraposición al sistema científico, donde la contradicción se subsana modificando la ley en lugar de la acción—, la sanción presupone la violación de una norma⁹⁶. En este sentido, la tipificación de un ilícito se fija con suficiente precisión para que exista la posibilidad por parte de los individuos de adecuar sus acciones a la misma. La coerción que incorpora la sanción no puede, por ende, descansar únicamente sobre la consideración, en abstracto, de que cierto individuo es peligroso. Para el combate de esta peligrosidad se vuelve necesaria una medida de defensa social⁹⁷ que va más allá del mero cuadro de formas

otro constituyen momentos complementarios dentro del orden que gestiona la irracionalidad.

⁹⁶ Bobbio, *Teoría General del Derecho*, p. 101.

⁹⁷ «Estas reglas [que determinan la medida] pueden ser más o menos complejas, según que el fin sea la eliminación mecánica del individuo peligroso o su reeducación». Pashukanis, *Teoría General del Derecho...*, p. 247.

jurídicas, ya que incorpora una práctica que se racionaliza desde el tutelaje de los intereses generales frente a la minoría criminal.

En el caso de las acciones que acarrearán una infracción legal, la respuesta está contenida en la propia previsión del sistema, pero, en su conjunto, esta totalidad busca conformar un ordenamiento normativo que ni siquiera deba recurrir a la sanción porque la violación no se contempla. Tal escenario es solo imaginable, siguiendo a Bobbio, en dos tipos de sociedades extremas: una de seres perfectamente racionales y una de seres perfectamente automatizados.⁹⁸ De lo que el autor no se percata es que, bajo las coordenadas que introduce la Modernidad, la antítesis de ambos lados es simulada y perfectamente funcional a los intereses del dominio. La hipostatización del sujeto de Derecho buscará alcanzar dicho objetivo en virtud de una integración universal que haya resuelto de antemano todas las amenazas posibles. Los primeros pasos en esta dirección pueden resumirse en la caracterización que se hace del peligro.

4.1.- La respuesta ante el peligro

Ante el dilema de que solo un hecho ya realizado, y no un pensamiento o un modo de ser,⁹⁹ era candidato de insertarse en la categoría de delito, el penalismo clásico debía incorporar *por la puerta de atrás* la personalidad a la valoración de las cuestiones de hecho. Al rescate llegaban las disciplinas científicas auxiliares con el soporte adecuado para disipar miedos y preocupaciones.

Con esta maniobra, el argumentario legal, apoyado en el asesoramiento médico, posibilitaba la conservación de lo que constituirá una de las pautas *objetivas* más comunes en la tipología criminalizadora: el orden público. En especial, es muy ilustrativo comprobar cómo la pericia psiquiátrica, incluida en el corpus de la fase probatoria como elemento determinante del contenido del veredicto, se desenvuelve para cubrir las necesidades políticas dirigidas a tal fin.¹⁰⁰ Mientras que en su relación histórica con el crimen su ejercicio había consistido en identificar la existencia o no de un cierto estado de demencia en el sujeto que lo descalificara a ojos de la culpabilidad, la constatación de esa incapacidad jurídica va a pasar a ser requerida en un *a priori* completamente especulativo.

⁹⁸ Bobbio, *Teoría General del Derecho*, p. 102.

⁹⁹ José Bettioli, *Instituciones de Derecho penal y procesal* (Bosch, 1977), p. 25.

¹⁰⁰ «La pericia permite pasar del acto a la conducta, del delito a la manera de ser [...]; desplazar el nivel de realidad de la infracción, porque lo que estas conductas infringen no es la ley, ya que ninguna ley impide estar afectivamente desequilibrado». Michel Foucault, *Los anormales* (Fondo de Cultura Económica, 2000), p. 29. La infracción que se sanciona no apunta a la Ley, sino a una serie de reglas psicológico-morales que han sido alteradas por el comportamiento.

Así, frente a la clásica fórmula penal de que no existe delito si el reo se encuentra en estado de demencia en el momento de su acto¹⁰¹ —fórmula que se ha mantenido en un espíritu similar a lo largo del tiempo hasta tener reflejo en nuestro actual ordenamiento—,¹⁰² la evolución de la pericia apunta a la sustitución de la problemática del individuo jurídicamente responsable por la imposición de una técnica de normalización.¹⁰³ De esta manera, con la reubicación de la acción punitiva en una constelación de técnicas de transformación de los individuos hacia un estándar normalizado, se forja un poder que conjuga las instituciones médica y judicial y, al mismo tiempo, adquiere entidad por encima de ellas.

A partir de la entrada en vigor de la Ley de 1838,¹⁰⁴ la nueva pregunta que se plantea el psiquiatra queda apuntalada: ahora, ante una alterabilidad inminente de la seguridad y el orden público, lo que debe evaluar es la relación entre locura y peligrosidad.¹⁰⁵ La ciencia médica dejará de consistir únicamente en una herramienta de evaluación de lo que el *enfermo* piensa o es consciente y se instaurará también como método que anticipe lo que involuntariamente es susceptible de cometer. Esto se extiende hasta el punto de que para medidas tan graves como el internamiento involuntario solo será necesaria la autorización médica.

El viraje nosográfico que introduce la citada ley hace visibles sus consecuencias en la fundamentación de las privaciones de libertad de las personas calificadas como alienados. La redacción del artículo 18,¹⁰⁶ además de colocar la discrecionalidad del poder administrativo en una posición central del proceso de reclusión, recoge con especial cuidado los términos que pasan a ser instrumentalizados desde el ámbito profesional psiquiátrico, en detrimento de una metodología puramente médica.

Si bien la conceptualización del orden público sigue impregnando la estructura de control de las diferentes instituciones, la sanción de lo diverso se vehicula, como ya se ha adelantado, a través del concepto de «peligro».¹⁰⁷ La idea de sanción juega aquí un doble papel muy

¹⁰¹ Así lo expresa el art. 64 del Código Penal Francés de 1810: *Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au moment de l'action.*

¹⁰² El artículo 20.1 CP establece que estará exento de responsabilidad criminal: «1.º El que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión».

¹⁰³ Foucault, *Los anormales*, p. 37.

¹⁰⁴ Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados.

¹⁰⁵ «Ya no, por lo tanto, los estigmas de la incapacidad en el plano de la conciencia, sino los focos de peligro en el del comportamiento». Foucault, *Los anormales*, p. 135.

¹⁰⁶ «En Paris el jefe de policía, y en los departamentos los gobernadores, ordenarán de oficio la reclusión en un establecimiento de alienados, de toda persona incapacitada o no, cuyo estado de alienación comprometa el orden público o la seguridad de las personas».

¹⁰⁷ «la sociedad va a proponer una respuesta homogénea con dos polos: uno, expiatorio; el otro, terapéutico. Pero ambos son los dos polos de una red continua de

significativo: como refrendación de lo que entra o no en esta categoría, pero, sobre todo, como materialización del castigo a un individuo por caer en dicha categoría. La evocación de un peligro individualizado permite dejar abierta la puerta al uso de la coacción y la represión basándose exclusivamente en principios subjetivos que, lejos de encontrar respaldo en algún tipo de investigación fundada,¹⁰⁸ responden a criterios de manifiesta arbitrariedad política.

La extensión del tratamiento en clave paternalista que se hacía a aquella persona encuentra continuación, como complemento imperativo, en su represión a diferentes niveles por la peligrosidad que entraña para *los demás*. El artículo 5 del Real Decreto de 21 de mayo de 1885, que traslada a la legislación española el espíritu de la referida Ley francesa del 38, expresa de manera cristalina este prisma.¹⁰⁹ El peligro proyectado se convierte así en una especie de carta blanca que los poderes médicos y judiciales usan para establecer las directrices de la vida social.¹¹⁰

En la medida en que la peligrosidad sirve como argamasa que mantiene unido el binomio de locura y crimen, la prueba que da empaque a todo este edificio teórico nace de su ejemplificación en alguna conducta reprobable tanto moral como jurídicamente. La psiquiatría hizo uso de la figura del monomaniaco para dicho cometido, pues mediante la exposición de un caso extremo y monstruoso se completaba el circuito de identificación esencialista entre una y otra.¹¹¹ No obstante, el poder constituido a partir de esta premisa advierte que una generalización de tales dimensiones no puede sostenerse de forma prolongada en el tiempo. Es aquí donde la regulación administrativa comentada irrumpe para otorgar continuidad: con el internamiento involuntario amparado legislativamente se consuma la equiparación de los dos polos de la contradicción de manera práctica, pues todas las personas internadas —locas, en definitiva— son, automáticamente, portadoras de un riesgo potencialmente mortal.¹¹²

instituciones, cuya función, en el fondo, ¿es responder a qué? [...] Al peligro». *Ibidem*, p. 41.

¹⁰⁸ AGNU, *Informe del Relator*, párr. 64.

¹⁰⁹ El tenor literal de este precepto es el siguiente:

«El ingreso en observación de dementes, en la forma establecida no podrá tener efecto sino en casos de verdadera y notoria urgencia, declarados así en los informes del alcalde y delegado de medicina y mientras el presunto alienado pueda permanecer en su casa sin peligro o molestias excesivas para las personas de su familia o que vivan próximas a él no podrá ser recluido, a menos que lo acuerde el juzgado de primera instancia respectivo, previa la instrucción del oportuno expediente».

¹¹⁰ «Para justificarse como intervención científica y autoritaria en la sociedad, para justificarse como poder y ciencia de la higiene pública y la protección social, la medicina mental debe mostrar que es capaz de advertir, aun donde nadie más puede verlo todavía, cierto peligro». Foucault, *Los anormales*, p. 117.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 135.

¹¹² «[El monomaniaco] será sucedido ahora como figura típica por el pequeño obseso: aquel que [...] podría matar, y demanda muy cortésmente a su familia, a la

Con todo, el carácter impredecible de la peligrosidad entra en conflicto con la posibilidad de establecer una política preventiva sólida. La ley francesa de 1838 o la italiana de 1904,¹¹³ promulgadas con este propósito, tratan de contener tras los muros del manicomio la volátil patología, pero a nivel técnico presume una puesta en marcha de medios completamente desproporcionada respecto a la finalidad perseguida.¹¹⁴ Dado que la eficiencia es siempre un factor determinante en el progreso, del encierro apoyado sobre el diagnóstico individualizado se evolucionará hacia una reordenación represiva en torno al riesgo.

4.2.- Abstracción del peligro: el riesgo

Tras sentar las bases de la criminalización, el nuevo cariz se comienza a implementar en una carta que dirige Morel al gobernador civil con motivo de un estudio que relaciona condiciones de vida de las masas hondas del proletariado con la enfermedad mental.¹¹⁵ Al solicitar ayuda para realizar su estudio de campo argumenta que es «una misión delicada que no puede realizarse sino bajo la protección de la autoridad». Dada la *degeneración moral* de este fragmento de la población y el riesgo objetivo que conlleva, no tardará en aplicarse de manera generalizada esta «profilaxis preservadora» en políticas de prevención, con su culminación en las estrategias eugenésicas del primer tercio del siglo XX.¹¹⁶

Lo relevante no es tanto la técnica desplegada como la mutación en el razonamiento que posibilita dicho despliegue. El impulso psiquiátrico que alude a la desnutrición o a la promiscuidad sexual como factores de riesgo que porta la capa social más baja transfigura el espacio que ocupaba la prevención. Las palabras de Jean-Pierre Falret — «porque no sólo se trata de proteger la vida sino la propiedad, el honor de los individuos, así como el orden público» —¹¹⁷ adquieren completo significado al pasar de los peligros internos adheridos al sujeto al conjunto de amenazas exógenas a las que este ha sucumbido.¹¹⁸ El reino de la razón calculadora necesita salvaguardarse, y para ello cada indicio de sospecha que pueda hacer irrumpir un imprevisto deberá neutralizarse.

administración, al psiquiatra, que lo encierren para tener por fin la dicha de no hacerlo». *Ibíd.*, p. 136.

¹¹³ Legge 14 febbraio 1904, n. 36. Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati.

¹¹⁴ Robert Castel, De la peligrosidad al riesgo en *Endymion* (Ed.), *Materiales de sociología crítica* (Las Ediciones de la Piqueta, 1986), p. 223.

¹¹⁵ Benedict-Auguste Morel, *Le no-restraint ou de l'abolition des moyens coercitifs dans le traitement de la folie* (Hachette BNF, 2018), p. 103 [Francés].

