



CATOLICA
DEL PERÚ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES BÁSICAS COMO MEJOR
FUNDAMENTO PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y SU RELACIÓN
CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIONALES EN
EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO**

Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional

Autor: Juan Manuel Sosa Sacio

Asesor: Félix Morales Luna

**Jurado: César Landa Arroyo
Félix Morales Luna
Betzabé Marciani Burgos**

ÍNDICE

Introducción

Capítulo I. El constitucionalismo contemporáneo y los derechos fundamentales

1. Constitucionalismo y los movimientos constitucionales (constitucionalismos)
 - 1.1. Constitucionalismo y movimientos constitucionales
 - 1.2. El constitucionalismo liberal
 - 1.3. El constitucionalismo democrático
 - 1.4. El constitucionalismo social
2. Constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo
 - 2.1. Tipos y acepciones de neoconstitucionalismo
 - 2.1. Características del constitucionalismo contemporáneo
 - 2.3. Una variante específica de neoconstitucionalismo: el neoconstitucionalismo estándar o canónico
4. Los derechos humanos y fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo
5. Características contemporáneas de los derechos humanos y fundamentales

Capítulo II. Limitaciones de la dignidad humana para fundamentar los derechos humanos y fundamentales

1. La dignidad humana contemporánea
2. Conceptos de dignidad humana
 - 2.1. La dignidad como mandato de no instrumentalización (la persona debe ser considerada como fin y nunca como medio)
 - 2.2. La dignidad como atributo o naturaleza inherente a todo ser humano (todos somos iguales en dignidad)
 - 2.3. La dignidad como capacidad para ser sujeto racional y moral
 - 2.4. La dignidad como aspiración política normativa, es decir, como un “deber ser” (a todo ser humano se le debe garantizar condiciones dignas de existencia)
3. Delimitación y alcances de la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos y fundamentales
4. Crítica a la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos y fundamentales

Capítulo III. La noción de necesidades básicas y el fundamento de los derechos humanos

1. Más allá de la fundamentación de los derechos basada en la dignidad humana
2. Aproximaciones a una fundamentación no metafísica de los derechos humanos y fundamentales
2. Bases teóricas e ideológicas para el concepto de necesidades básicas
 - 2.1. Idea política de justicia y necesidades básicas
 - 2.2. Teoría de las necesidades humanas
 - 2.3. Teoría de las capacidades básicas y del desarrollo humano
 - 2.4. Tradición política republicana
3. Características y propuesta de definición de necesidades básicas
4. Argumentos a favor de la noción de necesidades básicas como justificación complementaria de los derechos

- 4.1. Las necesidades básicas constituyen razones de mayor peso
- 4.2. El contenido de las necesidades básicas es determinable por medios políticos
- 4.3. Las necesidades básicas como punto de apoyo frente a las tensiones libertad-igualdad, autonomía personal-democracia y ser humano-naturaleza

Capítulo IV. La satisfacción de las necesidades básicas y su relación con los derechos humanos, los derechos fundamentales y los derechos constitucionales

1. Precisiones conceptuales en torno a los fundamentos y los derechos
2. Distinción convencional entre los derechos humanos, fundamentales y constitucionales
3. Distinguiendo las tres nociones conforme a nuestra Constitución (y su relación con la satisfacción de las necesidades básicas)
 - 3.1. Derechos humanos
 - 3.2. Derechos fundamentales
 - 3.3. Derechos constitucionales
4. Corolario y alcances prácticos de la distinción
 - 4.1. Obligación (metajurídica) de positivizar los derechos humanos
 - 4.2. Obligación de no reconocer como fundamentales bienes de contenido bagatela
 - 4.3. Interpretación de los derechos en pugna o conflicto prefiriendo los vinculados con las necesidades básicas y los derechos fundamentales.
 - 4.4. Protección calificada a través de los procesos constitucionales.
 - 4.5. Preferencias en la implementación de políticas públicas.

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Esta investigación parte de la consideración que el discurso convencional sobre los derechos es – en gran medida– tributario de concepciones (liberales, moralistas, metafísicas) que no responden adecuadamente a los retos del constitucionalismo contemporáneo. En especial, en esta tesis nos vamos a referir a asuntos vinculados con la fundamentación de los derechos y a la consecuencia de una fundamentación diferente en nuestro ordenamiento.

Respecto a la fundamentación, de manera destacada, hoy se entiende que los derechos humanos y fundamentales encuentran su principal sustento en la dignidad de la persona humana. Sin embargo, esta noción –no obstante su innegable valor– es muy difusa y tiene un alto contenido moral y metafísico, lo que no permite generar consensos en torno a su contenido y, por el contrario, puede ser llenada de manera subjetiva y hasta arbitraria.

Asimismo –sobre todo en el ámbito nacional– es extendida la tesis de que la noción “derechos humanos” equivale a las de “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, pues, entre otras consideraciones, aluden a un mismo objeto (vinculados a la idea de dignidad humana) y merecen una protección equivalente (a través de los procesos constitucionales de tutela de derechos). Al respecto, sostenemos que la equiparación de estas tres categorías genera distorsiones indeseables respecto a la teoría y la protección concreta de los derechos, pues significa dar igual importancia a asuntos que tienen un valor distinto.

Siendo así, en esta tesis pretendemos, básicamente: (1) establecer un mejor fundamento que la dignidad humana para los derechos humanos y fundamentales, y (2) distinguir entre los conceptos de “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, con especial atención a las consecuencias prácticas de tal diferenciación.

Como sustentaremos, consideramos que los derechos humanos encuentran mejor fundamento en la noción política y ética (pero no metafísica) de “necesidades básicas”, constituyendo un fundamento alternativo para los derechos. Estas necesidades humanas básicas, por los fundamentos que explicaremos a los largo de esta investigación, son exigencias morales

vinculadas con capacidades o condiciones de vida, cuya falta de satisfacción hacen imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones. Así consideradas, la satisfacción de estas necesidades involucran razones morales fuertes en favor del reconocimiento y la eficacia de los derechos humanos y fundamentales.

En este trabajo postulamos también que las exigencias vinculadas con la realización de las necesidades básicas deben ser consideradas como derechos humanos, pues se tratan de pretensiones morales valiosas para la humanidad. Como también explicaremos, los derechos humanos deben estar reconocidos en las Constituciones nacionales como “derechos fundamentales”; sin embargo, esto no siempre ocurre así, pues el carácter “fundamental” de los derechos finalmente depende de lo que establezca cada ordenamiento constitucional, en correspondencia con su específico ordenamiento de valores. Además, señalamos que las constituciones reconocen algunos derechos distintos a los fundamentales, que si bien aluden a posiciones jurídicas reconocidas para las personas, no tienen necesariamente un respaldo sustantivo especial: se trata de los “derechos constitucionales”. Siendo así, defendemos que vale la pena distinguir entre las nociones de derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales, pues ello tiene consecuencias prácticas que merecen ser destacadas; por ejemplo, en lo concerniente a la tutela procesal preferente de algunos derechos, a la interpretación en caso de conflicto, o con respecto a las prioridades al implementar políticas públicas en materia de derechos básicos.

Ahora, habiendo señalado, en términos generales, el contenido de nuestra investigación, corresponde ahora dar cuenta de su estructura y partes. En el primer capítulo explicaremos qué es el constitucionalismo contemporáneo y cuál es el rol de los derechos humanos y fundamentales dentro de él, presentando el estado de la cuestión. Describimos, además, la existencia de lo que hemos denominado “neoconstitucionalismo estándar”, doctrina inscrita en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, que sostiene algunos postulados teóricos e ideológicos liberales y que postula una concepción particular sobre los derechos así como una visión optimista respecto a los jueces.

En el segundo capítulo haremos una evaluación de la noción de dignidad humana, exponiendo las principales concepciones sobre ella y presentando los diversos cuestionamientos que se le han

realizado. Explicaremos que la dignidad, pese a su trascendencia política y jurídica, no representa un fundamento tan sólido para los derechos humanos y fundamentales.

En el tercer capítulo presentaremos la noción “necesidades humanas básicas” y explicaremos que su satisfacción es un mejor sustento para los derechos humanos y fundamentales frente a la noción de dignidad (sin ser excluyentes). Para formular esta idea de necesidades recurriremos a algunas fuentes teóricas e ideológicas actuales que nos permiten plantear un concepto de necesidades humanas básicas desde una fundamentación no metafísica (sino más bien política e incluso pragmática) para el reconocimiento y la tutela de los derechos.

En el cuarto y último capítulo relacionaremos la satisfacción de necesidades humanas básicas con los derechos humanos y los derechos consagrados en nuestra Constitución (que pueden ser derechos fundamentales y derechos constitucionales). Así, daremos cuenta muy brevemente sobre el contenido tradicional de estos derechos, plantearemos que las necesidades básicas (las exigencias vinculadas a su satisfacción) son derechos humanos con una gran carga moral, lo que permitiría hablar de una preferencia argumentativa frente a los demás derechos. En similar sentido, sostendremos que los derechos fundamentales (distintos a los derechos constitucionales en general) tienen un especial contenido por disposición de la propia Constitución, por lo que detentan cierta prevalencia frente a los derechos que no son fundamentales. En ese marco, finalmente, presentaremos algunos corolarios prácticos que se deprenen de esta precedencia prima facie a la que aludimos.

Capítulo I:**EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Aunque con otras denominaciones (derechos naturales, derechos del hombre y el ciudadano, libertades civiles, etc.), los derechos humanos y fundamentales han estado presentes desde los inicios del constitucionalismo. Incluso el propio constitucionalismo ha sido entendido como una técnica para tutelar derechos y libertades básicos.

Si bien la relación entre derechos y constitucionalismo no es nueva, también es cierto que actualmente los derechos humanos y fundamentales detentan un valor especial, mayor al que tuvo en anteriores movimientos constitucionales. En este contexto, se afirma que estamos ante un nuevo constitucionalismo, que gira alrededor de los derechos humanos y fundamentales (y su importancia, interpretación, contenido y límites, alcances normativos, eficacia, técnicas de protección, etc.) Como puede constatarse, hoy la persona, su dignidad y derechos sirven de parámetro para medir la legitimidad del poder político, la validez de normas y negocios jurídicos, y para controlar el actuar estatal y de la sociedad en general. Esto es, básicamente, lo que da sus notas características al “constitucionalismo contemporáneo” (también llamado “neoconstitucionalismo”).

Sin embargo, lo anotado no permite aun diferenciar a este nuevo constitucionalismo de los anteriores (constitucionalismos liberal, social y democrático), especialmente en lo concerniente al rol y la importancia de los derechos humanos y fundamentales. Asimismo, tampoco da cuenta de que, no obstante la descrita trascendencia de los derechos humanos y fundamentales, ello no significa que estos deban subordinar jerárquicamente a los demás bienes constitucionales, ni desplazar (teórica, dogmática o políticamente) al resto de instituciones y elementos del Derecho Constitucional (y del Derecho en general), o que deba adoptarse sin más de la ideología liberal al operar con los derechos, como parece asumirse actualmente (lo cual, como explicaremos, responde a una variante ideologizada de neoconstitucionalismo: el “neoconstitucionalismo estándar” o “canónico”).

El propósito de este capítulo es, precisamente, analizar estas cuestiones. A estos efectos, vamos a presentar qué es el constitucionalismo, cuáles han sido los principales constitucionalismos o movimientos constitucionales, en qué consiste el “constitucionalismo contemporáneo” (especificando la singularidad del que hemos denominado “neoconstitucionalismo estándar”), para, finalmente, incidir en el rol y las características hodiernas de los derechos humanos y fundamentales.

1. Constitucionalismo y los movimientos constitucionales³ (constitucionalismos)

1.1. Constitucionalismo y movimientos constitucionales

Para entender a qué aludimos por “constitucionalismo contemporáneo” es preciso entender antes qué es constitucionalismo. Al respecto, podemos empezar afirmando que “constitucionalismo” (y “Derecho constitucional”) solo existe en sentido estricto desde que existen “constituciones”, es decir, normas jurídico-políticas superiores, principalmente escritas, que limitan al poder político absoluto y garantizan derechos humanos esenciales¹. Así visto, en rigor, recién podemos referirnos al “constitucionalismo” a partir de las constituciones de las revoluciones americana y francesa de fines del siglo XVIII (que tienen sus antecedentes en el constitucionalismo inglés del siglo XVII)².

De esta forma, las distintas formas de organizar el poder en ciudades o Estados anteriores a la existencia de verdaderas constituciones, no obstante tratarse de normas escritas que se refieren a la organización del poder, o que prevean derechos o privilegios para los ciudadanos o súbditos, no tendrían cabida dentro del concepto de Constitución³. La importancia de dichas formas de

¹ En tal sentido, aludimos básicamente a las “constituciones modernas” y al “constitucionalismo moderno”. Si bien la doctrina reconoce la existencia de un “constitucionalismo antiguo”, este solo se vincula al actual por la idea bastante general de “control al poder”, por lo que remontar el constitucionalismo moderno hasta el antiguo no solo es poco útil, sino incluso le vacía de contenido.

² Cfr. BARBERIS, Mauro. *Ética para juristas*. Trotta, Madrid, 2008, p. 132 y ss.; FIORAVANTI, Mauricio. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*. Trotta, Madrid, 2001, p. 85 y ss.; DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno*. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 41-74

³ DE VEGA, Pedro. “En torno a la legitimidad constitucional”. En: *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*. Tomo I: Derecho constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 1988, p. 806 y ss.

ordenación del poder político y de consagración de derechos o estatus son, para el constitucionalismo y la disciplina constitucional, principalmente referenciales e históricas.

Con lo señalado, es claro que existe una genérica noción de Constitución que viene desde los orígenes del constitucionalismo hasta nuestras fechas. Sin embargo, ello no significa que la evolución del constitucionalismo haya sido lineal o uniforme; en tal sentido, podemos referirnos también a la existencia de “constitucionalismos”, en plural, pues son varios movimientos constitucionales los que, finalmente, forjan el contenido actual de la Constitución. Así visto, el constitucionalismo –en singular– hará referencia al surgimiento y la expansión de constituciones con determinadas características, a las que se añadirán otros rasgos que definen a los diversos movimientos constitucionales, siendo estos diferentes “constitucionalismos” –en plural– expresiones del constitucionalismo.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que estos diferentes movimientos constitucionales o constitucionalismos no son niveles o apartamentos estancos, no se suceden mecánica o pacíficamente, no existen de modo puro en la realidad y los periodos de duración temporal que se les atribuye son solo referenciales. De esta manera, la finalidad de señalar periodos o clasificar estos movimientos constitucionales es sobre todo aproximativa, para favorecer al análisis conceptual⁴.

Precisado esto, vemos que los constitucionalismos se han sucedido, superpuesto o fusionado, no siempre de manera pacífica (si bien es cierto que existe una tendencia a incorporar bienestar, limitar el poder y luchar contra opresiones e inequidades). En efecto, cada movimiento constitucional no necesariamente ha reforzado o desarrollado los valores y bienes destacados por el constitucionalismo precedente; es más, estos pueden llegar a ser incongruentes entre sí. Pasar de un modelo constitucional a otro, en la práctica, no ha significado simplemente superponer o retirar principios, derechos o garantías; sino la posibilidad de que coexistan bienes y valores constitucionales opuestos entre sí.

⁴ Precisamente, con la idea de “movimiento” queremos indicar que no se trata de algo fijo o estable, sino más bien de una tendencia, en evolución no lineal.

Además, en los diferentes constitucionalismos pueden aparecer elementos típicos de otros. Por ejemplo, en lo concerniente a los derechos fundamentales, algunos de estos vinculados al constitucionalismo democrático aparecieron ya en el constitucionalismo liberal (como a la ciudadanía y al voto), otros liberales en el constitucionalismo contemporáneo (como la objeción de conciencia, el libre desarrollo de la personalidad o la identidad sexual), unos del social en el liberal (los derechos de petición o a la educación gratuita), del social en el contemporáneo (al bienestar y al mínimo existencial), etc.

Señalado esto, corresponde explicar ahora el desarrollo de los movimientos constitucionales anteriores al constitucionalismo actual (es decir, los constitucionalismos liberal, democrático y social), haciendo especial referencia a la expansión y surgimiento de los derechos fundamentales durante ellos. Al respecto, si bien las clasificaciones convencionales por lo general suelen dar cuenta solo de dos estadios sobre la evolución de los derechos fundamentales (derechos de primera y segunda generación) y de dos modelos de Estado (Estado liberal y Estado social) previos al constitucionalismo actual⁵, consideramos que es mejor presentar estos movimientos sobre la base de las tres matrices teóricas ya mencionadas: constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social.

Como explicaremos oportunamente, ello nos permitirá comprender mejor al “constitucionalismo contemporáneo” o “neoconstitucionalismo”, e incluso distinguirlo del denominado “Estado social y democrático de Derecho”. Desarrollemos, entonces, las matrices constitucionales previas al neoconstitucionalismo, empezando por el constitucionalismo liberal.

1.2. El constitucionalismo liberal

⁵ El constitucionalismo contemporáneo suele vincularse al surgimiento de los derechos de tercera generación y al modelo de Estado social y democrático de Derecho. Como precisaremos luego, estas afirmaciones no son del todo ciertas.

En sus orígenes (s. XVIII), el constitucionalismo estuvo basado en el pensamiento político liberal, por lo que el primer movimiento constitucional es denominado “constitucionalismo liberal”⁶. Este constitucionalismo se encuentra representado sobre todo por las primeras constituciones posrevolucionarias, principalmente la francesa y la norteamericana⁷.

El constitucionalismo liberal estuvo basado en postulados individualistas, la doctrina del contrato social y el Derecho natural (de cuño sobre todo racional), los que sirvieron para oponerse al discurso monárquico de entonces y para proponer una organización social distinta. Ahora bien, de especial interés es para nosotros el constitucionalismo francés, pues este evidencia el surgimiento de los derechos constitucionales a partir del pensamiento liberal, en oposición al absolutista⁸, lo cual repercute histórica e ideológicamente con el desarrollo del constitucionalismo latinoamericano.

Al respecto, antes de la revolución constitucional francesa, la monarquía absoluta entendía al poder político como concentrado en el rey y ajeno al ejercicio del pueblo. En oposición a ello, la clase emergente, sobre todo la burguesía, fundamentó su discurso político sobre la base de postulados liberales, siguiendo la línea de pensamiento trazada por autores como Locke, Hobbes, Rousseau y Montesquieu. *Grosso modo*, este pensamiento liberal postuló que los individuos son sujetos racionales y moralmente autónomos, que se organizan desprendiéndose de parte de su libertad natural para formar el Estado con la finalidad de preservar su seguridad y/o alcanzar mayor bienestar, pero, en cualquier caso, reteniendo sus derechos naturales, anteriores e irrenunciables frente al Estado. Así visto, el Estado se debe a los individuos y por ello debe respetar las libertades personales, garantizando espacios de “no interferencia”, entendiendo además que los individuos pueden decidir mejor (racionalmente y en igualdad de condiciones)

⁶ Sobre estas relaciones entre liberalismo y constitucionalismo, cfr. SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2008, pp. 79-91; BARBERIS, Mauro. Ob. cit., pp. 106-107.

⁷ Respecto al contenido distinto de estas, vide FIORAVANTI, Mauricio. *Los derechos fundamentales*. Ob. cit., p. 55 y ss.; RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Trotta, Madrid, 2002, p. 181 y ss.

⁸ Como apunta el profesor Maurizio Fioravanti, la cultura de las libertades de la revolución estadounidense continúa con la tradición de derechos pactados (privilegios) y con la idea de “norma superior” existentes ya en el *Common Law* inglés. El caso de Francia es diametralmente opuesto, pues la Constitución y los derechos solo podrán ser afirmados oponiéndose y finalmente destronando al *Ancien régime* absolutista. En América Latina, de modo similar a Francia, las primeras constituciones también son documentos (escritos) de ruptura con la monarquía y que buscan instaurar un nuevo orden político.

sobre lo óptimo para ellos. En tal sentido, el modelo de “Estado liberal” es el de uno abstencionista, que solo participa de manera subsidiaria en la vida social, promoviendo y confiando en la regulación de los privados.

Ahora bien, más allá de que el proceso revolucionario se presente a sí mismo en un inicio como un gran igualador de libertades y derechos de los ciudadanos, lo cierto es que los verdaderos triunfadores de estas revoluciones fueron un sector social específico: la burguesía; y que contó con un discurso político particular que les resultaba favorable: el liberalismo. Si bien no podemos abundar aquí en ello, expresiones jurídicas de estas victorias son las libertades reconocidas en las declaraciones y constituciones, así como la implementación del Estado liberal (especialmente su legislación civil) que estuvo al servicio de las necesidades e intereses del sector de avanzada económica⁹.

Al respecto, no fue la libertad humana en abstracto la que se obtuvo con el Estado liberal; sino un conjunto de libertades específicamente consagradas, las que conllevaron mejores condiciones económicas, sociales y políticas para el sector emergente que se hizo del poder. No es que desde un inicio las libertades no correspondieran a la población: cierto es que las declaraciones tenían pretensiones universales y que las constituciones incluían expresamente a toda la población o la nación. Sin embargo, lo que también es verdad –y cuyo silenciamiento crea una falsa percepción de lo ocurrido– es que el poder y los beneficios adquiridos fueron desigualmente distribuidos, restringiéndose en la práctica la ciudadanía sólo a grupos económicamente estables o medianamente educados, quienes conducían políticamente al Estado, participaban en las elecciones, daban las leyes, dominaban el mercado con su participación, etc.; grupo encarnado principalmente por el sector burgués de la sociedad.

Así, la victoria política repercutió sólo de manera formal para la mayoría, que fue poco a poco postergada de los beneficios reconocidos por las declaraciones, y vaciadas de contenido por las leyes dadas por el grupo dominante. En este contexto que se establecieron además las nociones de “imperio de la ley” y de “Estado de Derecho” (*règne de la loi, État de Droit*), pues según el discurso vigente el Parlamento y sus leyes encarnaban a la “voluntad general”, expresión máxima

⁹ Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique; MADALENGOITIA, Laura y RUBIO CORREA, Marcial. *Burguesía y Estado Liberal*. DESCO, Lima, 1979, especialmente las citas de las pp. 50-51 (George Rude) y 93-94 (George Lefevre).

de la nación que prevalecía frente a los poderes ejecutivo y judicial. No obstante, como venimos explicando, el contenido de estas leyes favoreció principalmente a la nueva clase en el poder y, por ello, ficciones como “voluntad general”, “nación” y “soberanía popular” han de entenderse más bien como concesiones declarativas para la población o también como nociones destinadas a legitimar el poder de la burguesía.

Con lo anotado, el Estado del constitucionalismo liberal (Estado liberal, Estado de Derecho), si bien opuesto al absolutismo, no llegó a ser un Estado verdaderamente democrático, que distribuya o fundamente su poder en el pueblo. Efectivamente, el constitucionalismo liberal abandonó el ideal democrático que inicialmente acompañó a la revolución francesa y que había quedado plasmado en el lema *Liberté, égalité, fraternité*. No es posible detenernos ahora en las diferencias entre ambos constitucionalismos, aunque algo más diremos al referirnos específicamente al constitucionalismo democrático.

A partir de los elementos ideológicos e históricos expuestos, podemos intentar una caracterización teórica sobre el constitucionalismo liberal¹⁰. En este:

- 1) Se considera al individuo como actor principal de la vida social y artífice racional de su propio destino.
- 2) Se produce la positivización de las libertades y los derechos fundamentales, se busca realizarlas en sus contenidos y se instauran garantías importantes. Surgen algunos de los denominados derechos de “primera generación” que, antes que bienes jurídicos determinados, constituyen “esferas de libertad”¹¹.
- 3) Existe un marcado naturalismo en la justificación de los derechos, las libertades, el ordenamiento Estatal, etc.
- 4) Se reconoce, institucionaliza y asegura las pretensiones de los sectores de avanzada económica e intelectual burguesas frente al resto de grupos sociales.

¹⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Sexta edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1961, p. 141 y ss.; DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus, Madrid, 1981, p. 31 y ss.

¹¹ Vide SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 169.

- 5) Se exagera de la dicotomía Estado-sociedad, por lo que se promueve la neutralidad y abstencionismo del Estado, permitiéndose el despliegue de las libertades. Se diferencia los ámbitos público y privado.
- 6) Se produce la división de poderes y se racionaliza el poder político. El constitucionalismo liberal es concebido como una técnica de control del poder.
- 7) Surge el denominado “Estado de Derecho”: aparece y se consolida el “imperio de la ley” y la sujeción a la ley (“principios de legalidad”) de la administración y de la jurisdicción.

1.3. El constitucionalismo democrático

Por su parte, el “constitucionalismo democrático”, aunque presente en el proceso revolucionario inicial –con un discurso que promovía que la legitimidad y el ejercicio del poder político resida en el pueblo o la nación–, finalmente fue abandonado en beneficio de los grupos de avanzada económica, permitiendo así su consolidación y desarrollo. El Estado liberal limitó la participación del pueblo en la cosa pública: los derechos civiles y políticos fueron restringidos y se afirmó un modelo indirecto de participación de los ciudadanos, vía la representación.

Señalado esto, consideramos de utilidad distinguir las pretensiones y características del constitucionalismo democrático y el liberal: el constitucionalismo liberal buscó cambiar al detentador del poder, estableciendo límites al ejercicio del poder político sobre la base del reconocimiento de libertades naturales anteriores al Estado y mediatizando la participación popular a través de la representación; el constitucionalismo democrático, por su parte, persiguió que el poder político se distribuya entre la población y fomentó su participación directa en los asuntos públicos, quedando en manos de la ciudadanía las decisiones políticas que les afecta¹². En

¹² De una manera más detallada, GARCÍA-PELAYO, Manuel. Ob. cit., pp. 198-199: “Como manifestaciones de esta contradicción en el plano ideológico, pueden considerarse las siguientes: a) El liberalismo supone la división de poderes como recurso técnico para limitar los propios poderes. La democracia en cambio no admite limitación alguna para los poderes del pueblo; por eso su más característica expresión histórico-positiva ha sido el gobierno convencional. b) Para el liberalismo es esencial la salvaguardia de los derechos de las minorías, pues todo individuo tiene una esfera intangible frente al poder del Estado; para la democracia, la voluntad de la mayoría no puede tener límite. El uno es intelectualista, la otra es voluntarista. c) El liberalismo significa así libertad frente al Estado; la democracia posibilidad de participación en el Estado. d) El uno conduce a la afirmación de la personalidad; la otra a su relativización ante la masa. e)

este sentido, puede afirmarse que “el liberalismo es ante todo la técnica de limitar el poder del Estado, y la democracia, la inserción del poder popular en el Estado”¹³.

No obstante las diferencias, posteriormente (s. XIX) los ideales liberal –abanderado por la burguesía– y democrático –impulsado por los sectores económicamente desvaforecidos– se amalgamaron en alguna medida en torno al tenso concepto de “Estado democrático liberal”, concepto que representará un avance respecto al logro inicial del constitucionalismo liberal. El Estado democrático liberal representará así el “ascenso a la vida social y política activa de nuevos grupos sociales cuya situación vital era distinta de los que condujeron la pugna contra el Estado absolutista”¹⁴; grupos que exigirán participar efectivamente en el Estado. “Con ello, el principio democrático formal quedó inserto en toda la línea del Estado liberal, y durante una etapa de duración variable, según los países, se produjo una especie de equilibrio entre liberalismo y democracia”¹⁵.

Más allá de esta concurrencia, es posible analizar el constitucionalismo democrático de manera independiente, a partir de algunos hitos y dando cuenta de sus características principales. Ciertamente, un primer hito de este constitucionalismo lo encontramos en las revoluciones constitucionales, pues el poder político es ganado para la sociedad civil. Asimismo, hitos igualmente importantes son la posterior extensión del voto, inicialmente censitario y restringido a hombres cultos, hasta lograr su universalización en la mayoría de países; la constitucionalización e implementación de los llamados mecanismos de democracia directa –como el referéndum, las iniciativas legislativas y las revocatorias de autoridades–; y, desde una perspectiva más amplia, la caída de distintos regímenes autoritarios y totalitarios tras la segunda gran guerra, así como la desaparición de gran parte del socialismo real y la democratización de América Latina¹⁶,

Forma extrema de los supuestos liberales sería el anarquismo; forma extrema de los democráticos, el comunismo”

¹³ SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia. 2. Los problemas clásicos* (tomo II) Alianza, Madrid, 2000, pp. 469-470.

¹⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Ob. cit., p. 201.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ CARPIZO, Jorge. “Derecho Constitucional latinoamericano y comparado”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie. Año XXXVIII, N.º 114, UNAM, México D.F., setiembre-diciembre de 2005, p. 973 y ss.

instaurándose sistemas democráticos de creciente intensidad en diferentes partes del mundo, lo que ha sido considerado como una auténtica “ola democratizadora”¹⁷.

Haciendo un recuento de las características de este constitucionalismo democrático:

- 1) Se considera valiosa la participación de la población (ciudadanos) en el ejercicio y el control del poder político. La legitimidad de este poder y los límites de su ejercicio provienen del pueblo y de los ciudadanos.
- 2) Implica el reconocimiento de derechos políticos varios. Entre ellos destacan los vinculados al sufragio (voto igual, universal, secreto), a la democracia representativa (derecho a elegir y ser elegido, constitucionalización de los partidos, prerrogativas funcionales) y a la democracia directa (consultas, control e iniciativas populares).
- 3) Se extiende la titularidad de los derechos fundamentales políticos hacia minorías y sectores excluidos de la sociedad, como los analfabetos, los sectores pauperizados y las mujeres.
- 4) Se mejoran los canales de participación e intercambio entre los ciudadanos y el Estado. La libertad es entendida no solo como ausencia de interferencia estatal, sino también en sentido positivo, como participación activa en los asuntos públicos.
- 5) La racionalización del poder estatal incorpora mecanismos vinculados con la distribución del poder y con su fiscalización en manos de la ciudadanía.
- 6) El constitucionalismo democrático, en la práctica, quedó estrechamente vinculado al constitucionalismo liberal, quedando inutilizadas algunas de sus características y originándose el denominado “Estado democrático liberal”.

1.4. El constitucionalismo social

Ahora bien, el Estado liberal –incluso el democrático liberal– garantizaba el actuar de los individuos, siendo básicamente un “Estado gendarme”, es decir, guardián de los intereses particulares libremente articulados. En efecto, producto de la ideología liberal, los derechos fundamentales implican ante todo el ejercicio de la libertad y la autonomía personales,

¹⁷ HUNTINGTON, Samuel. *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*. Paidós, Barcelona, 1994.

proscribiendo la intervención o afectación estatal en la esfera privada; son “derechos de defensa” frente al Estado, límites para su actuar. Pero esta limitada concepción de los derechos tutelados y del actuar del Estado cambiará drásticamente, como consecuencia de las críticas condiciones sociales y económicas, ocurridas tras la exacerbación de la industrialización. Ante ello, se reclaman diferentes derechos que solivianten las inmensas diferencias realmente existentes; derechos positivos (y no negativos o de abstención), que impliquen una acción comprometida del Estado con la causa de los desposeídos y socialmente débiles. Con ello se busca superar la insuficiente la igualdad ante la ley o igualdad formal, y se pone énfasis en la igualdad real o material.

Como bien lo señala García Pelayo, “En términos generales, el Estado social significa el intento de adaptación del Estado tradicional (por el que entendemos en este caso el Estado liberal burgués) a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos”¹⁸.

Además, la transformación del Estado no se basó únicamente en la intención de satisfacer las demandas del grueso de la población, sino también en la necesidad de paliar los conflictos existentes y evitar el surgimiento de auténticas revoluciones. Así, “la corrección por el Estado de los efectos disfuncionales de la sociedad industrial competitiva no es sólo una exigencia ética, sino también una necesidad histórica, pues, hay que optar necesariamente entre la revolución o la reforma sociales”¹⁹.

En efecto, la inserción del elemento *social* en el desempeño del Estado viene acompañada de una serie de convulsiones y acontecimientos de trascendencia histórica, ocurridos a finales de la segunda década del siglo XX. Entre ellos tenemos la finalización de la Primera Guerra Mundial (finales de 1918); la Constitución de Querétaro (1917), hija de la Revolución Mexicana; la Revolución Rusa de los bolcheviques (1917); la República y Constitución de Weimar (1918-1919) y, algún tiempo más tarde, la quiebra de la bolsa de valores estadounidense (*crack* de 1929) y la gran depresión recesiva (*big deep*), que desembocarán en la política del “nuevo pacto” (*New deal*) y en la implementación del “Estado de bienestar” (*Welfare State*) a partir de los años treinta.

¹⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza, Madrid, 1994, p. 18.

¹⁹ *Ibídem*, p. 15.

Desde entonces, la participación del Estado en las relaciones privadas –principalmente económicas, sean de intercambio o de subordinación– formaron parte del consenso de qué debe hacer un Estado. En efecto, se sabe que “por razones de carácter existencial, todo Estado tiene que restringir de algún modo los procesos de cambio del tráfico económico y limitar o eliminar la libre concurrencia” e inclusive, un Estado radicalmente abstencionista, “sólo posible en el reino de las utopías, se vería obligado no obstante, para poder organizar la cooperación social territorial, a intervenir, desde un punto de vista extraeconómico, en la economía, regulándola”²⁰. La participación del Estado social busca superar las debilidades del modelo de Estado liberal, en el que, a pesar de estar reconocida la igualdad jurídica, esta no se corresponde con una equiparación real de los individuos, ni siquiera en sus condiciones originarias ni en sus posibilidades de desarrollo; y en la que, aunque se maximiza y asegura la participación en el mercado, también se hacen evidentes las disfunciones que la autorregulación genera.

Con lo anotado, caracterizaremos al Estado social de Derecho de la siguiente manera:

- 1) Se busca trascender al individualismo en aras del bienestar colectivo de los sectores desfavorecidos, basado en una realización verdadera (y no solo formal) de la igualdad.
- 2) Se implementan los derechos sociales a nivel constitucional y legal conforme a las demandas sociales. Empero, se evidencia luego dificultades para responder de inmediato a un gran número de los requerimientos sociales ya reconocidos.
- 3) El Estado democratiza el acceso a los servicios y se establecen nuevas garantías y principios públicos.
- 4) El Estado interviene activamente en la vida social, controlando, regulando y compensando las inequidades existentes.
- 5) A pesar del crecimiento del Estado, este se encontrará siempre sometido al Derecho. De esta forma, con el denominado “Estado social de Derecho” el poder permanece limitado, así como garantizados los derechos y libertades fundamentales, conquista histórica ya irreversible.

Ahora bien, el aporte y la convergencia de todos estos movimientos constitucionales permitieron arribar a una forma de Estado que amalgama diversas características de los constitucionalismos

²⁰ HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1955, p. 232.

precedentes y que se denomina “Estado social y democrático de Derecho”, el cual, a nuestro entender, no llega a constituir un nuevo constitucionalismo.

Por ello, consideramos que esta fórmula o nomenclatura –Estado social y democrático de Derecho– no puede ser equiparada con la de “Estado Constitucional”. Bien visto, el Estado social y democrático de Derecho es una fórmula transaccional entre los diversos constitucionalismos, de vocación transitoria, y que no da cuenta de un movimiento constitucional específico, como sí ocurre con la noción de Estado Constitucional, inscrito en el constitucionalismo contemporáneo. En efecto, muchas constituciones contemporáneas –como ocurría en nuestra región– contienen diversos (y apreciables) elementos de los constitucionalismos liberal, social y democrático, e incluso se reconocen expresamente como “Estados sociales y democráticos”, pero no llegan a constituir un modelo constitucional superior o plenamente distinguible de los anteriores.

Nosotros postulamos que el constitucionalismo contemporáneo (o neoconstitucionalismo) y su Estado Constitucional representan una tendencia constitucional diferenciable, con características propias que le distinguen perfectamente de los movimientos constitucionales anteriores. Como explicaremos seguidamente, fue necesaria una específica coyuntura histórica, así como reconocer los límites de la anterior idea de Constitución, para que sea posible el surgimiento de un nuevo constitucionalismo. Bien visto, ambas cosas, una coyuntura histórica específica –proclive al cambio o que sirva de catalizador social– así como una determinada cultura de las libertades, han sido requisitos indispensables para el surgimiento y la consolidación de cada movimiento constitucional.

2. Constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo

2.1. Tipos y acepciones de neoconstitucionalismo

La idea de neoconstitucionalismo, tan en boga, no es unívoca. Como se ha explicitado en una importante y difundida obra, más que de un único nuevo constitucionalismo, podemos referirnos en realidad a diversos “neoconstitucionalismos”, en plural²¹.

²¹ Cfr. CARBONELL, Miguel. “Prólogo. Nuevos tiempos para el constitucionalismo” En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (coordinador). Trotta, Madrid, 2003, pp. 9-11.

Por ejemplo, Paolo Comanducci²² ha hecho referencia a formas o tipos de neoconstitucionalismos, siguiendo la conocida clasificación de Norberto Bobbio sobre el positivismo²³. De esta forma, diferencia un neoconstitucionalismo teórico, de uno metodológico y de otro ideológico²⁴. Asimismo, los autores considerados neoconstitucionalistas exponen y defienden modelos teóricos (e ideológicos) distintos: en efecto, no son iguales los “neoconstitucionalismos” de G. Zagrebelsky o de R. Alexy, los de L. Ferrajoli o de R. Dworkin, o los de M. Atienza o de C. S. Nino. Asimismo, podemos diferenciar a autores que defienden los nuevos contenidos y metodologías del constitucionalismo (neoconstitucionalistas comprometidos), de otros que simplemente reconocen los cambios del constitucionalismo actual y los explican desde consideraciones teóricas (por mencionar algunos, R. Guastini, L. Prieto Sanchís, P. Comanducci, S. Pozzolo).

Ahora bien, sobre la base de anteriores trabajos²⁵, consideramos que resulta de utilidad en nuestro medio diferenciar tres acepciones de neoconstitucionalismo. Así, podemos referirnos al *neoconstitucionalismo como neopositivismo jurisprudencial*, aludiendo al reciente rol asignado a los jueces, lo que en ciertos círculos ha implicado que se eleve la jurisprudencia constitucional al lugar que antes ocupaba la ley, pasando del indeseable “positivismo legal” y la soberanía omnipotente del legislador, a un “positivismo jurisprudencial”²⁶. Asimismo, a un *neoconstitucionalismo como nuevo constitucionalismo liberal*, en referencia a la tendencia de varios autores contemporáneos que consideran que al constitucionalismo es inherente un contenido prescriptivo de carácter liberal-kantiano. Finalmente, está una última acepción que

²² COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Op. cit., pp. 82 y ss.

²³ BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Debate, Madrid, 1993. La distinción aparece enunciada en p. 143 (luego de aludir a los siete puntos centrales del positivismo), y después es explicada al final de la obra, en pp. 238-241.

²⁴ Para Comanducci el neoconstitucionalismo teórico busca explicar las principales características de los sistemas jurídicos contemporáneos, describiendo las novedades sobre el alcance y contenido de las actuales Constituciones; el neoconstitucionalismo ideológico centra sus fuerzas en criticar el positivismo ideológico y exalta la constitucionalización del ordenamiento; y, finalmente, el neoconstitucionalismo metodológico sostiene la tesis de la vinculación necesaria entre Derecho y moral (lo que traería consigo una específica forma de entender y operar con el Derecho).

²⁵ SOSA SACIO, Juan Manuel. “Neoconstitucionalismos’ que condicionan el discurso académico y la interpretación constitucional”. Trabajo presentado al curso Interpretación constitucional de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (ciclo 2009-1); *Ibidem*. “Nuestros neoconstitucionalismos” (Estudio preliminar). En: *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Juan Manuel Sosa (Coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

²⁶ Cfr. DE VEGA GARCÍA, Pedro. “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional” En: *Teoría y realidad constitucional*. N.º 1, primer semestre 1998, UNED.

alude al *neoconstitucionalismo como constitucionalismo contemporáneo* –o *Derecho Constitucional del actual Estado Constitucional*–, que da cuenta del cambio de paradigma ocurrido tras abandonar la forma positivista de concebir el Derecho, vigente desde inicios del constitucionalismo (S. XVIII), hacia el “paradigma postpositivista” contemporáneo²⁷.

Esta última acepción de neoconstitucionalismo, que connota un movimiento constitucional específico y que explicamos a continuación, es con la que trabajaremos en esta tesis²⁸. A sus características nos vamos a referir seguidamente.

2.2. Características del constitucionalismo contemporáneo

El *constitucionalismo contemporáneo* (o *del Estado Constitucional*) surge tras la segunda Gran Guerra²⁹: como se sabe, luego de las atrocidades cometidas por los regímenes fascista y nazi³⁰, los pueblos del mundo reconocieron la dignidad de la persona como fundamento del Estado y del Derecho. A partir de ello, ocurrieron una serie de fenómenos que permiten afirmar que nos encontramos frente a un nuevo tipo de constitucionalismo; no uno contrapuesto o resueltamente diferente a los anteriores (constitucionalismos liberal, democrático y social), pero sí uno con características muy singulares que lo diferencian³¹.

²⁷ AGUILÓ REGLA, Josep. “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. En: Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 30, 2007, p. 669 y ss.

²⁸ En general, preferiremos utilizar la expresión “constitucionalismo contemporáneo”, antes que “neoconstitucionalismo”. Además, cuando queramos aludir a alguna acepción distinta de neoconstitucionalismo la acompañaremos con un adjetivo que explique suficientemente a qué nos referimos.

²⁹ Cuando menos en su vertiente Europea, que es la que se ha difundido principalmente y la que se reconoce a sí misma como una nueva forma de paradigma constitucional. En Estados Unidos se produjeron críticas al positivismo duro (*hard positivism*), pero, entre ellas, tal vez solo el constitucionalismo dworkiniano podría inscribirse dentro del neoconstitucionalismo (no así el positivismo blando, el realismo o el constitucionalismo político, que son cánones *prima facie* distintos al neoconstitucional). Además, como se ha venido explicando debidamente, diversas nociones vinculadas al constitucionalismo contemporáneo han estado presentes ya en el modelo constitucional estadounidense desde sus orígenes (cfr. GRÁNDEZ, Pedro. “Constitucionalismo, jueces y argumentación”. En: *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Palestra, Lima, 2010, p. 34 y ss.)

³⁰ Y también otras monstruosidades, como el lanzamiento de las bombas nucleares sobre el Japón o la existencia de los gulags rusos.

³¹ Es más, el neoconstitucionalismo no solo puede ser concebido como un movimiento constitucional, sino implica incluso una nueva teoría o paradigma del Derecho. Junto con Aulis Aarnio, podemos afirmar que

Este constitucionalismo tiene como forma de Estado al “Estado Constitucional”, que –como explicamos antes– no debe entenderse solo como una compilación de lo mejor de los movimientos constitucionales precedentes, como tal vez podría considerarse si se tiene en cuenta la recurrida denominación agregativa “Estado democrático y social de Derecho”³².

Ahora bien, anotado esto, corresponde exponer los rasgos definitorios del constitucionalismo actual (y del correspondiente Estado Constitucional). Así, tenemos que:

1) *El constitucionalismo contemporáneo tiene como elemento central a la persona humana.* Expresado de otra forma, es “antropocéntrico”³³: tiene a la dignidad humana como premisa antropológica³⁴. A diferencia de lo que ocurría antes, la Constitución no se entiende principalmente como un instrumento de control y configuración del poder político, sino que pasa a ser entendida como un auténtico estatuto de derechos; se “concibe al Estado como instrumento de promoción del individuo, éste es el centro de todo poder estatal”³⁵.

este neoconstitucionalismo es una específica *teoría dogmático-jurídica*, que conforma un “paradigma” en el Derecho, en tal sentido, cuenta con consensos presupuestos que no son cuestionados. En esta línea, consideramos que el neoconstitucionalismo ha implicado un cambio interno en la “matriz” del Derecho, antes de cuño positivista. Con el término “matriz” y “paradigma” Aarnio alude a las conocidas nociones elaboradas por Thomas Kuhn. Vide AARNIO, Aulis. “¿Cambio o evolución?”. En: AARNIO, Aulis; Manuel ATIENZA Y Francisco LAPORTA. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Fundación coloquio jurídico europeo Madrid, 2010, p. 97 y ss. Cfr., además: SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor), Trotta, Madrid, 2003, p. 239 y ss.; p. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Ob. cit., p. 60 y ss.; POZZOLO, Susana. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Palestra, Lima, 2011, pp. 206-207.

³² Agregativa, pues aludiría a la suma del constitucionalismo liberal (Estado de Derecho), al constitucionalismo social (Estado social de Derecho) y al constitucionalismo democrático (Estado democrático de Derecho), a los que nos referimos antes. Vide, también: GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Sexta edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1961, p. 141 y ss.

³³ ARNOLD, Rainer. “El Derecho Constitucional europeo a fines del Siglo XX. Desarrollo y Perspectivas”. En: *Derechos Humanos y constitución en Iberoamérica (libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*. José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell (coordinadores) Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), Lima, 2002, pp. 25.

³⁴ HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2002, p. 65.

³⁵ ARNOLD. Loc. cit. Cfr. HESSE, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales”. En: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE y HIEDE. *Manual del Derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 90 y ss.

Por ello, es lugar común del constitucionalismo consagrar a la persona como fin y a su dignidad como valor y como principio rector. Ya no se trata del individuo del Estado mínimo liberal, del *laissez faire* y sus derechos como esferas de la libertad³⁶. Efectivamente, el Estado Constitucional, además de promover la libertad y el desarrollo, asume al individuo con carencias básicas que deben ser satisfechas y como sujeto que participa de la vida pública y legitima el poder, lo que, en suma, implica concebir al Estado al servicio de la persona, generándose un deber especial de protección de los derechos fundamentales³⁷.

2) *Se produce la positivización de catálogos de derechos fundamentales a nivel constitucional. Así, son paradigmáticos los países europeos que salieron de regímenes autoritarios como Alemania e Italia (1949 y 1948), luego Portugal (1975), Grecia (1976) y España (1978) y, más recientemente, los países de Europa Central y Europa del Este (en los años noventa) a los cuales el reconocimiento expreso de derechos esenciales les permitió enfatizar la importancia que les son inherentes. Este fenómeno enraizó también en América Latina, tras la salida de los regímenes militares (a partir de los años ochenta). Incluso Francia, que no tuvo un listado de derechos fundamentales en su Constitución de 1958, incorporó por medio de su judicatura constitucional la Declaración de Derechos Humanos de 1789 y otras normas que contenían derechos fundamentales, como el Preámbulo de la Constitución de la IV República y otras leyes republicanas (especialmente de la III República).*

3) *El Estado Constitucional es eminentemente democrático, en este sentido, se entiende y se vive a partir del poder constituyente del pueblo*³⁸. Una consecuencia de encontrar en el ser humano el fundamento de las instituciones del Estado Constitucional será, precisamente, reconocer que son los propios seres humanos a quienes compete determinar la existencia del Estado, así como el contenido de la Constitución y su desarrollo.

Como se aprecia, durante el Estado legislativo de Derecho (Estado liberal) el *contrat social* de Rousseau o el *pouvoir constituant* de Sièyes fueron desnaturalizados, traicionándose los ideales

³⁶ Vide SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 169.

³⁷ HESSE, Konrad. "Significado de los derechos fundamentales" en: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HIEDE. *Manual del Derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública – Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 104 y 105.

³⁸ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Traducción de Héctor Fix-Fierro, UNAM - Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003, p. 129.

representativos que persiguieron³⁹, pues finalmente sirvieron principalmente para legitimar en el poder a la clase gobernante (la burguesía). Hoy, que es la persona, en abstracto, y no un sector en concreto –como la burguesía– a quien se debe la maquinaria constitucional, la participación de la ciudadanía como fundamento del actual Estado adquiere una relevancia especial, lo que incluso explica los cada vez más amplios mecanismos de acceso a las decisiones, así como el control y la fiscalización –incluso no jurídicos– de los asuntos públicos.

Ya que la posibilidad que las personas decidamos sobre nuestros destinos se fundamenta en el reconocimiento del valor del ser humano, la democracia puede ser concebida asimismo como una “consecuencia organizativa” de la dignidad humana⁴⁰. Con ello, el Estado contemporáneo adquiere la forma de una “democracia constitucional”, que incluso suele ser considerada como la mejor forma de gobierno al que puede aspirar la humanidad⁴¹.

En similar sentido, se entiende también que las decisiones jurídicas y políticas en general –incluyendo las judiciales en particular– deben estar legitimadas democráticamente⁴²; siendo insuficientes los argumentos de autoridad para justificar una decisión, sino que además deberá exponerse buenas razones para que una decisión sea aceptable⁴³.

4) Se produce la *constitucionalización del ordenamiento*⁴⁴, esto es, la penetración o presencia de las normas y los valores constitucionales en las distintas ramas del Derecho y en la vida social

³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1994, pp. 44.

⁴⁰ “Existen elementos esenciales de la formación de la imagen del ser humano, dentro del Estado Constitucional, que son base de los *dos principios* que la constituyen: la *dignidad humana* (y los derechos humanos que la concretizan) como *su premisa antropológica* y la *democracia liberal* como su consecuencia *organizativa*. Si la dignidad del ser humano se refiere a la imagen del *ser humano*, de la misma manera la democracia liberal se refiere a la imagen del Estado”. HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano...* Ob. cit. p. 65.

⁴¹ SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica, IJ-UNAM, México D.F., 2008, p. 45 y 181.

⁴² Cfr. Sobre la legitimidad democrática de las decisiones de la justicia constitucional: HÄBERLE, Peter. Ob. cit., p. 157; ALEXY, Robert. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático”. En: *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 5, N.º 8, 2000, p. 39 y ss.

