

TESIS DOCTORAL

**LAS RESTRICCIONES SACRIFICIALES DE  
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

*Autor/Doctorando:* Ignacio Rodríguez Fernández

*Director:* Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

---



*Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Derecho*

*Programa de Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas*

---

## **TESIS DOCTORAL: LAS RESTRICCIONES SACRIFICIALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

**Doctorando: Ignacio Rodríguez Fernández**

**ABSTRACT/RESUMEN:** Hay injerencias del poder público en el ámbito protegido por los derechos fundamentales que no persiguen el restablecimiento del orden jurídico conculcado por el titular del derecho, ni castigar a este por la comisión de una infracción penal o administrativa ni tampoco resarcir los daños que el titular del derecho fundamental puede haber ocasionado sin título legítimo. Hay injerencias que persiguen, sencillamente, obtener, a costa del titular del derecho fundamental, una ventaja mayor desde el punto de vista del bien común o el interés general. En tiempos recientes, y al hilo de concretas hipótesis de restricción sacrificial sometidas a discusión pública (como la prisión provisional seguida de absolución, el derribo de aeronaves secuestradas con muerte de víctimas inocentes o la vacunación obligatoria o altamente incentivada para combatir epidemias) se han publicado trabajos sectoriales que abordan la legitimidad de este tipo de intervenciones coactivas en la esfera de los derechos fundamentales pero que no aportan un marco teórico general al problema común que todas ellas plantean: la posibilidad de que el poder público restrinja los derechos fundamentales para obtener una ventaja colectiva causando daños en la esfera de los individuos concretamente afectados. La tesis doctoral presentada establece dicho marco general, dentro de la teoría de las restricciones de los derechos fundamentales, y fija parámetros comunes para todo tipo de intervención o restricción de signo sacrificial, determinando qué rasgos distinguen un sacrificio de derechos y cuáles son los elementos que hacen constitucionalmente viable este tipo de intervención en los derechos fundamentales.

## DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS DOCTORAL

AUTOR/-A: **IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**

DIRECTOR/-A(S): **TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI**

PROGRAMA DE DOCTORADO: **DERECHO, GOBIERNO Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

TÍTULO: **LAS RESTRICCIONES SACRIFICIALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Hago entrega de la citada tesis doctoral en tiempo y forma de acuerdo a la normativa vigente de la Escuela de Doctorado de la Universidad Autónoma de Madrid.

Asimismo, como autor de la citada tesis doctoral,

**DECLARO:**

- Que el documento responde al *Código de Buenas Prácticas en la Investigación* de Universidad Autónoma de Madrid.
- Que es un trabajo original y sin plagios, donde se han seguido los estándares internacionales de citación y normas de publicación.
- Que soy conocedor de que el incumplimiento de las declaraciones anteriores supone la anulación del título de Doctor/-a

Del mismo modo, **ASUMO** frente a la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento del compromiso ético de la presente declaración.

Madrid, 11 de febrero de 2021

Fdo: D./D.ª Ignacio Rodríguez Fernández

## ÍNDICE

---

<b>INTRODUCCIÓN: EL SACRIFICIO DE DERECHOS. UNA TEORÍA.....</b>	<b>p. 9</b>
1. <i>Algunos interrogantes iniciales.....</i>	<i>p. 9</i>
2. <i>El personalismo. Un derecho de la libertad.....</i>	<i>p.9</i>
3. <i>El transpersonalismo. Un derecho de la necesidad.....</i>	<i>p. 11</i>
4. <i>El criterio diferenciador: el principio originario de ordenación jurídica.....</i>	<i>p. 12</i>
5. <i>La teoría del sacrificio de derechos: un personalismo moderado.....</i>	<i>p. 13</i>
6. <i>La teoría del sacrificio de derechos en el marco de la dogmática de los derechos         fundamentales.....</i>	<i>p.14</i>
7. <i>Plan de la obra.....</i>	<i>p. 16</i>
 <b>PARTE HISTÓRICA.....</b>	<b>p. 19</b>
<b>CAPÍTULO I. EL PERSONALISMO MODERADO. LA AFIRMACIÓN DE LA LEGITIMIDAD DEL PODER SACRIFICIAL EN LA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA.....</b>	<b>p. 20</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	p. 20
II. UN PENSAMIENTO DE CORTE CONSTITUCIONAL: EL BIEN COMÚN COMO FUNDAMENTO DEL PODER. LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL SOBERANO.....	p. 22
2.1. La obra de vanguardia de los juristas medievales.....	p. 22
2.2. La sistematización moderna del pensamiento constitucional medieval: la escolástica española.....	p. 26
2.3. Los daños ilícitamente causados por el poder soberano.....	p. 28
2.4. El dominio eminente del príncipe: el problema de los daños sacrificiales.....	p. 33
III. DOS TEORÍAS DEL DAÑO SACRIFICIAL.....	p. 35
3.1. El problema del poder sacrificial del soberano: los límites de la especulación medieval.....	p. 35
3.2. Las dos formas de bien común y el poder de injerencia sacrificial: el pensamiento de Francisco Suárez.....	p. 37
3.2.1. La conexión entre la doctrina política del bien común y el poder sacrificial del soberano. La obra de Francisco Suárez.....	p. 37

3.2.2. La democracia como forma originaria de gobierno. El contrato de mandato entre gobernantes y gobernados.....	p. 38
3.2.3. El poder del soberano.....	p. 39
3.2.4. El poder sacrificial: el soberano como supremo administrador de todos los bienes.....	p. 42
3.3. El salto argumentativo de Fernando Vázquez de Menchaca.....	p. 44
3.3.1. Los dos requisitos legitimadores del poder sacrificial.....	p. 44
3.3.2. El sustrato de las tesis de Vázquez de Menchaca: la derogabilidad singular del Derecho Natural y la indemnizabilidad del daño sacrificial.....	p. 47
IV. LA REDUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DAÑO SACRIFICIAL A UN INSTITUTO INSUFICIENTE: LA EXPROPIACIÓN FORZOSA.....	p. 51
4.1. La influencia de Vázquez de Menchaca en el iusnaturalismo posterior.....	p. 51
4.2. La expropiación forzosa del liberalismo revolucionario.....	p. 52
V. BREVE CONCLUSIÓN.....	p. 54
<b>CAPÍTULO II. LA NEGACIÓN DEL SACRIFICIO: LAS DOCTRINAS RADICALMENTE PERSONALISTAS.....</b>	<b>p. 56</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	p. 56
II. DOS VIAS DE NEGACIÓN DEL SACRIFICIO DE DERECHOS: EL CONTRACTUALISMO LOCKEANO Y LA DOCTRINA KANTIANA DEL DERECHO.....	p. 59
2.1. El sustrato común de las doctrinas radicalmente personalistas.....	p. 59
2.2. La vía contractualista de John Locke.....	p. 61
2.3. La doctrina kantiana del Derecho.....	p. 66
2.3.1. La noción kantiana de derecho.....	p. 66
2.3.2. Los derechos y su protección jurídica.....	p. 68
2.4. La coacción jurídica legítima: el estado de necesidad y la acción social del poder público como anomalías.....	p. 71