¹¹⁶ Castel, "De la peligrosidad...", p. 226.

¹¹⁷ Cita recogida en Klaus Holzkamp, *Ciencia marxista del sujeto. Una introducción a la psicología crítica* (La Oveja Roja, 2015), p. 204.

¹¹⁸ Castel, "De la peligrosidad...", p. 232.

La abstracción llega a tal nivel que el propio sujeto, en tanto blanco de la represión, desaparece. Su lugar pasa a ocuparlo una serie de estadísticas y probabilidades que decidirán, en último término, el grado de desviación tolerable. La vigilancia absoluta que atraviesa todas las diferencias y delimita la frontera exterior de lo anormal,¹¹⁹ irónicamente, acalla los miedos colectivos e irradia seguridad, aun cuando nadie, y mucho menos quienes pertenecen al sustrato más propenso a ser criminalizado, está libre de ver quebrada su racionalidad adaptativa. Y esto solo puede ocurrir asumiendo la premisa de que lo que se combate y castiga es una imagen —se le llame Lucifer, enfermedad, degeneración o diversidad— cuyo rechazo confirma la normalidad de quien no ve su reflejo en ella.¹²⁰

Resulta significativo comprobar cómo el tránsito de un peligro de dimensión particularizada a una relación de factores de riesgo más abstracta no ha sido lineal ni simultáneo, sino más bien una tendencia que se ha materializado dispersamente. Por un lado, porque la concepción primaria del riesgo se encuentra esbozada en aspectos que la pericia psiquiátrica y el higienismo médico decimonónico —escuela que florece en Francia entre finales del siglo XVIII y principios del XIX para dar respaldo científico a las políticas de higiene pública— ya habían incorporado antes de sistematizarse. Por otro, porque las instituciones de control de la diversidad que surgieron en este período y que siguen funcionando actualmente sin grandes cambios comparten elementos de una u otra corriente objetivados en la técnica empleada.

El polo inicial de esa contradicción, desplazado a un segundo plano, conserva sus rasgos más reseñables en la figura del ingreso involuntario. En nuestro ordenamiento se puede localizar sus aplicaciones iniciales en el campo de la salud mental en el Decreto de 1931,¹²¹ donde se interrelacionaban indicaciones médicas junto a vectores sintomáticos de peligro (la redacción del artículo 10 indica tres requisitos de carácter alternativo: «a) *enfermedad psíquica que aconsejara su aislamiento; b) peligrosidad de origen psíquico; y c) toxicomanías incorregibles que pusieran en peligro la salud del enfermo o la vida y los bienes de los demás*»). Los motivos que justificaban el accionamiento del mecanismo de internamiento volcaban de nuevo sus esfuerzos en mantener al individuo inestable al margen del resto. Esta balanza que contrapone persona enferma y bienes jurídicos externos

¹¹⁹ Michel Foucault, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión* (Siglo XXI, 2009), p. 213: «penalidad perfecta que atraviesa todos los puntos, y controla todos los instantes de las instituciones disciplinarias, compara, diferencia, jerarquiza, homogeneiza, excluye. En una palabra, *normaliza*».

¹²⁰ En el mismo sentido, vid. Franco Basaglia, *La institución negada y otros escritos* (Irrecuperables, 2020), p. 108: «la exclusión del enfermo libera de este modo la sociedad de sus elementos *críticos* y confirma al mismo tiempo la validez del concepto de norma que ha establecido».

¹²¹ Decreto del gobierno provisional de la República de 3 de julio de 1931, sobre asistencia de enfermos psíquicos (Gaceta de Madrid, de 7 de julio de 1931).

siempre vence en detrimento, como por obra de una macabra casualidad, de quien soporta la mayor carga de vulnerabilidad.

Incluso la mención explícita a «los bienes de los demás» como razón suficiente para el encierro de una persona tampoco es demasiado sorprendente, puesto que hasta dentro de la institución la situación socioeconómica fija diferencias sustanciales entre los internos. En este sentido, al amparo del Decreto se podía comprobar como los mecanismos de incapacitación y tutela se reservaban para los más pudientes, mientras que el grueso de los reclusos estaban en un limbo jurídico que no les permitía gozar ni de las pocas garantías asociadas a su categorización.¹²²

Las premisas de esta privación de libertad se han visto fundamentalmente inalteradas en la legislación actual, siendo el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —una norma de rango ordinario— la única regulación del internamiento por trastorno mental.¹²³ Cabe señalar que el mayor grado de indefensión radica, más que en la compulsión de la persona que se niega a ser ingresada, en la ausencia de una distinción cualitativa entre el carácter involuntario o voluntario del ingreso. Este último se formaliza como un contrato libre entre las partes que debe permitir al paciente abandonar el tratamiento y pedir el alta cuando desee, circunstancia de preceptivo cumplimiento porque, tal y como exige el párrafo primero del susodicho artículo, debe mediar autorización judicial para poder retener a esa persona contra su voluntad.

Aquí es donde la aducida libertad revela su engaño. Para que un acto sea consentido debe concurrir la concesión inicial y la prolongación de esa volición durante el intervalo que cubre la acción. Al igual que el «sí» inicial en una relación sexual no condiciona la posibilidad de cambiar de opinión más adelante, acceder *motu proprio* a la hospitalización no debería ser óbice para revertir la anuencia en cualquier punto. Sin embargo, la realidad es que, una vez se traspasan los muros del psiquiátrico, la duración de la estancia se decide en exclusiva sobre la base del cuadro clínico que motivó el ingreso, de manera que si se diera un empeoramiento y el médico responsable considerase imprescindible continuar el tratamiento, la permanencia puede alargarse indefinidamente, autorización judicial mediante.¹²⁴

¹²² Piedad González Granda, *Régimen Jurídico de la protección de la discapacidad por enfermedad mental* (Reus, 2009), p. 159.

¹²³ Gonzalo A. López Ebri, *El internamiento psiquiátrico involuntario y el tratamiento ambulatorio forzoso: historia de una encrucijada* (Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, 2009), p. 12. Desde 1983 hasta el cumplimiento del mandato del TC para su modificación en 2015, la regulación de privación de libertad de todos aquellos que han sido tachados como locos o enfermos mentales por un diagnóstico psiquiátrico era un procedimiento regulado por Ley ordinaria. Su paradigmática modificación consistió en redactar una norma *ad hoc* para el referido precepto con carácter ordinario.

¹²⁴ Santiago Delgado Bueno y José Luis González de Rivera, "Aspectos legales de los internamientos psiquiátricos", *Psiquis* 9, n.º 88 (1994), p. 304. Lo que empezó como

En cuanto al riesgo, su preeminencia se hace especialmente visible en las distintas modalidades de tratamiento forzado. Entre ellas, la técnica de esterilización representa la medida profiláctica médica por excelencia, pues su utilización responde a la vocación universal de *curación radical*, tal y como era pregonada hace un siglo por el presidente de la *American Psychiatric Association*: «por estos medios podríamos acabar casi totalmente con la reproducción de los deficientes psíquicos con tanta seguridad como podríamos erradicar la viruela si cada persona en el mundo pudiera ser vacunada con éxito».¹²⁵

El momento de abstracción descrito previamente corresponde con esta finalidad de erradicación masiva, la cual toma forma en la actuación corporal sobre la persona psiquiatrizada. Aunque la práctica de la esterilización no consentida ya no está permitida en nuestro ordenamiento,¹²⁶ ese *leitmotiv* se mantiene en el resto de tratamientos, como por ejemplo el de las contenciones mecánicas.¹²⁷ Lo relevante no es esa actuación violenta en sí, sino el miedo que infunde en su versión generalizada: el principio de profilaxis que porta cada una de estas técnicas anuncia su ejecución —así como la del internamiento— como medida extrema a la cual se recurre por obligación cuando los otros intentos de moderación han hecho gala de su impotencia.¹²⁸

Por último, es precisa una breve mención a las medidas de seguridad como última gran herramienta donde se instrumentalizan peligrosidad y riesgo conjuntamente. Hasta la última reforma en la materia, la anterior regulación no contemplaba una limitación objetiva de duración, por lo cual las personas categorizadas como enfermas mentales podían ser privadas de libertad indefinidamente por delitos no graves.¹²⁹ Así, se podía dar la *extraña paradoja* de que una

un inofensivo contrato terapéutico se transforma en un ingreso involuntario de carácter urgente, amoldándose a las difusas garantías previstas por el Tribunal Constitucional en la STC 141/2012, de 2 de julio de 2012.

¹²⁵ Carlos F. MacDonald, "Presidential Address", *American Journal of Insanity* 71 (1914), p. 9.

¹²⁶ Desde diciembre está en vigor la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (BOE n.º 328, de 17 de diciembre de 2020). Llama la atención cierto atisbo de autocrítica en el Preámbulo —«[q]ue nuestro Estado siga permitiendo que se vulneren los derechos de las personas con discapacidad por mitos tales como "el bien de la familia"»— mientras multitud de otras coerciones se legitiman consagrándose a un bien mucho más nebuloso, el de la sociedad.

¹²⁷ Además de la campaña del colectivo Locomún (www.0contenciones.org), el movimiento social por la abolición de estas prácticas ha tenido influencia en Confederación Salud Mental España, *Informe sobre el estado de los Derechos Humanos en salud mental 2019* (Madrid, 2020), p. 58.

¹²⁸ Basaglia, *La institución negada...*, p. 111.

¹²⁹ Fernando Santos Urbaneja, "Comentario sobre la propuesta de anteproyecto de modificación del código penal en relación a las medidas de seguridad", *Fernando Santos Urbaneja* (blog), fecha de acceso 20 de mayo de 2021, p. 2,

condición como el trastorno psíquico, incapacitante en muchas áreas a ojos de la Ley, derivaba en penas considerablemente más severas que si se hubiera cometido el ilícito sin mostrar indicios de desviación.¹³⁰

Aunque el Código vigente ajusta estas medidas a su aplicación facultativa y proporcionada, la racionalidad que les da sostén prosigue intacta. La conexión ineludible que se traza entre cualquier tipo de anomalía psíquica y el potencial peligro de cometer futuros delitos deja al margen la evaluación de la culpabilidad en el acto cometido para centrarse en las consecuencias que emanan de su diagnóstico. Simultáneamente, el control indiferenciado de todos los sujetos declarados *a priori* como inimputables —la tipificación del artículo 20 del Código Penal incluye a la persona que «al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» — requiere de la delimitación de factores de riesgo cuya sola identificación baste para activar todo el aparato represivo que lo complementa.

5.- A MODO DE CONCLUSIÓN: LA APORÍA DEL SUJETO DE DERECHO

«No digo que exista una necesidad radical de enloquecer, pero sí que la locura es una expresión desesperada de la necesidad radical de cambiar»
David Cooper, *El lenguaje de la locura*

Llegamos a lo que parece un callejón sin salida. En su camino hacia el reconocimiento jurídico, la diversidad psicosocial ha visto lastrada su realización, cuando no silenciada o penalizada. El itinerario anunciado en la introducción ha alcanzado su destino y el problema al que pretendía dar respuesta sigue parcialmente irresuelto. Agotados los intentos de aportar un modelo holístico que dé cabida a la alteridad sin dinamitar las premisas del sujeto de Derecho, lo único que resta es bosquejar una solución fuera de sus límites intrínsecos.

Conviene advertir que se ha evitado anticipar conclusiones que condicionaran fatalmente el curso de la investigación; al contrario, han

<<https://fernandosantosurbaneja.blogspot.com/2012/03/n-61-salud-mental-mayores-propuesta.html>>. Este completo desequilibrio respecto del principio de proporcionalidad fue denunciado en Defensor del Pueblo, *Informes, estudios y documentos estudio y recomendaciones del defensor del pueblo sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España* (Mácula, 1991). No obstante, el TC ratificó la validez de las medidas por «la finalidad de curación conforme a su esencia» (Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1993, de 21 de enero de 1993).

¹³⁰ Esta situación era producto del paradigma global de la enfermedad mental. En Szasz, *Ideología y enfermedad mental*, p. 105, el autor describe el caso de Daniel M'Naghten, quien *de iure* fue absuelto de un homicidio por motivos de insania, pero que *de facto* fue condenado a pasar lo que le quedaba de vida en un establecimiento psiquiátrico.

sido los derroteros que ha tomado el trabajo los que han mostrado no únicamente que la diversidad es constantemente reprimida —lo cual sí constituía, dada la magnitud de la violencia que se manifiesta de manera ostensible, uno de los presupuestos asumidos— sino, más importantemente, que su existencia no puede ser asimilada por el Derecho. El anatema de la locura revela así la imposibilidad de aquel de erigirse en sistema cerrado.