⁴³ Ahora bien, esto no significa que todas las decisiones deban quedar en manos de las mayorías; las mayorías están vinculadas también a la defensa de los derechos fundamentales.

⁴⁴ Cfr. el clásico trabajo de Guastini en el que explica las condiciones de la constitucionalización del ordenamiento: GUASTINI, Riccardo. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, 2003, sobre todo pp. 50-58.

misma⁴⁵. La Constitución regula la vida social no solo como un orden marco (con permisos y prohibiciones o mandatos), sino que irradia sus valores como un orden fundamental de contenido material⁴⁶. Al respecto, como se ha señalado, un “ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por un Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”⁴⁷.

Como se sabe, antes de la omnipresencia de la Constitución era la ley la que regulaba la vida social entera; esta norma prevalecía frente a las cartas fundamentales en la medida que la soberanía popular residía en el legislador. Pero, ante una Constitución en la que reposa la voluntad rígida y directa del poder constituyente –como es la contemporánea–, los poderes constituidos se ven subordinados, sin excepción, a esta norma fundamental. La soberanía parlamentaria es, entonces, substituida por la soberanía de la Constitución⁴⁸, adquiriendo la noción Estado de Derecho una connotación material⁴⁹ que someterá el contenido de todo acto estatal, y que se desprende directamente de la Constitución (de allí la nomenclatura “Estado constitucional de Derecho” o “Estado Constitucional”⁵⁰). En otras palabras, se produce una “rematerialización” del ordenamiento jurídico a partir de la Constitución⁵¹.

⁴⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. En: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002, p. 121-122. El profesor Aragón Reyes menciona además que el constitucionalismo requiere de una “cultura jurídica constitucional”, además de los instrumentos jurídicos que garantizan la aplicación de la Constitución. ARAGÓN REYES, Manuel. “La Constitución como paradigma”. En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell (editor). Trotta-III UNAM, Madrid, 2007, pp. 36-37.

⁴⁶ Cfr. ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22, N.º 66. Madrid, setiembre-diciembre de 2002, pp. 17 y ss. Alexy, además, nos previene de una indeseable sobreconstitucionalización o infraconstitucionalización del ordenamiento; vide: Cfr. ALEXY, Robert. “Derecho constitucional y derecho ordinario – Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”. En: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 50-53.

⁴⁷ GUASTINI, Riccardo. Cit., p. 49.

⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo; *El Derecho Dúctil. Ley, Justicia, Derechos*. Madrid, 1995, pp. 12 y ss; ARNOLD, Rainer. “El Derecho Constitucional europeo a fines del Siglo XX...” pp. 29-30.

⁴⁹ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, 2003, pp. 18-20.

⁵⁰ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 64 y ss.

⁵¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2003, pp. 113 y ss.

5) *La Constitución adquiere fuerza normativa*. La Carta fundamental ya no es sólo un manifiesto político o Constitución flexible como en el siglo XIX⁵². Por el contrario, ella es *norma normarum* (fuente del Derecho) y base de todo el ordenamiento jurídico, tanto en sentido formal como material⁵³. Es norma y, como tal, es directamente aplicable por los jueces –y en general por cualesquiera de sus intérpretes– con verdaderos efectos vinculantes para los poderes públicos y los ciudadanos, quienes tenemos el deber de respetarla y preferirla por sobre toda otra norma estatal.

Precisamente por ello, en los Estados Constitucionales se implementa el control de la constitucionalidad de actos y normas de todo nivel, a través de la *judicial review*, el control concentrado, los procesos de tutela de derechos fundamentales, etc.

6) En el contenido de las constituciones *se evidencia un pluralismo valorativo*. Las Cartas fundamentales acumulan valores varios, algunos provenientes de los diversos constitucionalismos (liberal, social, democrático) o que recogen expectativas de fuerzas políticas e intereses sociales distintas (por lo que muchas disposiciones tienen apariencia de fórmulas transaccionales y utilizan un lenguaje con textura abierta); en tal sentido, no es infrecuente que la regulación constitucional resulte contradictoria en abstracto.

La Constitución postula en general –y a través de los derechos fundamentales, en particular– un complejo sistema de valores materiales, los que quedan reconocidos en disposiciones constitucionales que carecen de precisión, son indeterminadas y ambiguas. Por ello, en el contexto de una sociedad pluralista la Constitución no podría entenderse como un proyecto agotado, pues

⁵² PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Sección segunda, p. 113: “[L]a Constitución a lo largo del siglo XIX no puede afirmarse como norma jurídica. La restricción del derecho de sufragio lo hace imposible. Hasta que no se alcance el sufragio universal, la Constitución racional normativa no puede ser el instrumento de ordenación real y efectiva del Estado. Pero una vez que se alcanza y la Constitución tiene que ser aprobada sobre dicha base, su afirmación como norma jurídica resulta imparable. Es lo que ha ocurrido con el constitucionalismo democrático del siglo XX”; GARCÍA DE ENTERRÍA, en similar sentido, señala que: “En la Constitución como instrumento jurídico ha de expresarse, precisamente, el principio de la autodeterminación política comunitaria, que es presupuesto del carácter originario y no derivado de la Constitución, así como el principio de la limitación del poder”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma...* Ob. cit., p. 45.

⁵³ Sobre estos sentidos de Constitución, cfr. GUASTINI, Riccardo. “Sobre el concepto de Constitución”. En: *Teoría de la Constitución. Ensayo escogidos*. Miguel Carbonell (Compilador). Unam-Porrúa, México D.F., 2000, pp. 95-102; COMANDUCCI, Paolo. “Modelos e interpretación de la Constitución”. En: *Teoría de la Constitución. Ensayo escogidos*. Op. cit, p. 123 y ss.

“no codifica sino que simplemente regula –y muchas veces en forma puntual y a grandes rasgos– aquello que parece importante y que necesita determinación”⁵⁴, apareciendo los derechos fundamentales, de otra parte, “más bien [como] un consenso jurídico acerca de lo que podemos hacer, más que [como] un consenso moral acerca de lo que debemos hacer”⁵⁵. Teniendo en cuenta esta singularidad, suele afirmarse que la Constitución no puede ser comprendida ni interpretada como cualquier norma del ordenamiento, sino que requiere especiales herramientas interpretativas, diferentes a las ortodoxas de interpretación legal o a positivista⁵⁶.

7) *La ambigüedad de los contenidos de la Constitución* exige una especial interpretación de su texto, que permita llegar a resultados en el marco del Derecho y que es encargada principalmente al órgano judicial. De esta forma, son características de las constituciones actuales el principalismo, la judicialización y la justificación argumentativa:

(a) En efecto, una característica de las constituciones contemporáneas es el *principalismo*, que implica un mayor protagonismo de las normas-principio⁵⁷ (que deben cumplirse “en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible”⁵⁸ y constituyen “razones no concluyentes”, que deberán seguirse mientras no existan mejores razones), frente a las normas-reglas (que “se cumplen o no se cumplen” y son razones concluyentes para actuar); esta mayor presencia de los principios es consecuencia del lenguaje indeterminado empleado en las constituciones, que carecen de mandatos concretos o de consecuencias jurídicas específicas (como las reglas). Además, lo anterior implica la posibilidad de que, cuando las normas-principio entren en conflicto, unas

⁵⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1983, p. 18. “La Constitución debe permanecer incompleta e inacabada por ser la vida la que pretende normar vida histórica y, en tanto que tal, sometida a cambios históricos” (p. 19)

⁵⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002, pp. 124-125.

⁵⁶ Un clásico sobre el tema es HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional* (Selección). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 45-51.

⁵⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales...* p. 123. ZAGREBELSKY, Gustavo; *El Derecho Dúctil...* pp. 109 y ss. En la p. 118: “Los principios [constitucionales] no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una “toma de posición” conforme con su *ethos* en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se pueda plantear, precisamente, una “cuestión de principio”. Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad”

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86.

puedan ser “derrotadas” y otras “triunfen”, existiendo una especie de “jerarquía móvil” de los principios, atendiendo las circunstancias del caso concreto⁵⁹.

(b) También se evidencia el fenómeno de *la judicialización del Derecho*, pues, debido a que la ley queda desplazada y no es más la fuente principal ni la norma de mayor valor jurídico, pierde peso el legislador y lo ganan los jueces, quienes se encargan de concretar las disposiciones constitucionales (indeterminadas o ambiguas), de controlar la constitucionalidad de las leyes (que no pocas veces son cuestionadas considerando que estamos ante constituciones rematerializadas) y de tutelar los derechos fundamentales. Ahora bien, esto no significa que los jueces tengan una mayor jerarquía frente a los demás poderes públicos, se trata solo de una ampliación de su rol y de un mayor protagonismo; y

(c) *Existe una tendencia a la justificación argumentativa*; esto, en términos operativos, implica un mayor uso de la técnica de ponderación que de la subsunción en la aplicación del Derecho⁶⁰; en términos metodológicos significa priorizar en la comprensión del Derecho el punto de vista interno o del participante; y desde una perspectiva teórica ingresar en una dinámica reflexiva más pragmática y particular (esto es, menos abstracto y atendiendo más al caso concreto)⁶¹.

8) Con todo, es también claro que *las constituciones contemporáneas son Constituciones culturales* y no solo documentos normativos (jurídicos o éticos). Esto en distintos sentidos: traducen una cultura constitucional concreta (o una cultura de de los derechos o libertades⁶²), permiten la integración en valores constitucionales y cívicos (patriotismo constitucional) y, sobre todo, encarnan las singularidades culturales de cada Estado, entendida en sentido amplio⁶³.

⁵⁹ Cfr. ALEXY, Robert. “Sobre la estructura de los principios jurídicos”. En: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Ob. cit., p. 103; PRIETO SANCHÍS, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”. En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Miguel Carbonell y Pedro Grández (Coordinadores). Palestra, Lima, 2010, pp. 91-92; GUASTINI, Riccardo. “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2, N.º 08, Lima, agosto de 2007, pp. 636-367.

⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. Ob. cit., p. 127.

⁶¹ Sobre esto último cfr. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Trotta, Madrid, 2009, p. 218 y ss.

⁶² HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1997, p. 322 y ss. FIORAVANTI, Mauricio. *Los derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2000, p. 24

⁶³ De esta forma, “[l]a Constitución no es sólo un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas”. HÄBERLE, Peter. *Constitución*

9) Algo adicional y estrechamente vinculado al constitucionalismo contemporáneo: una característica de los tiempos actuales es también la internacionalización de los derechos fundamentales, es decir, la positivización internacional de los derechos humanos. Tras el fracaso de la Sociedad de Naciones en evitar la Segunda Guerra Mundial, y luego de esta, la sensibilidad los países del mundo se encuentra en situación especialmente favorable para reconocer un humanismo universal, cuya vigencia se extendiese a todos los Estados mediante la suscripción de documentos internacionales sobre derechos humanos, estableciendo mecanismos de protección y configurando una comunidad mundial de naciones dedicada a la paz, seguridad, cooperación y amistad internacionales. Es así como se aprueba, hacia 1945, la Carta de las Naciones Unidas, en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigentes desde 1976. En el plano regional, se aprueban la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en vigor desde 1978, a la que se une, hacia 1988, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta Africana de Derechos Humanos. Estos convenios quedan respaldados con la existencia de Cortes o Tribunales que resuelven problemas relacionados con estos derechos reconocidos y cuyos fallos son de obligatoria observancia para los Estados suscriptores.

Esta característica, algo descuidada en el ámbito teórico-constitucional, implica una posibilidad esperanzadora de que es posible una convivencia mundial en torno a los valores máximos del constitucionalismo contemporáneo. Así, por ejemplo, recientemente se hace referencia a un “constitucionalismo de Derecho internacional” o “Estado de Derecho supranacional”⁶⁴, a un “modelo de Estados interdependientes” y una posible “República mundial”⁶⁵, a un “Estado constitucional cooperativo”⁶⁶, etc.

como cultura. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2002, pp. 71-72.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. “La soberanía en el mundo moderno”. En: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999, p. 152-158; ídem, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. Ob. cit., pp. 27-29.

⁶⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. “La globalización y los derechos fundamentales de los inmigrantes”. En: *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 398 y ss.

⁶⁶ HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Ob. cit., p. 68 y ss.

2.3. Una variante específica de neoconstitucionalismo: el neoconstitucionalismo estándar o canónico

Ahora bien, en este punto es necesario precisar que los constitucionalistas y los filósofos del Derecho más connotados, aunque en el contexto del paradigma del “constitucionalismo contemporáneo” o “constitucionalismo del Estado Constitucional” –que acabamos de reseñar–, tienen discursos más bien próximos a lo que antes hemos denominado “neoconstitucionalismo como nuevo constitucionalismo liberal” (supra, Capítulo I, 2.1 in fine) e incluso van más allá.

Esta variante de neoconstitucionalismo, que vamos a denominar “neoconstitucionalismo estándar” (o también “canónico”), es una forma de canon neoconstitucional⁶⁷ que justifica y entiende las características del constitucionalismo contemporáneo desde consideraciones ideológicas, principalmente a partir de los liberalismos kantiano y rawlsiano⁶⁸, lo que trae consigo varias consecuencias y aserciones adicionales⁶⁹.

Con lo anotado, este acápite tiene por propósito presentar aquellos elementos que, adicionados al constitucionalismo contemporáneo, constituyen este “neoconstitucionalismo estándar”. Esto es

⁶⁷ Expresión que tomamos de Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo en *El canon neoconstitucional* (Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010) y que aludiría al trabajo de Balkin y Levinson incluido en ese libro (“Los cánones en el Derecho Constitucional: qué son y cómo se conforman”). Al respecto, considerando la presentación y los trabajos de Carbonell y García Jaramillo publicados en el libro, ellos entienden este canon conformado por la conjunción de (1) los nuevos contenidos consagrados en las constituciones de la posguerra (rematerializadas, en las que los derechos juegan un rol central), (2) el dinamismo jurisprudencial en torno a estos nuevos contenidos (principalmente de parte de los jueces constitucionales) y (3) las nuevas teorías elaboradas teniendo en cuenta y a la par de estos cambios. En especial García Jaramillo realiza diversas afirmaciones de corte ideológico que dan cuenta también de lo que denominamos aquí “neoconstitucionalismo estándar”. Cfr. “Presentación”, pp. 28, 29-34; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia necesaria o novedad pertinente?”; pássim, es especial, pp. 320-321; CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo. Significado y niveles de análisis”, pássim.

⁶⁸ No corresponde explicar aquí las diferencias entre el liberalismo de Rawls y el kantismo, que han sido precisadas por diversos autores. A efectos de este trabajo, solo mencionamos que ambos liberalismos sustentan directa o indirectamente el constitucionalismo estándar.

⁶⁹ Desde luego, no vamos a realizar un análisis detallado sobre la vinculación entre liberalismo contemporáneo y neoconstitucionalismo. No obstante, algo hemos adelantado sobre esta relación en SOSA SACIO, Juan Manuel. “Nuestros neoconstitucionalismos”. Ob. cit., p. 18-22.

nuestro máximo interés, ya que este particular neoconstitucionalismo sustenta gran parte del discurso sobre los derechos humanos y fundamentales.

Partiendo de la base de lo ya anotado sobre el “constitucionalismo contemporáneo” (o “neoconstitucionalismo” a secas), el neoconstitucionalismo canónico considera, adicionalmente, la importancia de la persona a partir de criterios morales o metafísicos como la dignidad humana o la autonomía moral –señalando inclusive que el fundamento del Derecho es en última instancia moral⁷⁰–; considera a las personas como sujetos racionales con capacidad de generar discursos que buscarían ser aceptables o correctos⁷¹; formula sobre todo un constitucionalismo de derechos, desplazando a otros principios y valores constitucionales (incluyendo al principio democrático⁷²), y ocupando los deberes un lugar bastante residual⁷³; asimismo, hace referencia a un igual valor o jerarquía abstracta de todos los derechos humanos o fundamentales⁷⁴.

Adicionalmente, esta forma de neoconstitucionalismo presupone además una concreta perspectiva sobre los derechos humanos y fundamentales. En efecto, el neoconstitucionalismo estándar alude a derechos personales antes que a derechos colectivos o de la comunidad política (o de la naturaleza, por ejemplo); se concentra en la afirmación de los derechos propios antes que en los ajenos, que pueden ser más urgentes (v. gr, los derechos de quienes padecen más carencias); enfatiza la existencia de derechos presentes antes que futuros (es decir, de las generaciones venideras); y privilegia las discusiones en torno al reconocimiento formal y a los contenidos iusfundamentales, antes que sobre su vigencia efectiva o su potencial transformador.

⁷⁰ Cfr. ALEXY, Robert. “Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral” 115 y ss.; Ídem. “La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín” y “Una defensa de la fórmula de Radbruch” En: *La injusticia extrema no es Derecho. De Radbruch a Alexy*. Rodolfo Vigo (Coordinador). Fontamara, México D.F., 2008; DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Marcial Pons, Madrid, 2007; Ídem. “La lectura moral y la premisa mayoritaria”. En: AA.VV. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye (Compiladores). Gedisa, Barcelona, 2004, p. 101 y ss; NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política*. Ariel, Barcelona, 1994.

⁷¹ Esto es un presupuesto de las teorías de la argumentación jurídica y de la democracia deliberativa que forman parte del neoconstitucionalismo estándar.

⁷² En tal sentido, se trataría de un “constitucionalismo legal” antes que uno “político”, cuando este último sería más acorde con el carácter democrático del constitucionalismo contemporáneo; a ello volveremos más adelante. Recientemente, cfr. BELLAMY, Richard. *Constitucionalismo político*. Marcial Pons, Madrid, 2010, sobre todo p. 51-138.

⁷³ Tanto es así, que no existe formulaciones de gran calado sobre la estructura, el contenido o los límites para los deberes constitucionales, como sí existe respecto a los derechos fundamentales.

⁷⁴ Aun cuando acepta una “jerarquía móvil” entre los derechos fundamentales, al constatarse la derrota de algunos de ellos al realizarse una ponderación (supra Capítulo I, 2.2, 7, b).

Inclusive, el neoconstitucionalismo canónico implica una actitud más bien comprometida y militante, que “representa una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no solo descriptiva por parte del científico del Derecho”⁷⁵. En efecto, este constitucionalismo promueve o se identifica con cierto compromiso del teórico del Derecho constitucional con algunos valores sustantivos, sea porque esto aparece como inherente a la construcción o la práctica interpretativa del Derecho⁷⁶; porque se considera que la teoría constitucional tiene una faz crítica garantista y orientada al perfeccionamiento de los ordenamientos jurídicos⁷⁷, o simplemente porque se supone inevitable la incorporación de elementos sustantivos al dotar de contenido a los principios⁷⁸, al asignarles un “peso” o “grado de afectación” y resolver con ello la “precedencia” entre principios en conflicto en un caso concreto⁷⁹.

Este compromiso constitucionalista, además, incluye la existencia de cierto talante progresista de sus autores⁸⁰, quienes presuponen –algo ingenuamente– que la discrecionalidad de los jueces constitucionales será empleada también ese sentido⁸¹. Tal progresismo cifra sus esperanzas en el lugar especial que ocupan los derechos de acuerdo con la ideología del neoconstitucionalismo

⁷⁵ Vide PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002, p. 111. El profesor español considera que este “constitucionalismo dogmático” (como él le denomina) está ejemplificado en “planteamientos de autores como Dworkin, Habermas, Alexy, Nino, Zagrebelsky y, aunque tal vez de un modo más matizado, Ferrajoli”.

⁷⁶ Como consideran, por ejemplo, Dworkin y Nino.

⁷⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. “La teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos”. En: FERRAJOLI, Luigi; Juan José MORESO y Manuel ATIENZA. *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Fundación coloquio jurídico europeo Madrid, 2009, pp. 59-69. Ahora bien, es necesario precisar que Ferrajoli considera que los juristas tienen un papel crítico con respecto del Derecho positivo, tanto a partir de consideraciones morales ajenas del Derecho (se trataría una crítica externa) como de contenidos sustantivos consagrados en la Constitución (la crítica sería interna y respecto a las normas legales); pero es contrario a lo que denomina “constitucionalismo ético”, “ampliamente difundido en el *neoconstitucionalismo* actual” y “que confunde la moral con el Derecho e identifican a la justicia con la validez”; vide FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 47.

⁷⁸ Cfr. SASTRE ARIZA, Santiago. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”. Ob. cit., p. 250-258.

⁷⁹ Que es la tesis de Alexy. Entre sus varios trabajos, ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Miguel Carbonell y Pedro Grández (Coordinadores). Ob. cit., p. 14 y ss.; BERNAL PULIDO, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. En: BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 97 y ss.

⁸⁰ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Ob. cit., p. 56.

⁸¹ Como advierte COMANDUCCI, Paolo. “Modelos e interpretación de la Constitución”. En: *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, 2007, pp. 65-66.

estándar. Con lo anotado, queda claro que el neoconstitucionalismo estándar da cuenta de una específica concepción (o ideología) respecto a los derechos.

Expuesta esta diferenciación entre constitucionalismo contemporáneo (o neoconstitucionalismo a secas) y neoconstitucionalismo estándar⁸², debemos explicar su relevancia a efectos de esta investigación:

Primero, el paradigma teórico-jurídico en que se desenvuelve el Derecho Constitucional contemporáneo (y el Derecho en general) es el del constitucionalismo contemporáneo. Ahora bien, en este marco existen varias posturas, una de ellas es el neoconstitucionalismo estándar, que se encuentra fuertemente ideologizado por el pensamiento liberal contemporáneo; sin embargo, existen otras posibilidades que también podrían florecer en el paradigma del constitucionalismo actual⁸³. En nuestro caso, en el capítulo y los apartados correspondientes vamos a presentar una fundamentación para los derechos humanos y fundamentales alternativa o complementaria a la que se brinda desde el neoconstitucionalismo estándar, y que consideramos compatible con los postulados del constitucionalismo contemporáneo.

Segundo, el discurso en torno a los derechos humanos y fundamentales actual tiene como base o presupuesto ideológico muchas de las doctrinas o postulados del neoconstitucionalismo canónico. En tal sentido, en lo que sigue, al explicar el rol y la posición de los derechos humanos y fundamentales, no solo haremos alusión al contexto del constitucionalismo contemporáneo, sino que será necesario tener en cuenta diversos planteamientos del que hemos llamado neoconstitucionalismo estándar.

4. Los derechos humanos y fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo

⁸² Por cierto, para evitar futuras confusiones, preferiremos en adelante la expresión constitucionalismo contemporáneo para dar cuenta del “constitucionalismo del Estado constitucional” o “neoconstitucionalismo”, caracterizado supra (Capítulo I, 2.2).

⁸³ En efecto, el liberalismo plantea una lectura posible del constitucionalismo, pero igualmente podrían desarrollarse distintas perspectivas, por ejemplo, desde el comunitarismo, el republicanismo, el pragmatismo o desde cualquier teoría (o idea) de justicia.

Como vemos, tanto el constitucionalismo contemporáneo como el neoconstitucionalismo estándar entienden que la persona humana tiene un rol protagónico, pero con diferente sentido o intensidad. En el primer caso, efectivamente, el ser humano (y su dignidad) es el fundamento, parámetro y límite del poder público y el ámbito privado; mientras que en el segundo caso, se exagera esta perspectiva sobre la base de consideraciones ideológicas, formulándose un conjunto de afirmaciones adicionales que entronizan o absolutizan el valor y significado de estos derechos. Desde esta última perspectiva, por ejemplo, se emplea la denominación “constitucionalismo de los derechos”⁸⁴ y se califica a la época reciente como un “tiempo de los derechos”⁸⁵

Al respecto, el constitucionalismo contemporáneo y los derechos humanos o fundamentales –tal como se les entiende actualmente– responden a un mismo origen histórico y a los mismos discursos que se construyeron alrededor. Efectivamente, tanto el actual valor de los derechos como las transformaciones del constitucionalismo (en especial el estándar) encuentran explicación en la posguerra, la crisis del positivismo jurídico y recogen varios aportes del liberalismo filosófico y filosófico-político recientes.

De esta forma –como señalamos antes–, tenemos que las atrocidades cometidas en el contexto de la Segunda Gran Guerra contra millones de personas en pleno corazón del mundo occidental, moderno y civilizado, obligaron a reflexionar sobre el valor de la persona, su dignidad y los derechos mínimos que todo ser humano debe disfrutar.

Como correlato de ello, en la posguerra surgieron declaraciones universales de derechos, organizaciones internacionales que buscan asegurar la paz y el orden mundial, nuevas constituciones con extensos listados de derechos fundamentales y un discurso promotor de la primacía de la persona frente al poder público. Los discursos de entonces contaron inicialmente con ribetes iusnaturalistas⁸⁶ –debido a la incapacidad del Derecho positivo para detener o juzgar hechos monstruosos–, aproximándose luego al pensamiento liberal-kantiano, sucediendo que, finalmente, el fundamento de los derechos terminó asentándose en la dignidad humana y la autonomía personal, como imperativos universales para sujetos racionales.

⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. “El constitucionalismo de los derechos”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 24, N.º 71, mayo-agosto de 2004, sobre todo p. 49 y ss.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991, p. 97 y ss.

⁸⁶ Cfr. MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Pléyade, Buenos Aires, s/f, pp. 76 y ss.

Además, en ese contexto se discute sobre la crisis del positivismo formalista (de subsunciones y reglas), quedando en evidencia que en el Derecho también están reconocidos conceptos con textura abierta y normas-principios que favorecen el ingreso de la moral (mejor aun: favorecen descubrir la moralidad inserta en el Derecho a través de principios⁸⁷, o dejan márgenes de interpretación valorativa para los jueces^{88,89}), lo que es especialmente evidente respecto a los derechos y las libertades constitucionales. En ese contexto, se señala también que “tomar los derechos en serio” significa concebirlos como jurídicamente exigibles y que forman parte del Derecho vigente, aunque no tengan la forma de normas reglas exactas, e inclusive si no se encuentran positivizados expresamente ni cuenten con garantías expresas⁹⁰.

Estas críticas y nuevos planteamientos conllevaron a la construcción del paradigma neoconstitucionalista –entendido como constitucionalismo contemporáneo–, que se desmarca de varias afirmaciones de los modelos teóricos del Derecho y de los constitucionalismos anteriores. Pero, a la vez, implica también la ruptura con modelos ideológicos totalitarios (fascistas o comunistas), engarzándose con los esfuerzos por rescatar las filosofías contractualistas y kantianas, en suma liberales, de la mano de autores tan influyentes como I. Berlin y K. Popper o, mejor aún, como J. Rawls y J. Habermas, entre los principales.

Con lo anotado, es claro que la actual primacía de los derechos fundamentales y humanos es básicamente ideológica (o ideologizada), más todavía en los extremos planteados por el neoconstitucionalismo estándar⁹¹, en la medida que se trata de una lectura específica, que

⁸⁷ Que es básicamente la tesis del primer Dworkin en *Los derechos en serio*. En Europa, por su parte, Robert Alexy también plantearía, aunque por consideraciones distintas, la vinculación entre Derecho y moral, debido especialmente a la presencia de principios.

⁸⁸ HART, H.L.A. *Post scriptum al concepto de Derecho*. IJ-UNAM, México D.F., 2000.

⁸⁹ En el contexto del debate anglosajón, también podemos dar cuenta de la posición realista, aunque sus planteamientos exceden a las discusiones en torno al neoconstitucionalismo. Vide KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del hombre editores, Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá, 2005.

⁹⁰ Consideramos que en una afirmación así coincidirían autores fundamentales del constitucionalismo contemporáneo como Dworkin, Ferrajoli y Alexy.

⁹¹ La primacía de los derechos puede entenderse como ideológica en dos sentidos: (1) como una lectura o representación particular sobre los derechos, o (2) como una interesada (y hasta opresora) deformación de la realidad. Nosotros nos referimos en este trabajo al primer sentido; no obstante, es preciso indicar que desde la segunda perspectiva se señala que la ideología de los derechos es una imposición occidental (por ejemplo para algunas posturas comunitaristas), una falsificación de la sociedad burguesa (desde postulados

corresponde a exigencias, contextos y lecturas/concepciones de mundo concretas. Ahora bien, que el discurso de los derechos sea ideológico no significa que la defensa preferente de los derechos desde el constitucionalismo actual esté equivocada o, menos aún, que los derechos esenciales no deban ser bienes prevalecientes en las sociedades actuales. No obstante, sí implica tomar conciencia de que los derechos y su fundamento no son verdades naturales ni dogmas incuestionables (como parece estimar el neoconstitucionalismo estándar) y, más aún, reconocer que el constitucionalismo actual necesita fortalecer sus planteamientos, atendiendo a que son varias sus falencias y a que pueden formularse interpretaciones ideológicas distintas a las planteadas por el nuevo constitucionalismo liberal, por ejemplo, a partir de otras formas de entender al ser humano, sus derechos y su relación con la comunidad política⁹².

En suma, resaltamos que el neoconstitucionalismo estándar concibe la centralidad de los derechos como un dogma antes que como una característica del constitucionalismo contemporáneo, y en torno a él erige varios de sus planteamientos teóricos.

Al respecto, Alfonso García Figueroa refleja el sentir de varios autores respecto al rol de los derechos humanos y fundamentales para el constitucionalismo canónico:

“El neoconstitucionalismo es una teoría que, por usar la afortunada expresión de Dworkin, “se toma los derechos en serio”, confía en las posibilidades de nuestros derechos fundamentales. Todas esas normas forman parte del ordenamiento gracias al esfuerzo de muchos seres humanos que han luchado para que esas “criaturas de la moralidad” habiten nuestro ordenamiento. Estas criaturas constitucionales (en particular las criaturas *jusfundamentales*) son (espero que se permita decirlo así) las criaturas más *bellas* de nuestro ordenamiento”⁹³.

marxistas) o, más moderadamente, que puede constituir una especie de “idolatría” (si se les tiene como un “credo” incuestionable). Cfr. ATIENZA, Manuel. *Marx y los derechos fundamentales*. Palestra, Lima, 2008, p. 84 y ss.; IGNATIEFF, Michael. *Los derechos humanos como política y idolatría*. Paidós, Barcelona, 2003, pp. 75 y ss.

⁹² Hemos adelantado de esto en SOSA SACIO, Juan Manuel. “Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad”. En: *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Luis Sáenz Dávalos (Coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 101-104.

⁹³ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Ob. cit., p. 25. Por cierto, tal vez el énfasis retórico en este caso se deba a que García Figueroa fue antes positivista, y hoy neoconstitucionalista.

Reiteramos, el mayor valor de los derechos para el neoconstitucionalismo estándar es, ante todo, una cuestión ideológica, inclusive de fe⁹⁴. En este orden de ideas, autores contemporáneos conciben a estos derechos como superiores e intangibles⁹⁵, en tal sentido, como “derechos morales”⁹⁶, “cotos vedados”⁹⁷ o “triumfos políticos”⁹⁸ frente a las mayorías, una “esfera de lo indecible”⁹⁹ alejada de las decisiones provenientes del poder público o privado. Es más, se ha señalado que, en resumidas cuentas, los derechos fundamentales se caracterizan por su “rango máximo”, “máxima fuerza jurídica” y “máxima importancia”¹⁰⁰.

Entonces, siendo tal el valor y el lugar que ocupan los derechos humanos y fundamentales en el neoconstitucionalismo, en especial el estándar, seguidamente toca explicar –siquiera brevemente– cómo se les ha caracterizado conceptualmente.

5. Características contemporáneas de los derechos humanos y fundamentales

⁹⁴ Ideología o fe que, ciertamente, pueden quedar reflejadas expresamente en nuestros ordenamientos constitucionales. Ahora bien, no obstante ello, el neoconstitucionalismo estándar no hace una defensa de los derechos como bienes superiores a partir de su reconocimiento los ordenamientos positivos, sino desde una perspectiva sobre todo moral. Esta perspectiva es la que dota de contenido a los derechos y fundamenta la actividad ponderativa. Por ello, nada cambia si se reconoce o no expresamente un estatus superior de los derechos.

⁹⁵ Como hemos explicado en otra ocasión: SOSA SACIO, Juan Manuel. “Sobre el carácter “indisponible” de los derechos fundamentales”. En: *Gaceta. Constitucional*. Tomo 9, Gaceta Jurídica, setiembre de 2008.

⁹⁶ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 14 y ss., especialmente 40-48; DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1989, pássim.; en un sentido distinto (“validez moral”) ALEXY, Robert. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático”. En: *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 5, N.º 8, 2000, p. 26.

⁹⁷ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algo más acerca del ‘coto vedado’” En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 6, 1989, pp. 209-213.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Op. cit., p. 37.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. “La esfera de lo indecible y la separación de poderes”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. N.º 2, Vol. XXVI, febrero de 2008, pp. 120-125.

¹⁰⁰ Además, claro está, de su “máxima indeterminación”. ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (Editor), Trotta, Madrid, 2003, p. 32 y 33. Alexy alude al ordenamiento alemán, pero esta formulación parece extensible a cualquier Estado Constitucional contemporáneo.

Con lo anotado, trátase de derechos humanos o de derechos fundamentales, cuando el constitucionalismo actual alude a estos bienes la máxima importancia moral y jurídica, alude a derechos que¹⁰¹:

a. Se fundamentan en la dignidad inherente al ser humano

Actualmente se considera que las personas poseen ciertos derechos sólo por hecho de ser personas, los que suelen denominarse derechos humanos o derechos fundamentales. A este conjunto de derechos se les considera como un correlato de la dignidad humana, cuyo respeto e importancia superior representan un consenso prácticamente mundial, considerándosele como un punto de no retorno de la civilización universal. La comunidad internacional y las nacionales reconocen jurídicamente este estatus principal en los ámbitos universal, regional, estatal.

b. Tienen un especial valor material y jurídico

No se trata de derechos (subjetivos) cualquiera, como serían los que surgen de negocios jurídicos privados o de posiciones y situaciones jurídicas concedidas por el Estado. Los derechos humanos o fundamentales, al formar parte de los bienes que la humanidad o las comunidades específicas consideran necesario salvaguardar o promover con mayor ahínco, son incorporados al ordenamiento jurídico con el máximo rango, es decir, en las constituciones y tratados internacionales.

Ahora bien, estos derechos no solo son concebidos como bienes importantes, sino los más importantes dentro del conjunto de bienes fundamentales. Aunque inicialmente se les dota de igual jerarquía formal que los demás bienes relevantes, terminan siendo una especie de *primus inter pares* en atención a que protegen bienes humanos, y a que contemporáneamente el ser humano –como ya explicamos– es fundamento y límite para la actividad estatal y social en general. De esta forma, suele hacerse referencia a una relación de precedencia (condicionada) a favor de los derechos humanos y fundamentales, frente a los otros bienes y regulaciones (v. gr. valores, principios objetivos, políticas públicas, etc.).

¹⁰¹ En este punto, tomamos como referencia autores que siguen el canon constitucional vigente (algo más diremos en el Capítulo IV).

c. Son inderogables, absolutos, inalienables, irrenunciables

Otro atributo es que estos derechos aparecen como intangibles, primero para los poderes públicos (el Estado), pero también para los poderes privados y los particulares en general. Esta es la idea que subyace cuando se les entiende como “triumfos” o ámbitos acotados, extraídos de negociaciones y decisiones de poder. Incluso, se considera que las personas no pueden disponer de sus derechos humanos o fundamentales, aunque solo ellas fueran las afectadas, pues al ser estos derechos un correlato de la dignidad inherente a todo ser humano, y al encontrarse el Estado vinculado de manera fuerte a su protección, no sería posible avalar ninguna forma de afectación, aunque sea uno mismo quien ponga en riesgo o desee vulnerar libremente sus derechos.

d. Tienen vocación de universalidad

Se tratan de derechos reconocidos para todos, esto es, atribuibles a todos los seres humanos, o a todos los ciudadanos o integrantes de la comunidad política. Así, estos derechos tienen un temperamento igualitario y expansivo, por lo que su titularidad se extiende a todas las personas, independientemente de las diferencias circunstanciales entre ellas. Y es que tras la idea de universalidad, subyace la idea de que estos derechos corresponden a todas las personas por el hecho de ser tales, siendo todas iguales en dignidad.

Bien visto, todas las características antes mencionadas en mayor o menor medida pueden reconducirse a la primera, es decir, a la fundamentación de los derechos en la dignidad humana, pues a esta –como expondremos luego– se le atribuyen las otras características antes reseñadas. Ello no es casual: como hemos indicado en diversas partes de este capítulo, la noción de dignidad humana ha sido esencial para las concepciones contemporáneas de persona, de derechos humanos y fundamentales, y de constitucionalismo contemporáneo.

Señalado esto, en el siguiente capítulo nos dedicaremos, precisamente, a desarrollar la noción de dignidad humana así como a presentar algunas limitaciones que esta presenta como fundamento principal o único de los derechos.

Capítulo II:**LIMITACIONES DE LA DIGNIDAD HUMANA PARA FUNDAMENTAR LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES**

La noción de dignidad humana no es una nueva. Por el contrario, es bastante antigua y tiene diversas fuentes; así, por ejemplo, la inicial idea de *dignitas* en cuanto “honor social”¹⁰², “rango”¹⁰³ o “valía pública de un hombre”¹⁰⁴; la de los humanismos romano y renacentista¹⁰⁵; o la derivada de concepciones cristianas, que tuvieron gran desarrollo durante el medioevo¹⁰⁶.

Ahora bien –reconociendo la importancia de una empresa así– no es nuestro propósito exponer en esta tesis los orígenes y evolución de la noción de dignidad humana. Más bien nos interesa problematizar y discutir acerca de su significado y valor contemporáneos, en el marco del contenido específico que esta ha adquirido en el siglo XX; es decir, a tono con los cambios históricos, ideológicos y teóricos producidos tras la Segunda Gran Guerra, lo que –conforme explicamos en el capítulo anterior– trajo como feliz consecuencia el auge de los derechos humanos y fundamentales, así como el surgimiento y consolidación del constitucionalismo contemporáneo, sustentados precisamente en la idea de dignidad humana.

Así visto, en este capítulo haremos una breve presentación acerca del valor contemporáneo de la dignidad humana, principalmente a partir de los principales textos normativos surgidos en la

¹⁰² Cfr. HABERMAS, Jürgen. “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”. En: *Diánoia*. Volumen LV, N.º 64, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM - Fondo de Cultura Económica, mayo de 2010, p. 14 y ss.

¹⁰³ Cfr. WALDRON, Jeremy. “Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley”. New York University - School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper N.º 09-50, September 2009, pp. 10-12, 22 y ss.

¹⁰⁴ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. X, 15 (tomado de *Leviatán o la materia, la forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Sarpe, Madrid, 1984, p. 101).

¹⁰⁵ PELÉ, Antonio. *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*. Dykinson- Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2010, p. 303 y ss. OEHLING DE LOS REYES, Alberto. *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2010, especialmente pp. 58-59, 66-72, 89-90.

¹⁰⁶ PELÉ, Antonio. “Modelos de la dignidad del ser humano en la Edad Media”. En: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 13, N.º 21, 2009; PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, p. 22 y ss.

posguerra; expondremos cuáles son los principales conceptos o concepciones vigentes sobre dignidad; señalaremos los alcances de la dignidad humana como fundamento para los derechos humanos y fundamentales; y, finalmente, señalaremos algunos límites de esta noción para fundamentar los derechos ya mencionados.

1. La dignidad humana contemporánea

Suele considerarse que la carga moral de la noción dignidad humana ha existido siempre y, siendo así, “las condiciones históricas cambiantes simplemente nos han hecho conscientes de algo que ya estaba inscrito desde el inicio en los derechos humanos: el sustrato normativo de la igual dignidad de cada ser humano, que los derechos humanos únicamente precisan con más detalle”¹⁰⁷.

Ahora bien, pese a que los discursos contemporáneos suelen considerar a la dignidad como algo inherente a las personas, y que ello es prácticamente evidente o no admite duda, lo cierto es que la vinculación entre la dignidad, derechos humanos, orden político y constitucionalismo solo recientemente ha sido señalada de manera expresa, siendo que ni en constitucionalismo del siglo XVIII ni las primeras declaraciones de derechos apelaron a esta noción.

En efecto, recién será con la posguerra que se reivindica el valor preferente de la persona representada en la idea de dignidad humana. La dignidad humana aparece, pues, como un signo de estos tiempos, que inicialmente afirma –sin perjuicio de lo que precisaremos luego– el estatus superior del ser humano frente al resto de la naturaleza así como el deber moral de tratar a otros humanos como fines valiosos en sí mismos, erigiéndose entonces como garantía inexpugnable contra diversas manifestaciones de injusticia extrema, vejamen, situación humillante o exclusión intolerable infligida contra cualquier ser humano.

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 7. La tesis de Habermas es que “siempre ha existido –aunque inicialmente de modo implícito– un vínculo conceptual interno entre los derechos humanos y la dignidad humana”; así, la dignidad no sería simplemente una característica común a estos derechos, sino antes bien “constituye la ‘fuente’ moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento” (HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 6, vide ss.).

Sobre esta base –aunque sin ponerse de acuerdo en sus exactos contornos y pese a las (enormes) diferencias culturales y políticas–, las sociedades y naciones del mundo han generado un amplio consenso respecto al valor de la dignidad humana, afirmando en torno a ella un conjunto de derechos caracterizados por ser iguales para todos, universales, indivisibles y prepolíticos, los que, a su vez, fundamentan los ordenamientos políticos y jurídicos (nacionales e universales).

En este marco, a efectos de sopesar su enorme importancia en la actualidad, vale la pena dar cuenta de algunos ejemplos contemporáneos que evidencian claramente cómo –a diferencia del constitucionalismo inicial y de las primeras declaraciones de derechos– la nueva sociedad mundial de naciones, el sistema universal de derechos humanos y el constitucionalismo contemporáneo se fundamentan en la noción de dignidad humana.

Al respecto, en primer lugar debemos referirnos a la Carta de Naciones Unidas (1945), que es el tratado que da origen a la Organización de Naciones Unidas (ONU) y establece un nuevo orden político universal tras las dos Guerras Mundiales, con la finalidad de garantizar la paz y seguridad internacionales. Recociendo expresamente el difícil contexto en que surge, la Carta enfatiza el valor y dignidad de la persona de todo ser humano.

Carta de las Naciones Unidas

Preámbulo

*“Nosotros los pueblos
de las Naciones Unidas
resueltos*

a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles,
a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas (...)”

Otro texto importante es la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que representa el primer esfuerzo multicultural por establecer un conjunto de derechos básicos mundiales¹⁰⁸. La declaración, aprobada por la gran mayoría de países integrantes de la ONU¹⁰⁹, además de reiterar en parte lo señalado por la Carta de las Naciones Unidas, precisa que un futuro de libertad, justicia y paz mundiales se basa en el reconocimiento de la dignidad y los derechos esenciales de todos los seres humanos. Esta Declaración afirma el carácter universal de la dignidad humana, intrínseco a toda persona; asimismo, que los derechos declarados son iguales e inalienables, y que toda persona nace con ellos.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Preámbulo

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

¹⁰⁸ En este punto, es necesario precisar que incluso antes de esta declaración (diciembre de 1948) se aprobó la “Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre”, que constituye el primer documento internacional en materia de derechos humanos (mayo de 1948). Este notable documento –que alude al rol activo del Estado para garantizar estos derechos y reconoce deberes esenciales– hace referencia a la dignificación de la persona, a la dignidad humana y a los derechos esenciales que se fundamentan en los atributos de la persona humana.

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre

Considerando

“Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad;

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

Que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución;

Que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias (....)”

Preámbulo

“Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.”

¹⁰⁹ La Declaración fue aprobada con 48 votos a favor y ocho abstenciones (en ese momento, Bielorusia, Checoslovaquia, Polonia, Ucrania, Yugoslavia, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Arabia Saudita y Unión Sudafricana). Hubieron dos ausencias (Honduras y Yemen), siendo 58 el total de países integrantes de la ONU.

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso (...)"

Artículo 1

"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

Ahora bien, la Declaración Universal de Derechos Humanos –más allá de compromisos declarativos, de importancia esencialmente política y orientativa– requería ser implementada a través de un documento normativo de alcance mundial (tratado). Los esfuerzos encaminados a ello –luego de múltiples desavenencias e intensos debates en el marco de la Guerra Fría–, finalmente se tradujeron en dos documentos notables: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ambos de 1966, en vigor desde 1976).

No obstante sus diferencias de contenido¹¹⁰, el Preámbulo de ambos pactos son esencialmente idénticos. Estos, además de reiterar lo señalado en la Carta y la Declaración sobre la dignidad humana y los derechos humanos, señalan que tales derechos “derivan” de la dignidad inherente a toda persona humana.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Preámbulo

“Los Estados Partes en el presente Pacto,

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana,

Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales,

Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos,

Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto (...)”

¹¹⁰ Precisamente, el contenido diferente de estos pactos (uno de orientación más social, otro más liberal) pone en evidencia lo difícil que resultó ponerse de acuerdo en un documento único, no solo atendiendo al contexto de la Guerra Fría sino también por las diferencias culturales. Como correlato de lo anterior, actualmente China y algunos países árabes y de extremo oriente no han suscrito o ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; asimismo, Estados Unidos, y los mismos países árabes y de extremo oriente, además de otros países africanos, no han suscrito o ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Finalmente, y ya en el contexto de los Estados y sus constituciones nacionales, consideramos necesario hacer referencia a la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949) o también Constitución alemana. Esta Norma Fundamental es de gran valor para el constitucionalismo mundial contemporáneo, no solo por la importancia de la cultura jurídica y iuspublicista alemana, sino porque, rompiendo claramente con los contenidos ominosos del nacionalsocialismo, afirma un sistema de valores que descansa en la idea de dignidad humana como bien intangible, cuyo respeto y protección es vinculante para los poderes públicos. Afirma la existencia de derechos inviolables e inalienables, de modo similar que los documentos universales sobre derechos humanos; asimismo, consagra un conjunto de derechos fundamentales vinculantes para el Estado, que constituyen Derecho directamente aplicable¹¹¹.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania

Artículo 1

“(1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.”

Los citados son los textos normativos de mayor influencia en el escenario posbélico. Estos, desde luego, han tenido repercusión en el constitucionalismo peruano¹¹².

En efecto, la Constitución de 1979, si bien no se refirió a la dignidad de la persona, sí hizo referencia a la “persona humana” como “fin supremo de la sociedad y del Estado”, prescribiendo, además, que “[t]odos tienen la obligación de respetarla y protegerla”.

Pero recién es la Constitución de 1993 la que hace explícita referencia a la dignidad humana:

¹¹¹ Por su contenido, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania es, precisamente, un documento referencial para el neoconstitucionalismo, ya que postula el mayor valor de los derechos fundamentales, los garantiza, declarando su carácter vinculante así como carácter irreductible de la dignidad humana y del contenido esencial de los derechos.

¹¹² La noción de dignidad humana, y el personalismo en que sustenta el neoconstitucionalismo en general, se refleja en diferentes constituciones y tratados sobre derechos humanos coetáneos. Vide OEHLING DE LOS REYES, Alberto. Ob. cit., pp. 47-53; 76; NOGUEIRA, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2003, pp. 149, 152-154.

Constitución Política del Perú (1993)

Artículo 1

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”

Vemos, entonces, que la idea de dignidad humana es reconocida universalmente como un bien de la máxima importancia inherente a todo ser humano, cuya legitimidad moral y política está vinculada a la existencia de derechos inalienables, innatos e iguales para todos. La dignidad –como también los derechos humanos o fundamentales– vinculan de modo fuerte a los Estados, y se les considera la base para alcanzar la paz, la justicia y el desarrollo social mundiales.

Desde una perspectiva más amplia de este fenómeno, constatamos que la noción de dignidad humana –y en esto descansa su importancia y actualidad– ha permitido que ingresen al Derecho (y al ordenamiento político) exigencias morales, siendo esta una de las principales aspiraciones luego la posguerra. En este sentido, como Habermas explica, bien vista:

“[L]a dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho. La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos”¹¹³.

Es más, incluso llega a afirmarse no solo que la noción dignidad humana permite que la moral ingrese al Derecho (y al orden político), sino que ella constituye su fundamento y razón de ser.

Ahora bien, no obstante que se trata de un concepto vigente y en auge, esencial para el constitucionalismo contemporáneo y el discurso sobre los derechos humanos y fundamentales, su contenido y significado no está para nada claro. Siendo así, es necesario repasar algunos de sus significados más recurridos, considerando cuatro concepciones básicas a las que –no siempre de manera explícita– suele aludirse.

¹¹³ HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 10.

2. Conceptos de dignidad humana

La dignidad humana tiene un significado muy difícil de determinar o, mejor aún, su contenido es polisémico. A pesar de esta dificultad, se le considera una noción de la máxima importancia, pues constituye el principal argumento moral para sustentar la existencia de derechos atribuibles a todos los seres humanos, que deben ser respetados y también promovidos por todos.

Como consecuencia de lo anterior, la dignidad humana ha sido reconocida además en la cima formal y material de varios ordenamientos jurídicos, por lo que, a su especial fuerza moral, se le suma su fuerza jurídica superior. Al respecto, sin desconocer las consecuencias jurídicas vinculadas al reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho positivo, a efectos de esta investigación nos vamos a referir, principalmente, a la dignidad en cuanto fundamento sustantivo de los derechos fundamentales, y no a su posición ni efectos en los ordenamientos jurídicos concretos¹¹⁴.