III. EL DERRUMBE DEL PERSONALISMO RADICAL. LA CRÍTICA DECIMONÓNICA AL KANTISMO Y AL CONTRACTUALISMO.....	p. 75
3.1. La reacción anticontractualista y antikantiana del siglo XIX.....	p. 75
3.2. Crítica al kantismo y reacción antirrevolucionaria.....	p. 75
3.3. Crítica al contractualismo y nuevo paradigma empirista. El momento del positivismo.....	p. 82
IV. BREVE CONCLUSIÓN.....	p. 85
<b>CAPÍTULO III. DEL SACRIFICIO A LA DELIMITACIÓN DE DERECHOS. EL FUNCIONALISMO.....</b>	<b>p. 87</b>
I. INTRODUCCIÓN: EL PARADIGMA FUNCIONALISTA.....	p. 87
II. LA INVERSIÓN POSITIVISTA DEL PROBLEMA DEL PODER.....	p. 89
2.1. La nueva perspectiva sobre el problema del poder.....	p. 89
2.2. La teoría positivista decimonónica y la doble naturaleza del Estado.....	p. 91
2.3. El Estado como fin en sí mismo en cuanto condición de existencia del Derecho. El trasfondo hobbesiano del positivismo.....	p. 94
III. LA RUPTURA DEL DIQUE POSITIVISTA.....	p. 99
3.1. Del positivismo al funcionalismo.....	p. 99
3.2. <i>Civitas Dei versus Civitas Diaboli</i> . La pugna entre el Estado y la sociedad.....	p. 103
3.3. La subordinación del individuo a los fines superiores de la sociedad. El Estado puramente social.....	p. 108
IV. EL FUNCIONALISMO MODERADO Y LA NEGACIÓN DEL SACRIFICIO NORMATIVO DE DERECHOS: LA HUELLA DE IHERING.....	p. 113
4.1. Ihering y la función social de los derechos. La idea de la “delimitación” normativa del derecho individual de acuerdo con su utilidad.....	p. 113
4.2. La agresión al derecho ya delimitado. La cláusula implícita de “necesidad” social.....	p. 121
V. BREVE CONCLUSIÓN.....	p. 124

<b>CAPÍTULO IV. LOS LIBERTARIOS CONTRA EL SACRIFICIO DE DERECHOS. LA ACTUALIZACIÓN DEL IDEARIO RADICALMENTE PERSONALISTA.....</b>	<b>p. 126</b>
I. INTRODUCCIÓN.....	p. 126
II. LA DIMENSIÓN UTÓPICA DEL LIBERTARIANISMO. EL ESTADO DE NATURALEZA COMO ALTERNATIVA AL PODER PÚBLICO.....	p. 130
2.1. El libertarianismo como personalismo radical. Una perspectiva histórica.....	p. 130
2.2. La visión anarquista. El libertarianismo contra el contrato social.....	p. 134
2.3. La utopía anarco-libertaria. La reivindicación del estado de naturaleza.....	p. 139
2.4. El estado de naturaleza y el libre mercado de la seguridad y la justicia.....	p. 143
III. UNA ACTUALIZACIÓN DEL PARADIGMA CLÁSICO. ROBERT NOZICK Y EL ESTADO PROTECTOR COMO ESTADO MÍNIMO.....	p. 146
3.1. La variante de Nozick: el proceso de “mano invisible” de constitución del Estado mínimo.....	p. 146
3.2. Los derechos procesales del estado de naturaleza y la constitución del Estado mínimo.....	p. 152
3.3. El Estado mínimo de Nozick como producto de una operación típicamente sacrificial de derechos ( <i>Estado social protector</i> ).....	p. 156
3.4. Estado mínimo y justicia distributiva.....	p. 159
IV. LA CLÁUSULA SOCIAL COMO DISPOSICIÓN ORIENTADA AL INCREMENTO DE LA RIQUEZA PREVIA. UN NUEVO CONTRACTUALISMO.....	p. 164
4.1. Más allá del Estado protector. La teoría de los <i>takings</i> de R. A. Epstein.....	p. 164
4.2. La faz utilitarista del nuevo contractualismo y la cláusula constitucional de Estado democrático.....	p. 166
V. BREVE CONCLUSIÓN.....	p. 172
<b>PARTE CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>p. 174</b>
<b>CAPÍTULO V. LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS Y LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE SU RESTRICCIÓN.....</b>	<b>p. 175</b>

I. INTRODUCCIÓN.....	p. 175
II. LOS RASGOS DE LA <i>FUNDAMENTALIDAD</i> . PREMISAS BÁSICAS DE UNA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES.....	p. 179
1.1. Los rasgos de la <i>fundamentalidad</i> y la peculiar estructura de las normas de derecho fundamental.....	p. 179
1.2. La inexistencia de límites o restricciones que sean inmediatamente deducibles de normas sin aplicabilidad directa.....	p. 183
1.3. La imposibilidad de seguir una teoría absoluta sobre la garantía de contenido esencial.....	p. 186
1.4. Precisiones terminológicas previas.....	p. 188
II. LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	p. 190
2.1. La estructura tripartita de la teoría de las restricciones.....	p. 190
2.2. Crítica a la estructura trifásica alexiana.....	p. 191
2.3. La textura abierta y flexible de las normas de derecho fundamental y la técnica de ponderación.....	p. 195
2.4. Una estructura tripartita más allá del plano metodológico.....	p. 200
III. CONCLUSIÓN. PLAN DE DESARROLLO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS RESTRICCIONES SACRIFICIALES.....	p. 203
<b>CAPÍTULO VI. LAS TRES FASES DE LA RESTRICCIÓN.....</b>	<b>p. 205</b>
I. LA <i>POSICIÓN ORIGINARIA</i> DEL DERECHO FUNDAMENTAL.....	p. 205
1.1. Introducción.....	p. 205
1.2. Posición originaria y normas permisivas.....	p. 207
1.2.1. Los permisos en positivo (Francisco Suárez).....	p. 207
1.2.2. El permiso fuerte (G. H. Von Wright).....	p. 210
1.2.3. La libertad protegida (Robert Alexy).....	p. 212
1.3. La estructura de la norma de derecho fundamental que fija la posición originaria.....	p. 214