Si el cumplimiento del ideal de integración universal que, al hilo de lo comentado sobre la *extrema racionalidad*, todo sistema jurídico persigue se descubre como inviable, ¿no estamos acaso ante el indicio más claro de que su razón de ser homogeneizante es incompatible con la autorrealización plena de cada individuo? Y si la totalidad que postula, tal y como se ha demostrado inmanentemente, escapa de su control, ¿no es también síntoma de que el Derecho es una contingencia meramente ideológica y, en tanto que «forma mistificada de una relación social específica»,¹³¹ la voluntad integradora que proyecta esconde en realidad *otra cosa*?

Para conseguir sostenerse en estos términos y con la efectividad que ha demostrado históricamente, la actividad represiva que despliega requiere poderse reivindicar a título de *reacción legítima*. Ahora bien, la legitimidad, como juicio ético-jurídico que es, se articula con arreglo a las necesidades del dominio que la invoca: alegarla recurriendo únicamente al valor de la mayoría, fundamentación que sí bastaba para la implementación de una estrategia de defensa social, resulta insuficiente. Es indispensable que a ello se le añada un giro *racional*, de modo que la naturaleza del sistema se justifique como positiva en oposición a una acción criminal simplemente negativa.¹³²

Es decir, no es admisible que quien comete el delito esté afirmando ningún valor, pues esto implicaría otorgar implícitamente cierto crédito a intereses antagónicos a los hegemónicos. Así, la legitimación que el Capital se arroga para sojuzgar la subjetividad, incluso en su versión democratizada, es absoluta; y el gesto que la avala, en tanto en cuanto aspira a abarcar el conjunto de la materia social, es totalitario. En definitiva, esa *otra cosa* detrás de la fachada es lo que a lo largo del recorrido se ha denominado normalización, una función que ahora es revelada como lo que siempre fue: sometimiento del exceso social.

Para tomar conciencia de la significación que tiene este hallazgo puede ser de ayuda la Filosofía del Derecho de Hegel y su conceptualización del Estado moderno, en concreto el papel de la plebe.¹³³ Hegel da cuenta del nexo indisociable entre Derecho y Estado

¹³¹ Pashukanis, *Teoría general del Derecho...*, p. 115.

¹³² Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (Siglo XXI, 2002), p. 50.

¹³³ Un estudio en detalle de la problemática que plantea la plebe para la filosofía política hegeliana se puede ver en Frank Ruda, *Hegel's rabble: An Investigation into Hegel's Philosophy of Right* (Continuum, 2011). Sirva a los efectos del cierre de este

y, a través de él, orienta su filosofía hacia la armonización de lo particular con lo universal. El punto crucial para lo que nos ocupa aquí es que la unidad de universalidad y particularidad —la realidad efectiva del Estado— solo se da cuando «el interés del todo se realiza en los intereses particulares».¹³⁴ De ahí que la universalidad desprendida en la particularidad solo se mantenga cuando el interés particular goza de la justa acreditación de su derecho,¹³⁵ encontrando en el Estado la realización de la libertad concreta.

La conciliación de la totalidad —equiparable a nociones mencionadas anteriormente como el «dogma de plenitud» o la «sociedad perfectamente racional»— descansa, por ende, sobre el mutuo y simultáneo reconocimiento de cada una de sus partes. Sin embargo, en el acceso a tal armonía, Hegel se encuentra con una masa de personas que son desplazadas a una pobreza que hace peligrar su propia subsistencia, hecho que obstaculiza irremediablemente el proceso. La no-propiedad de la plebe se manifiesta en que se les impone una imposibilidad de llevar algo ante uno mismo, pues solo cuentan con su mera corporalidad.¹³⁶

Lejos de ser coyuntural, el surgimiento de la plebe está inscrito en el propio movimiento de la sociedad moderna,¹³⁷ la cual no «posee bienes propios suficientes para impedir el exceso de pobreza y la formación de la plebe».¹³⁸ Por consiguiente, la carencia que personifica la plebe «adquiere inmediatamente la forma de una injusticia», cuya lógica deviene en oxímoron insalvable: su derecho a la subsistencia entra en contradicción con el derecho existente, de manera que el derecho de la plebe es uno sin legitimación legal.¹³⁹ O en otras palabras: el punto de vista negativo que representa la perspectiva de

ensayo hacer hincapié en lo que la existencia de la plebe, al ponerla en relación con el proletariado de Marx, implica: «una irritación y una molestia que introduce la necesidad de una transformación de la filosofía, como acontecimiento esencialmente subjetivo en el que se abordan cuestiones de justicia, igualdad y libertad» (p. 5).

¹³⁴ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho natural y Ciencia Política* (Sudamericana, 2004), §270, agregado: «[s]i algo no presenta esta unidad, no es efectivamente real, aunque haya que admitir su existencia. Un mal estado es un estado que meramente existe; también un cuerpo enfermo existe, pero no tiene una realidad verdadera».

¹³⁵ *Ibidem*, §260: «El interés particular no debe ser dejado de lado ni reprimido, sino que debe ser puesto en concordancia con lo universal, con lo cual se conserva lo universal mismo».

¹³⁶ Ruda, *Hegel's rabble...*, p. 130: «en la pobreza el ser humano se reduce a su mera dimensión física como única realización de la libertad».

¹³⁷ Hegel, *Principios de la Filosofía...*, §244. «La caída de una gran masa por debajo de un cierto nivel mínimo de subsistencia, que se regula por sí solo como el nivel necesario para un miembro de la sociedad, y la pérdida consiguiente del sentimiento del derecho, de lo jurídico y del honor de existir por su propia actividad y trabajo llevan al surgimiento de una plebe».

¹³⁸ *Ibidem*, §245.

¹³⁹ Ruda, *Hegel's rabble...*, p. 132. «Es más bien la titularidad irrealizable de un juicio infinito que no se refiere a ningún sujeto determinable de este derecho; un derecho de existencia que no es ninguno; un derecho de mera presencia».

la plebe choca con la garantía de bien general de las instituciones si aquella nunca puede verse reflejada en estas.

Paralelamente —aunque no se trata de una analogía arbitraria, sino que, como se ha ido resaltando, la conformación de una dimensión no puede entenderse sin la otra—, la sola existencia de la alteridad contraviene el ímpetu fagocitador del Derecho y, por extensión, del Estado. También la persona loca ha sido despojada de toda propiedad y, en ocasiones, hasta de su propio cuerpo. Como tampoco puede encontrar su reflejo en el sistema, pues este solo proyecta la imagen de la normalidad, su subsistencia se convierte a su vez en experiencia de sufrimiento particular y en testimonio de fracaso del universal.

Pero admitir abiertamente un revés de tal calibre supondría la pérdida de credibilidad como poder rector. Para correr el tupido velo de las apariencias es necesaria una mistificación de máximo rango, semejante al hechizo que induce la mercancía en los agentes económicos. Sin entrar en mayores consideraciones, podríamos decir que, al igual que el reino de la libertad e igualdad burguesas en la circulación solo puede tener vigencia sobre la base de las relaciones de dominación que despliega la ley de apropiación,¹⁴⁰ el disfrute pacífico del orden y la normalidad solo acontece mediante la exclusión que de facto incorpora la propia formulación de la norma.

Localizar en el exceso social el límite objetivo de la totalidad abre, por contra, la posibilidad de una ruptura. El intento de desarrollar el Estado y su filosofía política de tal forma que cada sujeto debería poder realizar su libertad en el seno del mismo se da de bruces con la imposibilidad de realización que manifiesta la plebe. El sistema hegeliano incluye y excluye a esta porción de la población tal y como la abstracción inherente a la norma incluye y excluye la diversidad. Pero desde ambos ángulos se vislumbra una verdad: lo que permanece a salvo de una subsunción integral, la subjetividad negativa, preconiza el lugar a partir del cual subvertir lo existente.¹⁴¹

En consecuencia, el callejón sin salida al que habíamos dado a parar ha resultado ser, precisamente, el del sujeto de Derecho. Puesta en evidencia su inviabilidad teórica, solo le queda el impulso de su poder social para mantenerse inafectado. Aprehender críticamente la relación que ha vertebrado el desarrollo progresivo de la exposición —esto es, la del planteamiento del interrogante que constituye la diversidad psicosocial a nivel jurídico con la búsqueda infructuosa de un marco conceptual que la acomode satisfactoriamente—, ubicando

¹⁴⁰ Karl Marx, *Elementos fundamentales para la Crítica de la Economía Política (Grundrisse)*, borrador 1857-1858, volumen 3 (Siglo XXI, 1976), p. 166.

¹⁴¹ Ruda, *Hegel's rabble...*, p. 166: «Hegel ha señalado en su Filosofía del Derecho el lugar desde donde puede emerger la propuesta para una igualdad fundamentalmente diferente a la de la igualdad estatal, para una concepción de justicia distinta de aquella en la que el Estado fracasa; más aún: un llamamiento a la superación del estado hegeliano».

la contradicción en la arena política, evitará, de una vez por todas, retornar al mito.¹⁴²

Como se ha visto, el único factor que hace de la variabilidad de formas de vida un problema a resolver es, en última instancia, la finalidad social de su sometimiento. Combinando la esfera médica —esencial para contextualizar la tendencia reiterada de naturalización de las contradicciones sociales— con la de la discapacidad —que ilustra con claridad cómo han operado y dejado huella las ideas de diferencia y otredad— he intentado allanar el terreno para hacer notorio el vínculo indisoluble entre los esfuerzos teóricos de los modelos explicados y su reverso práctico. Uno y otro paradigma coluden en el respaldo que presta a ambos el brazo represivo del Estado.

Por mucho que el tratamiento de la cuestión haya evolucionado y queden ya lejos las épocas de hogueras celebradas ante el disfrute del auditorio, también es cierto que las iniciativas reformistas para acabar con este y tantos horrores han redundado en una mayor sutileza y perfeccionamiento técnico por parte de las instituciones, las cuales han modificado el nombre y alguna de sus prácticas, pero no el mandato social que las alienta. La denuncia de los vergonzosos episodios de una historia que sigue repitiéndose ha acabado transigiendo con los restos *humanizados* de esa ignominia.

Finalmente, y aunque las implicaciones trasciendan el restringido campo de la disertación académica, mi pretensión no ha sido exclusivamente la de denuncia, sino también la de apuntar hacia el lugar de una verdadera transformación. Si, como he tratado de ilustrar, la mirada del dominio identifica la diferencia y dirige sus esfuerzos a cubrir la brecha de subjetividad que esta representa, la mirada crítica debe encontrar otro camino, uno que se niegue a rellenar el hueco con el eco de la normalidad. Defender la diversidad hasta las últimas consecuencias pasa por situarse en el espacio que esta abre para, desde allí, articular una praxis revolucionaria dirigida a quebrar la totalidad que no tolera aquello que escapa a su control.

6.- REFERENCIAS

6.1.- Bibliografía

- Adorno, T.W. *Dialéctica de la Ilustración*. Madrid: Akal, 2007.
- Aguado, A.L. *Historia de las deficiencias*. Madrid: Escuela Libre, 1995.
- Álvaro González, L.C. *Competencia en demencia. Manual de uso clínico*. Madrid: Editorial Médica Panamericana, 2018.
- Aparicio, V. y Sánchez Gutiérrez, A.E. "Norma y ley en la psiquiatría española (1822-1986)". *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* 17, n.º 61 (1997), pp. 125-145.

¹⁴² Juan Ramón Capella, "Prólogo", en Pēteris I. Stučka, *La función revolucionaria del Derecho y el Estado* (Península, 1969), p. 16.