Con lo indicado, es momento de explicar los principales conceptos de dignidad. Consideramos que los significados atribuidos a la dignidad humana pueden agruparse en cuatro concepciones básicas, las que, desde luego, no pueden entenderse como posiciones cerradas o acabadas, ni que en los discursos o desarrollos teóricos se encuentren en estado puro. Así visto, la dignidad humana suele ser entendida: (1) como un mandato de no instrumentalización del ser humano (la persona debe ser considerada siempre como fin, nunca como medio ni ser tratada de modo indigno); (2) como un atributo o condición inherente a todo ser humano (todos somos iguales en dignidad); (3) como autonomía personal (capacidad para decidir racional y moralmente); o (4) como aspiración política normativa, es decir, como un “deber ser” (a todo ser humano se le debe garantizar una

¹¹⁴ Desde luego, excede a esta investigación tratar el valor jurídico de la dignidad humana en los ordenamientos jurídicos concretos; precisar si se trata de un valor superior, principio o derecho fundamental; proponer cuáles son los mandatos jurídicos que de ella se derivan, etc. Sobre todos estos temas, recomendamos revisar VON MÜNCH, Ingo. “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 2, N.º 5, Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto de 1982, p. 9 y ss.; BATISTA J. Fernando. “La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones”. En *Cuestiones Constitucionales*. UNAM, México D. F., enero-junio de 2006, p. 4 y ss.; GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. “Dignidad de la persona (comentarios al artículo 2.1 de la Constitución)”. En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 25 y ss.; CANALES CAMA, Carolina. “La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano”. En: *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos constitucionales desde las diversas especialidades del Derecho*. Juan Manuel Sosa (coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2010, 9 y ss.

dignidad básica/condiciones dignas de existencia). Expliquemos a continuación cada una de estas concepciones de dignidad.

2.1. La dignidad como mandato de no instrumentalización (la persona debe ser considerada como fin y nunca como medio)

Como se sabe, la más difundida noción de dignidad es aquella versión canónica expresada por I. Kant en su segunda formulación del imperativo categórico:

“[O]bra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solo como un medio”¹¹⁵.

También es célebre esta otra fórmula kantiana sobre la dignidad:

“Todo hombre tiene un legítimo derecho al respeto de sus semejantes y también está obligado a lo mismo, recíprocamente, con respecto a cada uno de ellos

La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombre y que sí pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre”¹¹⁶.

¹¹⁵ KANT, Inmanuel. *Fundamento de la metafísica de las costumbres*. Excelsior N.º 146, Ercilla, Santiago de Chile, 1939, p. 48.

¹¹⁶ KANT, Inmanuel. *Metafísica de las costumbres*. Traducción y notas de A. Cortina y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 2008, p. 335-336.

Desde esta perspectiva, la dignidad constituye un mandato para no ver ni utilizar a otros hombres como si fueran meros instrumentos, es decir, como medios para obtener fines distintos, pues el hombre es *un fin en sí mismo*. Al respecto, que el ser humano *sea en sí mismo un fin* significa que este tiene valor *per se* y no puede ser abusado, “cosificado” o eliminado por el interés, el beneficio o el capricho de otros seres humanos. En este sentido, cabe afirmar también que el *valor* de los seres humanos no radica en un *precio*, intercambiable, sino en, precisamente, una *dignidad*, única. Como ha señalado el propio Kant: “Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente; en cambio lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad”¹¹⁷.

Esta formulación típica ha sido reconocida en Alemania¹¹⁸, tempranamente por su doctrina y confirmada por su jurisprudencia vigente. Al respecto, es clásica la referencia a G. Dürig, quien señaló que: “la dignidad humana como tal resulta afectada cuando el hombre concreto es degradado a la categoría de objeto, a un simple medio para otros fines, a una cantidad reemplazable”¹¹⁹. También el Tribunal Constitucional Federal alemán, por su parte, en un reciente y conocido caso –precisamente vinculado con la dignidad y la posible instrumentalización de vidas humanas– ha sostenido que “el deber de proteger la dignidad humana excluye (...) con carácter general hacer de la persona un mero objeto del Estado (...). De esta forma, está prohibido por antonomasia todo trato de la persona por parte del poder público que ponga fundamentalmente en duda su calidad de sujeto, su estatus como sujeto de Derecho (...), faltando al respeto del valor que corresponde a todo ser humano por sí mismo, por el mero hecho de ser persona...”¹²⁰.

Ahora bien, esta formulación sobre la dignidad –no obstante su vigencia– tiene el problema de que no afirma un contenido claro ni revela aquello que finalmente puede ser considerado como “instrumentalización”, “tratamiento como mero objeto” o “uso como medio para obtener otros fines”. El tema, sin duda, es complejo, pues es claro que el ejercicio de los derechos y libertades humanos siempre encuentran límites sustentados en bienes o intereses ajenos –individuales y

¹¹⁷ KANT, Inmanuel. *Fundamento de la metafísica de las costumbres*. Ob. cit., p. 54.

¹¹⁸ Como teoría de la *Objektformel* o “fórmula del objeto”, que alude a la cosificación de la persona humana.

¹¹⁹ Según Günter Dürig “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde”, AöR, 81, 1956, p. 127), citado por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 29 (nota 25).

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea (BVerfGE 115, 118 <C.II.2.b.aa>).

colectivos— por lo que, en algún punto, se produce cierta postergación de bienes humanos o intereses de unos en beneficio de otros¹²¹. En similar sentido, también es claro que en muchas ocasiones acudimos a otros para lograr nuestros propios fines, pero sin que ello signifique inmediatamente una “cosificación” del prójimo.

Al respecto, desde esta posición se explica que la instrumentalización a la que nos referimos — contraria a la dignidad humana— no corresponde a cualquier lesión de un derecho o persona, a toda intervención en los derechos a favor de otros bienes, ni a toda forma de recurrir a terceros para satisfacer un fin. En este sentido, por ejemplo, se señala que no estaremos ante esta instrumentalización si le pedimos a un taxista que nos transporte (utilizándole “como medio para llegar temprano”) ni si le pedimos a nuestro hijo que nos lleve una carta al correo (cumpliendo nuestro deseo y ahorrándonos algo tiempo)¹²². Tampoco lo serían las ordenaciones estatales que limitan de diversas formas libertades personales con la finalidad de procurar la realización de intereses generales¹²³. Asimismo, también habría que descartar que, aunque lesionar derechos ajenos se encuentra claramente proscrito, toda agresión a estos involucre siempre trasgresiones a la dignidad humana; de lo contrario —como se ha ejemplificado bien— “tendríamos que calificar cualquier estafa o hurto como un delito que ofende, además, a la dignidad humana”¹²⁴.

Con lo anotado, teniendo en cuenta “que la persona individual es frecuentemente objeto de medidas por parte del Estado, sin que por ello se esté violando siempre su dignidad”, se ha considerado además, a efectos de precisar esta noción, “que sólo se da una violación de la dignidad de la persona cuando al tratamiento como objeto se suma una finalidad subjetiva: sólo cuando el tratamiento constituye ‘expresión del desprecio’ de la persona”¹²⁵. En similar sentido, y desde una perspectiva algo más amplia, se ha considerado que la dignidad hace referencia a la

¹²¹ Es el caso de la colisión entre derechos fundamentales o principios, lo que revela su carácter “derrotable” como vimos en el Capítulo anterior. La ponderación, precisamente, plantea la posibilidad de que derecho fundamental se vea “derrotado” en un caso concreto.

¹²² Hemos adaptado algunos ejemplos planteados por Ernesto Garzón, quien además explica cómo Kant no se refiere a este tipo de “usos” al aludir al mandato de utilizar a otros como medios en GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”. En: *Tolerancia, dignidad y democracia*. Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2006, pp. 241-243.

¹²³ BENDA, Ernesto. “Dignidad humana y derechos de la personalidad”. En: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE y HIEDE. *Manual del Derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 125.

¹²⁴ MAIHOFER, Werner. *Estado de Derecho y dignidad humana*. BdF, Buenos Aires, 2008, p. 10.

¹²⁵ Vide VON MÜNCH, Ingo. Ob. cit., p. 20. Esto es lo que habría resuelto el Tribunal Constitucional Federal alemán en BVerfGE, 20, 1 y ss. <26>.

protección de toda persona frente a “la degradación, la estigmatización, la persecución, la proscripción y otras conductas similares por parte de terceros o del propio Estado”¹²⁶, es decir, no respecto a cualquier agresión, sino a aquellas especialmente humillantes e injustas.

Así visto, la acepción de dignidad que venimos desarrollando, como mandato de no instrumentalización, podría ser concebida como un mandato de *respeto mínimo*: con ello, la dignidad plantearía un *umbral mínimo de trato* que merece toda persona. Desde esta perspectiva, Ronald Dworkin indicó sobre la dignidad humana:

“Se usa la frase derecho a la dignidad de muchas formas y sentidos en la filosofía moral y política. Por ejemplo, a veces significa el derecho a vivir en condiciones, cualesquiera que sean, bajo las cuales es posible, o apropiado, el propio autorrespeto. Pero aquí debemos considerar una idea más limitada: que las personas tienen derecho a no sufrir *indignidad*, a no ser tratadas de manera que en sus culturas o comunidades se entiende como una carencia de respeto. Cualquier sociedad civilizada tienen estándares y convenciones que definen esta clase de indignidad y que difieren de lugar a lugar y de época en época”¹²⁷.

En este orden de ideas, se entiende a la dignidad como un mandato para *no ser tratado de manera indigna*. Siguiendo con Dworkin, este consideraba que una lectura útil del imperativo kantiano que tratamos –de ser tratado como fin y nunca como medio– no significa “que nunca se coloque en desventaja a alguien para conceder ventajas a otros”, y más bien indicaría que a nadie puede dársele un trato “que niegue la importancia distintivas de sus propias vidas”¹²⁸. En este sentido, nuestro autor explica que, por ejemplo, cuando encarcelamos a un condenado con la finalidad de disuadir a las demás personas, actuamos sin duda en contra de sus intereses para obtener un

¹²⁶ BVerfGE 115, 118, loc. cit.

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel, Barcelona, 1998, p. 305.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 309. Ahora bien, más recientemente Dworkin ha señalado que entiende a la dignidad humana integrada a dos principios: los de autorrespeto (*self-respect*) y de autenticidad (*authenticity*); el primero implica que cada quien tome su vida en serio y procure su éxito (“Each person must take his own life seriously: he must accept that it is a matter of importance that his life be a successful performance rather than a wasted opportunity”) y el segundo, que cada quien deba identificar y realizar aquello valioso para su propia vida (“Each person has a special, personal responsibility for identifying what counts as success in his own life; he has a personal responsibility to create that life through a coherent narrative that he himself has chosen and endorses”). Son varias las implicancias de estas afirmaciones de Dworkin, pero obviamente no será posible detenernos aquí en ellas. Cfr. DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press, Massachusetts, 2011, p. 191 y ss. (las citas son de pp. 203-204).

beneficio general, pero igual seguimos exigiendo que “se le trate con dignidad de acuerdo con nuestra comprensión de lo que ello requiere”; así visto, entendemos “que no estamos autorizados a tratarlo como un mero objeto, a la completa disposición de nuestra conveniencia como si todo lo que importara fuera la utilidad, para el resto de nosotros, de encerrarlo”. Puede afirmarse, asimismo, que lo que se prohíbe es tratar a las personas como “meros medios”, esto es, sin ninguna “restricción lateral moral” (*side constraint*), como se trataría a una herramienta o cosa, frente a la cual “no hay restricciones laterales con respecto a cómo usarla, fuera de las restricciones morales para su uso en contra de los demás”¹²⁹.

Por último, desde la perspectiva que explicamos, también se pone énfasis en el trato contra el ser humano proveniente desde fuera¹³⁰. Se ha señalado, por ejemplo, que la instrumentalización como afectación a la dignidad humana se verifica con el *sometimiento al poder, fuerza o arbitrio de otros, sin posibilidad de resistencia*. En este sentido, se ha explicado que “[n]os sentimos tratados inhumanamente por los hombres, no ya cuando alguien nos golpea o insulta, sino solo cuando carecemos de toda chance de resistir los golpes, cuando no nos queda otra opción que soportar estos insultos. En un comportamiento tal, la dignidad es ‘tocada’ desde el momento en que su autor ‘procede’ a nuestro respecto ‘como quiere’, desde que ‘hace’ a su ‘antojo’ con nosotros”¹³¹; con ello, se señala, las personas pierden la conciencia de sí mismos como sujetos y se sienten más bien objetos de otros¹³². Se trata, en tal caso, de una forma instrumentalización deshumanizante, humillante, cosificante.

En suma, esta primera noción de *dignidad humana como no instrumentalización* se distingue porque considera a la dignidad como un *mandato de no hacer* (no usar a otros como meros

¹²⁹ NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Blackwell, Oxford, 1999, pp. 30 y 31 (en la versión en castellano *side constraint* es traducido como “restricción indirecta”: NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y utopía*. Fondo de Cultura Económica, México, 1991, p. 43). Para Nozick, la segunda formulación del imperativo categórico kantiano significa que las personas no pueden ser sacrificadas ni utilizadas para lograr fines de otros, lo que sustenta en parte su particular liberalismo (“libertarismo”). Cfr., además, DIETERLEN, Paulette. “Kant y el pensamiento liberal contemporáneo”. En: *Diánoia*. Vol. XXXI, N.º 31, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pp. 76-77 y GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Ob. cit., p. 242.

¹³⁰ MAIHOFER, Werner. Ob. cit., pp. 6-7. Ahora bien, quienes defienden esta noción (v. gr. R. Dworkin o E. Garzón) generalmente consideran que uno mismo puede afectar o desconocer su propia dignidad, al tratarse sin la consideración o respeto que de esta se deriva, posibilidad que queda clara desde el mismo Kant.

¹³¹ MAIHOFER, Werner. Ob. cit., pp. 10-11.

¹³² *Ibidem*, pp. 13-21. Maihofer señala que esta agresión a la dignidad destruye no solo *la personalidad del hombre* ante sí, sino al mismo tiempo la fe en los demás, *la solidaridad entre los hombres*.

medios o cosas) que *recae en terceros* (el Estado u otros particulares) y por postular un *parámetro mínimo* respecto del trato que merecen las personas (nadie puede ser instrumentalizado ni tratado de modo indigno). Finalmente, por tratarse de una exigencia mínima, valga destacarlo, desde esta noción no podría reconocerse contenidos o mandatos concretos que permitan desplegar la personalidad o los proyectos de vida de cada persona (que más bien alude a exigencias *máximas*).

2.2. La dignidad como atributo inherente a todo ser humano (todos somos iguales en dignidad)

Otra formulación clásica respecto a la dignidad humana es la que considera digno al ser humano *por el solo hecho de serlo*, en tal sentido, la dignidad aparece como una condición *inherente a la naturaleza humana*. Esta idea, no obstante ser tautológica –incluso falaz¹³³–, tiene el mérito de destacar el carácter *universal, igualitario y prepolítico* de la dignidad humana.

Sobre el carácter universal de la dignidad, este implica que su respeto no depende de circunstancias culturales ni de su reconocimiento jurídico-político, sino que se trata de una condición connatural de todo ser humano, existente en todo tiempo y lugar, por lo que vale para todos los países y en toda circunstancia histórica¹³⁴. Incluso, desde esta perspectiva, la dignidad humana podría ser vista también como un valor perteneciente no solo a personas concretas e individuales, sino como un bien de la humanidad entera¹³⁵.

De otra parte, en atención a su carácter igualitario se reconoce que los seres humanos son, cuando menos, iguales en dignidad¹³⁶. Así, independientemente de nuestras diferencias de todo tipo, se afirma que las personas comparten entre sí una dignidad esencial. En el mismo sentido, se

¹³³ Efectivamente, si el argumento básicamente es “dignidad humana es aquello que tienen seres humanos por ser humanos”, estamos ante un argumento circular o petición de principio, cuya verdad no puede ser demostrada.

¹³⁴ BENDA, Ernesto. Ob. cit., p. 118.

¹³⁵ Ahora bien, no nos referimos solo a la dignidad en abstracto de toda la “humanidad” respecto a las demás criaturas existentes; sino principalmente al valor absoluto de cada ser humano para todas las demás personas y para las comunidades políticas.

¹³⁶ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Ob. cit., pp. 261 y 274.

sostiene que todas las personas son igualmente dignas, lo que significa que ningún ser humano vale más que otro¹³⁷.

Asimismo, el carácter prepolítico de la dignidad alude a su condición de atributo anterior, e incluso superior al Estado y su Derecho positivo. Así considerado, se concibe a la dignidad como un bien humano, no solo que limita, sino incluso que justifica el origen y la legitimidad del poder político; con ello, la comunidad política no solo está impedida de obviar o mediatizar los derechos de las personas, sino que se encuentra al servicio de aquella. El respeto a la dignidad humana representa, entonces, el “principio supremo” para toda acción del Estado y “fin supremo” de todo el Derecho¹³⁸.

Ahora bien, existen diferentes enfoques en torno a esta idea de dignidad inherente. Por ejemplo, se ha explicado suficientemente que una fuente principal de esta idea de dignidad es cristiana. Al respecto, se señala que todos somos hijos de Dios, fuimos creados a su imagen y semejanza¹³⁹, y colocados en este mundo como seres superiores de la creación, por lo que existe en nuestra naturaleza algo que nos identifica a todos por igual¹⁴⁰ y, a la vez, nos hace distintos de los demás animales y cosas¹⁴¹. Así considerado, este atributo esencial solo podría provenir de una fuente superior a la humana (Dios¹⁴² o un “Absoluto”¹⁴³) y, por lo mismo, es indisponible e inderogable: la

¹³⁷ Esta idea, desde luego, no alude a una igual “cantidad” de dignidad, sino a una misma “cualidad” de sujeto digno (Ahora bien, existen posiciones que consideran que la dignidad tendría grados, vinculados a la mayor o menor “humanidad”, o a la dignidad entendida como valoración social de una persona).

¹³⁸ Cfr. BENDA, Ernesto. Ob. cit., p. 118.

¹³⁹ SOTO KLOSS, Eduardo. “La dignidad de la persona humana: Noción y fundamentos”. En: Derecho Administrativo. Bases fundamentales. Tomo I, Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 74 y ss.

¹⁴⁰ SALDAÑA, Javier. “La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente”. En: *Derecho a la no discriminación*. Carlos de la Torre Martínez (Coordinador). UNAM - Consejo Nacional para prevenir la discriminación - Comisión de derechos humanos del distrito federal. México DF, 2006, pp. 69-70.

¹⁴¹ GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. Segunda edición, Civitas, Madrid, 2011, pp. 28-30.

¹⁴² *Ibidem*, p. 30: “Si todo hombre es persona porque así ha sido hecho (...) la última razón, el fundamento de la categoría de la persona humana no puede ser el hombre mismo, sino una ser superior a todo hombre y capaz de infundir razón y libertad en la materia de que estamos hechos. Es el mismo Dios.”

¹⁴³ SALDAÑA, Javier. Ob. cit., p. 75: “Si reconocemos que los derechos humanos son la expresión de la dignidad de la persona, y estos derechos son absolutos e incondicionados, (...) entonces en última instancia la dignidad inherente a la persona humana y su naturaleza descansa en algo más allá de ella misma considerada. Es en un Absoluto (con mayúscula) donde podemos encontrar el fundamento de tal naturaleza”. SPAEMANN, Robert. “Sobre el concepto de dignidad humana”. En: *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos*. N.º 19, Pamplona, 1998, p. 23: “[E]l hombre es, como ser moral, una representación de lo absoluto, por eso y sólo por eso, le corresponde aquello que llamamos ‘dignidad humana’” “la idea de dignidad humana encuentra su fundamentación

dignidad es un “valor absoluto” y sagrado¹⁴⁴ que no se pierde jamás, siempre forma parte de cada ser humano (desde su origen hasta su final); es “el rango de la persona como tal” e incluso, por “muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea la degradación seguirá siendo persona con la dignidad de que ello comporta”¹⁴⁵.

De otra parte, esta noción de dignidad suele basarse también en consideraciones de Derecho Natural, desde las cuáles se plantea que las cosas, instituciones y personas tienen una esencia, a la que corresponden fines de acuerdo con su naturaleza. Así, se concibe a la dignidad como vinculada a la “esencia” de la persona humana. Entre estos planteamientos iusnaturalistas encontramos, por ejemplo, el señalado por Jacques Maritain: “[l]a dignidad de la persona humana: esta frase no quiere decir nada si no significa por la ley natural que la persona tiene derecho de ser respetada y, sujeto de derechos, posee derecho. Cosas hay que son debidas al hombre por el solo hecho de ser hombre...”¹⁴⁶. Conforme a este tipo de planteamientos, entonces, la dignidad es una característica natural de los seres humanos, que forma parte de su “naturaleza” o “esencia”, a la que puede accederse y conocer a través de la razón¹⁴⁷.

De otra parte, y por último, debemos mencionar que la dignidad en muchas ocasiones puede tomar formas de especismo¹⁴⁸, reduciendo las exigencias morales o éticas al ámbito de *lo humano*. Al respecto, ya que este planteamiento se basa en una supuesta naturaleza de la especie humana, alude sobre todo a dogmas pseudocientíficos o trascendentes, pero no a argumentos morales, a

teórica y su inviolabilidad en una ontología, es decir, una filosofía de lo absoluto” (Cfr., además, *Ibíd*em, p. 33).

¹⁴⁴ *Ibíd*em, p. 21

¹⁴⁵ *Ídem*, p. 24.

¹⁴⁶ MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Pléyade, Buenos Aires, s/f, p. 70; en similar sentido, vide la definición de derechos humanos de CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”. En: Juan Manuel Sosa Sacio (Coordinador). *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 31 y ss.

¹⁴⁷ Al respecto, Mosterín se ha encargado de explicar que no existe algo así como un “factor X” que nos distancie de la naturaleza y nos haga especiales, y en tal sentido, más bien es claro que “el fundamento de la moral no está en la dignidad abstracta, sino en la plasticidad concreta de nuestro cerebro, en nuestro margen de maniobra, en nuestra capacidad de pensar, decidir, de gozar y sufrir. En una discusión ética racional no deberían admitirse términos tan vacíos como los de honor o dignidad, so pena de convertirla en una ceremonia de la confusión”. Vide MOSTERÍN, Jesús. *La naturaleza humana*. Espasa Calpe, Madrid, 2008, pp. 368.

¹⁴⁸ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 45.

auténticas razones para la acción¹⁴⁹. Se considera así que “[t]itulares de la dignidad humana son todos los seres que han sido procreados por personas humanas”¹⁵⁰ o los miembros de la especie *homo sapiens*, banalizando así el daño producido a seres no humanos, a pesar de su sufrimiento, y sacralizándose todo ámbito humano, aunque las razones morales a favor de su protección sean muy pocas o nulas¹⁵¹. Además, una propuesta así requiere que se determine (¿científicamente?) a quienes puede considerárseles miembros de la especie humana, derivando las discusiones morales de fondo a determinaciones supuestamente “técnicas”; y justificando asimismo prácticas eugenésicas en beneficio de la especie¹⁵². Incluso una variable de este examen de humanidad sustenta uno de los más grandes problemas actuales: la negación de la condición de ser humano a otros por ser diferentes, a quienes se les priva de todo trato digno (como ha sucedido –y sigue sucediendo– con los esclavos, los indígenas, la población negra, las mujeres, los judíos, los prisioneros musulmanes, los inmigrantes, etc.¹⁵³).

2.3. La dignidad como autonomía personal (capacidad para decidir racional o moralmente)

¹⁴⁹ Se incurriría en la llamada “falacia naturalista” o “ley de Hume”, a la que nos referiremos ampliamente en el siguiente capítulo. Por ahora, baste señalar que el solo hecho de ser humano, de pertenecer a la especie *homo sapiens*, no aporta ningún valor ni razones a favor de su respeto o atribución de derechos; podríamos preguntarnos, por ejemplo, porque no se protegen también a los animales con cierta cantidad de inteligencia, a las especies con sensibilidad al dolor, a los mamíferos superiores, etc. Así visto, es necesario dar razones a favor de tal respeto o atribución. Desde luego, es pertinente mencionarlo, atribuir a la naturaleza o la especie humana una carga moral implícita, esto es, asumir que hay “una carga de eticidad en el concepto ontológico de hombre”, un “deber-ser [que] está implícito en su ser”, no supera la falacia naturalista. Vide BEUCHOT, Mauricio. *Derechos humanos. Historia y Filosofía*. Fontamara, México D.F., 2008, p. 57; CHÁVEZ-FERNÁNDEZ PÓSTIGO, José. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Universidad Católica San Pablo-Estudio Mario Castillo Freire-Palestra, Lima, 2012, p. 115.

¹⁵⁰ STARCK, Christian. “Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N.º 9, Madrid, 2005, p. 491.

¹⁵¹ Vide SINGER, Peter. “Ética más allá de la especie”. En: *Teorema. Revista internacional de Filosofía*. Vol XVIII, N.º 3, 1999, p. 5 y ss.

¹⁵² En efecto, si la dignidad se basa en la naturaleza humana, ¿qué de malo tendría su perfeccionamiento (artificial, pero libre e informado)?

¹⁵³ Como explica Rorty, existen estrategias para trazar una raya entre los humanos “como nosotros” (que seríamos “casos paradigmáticos de humanidad”) y los otros (que son “animales con forma humanoide” o “casos fronterizos”); esta división justificaría el trato con menos respeto o abiertamente indigno al no humano pues, al no serlo, carecería de derechos humanos. Vide RORTY, Richard. “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo”. En: *Verdad y progreso. Escritos filosóficos*. Paidós, Barcelona, 2000, pp. 219-222.

Esta perspectiva vincula la noción de dignidad humana con la de autonomía moral. Así, desde esta postura se señala que la dignidad humana (o inclusive la titularidad de los derechos humanos) únicamente puede predicarse de seres racionales y moralmente autónomos. A efectos de explicar mejor esta acepción merece la pena destacar dos los aspectos de ella:

(1) La dignidad no es una característica que puede predicarse de cualquier ser, sino solo de aquellos que tienen aptitud moral, es decir, aquellos que pueden participar del “reino de los fines” en términos kantianos (que tengan personalidad moral). Esta racionalidad y carácter moral vale tanto para reconocer a un ser como digno, como para exigirle que respete la dignidad de otros seres.

(2) La personalidad moral no es exclusiva de los seres humanos. En efecto, la idea de seres con racionalidad y autonomía moral –personas con dignidad o titulares de derechos esenciales– excede a la de “ser humano”. La idea de dignidad, entonces, no se considera como algo “inherente” a la especie humana, sino como una consecuencia (idealmente) derivada de la personalidad moral.

Si bien –como habrá podido notarse– esta es la más compleja de las cuatro nociones de dignidad que vamos a desarrollar, los principales pensadores que sustentan o desarrollan el constitucionalismo contemporáneo precisamente lo hacen considerando al ser humano como un sujeto moral por ser racional, sobre la base del liberalismo kantiano y especulaciones constructivistas. Por ello mismo, vale la pena revisar lo que sobre la personalidad moral han señalado autores como I. Kant, C.S Nino y R. Alexy, vinculados a los postulados antes señalados.

Inmanuel Kant –adicionalmente a lo señalado *supra*–, consideraba que la dignidad (esto es, la condición de ser fin en sí mismo) era atribuible al ser humano no como consecuencia de su naturaleza¹⁵⁴, sino por tratarse de un sujeto racional y en consecuencia moral¹⁵⁵, ergo, con capacidad de reconocer racionalmente imperativos morales y actuar conforme a ellos.

¹⁵⁴ O derivada solo de su naturaleza: KANT, Inmanuel. *Fundamento de la metafísica de las costumbres*. Ob. cit., p. 44.

¹⁵⁵ Recordemos que para Kant la moralidad siempre tiene origen en la razón pura, independiente a toda experiencia. Cfr. *Ibíd*em, pp. 26 y 29.

En este sentido, para el filósofo de Königsberg la dignidad –y, en general, la posibilidad de reconocer imperativos– es atribuible a todo ser racional y autónomo, independientemente de si se trata de un ser humano (pero incluyendo a estos, obviamente). Por ello, una formulación del imperativo precisa que: “[e]l hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no solo como medio...”¹⁵⁶.

Siguiendo con Kant, precisamente es a partir de la razón que el ser humano es “persona” (y no una cosa¹⁵⁷) y “legislador universal” (con capacidad para obrar conforme a máximas que quisiera que todos respeten, y sometiéndose a estas¹⁵⁸). Por ello, explica Kant, decir “persona” no es idéntico a decir “ser humano”; lo importante a esos efectos no es pertenecer a la especie humana, sino tener la calidad de sujeto moral, siendo partícipe del “reino de los fines”¹⁵⁹. Como señaló nuestro filósofo, serán los seres racionales quienes participan del reino de los fines: “todos los *seres racionales* están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a los demás, *nunca como un simple medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin es sí mismo*. [D]e aquí nace un enlace sistemático de los *seres racionales* por leyes objetivas comunes: esto es, un reino que, como esas leyes se proponen referir esos seres unos a otros como fines y medios, puede llamarse muy bien *reino de los fines*”¹⁶⁰.

En suma, desde la perspectiva kantiana, la condición de ser digno está relacionada con la capacidad racional para reconocer el imperativo categórico y actuar conforme a este (obrar como si de nuestras acciones fueran a desprenderse leyes con validez universal). Estos entes moralmente autónomos no son necesariamente seres humanos. Es la personalidad moral y no una “esencia humana” la que hace a los sujetos fines en sí mismos y, por ello, sujetos con dignidad, “personas” (valiosas per se) y no cosas (con un precio intercambiable).

¹⁵⁶ Ídem, p. 47 (cursiva nuestra)

¹⁵⁷ Ídem.

¹⁵⁸ Íbidem, p. 55

¹⁵⁹ En este punto, es conveniente precisar que el imperativo categórico kantiano se formula de tres formas, habiéndonos referido a la segunda formulación en un acápite anterior. La primera y tercera formulación del imperativo categórico señalan, respectivamente, lo siguiente: “Obra sólo según una máxima tal, que puedas querer al mismo tiempo que se torne en ley universal” y “Obra como si por medio de tus máximas fueras siempre un miembro legislador en un reino universal de los fines”. A ambas presentaciones del imperativo nos referimos en este párrafo.

¹⁶⁰ Ídem, p. 53 (cursivas nuestras).

Por su parte, en similar sentido, Carlos Santiago Nino expresó que la personalidad moral (aquella que permite ser titular de derechos humanos) requiere, entre otras propiedades¹⁶¹, autoconciencia y, más aún, capacidad para adoptar decisiones y consentir las consecuencias de los propios actos¹⁶². Para nuestro pensador argentino precisamente en esto último consiste el “principio de dignidad de la persona”, uno de los fundamentos de los derechos básicos¹⁶³.

Efectivamente, para Nino el principio de dignidad básicamente estaría referido a que toda persona debe ser tratada según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento¹⁶⁴; en otras palabras, “le permite a la persona tener en cuenta decisiones o actos deliberados de individuos como una base suficientemente válida para contraer obligaciones, asumir responsabilidades o perder derechos”¹⁶⁵. Esto, bien visto, plantea un matiz al entendimiento clásico de la dignidad como prohibición de instrumentalización, sin más, al que nos referimos líneas arriba.

Al respecto, explicaba el profesor argentino, si bien la autonomía personal no debe ser instrumentalizada para beneficiar la autonomía de otros o de la comunidad, hay circunstancias en las que los individuos se colocan voluntariamente en supuestos en los que su autonomía se verá restringida a favor del resto. Es el caso, por ejemplo, de quienes cometen delitos a sabiendas de que merecerán una pena. Como señala nuestro autor “[t]ales individuos no están legitimados para sostener que están siendo utilizados como meros medios porque ellos han acordado asumir sus responsabilidades y ser castigados cuando voluntariamente cometieran un delito sabiendo que la responsabilidad es una consecuencia necesaria y normativa del acto”¹⁶⁶.

En suma, desde esta perspectiva, el respeto a la dignidad de la persona implica respetar a los individuos –como sujetos racionales y moralmente autónomos– en lo que deciden, recociendo así

¹⁶¹ Estas son: “capacidad para determinar la conducta conforme a valores y, en especial, la capacidad para elegir modelos de vida y, en segundo lugar, la capacidad para tener sensaciones placenteras y dolorosas”. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Ob. cit., p. 358.

¹⁶² *Ibidem*, p. 359.

¹⁶³ Junto con los principios de autonomía (aceptación libre de principios morales y de ideales propios de excelencia personal) y de inviolabilidad (prohibición de restringir la autonomía personal con la finalidad de incrementar la autonomía de otros).

¹⁶⁴ Sobre este principio, in extenso, ver *idem*, pp. 267-301.

¹⁶⁵ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 80.

¹⁶⁶ *Ibidem*. Ob. cit., p. 81.

su responsabilidad y atribuyéndole las consecuencias de las relaciones normativas en las que participan conscientemente¹⁶⁷.

De otra parte, en un sentido similar al desarrollado, tenemos que Robert Alexy, en un interesante ensayo en que analiza la posibilidad de que un ser no humano (androide) posea “derechos humanos”¹⁶⁸, concluye que “[e]l titular de derechos humanos es aquel que es una persona, siempre que la personalidad no esté vinculada al concepto de ser humano”.

Así, explica que lo importante para titularizar esta clase de derechos no es pertenecer a la especie humana, sino más bien tener la *calidad de persona*. De esta forma, desliga la titularidad de los derechos humanos de una dignidad o atributo *inherente a los seres humanos*, y más bien se la atribuye a las *personas*, tal como hizo Kant. Es más, el profesor de Kiel tiene indicado, precisamente explicando la fundamentación kantiana de los derechos, que: “Quien reconoce al otro como autónomo, lo reconoce como persona. Quien lo reconoce como persona, le atribuye dignidad. Quien le atribuye dignidad, reconoce sus derechos humanos”¹⁶⁹.

Volviendo al peculiar caso analizado por Alexy, este consideró que el androide en cuestión, si bien no pertenece a la raza humana, “es inteligente, siente y tiene conciencia en las tres dimensiones de la reflexividad: la cognitiva, la volitiva y la normativa”, por lo cual lo considera una persona. Y, en tal sentido, “[p]uesto que es una persona tiene derechos [humanos]”¹⁷⁰.

Finalmente, una variante de esta forma de concebir a la dignidad como autonomía personal es considerarla como autodeterminación humana¹⁷¹, en otras palabras, entendiendo al ser humano

¹⁶⁷ Y, por cierto, de similar forma a como considera Kant, para Nino la personalidad moral depende de principios morales (en su caso: inviolabilidad, autonomía y dignidad) y no de rasgos biológicos (v. gr. pertenecer a la especie humana); vide NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Ob. cit., pp. 43-47.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. “Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto dobletriádico de persona”. En: ALEXY, Robert y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Star Trek y los derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. “Derechos humanos sin metafísica”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 30, 2007, p. 244. Para este profesor alemán los derechos humanos son fundamentales a través de esta perspectiva kantiana (fundamentación explicativa) con una existencial (fundamentación existencial).

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. “Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto dobletriádico de persona”. Ob. cit., p. 99.

¹⁷¹ HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Gedisa, Barcelona, 1992, p. 96.

como “hombre libre”¹⁷². Desde esta perspectiva, bastante extendida por cierto, la dignidad humana impediría al poder público intervenir arbitrariamente en las decisiones libres de las personas¹⁷³ –y con mayor razón en aquellos ámbitos más privados e íntimos–; más bien, por el contrario, el deber del Estado es fortalecer las capacidades básicas que erijan a las personas como sujetos realmente autónomos, libres, con real capacidad de autodeterminarse¹⁷⁴.

2.4. La dignidad como aspiración política normativa, es decir, como un “deber ser” (a todo ser humano se le debe garantizar condiciones dignas de existencia).

Desde esta perspectiva, la dignidad humana no aparece como algo dado o determinado, sino se le considera una exigencia moral para toda la humanidad. Efectivamente, es un *deber ser*: algo que debe alcanzarse, una interpelación para toda la comunidad política, una *prescripción*. Como ha indicado Gregorio Peces-Barba, se trata de “un deber ser fundante que explica los fines de la ética pública política y jurídica, a servicio de ese deber ser”, en tal sentido, “la dignidad no es un rasgo o una cualidad de la persona que genera principios y derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse”¹⁷⁵. O, como señaló Norberto Bobbio, “Que los seres humanos nacen libres e iguales [en dignidad y derechos] quiere decir en realidad que *deben* ser tratados como si fuesen libres e iguales. La expresión no es la descripción de un hecho, sino la prescripción de un deber”¹⁷⁶.

Desde una perspectiva análoga, puede considerarse también que la dignidad no es algo que describa al ser humano (ni algo de él), sino es más bien algo que se le atribuye, es decir, constituye

¹⁷² Cfr. BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991, p. 44: “[L]a imagen del hombre libre se presenta como la del hombre que no debe todo al Estado porque considera siempre la organización estatal como instrumental y no como final; participa directa o indirectamente en la vida del Estado, o bien en la formación de la llamada voluntad general; tiene suficiente poder económico para satisfacer algunas exigencias fundamentales de la vida material y espiritual, sin las cuales la primera libertad está vacía, y la segunda es estéril.”

¹⁷³ Suele plantearse como moralmente justificadas las intervenciones estatales que tienen como propósito evitar el daño que uno mismo podría infligirse y que uno quisiera evitar, o aquellas que buscan promover la autonomía o para compensar una incompetencia básica; intervención que es denominada “paternalismo jurídico”. Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. N.º 5, 1988, y ALEMANY GARCÍA, Macario. “El concepto y la justificación del paternalismo”. En: *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*. N.º 28, 2005.

¹⁷⁴ Cfr. SOSA SACIO, Juan Manuel. “Derecho al libre desarrollo y al bienestar” (comentario al artículo 2.1). En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, pp. 85-86.

¹⁷⁵ PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Ob. cit., pp. 68.

¹⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991, p. 61.

una *adscripción*. Al respecto, sostiene Garzón Valdés: “Decir que todo ser humano posee dignidad no es, desde luego, lo mismo que decir, por ejemplo, que todo ser humano posee un determinado número de cromosomas. El concepto de dignidad humana tiene un carácter *adsriptivo*. Expresa una evaluación positiva, en este caso moral (...) Adscribirle dignidad al ser humano viviente es algo así como colocarle una etiqueta de valor no negociable, irrenunciable, ineliminable e inviolable, que veda todo intento de auto o heterodeshumanización”¹⁷⁷.

Así, no se considera necesario encontrar un concepto primero o inmanente sobre la dignidad humana, correspondiente a una supuesta “esencia” o “naturaleza” humana. Se descarta, con ello, un posible carácter descriptivo de la dignidad humana, y más bien se le considera un concepto prescriptivo e inclusive adsriptivo. En cualquier caso, lo importante es reconocer su valor así como las exigencias que de tal noción se desprende.

Esta idea de dignidad, asimismo, aparece como exigente de derechos y su realización. En efecto, si bien el término dignidad humana suele utilizarse sobre todo en los discursos moral y político, “es difícil referirse a ella, sin hacer alusión precisamente a los derechos”, en tal sentido, “aunque es posible llevar a cabo una construcción de la dignidad humana ajena a lo jurídico, su inclusión en ese ámbito exige el reconocimiento de derechos”¹⁷⁸. Desde esta perspectiva, además, puede entenderse que la dignidad humana no solo proscribiera todo trato arbitrario para las personas –que era la tendencia general de las concepciones anteriores–, sino incluso constituye una garantía de existencia material, lo que implica la actuación positiva del Estado para procurar, por ejemplo, un “mínimo existencial”¹⁷⁹. Así, entendida como exigencia, una correcta interpretación del principio de dignidad no puede ser meramente abstencionista o liberal-individualista¹⁸⁰.

¹⁷⁷ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”. Ob. cit., p. 260. Ahora bien, Ernesto Garzón en su texto plantea consideraciones que le ubicarían en otra de las nociones que venimos explicando, por ejemplo al hacer recaer la dignidad únicamente en “todo ser que pertenezca a la especie humana”, con lo cual incurriría en cierto especismo (al que nos referimos antes).

¹⁷⁸ DE ASÍS, Rafael. *Escritos sobre derechos humanos*. ARA, Lima, 2005, p. 71.

¹⁷⁹ BENDA, Ernesto. Ob. cit., p. 126. En tal sentido, a partir del postulado de dignidad humana, “quienquiera que por causas ajenas a su voluntad caiga en situación de necesidad posee un derecho público subjetivo a asistencia” (Ídem).

¹⁸⁰ Aunque tampoco colectivista, sino que debe buscarse puntos intermedios, superando el conflicto individuo-comunidad. Cfr. Ibídem, p. 120. En este sentido, desde la teoría institucional, cfr. LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona” En: *Cuestiones Constitucionales*. N.º 7, México, 2002, p. 112 y ss.

Finalmente, se atribuye a la dignidad humana un valor heurístico: precisamente, la idea de dignidad humana suele aparecer y tener sentido como reacción ante situaciones sumamente indignantes, en las que el daño y humillación a las personas (a su dignidad), es manifiesto. Benda explicó sobre esto que: “El método para cobrar conciencia de y prevenir las nuevas amenazas que se ciernen sobre la dignidad no es dogmático sino heurístico. Es el método de la *heurística del temor* recomendado por Jonas para comprender la dignidad humana: *Necesitamos que se vea amenazada la Humanidad para, en medio del temor, hacer nuestra una auténtica imagen del hombre*”¹⁸¹. En efecto, la dignidad concebida como aspiración normativa, como “deber ser” es más clara –mejor aun, es del todo clara– ante situaciones indignantes. La dignidad, así vista, surge de la indignación¹⁸².

En igual sentido, ha explicado Jürgen Habermas:

“[L]a experiencia de violaciones a la dignidad humana [ha] desempeñado en muchos casos, y pueda desempeñar aún, una función creativa: ya sea ante las insostenibles condiciones de vida y la marginación de las clases sociales empobrecidas; o ante el trato desigual a hombres y mujeres en el lugar de trabajo, o la discriminación de extranjeros y minorías raciales, religiosas, lingüísticas o culturales; o también ante la terrible experiencia de mujeres jóvenes provenientes de familias inmigrantes que tienen que liberarse ellas mismas de la violencia de códigos de honor tradicionales; o, por último, ante la brutal expulsión de inmigrantes ilegales y solicitantes de asilo. A la luz de tales retos históricos específicos, diferentes aspectos del significado de la dignidad humana surgen desde la plétora de experiencias de lo que significa ser humillado y herido profundamente. Los aspectos de la dignidad humana especificados y actualizados de esta manera podrían conducir tanto al agotamiento más acentuado de los derechos civiles existentes, como al descubrimiento y construcción de nuevos derechos. A través de este proceso, la intuición subyacente de la humillación labra su camino antes que nada en la conciencia de los individuos maltratados y, después, en los textos legales donde encuentra su articulación y elaboración conceptual”¹⁸³.

¹⁸¹ BENDA, Ernesto. Ob. cit., p. 136, quien cita el principio esperanza.

¹⁸² Cfr. HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., pp. 6 y 8; DENNINGER, Erhard. “Derechos humanos, dignidad humana y soberanía estatal”. En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 5, N.º 9, Madrid, 2000, pp. 285-286; BENDA, Ernesto. Ob. cit., p. 124; cfr. SALDAÑA, Javier. Ob. cit., pp. 57-58.

¹⁸³ Cfr. HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., p. 8.

3. Delimitación y alcances de la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos y fundamentales

Estas concepciones de dignidad expuestas sustentan –aunque de distinta forma– a los derechos humanos y fundamentales. Efectivamente, en la mayoría de casos la dignidad humana implica afirmar que las personas tienen un valor intrínseco, altísimo e insuperable, o cuando menos atribuible a todo ser humano, todo lo cual parece inmanente a la idea de derechos humanos o fundamentales¹⁸⁴. Con respecto a los derechos humanos o fundamentales, la atribución o reconocimiento de estos derechos suele basarse en la afirmación (por lo general, incuestionable) de que toda persona “tiene una dignidad”, es decir, un valor irredimible y superior. En este contexto, la dignidad humana (y por ende los derechos) se erige como límite infranqueable frente al Estado, a los poderes privados y a todo particular.

Pero la dignidad no solo se entiende como límite: implica también que el poder público tiene como razón de ser la persona a la persona y su dignidad intrínseca, que el poder político siempre “debe ejercerse al servicio del ser humano”¹⁸⁵. En el mismo sentido, se entiende que el Estado y la sociedad están al servicio de la persona humana y no al revés; que los seres humanos son sujetos de derechos (humanos y fundamentales) y no objetos del Derecho al servicio del Estado¹⁸⁶. Incluso contemporáneamente se considera a la dignidad humana (al igual que a los derechos humanos o fundamentales) como elemento central e indispensable en la idea de sociedad justa y bien ordenada¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Idea que dejamos destacada al final del Capítulo I.

¹⁸⁵ NIKKEN, Pedro. *El concepto de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994, p. 15.

¹⁸⁶ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Ob. cit., p. 171; LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona” Ob. cit., p. 129. Bertolino señala que en el Estado Constitucional actual la dignidad humana se ha convertido en una *Staatsfundamentalnorm*: “Los derechos humanos ya no son límite, sino medida del Estado, constituyen por tanto la ‘ética y la antropología del Estado de derecho’, la categoría básica del Estado constitucional moderno”: BERTOLINO, Rinaldo. “La cultura moderna de los derechos y la dignidad del hombre”. En: *Derechos y libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*. Año 4, N.º 7, 1999, p. 139.

¹⁸⁷ Cfr. GARZÓN, Ernesto. Ob. cit., pp. 273-274; PECES-BARBA, Gregorio. Ob. cit., pp. 66-67; NUSSBAUM, Martha. *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Paidós, Barcelona, 2012, p. 95.

Haciendo una primera aproximación, básicamente descriptiva, es claro que existe un estrecho entre las nociones de dignidad humana y los derechos humanos o fundamentales, en tanto que ambos son conceptos que encarnan o simbolizan de similar modo el valor de la persona para el constitucionalismo. Ahora bien, como explicamos antes, no siempre fue necesario establecer una relación de dependencia o causalidad entre ellas, como parece ocurrir contemporáneamente¹⁸⁸. Siendo así, resulta necesario señalar cómo se vinculan estas nociones (dignidad humana y derechos humanos o fundamentales), es decir, qué tipo de relación o relaciones existen entre ellas.

Consideramos que a nivel de fundamentación, que es al que corresponde referirnos, puede plantearse diversas formas en que los derechos humanos y fundamentales se sustentan en la dignidad humana. Tras analizar los principales discursos al respecto, tenemos que (1) la dignidad puede aparecer como un *prius* metafísico, moral o conceptual para el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales (la dignidad humana antecede y es presupuesto de los derechos); que (2) se le puede concebir a la dignidad como el sustrato axiológico de los derechos humanos y fundamentales (la dignidad es un valor que está en la base de todo derecho); y, finalmente, que (3) los derechos pueden ser entendidos como manifestaciones o concreciones de la dignidad humana (todo derecho básico puede entenderse como dignidad concretizada)¹⁸⁹.

Desde la primera perspectiva –la dignidad como *prius* moral o conceptual de los derechos–, se entiende que los derechos humanos y fundamentales se justifican por la existencia de la dignidad humana, y en tal sentido requieren (moral o conceptualmente) de su previo reconocimiento o aceptación¹⁹⁰. Sea que se la conciba como un nómeno kantiano, una gracia de Dios o derivación de un Absoluto, o un mandato moral o razón para actuar, desde esta perspectiva se entiende que

¹⁸⁸ En efecto, al inicio de este capítulo señalamos que la noción de dignidad humana –como rango o valía del hombre– es bastante antigua e independiente de la idea, más bien moderna, de derechos superiores.

¹⁸⁹ Desde luego, estas formas de entender la fundamentación de los derechos basada en la dignidad aparecen relacionadas o superpuestas, por lo que la taxonomía que presentaremos es básicamente expositiva.

¹⁹⁰ Es más, se señala que la fundamentación de los derechos depende de que la dignidad pueda ser fundamentada. Cfr. SERNA, Pedro. "La dignidad de la persona como principio del Derecho Público". En: *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 2, N.º 4, 1995, pp. 294-295 "los derechos humanos se fundan en la dignidad, o carecen por completo de fundamento alguno (...) Ello equivale a decir que la suerte de los derechos, desde el punto de vista ético-axiológico, correrá paralela a la suerte de la dignidad. Si ésta puede fundamentarse, se habrá logrado una justificación para la obligatoriedad de los derechos; si, por el contrario, no cabe encontrar fundamento sólido a la dignidad, los derechos sólo podrán reivindicarse por motivos no precisamente universalizables".

los derechos solo se explican como reflejo del valor especial del ser humano representado o encarnado en su dignidad. La dignidad, así considerado, es razón necesaria para la existencia de los derechos.

Así considerado, la dignidad humana aparece básicamente como una exigencia moral inicial, prejurídica y prepolítica¹⁹¹, cuya presencia en el ámbito jurídico exige el reconocimiento y respeto de derechos¹⁹². Es más, no solo se entiende que *la dignidad humana exige derechos*, sino, al mismo tiempo, se considera que *la existencia de estos derechos constituye una garantía para el respeto de la dignidad humana*. De este modo, “[c]uando estos derechos [humanos o fundamentales] tienen vigencia, queda bloqueada la posibilidad de tratar a una persona como medio”¹⁹³.

Adicionalmente, la dignidad puede concebirse como el *sustrato moral* de los derechos humanos y fundamentales; en tal sentido, se le concibe como el núcleo o base sustantiva de todos los derechos humanos o fundamentales, su “referencia axiológica básica”, la “dimensión moral que les da sentido”¹⁹⁴. Como ha señalado Pérez Luño, la dignidad humana sería del “valor básico (*Grundwert*) fundamentador de los derechos humanos”; es más, esta “ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona”¹⁹⁵. De esta forma, expresado figurativamente, a todo derecho le subyacería un núcleo (sustancia, espíritu) conformado por la dignidad humana¹⁹⁶.