1.3.1. La posición libre como supuesto de hecho de normas de mandato.....p.	214
1.3.2. La estructura de la norma de derecho fundamental que establece la posición originaria.....p.	216
II. LAS RESTRICCIONES DE LA POSICIÓN ORIGINARIA.....p.	218
2.1. La restricción del derecho fundamental como supresión (parcial) de la protección conferida a la posición originaria.....p.	218
2.2. La restricción de derechos fundamentales como efecto de una norma de competencia.....p.	219
2.2.1. Competencia y contenido de derechos.....p.	219
2.2.2. Competencia y restricción de derechos.....p.	221
2.3. La proporcionalidad como técnica de restricción o injerencia.....p.	222
2.4. Configuración y restricción de derechos fundamentales.....p.	225
III. LA GARANTÍA DE CONTENIDO ESENCIAL COMO RESTRICCIÓN DE LAS RESTRICCIONES.....p.	229
3.1. La dignidad de persona como tránsito del valor libertad a las posiciones libres de derecho fundamental.....p.	229
3.2. El contenido esencial y el respeto a la dignidad humana: la prohibición de convertir a la persona en mero objeto.....p.	233
IV. CONCLUSIÓN. LA ESTRUCTURA TRIPARTITA DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS RESTRICCIONES Y LA GARANTÍA DE CONTENIDO ESENCIAL COMO RESTRICCIÓN DE LAS RESTRICCIONES.....p.	237
<b>CAPÍTULO VII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DAÑOS SACRIFICIALES...p.</b>	<b>239</b>
I. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA SACRIFICIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....p.	239
II. EL DAÑO SACRIFICIAL: CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN.....p.	243
2.1. Los rasgos característicos del sacrificio de derechos en el marco de la teoría de las restricciones.....p.	243
2.2. Daño sacrificial y cláusula social.....p.	246

2.3. Daño sacrificial y compensación implícita.....	p. 248
III. EL DAÑO SACRIFICIAL Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS.....	p. 253
3.1. Volviendo a los orígenes.....	p. 253
3.2. La responsabilidad objetiva. Visión general desde la óptica de un Estado social de Derecho.....	p. 260
3.3. El daño sacrificial estricto (cierto) y su equidistribución (directa o indirecta).....	p. 264
3.4. El daño sacrificial relativo (hipotético) y su equidistribución (directa o indirecta). La responsabilidad por riesgo.....	p. 266
3.5. La tipología particular de riesgo sacrificial: su carácter extraordinario e instrumental.....	p. 268
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>p. 273</b>

## INTRODUCCIÓN:

### EL SACRIFICIO DE DERECHOS. UNA TEORÍA

#### 1. *Algunos interrogantes iniciales*

¿Puede el poder público derribar una aeronave secuestrada por terroristas que pretenden utilizarla como arma *kamikaze*? ¿Puede sacrificar las vidas de los pasajeros inocentes para preservar las de víctimas hipotéticas? ¿Está habilitada la Administración para imponer campañas de vacunación obligatoria a sabiendas de que, con arreglo a una evidencia estadística, algún individuo de los que resulten vacunados sufrirá lesiones severas? ¿La medida de prisión provisional acordada lícitamente por un juez respecto de quien resulta finalmente absuelto ha de ser indemnizada? En todos estos casos ¿han sido instrumentalizados ciudadanos inocentes para preservar un bien mayor? Y si es así ¿es esto constitucionalmente admisible? ¿Con qué consecuencias?

Solo desde planteamientos extremos puede darse una respuesta simple a estos interrogantes. Desde una posición puramente *personalista* se sostendrá que estamos ante supuestos de instrumentalización contrarios a la dignidad humana. Se afirmará que ciertos imperativos éticos universales, como el de no agredir a otro, han de ser respetados en cualquier circunstancia, sin importar cuáles sean las consecuencias. Una posición estrictamente *transpersonalista* permitirá sostener, en cambio, que estamos ante actuaciones públicas perfectamente admisibles, ya que a través de ellas se preservan bienes jurídicos superiores a los estrictamente individuales. Se argumentará en este caso que el derecho se aplica en las circunstancias concretas de la vida real, que exigen elegir el mal menor (determinado desde una perspectiva global) renunciando a todo tipo de idealismo. Veamos brevemente cada una de estas perspectivas.

#### 2. *El personalismo. Un derecho de la libertad*

Bajo el término *personalismo* podemos agrupar las doctrinas políticas que consideran que los únicos fines que han de ser perseguidos por el ordenamiento jurídico

son los individuales<sup>1</sup>. Las doctrinas personalistas menos radicales admiten la existencia de un *bien común*, pero no lo convierten en realidad sustante; designan con este concepto la aspiración de armonizar los distintos fines individuales existentes, haciéndolos compatibles entre sí y adaptándolos al contexto social, siempre cambiante. La manera de realizar el *bonum commune* ha de ser compatible, en todo caso, con la *dignitas personae*, que hace de cada ser humano un *fin en sí mismo*, según la feliz expresión kantiana. No puede convertirse a un individuo en medio o utilidad de otro sin que se comprometa al mismo tiempo su *dignidad*.

La *dignidad de persona* sirve, así, para disociar el rango que se ocupa en el orden jurídico de los atributos, físicos e intelectuales, que distinguen a los seres humanos. La dignidad de persona es siempre la misma. Solo puede valorarse lo que la persona *hace*, no lo que *es* de acuerdo con alguna cualidad subjetiva (por ejemplo, el sexo, la raza, el nacimiento, la belleza o la inteligencia). El personalismo conduce, por ello, a los *derechos* como expresión de un poder de autodeterminación ejercido desde una instancia decisoria interna, disociada incluso de sus más inmediatos sustratos físicos y psíquicos. A través de los derechos, la persona entabla una relación de exclusividad con su cuerpo, con su mente y con los demás bienes que conforman su dominio. Tiene libertad de pensamiento y derecho a la integridad física, esto es, un poder que recae sobre su propia mente y su propio cuerpo. Los derechos sirven, así, para determinar los medios que están al servicio de la persona. Con el ejercicio de esa instancia decisoria, el ser humano va experimentando las consecuencias de sus actos y va consolidando o cambiando sus preferencias para tomar decisiones nuevas. Va desarrollando, así, su personalidad.

El personalismo reconoce, en definitiva, la juridicidad inmediata de las decisiones tomadas por cada individuo en relación con los instrumentos que forman su dominio o esfera de derechos. Esas decisiones han de ser respetadas por los demás y pueden ser protegidas a través de una coacción legítima. En su versión más radical el personalismo llega a sostener que no hay más fuente legítima de normatividad que la persona misma, por lo que nunca es aceptable la coacción que se ejerce para tratar de sustituirla como instancia decisoria. El orden jurídico es, desde esa perspectiva extrema, un estricto *derecho de la libertad* en el que el arbitrio de uno tiene como límite exclusivo el arbitrio de los demás y donde todos deben mandar sobre sus propios bienes sin verse perturbados. Por ello, no hay más coacción legítima, pública o privada, que la puramente

---

<sup>1</sup> RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México D.F., 2013, pp. 495-501.

defensiva, esto es, la que se dirige a prevenir, castigar o resarcir la intromisión no consentida de un individuo en la esfera de libertad de otro.