- Aristóteles. *Política*. Madrid: Gredos, 1982.
- Augé, M. *Los no lugares*. Barcelona: Gedisa, 2017.
- Bariffi, F.J. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos*. Madrid: CINCA, 2014.
- Barranco Avilés, M.C. "La disabilita intellettiva e la disabilità psicosociale come situazioni di vulnerabilità". *Rivista di filosofia del diritto* 7, n.º 2 (2018), pp. 301-320.
- Basaglia, F. "El hombre en la picota". En Ramón García (Ed.), *Psiquiatría, antipsiquiatría y orden manicomial*, pp. 155-84. Barcelona: Barral, 1974.
- Basaglia, F. *La institución negada y otros escritos*. Madrid: Irrecuperables, 2020.
- Bobbio, N. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis, 2017.
- Boyd, B.A., McDonough S.G., Rupp, B., Khan, F. y Bodfish, J.W. "Effects of a family-implemented treatment on the repetitive behaviors of children with autism", *J Autism Dev Disord* 41, n.º 10 (2011), pp. 1330-41.
- Bradbury, R. *Fahrenheit 451*. Barcelona: Debolsillo, 2012.
- Brauner, D.J. "The Structure of Autonomy-Paternalism: An Exercise in Framing and Reframing". *The American Journal of Bioethics* 16, n.º 8 (2016), pp. 15-17.
- Burns, J.K. "Mental health and inequity: a human rights approach to inequality, discrimination, and mental disability". *Health and Human Rights Journal* 11, n.º 2 (2009), pp. 19-31.
- Capella, J.R. "Prólogo", en Pēteris I. Stučka, *La función revolucionaria del Derecho y el Estado*, pp. 5-16. Barcelona: Península, 1969.
- Castel, R. "Tratamiento moral: terapéutica mental y control social en el siglo XIX". En Ramón García (Ed.), *Psiquiatría, antipsiquiatría y orden manicomial*, pp. 71-96. Barcelona: Barral, 1974.
- Castel, R. "De la peligrosidad al riesgo". En Endymion (Ed.), *Materiales de sociología crítica*, pp. 219-243. Madrid: Las Ediciones de la Piqueta, 1986.
- Clavreul, J. *El orden médico*. Barcelona: Argot, 1978.
- Cooper, D. *El lenguaje de la locura*. Barcelona: Ariel, 1979.
- Costa i Molinari, J. M. *Manual de Psiquiatría*. Barcelona: Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma, 1994.
- Courtis, C. "La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. ¿Ante un nuevo paradigma de protección?". En *Memorias del Seminario Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, pp. 71-86. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.
- Cruz Ortiz, M., Pérez Rodríguez, M.C., Jenaro Río, C., Hernández Blanco, M.L. y Flores Robaina, N. "La enfermedad mental severa desde la perspectiva del modelo social de la discapacidad". *Index de Enfermería* 20, n.º 3 (2011), pp. 179-183.

- Cuenca Gómez, P. "Discapacidad y privación de la libertad". *Derechos y libertades*, n.º 32 (2015), pp. 163-204.
- Cuenca Gómez, P. *La adaptación de la normativa penitenciaria española a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: informe propuesta*. Madrid: CINCA, 2019.
- De Asís, R. "Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos". En Miguel Ángel Ramiro y Patricia Cuenca (Ed.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, pp. 163-180. Madrid: Dykinson, 2010.
- De Asís, R. "Derechos y situaciones de vulnerabilidad". En Ana María Marcos del Cano (Ed.), *En tiempos de vulnerabilidad: reflexión desde los derechos humanos*, pp. 35-42. Madrid: Dykinson, 2020.
- DeJong, G. *The Movement for Independent Living: Origins, Ideology and Implications for Disability Research*. Michigan: Michigan State University, 1979.
- Delgado Bueno, S. y González de Rivera, J.L. "Aspectos legales de los internamientos psiquiátricos". *Psiquis* 9, n.º 88 (1994), pp. 300-317.
- Desviat, M. "La acción terapéutica: de lo singular a lo colectivo (notas para otra salud mental)". En Omar Alejandro Bravo (Ed.), *Pensar la salud mental: aspectos clínicos, epistemológicos, culturales y políticos*, pp. 13-45. Colombia: ICESI, 2016.
- Egea García, C. y Sarabia Sánchez, A. "Visión y modelos conceptuales de la discapacidad". *Polibea*, n.º 73 (2004), pp. 29-40.
- Fernández, M.T. "La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". *Dfensor*, n.º 11 (2016), pp. 10-17.
- Foucault, M. *Historia de la locura en la época clásica I*. México: Fondo de Cultura Económica, 1967.
- Foucault, M. *Los anormales*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Foucault, M. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI, 2009.
- Frontera Roura, E.A. "Salud mental y bioética: relación simbiótica". *Acta Bioethica* 15, n.º 2 (2009), pp. 139-147.
- Gómez Sánchez, P.I. "Principios básicos de bioética". *Revista peruana de obstetricia y ginecología* 55 (2009), pp. 230-233.
- González de Oleaga, M. *Itinerarios. Historiografía y posmodernidad*. Madrid: Postmetrópolis, 2019.
- González Granda, P. *Régimen Jurídico de la protección de la discapacidad por enfermedad mental*. Madrid: Reus, 2009.
- Grimaldo-Rodríguez, C. O. "Una perspectiva psicosocial sobre la noción de normalidad en medio de la crisis". *Análisis Plural*, Semestre 1 (2020), pp. 207-218.

- Hegel, G.W.F. *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*. Madrid: Alianza, 1997.
- Hegel, G.W.F. *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho natural y Ciencia Política*. Buenos Aires: Sudamericana, 2004.
- Herrera Gómez, M. *Los orígenes de la intervención estatal en los problemas sociales*. Madrid: Escuela Libre, 1999.
- Holzkamp, K. *Ciencia marxista del sujeto. Una introducción a la psicología crítica*. Madrid: La Oveja Roja, 2015.
- Jervis, G. *El mito de la antipsiquiatría*. Barcelona: José J. De Olañeta, 1979.
- López Ebri, G.A. *El internamiento psiquiátrico involuntario y el tratamiento ambulatorio forzoso: historia de una encrucijada*. Valencia: Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, 2009.
- MacDonald, C.F. "Presidential Address". *American Journal of Insanity* 71 (1914), pp. 1-20.
- Marset Campos, P. "Legislación sanitaria". En Ana I. Romero Hidalgo, Rafael Huertas y Raquel Álvarez Peláez (Ed.), *Perspectivas Psiquiátricas*, pp. 63-72. Madrid: CSIC, 1987.
- Marx, K. *Elementos fundamentales para la Crítica de la Economía Política (Grundrisse)*, borrador 1857-1858, volumen 3. México: Siglo XXI, 1976.
- Marx, K. *Contribución a la Crítica de la Economía Política*. Moscú: Editorial Progreso, 1989.
- Mendiburu Belzunegui, L. "Bioética y psiquiatría". Tesina, ICEB, 2004.
- Morel, B.A. *Le no-restraint ou de l'abolition des moyens coercitifs dans le traitement de la folie*. París: Hachette BNF, 2018.
- Mosquera Varas, A.C. "De la ruptura o el vínculo entre razón y locura en Descartes, Foucault y Derrida". *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* 37, n.º 131 (2017), pp. 19-38.
- Morris, J. *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*. Londres: Women's Press Ltd., 1991.
- Oliver, M. *Understanding disability: From theory to practice*. Londres: Palgrave, 1996.
- Palacios, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA, 2008.
- Pashukanis, E.B. *Teoría general del derecho y marxismo*. La Paz: Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, 2001.
- Pavarini, M. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002.
- Puig de la Bellacasa, R. "Concepciones, paradigmas y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad". En *Discapacidad e información*, pp. 63-96. Madrid: Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, 1990.

- Rodríguez Bausá, L. "La imagen del otro en relación a la discapacidad. Reflexiones sobre alteridad". *Revista de la Escuela Universitaria de Magisterio de Toledo* 28, n.º 13 (2003), pp. 145-178.
- Rosenberg, C.E. "Disease in History: Frames and Framers". *The Milbank Quarterly* 67, n.º 1 (1989), pp. 1-15.
- Ruda, F. *Hegel's rabble: An Investigation into Hegel's Philosophy of Right*. Londres: Continuum, 2011.
- Simón, Pablo. "Diez mitos en torno al consentimiento informado". *Anales del Sistema Sanitario* 29, n.º 3 (2006), pp. 29-40.
- Smith, S.R. "Social justice and disability: Competing interpretations of the medical and social models". En Kristjana Kristiansen, Simo Vehmas y Tom Shakespeare (Ed.), *Arguing about Disability: Philosophical Perspectives*, pp. 15-29. Londres: Routledge, 2010.
- Swain, G. *Dialogue avec l'insensé: Essais d'histoire de la psychiatrie*. París: Gallimard, 1994.
- Szasz, T.S. *Ideología y enfermedad mental*. Buenos Aires: Amorrortu, 1976.
- Toboso Martín, M. "Diversidad funcional: hacia un nuevo paradigma en los estudios y en las políticas sobre discapacidad". *Política y Sociedad* 55, n.º 3 (2018), pp. 783-804.
- Vaccarino, J.M. "Consent, informed consent and the consent form". *N Engl J Med* 298, n.º 8 (1978), pp. 454-460.
- Varela, J. y Álvarez-Uría, F. *Las redes de la psicología*. Madrid: Ediciones Libertarias, 2015.
- Vehmas, S. y Mäkelä, P. "The ontology of disability and impairment: A discussion of the natural and social features". En Kristjana Kristiansen, Simo Vehmas y Tom Shakespeare (Ed.), *Arguing about Disability: Philosophical Perspectives*, pp. 42-56. Londres: Routledge, 2010.

6.2.- Documentos, legislación y jurisprudencia

- Asamblea General de Naciones Unidas. *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, (Resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971).
- Asamblea General de Naciones Unidas. *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, (Resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975).
- Asamblea General de Naciones Unidas. *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental* (Resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991).
- Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* (A/HRC/35/21, 28 de marzo de 2017).
- CDBI. "Statement on the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities" (Strasbourg: 7 de noviembre de 2011).

- Declaración de Madrid Sobre Los Requisitos Éticos de la Práctica de la Psiquiatría, aprobada por la Asamblea General de Madrid, España, del 25 de agosto de 1996 y revisada por la Asamblea General de Yokohama, Japón, del 26 de agosto de 2002.
- Decreto del gobierno provisional de la República de 3 de julio de 1931, sobre asistencia de enfermos psíquicos (Gaceta de Madrid, de 7 de julio de 1931).
- Defensor del Pueblo. *Informes, estudios y documentos estudio y recomendaciones del defensor del pueblo sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*. Madrid: Mácula, 1991.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE n.º 96, de 21 de abril de 2008).
- Legge 14 febbraio 1904, n. 36. Disposizioni sui manicomi e sugli alienati. Custodia e cura degli alienati.
- Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados.
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (BOE n.º 103, de 30 de abril de 1982).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE n.º 281, de 24 de noviembre de 1995).
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE n.º 274, de 15 de noviembre de 2002).
- Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE n.º 312, de 30 de diciembre de 2006).
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE n.º 184, de 2 de agosto de 2011).
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE nº 132, de 3 de junio de 2021).
- Manifiesto de Cartagena por unos servicios de salud mental respetuosos con los derechos humanos y libres de coerción (Cartagena: 3 de junio de 2016).
- Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad. *Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud 2009-2013*. Madrid: Centro de publicaciones, 2011.
- Organización Mundial de la Salud. *Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*. Ginebra: OMS, 2001.
- Organización Mundial de la Salud. *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación*. Ginebra: OMS, 2006.
- Organización Mundial de la Salud. *Plan de acción sobre salud mental 2013-2020*. Ginebra: OMS, 2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1993, de 21 de enero de 1993.

Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio de 2012.
United Nations Human Rights. "Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Advocacy Toolkit". *Professional Training Series*, n.º 15 (2008).

World Health Organization. *International Classification of Functioning, Disability and Health*. Ginebra: WHO, 2001

World Health Organization. "Mental health: Strengthening mental health promotion". *WHO Fact Sheets*, n.º 220 (2007).

LA INFANCIA ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO

Una revisión al valor de la familia en Rawls

CHILDHOOD BETWEEN THE PUBLIC AND THE PRIVATE

A review of the value of family in Rawls

María José Jara Leiva*

RESUMEN: El tema de la interferencia estatal en las funciones parentales nos conduce a la dicotomía entre lo público y lo privado, propia de teorías liberales y ampliamente criticada por feministas. El presente artículo reflexiona en torno a los planteamientos, críticas y reconsideraciones de las ideas de Rawls acerca del valor de la familia y su relación con el Estado. Se sostiene que, para el autor, la familia es una institución ambivalente, y que eso se traduce en contradicciones en su postura, la que —en todo caso— no presta atención a la situación de los niños y las niñas como personas actuales dentro de esa esfera. Sin perjuicio de eso, la revisión de algunas de sus ideas permite afirmar que el ámbito familiar, y particularmente las situaciones que involucran a los niños y las niñas, no deben ser herméticos ante los principios de justicia, siendo los derechos humanos un discurso válido y necesario en el campo de las relaciones intersubjetivas.