Vinculado con lo anterior, y desde una tercera posición, se considera a los derechos *como manifestaciones o concreciones* de la dignidad humana. Como señaló Benda, “[c]omún a todos los

¹⁹¹ PECES-BARBA, Gregorio. Ob. cit., p. 67. Es decir, no se le entiende como un concepto jurídico operativo, con un contenido específico o concreto que pueda ser directamente aplicado, como sería el caso del “principio de dignidad” o “derecho a la dignidad”.

¹⁹² Cfr. DE ASÍS, Rafael. *Escritos sobre derechos humanos*. ARA, Lima, 2005, p. 71: “aunque es posible llevar a cabo una construcción de la dignidad humana ajena a lo jurídico, su inclusión en ese ámbito exige el reconocimiento de derechos”. Así, la persona hoy encuentra en la dignidad “el fundamento de su derecho a tener derechos”, vide BERTOLINO, Rinaldo. Ob. cit., p. 135.

¹⁹³ GARZÓN, Ernesto. Ob. cit., p. 273.

¹⁹⁴ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco. “Derechos fundamentales y dignidad humana” (*working paper*). Papeles el tiempo de los derechos, N.º 10, 2011, p. 4.

¹⁹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos”. En: MUGUERZA, Javier et al. *El fundamento de los derechos humanos*. Debate, Madrid, p., 1989, pp. 280-281.

¹⁹⁶ En este sentido, se ha señalado inclusive que es posible establecer una relación entre dignidad y el “contenido esencial” de los derechos: BENDA, Ernesto. Ob. cit., pp. 122-123.

derechos fundamentales es que parezcan necesarios para la dignidad de la persona”, los cuales “[s]on porciones autónomas derivadas de la dignidad humana”¹⁹⁷. Desde similar perspectiva, a decir de Fernández Segado, “de la dignidad de la persona dimanar unas exigencias mínimas en el ámbito de cada derecho particular”, constituyendo “un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar” y siendo, asimismo, la “fuente de todos los derechos”¹⁹⁸. Por su parte, de modo elocuente, Landa Arroyo se ha referido a la dignidad humana como “una dinamo de los derechos fundamentales”¹⁹⁹.

Ahora bien, lo anotado da cuenta de cómo suele explicarse que la dignidad sustenta a los derechos humanos y fundamentales; sin embargo, la relación también puede expresarse en sentido inverso. Nos explicamos: bien vista, la actual vigencia de dignidad humana es posible en tanto fundamenta a los derechos humanos y fundamentales. En efecto, no de pronto se ha puesto de relieve la “dignidad inherente” a cada persona. La dignidad contemporánea ha surgido en un contexto concreto, con la finalidad de dar sentido y dotar de contenido al personalismo (la persona como elemento central y fundamental), y de justificar (moral, jurídica, políticamente) a los derechos humanos y fundamentales.

Como hemos explicado, si bien la dignidad humana no es una noción nueva, no puede obviarse que esta relación es totalmente diferente a partir de la posguerra²⁰⁰, marco en el que se inscribe esta tesis. Así, además de lo señalado sobre las concepciones de dignidad humana y sobre cómo estas sustentan a los derechos humanos y fundamentales, no podemos dejar de mencionar que, más allá de su pretensión de revelar (o describir) una supuesta esencia o naturaleza del ser humano, también es (o incluso es ante todo) una noción que ha sido funcional a la realidad y el

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 122. Cfr. VON MÜNCH, Ingo. Ob. cit., p. 15; este autor alude a la idea de los derechos fundamentales como manifestación de “un ‘núcleo de existencia humana’ derivado de la dignidad de la persona humana”, aunque precisa que esto plantea diversos problemas en el plano jurídico (sobre esto, vide además: VON MÜNCH, Ingo. “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional alemán”. En: *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Nueva época, N.º 9, Madrid, 2009, pp. 119-120).

¹⁹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando. “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico”. En: *Estudios jurídico-constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2000, pp. 24 y 25.

¹⁹⁹ LANDA ARROYO, César. “Dignidad de la persona” Ob. cit., p. 112.

²⁰⁰ POLLMANN, Arnd. “Derechos humanos y dignidad humana” En: *Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias de actualidad*. Félix Reátegui (coordinador), Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, Colección Documentos de Trabajo - Serie Justicia Global N.º 1, Lima, 2008, pp. 21-22; HABERMAS, Jürgen. Ob. cit., pp. 5-6.

reforzamiento de los derechos humanos y fundamentales. En cierta medida es una noción ad hoc, digamos, *á lá carte*.

Atendiendo a lo anotado en este y en el anterior acápite, se constata que la dignidad humana fundamenta de diversa forma a los derechos fundamentales y humanos, pero sin que podamos ponernos de acuerdo en su contenido específico. Es más, la dignidad aparece como un cajón de sastre, que puede contener y fundamentar cuestiones muy distintas²⁰¹. En el mismo sentido, se constata que casi cualquier derecho esencial puede vincularse a este fundamento –desde la vida hasta el derecho de los consumidores y usuarios²⁰²–. Siendo así, parece tan inevitable como conveniente que la dignidad sea una especie de un “cajón de sastre”.

En el sentido expuesto, el carácter anfibológico de la dignidad humana tal vez no sea necesariamente negativo. Por el contrario, parece que su éxito como fundamento de los derechos no depende de que tenga un significado o contenido específico, sino más bien de su ambigüedad o polisemia; es decir: de que pueda ser entendida, aceptada y defendida por todos, aunque atendiendo a motivos distintos, sin que sea necesario ponernos de acuerdo sobre su contenido²⁰³.

Siendo así, la dignidad puede hacer las veces de “consenso traslapado” (*overlapping consensus*)²⁰⁴ o, mejor aún, de un “acuerdo carente de una teoría completa”²⁰⁵, que permite encontrar

²⁰¹ Incluso se elucubra recientemente, acerca de si es posible referirnos a una “dignidad de la naturaleza” o a una “dignidad de las comunidades”, “los pueblos”, “las naciones”. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia (2009) hace referencia a “la dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades” y la de Ecuador (2008) se refiere a “la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”.

²⁰² Por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional ha otorgado rango y tutela iusfundamental –como expresiones del libre desarrollo de la personalidad– a las libertades para fumar, para pintar nuestras casas de un determinado color, para divertirnos y realizar actividades de esparcimiento (derecho al “jolgorio, esparcimiento y diversión”), etc. Cfr. SOSA SACIO, Juan Manuel. *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pp. 78-81.

²⁰³ Jacques Maritain, señala que siendo indispensables las justificaciones racionales, las personas somos incapaces de ponernos de acuerdo en ellas. Cuenta, además, la siguiente esclarecedora anécdota: “Durante una de las reuniones de la Comisión nacional francesa de la UNESCO en que se discutía sobre los Derechos del Hombre, alguien manifestó su extrañeza al ver que ciertos defensores de ideologías violentamente opuestas se habían puesto de acuerdo para redactar una lista de derechos. ‘Claro – replicaron ellos – estamos de acuerdo en esos derechos a condición de que no se nos pregunte por qué’. Es con el ‘porqué’ con lo que la discusión comienza” MARITAIN, Jacques. *El hombre y el Estado*. Traducción de Juan Miguel Palacios, Segunda edición, Encuentro, Madrid, 2002, pp. 24. La dignidad humana, precisamente, constituye una noción aceptada universalmente, siempre que no empecemos a preguntarnos “porqué”.

²⁰⁴ RAWLS, John. *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 14 y ss.

coincidencias entre posturas distintas y tomar acuerdos importantes, sin que exista plena coincidencia en los fundamentos. Ahora bien, desde una perspectiva menos optimista, también se le podría considerar una forma de “concepto Tû-Tû”²⁰⁶; es decir, una palabra sin significado específico, una especie de circunlocución para expresar la relación entre los derechos y sus fundamentos²⁰⁷ (eslabón interpuesto que, finalmente, sería innecesario, pues la vinculación entre fundamento y derechos podría realizarse directamente o apelando a nociones con contenidos menos polivalentes²⁰⁸).

Constatando que la dignidad puede tener significados muy distintos, que puede fundamentar en distinto sentido a los derechos básicos, y que estas ambigüedades permiten llegar a consensos relevantes –cuando menos formales– sobre algunos derechos que merecen protección, lo que sigue es evaluar desde una perspectiva crítica el rol de la dignidad humana como fundamento de los derechos esenciales.

4. Crítica a la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos y fundamentales

A efectos de poder realizar un análisis sobre la pertinencia o no de una fundamentación, es necesario precisar qué es fundamentar y cuándo existe una buena fundamentación. Al respecto, la expresión “fundamento” (*fundamentum*) alude a la base, origen o cimiento de algo. En relación con conceptos o ideas, podemos afirmar que sus fundamentos son aquellas razones o motivos que los sustentan, aseguran y afianzan.

²⁰⁵ SUNSTEIN, Cass R. “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”. En: *Precedente 2006*. Anuario Jurídico, Universidad de ICESI, Colombia, 2006, p. 32 y ss.

²⁰⁶ Alude a una referencia que hace Alf Ross en su conocida obra *Tû-Tû*, precisamente sobre la palabra “tû-tû” utilizada por la tribu Aisat-naf (ubicada en las islas Noisuli, en el Pacífico Sur). Conforme expone, esta expresión tiene una carga mágica o mística, y si bien no tiene ningún significado preciso, se la entiende en un contexto determinado, siendo una especie de eslabón entre unos hechos jurídicos y sus consecuencias jurídicas. Un concepto “tû-tû” es valioso como “técnica de presentación”, al simplificar de estructuras jurídicas que tienden a complejizarse (ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 32) Con esta referencia, Ross buscaba explicar que la expresión “derecho subjetivo” no significa nada en concreto, si bien es una expresión de utilidad. Cfr., ATIENZA, Manuel. “A propósito de la dignidad humana”. En: *Ius et veritas*. Año 18, N.º 36, Lima, 2008, p. 464.

²⁰⁷ Cfr. ROSS, Alf. Ob. cit., p. 24.

²⁰⁸ Como, en efecto, hacen diversos autores cuando fundamentan los derechos sin apelar a la noción de dignidad humana.

Al respecto, si bien es claro que un concepto o noción puede concebirse sin que sea necesario ofrecer razones que la sustenten, sin embargo, en tal caso podríamos estar ante un concepto o idea endeble e inestable, asunto que sería especialmente relevante con respecto a nociones polémicas y significativas (como es el caso de los derechos humanos o fundamentales), frente a las cuales parece ser necesario contar con (buenos, suficientes) argumentos a favor de la noción.

Ahora bien, ya que puede haber más de un fundamento para una misma noción, parece necesario evaluar si los fundamentos disponibles sirven del mismo modo o son igualmente valiosos. Al respecto, si el propósito de los fundamentos es sustentar y dar seguridad al concepto o noción de que se trate, es claro que serán mejores fundamentos aquellos que logren esto con más éxito, es decir, aquellos más firmes, sólidos o estables.

Con lo anotado, el fundamento de los derechos y humanos fundamentales deberá hacer referencia a razones que sostengan o justifiquen adecuadamente su existencia y eficacia. En el orden de ideas expuesto, un fundamento adecuado será aquel que correspondiente con razones suficientes y más sólidas a favor de los derechos y, entre estos fundamentos, mejores serán los sustentados en razones más evidentes, con una base más objetiva, o que sean universalizables.

Ahora bien, como es conocido, se han ofrecido distintos fundamentos para los derechos humanos y fundamentales: filosóficos, morales, metafísicos, históricos, políticos, etc. Hemos explicado que, por excelencia, la fundamentación de los derechos alude a la dignidad humana, de índole especialmente moral y metafísica, conforme a lo explicado. Sin embargo, esta no es la única posibilidad de fundamentación; de hecho, diversos autores hacen referencia –además de a la dignidad humana– a diversos valores o principios sustantivos, tales como la igualdad, la libertad, la solidaridad, etc.

En el contexto señalado, ¿resulta, entonces, la dignidad humana un buen fundamento para los derechos esenciales? Ya hemos señalado las ventajas del carácter ambiguo o impreciso de la dignidad (esta noción permite acoger argumentos muy distintos y hasta incompatibles entre sí); sin embargo, no hemos discutido aun si, con ello, la dignidad humana constituye una fundamentación adecuada u óptima, esto es, una razón robusta, sólida y firme para sustentar el concepto de derechos humanos o fundamentales.

De inicio, sin referirnos todavía a su contenido, diversos autores han señalado que la dignidad humana es una noción utilizada de modo desproporcionado, siendo materia de atención de diversas disciplinas (especulativas o científicas) e incluso en los discursos políticos y el lenguaje cotidiano²⁰⁹, uso excesivo que vendría banalizando y desgastando el concepto. Esto coadyuva a que su significación se esté tornando más imprecisa, corriendo el peligro de significar nada o casi nada²¹⁰. Como señala al respecto Garzón Valdés, “se ha producido una verdadera inflación de un término de fácil invocación pero difícil precisión conceptual”²¹¹.

Pero no es su uso excesivo, sino su contenido impreciso o polivalente lo que puede ser considerado su primera falencia como fundamento firme y adecuado de los derechos básicos. En efecto, al tratarse de un concepto indeterminado y abierto, es muy susceptible de ser llenado de manera subjetiva y hasta arbitraria, quedando expuesto a los vaivenes de la diversidad cultural, e incluso generándose diversas perversiones de carácter práctico: por ejemplo, se produce una inflación en las expectativas sobre los derechos y no puede distinguirse bien lo urgente dentro de lo importante.

Como hemos indicado, la dignidad humana, debido a su apertura semántica –y uso extendido– tiende a ser interpretada de modo subjetivo y antojadizo. Como ha explicado Hoerster, el asunto central es que aplicar el principio de dignidad presupone realizar juicios de valor moral, pero para ello faltan criterios intersubjetivamente aceptados²¹², lo que puede hacer de la dignidad un concepto casi vacío, mero “vehículo de una decisión moral”²¹³. En efecto, cuando se apela a la

²⁰⁹ Cfr. VON MÜNCH, Ingo. “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”. Ob. cit., pp. 12-14.

²¹⁰ OTERO PARGA, Milagros. Dignidad y solidaridad. Dos derechos fundamentales. Porrúa-Universidad Panamericana. México D.F., 2006, pp. 23-24.

²¹¹ GARZÓN, Ernesto. Ob. cit., p. 234. Explica: “en el lenguaje político cotidiano es frecuente la apelación a la inviolabilidad de la dignidad humana como argumento decisivo para hacer vales demandas y justificar decisiones que caen dentro de un amplísimo espectro que va desde lo trivial –según el presidente de la Federación de Sindicatos Alemanes, la vida de millones de obreros que solo pueden darse el lujo de comer tallarines es un claro ejemplo de violación del principio de dignidad humana– hasta lo moralmente relevante, como cuando se sostiene que la tortura constituye una grave violación de la dignidad humana”.

²¹² HOERSTER, Norbert. Ob. cit., pp. 96-98.

²¹³ *Ibíd*em, p. 102; Hoerster señala que con su trabajo buscaba “poner de manifiesto cuán vacía es necesariamente el principio de dignidad humana: no es nada más y nada menos que el vehículo de una decisión moral sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de fórmulas posibles de la limitación de la autodeterminación individual”. Valga precisar que Hoerster entiende a la dignidad como protección de formas legítimas de autodeterminación humana (*Ídem*, p. 96).

dignidad cada quien puede asignar valores, y no parece ser posible ponernos de acuerdo en términos científicos o cuando menos racionales sobre ello²¹⁴.

En el mejor de los casos, constatando que “diferentes personas explicitan el concepto de dignidad humana por medio de diferentes conjuntos de condiciones”, y que estos “divergen en algunos puntos y coinciden en otros”, tenemos que sería posible “hablar de un concepto unitario y de diferentes concepciones de dignidad humana”²¹⁵. Sin embargo, bien visto, con lo anterior se tiene un fundamento a medias: fundamento cierto en la parte coincidente, pero discrepancia (más o menos profunda) en todo lo demás.

Desde luego, puede considerarse que la señalada deficiencia podría ser superada si se elige una sola de las concepciones disponibles sobre dignidad humana; por ejemplo: la mejor sustentada, la más evidente, la correcta, etc. El problema de esto es que, por lo general, los planteamientos sobre el contenido de dignidad son inconmensurables entre sí, ya que hacen referencia a diferentes doctrinas morales comprensivas o apelan a significados desvinculados entre sí; por ello, sería prácticamente imposible inclinarse hacia una noción sin adelantar opinión al momento de elegir el parámetro según el cual una de las nociones resulta más pertinente.

Si bien la imprecisión y el contenido multívoco de la dignidad humana representan un primer problema como un fundamento robusto para los derechos, no es este el principal. Más dificultades acarrea que a la dignidad se le atribuya generalmente características u orígenes de raíces metafísicas o morales, varias de estas basadas en ontologías que apelan a una supuesta esencia o naturaleza humana (y a su relación con una divinidad o un Absoluto no corroborable). De esto, resulta que muchas nociones de dignidad humana pueden parecer de una solidez evidente e incontestable, pero solo para quienes comparten un mismo significado (metafísico) sobre ella, y generalmente no para los demás²¹⁶.

²¹⁴ Cfr. Ídem, p. 99.

²¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008, p. 312.

²¹⁶ Con lo cual, en algunos casos la dignidad humana, antes que ser un concepto que permita incluir o armonizar diversas perspectivas, puede constituir una noción que propicia exclusiones e intolerancia frente a concepciones distintas.

Con respecto a las concepciones metafísicas sobre la dignidad, es claro que no se ha podido demostrar, pese a los diversos intentos, que exista una concepción verdadera, certera y universalizable de dignidad humana (o de derechos esenciales) a través de principios morales trascendentes, la pura y recta razón, o invocando presupuestos ideales de la comunicación. Por el contrario, la perspectiva metafísica ha generado respuestas diversas y diferentes entre sí, que creen tener razón todas ellas respecto al origen o fundamento de la dignidad, pero cuyos argumentos no pueden (ni podrán) ser contrastados con algún dato de la realidad.

Ahora bien, cada una de las perspectivas trascendentes (metafísicas, ontologistas, fundacionalistas, constructivistas) consideran que están en lo cierto. A efectos de lo que sostenemos en esta investigación, no será necesario poner sus argumentos en discusión²¹⁷: sucede que el hecho de que sea imposible ponernos de acuerdo sobre un significado (único o mejor) de dignidad humana, y el que la adopción de una postura implique descartar la racionalidad o pertinencia de las otras –más aun, partiendo de ejercicios de racionalidad o de fe incontrastables– definitivamente le resta peso a la dignidad como fundamento robusto y universalizable. Con lo anotado, la dignidad humana sin duda es un fundamento notable; pero, al poder significar cosas diametralmente opuestas, que además no pueden ser validadas, no parece ser el mejor de los fundamentos posibles.

Como si no fuera suficiente lo anotado, es necesario precisar que no solo existe diferencias en las concepciones existentes, sino que la dignidad humana también ha sido y es entendida de diversos modos, dependiendo de la cultura y del ambiente político en que se desenvuelve. Esto, si bien puede ser entendido como una ventaja –en el sentido ya explicado– no parece consolidarlo como fundamento firme y generalizable para los derechos. Diversos autores se han referido a esta realidad. Por ejemplo, Peter Häberle ha precisado con razón que, al referirnos a los conceptos sobre dignidad humana no puede obviarse la cultura de cada comunidad política, pero al mismo tiempo estas no pueden ser consideradas de manera absoluta; con lo cual, “[l]a dignidad humana posee una determinación cultural relativa; se halla en un contexto cultural, pero se inclina a tener rasgos universales”²¹⁸.

²¹⁷ En efecto, esta no es ocasión para criticar u objetar cada una de las concepciones de dignidad; sino, más bien, el uso en general de esta expresión como un buen o el mejor fundamento para los derechos humanos y fundamentales.

²¹⁸ HÄBERLE, Peter. Ob. cit., pp. 21-22.

Incluso más, las diferencias culturales que inciden en la noción de dignidad no solo pueden ser entendidas en sentido histórico (diacrónico, constanding que el significado la dignidad ha variado en el devenir del tiempo), sino actual (sincrónico): hoy mismo en diversas partes del mundo conviven visiones distintas y hasta opuestas sobre la dignidad humana, que generan en los Estados formas diferentes de entender la relación entre libertad humana y poder, entre individuo y comunidad, entre lo público y lo privado²¹⁹.

Inclusive, se ha llegado a explicar que es más fácil coincidir con respecto a la noción de derechos humanos (al constar en las declaraciones) que a la de dignidad. En efecto, Donnelly ha señalado que, mientras los derechos humanos serían aquellos “iguales e inalienables, que cada persona posee en virtud de que es un ser humano”, las concepciones sobre dignidad humana, por su parte, más bien expresan diferentes modos de entender la naturaleza y valores morales de la persona y sus relaciones con la sociedad; en tal sentido “[l]as concepciones acerca de [la dignidad] presentan grandes variaciones de una sociedad a otra, y tales variaciones son, en su mayoría, incompatibles con los valores de igualdad y autonomía que están implicados en los derechos humanos”²²⁰.

Siendo así, la dignidad humana presenta debilidades manifiestas como fundamento sólido para los derechos, pero sin que ello descarte su enorme valor y trascendencia (política, histórica, jurídica). Ahora bien, nosotros postulamos que otra noción puede ser útil a efectos de fundamentar los derechos humanos y fundamentales: la de “necesidades básicas”. Precisamente, en el siguiente capítulo vamos a explicar y defender que la satisfacción de las necesidades humanas básicas brinda razones sólidas a favor de los derechos.

²¹⁹ Por ejemplo, ha señalado Bobbio sobre lo iusfundamental: “... no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza. Aquello que parece fundamental en una época histórica y en una civilización determinada, no es fundamental en otra época y en otra cultura.” BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 57. Al respecto, en efecto, Gonzáles Pérez por ejemplo da cuenta de la alusión a la voz “dignidad” en constituciones con contenidos disímiles, entre ellas la islámica de Irán (1979) y la socialista de Cuba (1976) GONZÁLES PÉREZ, Jesús. Ob. cit., pp. 62 y ss. A estas, debería agregarse las referencias (atípicas) de algunas constituciones del denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, a las que ya nos hemos referido.

²²⁰ DONNELLY, Jack. *Derechos humanos universales*. Gernika, México D. F., 1994, pp. 103-104. Desde esta perspectiva, considera que solo regímenes liberales (y no totalitarios, como los socialistas o nazis) tienen una visión de dignidad humana realmente compatible con los derechos humanos (HOWARD, Rhoda y DONNELLY, Jack. “Dignidad humana, derechos humanos y regímenes políticos”. En: DONNELLY, Jack. *Derechos humanos universales*. Ob. cit., p. 133).



Capítulo III:**LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES BÁSICAS COMO FUNDAMENTO PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES****1. Más allá de la fundamentación de los derechos basada en la dignidad humana**

Como señalamos en el capítulo anterior, existen argumentos fuertes para cuestionar que la fundamentación de los derechos humanos se sustente en la noción de dignidad humana. Indicamos que la dignidad tiene un carácter indeterminado o polisémico, que diversas culturas la han entendido de forma muy diversa y, sobre todo, que esa noción suele ser presentada como arraigada en consideraciones metafísicas, incontestables e incontrastables.

También explicamos que un buen fundamento para los derechos debe basarse en razones que sustenten su existencia y aseguren su vigencia o eficacia; siendo, de esta forma, mejores fundamentos aquellos que remitan a razones que sean más evidentes, corroborables o generalizables, frente a otras no verificables, subjetivas o totalmente controvertidas. En este capítulo, sostendremos que de la noción “necesidades básicas” puede extraerse poderosas razones –mejores que las que provienen de la dignidad humana– que justifican la necesidad, pertinencia o utilidad de que un conjunto de derechos (humanos, fundamentales) existan y sean garantizados.

Ahora bien, no obstante lo señalado, no es nuestra intención negar que los derechos puedan ser justificados desde la dignidad humana. Por el contrario, es incuestionable que la dignidad humana, a pesar de sus limitaciones, ha jugado (y juega) un rol simbólico fundamental, el cual definitivamente no puede soslayarse. Nuestro propósito es otro: ofrecer una fundamentación de los derechos desprovista de ontología (atendiendo a una supuesta esencia o naturaleza humana), metafísica (desde nociones ajenas a la experiencia o la realidad), o ejercicios constructivistas (a través de armatostes discursivos, especulativos, hiperracionales). Al respecto, consideramos que las discusiones sobre lo fundamental en una comunidad política gana mucho si somos capaces de ir más allá del lenguaje metafísico, ontologista o constructivista –basados en argumentos

indemostrables, impermeables, no transables—, y más bien partimos de motivaciones o razones morales diferentes –por ejemplo, de carácter pragmático y político–.

Precisado esto, debemos indicar que no es posible buscar un supuesto mejor fundamento para los derechos si no resolvemos antes si, precisamente, tal fundamentación de los derechos humanos o fundamentales es posible (o cuando menos pertinente) y, claro está, si cabe una fundamentación de estos derechos que no sea metafísica (u ontológica).

Ambos asuntos, que podrían parecer puramente especulativos o inconducentes, en realidad resultan de total pertinencia y vigencia, siendo una de las principales preocupaciones de iusfilósofos y filósofos contemporáneos. En efecto, la filosofía actual viene poniendo mucho énfasis en discutir acerca de si es posible fundamentar los derechos humanos o fundamentales y, más aún, si la moral o la ética pueden fundarse en asuntos seculares, esto es, sin remitir a ninguna forma de metafísica o a esencialismos.

Detengámonos entonces en estos asuntos y expliquemos a continuación si es posible o pertinente fundamentar de los derechos, asimismo, si es posible ofrecer razones a favor de su reconocimiento y protección que no estén teñidas de metafísica.

2. Aproximaciones a una fundamentación no metafísica de los derechos humanos y fundamentales

Con respecto a la pertinencia o posibilidad de fundamentar los derechos humanos o fundamentales, existe una expresión ampliamente conocida de Norberto Bobbio desestimando la importancia de justificarlos: “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. No es un problema no filosófico, sino político”²²¹.

A decir del profesor turinense, al producirse el reconocimiento universal de los derechos humanos a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos pierde interés cualquier intento por

²²¹ BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991, p. 61 (cursivas en el original).

justificar los derechos (se entiende que los Estados encontraron buenas razones para hacerlo²²²); más aún si se trata de buscar un “fundamento absoluto” (indiscutible, irrefutable) para ellos²²³. Es más, explica que tales derechos suelen vincularse con valores morales anteriores y últimos, y sobre ellos no cabe ya fundamentación previa²²⁴. En suma, considera que “[s]i la mayor parte de los gobiernos existentes están de acuerdo en una declaración común, es signo de que han encontrado buenas razones para hacerlo. Por eso, ahora no se trata tanto de buscar otras razones, o sin más, como querrían los iusnaturalistas resucitados, la razón de las razones, sino de poner las soluciones para una más amplia y escrupulosa realización de los derechos proclamados”²²⁵.

Como se aprecia, Bobbio formula una cuestión sin duda pertinente: la vacuidad de fundamentar algo que tiene vigencia real y que puede remitir a cuestiones indiscutibles, cuando lo realmente urgente es procurar su protección. Ahora bien, a partir de estas ideas, un sector de doctrina ha entendido que la fundamentación (o justificación filosófica) de los derechos y su eficacia (o protección a través de medios políticos) se encuentran contrapuestas.

Por nuestra parte, consideramos que tal contraposición parte de un error. La fundamentación de los derechos no es algo irrelevante o menos importante que el asunto de su eficacia, y menos se tratan de cuestiones contrapuestas. Al respecto, es necesario tener en cuenta que la eficacia y protección de los derechos no depende únicamente de la política o de su mero reconocimiento discursivo a través de expresiones contenidas en declaraciones o normas (como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según expresaba Bobbio). Por el contrario, un problema impostergable es, precisamente, ponernos de acuerdo (siquiera mínimamente) en el contenido, los alcances y el grado de vinculación de tales palabras, pues eso es lo que finalmente quedará garantizado en la práctica. Constituye, entonces, una falsa dicotomía oponer sin más la eficacia de

²²² Cfr. *Ibíd.* Ob. cit., p. 64

²²³ *Ídem*, pp. 54-61.

²²⁴ *Ídem*, p. 56: “El fundamento de derechos, de los que se sabe solamente que son condiciones para la realización de valores últimos, es la llamada a estos valores últimos. Pero los valores últimos, a su vez, no se justifican, se asumen: aquello que es último, propiamente porque es último, no tiene ningún fundamento”. En tal entendido, se ha señalado inclusive que antes que ser fundamentados, estos requerirían ser “descubiertos”; cfr. CAMPS, Victoria. “El descubrimiento de los derechos humanos”. En: MUGUERZA, Javier et al. *El fundamento de los derechos humanos*. Debate, Madrid, 1989, pp. 112-113. Por su parte, desde una perspectiva bobbiana, Squella más bien afirma que los derechos humanos son “inventados”; vide SQUELLA, Agustín. “Qué puesto ocupan los derechos humanos en el derecho” En: *Derechos humanos: ¿invento o descubrimiento?* Fundación coloquio jurídico europeo Madrid, 2010, p. 67 y ss.

²²⁵ BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 61.

los derechos con su fundamentación, ya que estos en gran medida son entendidos (interpretados, considerados) a partir de sus fundamentos. Efectivamente, tanto el contenido como los alcances de los derechos están directamente vinculados con los fundamentos –históricos, metafísicos, políticos– que les atribuyamos²²⁶. La fortaleza de los derechos no reside principalmente en su reconocimiento formal (ni siquiera en las garantías formalmente establecidas), sino, ante todo, en constituir potentes razones para la acción²²⁷. Así considerado, la fundamentación de los derechos no solo es importante en términos teóricos o especulativos (si fuera el caso), sino en términos prácticos.

Ahora bien, la posición sostenida por Bobbio no fue un caso aislado. Amplios sectores de la doctrina se han mostrado escépticos frente a la posibilidad de fundamentar los derechos. Richard Rorty, por ejemplo, ha sostenido que la búsqueda de fundamentos últimos para los derechos – sobre la base de una concepción “fundacionalista”, basada en la esencia sobre todo racional del hombre– resulta anticuada e inconducente, y que más importante que ello sería preocuparnos por el “sentimiento moral”, en cómo hacer para considerar a “los otros” como iguales y con iguales derechos²²⁸; Alasdair MacIntyre, por su parte, ha señalado que los derechos son simples ficciones y que es un ejercicio quimérico tratar de fundamentarlos sobre la base de verdades axiomáticas o indemostrables, intuiciones, etc.²²⁹; Eugenio Bulygin ha expresado, críticamente, que las fundamentaciones basadas en la moral absoluta o el Derecho Natural dan una falsa y contraproducente sensación de seguridad, pues “si los derechos humanos tienen una base tan firme, no hace falta preocuparse mayormente por su suerte, ya que ellos no pueden ser

²²⁶ Este un tópico habitual de la teoría de los derechos fundamentales, desde luego no es igual el contenido, los alcances, los límites, etc., de los derechos si se parte de modelos teóricos, ideológicos o de fundamentación distintos.

²²⁷ Como se sabe, la sola existencia de una norma jurídica no es suficiente justificación moral para su acatamiento, es necesario dar razones que justifiquen o legitimen ello. Cfr., sobre las razones para actuar y las razones para obedecer el Derecho: Derecho: RAZ, Joseph. *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*. UNAM, México D.F., 1985, pp. 89 y ss.; NINO, Carlos. *La validez del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 125 y ss.; BIX, Brian. “The nature of Law and reasons for action”. En: *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*. N.º 5, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2011, pp. 401 y ss.

²²⁸ RORTY, Richard. “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”. En: LUKES, Steven; RAWLS, John; MACKINNO, Catharine A.; RORTY, Richard; LYOTARD, Jean-François; HELLER, Agnes y ELSTER, Jon. *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*. Trotta, Madrid, 1998, pp. 117 y ss.

²²⁹ “[N]o existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios” “La mejor razón para afirmar de un modo tan tajante que no existen tales derechos, es precisamente del mismo tipo que la mejor que tenemos para afirmar que no hay brujas, o la mejor razón que poseemos para afirmar que no hay unicornios: el fracaso de todos los intentos de dar buenas razones para creer que tales derechos existen”, vide MacINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Crítica, Barcelona, 2004, pp. 95 y ss.

aniquilados por el hombre”²³⁰, cuando la tarea en realidad sería que estos sean reconocidos en los ordenamientos jurídicos y respetados; entre algunas de las principales posturas escépticas respecto a la posibilidad de fundamentar sustantivamente los derechos humanos²³¹.

No obstante lo anotado, si observamos bien, estas críticas, antes que a la imposibilidad absoluta o la fatuidad de dar buenas razones a favor de los derechos (de su reconocimiento y eficacia), cuestionan más bien que tales fundamentos provengan de consideraciones puramente especulativas o metafísicas; crítica con la que coincidimos.

Ahora bien, ya que, conforme hemos anotado, no es irrelevante ofrecer buenas razones a favor de los derechos (fundamentarlos), incluso desde un punto de vista práctico, corresponde explicar entonces si toda fundamentación de los derechos inevitablemente debe realizarse sobre la base de consideraciones especulativas o metafísicas²³²; es decir, ajenas a toda percepción, no derivadas de la experiencia²³³.

Respecto a este punto, diversos filósofos, sobre todo aludiendo a lo expresado por D. Hume y G. E. Moore, han sostenido la impertinencia de fundamentar asuntos de “deber ser” desde el mundo del “ser”, es decir, que de hechos de la realidad (descripciones) no puede extraerse exigencias morales (prescripciones), pues estas únicamente pueden estar fundamentadas en lo moral²³⁴. Esta

²³⁰ BULYGIN, Eugenio. “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 4, 1987, p. 84.

²³¹ También hay posiciones más extremas que, por ejemplo, señalan que en términos prácticos y teóricos resulta inútil, prescindible, pretencioso y subjetivo (en suma, una pérdida de tiempo) buscar y postular una fundamentación para los derechos; vide HABA, Enrique P. “El asunto del ‘fundamento’ para los derechos humanos: ¡pseudoproblema!”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 27, 2004, p. 430 y ss. Con todo, de todas formas consideramos atendibles las críticas que este autor hace a las fundamentaciones discursivas y metafísicas de los derechos.

²³² Afirmando esto: ALEXY, Robert. “¿Derechos humanos sin metafísica?”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 30, 2007; BERNAL PULIDO, Carlos. “La metafísica de los derechos humanos”. En: *Derecho del Estado*. N.º 25, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, diciembre de 2010.

²³³ Cfr. ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 245 (citando a Aristoteles y Kant). También aludimos a las consideraciones ontologistas (y especialmente al “ontologismo inflacionario”), cfr. PUTNAM, Hilary. *Ethics without Ontology*. Harvard University Press, Massachusetts, 2005, pp. 17 y ss.

²³⁴ En la filosofía se alude también a la “dicotomía hecho/valor”. Sobre esta dicotomía, Bunge ha expresado que se trata de “Una distinción esencial en la teoría de valores, la ética y las ciencias sociales. ‘La mayoría de las mujeres están oprimidas’ es un enunciado factual, mientras que ‘la opresión de las mujeres es injusta’ es un juicio de valor. La distinción y la separación entre hecho y valor se acepta en casi todas las teorías de valores y filosofías morales (...) Efectivamente, los juicios de valor –en particular, las máximas morales– no se siguen lógicamente de los enunciados fácticos. Sin embargo, la brecha hecho/valor no es un abismo, pues lo

imposibilidad de justificar prescripciones a partir de hechos naturales es denominada “ley de Hume” y su infracción llamada “falacia naturalista”²³⁵.

En relación con lo que venimos tratando, la referida “ley de Hume” y la “falacia naturalista” proscibirían la posibilidad de justificar exigencias “morales”, como son los derechos humanos o fundamentales, desde consideraciones que no sean también morales. Siendo así, en última instancia, el fundamento de los derechos acabaría siendo siempre, de alguna forma, metafísico (esto es, ajeno a la naturaleza o la experiencia).

Sobre el tema, recientemente se ha explicado con mucha lucidez que ni siquiera el propio Hume habría señalado que transitar del “ser” al “deber ser” era imposible, sino más bien que resultaba difícil²³⁶, siendo dable tal vinculación a través de nociones puente entre ser y deber ser, tales como querer, desear, necesitar, etc. (a las que Hume considera *passions*)²³⁷. Asimismo, se ha advertido

cruzamos cada vez que logramos con éxito modificar los hechos para adaptarlos a nuestras normas. Además, no todos los juicios de valor son subjetivos: algunos pueden justificarse. Por ejemplo, la extrema desigualdad social no solo es mala para los pobres, sino que también afecta a la seguridad de los ricos e impide el crecimiento del mercado. En resumen, los hechos y los valores son distintos pero no están separados” BUNGE, Mario. *Diccionario de filosofía*. Siglo XXI, México, 2005 (tercera edición), p. 95.

²³⁵ Bunge ha explicado, con manifiesto sarcasmo, que la falacia naturalista consiste en “La reducción de los predicados axiológicos o morales, como ‘bueno’, a predicados naturales como ‘sano’, ‘que ayuda al bienestar’ o ‘útil’. Se trata de una expresión peyorativa inventada por los intuicionistas, que perpetraron los filósofos del lenguaje para defender su territorio contra la invasión de la ciencia. Los teóricos de los valores de orientación científica y los filósofos de la moral cometen deliberada y alegremente la falacia naturalista” BUNGE, Mario. *Diccionario de filosofía*. Siglo XXI, México, 2005 (tercera edición), p. 80 (por si no queda claro, Bunge pertenece a este grupo de filósofos o teóricos que cometen esa supuesta “falacia”).

²³⁶ La cita del pasaje es: “En todo sistema moral de que haya tenido noticia, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos, y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones: es y no es, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un debe o un no debe. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este debe o no debe expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes. Pero como los autores no usan por lo común de esta precaución, me atreveré a recomendarla a los lectores: estoy seguro de que una pequeña reflexión sobre esto subvertiría todos los sistemas corrientes de moralidad, haciéndonos ver que la distinción entre vicio y virtud, ni está basada meramente en relaciones de objetos, ni es percibida por la razón”. HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 663-664.

²³⁷ MacINTYRE, Alasdair. “Hume on ‘Is’ and ‘Ought’”. En: *The Philosophical Review*. Vol. 68, N.º 4, octubre de 1959, pp. 461 y ss. Para Hume, tal vinculación sería posible a través de nociones puente entre ser y deber ser –que Hume considera *passions*– tales como querer, desear, necesitar, etc. 463 y 466. Sobre las pasiones en Hume, vide MacIntyre Justicia y racionalidad 291 y ss. Cfr., además, PUTNAM desplome 29. En resumidas

que Moore tampoco formuló su “falacia naturalista” en los términos en que se suele plantearse la dicotomía “ser/deber ser”²³⁸, sino que su propósito fue llamar la atención sobre algo bastante más específico: que “lo bueno” (que no es un “objeto natural”, y que es simple e indefinible) no puede confundirse o identificarse con el “placer”, el “deseo” o la “felicidad” (que son objetos naturales, a veces calificados de buenos)²³⁹. Así visto, su afán básicamente era explicar –desde su concepción de lo ético– que no debe confundirse algunas propiedades de las cosas consideradas buenas (como el placer, la felicidad, etc.) con “lo bueno” en sí²⁴⁰.

Pero, más allá de precisar que Hume o Moore no fueron en realidad artífices de una distinción fuerte entre “ser” y “deber ser”, lo cierto es que actualmente diversos autores desestiman tal supuesta separación absoluta entre “hechos” y “valores”, o entre “ser” y “deber ser”; dicotomía que definitivamente no puede considerarse hoy clara ni pacífica²⁴¹. Más aún, cada vez son más los filósofos contemporáneos que consideran posible (y hasta necesario) plantear, por ejemplo, una ética o moral sin metafísica, tanto desde posiciones pragmáticas²⁴² como consensualistas²⁴³. En este contexto, es claro que para nada resulta descaminado plantear una fundamentación de los derechos humanos o fundamentales ajenas a la metafísica.

Ahora bien, aunque lo anotado socaba en cierta medida la falacia naturalista y la Ley de Hume, ello no nos exime de explicar si, finalmente, es posible relacionar de alguna forma “hechos” y “valores”, y cómo sería tal relación. Desde luego, no es para nada evidente que a través de la

cuentas, Putnam explica que para Hume el “es” –rectius, “cuestiones de hecho”– sí puede generar “pasiones” o “sentimientos”.

²³⁸ Cfr. BRUENING, William H. "Moore and 'Is-Ought'". En: *Ethics*. Vol. 81, N.º 2, enero de 1971, pp. 143-149.

²³⁹ MOORE, G. E. *Principia Ethica*. UNAM, México D.F., 1997, p. 90

²⁴⁰ MOORE, G. E. Ob. cit., p. 195. La finalidad de la noción “falacia naturalista” (e incluso de su libro *Principia Ethica*) es rebatir tanto a las éticas naturalistas como a las metafísicas que vinculan “lo bueno” con la naturaleza de la realidad (No obstante esto último, Moore puede ser considerado un “metafísico inflacionario” –en términos de Putnam– si atendemos a su idea sobre “lo bueno”).

²⁴¹ SEARLE, John R. “How to derive ‘ought’ from ‘is’” En: *The Philosophical Review*. Vol. 73, N.º 1, enero de 1964, pp. 43-58, en igual sentido PUTNAM, Hilary. Ob. cit., y MacINTYRE, Alasdair. Ob. cit. Incluso PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 182-183

²⁴² Como las de Hilary Putnam o Richard Rorty.

²⁴³ Patzig sostiene un utilitarismo con deberes éticos, es decir, que cada quien debe perseguir sus necesidades, intereses o deseos (PATZIG, Günther. *Ética sin metafísica*. Alfa, Buenos Aires, 1975.148), pero en el marco de “reglas cuya observancia general crea las bases que hacen posible la cooperación social” a las que se llega a través de la discusión libre (y no de la razón a priori) (p. 155), pues solo en este contexto es posible alcanzar la felicidad humana

percepción de la naturaleza o de la sola experiencia sea posible derivar deberes morales o valores, siendo entonces necesario decir más sobre esto.

Al respecto, planteamos que es posible levantar un puente entre nuestras valoraciones morales y la percepción de hechos. A estos propósitos, es menester tener en cuenta que la realidad siempre es percibida y conocida por nosotros a partir de nuestra humanidad, y que esta implica más que nuestras sensaciones físicas o racionalidad lógico-formal. Si nuestra percepción y entendimiento de la realidad fuera únicamente sensorial y racional, en efecto, sería sumamente difícil explicar los puntos de conexión entre “ser” y “deber ser”. Sin embargo, como ya han explicado diversos filósofos morales, los datos de la realidad pueden involucrar diversas reacciones, valoraciones y tomas de posición moral (mejor aún, generar “intuiciones” o “sentimientos morales”)²⁴⁴. Cuando esto último ocurre, claro está, no es que desde el mundo de los hechos surja directamente algún “deber ser”, sino que estamos ante motivaciones (que no razones) iniciales para actuar, vinculadas con “sentimientos morales” primarios, generados frente a tales hechos²⁴⁵, los cuales condicionan o contextualizan nuestras reflexiones posteriores (y que generarán, en su momento, razones para actuar).

Ahora bien, la existencia de estos sentimientos no es mera especulación nuestra (o de filósofos morales): por el contrario, conforme al actual estado de la ciencia, se trata de algo ínsito a la especie humana y, por ende, previo a toda reflexión filosófica o especulación racional sobre ella²⁴⁶. En lo que resulta especialmente importante para nuestros propósitos, se ha constatado que no solo nuestro propio dolor y daño nos genera rechazo, sino que inclusive sentimos y rechazamos el

²⁴⁴ Existen diversos ejemplos de estas nociones en el ámbito de la ética: sentimiento moral (Smith), sentimiento (Rorty), sentimiento de injusticia (Sen), juicios éticos y *valuings* (Putnam) etc. Nosotros consideramos que las emociones y sentimientos juegan un rol fundamental en la ética, pero que la ética siempre es racional y no meramente intuitiva.

²⁴⁵ Desde luego, no toda confrontación con la realidad genera “sentimientos morales”, pero esto no obsta que muchas veces algunas experiencias o percepciones, sobre todo en nuestras relaciones con otros, sí los generen.

²⁴⁶ Una disciplina novísima como la neuroética (y en especial la “neurociencia de la ética”) revela que en el cerebro humano existen “códigos morales” ínsitos, es decir, que los seres humanos contamos con una moralidad inherente, digamos: genética. Cfr. CORTINA, Adela. “Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?” En: *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. N.º 42, enero-junio de 2010, p. 129 y ss.; BONETE PERALES, Enrique. *Neuroética práctica: una ética desde el cerebro*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2011, p. 100 y ss.

daño y dolor ajeno (empatía)²⁴⁷. En efecto, como viene siendo ampliamente explicado, debido a que los seres humanos contamos con “neuronas espejo”²⁴⁸, cierta parte de nuestras acciones en realidad son reacciones involuntarias (imitaciones) frente a lo que a otros les ocurre²⁴⁹.

Lo anterior significa que nuestros comportamientos (incluso los morales) están imbricados con nuestros sentimientos y reacciones más primarios. Siendo así, hasta aquellas construcciones morales que se consideraban a sí mismas “puramente” racionales –supuestamente ajenas a los datos empíricos– jamás lo fueron en realidad: siempre estuvieron influenciadas, sino condicionadas, por nuestras emociones y sentimientos morales^{250 251}.

²⁴⁷ MOYA-ALBIOL, L.; HERRERO, N; BERNAL, M.C. “Bases neuronales de la empatía”. En: *Revista de Neurología*. Vol. 50, N.º 2, enero de 2010, pp. 89-100 (93 y ss.); FERNPÁNDEZ-DUQUE, Diego. “Bases cerebrales de la conducta social, la empatía y la teoría de la mente”. En: *Tratado de neuropsicología clínica. Bases conceptuales y técnicas de evaluación*. Edith Labos, Andrea Slachevsky, Patricio Fuentes y Facundo Manes (coordinadores). Akadia, Buenos Aires, 2008, capítulo 34 (pp. 401-402).

Incluso se ha encontrado que nos afecta (incluso físicamente, como dolor) el rechazo o falta de aceptación social (exclusión social); vide YAMAMOTO, Jorge. “Necesidades universales, su concreción cultural y el desarrollo en su contexto. Hacia una ciencia del desarrollo”. En: *La medición del progreso y del bienestar. Propuestas desde América Latina*. Mariano Rojas (coordinador), Foro Consultivo Científico y Tecnológico, AC; México D.F., 2011, p. 97 (Por cierto, valga mencionarlo acá, es necesario analizar con mayor detenimiento los aportes de Yamamoto y su equipo de trabajo. Ellos que desmitifican un conjunto de supuestas necesidades universales –influidas por prejuicios occidentales– que no se condicen con los análisis biométricos que vienen realizando).

²⁴⁸ IACOBONI, Marco. *Las neuronas espejo. Empatía, neuropolítica, autismo, imitación o de cómo entendemos a los otros*. Katz, Buenos Aires, 2009; RIZZOLATTI, Giacomo Y CRAIGHERO, Laila. “The mirror neuron system”. En: *Annual Review of Neuroscience*. Vol. 27, 2004, 169-192; ibidem, “Mirror neuron: a neurological approach to empathy” En: *Neurobiology of Human Values*. Jean-Pierre Changeux, Antonio R. Damasio, Wolf Singer e Yves Christen (editores), Springer-Verlag, Heidelberg, 2005; GALLESE, Vittorio; EAGLE, Morris N., MIGONE, Paolo. “Intentional attunement: Mirror neurons and the neural underpinnings of interpersonal relations”. En: *Journal of the American Psychoanalytic Association*. Vol. 55, N.º 1, 2007, 131-176 (existe versión electrónica en español: “Entonamiento emocional: neuronas espejo y los apuntalamientos neuronales de las relaciones interpersonales”. En: *Aperturas psicoanalíticas. Revista internacional de psicoanálisis*. N.º 26, 2007. Disponible en: <<http://www.aperturas.org/articulos.php?id=0000447&a=Entonamiento-emocional-neuronas-espejo-y-los-apuntalamientos-neuronales-de-las-relaciones-interpersonales>> [fecha de consulta: 10/IV/2013]).

²⁴⁹ Y esto incluye, paradigmáticamente, que sintamos dolor físico al contemplar el daño físico sufrido por un tercero.

²⁵⁰ Cfr. DAMASIO, Antonio. *En busca de Spinoza: neurobiología de la emoción y los sentimientos*. Crítica, Barcelona, 2005, 143-144, y 155; ibidem. *El error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano*. Crítica, Barcelona, 1994, p. 165 y ss.; ambas son citas de MARTÍNEZ Marta y VASCO, Carlos Eduardo. “Sentimientos: encuentro entre la neurobiología y la ética según Antonio Damasio”. En: *Revista Colombiana de Bioética*. Vol. 6, N.º 2, Universidad El Bosque, diciembre de 2011, pp. 187 y 191.