### 3. *El transpersonalismo. Un derecho de la necesidad*

Ha sido en un período histórico relativamente reciente cuando la idea de persona, como instancia decisoria interna, ha pasado a constituir una categoría ética y jurídica universal. Durante mucho tiempo no existió ningún concepto que dotase al ser humano de un valor ético *a priori*; hasta la llegada del cristianismo se utiliza la mera noción de individuo, aludiendo a la pura concreción material (*individuación*) de los atributos que son comunes al género<sup>2</sup>. Al individuo no se le da un valor intrínseco sino un valor relativo (incluso un precio) en función de la calidad del resultado final del proceso de individuación. Los seres humanos tienen, así, distintas calidades innatas que sirven para agruparlos en diferentes estratos. Esas calidades son transmitidas a los descendientes, esto es, a las siguientes generaciones de individuos. El nacimiento en un determinado estrato refleja la calidad humana del individuo y, con ello, su rango dentro del conjunto.

Aun después de que la idea de la persona y sus derechos fuera materializada como conquista cultural, han abundado, en todo caso, los ejemplos históricos de órdenes jurídicos que han atribuido a los seres humanos un valor relativo en función de un fin superior, no personal sino transpersonal (social, público, colectivo). Este es el otro modo de jerarquizar los valores, que da lugar a una doctrina política opuesta a la personalista: el *transpersonalismo*. Para este, la *dignidad* implica la asignación de una determinada posición en el orden social. *Dignidad, rango, honor* son atributos variables con los que el colectivo distingue a sus miembros según la contribución que prestan al conjunto. Llevan consigo prerrogativas y servidumbres. No solo designan lo que el individuo es sino también cómo se espera que se comporte, de acuerdo con lo que está prescrito para el grupo al que pertenece. De este modo, los fines que realmente persigue el ordenamiento jurídico están más allá del individuo. Los bienes colectivos pasan a ser concebidos como realidades sustantes y son los de mayor valor; los individuales o personales reciben un rango o posición subordinada, dependiente de su capacidad de contribuir a la consecución de aquellos.

El transpersonalismo se organiza a través de un *derecho de la necesidad*. La vida en comunidad exige que todos los bienes existentes se pongan al servicio de los fines

---

<sup>2</sup> GILSON, Étienne, *El espíritu de la filosofía medieval*, Gredos, Barcelona, 2009, pp. 198-199.

comunes. Debe existir, por ello, una instancia decisoria externa (el Estado) que evalúe racionalmente las necesidades comunes y que disponga coactivamente, a través de las normas que componen el derecho, lo que es requerido para satisfacerlas. El derecho es pura heteronomía. La libertad empieza donde la necesidad termina. Las partes solo pueden decidir por sí mismas cuando las necesidades del todo están suficientemente cubiertas y las interacciones mutuas están debidamente coordinadas desde una instancia externa.

#### *4. El criterio diferenciador: el principio originario de ordenación jurídica*

La distinción entre el *personalismo* y *transpersonalismo* procede de Gustav Radbruch<sup>3</sup> y, aunque no ha tenido un especial eco entre los politólogos y los juristas, resulta particularmente apta para servir de pauta general con la que aproximarse a cualquier interrogante que plantee un conflicto fundamental entre la dignidad humana y las necesidades colectivas. Al jerarquizar de modo diametralmente opuesto los distintos valores que sirven de fundamento estimativo a las prescripciones del orden jurídico, la clasificación propuesta por Radbruch permite distinguir dos grandes familias políticas, dentro de las cuales pueden introducirse numerosos matices.

En última instancia, lo que diferencia una doctrina personalista de una transpersonalista es el punto de partida de la ordenación social: la libertad individual o las necesidades colectivas. Si se coloca en esa posición de partida a la dignidad humana, entendida como autonomía, toda injerencia en la libertad individual deberá estar justificada con argumentos sólidos. Si se parte, en cambio, de las necesidades colectivas como principio distributivo global que determina originariamente el derecho de cada cual, será la libertad individual la que deba estar justificada desde el punto de vista de los intereses comunes. Se pueden distinguir, y así lo haré a lo largo de esta obra, personalismos y transpersonalismos radicales y moderados pero la pertenencia a una de estas dos familias quedará decantada, en última instancia, por las siguientes preguntas: ¿cuál es el principio de normatividad que no necesita justificación (y que tiende, por ello, a expandirse)? ¿la necesidad o la libertad? ¿quién tiene la carga de argumentar para apartarse legítimamente de ese principio normativo? ¿el individuo o la comunidad?

La teoría del sacrificio de derechos opta por la libertad como principio normativo originario y concibe la necesidad como motivo para apartarse de dicho principio o, si se

---

<sup>3</sup> RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 70-80.

prefiere, como título válido de injerencia en la libertad. En ese sentido, estamos ante la formulación jurídica de una perspectiva política que podemos denominar *personalismo moderado*.

##### 5. *La teoría del sacrificio de derechos: un personalismo moderado*

Para la teoría del *sacrificio de derechos*, la libertad y la necesidad, la persona y la comunidad, son principios válidos para la ordenación jurídica. La noción de sacrificio presupone, sin embargo, la existencia de una decisión política que sitúa el *derecho de la libertad* en la posición de fuente jurídica originaria del ordenamiento. Reconociendo a nivel constitucional la normatividad del concepto filosófico de *persona*, el poder constituyente se decanta por establecer la libertad como la primera regla de derecho, obligando a los poderes públicos a protegerla. A falta de intervención heterónoma del poder, las únicas normas válidas son las que se dictan las personas a sí mismas, ejerciendo su libertad, así como las que dicta el poder para delimitar de modo simétrico las respectivas esferas de autonomía. La primera tarea del derecho es, por ello, conciliar y proteger las libertades, regular su ejercicio de tal suerte que la libertad de uno no se realice a costa de la de otro o, lo que es lo mismo, que una persona no se convierta en sierva o esclava de fines que le son ajenos.

Sentada la posición originaria de libertad, la idea de sacrificio supone reconocer, enseguida, la capacidad de modificar la situación de partida para afrontar el contexto real en el que las libertades individuales se desenvuelven. Los derechos no se ejercen en instancias ideales sino en las circunstancias precarias que son propias de la convivencia humana. La adaptación a ese contexto impone alteraciones al equilibrio originario. La necesidad aparece como razón o título para la injerencia en la libertad. Debe, por ello, estar justificada. El *derecho de la necesidad* se va configurando a través de técnicas ponderativas, esto es, mediante la evaluación, realizada en la sede deliberativa en la que están representadas todas las libertades, de las razones que pueden considerarse suficientes para modificar la posición originaria de igual libertad individual.

El *sacrificio de derechos* se completa, no obstante, con una regla de cierre a través de la cual se garantiza que la alteración puntual de la igualdad originaria no suponga una negación selectiva de la dignidad de persona, esto es, no provoque que unos individuos sean convertidos, en cuanto víctimas exclusivas del sacrificio, en siervos o esclavos de los demás. El *derecho de la libertad* y el *derecho de la necesidad* son conciliados a través de un método de adjudicación que reasigna la pérdida de libertad coactivamente

impuesta de forma tal que todos la soporten, en última instancia, en la misma medida, volviéndose, con ello, a la *posición originaria* de igual libertad individual. Todos siguen gozando, así, de su dignidad de persona.