ABSTRACT: *The issue of the State interference in parental role leads us to the dichotomy between the public and the private, typical of liberal theories and widely criticized by feminists. This paper focuses on the approaches, criticisms and reconsiderations of Rawls' thoughts about the value of the family and its relationship with the State. It is argued that for the author the family is an ambivalent institution, and that this explains contradictions in his theory, which, in any case, does not pay attention to the situation of present children within this sphere. Regardless of the foregoing, the revision of some of his ideas allows us to assert that the family ambit, and specially situations involving children, should not remain inscrutable for the principles of justice. Human rights are a valid and necessary discourse in the field of intersubjective relations.*

PALABRAS CLAVE: Rawls, familia, autonomía familiar, principios de justicia, desventajas, niños y niñas.

KEY WORDS: *Rawls, family, family autonomy, principles of justice, disadvantages, children.*

Fecha de recepción: 15/10/2021

Fecha de aceptación: 01/11/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2022.6573>

* Doctoranda en Derecho de la Universidad Diego Portales, Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: mariajose.jara.l@gmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años, los temas de la crianza de los hijos y las hijas, la injerencia del Estado en la vida familiar, y la relación entre la responsabilidad parental y la autonomía progresiva de los niños y las niñas, han motivado debates y tensiones en España y Latinoamérica. Una muestra de lo anterior es lo recientemente ocurrido en Chile. En el 2021, el Tribunal Constitucional chileno acogió un requerimiento de inconstitucionalidad presentado en contra de algunos de los preceptos del proyecto de ley que crea el sistema de garantías de los derechos de la niñez (tras varios años de tramitación en el Congreso)¹

Lo que tenían en común las disposiciones impugnadas era referirse —y supuestamente afectar— al derecho preferente de los padres de educar a sus hijos, reconocido en la Constitución chilena², y materializar algunos de los efectos de la autonomía progresiva de los niños y las niñas en distintos ámbitos.

En su voto de mayoría, aunque el tribunal reconoce que los niños y las niñas son titulares de derechos fundamentales, afirma que estos no tienen relevancia en el seno de la familia. Para el tribunal, la familia es una esfera de relaciones que no son regulables jurídicamente. Esto no quiere decir que no posea un sistema de reglas, si no que estas son libremente establecidas por el padre y la madre, guiados por su deber moral, para desplegar su autoridad y juicio en el bien de su progenie³. Vale la pena citar parte de su considerando 7º:

bajo la justificación de estar velando por el interés superior del niño se avanza[sic] (con sutileza sólo en apariencia) hacia la sustitución del rol tutelar de los padres por el del Estado a través del otorgamiento de derechos a hijos menores de edad susceptibles de ser invocados como límites a la autoridad de su madre o padre. El hermoso deber de los padres de familia de educar a sus hijos está siendo reducido, por medio de la juridificación estatal de la vinculación filial, a un inferior deber de respeto a una cierta interpretación de autonomía progresiva dictada por terceros (el Estado en sus distintas facetas) (...).

El razonamiento judicial aludido nos invita a hacernos algunas preguntas respecto de los derechos de los niños y las niñas en el seno de una familia, y el rol que le cabe al Estado frente a los problemas

¹ Tribunal Constitucional de la República de Chile. Sentencia de 26 de julio de 2021, Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas). Cabe señalar que esta ley constituye una deuda histórica para el país, siendo a la fecha el único de Latinoamérica, junto con Panamá, que no cuenta con una.

² “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”. Constitución Política de la República de Chile, artículo 19 N° 10, inciso 2º.

³ Tribunal Constitucional de la República de Chile. Sentencia de 26 de julio de 2021, Rol N° 11.315/11.317-21-CPT (acumuladas), considerando 4º, 6º, 7º, 9º, 10º y 11º.

que en ella se suscitan. En una sociedad democrática, ¿puede y debe el Estado intervenir en la familia en favor de los más desventajados en sus relaciones internas, y específicamente los niños y las niñas? De hacerlo, ¿estaría afectando la autonomía familiar? En definitiva, ¿son las paredes del hogar un muro infranqueable para la justicia y el discurso de los derechos?

Estas preguntas conducen a un debate de larga data respecto de la naturaleza pública o privada de las relaciones familiares y el rol del Estado ante las desventajas de ciertas personas en esta esfera, como los niños y las niñas. En este, la teoría de la justicia de Rawls ha sido ampliamente discutida. Considero que analizar algunos aspectos de la teoría de Rawls en la materia, examinando sus críticas, así como la defensa de sus ideas, nos pueden dar importantes luces acerca de cómo resolver, en un marco de democracia y pluralismo, los problemas jurídicos que afectan a niños y niñas en el ámbito privado debido a su posición dentro de la familia.

En este contexto, el presente artículo busca analizar algunas de las ideas centrales de Rawls en cuanto a la familia, especialmente el valor que le otorga a esta y el lugar que le asigna a las relaciones familiares, a partir de la revisión de sus planteamientos y críticas. Se propondrá que, aunque su postura presenta ambivalencias y contradicciones, es posible arribar a una interpretación de sus ideas que, a la luz de los derechos de los niños y las niñas, y en virtud de su posición de sujetos de derechos, nos permita atender a su situación de desventaja en la relación familiar, sin por eso alterar la autonomía de las relaciones en esa esfera.

Para lo anterior, en primer lugar, se hace referencia a las críticas feministas a la dicotomía público/privado sostenida, en general, por las teorías liberales. Luego, se plantea que la familia ha de ser objeto de la justicia por el hecho de que puede llegar a ser una potencial fuente de desventaja (o de ventajas inmerecidas), y también una fuente de opresión de los niños y las niñas, como lo han planteado especialmente las teorías liberacionistas de la infancia, todo lo cual subraya la relevancia jurídica de aquella institución social y sus relaciones. Posteriormente, se enuncian algunas de las razones que se han esgrimido para justificar, pese a las paradojas que esta presenta, la existencia de la familia, que tienen que ver con las funciones que ella cumple en la sociedad. Después, se describe la tensión existente en Rawls acerca de si la familia es parte de la estructura básica de la sociedad o bien una agrupación voluntaria, y sus implicancias. Por último, se plantea una respuesta a la pregunta de si lo doméstico, y particularmente las relaciones intersubjetivas que pueden llegar a afectar a los niños y las niñas como grupo, puede ser considerado, desde la teoría de Rawls, como un ámbito impenetrable para la justicia. Finalmente, se presentan algunas conclusiones.

2.- CRÍTICAS FEMINISTAS A LA DICOTOMÍA PÚBLICO/PRIVADO

Durante el siglo XX, especialmente en su segunda mitad, el reconocimiento de derechos que antes se encontraban reservados para los hombres y personas adultas, se ha ido ampliando, a nivel formal, hasta alcanzar a otros grupos, como las mujeres y los niños y las niñas. No obstante, diversas corrientes feministas han coincidido en que la consecución de igualdad de derechos de las personas no ha logrado eliminar la desigualdad que permanece latente tras las estructuras sociales en las que se relacionan. Un elemento fundamental de esta desigualdad subyacente ha sido la tradicional distinción liberal entre los mundos público y privado, que admite y perpetúa en esta última esfera relaciones de dominación⁴. En otras palabras, tras la igualdad formal y racionalidad universal, las desigualdades en la esfera de lo privado han permanecido “ocultas bajo la artificial unidad de lo público”⁵.

En lo anterior, un espacio clave es lo que sucede en el espacio doméstico-familiar. Tradicionalmente, desde el punto de vista liberal, se ha entendido que la vida familiar, donde ha de desarrollarse la crianza de los niños y las niñas, pertenece a una esfera de intimidad de las personas. Constituye un refugio íntimo frente a la coerción estatal y las presiones sociales, donde sus integrantes pueden llevar a cabo sus planes de vida y desarrollar relaciones de afectividad en condiciones de libertad y privacidad⁶. Más aún, constituye un valor para el liberalismo que los progenitores críen a su progenie en este ambiente íntimo y libre de injerencias externas, puesto que forma parte del pluralismo y la diversidad de formas de vida que deben ser respetados como consecuencia de la autonomía y libertad de las personas. En este sentido, cada familia es expresión de esa libertad, y el niño o la niña crecerá conforme a las creencias y valores que les transmitan su padre y madre⁷. Por eso, las relaciones que se desarrollen en este espacio —así entendido— deben permanecer, salvo situaciones muy excepcionales, inmunes a interferencias del Estado y terceros.

No obstante, como explica Udi, para el liberalismo político la familia ha sido tanto un valor como un problema. Por un lado, como ya

⁴ Isabel Turégano, “La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls” (2001), *Doxa*, 319-323.

⁵ *Íbid*, 322; Carole Pateman, *El contrato sexual* (1º ed, Anthropos, 1998), 10-11; Susan Moller Okin, *Justice, gender and the family* (Basic Books Inc., Nueva York, 1989), 3-6.

⁶ Isabel Turégano, “La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls” 324-325. David Archard, *Children. Rights and childhood*, (2º ed, Routledge, Oxon, 2004), 153-159.

⁷ David Archard, *Children, family and the State* (Routledge revivals, Londres y Nueva York, 2018), 74-75.

se describió, se presenta como un refugio de intimidad de las personas. Además, es valiosa para la sociedad en su conjunto, pues cumple funciones como la reproducción de los modos de vida y la socialización. Pero, por otro, las características de la familia, sobre todo en su patrón tradicional (marcada por la jerarquía y la subordinación al *pater*), puede entrar en conflicto con ideas que son —o, al menos, deberían ser— esenciales para el liberalismo político, tales como la igualdad de oportunidades, y los derechos de las mujeres y de los niños y las niñas⁸.

En este sentido, autores de los orígenes del contractualismo liberal, particularmente Hobbes y Locke, abordaron esta tensión y reflexionaron en torno a la idea de la familia y la autoridad parental (en manifiesta oposición al patriarcalismo de Filmer⁹). No obstante, existieron entre ambos autores importantes diferencias respecto de las características y los límites del poder de los progenitores sobre su progenie. Como hace ver Archard, *El Leviatán* les entregaba a los padres un dominio absoluto sobre su progenie¹⁰. En cambio, Locke — más liberal— planteaba que el poder parental se justificaba en la incapacidad intrínseca de la condición de la niñez, de manera que no es un poder absoluto, sino que, al estar dirigido a procurar el interés de sus hijos e hijas (que no puede ser satisfecho por ellos mismos dada su incapacidad), se ve limitado por este interés¹¹. Sin embargo, Locke no se ocupó de trazar los límites de esa autoridad, probablemente porque asumía que el afecto natural de los progenitores hacia su descendencia les dotaría de una disposición innata para actuar según lo que fuera mejor para el interés de su prole¹². Además, Locke, en un esfuerzo por separar Estado y familia, descartó, como sí planteaba Hobbes, que existiera una vinculación entre el poder político y el parental, y que este último sea una especie de base del primero, ya que se trataría de distintos tipos de poder¹³.

⁸ Juliana Udi, "El valor de la familia en la teoría de la justicia de Rawls" (2017), N° 47, *Isonomía*, 110.

⁹ Robert Filmer, en su libro *El Patriarca*, defiende el poder absoluto del monarca, asimilando el poder natural que este tiene sobre sus súbditos con el del padre de familia sobre sus hijos e hijas, respecto de los cuales tiene pleno e ilimitado dominio. Robert Filmer, *Pathriarca and other political works of Sir Robert Filmer* (Basil Blackwell Oxford, Oxford, 1949), 63.

¹⁰ David Archard, *Children. Rights and childhood*, 8.

¹¹ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil* (traducido por: Mellizo, C., Tecnos, Madrid, 2006), 61, 63, 66 y 69.

¹² "Dios ha tejido, entre los principios de la naturaleza humana, un sentimiento de ternura para con los hijos propios; y este sentimiento es tan intenso, que apenas es de temer que los padres hagan uso de este poder suyo con extremado rigor. Si hay algún exceso, éste no será casi nunca por excesiva severidad, pues la tendencia natural tirará hacia el extremo opuesto". *Ibid*, 69-70.