²⁵¹ Con esto, queremos poner en evidencia que muchos de los constructos éticos planteados como válidos para “cualquier ser racional” (persona moral), en realidad están indisolublemente unidos a nuestra existencia y condicionamientos como seres humanos. Por poner un ejemplo extremo: si las piedras tuvieran racionalidad (y a partir de ello, digamos, cierta predisposición moral), construirían una ética o moral muy distinta a la humana, en la medida que sus nociones de, por caso, daño, dignidad, autorrespeto o

Desde luego, tal generación de sentimientos morales es más clara en el caso de los derechos humanos y fundamentales, ya que están vinculados con los aspectos más básicos de la persona y, por ende, puede generar nuestras reacciones y estremecimientos más elementales. Siendo así, paradójicamente, la defensa a rajatabla de la “falacia naturalista” en materia de derechos básicos es la que termina siendo falaz, en realidad, todo sistema moral presupone una idea o noción de ser humano (vinculadas con emociones o sentimientos morales), desde la cual se postulan obligaciones morales²⁵². La realidad de “lo humano”, pues, involucra sentimientos y (pre)concepciones morales, lo cual no es malo y, más bien, al contrario, no debería ser obviado al formular toda concepción ética o moral²⁵³.

En este marco, planteamos que las “necesidades humanas básicas” se encuentran directamente relacionadas con estas primeras impresiones a las que nos hemos referido, y que abren las puertas a una posible fundamentación de los derechos humanos sin incurrir en especulaciones metafísicas, en ontologías o naturalismos, ni en fundacionalismos constructivistas. En efecto, sostenemos que las necesidades básicas sirven de puente válido entre los planos del ser y del deber ser²⁵⁴. Ahora bien, esto solo es un punto de inicio. Como explicaremos en este capítulo, solo una vez escritas

necesidades serían muy distintas a las nuestras (si acaso las tuvieran). Precisamente, el ejercicio de la razón práctica debe tener en cuenta el total de nuestras dimensiones humanas, y no central o exclusivamente nuestra racionalidad.

Además si bien nuestras consideraciones morales están contextualizadas, por ejemplo por nuestros sentimientos primarios de indignación y repulsión frente a algunos hechos, esto no significa que la descripción de tales sucesos repugnantes o su simple ocurrencia impliquen de inmediato un deber ser. Estos sentimientos morales solo luego de ser escrutados racionalmente permitirán sustentar razones morales o para actuar. Lo importante, en todo caso, es que si bien tales sentimientos no son prescripciones en sí mismas, sí constituyen una fuente de moralidad que no es metafísica o ideal. Así, los sentimientos morales sirven como una especie de “puente” no metafísico entre hechos y prescripciones.

²⁵² Cfr. FUKUYAMA, Francis. “Natural rights and Human History”. En: *The National Interest*. N.º 64, Summer 2001, pp. 24 y ss.

²⁵³ Ahora bien, desde luego, los sentimientos morales no son el contenido de la moral (o de los derechos por ejemplo), sino que, básicamente, sirven como punto de partida (no metafísico, ideal o esencialista) para las razones morales.

²⁵⁴ Cfr. PEREZ LUÑO, Antonio. Loc. cit. Como explica Garzón Valdes (analizando lo señalado por Mario Bunge en el volumen 8 de su *Tratise on Basic Philosophy*), es posible *constatar* una relación causal entre satisfacción de necesidades y bienestar personal; esa constatación puede ser *evaluada* –y de hecho mayoría de personas evalúan positivamente su bienestar pues le permite realizar acciones que consideran valiosas–; y por último, además de valorar positivamente su bienestar, las personas *exigen* su satisfacción, pues lo contrario afecta sus intereses vitales. Se trata de un triple paso: “constatación, evaluación, exigencia”, que ciertamente sirve de puente entre el plano del ser y del deber ser. Vide GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, ética y política*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 422-423.

racional y públicamente las necesidades básicas aportarán importantísimas razones para actuar, y estas, a su vez, permitirán entenderlas como sólidos fundamentos para los derechos.

Con lo anotado, lo que toca es explicar qué entendemos por necesidades básicas y cuál sería su relevancia moral a efectos de fundamentar los derechos. Sin embargo, consideramos relevante explicar antes de ello cuáles son las bases o fuentes, no especulativas ni metafísicas, desde las que vamos a sustentar nuestro concepto de necesidades básicas una vez tendido el mencionado puente entre “ser” y “deber ser”.

2. Bases teóricas e ideológicas para el concepto de necesidades básicas

Expuesta la importancia, utilidad y posibilidad de contar con una fundamentación alternativa para los derechos, distante de doctrinas metafísicas y especulativas, queda pendiente explicitar sobre qué bases o fuentes se sostendrá nuestro concepto de necesidades básicas.

En nuestro caso, por formación teórica e ideológica, hemos venido explorando diversos planteamientos vinculados entre sí que nos han generado convicciones en torno a las principales propuestas formuladas en esta tesis. Entre estas últimas, por ejemplo: sostenemos que es posible una concepción de la justicia sin metafísica; que es necesario vincular los estudios y avances en torno a las necesidades y capacidades humanas con la Teoría del Derecho y de los derechos esenciales; y que puede (y debe) trabajarse sobre la base de una matriz ideológica distinta al liberalismo para fundamentar los derechos (e incluso el constitucionalismo contemporáneo).

En lo que sigue, vamos a exponer cuáles son estas fuentes teóricas (e ideológicas) que sustentan nuestros planteamientos y que están relacionadas con la importancia y el rol de las necesidades básicas. Así, presentaremos una idea política de justicia que considera a la satisfacción de las necesidades básicas como mínimo institucionalmente exigible; la llamada “teoría de las necesidades humanas” vinculada a la Escuela de Budapest (y especialmente lo sostenido por Agnes Heller); la noción de capacidades humanas básicas (sobre la base de los planteamientos de Amartya Sen y Martha Nussbaum) dando cuenta asimismo de diversos aportes contemporáneos

similares; y, finalmente, nos detendremos en los contenidos ideo-políticos del republicanismo, cuya tradición es muy compatible con lo que venimos sosteniendo.

Ya en el siguiente subcapítulo explicaremos cómo todo esto adquiere relevancia a efectos de fundamentar o dar buenas razones a favor de los derechos. Empecemos, por lo pronto, esbozando la antes mencionada idea política de justicia.

2.1. Idea política de justicia y necesidades básicas

Como venimos sosteniendo, para superar las carencias de una noción de derechos humanos vinculada solo a la dignidad humana es necesario ofrecer razones que no estén arraigadas en doctrinas esencialistas o especulativas, sin que esto signifique resignarnos a escepticismos éticos o morales, o a soluciones efectistas, complacientes e inocuas. En efecto, la fundamentación de los bienes humanos más valiosos merece algo más que doctrinas incontrastables, sin que ello signifique claudicar en encontrar afirmaciones sustantivas que sean auténticas exigencias de justicia.

Claro está, no es nuestra intención (ni está en nuestras posibilidades) asumir o presentar una acabada teoría de la justicia o doctrina moral. Por el contrario, esbozaremos una idea muy general de justicia institucional y explicaremos que las necesidades básicas constituyen exigencias elementales de esta. Más específicamente, nuestro propósito es explicar que, para toda idea aceptable y contemporánea de justicia (v. gr. la liberal, la igualitaria), la insatisfacción de las necesidades humanas básicas se encuentra entre lo más injusto o inmoral; pues, además de constituir una inmoralidad social e institucional en sí misma, limita (e incluso anula) la posibilidad de discutir sobre lo justo.

Más allá de lo señalado sobre los sentimientos morales (que, reiteremos, no son prescripciones morales); desde una perspectiva propiamente ética y a la vez carente de metafísica, vemos que la idea de lo social e institucionalmente justo²⁵⁵ tiene una dimensión pública ineludible, cuya

²⁵⁵ En lo que sigue, nuestras afirmaciones se enmarcan en la filosofía política antes que en la filosofía moral (esta última relacionada con la moral individual).

construcción requiere la cooperación de los diversos actores, en diálogo plural y público sobre lo mejor para todos. En este sentido, implica una idea política de justicia, que se obtiene a través del ejercicio de la razón pública (es decir, razón discutida y compartida sobre asuntos fundamentales para la comunidad²⁵⁶).

Ahora bien, las discusiones sobre lo justo (sobre justicia material o sobre procesos para arribar a resultados justos) no puede basarse en diálogos ideales o hipotéticos (como, por ejemplo, considera el constructivismo rawlsiano), pues con ello insistiríamos con teorías especulativas de la justicia. Por el contrario, el contenido de lo social e institucionalmente justo debe ser resultado de procesos políticos reales y amplios (dialógicos, abiertos, participativos), respetando debidamente a los intervinientes e involucrados²⁵⁷.

Asimismo, esta idea de justicia debe ser realista respecto a los sujetos que discuten lo público y sobre aquello en lo que podrían ponerse de acuerdo en relación con instituciones y una sociedad justas. De este modo, deben descartarse visiones idealizadas del ser humano –como aquellas de las que parte el racionalismo liberal o contractualista–, siendo necesario reconocer que, además de racionales (con racionalidad lógica o instrumental, por ejemplo), las personas somos razonables (ergo, con sentido de justicia y moralidad) y emotivas²⁵⁸, y que subyace a nosotros diferentes tradiciones e identidades. Se parte, entonces, de reconocer que somos sujetos razonables en sentido amplio, y que es partir este tipo de razones que los distintos criterios de justicia y los asuntos públicos en general pueden ser contrastados y discutidos²⁵⁹.

²⁵⁶ Lo que trasciende a la participación a través de mecanismos institucionalizados como el voto, sino que “incluye la oportunidad de los ciudadanos para participar en las discusiones políticas y para estar en condiciones de ejercer influencia sobre la decisión pública”, vide SEN, Amartya. “El ejercicio de la razón pública”. En: *Letras libres*. N.º 65, mayo de 2004, México, p. 12 y ss.

²⁵⁷ En este sentido, no se propone una teoría meramente consensual, sino una teoría política de justicia: su legitimidad se basa en la participación leal de los intervinientes (afectados) y no en decisiones mayoritarias. Así, su valor central no se basa en cuántos lo deciden, sino que los involucrados han participado (incluso no interviniendo, de ser el caso). Con matices, PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990, pp. 58-65.

²⁵⁸ SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Taurus, Madrid, 2010, p. 20; NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia*. Paidós, Barcelona, 2007, pp. 101-102. Además, el individuo se encuentra inmerso en tradiciones o idiosincrasias que también influyen en él y la elaboración de una idea compartida de justicia.

²⁵⁹ Las discusiones no se dan sobre la base de aserciones (con pretensión de corrección) o argumentos formalmente válidos, sino respecto de “razones para la acción”, que guían y justifican nuestro actuar, y que no son solo “racionales”. La discusión pública siempre se da en tornos a estas razones; es difícil –además de poco fructífero y riesgoso– intentar arribar a acuerdos en cuestiones fundamentales sobre la base de emociones, tradiciones o idiosincrasias.

Además, ya que esta idea de justicia parte de cómo somos, reconoce que las personas tenemos carencias y limitaciones varias, lo que implica, precisamente, que una de las principales y primeras exigencias de justicia es lograr que todas las personas tengan satisfechas necesidades elementales que les permitan decidir y hacerse cargo de sus destinos personales y colectivos y, en tal contexto, participar de manera competente, así como en un entorno de reconocimiento y respeto debidos, en las discusiones sobre los asuntos públicos²⁶⁰. En efecto, es claro que no hay verdadera justicia – ni auténticas discusiones sobre lo justo o auténtica justicia material– si gran parte de los integrantes de una comunidad política tienen insatisfechas sus necesidades básicas o se encuentran en situaciones de exclusión o dominación.

En suma, corresponde a las personas, en tanto sujetos razonables (en sentido amplio), ponerse de acuerdo en cuestiones fundamentales básicas como son las instituciones y una forma de organización política justas²⁶¹, tendiendo a participar de mejor modo en la medida que sus necesidades humanas básicas sean satisfechas. Ahora bien, esto no significa que a quienes no tengan satisfechas sus necesidades básicas se les limite su participación en las discusiones públicas; por el contrario: esta situación revela más bien que su atención resulta más urgente²⁶². Asimismo, el hecho de que muchas personas no tengan resueltas sus carencias, y que, por ende, en la comunidad política de que se trate no haya habido una discusión pública robusta sobre lo fundamental (o no se les haya incluido debidamente), no significa que no existan ideas de justicia institucional valiosas o atendibles; lo que explicita es que, en todo caso, estas responden a unos cuantos y, en consecuencia, la legitimidad de lo dispuesto como institucionalmente justo puede ser débil o estar permanentemente en riesgo (y además, conforme a lo explicado, no ser realmente justo).

²⁶⁰ Cfr. MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons, Madrid, 2006, pp., 108 y ss.

²⁶¹ Este es un aspecto ideal de nuestro planteamiento, aunque exceptuado de metafísica o especulación. Si bien nunca ha habido la posibilidad real de consultar y discutir específicamente sobre esto con las personas razonables de una sociedad determinada; sin embargo, sí puede constatar que actualmente la legislación de mayor consenso (normas constitucionales, tratados universales sobre derechos humanos) dan cuenta en cierta forma de la plausibilidad de este planteamiento.

²⁶² Cfr. NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 1997, p. 193, NUSSBAUM, Martha. *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Paidós, Barcelona, 2012, p. 44

Siguiendo con este orden de ideas, el modelo de sociedad e instituciones discutido y acordado por sujetos racionales tendría la forma de una *comunidad política razonablemente ordenada y justa, de ciudadanos libres e igualmente considerados* (lo que, de manera sintética, puede denominarse una *república de ciudadanos*). Para los fines de este trabajo, no corresponderá abundar más en el contenido y consecuencias últimas de esta modelo de sociedad justa ideal (es decir, utópica²⁶³). A efectos de lo que trabajaremos aquí, nos bastará equiparar en sentido amplio la idea filosófico-política de *república de ciudadanos* con la jurídico-constitucional de *Estado Constitucional*, conforme a los planteamientos esbozados en el capítulo I de esta investigación²⁶⁴.

Con lo anotado –y sin pretensión de avanzar en este tema propio de la filosofía política–, consideramos, en suma, que una aceptable idea de justicia, distante de toda metafísica especulativa, requiere de un punto de partida razonable y realista respecto de las personas, así como un punto de llegada que aluda a una institucionalidad plausiblemente justa, desde una perspectiva política. Tanto en el punto de partida como en el de llegada encontramos exigencias básicas de justicia en las que podrían convenir personas razonables. Entre estas exigencias se encuentra, como exigencia básica inicial, la satisfacción de las *necesidades humanas básicas*.

2.2. Teoría de las necesidades humanas

Una alternativa a tener en cuenta para apartarnos de fundamentaciones metafísicas de los derechos humanos es preguntarnos si, desde las ciencias sociales, puede darse cuenta de necesidades esenciales comunes a todos los seres humanos y señalarse cuáles valdría la pena ser reconocidas y exigidas universal y urgentemente.

²⁶³ En otras palabras, no es “ideal” en sentido especulativo; sino en referencia a una situación óptima e ideal que, aunque inexistente, se busca alcanzar y motiva a la acción.

²⁶⁴ Desde luego, la idea de Estado Constitucional presentada en el capítulo I no ha sido resultado de una discusión pública. Sin embargo, al tratarse de una caracterización ideal (mejor aún conceptual, no descriptiva de una realidad específica) es útil a efectos de determinar exigencias de justicia social e institucional.

Una tarea así fue emprendida por la pensadora Agnes Heller –posiblemente a la autora a la que más se acude para tratar la idea de “necesidades”– quien trabajó en una antropología social²⁶⁵, inicialmente desde la gran narrativa marxista. Como se sabe, desde el ideario marxista se consideraba que la sociedad presente (capitalista) generaba un discurso ideológico dependiente de los poderes económicos y que ello producía “alienación” (ausencia de “conciencia de clase”), siendo una consecuencia inmediata de ello admitir que las personas no siempre podían identificar sus “auténticas” necesidades debido a que el capitalismo se las ocultaba.

Ante ello, la antropología social que construía Heller (y la Escuela de Budapest, de la que formó parte²⁶⁶) insistía en inquirir sobre las necesidades humanas, analizando lo señalado por Marx al referirse, por ejemplo, a las “necesidades naturales” o “físicas” (que serían necesidades biológicas, dirigidas a la conservación de funciones vitales²⁶⁷), y a “necesidades necesarias” (surgidas históricamente y no dirigidas únicamente a la supervivencia, lo que incluye aspectos culturales, morales y consuetudinarios que forman parte del estándar de vida²⁶⁸).

En sus primeros estudios Heller estudio también la categoría “necesidades sociales”, que fue utilizada por Marx en diversos sentidos. Estas podían referirse a “necesidades socialmente determinadas”, producto de la sociedad capitalista, y aludir a la manipulación de las necesidades humanas como consecuencia de la alienación y que produce la deshumanización del hombre²⁶⁹. Con ello, por efecto del capitalismo, el mundo de las necesidades humanas se reduciría a la

²⁶⁵ Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “De las necesidades radicales a las necesidades humanas”. En: *Daimon: Revista de filosofía*. N.º 17, Universidad de Murcia, Murcia, 1998, pp. 56-57.

²⁶⁶ Fundada por György Lukács y de la que formaban parte, además de Agnes Heller, autores como Ferenc Fehér y György Márkus (quienes, al igual que Heller, luego recularían de sus concepciones marxistas). Cfr. RIVERO, Ángel. “¿Qué hay más allá del postmarxismo? Ágnes Heller y la contingencia, la democracia y el republicanismo”. En: *Daimon: Revista de filosofía*. N.º 17, Universidad de Murcia, Murcia, 1998, p. 20 y ss. Agnes Heller sería la más destacada representante de este grupo y quien trabajaría más prolijamente el tema de las necesidades humanas.

²⁶⁷ HELLER, Agnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Península, Barcelona, 1978, pp. 28 y 31. Aunque no se tratarían de necesidades biológicas idénticas a las animales, ya que la autoconservación humana plantea necesidades nuevas que son sociales.

²⁶⁸ *Ibidem*. Ob. cit., pp. 33-34

²⁶⁹ HELLER, Agnes. *Una revisión a la teoría de las necesidades*. Paidós, Barcelona, 1996, pp. 44 y ss.

necesidad de tener²⁷⁰. Es más, este sistema precisamente se sostendría y reproduciría por la existencia de estas necesidades, volcadas al mercado en forma de consumo²⁷¹.

De otra parte –siempre conforme a Nussbaum–, por necesidades sociales Marx también podía hacer referencia a “necesidades dirigidas a bienes materiales en una sociedad o clase”²⁷², referidas a la demanda efectiva de una clase social en el mercado, es decir, a lo que en la práctica adquieren o pueden adquirir las personas de una clase, independientemente de sus “necesidades sociales reales”²⁷³. Así, hace alusión a una necesidad “aparente”, generada por el mercado. Otra acepción de “necesidad social” estaría referida a la “satisfacción social de las necesidades”, con lo cual las personas no solo tienen necesidades producidas socialmente, sino también necesidades “únicamente susceptibles de satisfacción mediante la creación de de instituciones sociales relativas a ellas”²⁷⁴.

Con lo anterior, es claro que el marxismo denunciaba el empobrecimiento de las necesidades a las que pueden aspirar las mayorías (asalariadas) en una sociedad capitalista, a las que se les inducía a concentrarse únicamente en sobrevivir, sin capacidad de criticar al sistema²⁷⁵. Al respecto, Heller encuentra en el ideario marxiano la alusión a las “necesidades radicales”, que serían necesidades anti o extra-sistémicas, es decir, que se generan o pueden ser satisfechas únicamente fuera del sistema (por ejemplo, adquiriendo conciencia de clase)²⁷⁶. Sobre este tipo de necesidades volveremos luego.

²⁷⁰ Cfr. IBAÑEZ IZQUIERDO, Alfonso. *Agnes Heller. La satisfacción de las necesidades radicales*. IAA-SUR, Lima, 1989, p. 41.

²⁷¹ Cfr. KRMPOTIC, Claudia Sandra. *El concepto de necesidad y políticas de bienestar*. Espacio, Buenos Aires, 1999, pp. 50-51.

²⁷² HELLER, Agnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Península, Barcelona, 1978, pp. 81-83.

²⁷³ Estas “necesidades sociales reales” son el contenido empírico o sociológico de las “necesidades necesarias”, a las que nos referimos antes. Ahora bien, estas no son una especie de categoría abstracta o asignada, teniendo en cuenta que necesidades siempre son particulares o individuales, sino que “constituye una media, y precisamente la media de las necesidades individuales (desarrolladas históricamente, transmitidas en los usos y dotadas de componentes morales)” Ídem, p. 82. Esta afirmación sobre que las necesidades son siempre individuales, pese al contexto social, es algo que permanece en los postulados de Heller, como se verá después.

²⁷⁴ Íbidem, pp. 83-84.

²⁷⁵ Ídem., pp. 50-66

²⁷⁶ Primero en *Teoría de las necesidades en Marx*, y luego en *Una revisión a la teoría de las necesidades*. Ob. cit., 116.

No obstante estos primeros estudios, con el tiempo la profesora Heller se desencantó del pensamiento marxista (y sobre todo del “socialismo real”) abandonando cualquier postulado que afirme que las personas no son capaces de reconocer sus propias necesidades (por ejemplo, debido a su “alienación”, como se sostenía desde el marxismo) y, más bien, desde perspectivas liberales y hasta posmodernas²⁷⁷, sostiene que toda necesidad alegada por una persona debe ser tomada en cuenta como verdadera, y que no vale la pena distinguir entre supuestas necesidades “verdaderas” y “falsas”, o entre “reales” e “imaginarias”²⁷⁸.

En efecto, señala que, al ser la autonomía y la dignidad inherentes a cada ser humano, debe admitirse que a cada quien se le permita plantear cuáles son sus necesidades, asimismo, que estas sean reconocidas y que deban ser satisfechas²⁷⁹. En el mismo sentido, explica que admitir que entes o personas colocados por sobre la sociedad sean quienes decidan cuáles necesidades merecen ser atendidas (bajo criterios seudocientíficos o morales) implica la aceptación de un discurso totalizador y trascendente (como fue la narrativa marxista), lo que conlleva a una “dictadura de las necesidades” o, cuando menos, a una “refinada manipulación”, ambas incompatibles con el respeto a la condición digna de las personas²⁸⁰.

La autora húngara se refiere también a la presencia de “necesidades sociopolíticas” o “carencias”, que no serían necesidades individuales y reales de las personas²⁸¹, sino necesidades adjudicadas de manera abstracta y genérica a los miembros de la sociedad²⁸² (como serían la necesidad de salud –y no la de recibir un tratamiento específico– o la necesidad de igual ciudadanía –y no, por ejemplo, la de votar libremente en determinados comicios–). Estas necesidades sociopolíticas son consideradas por Heller –al igual que los derechos– como “permisos” y, por ello, su ejercicio o satisfacción real queda a discreción de cada persona (quien incluso puede decidir no ejercer tal habilitación satisfaciendo su necesidad, aunque ello en apariencia ello le perjudique)²⁸³.

²⁷⁷ Cfr. Ídem., *Una revisión a la teoría de las necesidades*. Ob. cit., p. 84

²⁷⁸ Íbidem, pp. 57 y ss.

²⁷⁹ Ídem., 60 y ss. Salvo aquellas contrarias, precisamente, a la autonomía y dignidad humanas, como veremos luego.

²⁸⁰ Ídem., p. 60 y 73-74.

²⁸¹ Ídem., 84 y 107.

²⁸² Ídem., p. 85.

²⁸³ Ídem., 106-107.

Ahora bien, algo a destacar en este punto es la crítica al “lenguaje de los derechos”. Con razón, nuestra autora explica que “tener derecho a algo” implica contar con “autorización legal para tener una necesidad”²⁸⁴, lo que no significa que las necesidades que subyacen a los derechos vayan a ser inmediatamente satisfechas. Por el contrario, en sociedades con recursos escasos como las nuestras, las demandas (los derechos) pueden entrar en conflicto, lo que podría llevar a algunos grupos a tratar de hacer prevalecer las suyos (y soterrar los otros), lo cual nos colocaría ante un “privilegio” (en sentido premoderno) antes que frente a un “derecho”. Asimismo, Heller considera que las demandas de los distintos grupos pueden ser tenidas en cuenta como “necesidades existentes” siempre que estos reconozcan también las necesidades de otros grupos, incluso rivales²⁸⁵.

También señala que la satisfacción de estas carencias o necesidades sociopolíticas no puede ser impuesta, considerando que la autonomía personal constituye la necesidad más preciosa de los seres humanos²⁸⁶. En tal sentido, Agnes Heller –siguiendo el imperativo categórico kantiano– plantea que no puede considerarse como “necesidad verdadera” (aunque se trate de una “necesidad real”) aquella que instrumentalice a las personas; es más, considera que tal sería una “necesidad mala”²⁸⁷. Con ello, explica que merecen ser excluidas todas aquellas necesidades que requieren hacer de los hombres medios para otros hombres, lo que vale incluso si se trata de la instrumentalización de uno mismo, es decir, cuando uno es quien destruye su autonomía²⁸⁸.

Algo muy vinculado con la idea de derechos humanos que buscamos desarrollar aquí está referido a aquellas necesidades sociopolíticas que la pensadora considera atribuidas a la “humanidad”, en general. Estas constituyen “los dos valores más importantes de la modernidad”²⁸⁹ y son: vida (permanecer vivo en condiciones dignas) y libertad (nacer libre). Ya que se tratan de “permisos”, Heller sostiene que ambas necesidades sociopolíticas son asignadas a cada ser humano con independencia de si forman parte de sus específicas necesidades idiosincráticas. En tal sentido, “lo que realmente es asignado es que todos y cada uno de los seres humanos (...) pueda sobrevivir si

²⁸⁴ Ídem., 102.

²⁸⁵ Ídem., 103.

²⁸⁶ Ídem., 109.

²⁸⁷ Cfr. Ídem., 65-67.

²⁸⁸ Ídem., 110 “Si, por ejemplo, alguien dice que necesita drogas, podemos contestar que esa necesidad es real (él sabe que lo necesita) pero no es una verdadera necesidad, porque la persona que toma drogas se instrumentaliza a sí misma al destruir su propia autonomía.”

²⁸⁹ Ídem., 112.

así lo quiere (aunque la necesidad de suicidarse sea muy real) y que cada ser humano pueda elegir esforzarse hacia lo que desee ser (aunque pueda elegir no esforzarse). Más aún, puesto que la asignación es un permiso, no garantiza que la persona alcance sus metas, sólo que tendrá posibilidades de hacer algo para alcanzar las metas que se fije.”²⁹⁰

Desde esta perspectiva, asimismo, se entiende que todas las necesidades (aceptables) no solo deben ser reconocidas, sino también satisfechas. No obstante, Heller reconoce que en las condiciones presentes no será posible satisfacer todas las necesidades y por ello resulta obligatorio establecer prioridades. Ya que ello no puede ser impuesto, nuestra autora considera que tales prelacións deberían determinarse a partir del debate público democrático²⁹¹, en los que “las fuerzas sociales que representan necesidades igualmente reales decidirán (siempre, una y otra vez, por medio del consenso) qué tipos de satisfacción de necesidades habrían de ser preferidos en su satisfacción frente a otras necesidades –igualmente reconocidas[–]”. En efecto, si –como explica la autora– no puede imponerse a las personas cuáles son sus necesidades ni cuáles de estas deben ser satisfechas en perjuicio de otras –no sin vulnerar su dignidad–, la alternativa es que estas mismas discutan y lleguen a acuerdos razonables respecto a las prioridades para su satisfacción.

Finalizando este apartado, consideramos necesario mencionar que a veces la teoría de las necesidades en nuestra autora –básicamente en la segunda Heller– adquiere un aire conservador, al aceptar sin más las necesidades tal y como son postuladas por las personas, no obstante ser cierto –como denunciaba el marxismo– que las sociedades modernas tienden a predisponer a las personas hacia necesidades vinculadas a la sobrevivencia y a otras que deben ser satisfechas de manera cuantitativa (por acumulación de bienes) y que son generadas por el mercado, lo cual conserva y reproduce el sistema. Similar impresión se genera si tenemos en cuenta que Heller tiene por auspiciosa la existencia de en un Estado de bienestar que permita la satisfacción del común de necesidades humanas –las que fueran– con tal que uno mismo la reconozca como tales (así, podrían ser necesidades que simplemente afirmen el estatus quo, permaneciendo insatisfechas carencias importantes vinculadas a la dignidad y la autonomía).

²⁹⁰ Ídem., 113.

²⁹¹ Ídem., 61.

Ahora bien, no obstante lo anterior, (la última) Agnes Heller reivindica todavía la noción de “necesidades radicales” que mencionamos antes (y que proviene de su primera época), las cuales demandan ser satisfechas de forma cualitativa, al tratarse de necesidades de corte mayormente cultural-espiritual, que no pueden ser satisfechas en un mundo basado en la acumulación, la explotación y la dependencia. Por el contrario, esas necesidades orientan a las personas hacia ideas y prácticas que acaben con la subordinación y dependencia²⁹², asimismo, “representan diferentes modos de vida y se dirigen a la realización de un mundo cultural plural, superador de las formas sociales de dominación, donde lo prioritario es la transformación de las relaciones sociales y humanas”²⁹³.

En suma, recapitulando, el desarrollo de la teoría de las necesidades humanas que realiza Heller tiene varios aportes de interés a efectos de construir nuestra noción de necesidades básicas: la denuncia de que la sociedad (o el sistema) generan un conjunto de necesidades que no tienen como objetivo el bienestar de las personas sino el mantenimiento y reproducción del sistema; la idea de que las necesidades humanas no pueden impuestas desde una burocracia o desde “grandes narrativas”; el reconocer que –pese a lo anterior– puede establecerse necesidades generales (socio-políticas) para ser implementadas desde las instituciones públicas (Estado de bienestar); que las necesidades humanas finalmente afirman libertades de las que cada persona dispone autónomamente, y que las prioridades en la implementación entre unas y otras necesidades debe ser resuelta de manera política-democrática (y no aludiendo a una jerarquía metafísica o esencialista)²⁹⁴.

2.3. Teoría de las capacidades básicas y del desarrollo humano

Otra fuente que nos permite fundamentar los derechos humanos o fundamentales desde las necesidades básicas es desde la afirmación de que existe un conjunto de capacidades esenciales

²⁹² Ídem., 116.

²⁹³ AÑÓN ROIG, María José. “De las necesidades radicales a las necesidades humanas”. Ob. cit., p. 65.

²⁹⁴ Como también se podrá notar, hay diversos postulados que no compartimos, por ejemplo aquellos vinculados al liberalismo kantiano, que finalmente deja a las necesidades muy vinculadas a los deseos de cada quien, a tener conciencia sobre las propias necesidades o a que todas las necesidades reconocidas deben ser satisfechas. Ello resta virtualidad a las necesidades como cuestiones al margen de los deseos e intereses de cada quién, y que algunas (las necesidades básicas) de estas son más urgentes que las otras.

para el desarrollo o el bienestar humano. Si bien son varios los autores que se han aproximado este tema²⁹⁵, queremos destacar sobre todo los interesantes aportes de Amartya K. Sen y Martha Nussbaum, quienes aluden a las capacidades humanas.

La importancia de estos autores es que superan los planteamientos basados en doctrinas o filosofías metafísicas, para aproximarse a la idea de bienestar humano desde una concepción principalmente “política” (en sentido similar al expuesto por John Rawls en *Liberalismo político*²⁹⁶²⁹⁷). De esta forma, el enfoque de las capacidades no presupone ponernos de acuerdo sobre

²⁹⁵ Como también se podrá notar, hay diversos postulados que no compartimos, por ejemplo aquellos vinculados al liberalismo kantiano, que finalmente deja a las necesidades muy vinculadas a los deseos de cada quien, a tener conciencia sobre las propias necesidades o a que todas las necesidades reconocidas deben ser satisfechas. Ello resta virtualidad a las necesidades como cuestiones al margen de los deseos e intereses de cada quién, y que algunas (las necesidades básicas) de estas son más urgentes que las otras.

²⁹⁵ Algunos de ellos vinculados al paradigma neoconstitucional estándar, como J. Rawls y su idea de “bienes básicos” o como C. S. Nino al referirse las “necesidades básicas”. Garzón Valdés, asimismo, se ha referido a los “bienes básicos”, es decir, “bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida” y que forman parte de lo que denomina “coto vedado”, ámbito indisponible (libres de negociación o compromisos) para las mayorías y el poder político. También autores referenciales para la Teoría del Derecho, aunque fuera del constitucionalismo canónico, han tratado tema igualmente desde una perspectiva moral o especulativa. Hart, por ejemplo, se refirió a un “contenido mínimo del Derecho Natural” y señalando algunas “verdades obvias” vinculadas con la supervivencia humana, que deben ser tenidas en cuenta como contenido necesario de las normas jurídicas y morales: vulnerabilidad humana, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos limitados, y comprensión y fuerza de voluntad limitados (cfr. HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 239 y ss.). Finnis, en similar sentido (vide FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press, New York, 1996, pp. 85-89), sostuvo que existen un conjunto de bienes o valores humanos básicos, que son obvios (*indemonstrable but self-evident principles*), universales, últimos (todo otros bien humano se reconduce a estos), todos igualmente importantes, necesarios para el “florecimiento humano”: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad (amistad), razonabilidad práctica y religión (aunque Pereira Sáez explica que Finnis, posteriormente, “enuncia [otros] siete bienes básicos: la vida; el conocimiento, que incluye la experiencia estética; la amistad o sociabilidad; el matrimonio; la excelencia en la realización, que incluye el juego y el trabajo; la prudencia o cualidad de razonable en el ámbito de la práctica, que incluye la armonía interna y la autenticidad en el comportamiento, y la relación con Dios o armonía con el origen de todo lo que existe”. Vide PEREIRA SÁEZ, Carolina. *La autoridad del Derecho. Un diálogo con John M. Finnis*. Comares, Granada, 2008, p. 84).

²⁹⁶ Si bien los planteamientos de nuestros autores se inspiran en las propuestas del John Rawls de *Liberalismo político* (por ejemplo respecto de la idea de sociedad justa, la crítica al utilitarismo o la idea política de justicia), también critican dura y satisfactoriamente varias propuestas rawlsianas.

²⁹⁷ En *Liberalismo político*, John Rawls hace una autocrítica respecto a la concepción “poco realista” e “incongruente” que formuló en su *Teoría de la justicia*, que tenía un carácter bastante metafísico y suponía la existencia de una sociedad “bien ordenada” en la que los ciudadanos aceptan unánimemente los “principios de justicia”. Esta deficiencia buscó ser superada en la referida obra, exponiendo una concepción política de justicia (liberal), con el objeto de “poner al descubierto las condiciones de la posibilidad de una base pública de justificación razonable acerca de las cuestiones políticas fundamentales”, lo que permitiría que diversas “doctrinas comprensivas razonables” (concepciones metafísicas aceptables en un régimen constitucional y democrático) dialoguen y lleguen a consensos razonables sobre tales asuntos); vide RAWLS,

cuestiones morales, filosóficas o religiosas (en gran medida inconmensurables o incompatibles entre sí), sino implica, de manera menos pretenciosa y más realista, que llegamos a consensos básicos sobre lo justo, incluso sobre lo injusto²⁹⁸, sobre la base de un marco de referencia que permita el diálogo y la reflexión pública²⁹⁹. Ya que estos consensos son obtenidos a partir de la deliberación pública, el resultado sería uno razonable y aceptable para distintas doctrinas, por lo que se trataría de un acuerdo político, no metafísico. Esto, como explicaremos, es sumamente importante para nuestros propósitos, pues ayuda a superar las limitaciones del liberalismo kantiano, los constructivismos o, en general, las doctrinas metafísicas o esencialistas como fundamento último de los derechos humanos y fundamentales.

El enfoque de las capacidades no nace como una teoría moral o de la justicia³⁰⁰ ni tampoco como una justificación para los derechos humanos o fundamentales³⁰¹. Más bien, se presenta como una alternativa a aquellas formas de medir el desarrollo o la calidad de vida, vinculadas esencialmente a la medición de los productos nacionales brutos y el aumento de las rentas per cápita. En efecto, Amartya Sen formula la idea del desarrollo de las capacidades con la finalidad de medir el grado de libertad y desarrollo de las personas, realizando una evaluación comparativa de la calidad de vida³⁰². Sen (premio Nobel de Economía por recuperar la perspectiva ética de esta disciplina³⁰³) explicó que el desarrollo de los pueblos debe concebirse “como un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos”³⁰⁴, planteando así una noción del “desarrollo como libertad”³⁰⁵.

John. *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003, pp. 11-23. Asunto distinto es si realmente la segunda concepción de Rawls es real o suficientemente política.

²⁹⁸ Cfr. NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia*. Paidós, Barcelona, 2007, p. 163 y ss., o SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Taurus, Madrid, 2010, pp. 13-16.

²⁹⁹ Precisamente, esto queda claro en SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Ob. cit.

³⁰⁰ Aunque tanto Sen como Nussbaum tienen varias líneas escritas sobre asuntos vinculados a los derechos humanos y fundamentales. Debido a que en sus planteamientos encontramos dificultades analíticas que no podrían ser tratadas acá, nos centramos en sus aportes referidos al enfoque de las capacidades y las capacidades humanas básicas.

³⁰¹ Aunque tanto Sen como Nussbaum tienen varias líneas escritas sobre asuntos vinculados a los derechos humanos y fundamentales. Debido a que en sus planteamientos encontramos dificultades analíticas que no podrían ser tratadas acá, nos centramos en sus aportes referidos al enfoque de las capacidades y las capacidades humanas básicas.

³⁰² SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Planeta, Bogotá, 2000, p. 42.

³⁰³ Sobre la relación entre Economía y ética, véase el esclarecedor texto de este autor *Sobre ética y economía*. Alianza Editorial, Madrid, 1999, pp. 19 y ss.

³⁰⁴ Así, “[e]l desarrollo consiste en la eliminación de algunos tipos de falta de libertad que dejan a los individuos pocas opciones y escasas oportunidades para ejercer su agencia razonada” (SEN, Amartya.

Esta noción de desarrollo como expansión de “libertades reales” permite entender que no basta con conocer el aumento de los ingresos personales o el mejoramiento de las posiciones sociales para medir el grado de libertad de las personas, pues la capacidad para hacer o ser algo no está relacionada solo con las rentas o el nivel de opulencia de cada quien; efectivamente, transformar las rentas en libertad real depende de muchos factores y condicionamientos³⁰⁶. Como explica el economista indio: “el crear la igualdad de la propiedad de recursos o de la posesión de bienes básicos no equipara necesariamente las libertades fundamentales de que disfrutaban unos y otros, puesto que pueden haber variaciones significativas en las transformaciones de los recursos y de los bienes básicos en niveles superiores de libertades”³⁰⁷.

De esta forma, la libertad no puede evaluarse a partir de, por ejemplo, la igualdad en la posesión de bienes básicos (J. Rawls) o en los recursos (R. Dworkin³⁰⁸), pues estos únicamente son medios para obtener libertad³⁰⁹. La igualdad de bienes primarios y de recursos no da inmediatamente mayor libertad para seleccionar una vida en particular ni para alcanzarla³¹⁰, sino que esta depende más bien de las *capacidades*. Así visto, debería aspirarse más bien a una “igualdad de capacidades”³¹¹ antes que a una “igualdad de medios”, poniendo énfasis en la “capacidad de

Desarrollo y libertad. Ob. cit., p. 16). “El éxito de una sociedad ha de evaluarse, desde este punto de vista, principalmente en función de las libertades individuales de que disfrutaban sus miembros” (ídem., p. 35).

³⁰⁵ Especialmente esclarecedor en este punto es *Desarrollo y libertad*. Ob. cit., pp. 19-20. El enfoque de las capacidades de Sen es una forma de liberalismo, pero no el convencional y extendido que entiende a la libertad como “no interferencia”.

³⁰⁶ SEN, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Alianza Editorial, Madrid, 1995, pp. 40-43; Ibídem. *La idea de la justicia*. Taurus, Madrid, 2010, pp. 283 y ss.

³⁰⁷ SEN, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Ob. cit., p. 47

³⁰⁸ Como por ejemplo en *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Paidós, Barcelona, 2003, p. 75 y ss. Sen vuelve muchas partes de su obra a mencionar los ejemplos de Rawls y Dworkin (ambos conocidos como “liberales igualitarios”, por cierto), por sobre otros autores.

³⁰⁹ SEN, Amartya. *Bienestar, justicia y mercado*. Paidós-ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1997, pp. 114-116; Ibídem, *La idea de la justicia*. Ob. cit., pp. 290-298

³¹⁰ SEN, Amartya. *Bienestar, justicia y mercado*. Ob. cit., p. 115.

³¹¹ Cfr. SEN, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Ob. cit., p. 20. En sentido figurado, porque en realidad no se pretende que las personas tengan conjuntos iguales de capacidades; esta igualdad debe entenderse como eliminación de desigualdades de capacidad que sean posibles, atendiendo a que estas en muchos casos son inconmensurables y dependen de las circunstancias de cada individuo. Cfr. Ibídem, *La idea de la justicia*. Ob. cit., pp. 262 (su enfoque apunta en realidad a la “relevancia central de la desigualdad de capacidades”) y 295 (y no aboga por “la igualdad de capacidad para alcanzar el bienestar”).

conseguir aquellos ‘funcionamientos’ valiosos que componen nuestra vida, y más generalmente de conseguir nuestra libertad de fomentar los fines que valoramos”³¹².

Así, esta perspectiva plantea que la calidad de vida alude a lo que se logró y *se tuvo opción de elegir*³¹³, y mejorar esto implica incidir en las *capacidades humanas* para realizar *funcionamientos*, es decir, aquellas combinaciones de cosas que uno logra ser o hacer al vivir³¹⁴. En este sentido –y expresado de manera algo técnica–, Sen y Nussbaum consideran que tales *capacidades* se refieren a las combinaciones alternativas de funcionamientos, entre las cuales que una persona puede elegir la que tendrá³¹⁵.

De modo más sencillo, señalamos que estas capacidades no solo se refieren a aquello que las personas finalmente lleguen a ser o hacer (realizaciones), sino incluso a la libertad para decidir sobre ello, dentro de un amplio conjunto de alternativas posibles (oportunidades)³¹⁶. El enfoque las capacidades, como puede apreciarse, al evaluar las ventajas individuales se concentra *en la libertad real de las personas tanto para ser y hacer lo que consideran valioso, como para elegir lo que desean, valoran y escogen ser y hacer*. Ello implica que, además de atender a la *realización de funcionamientos humanos y metas personales*, tengamos en cuenta la *oportunidad real para elegir entre varias posibilidades y conjuntos de realización*³¹⁷.

Ahora bien, de acuerdo con Sen, existen dos libertades relevantes que vale la pena distinguir en torno a las realizaciones: la *libertad de bienestar* y la *libertad de agencia*. La primera alude a la libertad para conseguir aquellas cosas que constituyen el propio *bienestar*, noción que trasciende a la idea de “estar bien” (en términos de riqueza o de posición social³¹⁸) y que evoca más bien la

³¹² SEN, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Ob. cit., p. 9.

³¹³ SEN, Amartya. “Capacidad y bienestar”. En: *La calidad de vida*. Martha Nussbaum y Amartya Sen (compiladores) México DF, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 59.

³¹⁴ Ídem, p. 55.

³¹⁵ SEN, Amartya y NUSSBAUM, Martha. “Introducción”. En: *La calidad de vida*. Martha Nussbaum y Amartya Sen (compiladores) México DF, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 18.

³¹⁶ Cfr. SEN, Amartya. *Bienestar, justicia y mercado*. Ob. cit., p. 81; NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia*. Ob. cit., p. 288.

³¹⁷ El “enfoque de las capacidades”, qué duda cabe, es más complejo y rico de lo que podríamos explicar en este apartado. Lo importante de este enfoque, en todo caso, es el “foco de información” escogido para evaluar la justicia o injusticia de una sociedad, en este caso, las capacidades humanas. Cfr. SEN, Amartya. *La idea...* Ob. cit., pp. 258-278.

³¹⁸ SEN, Amartya. *Bienestar, justicia y mercado*. Ob. cit., pp. 74-75.

capacidad para conseguir las realizaciones que uno estima valiosas para sí³¹⁹. Por su parte, la libertad de agencia se refiere a un concepto más amplio de libertad, no solo para buscar el propio bienestar, sino todo aquello que la persona, como *agente responsable*, quiera hacer o conseguir en atención a las metas o valores que juzgue importantes³²⁰. De esta forma, en un caso la atención se coloca en el propio bienestar; en el otro, en cualquier meta que se considere relevante conforme a la propia comprensión sobre lo bueno o justo (aunque ello implique atentar contra el bienestar de uno mismo)³²¹.

Ahora bien, esta distinción entre *libertad de bienestar* y *de agencia* es de sumo interés a efectos de nuestra noción de necesidades básicas. De una parte, la idea de *bienestar* (y de la *libertad de bienestar*) reporta varias ventajas, pues: (1) puede medirse y cuantificarse de mejor forma que la libertad de agencia (es posible disponer de información sobre el *bienestar* atendiendo a logros alcanzados o cosas que uno valora³²²), (2) puede reflejarse mejor en un conjunto de capacidades (por la facilidad de vincular el bienestar personal con funcionamientos alcanzados³²³) y (3) permite reconocer objetivos para políticas públicas, como es la satisfacción de necesidades básicas (pues permite identificar objetos de valoración³²⁴, así como capacidades y funcionamientos relevantes por satisfacer³²⁵). En la orilla opuesta, la *libertad de agencia* resulta demasiado amplia e inmensurable, y en su análisis ingresan elementos diversos y distintos a las capacidades personales (en especial, concepciones de bien); asimismo, no está vinculada a lo básico o esencial que, a efectos de una noción de necesidades básicas, resulta de nuestro principal interés³²⁶.

³¹⁹ *Ibíd.*, pp. 80-84.

³²⁰ *Ídem*, p. 86.

³²¹ Sen explica que “[u]na persona como agente no tiene por qué guiarse solamente por su propio bienestar. Los logros de la agencia se refieren al éxito de la persona en búsqueda de la totalidad de sus metas y objetivos”. Y precisa: “[s]i una persona pretende conseguir digamos, la independencia de su país, o la prosperidad de una comunidad, o alguna meta de este tipo, su realización como agente implicaría valorar estados de cosas a la luz de estos objetivos, y no solo a la luz de la medida en que estos logros contribuyan a su bienestar”³²¹. Desde luego, objetivos de esta trascendencia pueden buscarse incluso a costa del propio bienestar o provecho de la persona, siendo necesario tomar en cuenta en la libertad de agencia “sus objetivos, fidelidades, obligaciones y –en un sentido amplio– su concepción del bien” SEN, Amartya. *Bienestar, justicia y mercado*. Ob. cit., pp. 85-86.

³²² SEN, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Ob. cit., pp. 53-67.

³²³ Cfr. *Ídem*, p. 72.

³²⁴ *Ibíd.*, *Bienestar, justicia y mercado*. Ob. cit., pp. 91

³²⁵ *Ibíd.*, *Nuevo examen de la desigualdad*. Ob. cit., pp. 54 y ss.

³²⁶ Ahora bien, se trata de una opción metodológica: lo cierto es que en la práctica la libertad de bienestar está influida por los objetivos –más o menos amplios– que las personas tienen en cuanto agentes.

Por ello, a efectos de esta tesis, antes que reconocer el valor de la *libertad general de acción* (una idea de libertad amplia y enriquecida, equivalente a *la libertad de agencia*), nuestro cometido es encontrar atributos humanos esenciales que permitan reconocer necesidades básicas para fundamentar los derechos humanos, y para ello es útil encontrar, por ejemplo, umbrales mínimos de capacidad vinculados a la idea de *bienestar* (y de *libertad básica* para alcanzarlo³²⁷). A este respecto, el aporte del enfoque de las capacidades es potente, en la medida que favorece la elaboración un listado de *capacidades humanas básicas*.

Sobre esto último, si bien Amartya Sen se opone a formular él mismo una lista taxativa de capacidades básicas, acepta –si hemos entendido bien– que esto podría realizarse atendiendo a cierta uniformidad aproximada a las preferencias personales, si bien tal lista siempre se encontraría socialmente condicionada³²⁸. Pero ha sido Martha Nussbaum quien, distanciándose en este punto de Sen, y en concordancia con las ideas marxiana de “funcionamiento auténticamente humano” y aristotélica de “que hay ciertas funciones cuya disponibilidad o posibilidad hacen humana una vida en vez de animal”³²⁹, propone una lista de diez capacidades humanas básicas, como requisitos o derechos básicos constitutivos de a toda vida humana digna³³⁰:

“1. *Vida*. Poder vivir hasta el término de una vida humana de una duración normal; no morir de forma prematura o antes de que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla.

2. *Salud física*. Poder mantener una buena salud, incluida la salud reproductiva; recibir una alimentación adecuada; disponer de un lugar adecuado para vivir.

³²⁷ Ahora bien, no afirmamos que la *libertad de bienestar* sea una *libertad básica* (con lo explicado queda claro que es más que eso). Señalamos que es más fácil establecer lo básico (capacidades, funcionamientos) a partir del ámbito del bienestar antes que de la agencia; y, en ese sentido, nos interesa referirnos aquí a una *libertad básica o mínima*, antes que a una libertad general de acción vinculada al despliegue de la propia personalidad.

³²⁸ Cfr. SEN, Amartya. “¿Igualdad de qué?” En: *Libertad, igualdad y Derecho. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*. Sterling M. McMurrin (editor), Ariel, Barcelona, 1988, especialmente 152-154.

³²⁹ Ahora bien, es necesario precisar que Nussbaum ha precisado que “el enfoque de las capacidades no es una teoría sobre lo que la naturaleza humana es o no es, ni interpreta normas a partir de la naturaleza humana innata. Es, más bien, evaluativo y ético desde el principio: se pregunta qué cosas, de entre muchas para las que los seres humanos pueden desarrollar una capacidad de desempeño, son aquellas que una sociedad con un mínimo aceptable de justicia se esforzará por nutrir y apoyar”. *Ibidem. Crear capacidades...* Ob. cit., p. 48.