6. *La teoría del sacrificio de derechos en el marco de la dogmática de los derechos fundamentales*

Pese a su evidente conexión con la dogmática de los derechos fundamentales, el sacrificio de derechos no ha sido objeto de un estudio constitucional específico. Su particular enfoque puede servir, sin embargo, para enriquecer la reflexión teórica sobre los límites de los derechos fundamentales e incluso puede contribuir a que la dialéctica *libertad-intervención* (o *derecho-restricción*) recupere parte del terreno perdido en los últimos tiempos, aproximándose nuevamente al lugar central que ocupó en otro tiempo. En mi opinión, cierta reorientación doctrinal resulta, en este punto, pertinente.

Algunas doctrinas sobre los derechos fundamentales vienen colocando la libertad restringida y las razones de la restricción en un mismo nivel de análisis. Los derechos fundamentales expresarían objetivos políticos que la Constitución valora positivamente y constituirían, por ello, *bienes jurídicos* de rango constitucional. Dichos bienes se relacionarían, de modo horizontal, con otros que la propia Constitución enuncia explícita o implícitamente. Al margen de su ubicación precisa, todos los bienes jurídicos constitucionales tendrían, de este modo, una suerte de conexión medular que obligaría a trascender la perspectiva espacial y técnica de la dogmática clásica. La dialéctica *libertad-intervención* se abandona, en definitiva, porque se considera que un derecho fundamental constituye la expresión sintética de múltiples *bienes* en relación dinámica, necesitados de permanente *concretización*<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Una importante escuela de la dogmática alemana, inspirada en la obra de Smend y con fuerte penetración en el Tribunal Constitucional alemán, ha hecho popular en España esta perspectiva totalizante. Quizá la crítica más incisiva y radical a la dialéctica *clásica* puede verse en el influyente trabajo de 1962 de Peter Häberle sobre *La garantía de contenido esencial de los derechos fundamentales*, en el que defiende vigorosamente la llamada *teoría de los límites inmanentes* (o de los *límites conforme a la esencia*). En su opinión, el *límite conforme a la esencia* es tan propio del derecho fundamental como el ámbito de libertad que queda garantizado. Ambos deben ser fijados por el legislador en un único proceso ponderativo. Häberle se lamenta en varios pasajes de la referida obra de la desconfianza generalizada hacia las *reservas de ley* para la regulación de los derechos fundamentales. Considera sorprendente que sean vistas como meros cauces de penetración de intereses públicos en ámbitos privados de libertad, cuando cualquier libertad es, por definición, jurídica, ya que exige la permanente coordinación normativa de las acciones que los individuos pueden realizar en los distintos contextos vitales. Toda libertad nace restringida por las exigencias de la situación en la que surge. Para Häberle, el error de la contraposición entre derecho fundamental y ley obedece, en última instancia, al influjo de las viejas escuelas de Derecho Natural. Ni siquiera los más egregios maestros de la escuela positivista alemana habrían sido, en su

Este tipo de planteamiento holístico resulta, a mi modo de ver, poco convincente. Cuando la Constitución dota del atributo de la *fundamentalidad* a algunas de sus normas trata de asegurar que el ejercicio del poder político, legítimamente orientado a la resolución de los problemas del momento, se verifique con el menor sacrificio de libertad posible. Sobre los problemas futuribles y las recetas idóneas para afrontarlos, la Constitución, en verdad, nada dice. Se limita a formular ciertas condiciones para que la restricción de la libertad pueda verificarse. Desde la óptica de los derechos fundamentales no es lo mismo, por tanto, restringir las posibilidades de acción individual que no hacerlo<sup>5</sup>. El derecho fundamental es una posición originaria de libertad que el legislador, como órgano democráticamente legitimado para ello, puede modificar puntualmente si es capaz de cumplir ciertas cargas formales y materiales.

El *legislador de los derechos fundamentales* no es, pues, el fiel ejecutor de un programa constitucional que, gracias a una prodigiosa alquimia axiológica, nos proporciona la concreta solución a cualquier problema. No un místico conciliábulo que escruta el arcano constitucional. Es el órgano democráticamente legitimado para determinar y valorar las necesidades del contexto y para actuar en consecuencia, restringiendo, de resultar necesario, los derechos fundamentales de los ciudadanos. El Tribunal Constitucional es, a su vez, el órgano que ha de verificar que las cargas constitucionales han sido correctamente alzadas.

---

opinión, inmunes a esa influencia iusnaturalista, pues ellos también basaron sus teorías en el concepto equivoco de libertad natural, esto es, en la idea de una libertad puramente fáctica y pre jurídica que el Estado vendría a limitar ex post. El Derecho crea la libertad en el mismo proceso normativo por el que limita las posibilidades de acción individual. Vid. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 136-151. La crítica de Häberle es, en mi opinión, bastante inexacta en este punto, ya que el reproche que hicieron los maestros positivistas del Derecho Público a la perspectiva iusnaturalista de la libertad fue, precisamente, su carácter anti histórico y su falta de realidad. Lo que los positivistas hicieron fue, en realidad, otra cosa: utilizar un concepto técnico de libertad como ausencia de oposición coactiva externa, lo que, en el ámbito jurídico, significa que hay libertad donde no hay un mandato que imponga actuar o no actuar de un modo determinado, luego la libertad no es que sea *pre jurídica* sino que es el ámbito que la coacción jurídica decide dejar fuera de su radio de acción.,

<sup>5</sup> El error del enfoque que lleva -fundamentalmente en el ámbito del constitucionalismo germano- a rechazar la dualidad libertad-intervención o derecho-restricción como una reminiscencia de una cultura jurídica superada, ha sido expresado con particular claridad por Javier Jiménez Campo, para quien “[l]o que el constitucionalismo es, desde su origen, no se entenderá jamás si se pretende que las reglas y principios de la Constitución valgan, del mismo modo, en contra y a favor de la libertad, tanto para reconocer y dar curso al <<libre desarrollo de la personalidad>> (art. 10.1 CE) como para habilitar directamente al poder público, sin mediaciones, a entrar en aquel ámbito de autodeterminación del sujeto”. Vid. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 46.

La utilidad de la dialéctica *libertad-intervención/derecho-restricción* no es, pues, la de preservar una noción de libertad anti histórica y ficticia sino la de salvaguardar una dinámica jurídica asentada en lo más profundo de nuestra cultura constitucional. En esa dinámica, la libertad aparece como el principio normativo originario, que se ejerce de modo inmediato, sin necesidad de justificar la bondad o la utilidad de la decisión que se adopta. El ordenamiento asienta, de modo expreso, su última legitimidad ideológica en la *dignidad de la persona* y en el *libre desarrollo de la personalidad*. Renuncia, con ello, a imponer coactivamente proyectos vitales distintos a los que los individuos escogen para sí mismos, por más que, desde un parámetro mayoritario de moralidad, ese proyecto pueda resultar repudiable o, desde una perspectiva paternalista, pueda estimarse perjudicial para los intereses de quien lo asume como propio. El poder político tiene, en cambio, un poder normativo externo (*heteronomía*) que ha de fundarse, para ser legítimo, en la demostración argumental de la insuficiencia de la capacidad de autogobierno de los individuos para afrontar las exigencias más imperiosas de la vida en comunidad.