¹³ John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil* (1° ed. electrónica, Letras para volar, Guadalajara, 2015), párr. 169-174. Pateman rebate lo anterior, planteando que el poder político tiene su génesis en el poder paternal. En efecto, la separación drástica

Las críticas feministas al contractualismo, aunque no cuestionan necesariamente el carácter privado de la esfera doméstica, sí han rebatido su visión estrictamente dicotómica. Autoras como Okin y Pateman plantean que esa separación provoca que se invisibilice su interrelación con la vida social y política, pues las desigualdades que se dan en su seno inciden también en una desigual posición en la sociedad; y que se toleren y encubran violaciones a los derechos, particularmente de los más desaventajados en su interior¹⁴. Sostienen también que, concebir a la familia como una esfera impenetrable para los principios políticos y de justicia, iría contra el propio proyecto liberal de reconocer derechos y libertades a todas las personas. Por eso, han exigido a la teoría de la justicia y la filosofía política ocuparse, también, de lo privado, específicamente de la estructura familiar¹⁵.

Rawls, como liberal, intentó hacerse cargo de algunas de estas críticas. En su teoría, revisó la separación radical entre lo público y lo privado, propia del contractualismo clásico, planteando que son espacios interconectados y que a ambos les son aplicables los principios de justicia¹⁶. Sus esfuerzos, sin embargo, no han permanecido libres de nuevos reproches. Las principales críticas feministas a Rawls en torno a la idea de la familia han apuntado a tres aspectos centrales¹⁷: i) la idea rawlsiana de que las personas que participan en la posición original no son individuos aislados, sino *cabezas de familia*, lo cual parece dar por hecho que el *pater familiae* opera bajo los principios de justicia como imparcialidad, pues buscará procurar el bienestar de su prole; ii) la falta de referencia al género como característica individual que ha de quedar oculta bajo el velo de ignorancia en la posición original¹⁸; y iii) la falta de preocupación por la justicia en la estructura familiar, pese al rol fundamental que Rawls

planteada desde el liberalismo tiene como consecuencia la separación de la esfera política de la familiar-privada. Carole Pateman, *El contrato sexual*, 76-79, 129-130.

¹⁴ Isabel Turégano, "La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls", 325; Carole Pateman, *El contrato sexual*, 23.

¹⁵ Juliana Udi, "El valor de la familia en la teoría de la justicia de Rawls", 110; Isabel Turégano, "La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls", 326; Susan Moller Okin, *Justice, gender and the family*; Carole Pateman, *El contrato sexual*.

¹⁶ John Rawls, *Liberalismo político* (traducido por: Madero, S., Fondo de Cultura Económica, México DF, 1995), 779, 787-792; Isabel Turégano, "La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls", 320, 335-337; Martha Nussbaum, *Las mujeres y el desarrollo humano* (traducido por: Bernet, R., 2º ed., Herder, Barcelona, 2017), 356-357. Esta afirmación de Rawls plantea contradicciones, como se verá.

¹⁷ Isabel Turégano, "La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls", nota al pie N° 29

¹⁸ Esta idea es revisada y corregida por Rawls en el *Liberalismo Político*. En esta obra, el género pasa a ser un aspecto que sería relevante de no ser conocido por quienes están en la posición original. John Rawls, *Liberalismo político*, 47.

le reconoce en la educación moral y la formación del sentido de justicia¹⁹.

Todo esto parece indicar que Rawls “parte de la presunción de que la familia tradicional es justa, a pesar de que, de hecho, esté en contradicción con las principales exigencias de la justicia como equidad”²⁰. De hecho, el mismo autor parece reconocer que esa última afirmación está contenida en su obra *Teoría de la Justicia*, al indicar que en ella había dejado de lado ciertos temas importantes, entre ellos, indica, “la justicia de la familia y en el seno de la familia, aunque supongo que, de alguna forma, la familia es una institución justa”²¹. No obstante, advierte Rawls, el no abordar directamente la cuestión de la familia no quiere decir que la concepción de justicia que elabora a partir de otros problemas clásicos no pueda ser extrapolable para resolver los conflictos que se susciten en la esfera familiar²². Esta idea, sin embargo, presenta algunas contradicciones en sus obras, como se verá.

3.- FAMILIA COMO POTENCIAL FUENTE DE DESVENTAJAS Y DE OPRESIÓN PARA NIÑOS Y NIÑAS

Según la historiografía de la familia, si bien esta institución ha estado presente bajo distintas formas en todas las sociedades, en la época de la industrialización se consolidó en Europa un modelo particular de familia: la burguesa tradicional. Como explica Valpuesta, se trata de un ideal basado en la relación conyugal y tendencialmente estable, que se organiza en torno al reparto de papeles que sitúan al marido en el trabajo y a la mujer en el hogar. Mientras, a los hijos y las hijas les corresponde dedicarse exclusivamente a su formación y educación, bajo la mirada atenta de sus progenitores; aunque solo los *legítimos*, puesto que la filiación extramatrimonial era excluida de este modelo²³. Según la autora, este modelo refuerza la escisión entre lo privado, como parte de la esfera doméstica en la que se desarrolla la vida familiar (a la cual estarían relegados la mujer y los niños y las niñas, bajo el *gobierno del pater*), y lo público, donde se desarrollan las actividades productivas, políticas y sociales (en el que se desenvuelve el marido-padre)²⁴.

¹⁹ Isabel Turégano, “La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls”, nota al pie N° 29; Susan Moller Okin, *Justice, gender and the family*, 26-32; Carole Pateman, *El contrato sexual*, 61-63.

²⁰ Isabel Turégano, “La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls” nota al pie N° 29.

²¹ John Rawls, *Liberalismo político*, 22.

²² *Íbid*, 23.

²³ Rosario Valpuesta, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012), 102.

²⁴ *Íbid*, 75-77.

Las desventajas producidas en contra de los grupos dominados al interior de la familia (especialmente la tradicional), mujeres, niños y niñas, han sido abordadas desde diversas perspectivas.

Por ejemplo, para Okin, la base de la desigualdad social que presentan las mujeres en relación con los hombres deviene de una inequitativa distribución de las cargas y los roles en la familia, que permanece oculta tras la clásica separación de lo privado (o espacio doméstico) y lo público (donde se desarrollan la política y el mercado)²⁵.

Nussbaum, en su libro *Las Mujeres y el desarrollo humano*, reconoce que, si bien pueden existir amor y cuidado en la familia, “sería difícil negar que la familia ha sido, si no el mayor, al menos uno de los más importantes sitios de opresión de las mujeres”²⁶. Además, teniendo en cuenta su función en la reproducción social y el tipo de relaciones que se producen en su interior, la familia termina siendo para las futuras generaciones una escuela para la desigualdad, mediante los patrones culturales aprendidos en la crianza²⁷.

De otro lado, existe también una desigualdad etaria, pues la posición que ocupan los integrantes de la familia varía según si son personas adultas o niños y niñas, pues serían las primeras quienes determinan el mejor interés de los segundos. Desde el punto de vista filosófico, la restricción de la autonomía de los niños y las niñas en el seno de la familia bajo el poder del padre —y posteriormente también de la madre— se funda en la concepción moderna de la infancia, propia de las sociedades liberales. Esta entiende que los niños y las niñas tienen una naturaleza y características claramente separadas y distintas de aquellas que poseen las personas adultas, lo que exige que sean mantenidos en mundos apartados, determinando roles, responsabilidades y modos de vida diferenciados. Además, son vistos como seres incompletos, que se encuentran transitando un estadio de devenir inevitable hacia la meta de la adultez. Ese rasgo explicaría y justificaría su dependencia y subordinación hacia el mundo adulto, especialmente sus padres y madres, quienes serán los que determinarán y procurarán satisfacer —según su propio criterio— sus necesidades e intereses²⁸.

En virtud de esta concepción se ha asumido que los niños y las niñas, por su falta de madurez, son, de pleno derecho, incompetentes básicos, negándoles la posibilidad de agencia. Sobre tal presunción, las personas adultas deben intervenir en sus decisiones, acciones o comportamientos mediante el paternalismo jurídico. Así, para Garzón Valdés, “en el caso de los niños, el ejercicio de su autonomía está

²⁵ Susan Moller Okin, *Justice, gender and the family*.

²⁶ Martha Nussbaum, *Las mujeres y el desarrollo humano*, 321.

²⁷ *Ibid*, 321-323.

²⁸ David Archard, *Children. Rights and childhood*, 37-50.

condicionado por una situación de radical vulnerabilidad”²⁹, dada su falta de racionalidad y dependencia, lo que justificaría el paternalismo respecto de ellos.

En relación a la posición de desigualdad basada en el criterio de la edad, liberacionistas como Farson y Holt buscaron librar a los niños y las niñas de las situaciones de opresión y dominación a la que la habrían sometido las personas adultas, especialmente a través de la familia y la escuela. Planteaban que, mediante su relegación a estos espacios, se segrega la niñez del mundo adulto. Sostuvieron que las razones para su tratamiento diferenciado se basan solo en la edad, lo que constituye un criterio arbitrario y por ende discriminatorio. Por eso, abogaron por extender a todos los niños y las niñas los mismos derechos que se les reconocen a las personas adultas, con igual capacidad para ejercerlos³⁰ y, como consecuencia, liberarlos del yugo familiar.

En la actualidad encontramos distintas variedades de formas de familia, que responden a los distintos contextos sociales, legales y económicos, así como a la diversidad cultural. Familias nucleares, extendidas, biparentales, monoparentales, cohabitantes, concubinatos, familias reconstituidas, entre otras, que cada vez están más reconocidas socialmente, impiden hablar con propiedad de *familia*, singular, aludiendo a un modelo universal. Sobre su organización interna, Giddens afirma que, en términos generales, el poder patriarcal ha ido perdiendo fuerza a lo largo del siglo XX, producto de fenómenos como la incorporación de la mujer en el mercado laboral y el predominio de los vínculos basados en la afectividad y la corresponsabilidad³¹.

No obstante, la distribución desigual de tareas y la violencia doméstica siguen estando presentes en nuestras sociedades, perpetuando los patrones de género tradicionales. La desigualdad en las relaciones familiares se suele basar en la idea implícita de que a los hombres y a las mujeres les corresponde responsabilidad en distintas esferas: hombres proveedores y mujer encargada del cuidado³². Por su parte, la concepción moderna de la infancia sigue estando presente. Como indica Archard, “en nuestra cultura, esta mirada determina el lugar apropiado del niño como aquel que no puede disfrutar de los derechos y responsabilidades de los adultos”³³. Parte de esto es el

²⁹ Ernesto Garzón, “Desde la ‘Modesta Propuesta’ de J. Swift hasta Las ‘Casas de Engorde’: Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños” (1994), *Doxa*, 15, 737.

³⁰ David Archard, *Children. Rights and childhood*, 70-74. John Holt, *Escape from childhood. The needs and rights of children* (Penguin Books, Harmondsworth, 1975), 21, 32, 59-60 y 88; Richard Farson, *Birthrights*, (Macmillan Publishing, Nueva York, 1974), 27.

³¹ Anthony Giddens, *Sociología* (traducido por: Muñoz, F., 6º ed., Alianza Editorial, Madrid, 2014), 368-370.

³² *Ibid*, 374-378.

³³ David Archard, *Children. Rights and childhood*, 50 [traducción de la autora].

mismo concepto del interés superior del niño, reconocido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tras el cual subyace la idea de una tercera persona (adulta, y generalmente su padre y/o³⁴ madre) tomará las decisiones por ellos hasta que alcance la mayoría de edad. Y es que la familia y sus relaciones no están libres de constantes resistencias, tensiones y contradicciones³⁵.

La discusión acerca de la condición de los niños y las niñas como sujetos de derechos positivos quedó en gran parte superada con la masiva ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde el punto de vista de los derechos morales, las teorías de los derechos se han encontrado con mayores problemas para fundamentar su titularidad³⁶. Pero, siguiendo a MacCormick, esa dificultad no debe poner en duda la afirmación de que los niños y las niñas tienen derechos, puesto que ello carecería de toda sensatez³⁷.

Por su parte, Rawls, preocupado por la situación de desventaja de las personas, propone como principios de justicia el de igual repartición de derechos y bienes básicos, y los de diferencia e igualdad de oportunidades. Estos últimos buscan producir beneficios compensadores para todas las personas, especialmente las más desaventajadas³⁸. En particular, una aplicación consecuente del principio de igualdad de oportunidades exige considerar a las personas independientemente de la influencia de su posición social³⁹. Sin embargo, tenemos que, “[i]ncluso en una sociedad bien ordenada que satisfaga los dos principios de justicia, la familia puede ser una barrera para la igualdad de oportunidades entre las personas”⁴⁰.