³³⁰ Cfr. NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras...* Ob. cit., p. 86-87.

3. *Integridad física*. Poder moverse libremente de un lugar a otro; estar protegido de los ataques violentos, incluidas las agresiones sexuales y la violencia doméstica; disponer de oportunidades para la satisfacción sexual y para la elección en cuestiones reproductivas.

4. *Sentidos, imaginación y pensamiento*. Poder usar los sentidos, la imaginación, el pensamiento y el razonamiento y hacerlo de un modo “verdaderamente humano”, un modo formado y cultivado por una educación adecuada, que incluya (aunque ni mucho menos esté limitada a) la alfabetización y la formación matemática y científica básica. Poder usar la imaginación y el pensamiento para experimentación y la producción de obras y actos religiosos, literarios, musicales o de índole parecida, según la propia elección. Poder usar la propia mente en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión política y artística, y por la libertad de práctica religiosa. Poder disfrutar de experiencias placenteras y evitar el dolor no beneficioso.

5. *Emociones*. Poder sentir apego por cosas y personas externas a nosotras y nosotros mismos; poder amar a quienes nos aman y se preocupan por nosotros, y sentir duelo por su ausencia; en general, poder amar, apenarse, sentir añoranza, gratitud e indignación justificada. Que no se malogre nuestro desarrollo emocional por culpa del miedo y la ansiedad. (Defender esta capacidad significa defender, a su vez, ciertas formas de asociación humana que pueden demostrarse cruciales en el desarrollo de aquella.)

6. *Razón práctica*. Poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente acerca de la planificación de la propia vida. (Esta capacidad entraña la protección de la libertad de conciencia y de observancia religiosa.)

7. *Afiliación*. a) Poder vivir con y para los demás, reconocer y mostrar interés por otros seres humanos, participar en formas diversas de interacción social; ser capaces de imaginar la situación de otro u otra. (Proteger esta capacidad implica

proteger instituciones que constituyen y nutren tales formas de afiliación, así como proteger la libertad de reunión y de expresión política.) b) Disponer de las bases sociales necesarias para que no sintamos humillación y sí respeto por nosotros mismos; que se nos trate como seres dignos de igual valía que los demás. Esto supone introducir disposiciones que combatan la discriminación por razón de raza, sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión y origen nacional.

8. *Otras especies*. Poder vivir una relación próxima y respetuosa con los animales, las plantas y el mundo natural.

9. *Juego*. Poder reír, jugar y disfrutar de actividades recreativas.

10. *Control sobre el propio entorno*. a) *Político*. Poder participar de forma efectiva en las decisiones políticas que gobiernan nuestra vida; tener derecho a la participación política y a la protección de la libertad de expresión y de asociación. b) *Material*. Poder poseer propiedades (tanto muebles como inmuebles), y ostentar los derechos de propiedad en igualdad de condiciones con las demás personas; tener derecho a buscar trabajo en un plano de igualdad con los demás; estar protegidos legalmente frente a registros y detenciones que no cuenten con la debida autorización judicial. En el entorno laboral, ser capaces de trabajar como seres humanos, ejerciendo la razón práctica y manteniendo relaciones valiosas y positivas de reconocimiento mutuo con otros trabajadores.”³³¹

Como precisa la misma Martha Nussbaum, esta no pretende ser una lista cerrada. Por el contrario, desde su formulación abierta, queda sometida al debate público, con la posibilidad de ser mejorada y precisada por cada comunidad política³³². Asimismo, tiene una clara vocación de universalidad, ya que estas diez capacidades son ofrecidas como “un umbral mínimo que la comunidad mundial deberá tratar de alcanzar en cada caso”, como ocurre por ejemplo con los derechos humanos³³³. En similar sentido, esta lista permite identificar objetivos básicos y

³³¹ *Ibíd.* *Crear capacidades...* Ob. cit., pp. 53-54. Antes en *Ídem*, *Las fronteras...* pp. 88-89.

³³² *Ibíd.* *Las fronteras...* Ob. cit., p. 90.

³³³ *Ídem*, p. 288; cfr. *Ibíd.*, *Capacidades como titulaciones fundamentales. Sen y la justicia social*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 23-24

prioritarios para la política, por lo que en suma, estas capacidades expresarían un “derecho moral” que debe ser desarrollado.

Este listado, además, se encuentra vinculado con la idea aristotélica de “florecimiento humano”, que ha sido materia de amplio desarrollo por parte de diversos autores³³⁴; es más, desde diversas perspectivas se han planteado completos listados de capacidades humanas básicas con similar contenido, aunque a veces utilizando diferentes nombres (tales como “necesidades humanas”³³⁵ o “dimensiones del desarrollo humano”³³⁶)³³⁷ a partir de criterios técnicos similares (multidisciplinarios: sociológicos, antropológicos, económicos y otros, sin abandonar la perspectiva filosófica); lo cual no solo da a todas estas iniciativas cierto “aire de familia”, sino que incluso ha permitido su universalización a efectos de medir de mejor manera el desarrollo humano (o la pobreza multidimensional), incluso en ámbitos tan importantes como el seno de la Organización de Naciones Unidas³³⁸.

Con lo anotado hasta aquí, podemos afirmar que este enfoque aporta a la noción de necesidad básica que vamos apuntalando: la perspectiva aristotélica sobre la persona que permite concentrarnos en las capacidades constitutivas de una vida humana dignamente vivida (el “florecimiento humano”); entender que el desarrollo o bienestar de las personas no se basa en “logros” como la realización de funciones, la obtención de beneficios o la asignación de recursos, sino que es necesario atender a sus capacidades y, dentro de estas, especialmente a las capacidades humanas básicas; que estas capacidades que pueden ser enunciadas en una lista de carácter político, susceptible de debate y concreción en cada sociedad, no obstante su vocación universal; que esta lista es política –tentativa y revisable– al no depender de teorías totales de la justicia (“doctrinas comprensivas”, “grandes narrativas”, o teorías metafísicas o especulativas), y

³³⁴ DIETERLEN, Paulette. “Cuatro enfoques sobre la idea del florecimiento humano”. En *Desacatos*. N.º 23, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México D.F., enero-abril de 2007; BOLTVINIK, Julio. “De la pobreza al florecimiento humano: ¿teoría crítica o utopía? (Presentación)”. En: *Desacatos*. N.º 23, Loc. cit.; BOLTVINIK, Julio. “Elementos para la crítica de la economía política de la pobreza”. En: *Desacatos*. N.º 23, Loc. cit.

³³⁵ Además de Doyal et al y Max-Neef (infra, notas 364 y 372), vide MASLOW, Abraham H. *Motivación y personalidad*. Díaz de Santos, Madrid, 1991.

³³⁶ ALKIRE, Sabina. “Dimensions of Human Development”. En: *World Development*. Vol. 30, N.º 2, febrero de 2002.

³³⁷ Incluso suele aludirse a índices de “bienestar”, de “felicidad”, de “calidad de vida”, etc.

³³⁸ Como ocurre, ciertamente, con los Índices de Desarrollo Humano (IDH). Para revisar los Informes de desarrollo humano, así como la evolución y el contenido de los mencionados índices, cfr. <<http://hdr.undp.org/es/>>.

a la vez tampoco es víctima del relativismo³³⁹ ni de la posible banalización que implica reconocer como iguales asuntos de distinta importancia³⁴⁰. Asimismo, enfatiza una cuestión esencial y que esbozamos en nuestra propuesta de idea de justicia: no es posible considerar como justa aquella sociedad que no garantiza la realización de las capacidades básicas; es más, Nussbaum considera que la lista de capacidades ha de ser perfeccionada razonablemente a través de la deliberación pública de quienes están inmersos en estas condiciones, todo lo cual es favorable a comprender exigencias básicas de justicia en las que podrían convenir personas razonables, tanto como punto de partida (satisfacción de condiciones humanas elementales) como en el de llegada (exigencias de una sociedad justa)³⁴¹.

2.4. Tradición política republicana

Desde nuestra perspectiva, a toda concepción de derechos humanos (y de Constitución) le es siempre inherente una ideología política, en la medida que implica afirmar una perspectiva sobre las relaciones y los límites entre las personas, la sociedad y poder político. Al respecto, como adelantamos al referirnos al constitucionalismo contemporáneo, sostenemos que el liberalismo – en el que se sustenta el neoconstitucionalismo canónico– es insuficiente para responder a los dilemas que se le presentan. Consideramos, más bien, que desde el republicanismo puede brindarse respuestas mejores y coherentes para el constitucionalismo actual.

Ahora bien, como ocurre con cualquier tradición política (por ejemplo la liberal, la conservadora, la comunitarista, etc.), no existe uno, sino varios tipos o formas de republicanismo. En efecto, no fue igual el republicanismo de Grecia, de Roma, de Italia florentina en el Renacimiento, o de Inglaterra del Parlamento Largo. Igualmente, son distintas las vertientes contemporáneas de Michael Sandel (de talante conservador y cercano al comunitarismo), de Cass Sunstein (neorrepublicano que se

³³⁹ Planteado por argumentos del pluralismo y críticas al universalismo. Cfr. NUSSBAUM, Martha. *Capacidades como titulaciones...* Ob. cit., p. 42.

³⁴⁰ Cfr. Ídem, pp. 39-40.

³⁴¹ También vale la pena destacar que este enfoque resalta la obtención de libertades reales para las personas (capacidades como oportunidades), lo que permite ir más allá de los derechos como meras titularidades iusfundamentales (lo que, bien visto, tiene carácter básicamente jurídico-ideal, vinculado a la noción abstracta y universal de dignidad humana).

distancia el republicanismo clásico), o de Quentin Skinner y Philip Pettit (más próximos al liberalismo igualitario).

No obstante lo anterior, la finalidad de esta parte de la investigación no podría ser desarrollar el contenido del republicanismo en general ni de sus modalidades, tomando partido por alguna de ellas. En tal sentido, a efectos de este trabajo, solo presentaremos, a grandes rasgos, las características generales del republicanismo al que nos adscribimos³⁴². Este:

(1) Considera a las personas como sujetos sociales y políticos, responsables de su entorno y comunidad. Valora especialmente la participación de las personas en los asuntos públicos y en la persecución del bien común, a quienes las concibe como “ciudadanos” que participan activamente del Estado y de los asuntos públicos en general³⁴³. No existe una separación fuerte entre las éticas pública y privada³⁴⁴.

(2) La libertad individual es entendida como “no dominación”, eso significa que nadie es dominado por otro³⁴⁵, que nadie debe tener capacidad para hacerlo y que ello debe estar garantizado institucionalmente por la comunidad política³⁴⁶. Asimismo, entiende que cualquier interferencia potencial o real con el ánimo de hacer daño debe ser limitada³⁴⁷ (provenga del poder político o privado). Ahora bien, no se prohíbe cualquier interferencia en las libertades, sino básicamente todo dominio o interferencia que sea arbitrario³⁴⁸.

³⁴² A efectos de esta caracterización, hemos tenido especialmente en cuenta: GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Paidós, Barcelona, 1999, p. 161 y ss.; BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”. En: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año 5, N.º 9, Madrid, 2000, p. 65 y ss.; HABERMAS, Jürgen. “Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana”. En: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año 2, N.º 3, Madrid, 1994, p. 215 y ss.; GINER, Salvador. “Las razones del republicanismo”. En: *Claves de Razón Práctica*. N.º 81, 1998, p. 2 y ss.

³⁴³ Cfr. MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 250 y ss.

³⁴⁴ CORTINA, Adela. *Justicia cordial*. Trotta, Madrid, 2010, pp. 37-38.

³⁴⁵ PETTIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 78 y ss, y 96.

³⁴⁶ cfr. OVEJERO, Félix, MARTÍ, José Luis y GARGARELLA, Roberto. “Introducción”. En: *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella (compiladores). Paidós, Barcelona, 2004, pp. 31 y ss.

³⁴⁷ PETTIT, Philip. “Liberalismo y republicanismo”. En: *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella (compiladores). Paidós, Barcelona, 2004, p. 119.

³⁴⁸ Cfr. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. “Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder”. En: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las

(3) Además, atribuye un rol importante la libertad de la propia comunidad política, esto es, la autonomía colectiva o el “autogobierno” de los ciudadanos³⁴⁹.

(4) Promueve una ciudadanía de libertades basada en valores y virtudes cívicas³⁵⁰; considera que el ejercicio de la ciudadanía permite generar y mantener vínculos de unidad política. Asimismo, los deberes ciudadanos (y no solo los derechos) adquieren un especial valor, en atención a la vida en comunidad y al buen gobierno de la ciudad.

(5) La condición de ciudadanía plena (participación en los asuntos públicos y ausencia de dominación) requiere de la satisfacción de precondiciones políticas y económicas. En este sentido, el republicanismo considera necesarios una institucionalidad y derechos políticos básicos, la consolidación y promoción de la deliberación pública³⁵¹, así como la satisfacción de necesidades humanas esenciales³⁵².

Conforme a lo anotado, y especialmente en relación con la idea de derechos humanos o fundamentales, consideramos importante destacar que el ejercicio efectivo de una ciudadanía republicana implica, necesariamente, la satisfacción de condiciones materiales mínimas³⁵³, pues —a

Casas. Año 5, N.º 9, Madrid, 2000 y HABERMAS, Jürgen. “Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana”. En: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año 2, N.º 3, Madrid, 1994.

³⁴⁹ OVEJERO, Félix. *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*. Katz, Buenos Aires, 2008, p. 145 y ss.

³⁵⁰ OVEJERO, Félix. *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*. Katz, Buenos Aires, 2008, p. 20 y ss.; RUBIO CARRACEDO, José. *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*. Trotta, Madrid, 2007, p. 159 y ss.; HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 94 y ss.; ROSALES, José María. *Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa del cosmopolitanismo cívico*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 135 y ss.

³⁵¹ MARTÍ, José Luis. Ob. cit., pp. 297 y ss.; SUNSTEIN, Cass R. “Más allá del resurgimiento republicano”. En: *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella (compiladores). Paidós, Barcelona, 2004, pp. 150 y ss.

³⁵² Respecto de esto último, se alude incluso a una dimensión económica de la ciudadanía. Cfr. HÖFFE, Otfried. *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo*. Katz, Buenos Aires, 2007, pp. 21-86; FARRÉS JUSTE, Oriol. “El trasfondo económico de la ciudadanía”. En: *Democracia sin ciudadanos. La construcción de la ciudadanía en las democracias liberales*. Victoria Camps (editora), Trotta, Madrid, 2010, pp. 40-54; CORTINA, Roxana. Ob. cit., pp. 66-67.

³⁵³ STOTZKY, Irwin. “Crear las condiciones para la democracia”. En: AA.VV. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye (Compiladores). Gedisa, Barcelona, 2004, p. 202 y ss; cfr. OVEJERO, Félix, MARTÍ, José Luis y GARGARELLA, Roberto. “Introducción”. En: *Nuevas ideas*

diferencia del ideal liberal de “no interferencia”– la libertad republicana tiene una naturaleza profundamente igualitaria³⁵⁴.

En efecto, el ideal de “República” en la tradición política que analizamos es la de una comunidad de ciudadanos libres y también iguales³⁵⁵. Esta condición, desde luego, nos aleja de la visión abstencionista y aséptica sobre el Estado y, por el contrario, nos aproxima a un compromiso del gobierno por remover los obstáculos que impiden la plena autonomía del individuo y también la de la comunidad política. En efecto, así como una persona indigente (o dominada) no es plenamente libre, una comunidad empobrecida (o subyugada) no ejerce a plenitud su autogobierno, por lo que es un imperativo remover las trabas opresivas.

Asimismo, la condición de ciudadano –como miembro libre de la *politeia* y como condición que cada quien ostenta como componente soberano del cuerpo político– no puede ser meramente formal ni tampoco neutra, como admitiría el liberalismo. Por ello es razonable que la comunidad política, sin interferir en las vidas de manera arbitraria³⁵⁶ (menos aun en las decisiones absolutamente privadas), promueva algunas virtudes cívicas, lo cual incluso es admitido contemporáneamente por el constitucionalismo, bajo la denominación de “patriotismo constitucional”³⁵⁷.

3. Características y propuesta de definición de necesidades básicas

Señaladas estas bases o fuentes en las que encuentran sustento nuestro concepto de necesidades básicas, corresponde referirnos ahora a las características de esta noción y a la definición que proponemos para ella.

republicanas. Autogobierno y libertad., Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella (compiladores). Paidós, Barcelona, 2004, pp. 54-55.

³⁵⁴ Cfr. PETTIT, Philip. *Republicanism*. Ob. cit., pp. 151 y ss.; OVEJERO, Félix. *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanism*. Katz, Buenos Aires, 2008, p. 139.

³⁵⁵ En un sentido similar es que empleamos, *supra*, la expresión “República de ciudadanos” para referirnos a un comunidad política con instituciones justas, y que a efectos de esta tesis –reiteramos– consideraremos relacionada con la noción de “Estado Constitucional”.

³⁵⁶ OVEJERO, Félix., Ob. cit., p. 153

³⁵⁷ STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo constitucional*. Universidad Externado de Colombia, N.º 19, Bogotá, 2001, in toto; Cfr. HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 94 y ss.

Al respecto, el asunto de las necesidades básicas –no obstante permanecer distante al Derecho Constitucional estándar, incluso a la teoría de los derechos humanos y fundamentales³⁵⁸– ha merecido cierto desarrollo en el ámbito de la filosofía (y, en menor medida, la filosofía del Derecho) desde hace algunas décadas, en especial por parte de la literatura de lengua inglesa. De esta forma, se ha destacado algunas de las características de las necesidades humanas básicas, mostrándose tanto su relevancia conceptual y como ética.

Tomando en cuenta esos avances y desarrollos, a continuación presentaremos cuáles son las características principales atribuidas a esta noción, cuáles necesidades pueden ser consideradas como las más relevantes o “básicas” y, finalmente, cuál sería un concepto adecuado de “necesidades humanas básicas”.

Para empezar, se sabe que en el lenguaje cotidiano lo “necesario”, de modo general, alude a aquello que es de una forma y no puede ser de otra; es decir, a lo inevitable (ineluctable, inexorable), lo dirigido hacia un desenlace infalible. Por su parte, la idea de “necesidades humanas” remite a carencias consideradas urgentes y esenciales para las personas, aquellas que deben satisfacerse inevitablemente, pues ponen en riesgo la propia existencia. Así visto, no cualquier cosa se considera “necesaria” ni constituye una “necesidad” para las personas; en estos casos aparece las ideas de ineludible (independiente de nuestra voluntad) y de asunto urgente e importante (vinculado con la supervivencia o condiciones mínimas de existencia).

La literatura especializada en “necesidades humanas” no se encuentra alejada de estas ideas generales. De esta forma, como explicaremos a continuación, las necesidades humanas se caracterizan por: su inevitabilidad (son hechos ineluctables de la realidad, ajenos a nuestra voluntad), generar daño grave su insatisfacción (daño físico, pero no solo de este tipo), ser universales (rigen para toda persona humana, aunque su satisfacción puede darse de manera diferenciada), ser objetivas (no depende de las opiniones o preferencias de cada quien) y ser

³⁵⁸ De hecho, en lengua castellana solo dos las autoras han tratado de manera amplia las relaciones entre necesidades humanas básicas y derechos: María García Añon y Silvina Ribotta (citadas). Además, está el interesante especial de la revista *Doxa* (N.º 7, 1990), así como referencias muy puntuales –formulaciones generales– de algunos autores españoles.

prioritarias (son más importantes que, por ejemplo, las preferencias, los deseos o los intereses). Refirámonos brevemente a cada una de estas.

3.1. Las necesidades humanas tienen un carácter insoslayable

Las necesidades humanas no pueden ser evitadas, no dependen de la voluntad de las personas. La referencia a “necesidades”, y más específicamente a aquello “necesario” para los seres humanos³⁵⁹, alude –como ha señalado Añón Roig– a situaciones o realidades “inoslayables”, “inescapables”³⁶⁰. Que se traten de asuntos *necesarios* implica, precisamente, que no están bajo el ámbito de decisión de las personas, que no tienen carácter intencional ni dependen de nuestros pensamientos o construcciones mentales, sino más bien responden a cómo es el mundo³⁶¹.

A pesar que en el lenguaje natural a veces pueda utilizarse la expresión “necesitar” como una demanda o requerimiento relacionado con meros deseos o preferencias, atendiendo al significado correcto del término no son realmente “necesidades”³⁶². Al respecto, no deben confundirse las necesidades de las personas con sus meros “deseos”, “intereses”, “gustos”, “preferencias”, “quereres”, etc.; estos, si bien pueden ser valiosos (y hasta puede considerarse justo que sean materializados) no tienen un carácter inevitable ni insoslayable. Y esto ocurre porque, como precisó Miller, necesitar no tiene que ver con estados mentales, sino más bien una condición que se atribuye objetivamente a la persona que es el sujeto³⁶³. De esta forma, por ejemplo, es posible necesitar algo que no se desea e incluso algo repudiado (más todavía, se puede necesitar algo cuya existencia no se conoce³⁶⁴).

³⁵⁹ GALTUNG, Johan. “The Basic Needs Approach”. Versión mecanografiada, s/e, pp. 5 y 7.

³⁶⁰ Cfr. AÑÓN ROIG, María José. *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 22. El término *inescapability* lo toma Añón de THOMSON, G. *Needs*. Routledge & Kegan Paul, Londres, 1987.

³⁶¹ WIGGINS, David. *Needs, values, truth*. Oxford, Nueva York, 2002, p. 6.

³⁶² Desestimamos las necesidades para algo, porque ese algo puede tratarse de una meta, con lo cual estamos ante algo valioso, pero una categoría distinta.

³⁶³ MILLER, David. *Social justice*. Oxford, Nueva York, 2002, p. 129.

³⁶⁴ DOYAL, Len y GOUGH, Ian. *A Theory of Human Need*. McMillan, London, 2001, p. 42. Cfr., además, MARMOR, Andrei. “The Intrinsic Value of Economic Equality”. En: AA. VV. *Rights, Culture, and Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Lukas Meyer, Stanley Paulson y Thomas Pogge (editores), Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 129.

Ahora bien, el carácter inescapable (“necesario”) de las necesidades humanas no responde solo a que de todas formas se producirá un acontecimiento de manera independiente a nuestros deseos o intereses; de hecho, estamos a merced muchas cosas suceden de modo ineluctable e incontrolable (como perder cabello o bostezar) sin que ello genere reales “necesidades humanas” por satisfacer. Al respecto, lo que conlleva a la idea de inevitabilidad (y hasta urgencia) en las necesidades humanas es que su insatisfacción generará de manera ineluctable daños graves, los cuales no aluden a simples “contratiempos, problemas o perjuicios pasajeros, sino de una ‘degeneración’ permanente de la calidad de vida humana que se mantendrá en tanto no se obtenga una satisfacción”³⁶⁵.

3.2. La insatisfacción de las necesidades acarrea graves daños

Reiteremos: las necesidades humanas no aluden a deseos o intereses sino a lo que las personas requieren de modo inevitable, siendo que su insatisfacción genera daño. La idea de “necesario” involucra, entonces, aquello cuya falta de realización o satisfacción compromete gravemente las condiciones de vida y existencia misma de los seres humanos.

En efecto, las necesidades humanas aluden a “situaciones o estados que constituyen una privación de aquello que es básico e imprescindible y que, en consecuencia, nos pone directamente en relación con la noción de daño, privación o perjuicio grave para la persona”³⁶⁶. Igualmente, como ha explicado Riechmann, “[l]o necesario es aquello que, cuando falta, nos daña; y ello de modo objetivamente comprobable. Las necesidades básicas serían, entonces, los factores objetivos indispensables para la supervivencia y la integridad psicofísica de los seres humanos”³⁶⁷. Al respecto, es necesario precisar que si bien las necesidades humanas básicas hacen referencia a aquello cuya carencia dañará o perjudicará (gravemente) a una persona, esto no debe entenderse

³⁶⁵ AÑÓN ROIG, María José. “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”. En: *Derechos humanos: conceptos, fundamentos, sujetos*. Jesús Ballesteros (editor), Tecnos, Madrid, 1992, p. 103.

³⁶⁶ *Ibíd.*, loc. cit.

³⁶⁷ RIECHMANN, Jorge. “Necesidades: algunas delimitaciones en las que acaso podríamos convenir”. En: AA.VV. *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades humanas, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*. Jorge Riechmann (coordinador), Los Libros de la Catarata, Madrid, 1999.

única ni principalmente como un daño en el ámbito biológico de la personas, pues el ser humano es más que corporalidad (o animalidad).

Con lo anotado, diversos autores definen a las necesidades precisamente remitiendo al daño o al perjuicio que ocurría por no satisfacerlas (y que pretende evitarse). Por ejemplo, se señala que la expresión “A necesita X” equivale a “A sufrirá daño si carece de X”³⁶⁸; o que “necesitar x” (en sentido absoluto) significa “necesitar x para evitar ser dañado” (en sentido instrumental)³⁶⁹. Es más, como ha precisado acertadamente Añón Roig, esta idea de daño es la que permite caracterizar a las necesidades como “insoslayables”, pues el sufrimiento o daño derivado de la insatisfacción de necesidades “va a mantenerse exactamente en las mismas condiciones, porque no existe una alternativa racional y práctica que no sea su satisfacción, realización o cumplimiento”³⁷⁰.

3.3. Las necesidades humanas tienen alcance universal

Las necesidades se extienden a toda persona, debido a que su insatisfacción implica daño para cualquier ser humano. Como señalan Doyal y Gough: “serious harm is the same for everyone”³⁷¹. En sentido complementario, la satisfacción de las necesidades básicas también se le puede concebir como algo bueno para cualquier persona. Siendo así, Max-Neef señala al respecto que es

³⁶⁸ MILLER, David. Ob. cit., pp. 130-131. Además, Miller: “Ahora estamos en condiciones de presentar nuestra cuenta de “daño” y por lo tanto nuestra cuenta de “necesidad”. Daño, para cualquier individuo, es lo que interfiere directamente o indirectamente con las actividades esenciales de su plan de vida, y en consecuencia, sus necesidades deben entenderse para comprender todo lo que sea necesario para que estas actividades que se llevarán a cabo. Con el fin, pues, de decidir cuáles son las necesidades de una persona son, primero tenemos que identificar su proyecto de vida, y luego establecer qué actividades son esenciales para ese plan, y finalmente investigar las condiciones que permiten a las actividades que se llevarán a cabo.” (p. 134).

³⁶⁹ WIGGINS, David. *Needs, values, truth*. Tercera edición, Oxford, Nueva York, 2002, p. 10. Por cierto, Wiggins distingue necesidades absolutas (dirigidas a evitar un daño) de necesidades instrumentales (vinculadas a los deseos). Sobre la relación entre necesidad (absoluta) y daño, formula que “una persona necesita x [en sentido absoluto] si y sólo si, atendiendo a cualquier variación moral y socialmente aceptable (económica, tecnológica, política, histórica, etc.) que pueda preverse que ocurra en un lapso de tiempo relevante, se verá perjudicada si sigue sin x”.

³⁷⁰ AÑÓN ROIG, María José. Ob. cit., p. 193. Páginas antes: “no podemos escapar a nuestras necesidades fundamentales o no podemos escapar fácilmente de ellas o, la única manera de escapar a ellas implicaría una forma de vida que no podríamos aceptar” (p. 189). Cfr. AÑÓN ROIG, María José. “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”. Loc. cit.

³⁷¹ DOYAL, Len y GOUGH, Ian. Ob. cit., p. 49.

posible hacer referencia al carácter social-universal de las necesidades, ya que su “realización resulta deseable a cualquiera, y [su] inhibición, también para cualquiera, ha de resultar indeseable”³⁷²

Ahora bien, no obstante esta universalidad, es claro que las necesidades humanas no son todas idénticas, no son percibidas igual por todos, ni son satisfechas del mismo modo por cada sociedad e incluso por cada persona. Siendo así, tenemos que algunas necesidades son concebidas claramente como universales (las básicas), pero siempre en el marco de una determinada forma de entenderlas y satisfacerlas. Como explica Silvina Ribotta³⁷³, existe una especie núcleo de necesidades que, aunque “universalizables genéricamente”, también son necesidades de “cada individuo situado en un determinado contexto espacial, temporal y cultural”. Al respecto, en lo que estas necesidades tendrían de universales, la autora argentina señala que “es posible identificar un *mínimo de dimensiones de necesidades* y un *mínimo de nivel de satisfacción* para que las personas puedan vivir y desarrollar sus capacidades. Unas funciones o cualidades que definen lo humano, en todo tiempo y lugar y cuya ausencia implican la ausencia de vida humana, la no-vida. Una universalidad definida desde lo estrictamente humano, por ello el carácter de imprescindible desde el concepto de lo humano, y fuera de lo cual lo humano no pervive”.

Más aun, llegado a este punto, es pertinente distinguir las necesidades de sus satisfactores –es decir, de todo aquello que contribuye a la realización de necesidades humanas–; pues esta confusión suele originar distorsiones respecto a un supuesto carácter relativo (“cada persona o cada cultura tiene sus necesidades”) o expansivo (“las necesidades son infinitas”, “cuando se satisfacen unas, surgen otras”) de las necesidades humanas básicas³⁷⁴. Así, las necesidades humanas básicas son universales, pero sus satisfactores sí pueden ser relativos. Al respecto: “Lo que está culturalmente determinado no son las necesidades humanas fundamentales, sino los satisfactores de esas necesidades”, de este modo, “[s]on los *satisfactores* los que definen la modalidad dominante que una cultura o una sociedad imprimen a las necesidades”³⁷⁵.

³⁷² MAX-NEEF, Manfred. *Economía a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*. Nordan- Icaria, Montevideo-Madrid, 1998, p. 53

³⁷³ RIBOTTA, Silvina. “Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas”. Ob. cit., p. 280

³⁷⁴ Cfr. MAX-NEEF, Manfred. Ob. cit., pp. 40-41

³⁷⁵ MAX-NEEF, Manfred. Ob. cit., pp. 42 y 51. Cfr. DOYAL, Len y GOUGH, Ian. Ob. cit., p. 155 y ss

3.4. Las necesidades son objetivas u objetivables

En efecto, las necesidades no son pretensiones subjetivas, sino son independientes de las preferencias individuales³⁷⁶. Así, las exigencias vinculadas con las necesidades humanas son entendidas de forma distinta que, por ejemplo, los derechos, relacionados más bien con reclamaciones o intereses sobre todo subjetivos e individuales. En este orden de ideas, se afirma que las exigencias vinculadas con las necesidades *suenan igual en la boca de quien necesita como de un tercero*³⁷⁷. Mejor aún, se ha señalado que: “no tenemos por qué justificar nuestras necesidades con razones para decir que una necesidad existe”³⁷⁸.

Ahora bien, ¿cuál sería la forma de objetivar cuáles son las necesidades humanas básicas? En el marco de lo señalado antes, se ha destacado la importancia de “establecer criterios que permitan discernir cuándo estamos en presencia de una necesidad humana básica”, remitiendo a lo que su falta de satisfacción “causa un daño o perjuicio, no cualquier perjuicio o daño, sino el que podemos calificar como grave, tanto en orden a la supervivencia como al desarrollo de la persona como tal”³⁷⁹. En sentido inverso, puede hacerse referencia también a criterios mínimos que hagan posible la supervivencia y condiciones aceptables de vida, que permitan el posterior despliegue de capacidades humanas esenciales.

Con lo anterior, y ya que tienen alcance universal, un autor como Max-Neef considera que “las necesidades humanas fundamentales son finitas, pocas y clasificables”, asimismo, que son las mismas en todas las culturas y en todos los períodos históricos³⁸⁰. Desde luego, no es fácil convenir en una lista definitiva de necesidades básicas (¿cuáles serían los parámetros, quienes lo deciden, cuál sería su valor?), asunto al que antes nos hemos referido y sobre el cual volveremos luego.

³⁷⁶ DOYAL, Len y GOUGH, Ian. Ob. cit., p. 49.

³⁷⁷ WALDRON, Jeremy. “El rol de los derechos en el razonamiento práctico: 'derechos' contra 'necesidades’”. En: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. 2, N.º 1, Universidad Torcuato di Tella, noviembre de 2000, pp. 17-18.

³⁷⁸ AÑÓN ROIG, María José. “Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas”. Ob. cit., p. 103.

³⁷⁹ DE LUCAS, Javier y AÑÓN, María José. “Necesidades, razones, derechos”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 7, 1990.

³⁸⁰ MAX-NEEF, Manfred. Ob. cit., p. 42.

3.5. La satisfacción de necesidades tiene una importancia prioritaria

Debido a que las necesidades humanas básicas tienen un carácter insoslayable, siendo su insatisfacción inevitablemente dañará gravemente a las personas sin que la voluntad de estas pueda cambiarlo, en términos morales o éticos su atención merece prioridad frente a otras exigencias vinculadas a deseos, preferencias o intereses³⁸¹.

Así, los teóricos de las necesidades señalan la existencia de un “principio de precedencia”, que indica que “las necesidades de un determinado ser humano (o población humana) tienen prioridad sobre sus preferencias (o deseos) y los de cualquier otro ser humano. Las necesidades siempre deben tener prioridad sobre los deseos, ya que causar un daño es peor que no conceder un beneficio (prioridad de las obligaciones morales negativas sobre las positivas)”³⁸². Sobre el mismo principio, Braybrooke sostuvo que este “prescribe que las necesidades de una determinada población humana... tienen prioridad sobre sus preferencias o las de cualquier otra persona”; de esta forma, “[c]uando hayan sido aseguradas las provisiones para todo asunto de necesidad sin agotar los recursos disponibles... llegará el turno de los asuntos que sólo son asuntos de preferencias”³⁸³.

Ahora bien, esto parece oponer los deseos e intereses de las personas (en suma, el ejercicio de su autonomía) con la satisfacción de sus necesidades (cuya satisfacción es imprescindible para obtener autonomía). Al respecto, en realidad la ética o la moral tienen en cuenta ambas –aunque las recientes teorías de la justicia se han enfocado básicamente en los primeros y descuidado las últimas–; sin embargo, esto no puede hacer perder de vista que una exigencia (la satisfacción de

³⁸¹ En este punto es pertinente mencionar la advertencia de Max-Neef, de que “resulta impropio hablar de necesidades que se ‘satisfacen’ o que se ‘colman’. En cuanto revelan un proceso dialéctico, constituyen un movimiento incesante. De allí que quizás sea más apropiado hablar de vivir y realizar las necesidades, y de vivir las y realizarlas de manera continua y renovada” (MAX-NEEF, Manfred. Ob. cit., pp. 50). En este sentido, si bien no vamos a dejar de usar el término “satisfacer” (o similares), este se entenderá en el sentido de que las necesidades son realizadas constantemente, y no de que tal satisfacción se produce de modo definitivo, “de una vez por todas”.

³⁸² RIECHMANN, Jorge. Loc. cit.

³⁸³ Citado por ZIMMERLING, Ruth. “Necesidades básicas y relativismo moral”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 7, 1990, p. 46: Cfr., problematizando este tema, GOODIN, Robert E. “The Priority of Needs”. En: *Philosophy and Phenomenological Research*. Vol. 45, N.º 4, junio de 1985, pp. 615-625.

necesidades) es presupuesto imprescindible de la otra (el ejercicio pleno de la autonomía)³⁸⁴, y que la persecución de los deseos o intereses personales solo sería legítima si no limita o imposibilita la satisfacción de las necesidades básicas ajenas³⁸⁵.

Pero tampoco estamos ante una precedencia incondicionada, es decir, una preferencia o jerarquía absoluta a favor de la satisfacción de las necesidades; estamos ante una especie de precedencia condicionada o *prima facie*, esto es, en la medida que involucre mejores argumentos o razones fuertes para actuar, y salvo que existan otras mejores. De este modo, como explican Lucas y Añón, “una vez que se ha mostrado la existencia de una necesidad, puede argumentarse que constituye una buena razón para su satisfacción”³⁸⁶, sin que ello signifique que se trate de una razón concluyente, definitiva o imperativa. Las necesidades, entonces, brindan poderosas razones (fuertes, suficientes, buenas) para su satisfacción, pero finalmente pueden ser razones derrotables (si, en un contexto determinado, existen otras mejores)³⁸⁷.

3.6. Propuesta de definición de necesidades humanas básicas

³⁸⁴ Como explica Carlos Nino, las teorías liberales de la justicia suelen privilegiar el ejercicio de la autonomía, descuidando lo concerniente a las necesidades básicas. Pero por su parte considera que “[l]a creación de autonomía no puede ser más importante que el ejercicio de esa autonomía, sino que a lo sumo debe haber un compromiso entre estos dos objetivos. Aquí llegamos al punto crucial para determinar el papel de las necesidades en el marco de una concepción liberal de la sociedad: las necesidades cuyo reconocimiento es relevante analizar son las categóricas o absolutas, o sea, aquellas que están supeditadas a fines que no dependen de los deseos o preferencias de los agentes. Dado que el valor básico de una concepción liberal de la sociedad es la autonomía personal, esas necesidades deberían identificarse como estados de cosas que son prerequisites de esa autonomía. Pero la autonomía personal, como señala la Goo[d]in, tiene dos caras: su creación y su ejercicio. La primera no depende de los deseos y preferencias de la gente, mientras que la segunda sí depende. Para que las necesidades categóricas tengan un lugar central en una concepción liberal de la sociedad la creación de autonomía debe tener preeminencia sobre su ejercicio”. Vide NINO, Carlos Santiago. “Autonomía y necesidades básicas”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 7, 1990, p. 22.

³⁸⁵ Como sostiene Bunge, según cita de Zimmerling (ZIMMERLING, Ruth. Ob. cit., p. 46): “Bunge justifica su concepción justamente con el argumento de que no tiene sentido hablar de moral sin tomar en cuenta los agentes humanos en tanto sujetos de la moral. Así, pretende explícitamente cerrar la brecha entre los hechos y los valores, aduciendo que los valores –que son, efectivamente, valores *humanos*– no existen independientemente de las necesidades y los deseos humanos y que, por ello, también la ética puede basarse sólo en la consideración de estas necesidades y deseos. A continuación, Bunge establece con respecto a los deseos de una persona que ellos son ‘legítimos’ y pueden ser libremente perseguidos sólo en la medida en que no impidan la satisfacción de las necesidades de otras personas”.

³⁸⁶ LUCAS, Javier y AÑÓN, María José. Ob. cit., p. 70.

³⁸⁷ Es más, MARMOR, Andrei. Ob. cit., p. 130 incluso considera que entre las propias necesidades humanas puede establecerse escalas, no sin razón (absolutas, urgentes, razonables o promedios/lujos –si bien las últimas más bien son preferencias–).

A la luz de todo lo anotado, consideramos que estamos ya en condiciones de presentar una propuesta de definición de necesidades humanas básicas, sobre las bases antes planteadas y las características esbozadas por quienes han trabajado ampliamente este tema.

Consideramos a las necesidades humanas básicas como *exigencias morales vinculadas con capacidades o condiciones de vida, cuya falta de satisfacción hacen imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones*. En sentido complementario, podemos afirmar que *la satisfacción de las necesidades humanas básicas permite la supervivencia física en condiciones saludables, que cada quien elija y cumpla los planes de vida que considere valiosos, así como el autogobierno y la participación (activa) en la comunidad política*.

Conforme a lo explicado, las necesidades humanas son insoslayables, independientes de la voluntad o deseos de las personas y su insatisfacción generan perjuicios graves. Precisamente, por ser inevitables y porque la única posibilidad para evitar un daño es que sean satisfechas, las exigencias vinculadas a las necesidades humanas básicas tienen una mayor carga moral frente a otras pretensiones, en especial aquellas referidas a deseos, preferencias o intereses individuales.

Nuestra concepción reconoce, asimismo, el valor central de la persona, a quien no puede imponérsele modelos de vida buena, ni siquiera para alcanzar fines considerados socialmente relevantes (pues la satisfacción de sus necesidades debe permitir a cada uno elegir y realizar el plan de vida que considere valioso). Acepta, eso sí, que las personas convengan en algunas condiciones humanas básicas que permitan a las personas ejercer plenamente tanto su libertad (individual y familiar) como su ciudadanía (participando en los asuntos públicos de su comunidad).

Como podrá apreciarse, esta definición no responde a una teoría de la justicia o doctrina moral específica, menos aún a prescripciones especulativas o metafísicas, sino que parte de exigencias morales básicas o fundamentales, en cuya determinación podemos ponernos de acuerdo. Se descartan, así, nociones de necesidades humanas relacionadas con una supuesta naturaleza o

esencia inmanente del ser humano, o con meras especulaciones sobre la idea de autonomía moral, autorrealización, vida digna, florecimiento humano, etc.³⁸⁸

Al respecto, y conforme a lo explicado hasta aquí, consideramos también que aquello considerado como básico, dentro de las necesidades humanas, solo puede ser determinado a través del diálogo público razonado. De este modo descartamos, a efectos de conocer cuáles son las necesidades básicas, las vías no metafísicas del *intuicionismo* (si bien los sentimientos morales sirven a efectos de superar la falacia naturalista, ellos no constituyen razones para actuar) y del puro *cientificismo* o *tecnocracia* (la determinación de necesidades o potencialidades humanas de manera pretendidamente científica o neutra –por ejemplo, a través de la psicología, la antropología, la microeconomía o la neurociencia– nos ayuda a conocer cuáles son nuestras necesidades, pero no cuáles consideramos valiosas³⁸⁹).

Finalmente, como puede apreciarse, hemos evitado formular un listado acabado de necesidades humanas básicas, pues –conforme a lo explicado– consideramos que ello puede y debe ser producto de una discusión pública y amplia sobre el tema. En efecto, corresponde a las personas, entre las diferentes necesidades humanas, establecer cuáles de ellas son básicas. No obstante lo anterior, consideramos que valdría la pena empezar la discusión (e incluso las iniciativas de acción) a partir del listado propuesto por Martha Nussbaum (supra, Capítulo III, 2.3), pues lo consideramos completo, multidisciplinario y representativo de otros listados importantes existentes.

4. Argumentos a favor de la noción de necesidades básicas como justificación complementaria de los derechos

³⁸⁸ Desde luego, no se descarta el uso de estas nociones; sino solo en la medida que remitan a únicamente a contenidos especulativos o metafísicos.

³⁸⁹ Cfr. NUSSBAUM, Martha. *Crear...* Ob. cit., p. 48. En todo caso, una vez más, la ciencia –la evidencia científica– fortalece algunos argumentos, pero en sí misma no constituye razones para actuar.

No cabe duda que existen relaciones estrechas y relevantes entre derechos y necesidades humanas; diversos autores reconocidos en nuestro medio ya han dado cuenta de ello³⁹⁰. Siendo así, el asunto es precisar con mayor detalle la relación existente entre ambos conceptos.

Quienes se han dedicado al análisis de las necesidades básicas en relación con la justificación de los derechos, señalan que tal vinculación resulta problemática para las vigentes teorías de la justicia, pues estas no incorporan a las necesidades humanas básicas en su análisis³⁹¹. No obstante, pese a esta dificultad, es importante y urgente hacer lo posible con avanzar con esta relación.

Al respecto, si bien las necesidades básicas —como hemos explicado— están vinculadas a exigencias morales relacionadas con su satisfacción, ellas en sí mismas no constituyen “derechos”. Hacemos mal, pues, en pensar en una necesidad humana y creer que ella, por sí misma, es un derecho, y que por ende su satisfacción es inmediatamente exigible. Conforme a lo señalado, las necesidades (además de exigencias morales) son primeramente estados o situaciones fácticas, mientras que los derechos son mandatos deónticos que forman parte de un ordenamiento jurídico —no corresponde discutir ahora si este debe estar positivizado o no—. La primera es prima facie una descripción, la segunda una prescripción. Siendo así, el asunto (nuevamente) es determinar si a partir de datos fácticos es posible derivar mandatos; mejor aún, si entre necesidades básicas y derechos humanos o fundamentales existe la dicotomía hecho/valor y se produce la “falacia naturalista”.

Como hemos explicado, las normas legales no son legítimas (ni son seguidas o cumplidas) únicamente porque se encuentren reconocidas formalmente, sino en atención a las razones para

³⁹⁰ Solo por mencionar algunos autores clásicos en el aprendizaje inicial en la teoría de los derechos humanos y fundamentales en nuestra región, tenemos a PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Ob. cit., pp. 181-184; PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 222-225; FERNÁNDEZ, Eusebio. “Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos”. En: MUGUERZA, Javier et al. *El fundamento de los derechos humanos*. Debate, Madrid, 1989, p. 59; Ibídem. “Concepto de derechos humanos. Problemas actuales”. En: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año 1, N.º 1, 1993, p. 46. Asimismo, en el ámbito nacional, LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición, Palestra, Lima, 2007, pp. 543-544 y CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra, Lima, 2007, pp. 29-33.

³⁹¹ WIGGINS, David. *Needs, values, truth*. Ob. cit.; RIBOTTA, Silvina. Ob. cit.

la acción que subyacen a ellas³⁹². Siendo así, debemos preguntarnos si, de alguna forma, las necesidades humanas básicas pueden ofrecer buenas razones para actuar, que sustenten la existencia, el contenido o la eficacia de los derechos humanos o fundamentales.

Las necesidades –ya lo anotamos antes– en sentido estricto no son razones para actuar. Expresado de mejor forma, su sola constatación, si bien brinda buenos argumentos, no es razón suficiente para su satisfacción; en efecto, la existencia de una necesidad humana no implica de inmediato que deba ser satisfecha o que las demás personas o instituciones tengan alguna carga (moral) frente a ellas. Lo que permite el paso del “ser” de las necesidades a las “deber ser” de los derechos es que –como ya hemos sustentado antes (Capítulo III.2)–, si bien se tratan de categorías distintas, hechos y valores no son asuntos opuestos ni incomunicados; por el contrario, la actividad descriptiva y científica –pretendidamente objetiva y apegada a los hechos– es también valorativa. En el caso de las relaciones humanas ello es más evidente, generándose incluso “sentimientos morales” frente a experiencias concretas, lo que inclusive ha sido constatado de manera objetiva, o “científica”, si se quiere. En efecto: nos conmueve el dolor ajeno, somos criaturas con sentimientos y sensaciones empáticas, nos afecta (y hasta duele) el rechazo o falta de aceptación social, e incluso tenemos cierta moralidad innata. Estas experiencias (sentimientos, sensaciones, intuiciones) motivan nuestras valoraciones (afectos o rechazos primarios) que luego serán escrutados racionalmente, generando entonces razones para actuar, es decir, prescripciones. Existen, así considerado, tres pasos necesarios entre las necesidades y los derechos: descripción, valoración y prescripción (o también, como señaló Garzón Valdés siguiendo a Bunge: “constatación, evaluación, exigencia”).

Así, en resumidas cuentas –y en lo que concierne a esta tesis–, los humanos tenemos necesidades básicas cuya insatisfacción valoramos negativamente pues generan daño (y grave daño), rechazo que se manifiesta tanto de modo inmediato (a través de sentimientos morales) como una vez que lo racionalizamos (y generamos razones morales para actuar). Estas razones para actuar generan y fundamentan, luego, los derechos humanos o fundamentales.

Ahora bien, planteadas estas premisas, estamos ya en condiciones de señalar, puntual y ordenadamente, algunas razones plausibles por las que consideramos pertinente acudir a la

³⁹² Supra, Capítulo III, 2, nota 225; vide también infra Capítulo III, 4.1.

noción de necesidades humanas y, en especial, a la de necesidades básicas, para fundamentar los derechos humanos –por lo menos de una mejor forma que a partir de nociones como dignidad humana–.

Al respecto, una primera razón, sobre la que ya hemos avanzado, (1) es que la idea de necesidad tiene una especial fuerza argumentativa –es decir, brinda razones de mayor peso frente a otras– ya que alude a exigencias que no son disponibles por las personas, y evoca ideas de urgencia y de daño inminente; (2) de otra parte, tenemos que las necesidades básicas no están determinadas por consideraciones metafísicas, ontológicas o constructivistas –a cuyas limitaciones ya nos hemos referido–, sino que incluso podemos llegar a acuerdos sobre su alcance y contenido; y, por último, (3) las necesidades permiten distender importantes tensiones del constitucionalismo, por ejemplo entre libertad e igualdad humanas, entre autonomía personal y democracia, y entre ser humano y ambiente. A continuación desarrollemos cada una de estas razones.

4.1. Las necesidades básicas constituyen razones de mayor peso

Señalamos hace unas líneas que si bien las necesidades no son derechos, es posible construir un puente entre necesidades y derechos. Al respecto, como han explicado Lucas y Añón, si bien la existencia de necesidades humanas no implica de inmediato que sea exigible su satisfacción, o que ellas mismas puedan entenderse como derechos, es cierto también que la existencia de una necesidad básica –debido su carácter insoslayable y su potencial dañoso– sí constituye una buena razón para su satisfacción; efectivamente, se tratan de razones preeminentes, pues aluden “a situaciones cuya no satisfacción causa un perjuicio o un daño grave al sujeto o al grupo social”³⁹³. El discurso de las necesidades, en efecto, a diferencia del lenguaje básicamente prescriptivo de los derechos, “combina su fuerza evaluativa con su fuerza ilocucionaria”³⁹⁴.

Pero, ¿cómo es que las necesidades aportan razones? Si bien las necesidades no son razones, la existencia de una necesidad humana sí aporta razones importantes para su satisfacción: el carácter inevitable y perentorio de las necesidades insatisfechas (*rectius*, la valoración o

³⁹³ LUCAS, Javier y AÑÓN, María José. Ob. cit., p. 70

³⁹⁴ WALDRON, Jeremy. Ob. cit., p. 8

evaluación de tal carácter) generan, tanto a nivel personal como institucional, razones fuertes para actuar. Se tratan de razones fuertes, en la medida que casi no es debatible que las consecuencias de no satisfacerlas son del todo indeseables, en términos personales y colectivos.