La teoría del sacrificio de derechos toma, por ello, en el ordenamiento jurídico vigente, la forma de una teoría (externa) de las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales.

## 7. Plan de la obra

La teoría de las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales se expone, en la presente obra, del modo siguiente:

(i) En una *parte histórica* se estudian los tres principales paradigmas sobre el problema sacrificial. La aceptación de un poder público de tipo sacrificial (que implica la afirmación paralela de unos derechos originarios del ser humano que son, no obstante, puntualmente derogables) se estudia en el marco de la tradición jurídica medieval del bien común, culminada, a principios de la Edad Moderna, por la escolástica española (*capítulo I. El personalismo moderado. La afirmación de la legitimidad del poder sacrificial en la escolástica española*).

La negación del poder sacrificial se expone, después, en dos manifestaciones históricas de signo opuesto. Se examinan primero las doctrinas personalistas extremas que, al negar la normatividad de la necesidad, conciben los derechos individuales como poderes absolutos que no pueden ser sacrificados por razón del bien común (*capítulo II. La negación del sacrificio: las doctrinas radicalmente personalistas*). Se estudia, a continuación, el movimiento pendular que lleva a la negación de la idea de unos derechos previos al

poder, ligados a la consideración del ser humano como persona (*capítulo III. Del sacrificio a la delimitación de derechos. El funcionalismo*).

La parte histórica se cierra con un breve estudio de las doctrinas políticas reactivas que tratan de actualizar el credo radicalmente personalista oponiéndose a la viabilidad del sacrificio (*capítulo IV. Los libertarios contra el sacrificio de derechos. La actualización del ideario radicalmente personalista*)<sup>6</sup>.

(iii) En la *parte constitucional* trato de construir una teoría general del sacrificio de derechos como modalidad de restricción de los derechos fundamentales dotada de un régimen jurídico característico. Esto implica, en primer lugar, sentar las bases de una teoría de las restricciones de derechos fundamentales coherente con los rasgos en los que se sustancia la noción de *fundamentalidad* en nuestro orden constitucional (*Capítulo V. La fundamentalidad de los derechos y los límites constitucionales de su restricción*).

De ese esbozo de teoría general surge una estructura tripartita o trifásica que distingue la *posición originaria* de libertad constitucionalmente establecida (el *derecho de la libertad*), la restricción que opera externamente sobre ella en función de una *competencia para restringir* (el *derecho de la necesidad*) y las condiciones constitucionales a las que debe someterse esa restricción, que están ligadas a la noción de *contenido esencial* del art. 53.1 CE (*Capítulo VI. Las tres fases de la restricción*).

Dentro de la noción constitucional de *contenido esencial* de los derechos fundamentales se identifican las condiciones constitucionales específicas que singularizan las restricciones de tipo sacrificial, en particular el deber de indemnizar los llamados daños sacrificiales, a cuyo régimen jurídico particular se dedica en último capítulo de la obra (*Capítulo VII. El régimen jurídico de los daños sacrificiales*). En él se hace especial énfasis en la distinción entre la indemnización de un daño sacrificial, como exigencia del contenido esencial del derecho fundamental objeto de restricción, y la indemnización derivada del sistema de responsabilidad patrimonial de los poderes

---

<sup>6</sup> En los capítulos que conforman esta primera parte he optado por estudiar la obra de aquellos autores que considero especialmente paradigmáticos, situándolos previamente en su contexto. En el caso de la escolástica española, esos autores son Francisco Suárez y Fernando Vázquez de Menchaca; en el caso de la visión personalista radical, John Locke e Immanuel Kant. En la vía que niega el sacrificio porque excluye los derechos previos al poder, centro la atención en la obra de Georg Jellinek (culmen del positivismo decimonónico previo al giro normativista de Hans Kelsen) y de Rudolph V. Ihering (matriz intelectual de las ideas características del funcionalismo jurídico). Los autores libertarios de los que me ocupo son, finalmente, Murray Newton Rothbard, Robert Nozick y Richard Allen Epstein.

públicos establecido en el art. 106.2 de la Constitución, como cuestión deferida al arbitrio del legislador democrático.

## **PARTE HISTÓRICA**

# CAPÍTULO I

## EL PERSONALISMO MODERADO

### LA AFIRMACIÓN DE LA LEGITIMIDAD DEL PODER SACRIFICIAL EN LA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA

*“Fue sólo a través de duras y amargas experiencias concretas del siglo XII en adelante que el hombre occidental llegó a percibir cómo las viejas verdades de su religión podían servir de fundamento a un nuevo orden constitucional”.*

Brian Tierney, *Religion, Law and the growth of constitutional thought*

*“[...] tal príncipe revestido del mero [puro] y simple derecho de príncipe, solamente puede despojar de sus bienes a un ciudadano o súbdito suyo cuando concurran estas dos circunstancias y en ningún otro caso: primero cuando lo exija alguna utilidad o necesidad pública y segundo si se le otorga además una debida y proporcionada recompensa [...]”.*

Fernando Vázquez de Menchaca, *Controversiarum Illustrum*

#### I. INTRODUCCIÓN

Los autores bajomedievales y modernos que, entre los siglos XII y XVII, reflexionaron sobre el poder político partieron de un presupuesto metafísico (la igualdad de todos los seres humanos) que convirtió esta cuestión en problemática. Se plantea, en efecto, el siguiente interrogante: ¿qué justifica que un hombre que es, por naturaleza, dueño de sí mismo y de sus actos se someta a la autoridad de otro de su mismo rango? ¿qué razón puede conducir a que una *persona* renuncie a una parte de su *libertad natural* y asuma el deber de obedecer a su igual?<sup>7</sup>. El problema del poder equivale, en este momento, al de su legitimidad. La pretensión teórica de conocer el poder tal y como *es* tiene, desde luego, su germen en la temprana Edad Moderna, como atestigua el realismo político de autores como Maquiavelo<sup>8</sup>. Pero prima aún, en la línea de la tradición de

---

<sup>7</sup> Sobre este igualitarismo de los juristas y pensadores medievales, vid. CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, Encuentro, Madrid, 2008, pp. 44-46.

<sup>8</sup> En efecto, Maquiavelo ya no pretende justificar el poder en el plano de las ideas sino buscar modelos de prudencia política en los gobernantes de su época. No es, desde luego, un pensador que, frente a las especulaciones metafísicas de otros, quiera describir un tipo de organización pública realmente existente, como los posteriores teóricos del Estado del siglo XIX. Pero, aun así, es una excepción notable a la tónica propia de la época e inaugura una nueva manera de ver las cosas. Figgis sintetizó la novedad de Maquiavelo diciendo que es un pensador que, en su contexto, destaca más por lo que omite que por lo

pensamiento medieval, la finalidad estrictamente práctica de comprender el papel del poder político en el marco de una concreta concepción del mundo y del ser humano, esto es, de entenderlo tal y como *debe ser*<sup>9</sup>.