Según Rawls, dada la fuerte relevancia que tiene la institución de la familia en las personas, especialmente durante sus primeros años de vida, en el desarrollo de las capacidades y el modelamiento de las aspiraciones personales, esta puede favorecer o bien obstaculizar a sus integrantes la posibilidad de acceder a la igualdad de oportunidades. Así, más allá de los dotes naturales, la suerte, el esfuerzo o el mérito individual, el origen familiar puede terminar condicionando la posibilidad de acceder a las mejores posiciones en la sociedad, y con

³⁴ *Íbid*, 62.

³⁵ Respecto de la sociedad chilena: Ximena Valdés, *La vida en común. Familia y vida privada en Chile y el medio rural en la segunda mitad del siglo XX* (1° ed., Lom Ediciones, Santiago, 2007), 52-53 y 379-388.

³⁶ En términos generales, las explicaciones se han desenvuelto entre las teorías de la voluntad y del interés. En español, ver: Isabel Fanlo, [comp.], *Derecho de los niños. Una contribución teórica* (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México DF, 2004).

³⁷ Neil MacCormick, “Los derechos de los niños: un test para las teorías de los derechos”, en: Isabel Fanlo [comp.], *Derecho de los niños. Una contribución teórica* (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México DF, 2004), 61.

³⁸ John Rawls, *Teoría de la justicia* (traducido por: González, M., Fondo de cultura económica, México DF, 1997), 62-118.

³⁹ *Íbid*, 461.

⁴⁰ *Íbid*, 279.

ello, ser un obstáculo para el principio de igualdad de oportunidades⁴¹. Y, dado que la familia es en sí inmerecida (en el sentido de que no obedece al mérito), las ventajas y privilegios que encontramos en nuestra cuna deberían ser sometidas al principio de diferencia.

Siendo así, desde una perspectiva liberal y cimentada en el contractualismo, ¿cómo se justifica la familia, habida cuenta de la subordinación no consensuada de ciertos grupos bajo una autoridad, y la desigualdad de oportunidades que genera? ¿No sería, entonces, más conveniente desde esta perspectiva abolir la familia?⁴².

4.- ENTONCES, ¿QUÉ HACEMOS CON LA FAMILIA?

Rawls se formuló esa última pregunta, y en distintas partes de sus obras da razones para justificar la existencia de la familia, sobre la base de que ella nos ofrece más luces que sombras. En la justicia como imparcialidad, la familia ocupa un rol trascendental para la reproducción y la estabilidad de una sociedad justa⁴³. Por su parte, sus efectos *no deseados*, indica, pueden ser aplacados con una aplicación adecuada de los principios de fraternidad y satisfacción en la distribución de las facultades naturales y contingencias de las condiciones sociales⁴⁴.

Como hace ver Udi, por un lado, la noción de familia, y particularmente la idea de actuar como *cabeza de familia* para responder al problema de cómo repartir entre generaciones las cargas de construir y mantener una sociedad justa, permite incorporar en la posición de justicia original de Rawls el principio del ahorro justo, mediante un principio de justicia distributiva intergeneracional⁴⁵.

Por otro, la familia en Rawls, además de ser necesaria para la reproducción sexual de los individuos, constituye una primera escuela para el desarrollo moral de los futuros integrantes de una sociedad bien ordenada: los niños y las niñas⁴⁶. Sobre este punto, Rawls plantea que uno de los rasgos que definen a una sociedad bien ordenada es la estabilidad de la concepción de justicia que le rige. Para esto es necesario que los principios de justicia sean conocidos públicamente, reconocidos como justos, y causar suficiente convicción y disposición para comportarse de modo tal que se contribuya a mantener una sociedad justa⁴⁷.

La apuntada por Rawls es una de las varias funciones sociales que tradicionalmente ha cumplido la familia: la de reproducción social. La familia, en su constante interrelación con los cambios sociales, juega

⁴¹ *Íbid*, 279 y 100.

⁴² Juliana Udi, "El valor de la familia en la teoría de la justicia de Rawls", 114.

⁴³ *Íbid*, 118.

⁴⁴ John Rawls, *Teoría de la justicia*, 461.

⁴⁵ *Íbid*, 128; Juliana Udi, "El valor de la familia en la teoría de la justicia de Rawls", 119-121.

⁴⁶ *Íbid*, 130.

⁴⁷ John Rawls, *Teoría de la justicia*, 411-422.

un papel nuclear en el diseño de cada sociedad y en la transmisión de valores, tradiciones, patrones culturales y reglas axiológicas. De hecho, esta función social ha propiciado el interés de los poderes políticos en la institución de la familia⁴⁸.

Así las cosas, el valor de la familia en la transmisión de valores o, en este caso, concepciones de justicia, se contradice con el lugar que, en ocasiones, Rawls le asigna como agrupación asociativa, y la valoración de las relaciones que ella entraña como privadas por ser meramente afectivas. En todo caso, esta justificación instrumental ha sido criticada por Okin desde lo sustantivo, por contradecir su propio concepto de justicia. La familia, al menos la de carácter patriarcal, difícilmente podría ser un espacio para inculcar las facultades morales que le preocupan a Rawls⁴⁹.

Según Udi, el valor de la familia también puede ser justificado, desde la teoría de Rawls, como una estrategia normativa o deontológica, cuando se considera necesaria en virtud de derechos y libertades que la sustentan⁵⁰, al ser la familia un fruto de la asociación voluntaria. En este sentido, la familia sería no solo condición sino efecto de una sociedad justa⁵¹. Una estrategia de justificación similar es la utilizada por Nussbaum al plantear que la pertenencia a una familia es manifestación del ejercicio de la libertad de asociación por parte de las personas adultas⁵².

Ahora bien, las respuestas que se han planteado, bien se dirigen a la consecución de determinados fines (una sociedad justa) o bien se centran en la satisfacción de los intereses de los padres y madres como personas adultas que ejercen su libertad de asociación. Los intereses de los niños y las niñas en sí no se avizoran en ellas directamente, sino para salvaguardar los intereses de la sociedad en la formación de futuras personas adultas convenientes para ella. Hay que reconocer, eso sí, que Rawls destaca el valor de la afectividad, los lazos de confianza y reafirmación de la autovalía en la relación paterno y maternofamiliar, particularmente en el ejercicio de los roles parentales, aspectos que son centrales en una socialización de los niños y las niñas correctamente entendida desde el punto de vista de sus derechos. No obstante, justifica la importancia de lo anterior en el desarrollo y entrenamiento de la moral de la autoridad y, a través de ello, lograr una sociedad bien ordenada en la que se transmita de forma estable el sentido de justicia, no así en los propios hijos e hijas⁵³.

Si partimos de la base de que los niños y las niñas tienen derechos, como así lo han reconocido —casi unánimemente— los

⁴⁸ Rosario Valpuesta, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, 53-56.

⁴⁹ Susan Moller Okin, *Justice, gender and the family*, 96-101

⁵⁰ Juliana Udi, "El valor de la familia en la teoría de la justicia de Rawls", 112- 115.

⁵¹ *Ibid*, 112- 115

⁵² Martha Nussbaum, *Las mujeres y el desarrollo humano*, 362-363.

⁵³ John Rawls, *Teoría de la justicia*, 411-422.

Estados al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, entonces sería coherente buscar alguna justificación de la familia centrada en sus intereses como sujetos actuales y completos. En este punto, considero que, desde la perspectiva de los efectos de los principios de justicia, también podría invocarse la función socializadora que la familia cumple, en general (admitiendo lamentables y no aisladas excepciones), para los niños y las niñas como sujetos de derechos. Esto es, constituir un espacio en el cual modelan su personalidad, desarrollan sus facultades y herramientas, aprenden las pautas de comportamiento que les forman para su madurez, y les otorga un ambiente propicio para el mayor equilibrio afectivo que facilita su desarrollo, además de promover su bienestar actual, brindándole estabilidad y seguridad física y emocional⁵⁴.

5.- EL LUGAR DE LA FAMILIA EN LA SOCIEDAD: ENTRE LA ESTRUCTURA BÁSICA Y LA AGRUPACIÓN AFILIATIVA

Al definir el lugar que ocupa la familia en una sociedad, Rawls presenta notorias ambigüedades. Por un lado, la define como una gran institución social que forma parte de la estructura básica de la sociedad, y por otro, como una asociación voluntaria que no es parte de aquella. Que posea uno u otro valor no es baladí, pues, como aclara Spector, determinará si son coercitivamente aplicables en ella los principios de justicia o si será regida solamente por alguna concepción comprensiva del bien⁵⁵.

Rawls plantea que el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad. Entiende por tal “el modo en que grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social”⁵⁶. Estas grandes instituciones sociales, mediante el establecimiento de ciertas reglas, “definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que puede esperar hacer y sobre lo que haga”⁵⁷. Es decir, sus efectos pueden generar desigualdades profundas para acceder a las oportunidades, incluso aquellas iniciales en la vida, lo que justificaría que sean el tema primario de justicia⁵⁸. Aclara que no es la institución en sí justa o injusta, sino que lo es la forma en que su actividad es realizada y administrada⁵⁹. Ofrece como ejemplos de estas grandes instituciones la constitución, la propiedad privada y la familia (pero no

⁵⁴ Rosario Valpuesta, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, 87; David Archard, *Children. Rights and childhood*, 163.

⁵⁵ Ezequiel Spector, “La familia en Rawls: ¿En qué sentido es parte de la estructura básica?” (2014), N° 41, *Isonomía*, 98.

⁵⁶ John Rawls, *Teoría de la justicia*, 20.

⁵⁷ *Ibid*, 20 y 62.

⁵⁸ *Ibid*, 20; John Rawls, *Liberalismo político*, 35-36.

⁵⁹ John Rawls, *Teoría de la justicia*, 63.

cualquiera: la monógama)⁶⁰. La incorporación de la familia es coherente con sus efectos, pues ya vimos que la familia puede ser una importante fuente de desventaja.

En otros pasajes de su obra, parece alejarse de esta idea y remarcar la diferencia de lo público en oposición a lo privado, y dentro de lo último, el ámbito familiar, para remarcar que su liberalismo político no preconiza ninguna idea comprensiva del bien⁶¹. Cuando asume dicha postura, Rawls parece acercar a la familia más a las agrupaciones voluntarias, tales como las iglesias y universidades, que a la estructura básica de la sociedad. Incluso, pone a *lo familiar* como ejemplo de *lo no político*, junto con *lo asociativo* y *lo personal*⁶². Aclara que ideas del bien, como las asociadas a “las virtudes apropiadas para los papeles en la vida en familia y a las relaciones entre individuos”⁶³, no pueden formar parte de la concepción política de la justicia como sí podrían serlo las ideas políticas, ya que estas últimas —a diferencia de las primeras, habría que entender— “nos permite suponer que la comparten los ciudadanos y no depende de ninguna doctrina comprensiva en particular”⁶⁴. Así las cosas, la autonomía de la organización familiar interna corresponde a visiones comprensivas que, por tanto, quedarían fuera del margen de acción de un Estado democrático en una sociedad pluralista.

Ante esta ambivalencia, Spector plantea entender que las instituciones voluntarias como la universidad, la iglesia, y —especialmente— la familia, tienen una naturaleza compleja. Esto quiere decir que: i) la familia no será siempre parte de la estructura básica; y ii) algunas (o, más bien, varias) veces y en determinados aspectos sí lo es, según los efectos que produzcan en la posición de las personas. En esto último se debería tener especialmente en cuenta que la falta de aplicación de los principios de justicia devendría en una desventaja⁶⁵.

6.- LO DOMÉSTICO, ¿UNA BARRERA INFRANQUEABLE PARA LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS?

Según se ha venido diciendo, Rawls, especialmente en el *Liberalismo Político*, no aplica directamente su concepción de justicia a los problemas que se suscitan en las relaciones familiares. Incluso, algunos pasajes de su obra sugieren lo contrario: que la justicia como equidad se aplica solo al ámbito de lo político, que se distingue de lo familiar junto con lo personal y asociativo. La esfera familiar, a

⁶⁰ Íbid, 20; John Rawls, “The idea of public reason revisited” (1997), vol. 64, N° 3, The University of Chicago Law Review, 788.

⁶¹ John Rawls, *Liberalismo político*, 35-38, 140 y 190.

⁶² Íbid, 140.

⁶³ Íbid, 188

⁶⁴ Íbid, 188.