Efectivamente, en términos racionales, evitar el daño propio y el ajeno es una constante moral universal, desde diversas razones y perspectivas. Así, la denominada “regla de oro” de la moral (en sus diferentes formulaciones: “no dañar a otros”, “no hacer a otros lo que uno no quisiera que le hagan”, “amar al prójimo como a uno mismo”, etc.), la idea política de justicia como la de sociedad e instituciones justas, e incluso las reflexiones sobre exigencias morales básicas racionales y universales referidas a cómo debemos actuar (teorías morales y de la justicia) parten de esta racionalidad básica: evitar el daño, y más todavía el daño o perjuicio graves³⁹⁵.

Ahora bien, pese a que se tratan de argumentos sólidos, de todas formas no son razones definitivas o irrefutables sino, como venimos reiterando, “razones *prima facie* para la acción”³⁹⁶. Al respecto, las “razones para actuar” (o “razones para la acción”) son aquellas que nos permiten evaluar y justificar nuestros comportamientos, guían nuestras conductas fundamentando porqué optamos por unos actos frente a otros posibles (lo que involucra el “razonamiento práctico”). El constitucionalismo contemporáneo suele explicar que las razones del Derecho positivo (razones institucionales o de autoridad), en último término, se encuentran justificadas o legitimadas por razones morales para actuar, las que desplazan a las razones meramente jurídicas (o sin relevancia moral), razones prudenciales o instrumentales.

Volviendo a nuestro argumento, las razones vinculadas a la atención de necesidades básicas pueden entenderse como razones morales atendibles prevalentemente frente a otras que – aunque vinculadas en cierta medida con la dignidad humana– pueden ser consideradas, *ceteris paribus*, como derrotables frente a las primeras³⁹⁷. Al respecto, las razones vinculadas a las necesidades básicas tendrían un peso prominente en el juicio práctico frente a otras razones, esto,

³⁹⁵ Ahora bien, esta noción de daño equivale, *mutatis mutandi*, a las de dolor, padecimiento, opresión, explotación, dominación, pobreza, exclusión, etc., situaciones o condiciones que, precisamente, son negaciones de la satisfacción de necesidades básicas.

³⁹⁶ De esta manera, claro está, “podrían entenderse como hechos que por sí mismos (...) bastan para determinar la acción con una cierta orientación, siempre que no haya otros factores que muestren lo contrario”, DE LUCAS, Javier y AÑÓN, María José. Ob. cit., p. 74

³⁹⁷ AÑÓN ROIG, María José. *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

teniendo en cuenta que la atención o postergación de una necesidad siempre ocasionará un detrimento humano grave e ineludible.

En efecto, insistimos, la noción de necesidades alude a estados o relaciones que no son intencionales, sobre las cuales las personas no pueden decidir. A diferencia de los intereses, las preferencias o los deseos, que dependen de la propia voluntad o expectativa, y cuya obtención genera cuotas de satisfacción o bienestar personal, la insatisfacción o desatención de las necesidades humanas –en especial las básicas– genera más bien daño o sufrimiento grave, sin que exista, para evitar ello, otra alternativa racional o práctica distinta a atenderlas³⁹⁸. A diferencia de las motivaciones o intereses, respecto de las cuales podemos ofrecer y discutir razones para hacer o actuar, cuando nos referimos a las necesidades nos encontramos más bien ante situaciones o realidades “insoslayables” o “inescapables”, que involucran razones justificatorias más fuertes respecto a otras que podrían ser diferidas o desplazadas sin que se produzca algún deterioro o daño grave.

Siendo así, las razones vinculadas con la satisfacción de necesidades básicas (razones morales) tendrían un mayor peso frente a otras que aluden a las propias metas, intereses o deseos (razones prudenciales), que si bien son valiosos, carecerían de la misma fuerza. En este sentido, se ha señalado acertadamente la conveniencia de distinguir entre la satisfacción de las necesidades y de los deseos, siendo que “estos últimos solo podrían ser perseguidos en la medida que no impidan la satisfacción de las necesidades de otros seres humanos, las que siempre tienen prioridad”³⁹⁹. Es más, esta preferencia es muy clara incluso en el lenguaje cotidiano: justificar algo como “necesario” es distinto que hacerlo invocando el mero deseo o interés⁴⁰⁰. De esta forma, los derechos vinculados a intereses, preferencias o deseos tendrían un peso argumentativo menor, cuando menos prima facie, frente a aquellos relacionados con la satisfacción de necesidades humanas elementales.

³⁹⁸ AÑÓN ROIG, María José. Ob. cit., p. 192: “El concepto de daño o sufrimiento con el que se conectaría la noción de necesidad hace referencia a aquel que experimentado por un ser humano origina una degeneración permanente de su calidad de vida y de sus integridad física y/o moral”.

³⁹⁹ KRESALJA, Baldo. *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*. PUCP – Palestra, Lima, 2009, p. 41.

⁴⁰⁰ AÑÓN ROIG, María José. Ob. cit., p. 22.

En suma, la atención de las necesidades –debido a su carácter insoslayable y el daño subsecuente que se produciría por desatenderlas– tiene una prevalencia justificatoria o argumentativa, por lo menos inicial, frente a otras razones morales, y también frente a razones prudenciales como los deseos, los intereses o el afán de beneficio personal.

4.2. El contenido de las necesidades básicas es determinable por medios políticos

Antes hemos señalado que las necesidades humanas no dependen de la intención de las personas; empero, esto no quiere decir que se traten de meros impulsos fisiológicos o naturales, ajenos al despliegue de la propia personalidad o de las relaciones sociales. Efectivamente, las necesidades no son simplemente pulsiones o instintos incontrolables que forman parte de la animalidad humana. En la construcción de las necesidades humanas coinciden tanto factores fisiológicos como sociales: así, algunas necesidades son ciertamente naturales, como protegerse del frío o alimentarse; pero otras más bien son sociales, como obtener cierto reconocimiento social o acceder a una educación de calidad.

Pero hay algo más que debe señalarse, ya no acerca de la determinación de las necesidades humanas en general, sino de aquellas que deben ser consideradas como “necesidades básicas” (algo hemos adelantado supra, Capítulo III.3.6). Al respecto, teniendo en cuenta que en nuestras comunidades existe gran cantidad de necesidades elementales insatisfechas, graves situaciones de inequidad y recursos escasos, parece imprescindible ponernos de acuerdo con respecto a qué necesidades humanas deben ser atendidas antes que las demás; mejor aún, cuáles de ellas merecerán ser consideradas “básicas” (primarias, elementales, prioritarias). De esta forma, si bien una sociedad debe considerar a todas las necesidades humanas como urgentes e importantes, le tocará determinar, además, cuáles de ellas considera básicas, a efectos de que el poder político y la comunidad les brinden una especial deferencia.

Hemos esbozado antes a una idea política de justicia y señalamos que esta implicaba la cooperación y el diálogo abierto sobre lo mejor para todos, ejerciendo la razón pública. Precisamos también que las personas, a través de medios políticos, pueden y deben ponerse de acuerdo en cuestiones fundamentales básicas, por ejemplo en instituciones y formas de organización política justas, y que estas –como precondiciones y como resultado– están

relacionadas a la satisfacción de las necesidades humanas básicas. Lo que no dijimos entonces es cómo deben determinarse estas necesidades.

Al respecto, lo básico entre las necesidades humanas tiene que ser decidido políticamente. Esto, porque la única forma legítima de ponernos de acuerdo sin recurrir a doctrinas trascendentes, a subjetivismos discutibles o a la simple imposición estatal (si bien prestigiada por tecnócratas o científicos) es deliberar públicamente sobre las necesidades básicas. Desde luego, en estas discusiones podrán participar argumentos de todo tipo (entre ellos metafísicos o fundacionalistas); no obstante, en ningún caso puede perderse de vista que la deliberación versa sobre exigencias que son *res publicae*, esenciales para la cada uno y para la vida en comunidad y no sobre la bondad o corrección de las doctrinas comprensivas que asume cada quien.

Se trata, entonces, de una determinación política, no solo en el sentido restringido de decidido por una mayoría política institucionalizada (lo que sin duda tiene ya gran valor epistémico), sino sobre todo por provenir de lo considerado urgente y fundamental en el ámbito público.

Siendo en este sentido que la determinación del carácter “básico” o “elemental” de una necesidad es política, ello sin duda reporta una ventaja frente a otras posibilidades que no lo son (metafísicas, especulativas, naturalistas o científicas). Es más, si bien de lo anotado se desprende que todo listado político de necesidades básicas, debido a que en un contexto específico (geográfico, histórico, cultural), no será igualmente válido ni aceptado en otro, debemos insistir en que, a diferencia de las formas no políticas de establecer necesidades básicas, la determinación política –en el sentido señalado– permite llegar a acuerdos prácticos y públicos sin excluir concepciones culturales e idiosincrasias diversas, favoreciendo así al diálogo y la posibilidad de llegar en algún momento a acuerdos universales⁴⁰¹.

4.3. Las necesidades básicas como punto de apoyo frente a las tensiones libertad-igualdad, autonomía personal-democracia y ser humano-naturaleza

⁴⁰¹ De hecho, los acuerdos normativos en materia de derechos humanos, e incluso sobre derechos fundamentales, contenidos en declaraciones, tratados y constituciones son, ante todo, de tipo político y no consensos respecto de confesiones metafísicas, esencialistas, naturalistas, etc.

En el primer capítulo de esta tesis dimos cuenta de las peculiaridades (ideológicas) del que hemos denominado “neoconstitucionalismo canónico”. Entre ellas, nos referimos a su concepción de los derechos humanos y fundamentales, la cual en cierta medida consideramos como incompatible con exigencias del Estado Constitucional contemporáneo.

Por nuestra parte, señalamos que la idea de necesidades básicas ayuda enormemente a superar estas limitaciones, al resolver (o disolver) algunas aparentes dicotomías insalvables. Una primera se refiere a la dicotomía libertad/igualdad. La libertad y la igualdad son nociones que en la filosofía política suelen plantearse como si estuvieran en tensión: de una parte, se señalaba que la libertad desbocada genera desigualdades muchas veces inaceptables y, de otra, se alega que en nombre de la igualdad se anula toda iniciativa privada e incluso el despliegue de las propias personalidades.

Una segunda tensión se produce entre lo individual y lo comunitario, entre la autonomía personal (intereses, derechos) y el autogobierno colectivo (democracia). En efecto, cuando surge la pregunta sobre los intereses o moralidades que deben prevalecer, encontramos en los más lejanos extremos comprensiones de las personas como individuos egoístas, calculadores e insolidarios; o como meras piezas de un engranaje social valioso y, por ello, subordinadas a las decisiones políticas de la mayoría o la autoridad (desde luego, en el medio existen posibilidades diversas; siendo la más difundida aquella que entiende a los derechos humanos o fundamentales como límites frente a las mayorías).

Al respecto –apuntando hacia la construcción de un constitucionalismo crítico que supere algunas carencias del neoconstitucionalismo estándar–, destacamos que la noción de necesidades básicas representa un punto de apoyo tanto para la libertad e igualdad humanas, como para la autonomía personal y la democracia. Las necesidades básicas –conforme las venimos entendiendo aquí– si bien no eliminan las posibles tensiones entre esos valores y principios, sí permiten, en muchos casos, afirmarlos simultáneamente sin provocar fricciones. Este aporte resulta especialmente valioso pues, como hemos indicado ya, las principales justificaciones sobre los derechos humanos y fundamentales suelen más bien sustentar estos conflictos.

Así, respecto a la igualdad y la libertad humanas, las necesidades básicas aluden a un “umbral mínimo” del cual toda persona debe disfrutar por igual y sin la cual la libertad no es ejercida aceptablemente (o ni siquiera existe). De esta forma, la libertad (sustantiva o real) requiere cuando menos que las necesidades humanas básicas sean satisfechas, y la igualdad (material) hace referencia cuando menos a la satisfacción de estas necesidades⁴⁰². No existe, pues, libertad ni igualdad humanas en un sentido relevante –cuando menos elemental o esencial– sin un piso mínimo de necesidades básicas realizadas. Igualmente, la afirmación de estas necesidades repercutirá siempre en beneficio de la maximización de la libertad, pues para obtener mayores cotas de libertad real se requerirá haber alcanzado antes las mínimas o elementales, que permitan una real autonomía⁴⁰³.

Además, en lo que se refiere a la dicotomía autonomía/democracia, tenemos que las necesidades básicas no plantean razones del individuo aislado ni tampoco están sometidas al arbitrio de la sociedad o las mayorías. Bien vista, la satisfacción de las necesidades básicas permite elegir y hacer viables tanto los proyectos personales (autodeterminación personal) como los de la comunidad política (metas sociales) e incluso favorece a la participación de los ciudadanos en la cosa pública (autonomía colectiva).

De una parte, encontramos que la legitimidad de la democracia y su funcionamiento reside en la satisfacción de necesidades básicas: las sociedades democráticas aseguran, como *prius* funcional y ético, que nadie quedará desprotegido por lo menos en el ámbito de lo necesario (y, por lo mismo, en una democracia siempre estarán permitidos los reclamos justos y se reconocen los derechos de resistencia y a la protesta). La democracia solo funciona si los ciudadanos tienen unas necesidades

⁴⁰² Sobre la igualdad, ha señalado Garzón Valdés que “Todas las personas son iguales con respecto a la necesidad de satisfacer sus necesidades básicas” (GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Ob. cit., p. 423). Desde el lado de la libertad, Zimmerling (ZIMMERLING, Ruth. Ob. cit., p. 46) considera como límite mínimo de la moral el prejuicio “en favor de la pervivencia del agente humano, es decir, en favor de mantener aquellas condiciones que son necesarias para que el ser humano pueda realmente actuar como agente, y en este sentido ser sujeto de la moral”. Nino, como señalamos supra, considera a la satisfacción de las necesidades como una condición para la autonomía.

⁴⁰³ Y es que, como señala Riechmann: “Las necesidades tienen, característicamente, una doble dimensión: carencia y potencia, privación y capacidad. Privación, carencia, dependencia, insatisfacción por un lado; potencialidad, capacidad de cumplimiento y de florecimiento por otra parte”. Cfr., asimismo, MAX-NEEF, Manfred. Ob. cit., p. 49: “Las necesidades revelan de la manera más apremiante el ser de las personas, ya que aquél se hace palpable a través de éstas en su doble condición existencial: como carencia y como potencialidad. Comprendidas en un amplio sentido, y no limitadas a la mera subsistencia, las necesidades patentizan la tensión constante entre carencia y potencia tan propia de los seres humanos.”

básicas que permiten contar con una ciudadanía aceptable. Si la democracia elimina los derechos ciudadanos y no asegura las necesidades sus decisiones se deslegitiman y deja de ser un sistema virtuoso⁴⁰⁴.

La satisfacción de necesidades básicas, así visto, es valiosa tanto para la comunidad como para cada persona considerada por separado, y siendo así las fricciones respecto al reconocimiento y la garantía de estas necesidades, en abstracto y prima facie, es solo aparente.

Una fortaleza adicional de las necesidades básicas es que plantea el asunto de las relaciones entre ser humano y el entorno ambiental, e incluso entre las personas actuales y las de las generaciones futuras.

Las necesidades humanas en general, y las básicas en especial, no pueden satisfacerse al margen de las necesidades del futuro y sin respetar debidamente a la naturaleza. Ya que se tratan de exigencias objetivas y que es algo de preocupación para toda la comunidad política, es necesario hacerlo de manera sostenible y sustentable. Por ello, con acierto Silvina Ribotta considera como condición para la satisfacción de las necesidades que se haga en un escenario ecológicamente equilibrado, es decir que “la posibilidad de obtener recursos para saciar todas las necesidades” se realice “en condiciones mínimamente saludables y temporalmente sustentables, tanto en criterio sincrónico, para todas las personas, como diacrónico, incluyendo generaciones futuras”⁴⁰⁵.

En este contexto, discutir sobre necesidades de manera honesta y realista implica preocuparnos decididamente por, entre otras, atender al colapso ambiental (cambio climático, deforestación, extinción de especies, etc.); las crisis energética, hídrica, alimentaria, etc.; las catástrofes humanitarias diversas (guerras, hambrunas, epidemias y pandemias, desastres nucleares, esclavitud y trata de personas); ya que estas ponen en jaque cualquier posibilidad de satisfacerlas hoy y en el futuro.

Ello requiere cambiar cierta manera (perversa e inviable) de entender las necesidades, vinculadas al consumismo y la ostentación. Como señala Sempere, esto demanda “una reorientación de la

⁴⁰⁴ Que la democracia atente contra las personas implica ir directamente contra su fundamento mismo: el ciudadano y su participación. No solo sería incongruente, sino autodestructivo.

⁴⁰⁵ RIBOTTA, Silvina. Ob. cit., p. 284.

técnica hacia la *maximización del bienestar humano con la minimización de los impactos ambientales* Todo ello exige *cambios en el sistema de las necesidades*. Unos, referidos a las necesidades instrumentales: producir lo necesario con *menos recursos y menos impactos*. Otros, tal vez los más difíciles, referidos a las mentalidades y costumbres⁴⁰⁶. Se trata de concebirnos como parte de un entorno que no nos es ajeno, sino del cual formamos parte y en el encontramos sustento (y del cual podemos incluso aprender como reconstruir nuestros sistemas productivos, en armonía con la biósfera⁴⁰⁷). En efecto, junto con Riechmann debemos afirmar que “*la satisfacción de las necesidades básicas de todos los seres humanos, de una forma ecológicamente sustentable*, es el ‘contenido mínimo’ de cualquier programa emancipatorio a finales del siglo XX”⁴⁰⁸.

Ahora, presentada ya nuestra propuesta de definición sobre necesidades humanas básicas y habiendo explicitado en qué sentido estas ofrecen buenos argumentos a favor de los derechos, aún queda pendiente explicar cómo lo desarrollado hasta aquí es aplicable en el marco de nuestro ordenamiento constitucional. Precisamente, el siguiente (y último) capítulo está dedicado a ello.

⁴⁰⁶ SEMPERE, Joaquín. “Necesidades y política ecosocialista”. En: *Cuadernos del Guincho*. N.º 7, El Guincho, Las Palmas (Arrecife), junio de 1999 (también en: AA.VV. *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades humanas, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*. Jorge Riechmann (coordinador), Los Libros de la Catarata, Madrid, 1999.) Vide asimismo: Ibídem, SEMPERE, Joaquín. *Necesidades, desigualdades y sostenibilidad ecológica*. Cuaderno Bakeaz 53, Bakeaz, Bilbao, 2002.

⁴⁰⁷ RIECHMANN, Jorge. “¿Cómo cambiar hacia sociedades sostenibles? Reflexiones sobre biomímesis y autolimitación”. En: *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. N.º 32, 2005.

⁴⁰⁸ RIECHMANN, Jorge. “Necesidades: algunas delimitaciones en las que acaso podríamos convenir”. Ob. cit.

Capítulo IV:**LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES BÁSICAS Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**

En el capítulo anterior postulamos una definición de necesidades humanas como exigencias morales vinculadas con capacidades o condiciones de vida, cuya falta de satisfacción hacen imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones. Asimismo, indicamos que la satisfacción de estas necesidades permite la supervivencia en condiciones saludables, que cada quien elija y cumpla los planes de vida que considere valiosos, así como el autogobierno y la participación en la comunidad política. Conforme explicamos, las necesidades básicas han de ser finalmente determinadas a través del diálogo público razonado, es decir políticamente.

También señalamos antes –supra, Capítulo II– algunas carencias de la noción “dignidad humana” para fundamentar adecuadamente los derechos humanos o fundamentales. Entre las falencias de este término nos referimos a su contenido impreciso y polivalente y, de manera especial, a que suele responder a consideraciones metafísicas, especulativas o esencialistas, debido a lo cual resulta difícil, sino imposible, ponernos de acuerdo en sus alcances, valor, manifestaciones, etc.

Asimismo, explicamos que fundamentar los derechos implica brindar buenas razones para su reconocimiento, protección y eficacia, y que, en general, mejores fundamentos son aquellos que remiten a razones más firmes y sólidas. Siendo así, razones más idóneas serían aquellas que tiendan a ser evidentes, corroborables o generalizables, y lo son menos aquellas no verificables, subjetivas o totalmente controvertidas.

En este marco, uno de nuestros objetivos ha sido, precisamente, explicar que la noción de necesidades básicas (mejor aún, la satisfacción de estas necesidades) aporta razones poderosas para justificar los derechos humanos y fundamentales; sobre todo frente a otras nociones, como la de dignidad humana. Creemos haber sustentado suficientemente ello, tanto al explicar nuestro concepto de necesidades humanas básicas como al indicar que la fortaleza de esta noción reside en (1) brindar fuertes razones para actuar (de mayor peso que otras), (2) ser determinable a través

del diálogo público razonado (políticamente) y (3) facilitar la superación de algunas aparentes dicotomías del “neoconstitucionalismo estándar” (al que nos referimos en el primer capítulo).

Señalado todo ello, la finalidad de este capítulo es, más bien, explicar cómo la fundamentación de los derechos humanos vinculada con la satisfacción de las necesidades básicas incide en el ordenamiento constitucional peruano y cómo, en tal contexto, distinguir (teórica, dogmáticamente) entre las categorías “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales” tiene implicancias relevantes para la interpretación, la satisfacción y la tutela de los derechos.

Conforme explicaremos, si bien suelen equipararse estos tres conceptos –pues tienen una misma jerarquía normativa y todos pueden ser igualmente protegidos por los procesos constitucionales–, en realidad las funciones y los pesos axiológicos que tienen son distintas, asunto que prácticamente ha sido dejado de lado por la doctrina.

1. Precisiones conceptuales en torno a los fundamentos y los derechos

A lo largo de esta investigación nos hemos referido de forma casi indistinta al fundamento tanto de los derechos humanos como de los derechos fundamentales, considerando que, en general, la doctrina suele justificar ambos derechos de similar forma (por ejemplo, remitiendo a la dignidad humana). Sin embargo, derechos humanos y derechos fundamentales son nociones distinguibles. Si bien hasta el momento tal distinción no era determinante para lo que teníamos que explicar, llegado a este punto, es necesario precisar que la relación entre los fundamentos basados en la satisfacción de las necesidades básicas y la clase de derecho de que se trate (humano o fundamental) resulta del todo relevante.

Efectivamente, el rol de la satisfacción de las necesidades básicas como argumento justificatorio es distinto si se trata bien de los derechos humanos o bien de los fundamentales. Por ejemplo –adelantando un poco nuestra exposición–, la relación de las necesidades básicas no puede ser igual con los derechos humanos, si los entendemos como exigencias morales de carácter universal, que con los derechos fundamentales, si los consideramos como aquellos derechos más

importantes para cada ordenamiento estatal nacional según los principios y valores que la propia comunidad política establece para sí.

Siendo este el panorama inicial, lo que sigue es explicarlo debidamente, dando cuenta del estado de la cuestión y explicando el rol que, en este contexto, cumplen los argumentos morales vinculados con la satisfacción de las necesidades básicas.

2. Distinción convencional entre los derechos humanos, fundamentales y constitucionales

Sin duda, desbordaría a nuestras capacidades, y no serviría a los propósitos de este trabajo, hacer un desarrollo acabado de todas las definiciones o los conceptos de derechos humanos, fundamentales o constitucionales que se hayan planteado. Nuestro propósito en este apartado es bastante más modesto: dar cuenta de lo que generalmente se entiende por derechos humanos, fundamentales y constitucionales en nuestro medio⁴⁰⁹, con la finalidad de plantear luego un reformulación útil.

Al respecto, en general, bajo los epígrafes “distinciones terminológicas” o “aproximación lingüística”, la doctrina (española y nacional) suele plantear algunas diferencias entre conceptos como derechos humanos, derechos fundamentales, derechos morales, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, etc.⁴¹⁰ Desde luego, a efectos de este trabajo de

⁴⁰⁹ Así, aludiremos a la doctrina española más difundida y a los autores nacionales que han tratado directamente el tema. Ahora bien, superando esta visión clásica, algunos constitucionalistas notables (Edgar Carpio, Elena Alvites, Roger Rodríguez, Betzabé Marciani, José V. García, por ejemplo) ya abordan el tema de los derechos fundamentales y humanos teniendo en cuenta los importantes aportes doctrinarios del constitucionalismo contemporáneo (Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Carlos Nino, entre algunos); sin embargo, no ha existido la pretensión de formular –cuando menos en versión impresa– un concepto de derechos fundamentales o humanos; a lo más, se ha adoptado el concepto analítico alexyano (por todos, cfr. MENDOZA, Mijail. *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*. Palestra, Lima, 2007, p. 36 y ss). Una excepción es Luis Castillo Córdova, quien trata ampliamente la definición derechos humanos y constitucionales (cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra, Lima, 2007, pp. 35 y ss. y 103 y ss.)

⁴¹⁰ V. gr. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 30-38; PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 21 y ss.; CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Ob. cit., p. 72 y ss.; PALOMINO MANCHEGO, José F. *Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993*. UNAM, México, 2003, pp. 33-35; MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Derechos de la persona. Dogmática*

investigación no será necesario explorar todas estas distinciones; por lo pronto, inicialmente vamos a detenernos en las diferencias planteadas entre las nociones de *derechos humanos* y *derechos fundamentales*.

Respecto de estas, suele considerarse a los *derechos humanos* como pretensiones (morales, sociales, históricas) superiores y anteriores al Derecho positivo, que suelen ser reconocidas en tratados de alcance universal (mundial) o internacional (regional). Por su parte, los *derechos fundamentales* son considerados como derechos que –aunque pueden tener el mismo sustento material y contenido protegido que los derechos humanos– están reconocidos en los ordenamientos constitucionales estatales⁴¹¹. Se indica, en tal sentido, que los derechos fundamentales son “derechos humanos constitucionalizados”⁴¹².

Con lo señalado, si bien ambos tipos de derechos pueden aludir a lo mismo (a un igual o similar contenido), las diferencias residen en algunas peculiaridades: en el primer caso, son pretensiones éticas o morales, con reconocimiento normativo internacional o universal; mientras que en el segundo lo esencial es que se trata de bienes reconocidos expresamente por las normas constitucionales nacionales.

constitucional. Fondo editorial del Congreso de la República del Perú, Lima, 2004, p. 23 y ss.; GARCÍA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. Adrus, Arequipa, 2013, pp. 37-41.

⁴¹¹ Esto, desde una perspectiva básicamente formal. Desde una perspectiva material se sostienen posiciones muy variadas; consideramos canónicas –pues son acogidas o tomadas como punto de partida por gran parte de la doctrina local– la consideración de los derechos como pretensiones morales con vocación de juridicidad, que concretan exigencias de dignidad (o también de libertad e igualdad humanas). Con matices, principalmente: PECES-BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2004, p. 29 y ss, especialmente 44-47, y PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 43-47. Cfr. DE ASIS ROIG, Rafael. *Escritos sobre Derechos humanos*. Ara, Lima. 2005, sobre todo pp. 25-29; JIMÉNEZ CANO, Roberto-Marino. Moralidad y juridicidad en los derechos. Aproximación entre concepciones. En: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*. N.º 1, 2004, p. 33 y ss.; DE LUCAS, Javier. “Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos” En: *Derechos humanos: conceptos, fundamentos, sujetos*. Jesús Ballesteros (editor), Tecnos, Madrid, 1992, pp. 14-19.

⁴¹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Ob. cit., pp. 46-47. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 63 (sobre todo nota 48), donde explica, desde su perspectiva, la relación entre los derechos humanos (como derechos morales) y los derechos fundamentales (como derechos positivizados); vide asimismo, Ibídem. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 26 y 28; donde Alexy explica que más bien los derechos fundamentales *deben representar* derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo, pues de lo contrario se trataría de un reconocimiento deficiente.

Ahora bien, en nuestro país suele considerarse equiparables los *derechos humanos* y los *derechos fundamentales*. Esto, debido a que nuestra Constitución prescribe (1) que los tratados internacionales (incluyendo los de derechos humanos, desde luego) forman parte del Derecho interno (artículo 55), (2) que los derechos constitucionales se interpretan de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos (IV Disposición Final y Transitoria)⁴¹³, (3) que es deber primordial del Estado es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44), (4) que todos los derechos reconocidos por la Constitución merecen igual protección a través de los procesos de tutela de derechos (artículo 200), y (5) que la cláusula de derechos implícitos extiende el carácter iusfundamental incluso a derechos no establecidos de modo expreso en el articulado de la Constitución (artículo 3)⁴¹⁴.

De otra parte, la doctrina internacional no suele distinguir entre *derechos fundamentales* y, esta vez, *derechos constitucionales*, salvo cuando explica qué derechos son protegidos a través de los procesos constitucionales de tutela de derechos. Al respecto, algunas constituciones indican que la protección mediante el amparo solo es posible respecto a los derechos fundamentales –que son algunos específicos– y no para los demás derechos contenidos en la Constitución. Como puede apreciarse, en esos casos la propia Norma Fundamental distingue entre unos derechos (fundamentales) y otros (constitucionales, no fundamentales).

En América Latina –en parte porque la tutela procesal suele presentarse como igualmente intensa para todos los derechos reconocidos en la Constitución– generalmente no se hace ninguna distinción entre *derechos constitucionales* y *derechos fundamentales*. En nuestro país también se sostiene la equivalencia práctica entre *derechos fundamentales* y *derechos constitucionales*. La mayoría de autores considera que, debido a que la Constitución no hace ninguna distinción al respecto, no vale la pena diferenciar entre unos y otros; esto, no sin reconocer algunas diferencias

⁴¹³ E incluso de acuerdo a las decisiones adoptadas por tribunales internacionales, conforme el art. V del Código Procesal Constitucional.

⁴¹⁴ Cfr. SOSA SACIO, Juan Manuel. “La interpretación de los derechos constitucionales conforme al Derecho Internacional de los derechos humanos (Artículo V del Código Procesal Constitucional)”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 135, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2005, p. 132.

existentes en el plano dogmático y que la distinción puede ser relevante en algunos ordenamientos extranjeros⁴¹⁵.

Como corolario de lo anotado, en nuestro país suele equiparse las tres nociones (derechos humanos, fundamentales y constitucionales), debido a que nuestra Constitución reconoce estos derechos subjetivos sin establecer diferencias expresas en cuanto a jerarquía, valor o mecanismos de tutela.

3. Distinguiendo las tres nociones conforme a nuestra Constitución (y su relación con la satisfacción de las necesidades básicas)

No obstante la equivalencia antes reseñada, consideramos que sí vale la pena distinguir entre esas tres categorías conforme a nuestro ordenamiento constitucional. Esta distinción, es necesario precisar, no contradice que nuestra Carta asigne una igual jerarquía normativa y mecanismos de protección a los derechos humanos, fundamentales y constitucionales: lo que hace es reconocer las diferentes naturalezas y roles de cada tipo de derecho⁴¹⁶.

Adelantando nuestra explicación, vamos a sostener que los “derechos humanos” acarrear deberes supraconstitucionales para el Estado, pues constituyen o bien obligaciones jurídicas supraestatales, o bien exigencias morales y prejurídicas que es menester atender. Explicaremos, además, que nuestra Constitución peruana contiene una “cláusula de fundamentalidad” (artículo 3 de la Constitución) que plantea principios específicos que permiten reconocer cuáles son los “derechos fundamentales”, distintos a los demás “derechos constitucionales”. Así, postulamos que

⁴¹⁵ Cfr. CASTILLO, Luis. Ob. cit., pp. 80 y ss., 86 y ss. RUBIO, Marcial; EGUGUREN, Francisco; BERNALES, Enrique. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2011, pp. 43-44.

⁴¹⁶ Incluso el constituyente diferencia el tratamiento de los derechos humanos, por una parte, y los derechos fundamentales o constitucionales, por otra, al mencionarlos en la Norma fundamental. Los derechos humanos aparecen como mandatos objetivos de optimización (mencionados en los artículos 14, 44, 56.1 y IV disposición final y transitoria de la Constitución), mientras que los derechos constitucionales y fundamentales (expresiones que confunde) aluden a posibles afectaciones concretas y generalmente subjetivas. En sentido contrario, el profesor Luis Castillo ha considerado que las expresiones derechos humanos, derechos fundamentales y derechos constitucionales contenidas en nuestra Carta hacen referencia a una misma realidad y que su distinción es jurídicamente irrelevante, cfr. CASTILLO, Luis. Ob. cit., pp. 86-87; en similar sentido, recientemente, GARCÍA TOMA, Víctor. Ob. cit., p. 10.

en la Carta podemos encontrar “derechos constitucionales” carentes de fundamentalidad, como es el caso de ciertas prerrogativas funcionales o de ciertos intereses y libertades económicos.

Seguidamente desarrollemos estas nociones y explicitemos su relación con los argumentos vinculados con la satisfacción de las necesidades básicas.

3.1. Derechos humanos

Los *derechos humanos*, a saber, pueden ser concebidos desde dos puntos de vista. Desde un punto de vista material, aluden a exigencias morales que, como tales, son anteriores e independientes al ordenamiento jurídico. En la Filosofía del Derecho también se les *denomina derechos naturales* o, incluso, *derechos morales*⁴¹⁷.

Frente a ello, desde postulados positivistas se ha señalado que es innecesario, inexacto e incluso impertinente denominarlos “derechos”, ya que no se encuentran reconocidos por ningún ordenamiento jurídico. Al respecto, consideramos que no resulta problemático llamarlos derechos (como se hace en el lenguaje coloquial y también en el académico), si con ello finalmente no les otorgamos ningún estatus jurídico⁴¹⁸. Así considerado, los derechos humanos (morales, naturales) son básicamente pretensiones morales o naturales, en tal sentido, no jurídicas o prejurídicas.

Además de ello, desde un punto de vista normativo, *derechos humanos* son aquellos reconocidos como tales en el ámbito internacional y, en especial, en el ámbito universal. Se trata, por lo general, de derechos humanos desde el punto de vista material (derechos morales), pero que ahora son reconocidos jurídicamente. Al constituir exigencias jurídicas supranacionales (cuyo cumplimiento puede ser supervisado y exigido por la comunidad internacional), los derechos humanos reconocidos en tratados tienen cierta preeminencia sobre el Derecho interno.

⁴¹⁷ Entre los autores más representativos (y recientes) que utilizan estas nomenclaturas encontramos, por ejemplo, a Ronald Dworkin, Carlos Nino, John Finnis o Eusebio Fernández (entre los citados). Vide, adicionalmente, LAPORTA, Francisco. “Sobre el concepto de los derechos humanos”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 4, 1987, especialmente 32 y ss.

⁴¹⁸ Cfr., sobre esta posibilidad, BULYGIN, Eugenio. “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 4, 1987, p. 83.

Con respecto a las exigencias derivadas de la realización de las necesidades básicas, antes explicamos que los derechos humanos encuentran en estas –en su satisfacción– un fundamento valioso para su reconocimiento, protección y eficacia. En sentido complementario, señalamos ahora que las exigencias directamente vinculadas a la satisfacción de las necesidades básicas (aunque no necesariamente a específicos satisfactores⁴¹⁹) deben ser consideradas siempre como derechos humanos, al tratarse de las pretensiones morales valiosas para la humanidad (de hecho, en general, la satisfacción de estas necesidades se encuentra reconocida en los tratados sobre derechos humanos). Explicado de otro modo, la realización de las necesidades humanas son derechos humanos: siempre en sentido moral y muchas veces en sentido jurídico.

3.2. Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, por su parte, son derechos reconocidos con el máximo rango en cada ordenamiento jurídico nacional. La expresión derechos fundamentales cuenta con una carga sustantiva adicional frente al resto de derechos reconocidos en la Constitución y suele preverse a favor suyo mecanismos específicos y urgentes de protección.

Ahora bien, hemos explicado que los autores en nuestro país suelen equiparar los derechos fundamentales a los constitucionales. Por nuestra parte, consideramos que, a partir de lo señalado en el artículo 3 de la Constitución (que contiene la cláusula de derechos no enumerados), es posible realizar algunas precisiones importantes para distinguir los conceptos de *derechos constitucionales* y *derechos fundamentales*.

Atendiendo a nuestro ordenamiento constitucional, consideramos que la categoría *derechos constitucionales* es más amplia y tiene un carácter sobre todo formal frente a la de *derechos fundamentales*, y alude a los derechos reconocidos por las normas constitucionales sin importar la relevancia del bien que protege o su relación con la dignidad humana o los principios basilares del Estado peruano. Desde esta perspectiva, ciertos derechos son “constitucionales” sencillamente porque están formalmente reconocidos por la Constitución.

⁴¹⁹ Como explicamos supra Capítulo III.3, en el apartado referido al alcance universal de las necesidades básicas (in fine).

Más bien los *derechos fundamentales* contarían con algo adicional a su reconocimiento en el ordenamiento positivo constitucional. Como hemos señalado, algunos ordenamientos extranjeros señalan cuáles de sus derechos constitucionales son fundamentales, contando con mecanismos especiales de protección para ellos. Es el caso, por ejemplo, de Alemania, España o Colombia⁴²⁰, cuyas constituciones declaran que la protección a través de los recursos de amparo o tutela constitucional procede solo a favor de los derechos fundamentales.

En el caso peruano, descartando una aproximación solo formal al tema –que reduzca la discusión a afirmar que son fundamentales solo aquellos que aparecen en el capítulo que lleva ese nombre⁴²¹–, consideramos que pueden entenderse como “fundamentales” aquellos derechos constitucionales de especial relevancia material, determinados en relación con los principios de dignidad humana, soberanía popular, Estado Democrático de Derecho y forma republicana de gobierno⁴²²; es decir, los principios señalados por el artículo 3 de la Constitución, que expresamente señala:

“Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo [titulado “De los derechos fundamentales”] no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

⁴²⁰ En el caso colombiano, se protegen a través de la “acción de tutela” únicamente los derechos constitucionales fundamentales, conforme a la Constitución y las precisiones de la Corte Constitucional (cfr. Capítulo I del Título II Constitución de 1991, artículo 2 del Decreto 2591 de 1991 y la Sentencia N.º T-451/92); en el caso español, su Constitución (artículo 53.2) prevé el “recurso de amparo” para la protección de los derechos y libertades fundamentales (artículo 14 al 29) y la objeción de conciencia (artículo 30) (cfr. artículo 41 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre); finalmente, la Ley Fundamental alemana establece el recurso de amparo (“Verfassungsbeschwerde”) para la protección de los derechos fundamentales (básicamente, los reconocidos en los artículos 1 al 17) y otros expresamente señalados (artículos 20, apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104) en el artículo 93.4.a.

⁴²¹ Así, en MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Ob. cit., p. 25: “En el caso del Perú, la Constitución de 1993 dispone que solo los derechos civiles y políticos tienen el carácter de fundamentales. No así los denominados derechos económicos, sociales, culturales y los de solidaridad”.

⁴²² Como consecuencia de lo señalado por el primer artículo de la Constitución, el principio de dignidad humana será el primer sustento para los derechos fundamentales; sin embargo, debe tenerse muy en cuenta que no es el único. En todo caso, no analizaremos ahora la importancia y las consecuencias del artículo 1 de la Constitución; nos abocaremos solo al artículo 3, que también permite referirnos al principio de dignidad como sustento de los derechos fundamentales.

Como podrá apreciarse, no todos los derechos formalmente constitucionales están relacionados con los mencionados criterios sustantivos; por ello, existirán derechos constitucionales que son fundamentales –al cumplir con los estándares sustantivos del artículo 3– y otros que son meramente constitucionales mas no fundamentales. Con ello, todos los derechos fundamentales son constitucionales, pero existirán derechos constitucionales sin “fundamentalidad”⁴²³.

Señalado esto, ¿cuál sería, entonces, la relación entre estos derechos y las exigencias derivadas de las necesidades básicas? ¿Y entre los derechos fundamentales y los derechos humanos?

Al respecto, consideramos que existe una exigencia moral para los Estados de incorporar en sus ordenamientos, con calidad de derechos fundamentales, a la satisfacción de las necesidades básicas; exigencia que se extiende también a los derechos humanos. Al tratarse de exigencias morales fuertes, su incumplimiento pone en juego la legitimidad del Estado (conforme lo señalado en el Capítulo III, 4.3).

3.3. Derechos constitucionales

Se trata de derechos subjetivos –mejor aun, posiciones jurídicas de ventaja– reconocidas en la Constitución, prescindiendo de su valor material. En este sentido, se trata de una categoría básicamente normativa, que alude a un derecho que ostenta la máxima jerarquía normativa en sentido formal.

⁴²³ Reiteramos, nuestra propuesta distingue entre derechos constitucionales y fundamentales por motivos sustanciales contenidos en la propia Norma fundamental. No obstante, también puede hacerse una diferencia considerando una noción formal, estipulativa, de derechos fundamentales, como hace Luigi Ferrajoli. Vide FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del Derecho y la democracia*. Tomo 1: Teoría del Derecho, Trotta, Madrid, 2011, p. 684; cfr. SOSA SACIO, Juan Manuel. “Entrevista a Luigi Ferrajoli: Para entender y discutir los aportes del Principia iuris (y su singularidad frente al ‘neoconstitucionalismo’). En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 65, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2013, pp. 227-228.

En nuestra Norma Fundamental encontramos varios derechos constitucionales cuya naturaleza no está relacionada con la dignidad humana ni con el sustento o la organización del poder político, sino que únicamente han sido reconocidos como tales por mera voluntad política del poder constituyente. Se trata, en tales casos, de derechos constitucionales no fundamentales.

Tales serían los casos –a partir de las disposiciones constitucionales o de ciertas resoluciones del Tribunal Constitucional– de la inamovilidad del cargo de juez⁴²⁴, el ascenso en la carrera militar y policial⁴²⁵, el ascenso en la carrera diplomática⁴²⁶, ciertas prerrogativas funcionales de las altas autoridades estatales⁴²⁷, etc., por citar algunos ejemplos.

En este caso, al tratarse de una categoría sin ninguna pretensión sustantiva, no existe mayor vínculo entre estos derechos y las nociones anteriores (salvo la coincidencia de que estén reconocidos en la Constitución).

4. Corolario y alcances prácticos de la distinción

Señalado lo anterior, queda claro que, si bien en términos de jerarquía normativa los derechos humanos, fundamentales y constitucionales son equivalentes –todos forman parte del ordenamiento jurídico interno, tienen rango constitucional y pueden ser protegidos a través de los procesos de tutela de derechos–; sin embargo, las precisiones antes anotadas no son intrascendentes, sino más bien tiene algunas implicancias prácticas que vale la pena destacar. Señalemos algunas de las principales:

⁴²⁴ Artículo 146, inciso 2 de la Constitución: “(...) El Estado garantiza a los magistrados judiciales: (...) 2. La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento”.

⁴²⁵ Artículo 172 de la Constitución: “(...) Los ascensos se confieren de conformidad con la ley. El Presidente de la República otorga los ascensos de los generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y de los generales de la Policía Nacional, según propuesta del instituto correspondiente.”

⁴²⁶ STC Exp. N.º 2254-2003-AA/TC, f. j. 12: “Por lo tanto, está probado que se violó sistemáticamente el derecho a la promoción o ascenso, derecho constitucional y fundamental, con el consiguiente perjuicio al proyecto de vida de los funcionarios diplomáticos involucrados, entre los cuales se encuentra el demandante, según se ha podido acreditar en autos”.

⁴²⁷ V. gr. los artículos 99 y 100 de la Constitución, que contienen las instituciones del antejuicio y el juicio político.

4.1. Obligación (metajurídica) de positivizar los derechos humanos

Si bien cada comunidad política tiene autonomía para decidir qué derechos incorporar en sus ordenamientos constitucionales, es también verdad que actualmente tal libertad de configuración no es absoluta⁴²⁸. Los países están inmersos en comunidades mayores y, en ese marco, se someten a reglas (formales o prácticas), expectativas y exigencias morales y políticas que condicionan su accionar⁴²⁹.

En ese contexto, los Estados tienen el deber de respetar el ordenamiento internacional en materia de derechos humanos y no cabe duda que la mejor manera de hacerlo es incorporándolos en sus ordenamientos internos y brindándoles garantías políticas y jurisdiccionales suficientes. Así visto, los derechos humanos deben ser recibidos en los ordenamientos constitucionales como derechos fundamentales.

Lo mismo ocurre con las exigencias morales vinculadas a la satisfacción de necesidades básicas: estas deben ser incorporadas en los ordenamientos jurídicos al máximo nivel y con la más calificada tutela, por tratarse de una exigencia elemental de justicia. Tal deber de incorporar y garantizar los derechos es, claro está, una exigencia esencialmente moral.

4.2. Obligación de no reconocer como fundamentales bienes de contenido bagatela

⁴²⁸ Si bien tradicionalmente al poder constituyente se le entendía como limitado, contemporáneamente se entiende que cuando menos hay dos límites: (1) ético-políticos y (2) sustantivo-conceptuales. En el primer caso nos referimos a la moralidad y la legitimidad social de lo regulado; en el segundo, de lo que puede regularse o no para entender que estamos realmente ante una Constitución. Se trata, claro está, de límites pre o extrajurídicos (difícilmente podría ser distinto, al tratarse de la Constitución). Cfr. DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid, 1999, p. 240 y ss.; VANOSSI, Jorge Reinaldo A. "Los límites del poder constituyente". En: *Estudios de teoría constitucional*. UNAM, México D.F. 2002; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional". En: *Ius et praxis*. Año 15, N° 1, Talca, 2009; TAPIA VALDÉS, Jorge. "Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario". En: *Estudios Constitucionales*. Año 6, N° 2, Talca, 2008; OYARTE MARTÍNEZ, Rafael. "Límite y limitaciones al poder constituyente". En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25, N° 1, Santiago de Chile, 1998.

⁴²⁹ Cfr., desde diferentes perspectivas (jurídica, moral, práctica), SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Notas sobre el poder constituyente irregular". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009, pp. 152-154; KLUG, Ulrich. *Problemas de filosofía y pragmática del Derecho*. Fontamara, México D.F., 2008, pp. 26-30; BEITZ, Charles R. *La idea de derechos humanos*. Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 129 y ss.

El artículo 3 de la Constitución, al que ya nos hemos referido, permite considerar como derechos fundamentales implícitos a aquellos relacionados con los principios de dignidad humana, soberanía, Estado democrático y forma republicana de gobierno. Esto quiere decir que solo puede reconocerse como “nuevos derechos” aquellos vinculados tales principios de primer orden; y, en sentido inverso, que no puede reconocerse como atributos iusfundamentales implícitos bienes de contenido diferente o nimio, aunque la autoridad –en especial el Tribunal Constitucional– considere, con diferentes criterios, valiosa o pertinente su protección⁴³⁰.

De esta manera, vale la pena discutir si algunos derechos constitucionales no escritos, que fueron reconocidos y tutelados por el Tribunal Constitucional, merecían en realidad este tipo de tratamiento conforme con la Constitución. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho al ahorro o del derecho al ascenso en la carrera diplomática.

4.3. Interpretación de los derechos en pugna o conflicto prefiriendo los vinculados con las necesidades básicas y los derechos fundamentales.

Un asunto de primera importancia, y seguramente polémico, está referido a los conflictos entre estos diferentes tipos de derechos (humanos, fundamentales, constitucionales). Si bien indicamos que todos tienen la misma jerarquía normativa (rango constitucional), hemos adelantado que tras ellos subyacen cargas argumentativas y morales diferentes⁴³¹.

Ahora bien, no vamos a plantear aquí si existen diferentes pesos entre derechos humanos y derechos fundamentales. Más bien, vamos a referirnos a dos relaciones más evidentes: (1) la existente entre derechos vinculados a exigencias relacionadas con la satisfacción de necesidades

⁴³⁰ Vide SOSA SACIO, Juan Manuel. “Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad”. En: *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Luis Sáenz Dávalos (Coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 108 (en especial la nota 29).

⁴³¹ Cfr., además, el interesante artículo del profesor Francisco Eguiguren en el que exploró la idea de que entre los derechos humanos podría existir “una cierta jerarquización o grado de preeminencia” atendiendo a las diferencias entre algunos de ellos. Vide EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “¿Tienen todos los derechos humanos igual jerarquía?”. En: *Ius et veritas*. Año III, N.º 4, 1992, pp. 3-6.

básicas (para abreviar: derechos vinculados a necesidades básicas) y derechos fundamentales; y (2) entre derechos fundamentales y derechos constitucionales.

Desde la perspectiva que venimos desarrollando, resulta coherente asignar, al momento de realizar una ponderación de bienes en caso de colisión, diferentes cargas valorativas atendiendo a sus diferentes pesos morales (peso abstracto, según la conocida “fórmula del peso” alexyana⁴³²).

En general, como se sabe, al realizar ponderaciones entre derechos fundamentales suele asignarse a todos los derechos constitucionales el mismo valor (“peso abstracto”), pues se trata de derechos del mismo rango. Esto, que tiene cierto sentido en ordenamientos como el alemán o el español, en el que solo llegan ante sus tribunales constitucionales conflictos entre derechos considerados fundamentales (y no cualquier derecho constitucional), es distinto en realidades como la sudamericana, dónde solemos ponderar bienes de la máxima importancia con otros que no lo son tanto.

Así considerado, sostenemos que vale la pena –en especial en los casos más evidentes– establecer cargas valorativas mayores (v. gr. peso abstracto) a favor de la satisfacción de necesidades básicas frente a otros derechos (hemos explicado en el capítulo anterior como se existen razones poderosas para ello), aunque sea prima facie. La justificación de esto reside en el carácter insoslayable que implica su insatisfacción, lo cual de modo inevitable generaría grave daño, sin que la voluntad pueda hacer algo para evitarlos.