Una rica sensibilidad, abierta a las necesidades dispares de la comunidad y del individuo, conduce en ese momento a residenciar el principio justificativo de todo gobierno legítimo en la idea de *bien común*, entendida, sin misticismos sustancialistas, como una suma o adición de intereses individuales<sup>10</sup>. Se entiende que los diversos fines concurrentes no pueden ser armonizados por los propios individuos ya que estos, en su condición de *personas*, carecen de *dominio natural* los unos sobre los otros y se relacionan de un modo horizontal. La coordinación de los iguales solo puede realizarse desde arriba, mediante el ejercicio vertical de una *potestad dominativa* superior.

Por ello, y para que el *bien común* pueda realizarse de forma pacífica, los seres humanos crean comunidades políticas (*corporaciones*) dotadas de un poder que supera al estrictamente individual. Son, por tanto, los individuos los que, en el ejercicio de su libertad, forman las comunidades políticas pero no son ellos los que les transfieren los poderes característicos de gobierno (pues ningún individuo tenía previamente en sus manos la potestad de armonizar coactivamente su interés particular con el ajeno). Es, en definitiva, el acto de constitución de la comunidad el que hace surgir, de modo originario, una potestad dominativa hasta entonces inexistente, superior a la de los individuos aislados. Desde esta concepción -que podemos llamar *originaria*<sup>11</sup>- del poder

---

que dice. En otras palabras: su singularidad está en prescindir de todo el aparato medieval de argumentos legales, filosóficos y teológicos sobre la legitimidad del poder. Vid. FIGGIS, John Neville, *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius 1414-1625*, Cambridge University Press, Cambridge, 1956, p. 74.

<sup>9</sup> Perspectiva pragmática que el posterior positivismo jurídico decimonónico contempló retrospectivamente con desdén, como un ejercicio arbitrario de pura metafísica, carente de todo valor científico. Vid. JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 118.

<sup>10</sup> Tal idea individualista del “bien común” fue, precisamente, objeto de crítica acerba en el siglo XIX cuando autores como Gierke vieron en ella un residuo de un individualismo romano o latino que había de ser definitivamente superado por la mentalidad comunitarista germánica. Sobre ello volveremos en el capítulo III.

<sup>11</sup> *Concepción originaria del poder* es, a los efectos de este estudio, la que estima que la comunidad política tiene un poder propio, que no es el resultado de una mera transferencia del poder preexistente y disperso que corresponde a los individuos (que es justamente la concepción *derivativa* del poder que, bajo la denominación de personalismo radical, se estudiará en el capítulo II). En el pensamiento medieval de corte constitucional, la concepción originaria se basa en la idea de que Dios ha concedido a cada pueblo el poder natural de establecer su propia organización política para alcanzar el bien común. Ese poder de la comunidad, al ser originario, es superior al que tiene el individuo y puede, por ello, entrometerse legítimamente en las propiedades individuales en caso de necesidad. Este es el sentido profundo de la interpretación medieval, con la que ironizaría después Rousseau, de la frase de San Pablo: “todo poder procede de Dios” (*Romanos 13:1*). Frente a la ironía de Rousseau (que señalaba que también la enfermedad procede de Dios y que eso no impide llamar al médico) la frase no era utilizada como justificación de la legitimidad de todo poder existente sino como explicación de la superioridad del poder

político, se estima que los gobernantes tienen la potestad de intervenir coactivamente en la esfera privativa de los gobernados. Se considera, sin embargo, que esa facultad está sometida a una fuerte restricción: ha de dirigirse en todo momento a la satisfacción del bien común<sup>12</sup>, lo que supone la configuración de una relación jurídica fiduciaria entre gobernantes y gobernados, con facultades y deberes recíprocos.

Esta línea de pensamiento, según la cual la comunidad política tiene un poder supremo orientado a la consecución del bien común, basado en la libre asociación individual pero superior al que corresponde a cualquier individuo por sí solo, lleva a la afirmación de la legitimidad de los daños sacrificiales, esto es, de los daños que el poder público ocasiona en la esfera de los individuos para satisfacer las necesidades colectivas. Moviéndose en ese marco de pensamiento, surgen, dentro de la escolástica española, las primeras teorías jurídicas sobre el daño sacrificial<sup>13</sup>.

## II. UN PENSAMIENTO DE CORTE CONSTITUCIONAL: EL BIEN COMÚN COMO FUNDAMENTO DEL PODER. LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL SOBERANO

### 2.1. La obra de vanguardia de los juristas medievales

---

de los gobernantes frente al de los individuos. Sentada esa característica (la superioridad del poder público por su concesión divina a la comunidad), el propósito de los pensadores medievales y modernos era, precisamente, actuar como médicos, esto es, recetar el tratamiento que debía suministrarse cuando el gobernante realizaba un uso desviado del poder recibido de la comunidad, empleándolo para fines ajenos al bien común, caso en el cual el poder perdía su legitimidad.

<sup>12</sup> Desde esta óptica, no pueden negarse los orígenes medievales del constitucionalismo, al menos en lo que se refiere a la asunción de un principio básico de limitación del poder basado en la concepción del ser humano como *persona*, esto es, como sujeto y no objeto de dominación, que debe tratar a los demás seres humanos como sus iguales. Piénsese que del incumplimiento de ese principio de sujeción al bien común nacía un auténtico derecho frente al poder: el de resistencia violenta legítima. Existe, sin embargo, cierta tendencia, entre los iuspublicistas españoles, a prestar escasa atención al valor del pensamiento constitucional medieval. Esto quizá se debe, al menos en parte, al poderoso influjo que ejerce en España el iuspublicismo germánico, que suele situar el origen del constitucionalismo en el cisma religioso que rompe las certidumbres del orden medieval. Como exponente actual de este viejo pensamiento, vid. GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, p. 30. Esta perspectiva ignora, sin embargo, las bases pluralistas del orden medieval mismo, sin las cuales no habría sido posible la construcción de un primer pensamiento constitucional basado en la limitación del poder.

<sup>13</sup> Hay que advertir, de antemano, que esta denominación (*daño sacrificial*) no es utilizada por los autores que iremos estudiando en este capítulo y en los sucesivos. Es un concepto que condensa la causación lícita de daños que se consideran necesarios por razón del bien común pero que se imponen a quien no ha cometido acto ilícito alguno. El tratamiento de este tipo de daños *sacrificiales*, esto es: que se imponen en los bienes de un inocente para satisfacer un propósito superior, varía notablemente en los tres paradigmas que estudiaremos.