⁶⁵ Ezequiel Spector, “La familia en Rawls: ¿En qué sentido es parte de la estructura básica?”, 110.

diferencia de la política, indica Rawls, pertenece al ámbito de los afectos, y se rige por valores morales propios⁶⁶. Esto, porque el liberalismo busca distinguir el punto de vista público de aquellos que no lo son, y ser imparcial entre los distintos puntos de vista de las doctrinas comprensivas razonables⁶⁷.

No obstante, Rawls intenta dejar en claro que ello no quiere decir que queden fuera de la esfera de la justicia, puesto que sus principios igualmente les son aplicables como parte integrante de la estructura social básica. Una concepción de justicia, en coherencia con sus propios principios de justicia, puede alentar, desalentar o incluso prohibir determinados puntos de vista que entren en conflicto con ellos⁶⁸. Así, por ejemplo, en una sociedad en donde la tolerancia y el respeto mutuo son un valor, su régimen constitucional podría válidamente tomar ciertas medidas para reforzarlo, como discriminación por determinados motivos (de manera coherente con la libertad de pensamiento y expresión), sin ser por ello parcial⁶⁹.

Bajo esta forma, Rawls estaría proponiendo límites externos a la familia, así como a otras asociaciones voluntarias, que no afectan su gobierno interno. O al menos no directamente, ya que la familia y sus integrantes se encuentran insertos en una sociedad que está, a la vez, gobernada por instituciones básicas⁷⁰.

Como apunta Nussbaum, estos límites externos no serían suficientes para abordar la situación de desventaja de todas las personas. Para ella, finalmente, esta teoría sería tolerante con prácticas que, si bien son indeseables por provocar esa desventaja, no ameritarían intervención por no ser una violación de los principios de justicia básica, como lo sería, por ejemplo, que la persona amenazada no pudiera abandonar la familia o estuviera en peligro su integridad física⁷¹. Para ella, tampoco queda claro qué diferencia concretamente la aplicación de los principios de justicia a la familia de forma indirecta *como parte de la estructura básica*, de hacerlo de forma directa como una institución social que forma parte de dicha estructura⁷².

Considero que es correcto entender, siguiendo a Nussbaum, que el Derecho no solamente interviene mediante una acción directa en la familia cuando, de acuerdo a la concepción de justicia, lo amerita, sino que la constituye. La familia no es una unidad pre-política ni pre-jurídica, así como tampoco es neutra, puesto que su existencia, término, consecuencias, así como el límite y contenido de sus relaciones, están finalmente insertos en un sistema jurídico que la crea y regula (incluso al decidir mantener el *status quo*). Esto es importante,

⁶⁶ John Rawls, *Liberalismo político*, 140.

⁶⁷ *Ibid*, 14 y 186.

⁶⁸ *Ibid*, 190-191.

⁶⁹ *Ibid*, 190.

⁷⁰ Martha Nussbaum, *Las mujeres y el desarrollo humano*, 356.

⁷¹ *Ibid*, 356.

⁷² *Ibid*, 357.

puesto que nos obliga a entender a la familia no como un hecho dado y natural, sino como un fenómeno social y también jurídico, que, por tanto, es ya un asunto público⁷³. En este sentido, la elección sobre no intervenir en determinados modos de vida al interior de la familia no implica necesariamente una neutralidad pura. Por otro lado, los límites no son solo externos, sino que también la constituyen⁷⁴. A partir de su crítica, Nussbaum propone centrarse en las capacidades y libertades de cada persona (en vez de en la familia en sí como grupo), y no asumir alguna agrupación afiliativa como prioritaria o central⁷⁵.

Me parece que, adoptando algunas ideas del enfoque de Nussbaum, específicamente la necesidad de centrarnos en cada persona como un fin, admitir que los límites jurídicos no son solamente externos a la familia y dotar de una interpretación necesariamente contextual, podemos interpretar la teoría de Rawls desde un enfoque de derechos humanos de los niños y las niñas en la resolución de los problemas dentro de la familia.

Indica Rawls en *The Idea of Public Reason Revisited* que, en una sociedad democrática, el Estado estará probablemente interesado en regular ordenadamente las instituciones que son necesarias para que la sociedad se reproduzca. Esto incluiría ámbitos como la familia, en aspectos como la crianza y educación de los niños y las niñas. Pero no tendría un interés legítimo en regular ciertos aspectos como un modelo particular de familia o las relaciones entre sus miembros, puesto que, como se ha dicho, implicaría comprometerse con cierta doctrina moral comprensiva. Lo anterior, *salvo que* estos afecten de algún modo la reproducción de la sociedad en el tiempo. Considero que esta interpretación debe ser efectuada necesariamente de manera contextual, de manera que admitirá distintas excepciones que puedan afectar la transmisión de los valores y principios de la sociedad⁷⁶. Un límite a dicha libertad debería ser la afectación de derechos fundamentales de sus integrantes, particularmente de los niños y las niñas.

En efecto, Rawls recuerda que los miembros de la familia son ciudadanos titulares de derechos antes que integrantes de un grupo⁷⁷. Respecto de los niños y las niñas, probablemente Rawls, al igual que Nussbaum, justificarían lo anterior en su calidad de futuros ciudadanos. Se deberá enriquecer la teoría, entonces, con un enfoque de derechos de los niños y las niñas, para atender realmente a su desventaja actual por el valor que tienen como personas actuales.

⁷³ *Íbid*, 361-362. "Rawls parece mantener, pues, en forma análoga, una distinción entre acción e inacción del estado que sugiere que el estado no está actuando cuando no interfiere en el modelo tradicional de familia, mientras que estaría actuando si intentara cambiar los modelos de gobierno de la familia". *Íbid*, 363.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Íbid*, 368.

⁷⁶ John Rawls, "The idea of public reason revisited", 779.

⁷⁷ *Íbid*, 791.

Así las cosas, asumiendo el carácter conformador del Derecho en la familia, sería apropiada su regulación ya no exclusivamente mediante el derecho privado, particularmente el derecho de familia y civil, sino también mediante derecho público, particularmente desde la óptica de los derechos humanos y su reconocimiento en la Constitución. Esto permitirá ajustar las relaciones de familia relevantes jurídicamente conforme los principios que informan la organización política y social de nuestra sociedad⁷⁸, de acuerdo a su propia concepción de justicia.

En el campo de la familia, los derechos humanos, a diferencia de su noción clásica como límites frente al poder estatal, se convierten en garantías para que las relaciones recíprocas que se entretengan horizontalmente en la ciudadanía, particularmente en la esfera familiar, se rijan también por principios y valores trascendentales como la igualdad, la libertad y la dignidad. Esta es una forma de proteger a los miembros como personas titulares de derechos, con preminencia sobre la estabilidad de la familia como tal⁷⁹. Para eso, los textos constitucionales otorgan garantías y mecanismos de resistencia que aseguran, al menos con más fuerza que una ley corriente, su aplicación.

La introducción de las ideas de justicia, particularmente a través del discurso de los derechos, en el ámbito de las relaciones familiares no implica negar a las familias y a los individuos que la componen un ámbito propio de autonomía y realización, ni imponer cierta doctrina comprensiva. Contrariamente, como hace ver Valpuesta, el foco sobre cada integrante de la familia como persona y titular de derechos lleva a un más amplio reconocimiento de la autonomía en las relaciones y la vida familiar⁸⁰ y entrega más condiciones para que las personas puedan llevar a cabo sus planes de vida en igualdad.

7.- CONCLUSIONES

En Rawls es posible observar de forma clara la tensión existente desde el liberalismo en relación con la familia. Por un lado, la familia significa una esfera privada de afectividad, elección personal y desarrollo de planes de vida, que debe poder desenvolverse libremente y, en consecuencia, permanecer libre de injerencias sociales y estatales. Por otro lado, Rawls reconoce la profunda influencia de la familia en el desarrollo humano, el carácter inmerecido de las condiciones que nos otorga el nacimiento en cierta familia, así como también su papel de condicionante en el acceso a la igualdad de oportunidades. De esta forma, la familia se planta de frente a los principios de justicia. Probablemente por esa tensión, Rawls presenta

⁷⁸ Rosario Valpuesta, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, 113.

⁷⁹ *Ibid*, 248.

⁸⁰ *Ibid*, 211.

algunas ambivalencias en su obra, que, no obstante, han suscitado provechosas revisiones, reflexiones y críticas que nos permiten poner luz sobre esta problemática.

La familia ha sido criticada desde distintas perspectivas por ser una potencial fuente de desventaja, especialmente para quienes se encuentran en posición de subordinación en relación al *pater*. Rawls, por su parte, también desidealiza la familia al aceptar que puede resultar siendo una fuerte condicionadora de desventajas, lo que iría en contra de los principios de justicia que propone. Pese a eso, la familia, para Rawls, ocupa un rol trascendental que justifica su existencia, pues funciona como transmisora de su concepción de justicia; aunque deja de lado la función que ella cumple o no en relación con la niñez propiamente tal. Se debate, no obstante, en considerar si es parte o no de la estructura social básica. Pero, sea directamente como institución que conforma la estructura social básica, sea como grupo inserto en ella, los principios de justicia le son aplicables, al menos indirectamente en el último caso.

Si bien podemos poner en duda el carácter de *indirecto* de esa intervención, atendido que el Derecho configura a la familia, una correcta aplicación de esta idea, incorporando a los niños y las niñas como sujetos de derechos humanos que funcionan como límites en las relaciones intersubjetivas, permite trabajar sobre su desventaja, sin afectar por ello la autonomía de la vida familiar. En definitiva, pareciera ser que la ambivalencia más relevante la presenta el largo debate acerca de lo público y lo privado, específicamente qué se entiende por privado, cuáles son sus consecuencias y qué se entiende por intervenir en dicha esfera.

8.- BIBLIOGRAFÍA

- Archard, David, *Children. Rights and childhood* (2º ed, Routledge, Oxon, 2004).
- Archard, David, *Children, family and the State* (Routledge revivals, Londres y Nueva York, 2018).
- Fanlo, Isabel [comp.], *Derecho de los niños. Una contribución teórica* (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México DF, 2004).
- Farson, Richard, *Birthrights* (Macmillan Publishing, Nueva York, 1974).
- Filmer, Robert, *Pathriarca and other political works of Sir Robert Filmer* (Basil Blackwell Oxford, Oxford, 1949).
- Garzón Ernesto, "Desde la 'Modesta Propuesta' de J. Swift hasta Las 'Casas de Engorde': Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños" (1994), *Doxa*, 15, 731.
- Giddens, Anthony, *Sociología* (traducido por: Muñoz, F., 6º ed., Alianza Editorial, Madrid, 2014).
- Holt, John, *Escape from childhood. The needs and rights of children* (Penguin Books, Harmondsworth, 1975).

- Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil* (traducido por: Mellizo, C., Tecnos, Madrid, 2006).
- Locke John, *Ensayo sobre el gobierno civil* (1º ed. electrónica, Letras para volar, Guadalajara, 2015).
- MacCormick, Neil, "Los derechos de los niños: un test para las teorías de los derechos", en: Fanlo, Isabel [comp.], *Derecho de los niños. Una contribución teórica* (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México DF, 2004), 61.
- Nussbaum, Martha, *Las mujeres y el desarrollo humano* (traducido por: Bernet, R., 2º ed., Herder, Barcelona, 2017).
- Okin, Susan Moller *Justice, gender and the family* (Basic Books Inc., Nueva York, 1989).
- Rawls, John, *Liberalismo político* (traducido por: Madero, S., Fondo de Cultura Económica, México DF, 1995).
- Rawls, John, *Teoría de la justicia* (traducido por: González, M., Fondo de cultura económica, México DF, 1997).
- Rawls, John, "The idea of public reason revisited" (1997), vol. 64, N° 3, *The University of Chicago Law Review*, 765.
- Pateman, Carole, *El contrato sexual* (traducido por: Femenías, María Luisa, primera edición, Anthropos, México DF, 1995).
- Spector, Ezequiel, "La familia en Rawls: ¿En qué sentido es parte de la estructura básica?" (2014), N° 41, *Isonomía*, 97.
- Turégano, Isabel, "La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls" (2001), N° 24, *Doxa*, 319.
- Udi, Juliana, "El valor de la familia en la teoría de la justicia de Rawls" (2017), N° 47, *Isonomía*, 109.
- Valdés, Ximena, *La vida en común. Familia y vida privada en Chile y el medio rural en la segunda mitad del siglo XX* (1º ed., Lom Ediciones, Santiago, 2007).
- Valpuesta, Rosario, *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012).