Asimismo, consideramos que, mutatis mutandis, puede considerarse lo mismo respecto a los derechos fundamentales cuando se enfrentan con derechos constitucionales (no fundamentales). En este caso, la justificación reside en el especial valor o peso que los constituyentes han otorgado a los derechos fundamentales, a diferencia de lo que ocurre con los meramente constitucionales.

4.4. Protección calificada a través de los procesos constitucionales.

⁴³² Sobre esta fórmula, puede revisarse el artículo “La fórmula del peso” de Robert Alexy. En: ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Palestra, Lima, 2007, p. 457 y ss.

Una consideración adicional que vale la pena tener en cuenta está referida a los mecanismos de protección de los derechos. Al respecto, como se sabe, en nuestro ordenamiento existen básicamente tres procesos en el que se tutelan los derechos constitucionales: amparo, hábeas corpus y hábeas data.

Al respecto, a través del hábeas corpus se tutela la libertad personal y los derechos conexos a ella; mediante el proceso de hábeas data se tutelan los derechos de acceso a la información y a la autodeterminación informativa; y por medio del proceso de amparo son protegidos todos los demás derechos constitucionales, es decir, aquellos que no están protegidos por el hábeas corpus y el hábeas data (la mayoría de derechos constitucionales)⁴³³.

Sobre estos procesos, tenemos que, debido al especial valor que históricamente se le ha asignado a la libertad e integridad personales, el proceso de hábeas corpus es más garantista que el amparo: es más rápido y tiene menos ritualismos procesales. El hábeas data, por su parte, tiene una estructura similar al amparo, la principal diferencia es que para su interposición existe un requisito especial vinculado al contenido de los derechos que protege (que se haya requerido previamente al infractor mediante un documento con fecha cierta).

Ahora bien, desde la perspectiva que venimos desarrollando, consideramos lo más coherente sería otorgar una protección privilegiada a los derechos vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas; sea a través del proceso de hábeas corpus u otro equivalente, debiendo tratarse, en cualquier caso, del proceso constitucional más garantista entre los existentes. De esta forma, sostenemos que los derechos a la salud, a la vida, a la educación o a la remuneración mínima vital, por ejemplo, deberían ser tutelados a través de este proceso más urgente, y no de manera igual que la libertad de asociación, de empresa o de culto, que podrían protegerse a través del amparo.

Asimismo, consideramos perverso que tanto a los derechos fundamentales como a los derechos constitucionales se les otorgue, sin más, la misma protección, cuando es claro que, de un lado, se trata de bienes bagatela y, del otro, de contenidos con un valor especial. Al respecto, bien podría crearse procesos distintos, podría reenviarse la tutela de los derechos no fundamentales a la jurisdicción ordinaria, o incluso establecerse cierta precedencia en el ámbito del amparo para que

⁴³³ Conforme al artículo 200, incisos 1, 2 y 3 de la Constitución.

se resuelva de manera más urgente los casos relacionados con derechos fundamentales respecto de aquellos en los que no lo están.

4.5. Preferencias en la implementación de políticas públicas.

Finalmente, si bien las políticas públicas, en general, se encuentran en el ámbito de determinación política del Gobierno, cuando se trata de políticas vinculadas con implementar la satisfacción de necesidades básicas (o con los derechos humanos relacionados a ello) deben ser consideradas como primera prioridad con respecto del conjunto de obligaciones estatales⁴³⁴, lo que debería tenerse en cuenta inclusive al evaluar las gestión de estas.

De esta forma, los planes, las políticas y los programas del Gobierno –en sus diferentes niveles– deben reflejar, en términos políticos, económico-presupuestarios, administrativos, etc., el mayor valor (y también mayor objetividad⁴³⁵) que corresponde a la satisfacción de las necesidades humanas básicas.

⁴³⁴ Sobre las formas de garantizar los derechos desde el Estado, en especial los derechos sociales: PISARELLO Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta, Madrid, 2007, 111-122.

⁴³⁵ Cfr. SCANLON, Thomas M. “Preference and Urgency”. En: *The Journal of Philosophy*. Vol. 72, N.º 19, 6 de noviembre de 1975, p. 658.

CONCLUSIONES

1. El constitucionalismo contemporáneo (o “neoconstitucionalismo”) es un movimiento constitucional surgido a mediados del siglo XX tras la segunda Gran Guerra, que tiene como forma de Estado al “Estado Constitucional”. Entre las principales características de este constitucionalismo, tenemos que: encuentra su fundamento último en la persona humana; es esencialmente democrático; los derechos se encuentran garantizados a nivel constitucional e internacional; se produce la “constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos; las constituciones adquieren verdadera fuerza normativa; las cartas fundamentales cuentan con una gran carga axiológica; los contenidos constitucionales son ambiguos e indeterminados; y se reconoce que desentrañar el significado de la Constitución demanda esfuerzos interpretativos adicionales a los clásicos, lo que potencia el papel de los jueces.

2. Además de esta caracterización del constitucionalismo contemporáneo, constatamos que existe una variante o práctica (ideologizada) que hemos denominado “neoconstitucionalismo estándar” o “canónico”. Desde esta postura se justifica y entiende las características del constitucionalismo contemporáneo desde consideraciones ideológicas –principalmente a partir de los liberalismos (y constructivismos) kantiano y rawlsiano–; se sustenta la importancia de la persona a partir de criterios morales o metafísicos como la dignidad humana o la autonomía moral (e incluso se señala que el fundamento del Derecho es en última instancia moral); se considera a las personas como sujetos racionales con capacidad de generar discursos que buscarían ser aceptables o correctos; se formula sobre todo un “constitucionalismo de derechos” (desplazándose otros principios y valores constitucionales, incluyendo al principio democrático) y se hace referencia a un igual valor o jerarquía abstracta de todos los derechos humanos o fundamentales. Además, el “neoconstitucionalismo estándar” suele involucrar una actitud comprometida y hasta militante a favor de los derechos y algunos valores sustantivos, y evidencia cierto talante progresista de sus autores, quienes presuponen que la discrecionalidad de los jueces constitucionales será empleada en sentido positivo.

3. En el marco del constitucionalismo contemporáneo, los derechos fundamentales y humanos son considerados los bienes de la mayor importancia y jerarquía. Entre las características generales

atribuidas actualmente a estos derechos –en especial, por el “neoconstitucionalismo estándar”– podemos señalar que: se fundamentan en una dignidad inherente al ser humano; tienen un especial valor material y jurídico; son inderogables, absolutos, inalienables, irrenunciables, y tienen vocación de universalidad, pues son atribuibles a todos los ciudadanos o seres humanos.

4. La dignidad humana es una noción valiosa, que representa o simboliza el cambio de sensibilidad ocurrido en la posguerra, considerándose que, a partir de lo aprendido dolorosamente por la humanidad, la persona humana tiene un valor insuperable, innegociable, inviolable. Ello es reconocido tanto por los principales tratados en materia de derechos humanos como por las constituciones más reputadas del constitucionalismo actual.

5. Pese a lo anterior, no existe un concepto unívoco ni claro de dignidad humana. Consideramos que son cuatro las nociones más difundidas sobre dignidad: como mandato de no instrumentalización (la persona debe ser considerada como fin y nunca como medio); como atributo o naturaleza inherente a todo ser humano (todos somos iguales en dignidad); como capacidad para ser sujeto racional y moral (dignidad como autonomía moral) y, finalmente, como aspiración política normativa, es decir, como un “deber ser” (a todo ser humano se le debe garantizar condiciones dignas de existencia).

6. No obstante carecer de un significado único o claro, se evidencia que existe una relación estrecha y relevante entre dignidad y derechos humanos o fundamentales. En lo que se refiere a la fundamentación, desde la doctrina se constata que la dignidad es un *prius* metafísico, moral o conceptual para el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales (la dignidad humana antecede y es presupuesto de los derechos); se le puede concebir como el sustrato axiológico de los derechos humanos y fundamentales (la dignidad es un valor que está en la base de todo derecho); y, finalmente, los derechos pueden ser entendidos como manifestaciones o concreciones de la dignidad humana (todo derecho básico puede entenderse como dignidad concretizada).

7. Ahora, pese a lo indicado sobre la noción dignidad, es necesario preguntarnos si se trata de un fundamento sólido para los derechos. Al respecto, el valor de la dignidad como fundamento parece estar estrechamente relacionado a su carácter ambiguo: permite que doctrinas

incompatibles entre sí aparezcan de acuerdo sobre la importancia y necesidad de asegurar los derechos. Sin embargo, este aparentemente amplio consenso deja de ser tal (e incluso puede transformarse en confrontación) cuando se discute sobre contenidos y alcances concretos de los derechos. Efectivamente, por señalar ejemplos cercanos y recientes, en nombre de la dignidad humana –en alguna de sus acepciones– puede justificarse tanto el rechazo como la tolerancia del sexo consentido entre o con adolescentes, tanto el pleno reconocimiento como la proscripción del matrimonio entre personas del mismo sexo, tanto la permisión relativa como la prohibición absoluta del aborto, etc. De esta forma, la dignidad humana sin duda es un fundamento valioso para los derechos, pero dista de ser un fundamento muy firme o sólido.

8. Lo anterior se explica, en primer lugar, debido al carácter abierto de la noción dignidad. Pero ese no es su principal problema: su mayor dificultad es que, generalmente, tal noción se encuentra atada a doctrinas metafísicas, es decir, ajenas a toda percepción, no derivadas de la experiencia. Al respecto, ocurre que los postulados metafísicos –sean especulaciones racionales o dogmas de fe– son incontestables e incontrastables y, por ello, es imposible ponerse de acuerdo sobre su bondad, corrección o pertinencia. Siendo así, una mejor fundamentación para los derechos debería evitar, tanto una formulación de contenido sumamente incierto o polémico, como una basada en afirmaciones metafísicas (como ocurre con la noción de dignidad humana).

9. Considerando lo anterior, el fundamento de los derechos debería ser buscado más bien en la realidad o la experiencia, y desestimarse (por menos firmes) argumentos metafísicos como el naturalismo, el constructivismo ético (rawlsiano, kantiano), los fundacionalismos religiosos, y diversas doctrinas morales igualmente especulativas.

10. Ahora bien, plantear argumentos morales no metafísicos implica, antes que nada, superar la denominada “falacia naturalista” o “Ley de Hume”, que señala que no es posible fundamentar asuntos de “deber ser” desde el mundo del “ser”, en otras palabras, que de hechos de la realidad (descripciones) no puede extraerse exigencias morales (prescripciones), pues estas últimas solo pueden sustentarse en lo moral. Como explicamos, la Ley de Hume no es irrefutable –por el contrario, diversos filósofos contemporáneos han explicado su equivocidad–, sin embargo, ello no significa que sea posible, sin más, dar por sentado que es posible relacionar “ser” y “deber ser” o “hechos” y “valores”.

11. Consideramos que la referida dicotomía hecho/valor (o ser/deber ser) puede ser superada. Al respecto, sostenemos que diversos datos de la realidad generan en nosotros lo que podemos denominar “emociones” o “sentimientos morales”, asunto que recientemente viene siendo constatado y estudiado, por ejemplo, por la neuroética y la neurobiología. Efectivamente, se viene demostrando que nos conmueve el dolor ajeno, que somos criaturas con sentimientos y sensaciones empáticas, que nos afecta (y hasta duele) el rechazo o falta de aceptación social, e incluso que tenemos cierta moralidad innata. Ahora bien, estos datos de la realidad (emociones, sentimientos) no son argumentos morales, pero sin duda condicionan y enmarcan nuestro razonamiento moral, ya que inevitablemente será en ese contexto que formularemos nuestros juicios o valoraciones de carácter moral. Con lo anotado, tenemos algunas experiencias que motivan nuestras valoraciones (afectos o rechazos primarios), las que luego serán escrutadas racionalmente, generándose así razones para actuar, es decir, prescripciones (éticas, morales). Con lo señalado, planteamos que los “sentimientos morales” constituyen un puente (razonable, racional) entre hecho y valor, compuesto por tres tramos: descripción, valoración y prescripción. Así considerado, no existe una separación absoluta entre “hecho” y “valor” o entre “ser” y “deber ser”, como se sostiene desde la falacia naturalista o la Ley de Hume.

12. Señalado lo anterior, podemos afirmar, de manera provisional, que las necesidades humanas generan o están relacionadas directamente con tales sentimientos morales. Ciertamente, los seres humanos tenemos necesidades básicas cuya insatisfacción valoramos negativamente, pues generan daño grave (propio o ajeno). Este rechazo se manifiesta tanto de modo inmediato (a través de sentimientos morales) como luego, al escutarlas racionalmente (cuando generamos razones para actuar). En suma, las necesidades básicas involucran motivos para actuar y generan, asimismo, razones morales.

13. Asimismo, nuestro planteamiento sobre las necesidades básicas y su importancia se sostiene en cuatro bases teóricas e ideológicas. La primera de estas es una idea política de justicia: consideramos que una aceptable idea de justicia, distante de toda metafísica especulativa, requiere de un punto de partida razonable y realista respecto de las personas (¿quiénes discuten realmente sobre lo justo?), así como un punto de llegada que aluda a una institucionalidad plausiblemente justa (¿qué puede considerarse justo para cada quién?), todo ello, desde una

perspectiva política. Tanto en el punto de partida como en el de llegada encontramos exigencias básicas de justicia en las que podrían convenir personas razonables. Entre estas exigencias se encuentra, como exigencia básica inicial, la satisfacción de las necesidades humanas básicas.

14. Nuestra segunda base o fuente es la teoría de las necesidades humanas (en especial lo sostenido por Agnes Heller, integrante –en su momento– de la Escuela de Budapest). Consideramos que la teoría de las necesidades humanas aporta diversos elementos de interés a efectos de construir nuestra noción de necesidades básicas: denuncia de que la sociedad o el sistema generan un conjunto de necesidades que no tienen como objetivo el bienestar de las personas, sino el mantenimiento y reproducción del propio sistema; explicita que las necesidades humanas no pueden impuestas desde una burocracia o desde “grandes narrativas” (discursos totalizadores); reconoce que –pese a lo anterior– puede establecerse necesidades generales (socio-políticas) para ser implementadas desde las instituciones públicas (Estado de bienestar); que las necesidades humanas afirman libertades de las que cada persona dispone autónomamente, y que las prioridades en la implementación entre unas y otras necesidades debe ser resuelta de manera política-democrática (y no aludiendo a una jerarquía metafísica o esencialista)

15. La tercera fuente es la teoría de las capacidades básicas y del desarrollo humano, especialmente tomando en consideración los trabajos de Amartya Sen y Martha Nussbaum. Este enfoque aporta a nuestra noción de necesidad básica la perspectiva aristotélica sobre la persona que permite concentrarnos en las capacidades constitutivas de una vida humana dignamente vivida; entender que el desarrollo o bienestar de las personas no se basa en “logros” –como la realización de funciones, la obtención de beneficios o la asignación de recursos– sino que es necesario atender a sus capacidades y, dentro de estas, especialmente a las capacidades humanas básicas; que estas capacidades que pueden ser enunciadas en una lista de carácter político, que no depende de teorías totales de la justicia, y que es susceptible de debate y concreción en cada sociedad, no obstante su vocación universal.

16. En cuarto lugar tenemos a la tradición política republicana. El republicanismo sostiene, en términos generales, un ideal de libertad personal como “no dominio” y autonomía (a diferencia del liberalismo que la entiende más bien como “no interferencia”) y persigue la creación de una

comunidad de ciudadanos libres e iguales así como el ejercicio efectivo de la ciudadanía. Valora, además, el “autogobierno” o autonomía política de la comunidad, y considera que a partir de la discusión pública y libre de los asuntos que atañen a todos es posible fijar mejores reglas y metas. En este contexto, es claro que el modelo republicano de ciudadanía plena, deliberante y activa requiere, entre otras cosas, de la satisfacción de precondiciones políticas y económicas, tales como la satisfacción de necesidades humanas esenciales.

17. Habiendo explicitado nuestras fuentes teóricas o ideológicas, corresponde referirnos a las características de las necesidades humanas básicas. Teniendo en cuenta el trabajo de quienes han desarrollado de mejor modo el tema de necesidades humanas, consideramos que estas se caracterizan por: su carácter “insoslayable” (no pueden ser evitadas, no dependen de la voluntad de las personas); su insatisfacción acarrea daños graves; tienen alcance universal (se extienden a toda persona y su insatisfacción genera grave daño para cualquiera); son objetivas u objetivables (no aluden a meros deseos, preferencias o intereses: son independientes de las preferencias individuales); finalmente, su satisfacción merece una importancia prioritaria: al ser insoslayables y ante el posible daño que generaría su insatisfacción, en términos morales o éticos su atención merece prioridad frente a otras exigencias, por ejemplo vinculadas a deseos, preferencias o intereses (“principio de precedencia”).

18. En el contexto de lo anotado, hemos definido a las necesidades humanas básicas como exigencias morales vinculadas con capacidades o condiciones de vida, cuya falta de satisfacción hacen imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones. En sentido complementario, afirmamos que la satisfacción de las necesidades básicas permite la supervivencia física en condiciones saludables, que cada quien elija y cumpla los planes de vida que considere valiosos, así como el autogobierno y la participación (activa) en la comunidad política. Consideramos que lo necesario, y dentro de ello lo básico, debe ser determinado a través del diálogo público razonado, siendo así, a efectos de conocer cuáles son las necesidades básicas descartamos recurrir al intuicionismo, el puro cientificismo o la tecnocracia.

19. Las ventajas de nuestra definición de necesidades básicas, a efectos de fundamentar los derechos, son tres: tiene una especial fuerza argumentativa –es decir, brinda razones de mayor peso frente a otras– pues alude a exigencias que no son disponibles por las personas, y evoca

ideas de urgencia y de daño inminente; las necesidades no aparecen predeterminadas por consideraciones metafísicas, ontológicas o constructivistas, sino que es posible ponernos de acuerdo sobre su alcance y contenido; y, por último, la noción de necesidades básicas permite distender importantes tensiones del constitucionalismo, por ejemplo entre libertad e igualdad humanas, entre autonomía personal y democracia, y entre ser humano y ambiente.

20. La satisfacción de estas necesidades aportan y representan razones o argumentos morales fuertes en favor de los derechos humanos y fundamentales. Como señalamos, las necesidades humanas merecen una atención prioritaria frente a meros deseos, preferencias o intereses (principio de precedencia); efectivamente, las razones vinculadas a las necesidades básicas tienen un peso prominente en el juicio práctico frente a otras razones, ya que la falta de atención o postergación de una necesidad siempre ocasionará un detrimento humano grave e ineludible. Sin embargo, lo indicado no significa que estemos ante una especie de jerarquía absoluta a favor de la satisfacción de las necesidades; se trata, antes bien, de una precedencia condicionada o prima facie, es decir, de una prevalencia siempre que las necesidades básicas brinden, respecto a otras, mejores argumentos o razones más fuertes para actuar.

21. Señalado ello, ¿cómo se relaciona la satisfacción de las necesidades básicas con los derechos reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional? Como se sabe, atendiendo a lo indicado por la Constitución, en nuestro país entendemos a los derechos humanos, fundamentales y constitucionales como jerárquicamente iguales y con igual protección. No obstante, considerando lo explicado sobre las necesidades básicas y la posibilidad de establecer distinciones materiales entre los derechos, consideramos que, pese a la coincidencia anotada, vale la pena distinguir estas tres categorías en el ordenamiento constitucional peruano.

22. Con respecto a los derechos humanos, señalamos que estos pueden ser concebidos desde dos puntos de vista. Desde un punto de vista material, aluden a exigencias morales consideradas anteriores e independientes al ordenamiento jurídico. Desde un punto de vista normativo, derechos humanos son aquellos reconocidos como tales en el ámbito internacional, y en especial en el ámbito universal. En relación con las exigencias vinculadas con la realización de las necesidades básicas, estas deben ser consideradas como derechos humanos, al tratarse de las pretensiones morales valiosas para la humanidad.

23. Sobre los derechos fundamentales, se trata de derechos reconocidos con el máximo rango en cada ordenamiento jurídico nacional. Alude a derechos con una carga sustantiva adicional frente al resto de derechos reconocidos en la Constitución y suele preverse a favor de ellos mecanismos específicos y urgentes de protección. De esta forma, no todos los derechos reconocidos en la Constitución son fundamentales; en el caso peruano, nuestra norma suprema considera como derechos fundamentales a los relacionados con la dignidad humana o con los principios basilares del Estado peruano, conforme al artículo 3 de la Carta (que es una “cláusula de fundamentalidad”). Además, existe una exigencia moral para los Estados de incorporar en sus ordenamientos, con calidad de derechos fundamentales, a los derechos humanos en general y a la satisfacción de las necesidades básicas en particular. Al tratarse de exigencias morales fuertes, no hacerlo pone en juego la legitimidad del Estado.

24. Respecto a los derechos constitucionales, se trata de derechos subjetivos –posiciones jurídicas de ventaja– reconocidas en la Constitución, prescindiendo de su valor material (es irrelevante que estén relacionados o no con la dignidad humana, o con el sustento o la organización del poder político). En este sentido, se trata de una categoría básicamente normativa, que alude a un derecho que ostenta la máxima jerarquía normativa en sentido formal, por mera voluntad política del poder constituyente. Siendo así, existen algunos derechos constitucionales no fundamentales, por ejemplo (y tomando en cuenta algunas disposiciones constitucionales y resoluciones del Tribunal Constitucional): la inamovilidad del cargo de juez, el ascenso en la carrera militar y policial, el ascenso en la carrera diplomática, ciertas prerrogativas funcionales de las altas autoridades estatales, entre otros.

25. Esta distinción entre derechos humanos, fundamentales y constitucionales no es meramente teórica. La diferenciación entre estos conceptos –así como la inclusión de las necesidades básicas en el ordenamiento constitucional– tendrían, a modo de ejemplo, los siguientes posibles efectos prácticos: la obligación (metajurídica) de positivizar los derechos humanos; la obligación de no reconocer ni proteger como fundamentales bienes de contenido bagatela (por ejemplo a nivel jurisprudencial); el deber de preferir los derechos vinculados con las necesidades básicas y los derechos fundamentales en caso de conflicto (considerando un mayor peso abstracto de estos derechos); la necesidad de implementar de una protección más calificada a través de los procesos

constitucionales para los bienes más relevantes; y el establecimiento de preferencias en la implementación de políticas públicas atendiendo a los derechos involucrados.



BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
2. ALEXY, Robert y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Star Trek y los derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
3. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra, Lima, 2007.
4. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008.
5. ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
6. AÑÓN ROIG, María José. *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
7. ATIENZA, Manuel. *Marx y los derechos fundamentales*. Palestra, Lima, 2008.
8. BARBERIS, Mauro. *Ética para juristas*. Trotta, Madrid, 2008.
9. BEITZ, Charles R. *La idea de derechos humanos*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
10. BELLAMY, RICHARD. *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Marcial Pons, Madrid, 2010.
11. BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
12. BEUCHOT, Mauricio. *Derechos humanos. Historia y Filosofía*. Fontamara, México D.F., 2008.
13. BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991, p. 97 y ss.
14. BONETE PERALES, Enrique. *Neuroética práctica: una ética desde el cerebro*. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2011.
15. BUNGE, Mario. *Diccionario de filosofía*. Tercera edición, Siglo XXI, México, 2005.
16. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Palestra, Lima, 2007.
17. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ PÓSTIGO, José. *La dignidad como fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Universidad Católica San Pablo-Estudio Mario Castillo Freire-Palestra, Lima, 2012.
18. CORTINA, Adela. *Justicia cordial*. Trotta, Madrid, 2010.
19. DE ASÍS, Rafael. *Escritos sobre derechos humanos*. ARA, Lima, 2005.
20. DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid, 1999.
21. DIPPEL, Horst. *Constitucionalismo moderno*. Marcial Pons, Madrid, 2009.
22. DONNELLY, Jack. *Derechos humanos universales*. Gernika, México D. F., 1994.
23. DOYAL, Len y GOUGH, Ian. *A Theory of Human Need*. McMillan, London, 2001.
24. DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ariel, Barcelona, 1998.
25. DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Harvard University Press, Massachusetts, 2011.
26. DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Marcial Pons, Madrid, 2007.
27. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1989.
28. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 1999.

29. FERRAJOLI, Luigi; Juan José MORESO y Manuel ATIENZA. *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Fundación coloquio jurídico europeo Madrid, 2009.
30. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del Derecho y la democracia*. Tomo 1: Teoría del Derecho, Trotta, Madrid, 2011.
31. FIORAVANTI, Mauricio. *Los derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2000.
32. FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press, New York, 1996.
33. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1994.
34. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Trotta, Madrid, 2009.
35. GARCÍA TOMA, Víctor. *Derechos fundamentales*. Adrus, Arequipa, 2013.
36. GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Paidós, Barcelona, 1999.
37. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, ética y política*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
38. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Tolerancia, dignidad y democracia*. Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2006.
39. GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. Civitas, Madrid, 2012.
40. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial
41. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Traducción de Héctor Fix-Fierro, UNAM - Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003.
42. HÄBERLE, Peter. *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2002.
43. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1997.
44. HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Paidós, Barcelona, 1999.
45. HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
46. HART, H.L.A. *Post scriptum al concepto de Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2000.
47. HELLER, Agnes. *Teoría de las necesidades en Marx*. Península, Barcelona, 1978.
48. HELLER, Agnes. *Una revisión a la teoría de las necesidades*. Paidós, Barcelona, 1996.
49. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, España, 1983.
50. HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Gedisa, Barcelona, 1992.
51. HÖFFE, Otfried. *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo*. Katz, Buenos Aires, 2007.
52. HUME, David. *Tratado de la naturaleza humana*. Tecnos, Madrid, 1998.
53. IACOBONI, Marco. *Las neuronas espejo. Empatía, neuropolítica, autismo, imitación o de cómo entendemos a los otros*. Katz, Buenos Aires, 2009.
54. IBAÑEZ IZQUIERDO, Alfonso. *Agnes Heller. La satisfacción de las necesidades radicales*. IAA-SUR, Lima, 1989.
55. IGNATIEFF, Michael. *Los derechos humanos como política e idolatría*. Paidós, Barcelona, 2003.
56. IGUÍÑIZ ECHEVARRÍA, Javier. *Desarrollo, libertad y liberación en Amartya Sen y Gustavo Gutiérrez*. Centro de Estudios y Publicaciones-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú- Instituto Bartolomé de las Casas, Lima, 2003.
57. KANT, Immanuel. *Fundamento de la metafísica de las costumbres*. Excelsior N.º 146, Ercilla, Santiago de Chile, 1939.

58. KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Traducción y notas de A. Cortina y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 2008.
59. KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del hombre editores, Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Bogotá, 2005.
60. KLUG, Ulrich. *Problemas de filosofía y pragmática del Derecho*. Fontamara, México D.F., 2008.
61. KRESALJA, Baldo. *Derecho al bienestar y ética para el desarrollo*. PUCP – Palestra, Lima, 2009.
62. KRMPOTIC, Claudia Sandra. *El concepto de necesidad y políticas de bienestar*. Espacio, Buenos Aires, 1999.
63. LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Tercera edición, Palestra, Lima, 2007.
64. LUKES, Steven; RAWLS, John; MACKINNO, Catharine A.; RORTY, Richard; LYOTARD; Jean-François; HELLER, Agnes y ELSTER, Jon. *De los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993*. Trotta, Madrid, 1998.
65. MAX-NEEF, Manfred. *Economía a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*. Nordan-Icaria, Montevideo-Madrid, 1998.
66. MacINTYRE, Alasdair. *Justicia y racionalidad*. Eiunsa, Madrid, 2001.
67. MacINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Crítica, Barcelona, 2004.
68. MAIHOFER, Werner. *Estado de Derecho y dignidad humana*. BdF, Buenos Aires, 2008.
69. MARITAIN, Jacques. *El hombre y el Estado*. Traducción de Juan Miguel Palacios, Segunda edición, Encuentro, Madrid, 2002.
70. MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre y la ley natural*. Pléyade, Buenos Aires, s/f.
71. MARTÍ, José Luis. *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons, Madrid, 2006.
72. MASLOW, Abraham H. *Motivación y personalidad*. Díaz de Santos, Madrid, 1991.
73. MENDOZA, Mijail. *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*. Palestra, Lima, 2007.
74. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. *Derechos de la persona. Dogmática constitucional*. Fondo editorial del Congreso de la República del Perú, Lima, 2004.
75. MILLER, David. *Social justice*. Oxford, Nueva York, 2002.
76. MOORE, G. E. *Principia Ethica*. UNAM, México D.F., 1997.
77. MOSTERÍN, Jesús. *La naturaleza humana*. Espasa Calpe, Madrid, 2008.
78. NIKKEN, Pedro. *El concepto de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994.
79. NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política*. Ariel, Barcelona, 1994.
80. NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Astrea, Buenos Aires, 1989.
81. NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 1997.
82. NINO, Carlos Santiago. *La validez del Derecho*. Astrea, Buenos Aires, 2003.
83. NOGUEIRA, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2003.
84. NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. Blackwell, Oxford, 1999.
85. NUSSBAUM, Martha. *Capacidades como titulaciones fundamentales. Sen y la justicia social*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
86. NUSSBAUM, Martha. *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Paidós, Barcelona, 2012.
87. NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia*. Paidós, Barcelona, 2007.

88. NUSSBAUM, Martha. *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y "ciudadanía mundial"*. Paidós, Barcelona, 1999.
89. OEHLING DE LOS REYES, Alberto. *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2010.
90. OTERO PARGA, Milagros. *Dignidad y solidaridad. Dos derechos fundamentales*. Porrúa-Universidad Panamericana. México D.F., 2006.
91. OVEJERO, Félix. *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo*. Katz, Buenos Aires, 2008.
92. PATZIG, Günther. *Ética sin metafísica*. Alfa, Buenos Aires, 1975.
93. PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
94. PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003.
95. PECES-BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Dykinson, Madrid, 2004.
96. PELÉ, Antonio. *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*. Dykinson - Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2010.
97. PEREIRA SÁEZ, Carolina. *La autoridad del Derecho. Un diálogo con John M. Finnis*. Comares, Granada, 2008.
98. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1999.
99. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
100. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 1991.
101. PETTIT, Philip. *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós, Barcelona, 1999.
102. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta, Madrid, 2007.
103. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2002.
104. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990.
105. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. Trotta, Madrid, 2003.
106. PUTNAM, Hilary. *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*. Paidós, Buenos Aires, 2004.
107. PUTNAM, Hilary. *Ethics without Ontology*. Harvard University Press, Massachusetts, 2005.
108. RAWLS, John. *Liberalismo político*. Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
109. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1999.
110. RAZ, Joseph. *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*. UNAM, México D.F., 1985.
111. RORTY, Richard. *Verdad y progreso. Escritos filosóficos*. Paidós, Barcelona, 2000.
112. ROSALES, José María. *Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa del cosmopolitanismo cívico*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.
113. ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976.
114. RUBIO CARRACEDO, José. *Teoría crítica de la ciudadanía democrática*. Trotta, Madrid, 2007.
115. RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Una filosofía del Derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Trotta, Madrid, 2002.

116. SALAZAR UGARTE, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. Fondo de Cultura Económica - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2008.
117. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 1982.
118. SEMPERE, Joaquín. *Necesidades, desigualdades y sostenibilidad ecológica*. Cuaderno Bakeaz 53, Bakeaz, Bilbao, 2002.
119. SEN, Amartya. *Bienestar, justicia y mercado*. Paidós-ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1997.
120. SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Planeta, Bogotá, 2000.
121. SEN, Amartya. *Identidad y violencia. La ilusión del destino*. Katz, Buenos Aires, 2007.
122. SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Taurus, Madrid, 2010.
123. SEN, Amartya. *Nuevo examen de la desigualdad*. Alianza Editorial, Madrid, 1995.
124. SEN, Amartya. *Sobre ética y economía*. Alianza Editorial, Madrid, 1999.
125. SOSA SACIO, Juan Manuel. *Guía teórico-práctica para utilizar los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2011.
126. STERNBERGER, Dolf. *Patriotismo constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
127. WIGGINS, David. *Needs, values, truth*. Tercera edición, Oxford, Nueva York, 2002.
128. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta, Valladolid, 1995.

Artículos

1. AARNIO, Aulis. “¿Cambio o evolución?”. En: AARNIO, Aulis; Manuel ATIENZA Y Francisco LAPORTA. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Fundación coloquio jurídico europeo Madrid, 2010.
2. ALEMANY GARCÍA, Macario. “El concepto y la justificación del paternalismo”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 28, 2005.
3. ALEXY, Robert. “¿Derechos humanos sin metafísica?”. En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 30, 2007.
4. ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22, N.º 66, Madrid, setiembre-diciembre de 2002.
5. ALEXY, Robert. “La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín” y “Una defensa de la fórmula de Radbruch” En: *La injusticia extrema no es Derecho. De Radbruch a Alexy*. Rodolfo Vigo (Coordinador). Fontamara, México D.F., 2008.
6. ALEXY, Robert. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático”. En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 5, N.º 8, 2000.
7. ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (Editor), Trotta, Madrid, 2003.
8. ALEXY, Robert. “Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral”. En: *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Rodolfo Vásquez (Compilador). Gedisa, Barcelona, 1998.
9. ALKIRE, Sabina. “Dimensions of Human Development”. En: *World Development*. Vol. 30, N.º 2, febrero de 2002.
10. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco. “Derechos fundamentales y dignidad humana” (working paper). Papeles el tiempo de los derechos, N.º 10, 2011, p. 4. Disponible en: <http://www.tiempodelosderechos.es/es/biblioteca/doc_download/40-sobre-el-protocolo-facultativo-a-la-convencion-contra-la-tortura.html>

11. AÑÓN ROIG, María José. "De las necesidades radicales a las necesidades humanas". En: *Daimon: Revista de filosofía*. N.º 17, Universidad de Murcia, Murcia, 1998.
12. AÑÓN ROIG, María José. "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas". En: *Derechos humanos: conceptos, fundamentos, sujetos*. Jesús Ballesteros (editor), Tecnos, Madrid, 1992.
13. ARAGÓN REYES, Manuel. "La Constitución como paradigma". En: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Miguel Carbonell (editor). Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2007.
14. ARNOLD, Rainer. "El Derecho Constitucional europeo a fines del Siglo XX. Desarrollo y Perspectivas". En: *Derechos Humanos y constitución en Iberoamérica (libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos)*. José F. Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell (coordinadores) Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), Lima, 2002.
15. ATIENZA, Manuel. "A propósito de la dignidad humana". En: *Ius et veritas*. Año 18, N.º 36, Lima, 2008.
16. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. "Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder". En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 5, N.º 9, Madrid, 2000.
17. BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE y HIEDE. *Manual del Derecho Constitucional*. Instituto Vasco de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 1996.
18. BERNAL PULIDO, Carlos. "La metafísica de los derechos humanos". En: *Derecho del Estado*. N.º 25, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, diciembre de 2010.
19. BERNAL PULIDO, Carlos. "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales". En: BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 97 y ss.
20. BERTOLINO, Rinaldo. "La cultura moderna de los derechos y la dignidad del hombre". En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*. Año 4, N.º 7, 1999.
21. BOLTVINIK, Julio. "De la pobreza al florecimiento humano: ¿teoría crítica o utopía? (Presentación)". En: *Desacatos*. N.º 23, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México D.F., enero-abril de 2007.
22. BOLTVINIK, Julio. "Elementos para la crítica de la economía política de la pobreza". En: *Desacatos*. N.º 23, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México D.F., enero-abril de 2007.
23. BRUENING, William H. "Moore and 'Is-Ought'". En: *Ethics*. Vol. 81, N.º 2, enero de 1971.
24. BULYGIN, Eugenio. "Sobre el status ontológico de los derechos humanos". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 4, 1987.
25. CAMPS, Victoria. "El descubrimiento de los derechos humanos". En: MUGUERZA, Javier et al. *El fundamento de los derechos humanos*. Debate, Madrid, 1989.
26. CANALES CAMA, Carolina. "La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano". En: *Los derechos fundamentales. Estudios de los derechos fundamentales desde diversas especialidades del Derecho*. Juan Manuel Sosa (coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
27. CARBONELL, Miguel. "El neoconstitucionalismo. Significado y niveles de análisis". En: *El canon neoconstitucional*. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010.
28. COMANDUCCI, Paolo. "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico". En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (coordinador). Trotta, Madrid, 2003.

29. COMANDUCCI, Paolo. "Modelos e interpretación de la Constitución". En: *Teoría de la Constitución. Ensayo escogidos*. Miguel Carbonell (Compilador). Unam-Porrúa, México D.F., 2000.
30. CORTINA, Adela. "Neuroética: ¿Las bases cerebrales de una ética universal con relevancia política?" En: *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. N.º 42, enero-junio de 2010.
31. DE LUCAS, Javier. "Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos" En: *Derechos humanos: conceptos, fundamentos, sujetos*. Jesús Ballesteros (editor), Tecnos, Madrid, 1992.
32. DE LUCAS, Javier y AÑÓN, María José. "Necesidades, razones, derechos". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 7, 1990.
33. DE VEGA GARCÍA, Pedro. "El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional" En: *Teoría y realidad constitucional*. N.º 1, primer semestre 1998, UNED.
34. DENNINGER, Erhard. "Derechos humanos, dignidad humana y soberanía estatal". En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 5, N.º 9, Madrid, 2000.
35. DIETERLEN, Paulette. "Cuatro enfoques sobre la idea del florecimiento humano". En *Desacatos*. N.º 23, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México D.F., enero-abril de 2007.
36. DIETERLEN, Paulette. "Kant y el pensamiento liberal contemporáneo". En: *Diánoia*. Vol. XXXI, N.º 31, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
37. DWORKIN, Ronald. "La lectura moral y la premisa mayoritaria". En: AAVV. *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye (Compiladores). Gedisa, Barcelona, 2004.
38. FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando. "La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico". En: *Estudios jurídico-constitucionales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2003.
39. FERRAJOLI, Luigi. "La esfera de lo indecible y la separación de poderes". En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. N.º 2, Vol. XXVI, febrero de 2008.
40. FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho". En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, 2003.
41. FUKUYAMA, Francis. "Natural rights and Human History". En: *The National Interest*. N.º 64, Summer 2001.
42. GALTUNG, Johan. "The Basic Needs Approach". Versión mecanografiada, s/e.
43. GALLESE, Vittorio; EAGLE, Morris N., MIGONE, Paolo. "Intentional attunement: Mirror neurons and the neural underpinnings of interpersonal relations". En: *Journal of the American Psychoanalytic Association*. Vol. 55, N.º 1, 2007.
44. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. "La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo". En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, 2003.
45. GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. "El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia necesaria o novedad pertinente?". En: *El canon neoconstitucional*. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (editores). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010.
46. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Algo más acerca del 'coto vedado'" En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 6, 1989.
47. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?" *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 5, 1988.
48. GINER, Salvador. "Las razones del republicanismo". En: *Claves de Razón Práctica*. N.º 81, 1998.

49. GOODIN, Robert E. "The Priority of Needs". En: *Philosophy and Phenomenological Research*. Vol. 45, N.º 4, junio de 1985.
50. GUASTINI, Riccardo. "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano". En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor). Trotta, Madrid, 2003.
51. GUASTINI, Riccardo. "Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales". En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Revista mensual de jurisprudencia. Año 2, N.º 08, Lima, agosto de 2007, pp. 636-367.
52. GUASTINI, Riccardo. "Sobre el concepto de Constitución". En: *Teoría de la Constitución. Ensayo escogidos*. Miguel Carbonell (Compilador). Unam-Porrúa, México D.F., 2000.
53. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter y SOSA SACIO, Juan Manuel. "Dignidad de la persona (comentarios al artículo 2.1 de la Constitución)". En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
54. HABA, Enrique P. "Contra la 'santa (charla-)familia'. Anclajes básicos de la vocación astronómica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles wishful thinking académico". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 30, 2007.
55. HABA, Enrique P. "El asunto del 'fundamento' para los derechos humanos: ¡pseudoproblema!". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 27, 2004.
56. HABERMAS, Jürgen. "Derechos humanos y soberanía popular: las concepciones liberal y republicana". En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 2, N.º 3, Madrid, 1994.
57. HABERMAS, Jürgen. "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos". En: *Diánoia*. Volumen LV, N.º 64, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM - Fondo de Cultura Económica, mayo de 2010.
58. LANDA ARROYO, César. "Dignidad de la persona" En: *Cuestiones Constitucionales*. N.º 7, México, 2002.
59. LAPORTA, Francisco. "Sobre el concepto de los derechos humanos". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 4, 1987.
60. MacINTYRE, Alasdair. "Hume on 'Is' and 'Ought'". En: *The Philosophical Review*. Vol. 68, N.º 4, octubre de 1959.
61. MARMOR, Andrei. "The Intrinsic Value of Economic Equality". En: AA. VV. *Rights, Culture, and Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Lukas Meyer, Stanley Paulson y Thomas Pogge (editores), Oxford University Press, Oxford, 2003.
62. MARTÍNEZ, Marta y VASCO, Carlos Eduardo. "Sentimientos: encuentro entre la neurobiología y la ética según Antonio Damasio". En: *Revista Colombiana de Bioética*. Vol. 6, N.º 2, Universidad El Bosque, diciembre de 2011.
63. MOYA-ALBIOL, L.; HERRERO, N; BERNAL, M.C. "Bases neuronales de la empatía". En: *Revista de Neurología*. Vol. 50, N.º 2, enero de 2010.
64. MORALES, Félix. "El Derecho como espacio de convergencia entre el neoconstitucionalismo y la teoría de la argumentación jurídica". En: *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Juan Manuel Sosa (coordinador), Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
65. NINO, Carlos Santiago. "Autonomía y necesidades básicas". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 7, 1990, p. 22.
66. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional". En: *Ius et praxis*. Año 15, N.º 1, Talca, 2009.

67. OVEJERO, Félix, MARTÍ, José Luis y GARGARELLA, Roberto. "Introducción". En: *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella (compiladores). Paidós, Barcelona, 2004.
68. OYARTE MARTÍNEZ, Rafael. "Límite y limitaciones al poder constituyente". En: *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25, N° 1, Santiago de Chile, 1998.
69. PELÉ, Antonio. "Modelos de la dignidad del ser humano en la Edad Media". En: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 13, N.° 21, 2009.
70. PETTIT, Philip. "Liberalismo y republicanismo". En: *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella (compiladores). Paidós, Barcelona, 2004.
71. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos". En: MUGUERZA, Javier et al. *El fundamento de los derechos humanos*. Debate, Madrid, 1989.
72. POLLMANN, Arnd. "Derechos humanos y dignidad humana" En: *Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias de actualidad*. Félix Reátegui (coordinador), Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, Colección Documentos de Trabajo - Serie Justicia Global N.° 1, Lima, 2008.
73. PRIETO SANCHÍS, Luis. "El constitucionalismo de los derechos". En: *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Miguel Carbonell (editor), Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2007.
74. PRIETO SANCHÍS, Luis. "El juicio de ponderación constitucional". En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Miguel Carbonell y Pedro Grández (Coordinadores). Palestra, Lima, 2010.
75. RIBOTTA, Silvina. "Necesidades, igualdad y justicia. Construyendo una propuesta igualitaria de necesidades básicas". En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Época II, N.° 24, enero de 2011.
76. RIBOTTA, Silvina. "Necesidades y derechos: un debate no zanjado sobre fundamentación de derechos (consideraciones para personas reales en un mundo real)". En: *Jurídicas*. Vol. 5, N.° 1, Universidad de Caldas, Manizales, enero-junio de 2008.
77. RIECHMANN, Jorge. "¿Cómo cambiar hacia sociedades sostenibles? Reflexiones sobre biomimesis y autolimitación". En: *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*. N.° 32, 2005.
78. RIECHMANN, Jorge. "Necesidades: algunas delimitaciones en las que acaso podríamos convenir". En: AA.VV. *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades humanas, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*. Jorge Riechmann (coordinador), Los Libros de la Catarata, Madrid, 1999.
79. RIVERO, Ángel. "¿Qué hay más allá del postmarxismo? Ágnes Heller y la contingencia, la democracia y el republicanismo". En: *Daimon: Revista de filosofía*. N.° 17, Universidad de Murcia, Murcia, 1998.
80. RIZZOLATTI, Giacomo Y CRAIGHERO, Laila. "The mirror neuron system". En: *Annual Review of Neuroscience*. Vol. 27, 2004.
81. RIZZOLATTI, Giacomo, "Mirror neuron: a neurological approach to empathy" En: *Neurobiology of Human Values*. Jean-Pierre Changeux, Antonio R. Damasio, Wolf Singer e Yves Christen (editores), Springer-Verlag, Heidelberg, 2005.
82. SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Notas sobre el poder constituyente irregular". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2009.
83. SALDAÑA, Javier. "La dignidad de la persona. Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente". En: *Derecho a la no discriminación*. Carlos de la Torre

- Martínez (Coordinador). UNAM - Consejo Nacional para prevenir la discriminación - Comisión de derechos humanos del distrito federal. México D.F., 2006.
84. SASTRE ARIZA, Santiago. "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo". En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (editor), Trotta, Madrid, 2003.
 85. SCANLON, Thomas M. "Preference and Urgency". En: *The Journal of Philosophy*. Vol. 72, N.º 19, 6 de noviembre de 1975.
 86. SEARLE, John R. "How to derive 'ought' from 'is'". En: *The Philosophical Review*. Vol. 73, N.º 1, enero de 1964.
 87. SEMPERE, Joaquín. "Necesidades y política ecosocialista". En: *Cuadernos del Guincho*. N.º 7, El Guincho, Las Palmas (Arrecife), junio de 1999 (también en: AA.VV. *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades humanas, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*. Jorge Riechmann (coordinador), Los Libros de la Catarata, Madrid, 1999.
 88. SEN, Amartya. "El ejercicio de la razón pública". En: *Letras libres*. N.º 65, mayo de 2004, México.
 89. SEN, Amartya. "¿Igualdad de qué?" En: *Libertad, igualdad y Derecho. Las conferencias Tanner sobre filosofía moral*. Sterling M. McMurrin (editor) Ariel, Barcelona, 1988.
 90. SERNA, Pedro. "La dignidad de la persona como principio del Derecho Público". En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 2, N.º 4, 1995.
 91. SINGER, Peter. "Ética más allá de la especie". En: *Teorema. Revista internacional de Filosofía*. Vol XVIII, N.º 3, 1999.
 92. SOSA SACIO, Juan Manuel. "Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad". En: *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. Luis Sáenz Dávalos (Coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
 93. SOSA SACIO, Juan Manuel. "Entrevista a Luigi Ferrajoli: Para entender y discutir los aportes del Principia iuris (y su singularidad frente al 'neoconstitucionalismo')". En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 65, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2013.
 94. SOSA SACIO, Juan Manuel. "Nuestros neoconstitucionalismos" (Estudio preliminar). En: *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Juan Manuel Sosa (Coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
 95. SOSA SACIO, Juan Manuel. "Sobre el carácter "indisponible" de los derechos fundamentales". En: *Gaceta. Constitucional*. Tomo 9, Gaceta Jurídica, setiembre de 2008.
 96. SOSA SACIO, Juan Manuel. "La interpretación de los derechos constitucionales conforme al Derecho Internacional de los derechos humanos (Artículo V del Código Procesal Constitucional)". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 135, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2005.
 97. SOSA SACIO, Juan Manuel. "Derecho al libre desarrollo y al bienestar" (comentario al artículo 2.1). En: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
 98. SQUELLA, Agustín. "Qué puesto ocupan los derechos humanos en el derecho" En: *Derechos humanos: ¿invento o descubrimiento?* Fundación coloquio jurídico europeo Madrid, 2010.
 99. STARCK, Christian. "Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán". En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N.º 9, Madrid, 2005.
 100. SUNSTEIN, Cass R. "Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional". En: *Precedente 2006*. Anuario Jurídico, Universidad de ICESI, Colombia, 2006.

101. SUNSTEIN, Cass R. "Más allá del resurgimiento republicano". En: *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*. Félix Ovejero, José Luis Martí y Roberto Gargarella (compiladores). Paidós, Barcelona, 2004.
102. TAPIA VALDÉS, Jorge. "Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario". En: *Estudios Constitucionales*. Año 6, N° 2, Talca, 2008.
103. VANOSSI, Jorge Reinaldo A. "Los límites del poder constituyente". En: *Estudios de teoría constitucional*. UNAM, México D.F. 2002.
104. VON MÜNCH, Ingo. "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 2, N.º 5, Madrid, mayo-agosto de 1982.
105. VON MÜNCH, Ingo. "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional alemán". En: *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Nueva época, N.º 9, Madrid, 2009.
106. WALDRON, Jeremy. "El rol de los derechos en el razonamiento práctico: 'derechos' contra 'necesidades'". En: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. 2, N.º 1, Universidad Torcuato di Tella, noviembre de 2000.
107. WALDRON, Jeremy. "Dignity, Rank, and Rights: The 2009 Tanner Lectures at UC Berkeley". New York University - School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper N.º 09-50, September 2009.
108. YAMAMOTO, Jorge. "Necesidades universales, su concreción cultural y el desarrollo en su contexto. Hacia una ciencia del desarrollo". En: *La medición del progreso y del bienestar. Propuestas desde América Latina*. Mariano Rojas (coordinador), Foro Consultivo Científico y Tecnológico, AC; México D.F., 2011.
109. ZIMMERLING, Ruth. "Necesidades básicas y relativismo moral". En: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. N.º 7, 1990.