Como explica el medievalista Brian Tierney, en los siglos XII y XIII se dio, en la Europa cristiana, un fenómeno inusual en la Historia política<sup>14</sup>. No se produjo, en ese momento, una transición de la anarquía previa a la teocracia; al contrario, comenzaron a construirse estructuras de gobierno constitucional, algunas de las cuales lograron llegar al mundo moderno. La peculiar fisonomía política de la sociedad del Bajo Medievo favorecía esta deriva singular de los hechos<sup>15</sup>.

Había en la comunidad medieval una dualidad de poder, temporal y espiritual, caracterizada por la limitación y vigilancia recíprocas; dentro de la jerarquía de cada uno de esos dos poderes existían, además, fuertes conflictos, marcados por la pretensión de centralización de reyes y papas y la resistencia centrífuga ofrecida por señores feudales y obispos de mentalidad feudal. Un mosaico de nuevos grupos corporativos (*universitates*), que mantenían sus propias relaciones con los actores políticos tradicionales, completaba ese abigarrado panorama. Pero todas esas tensiones iban acompañadas de continuos intercambios, de influjos recíprocos y permanentes, pues todas las autoridades medievales pretendían fundar su poder en un abanico de ideas recurrentes, tan útiles para la autoridad secular como para la religiosa. Los empleados al servicio de los reyes podían proceder, con normalidad, de la carrera eclesiástica y los propios monarcas postulaban para cargos eclesiásticos a personas que habían estado a su servicio administrativo. Eso determinaba que existiera, a pesar de todas las tensiones y conflictos, una notable comunidad de ideas políticas, caracterizada, además, por un atractivo diacronismo, pues el redescubrimiento del mundo antiguo aportaba materiales de gran autoridad que eran constantemente adaptados, a veces con grandes dosis de creatividad, a las circunstancias propias del período histórico<sup>16</sup>.

Ese cúmulo de circunstancias dio lugar a que, junto a doctrinas políticas que trataban de justificar la supremacía de uno de los poderes en pugna, como el célebre

---

<sup>14</sup> TIERNEY, Brian, *Religion, Law and the growth of constitutional thought*, Cambridge University Press, 1982, pp. 8 y 9.

<sup>15</sup> Paolo Grossi ya identificó la dispersión y la debilidad del poder político como rasgos característicos del orden jurídico medieval. Vid. GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 61-68. La idea de un *ordo medievalis* implica, en todo caso, un equilibrio de lo frágil, un elemento ordenador que, por precario que sea, reconduce lo disperso a la unidad. En la Europa bajomedieval ese factor de equilibrio fue esencialmente ideológico: los distintos poderes tenían la convicción de formar parte, en última instancia, de una sola comunidad política, fundada en unos principios compartidos. Como señala Fioravanti, la “fascinación por la Edad Media” que caracteriza al pensamiento constitucional de base historicista, radica precisamente en el atractivo que genera la ausencia de un sujeto estatal que monopolice el poder, pues “un sujeto político de este género está ausente en la época”. Vid. FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 2016, p. 20. !

<sup>16</sup> Vid. FIGGIS, J. N., *Studies...cit.*, p. 34, y TIERNEY, B., *Religion...cit.*, p. 12. !

agustinianismo político, surgieran las primeras corrientes de pensamiento de tipo constitucional. En la formación de estas corrientes los canonistas cumplieron un rol de vanguardia intelectual. El punto crucial fue la elaboración del *Decretum* de Graciano, texto compuesto por materiales heterogéneos procedentes de los diversos estratos temporales y geográficos del pasado eclesiástico que exigían interpretaciones unitarias. A través de sus glosas al *Decretum*, los “decretistas” pretendieron dilucidar cuál era el orden jurídico aplicable a la Iglesia, como comunidad de creyentes, sirviéndose, para ello, no sólo de los textos puramente eclesiásticos sino también de conceptos jurídicos propios del Derecho Romano<sup>17</sup>. La teoría de la corporación tuvo, en este punto, un papel protagonista. La corporación medieval (*universitas*) era una persona ficticia, con personalidad distinta a la de sus miembros -que podían cambiar sin que mutara la identidad de la corporación misma- y que disponía, además, de una voluntad propia que se formaba sobre el criterio de la mayoría. Los canonistas aplicaron esta idea de corporación a la propia Iglesia, como comunidad de creyentes, y al Concilio general que la representa en toda su extensión. Consideraron, así, que la Iglesia era infalible en cuestiones de fe cuando actuaba en su universalidad a través del Concilio y que a dicho Concilio le correspondía, por la misma razón, la decisión última en las cuestiones generales de la propia Iglesia. El consentimiento universal se convertía, de este modo, en el fundamento de las decisiones más importantes del orden eclesiástico<sup>18</sup>. La idea del consentimiento de los gobernados como origen del poder (y la regla de la mayoría como criterio de determinación de ese consentimiento) quedaba, así, apuntada.

Los canonistas tomaron, en particular, dos conceptos que en el Derecho Romano se habían desenvuelto en el ámbito iusprivatístico: la *plena potestas*, en cuanto máximo poder de representación, y la regla según la cual lo que afecta a todos debe ser aprobado por todos (*quod omnes tangit ab omnibus approbatur*), que en Derecho Romano había resultado aplicable a la tutela compartida. Estos dos conceptos fueron llevados por los decretistas al ámbito de la ordenación jurídica de la Iglesia, justificando con ello el papel primordial que cumplían los concilios generales en representación de toda la comunidad de creyentes. El poder del Papa, como máxima autoridad eclesiástica, debía convivir con el de los concilios, de modo que el Papa era superior a cualquier otro cristiano, pero los concilios generales eran superiores al propio Papa<sup>19</sup>. Esta idea fue tomada por un sector

---

<sup>17</sup> TIERNEY, B., *Religion...cit.*, pp. 13 y 14. !

<sup>18</sup> TIERNEY, B., *Religion...cit.*, pp. 17 a 23. !

<sup>19</sup> Esta doctrina conciliarista cobraría especial importancia en la época del “Gran Cisma” de la Iglesia. Gracias a ella, el Concilio de Costanza (1415) llegaría a arrogarse la autoridad, en nombre de la comunidad

de los juristas seculares que, como Azo, la convirtieron en principio constitucional del orden político bajomedieval: el monarca había de compartir su autoridad política con la que corresponde a la comunidad (*universitas*), siendo esta última la depositaria originaria del poder<sup>20</sup>. Ese orden político formaba, en última instancia, una unidad común, la llamada *Cristiandad*, que era, a su vez, una asamblea compuesta por aquellos gobernantes que no reconocían otra autoridad temporal superior<sup>21</sup>.

En la visión conciliarista, el Papa quedaba vinculado por los concilios generales en materia de fe y de estado general de la Iglesia<sup>22</sup>. Por ello, si actuaba de forma manifiestamente contraria a una cuestión de fe resuelta en un concilio general, incurría, notoriamente, en herejía. No existiendo una jurisdicción superior a la del propio pontífice, canonistas como Huguccio habían sostenido que el Papa cesaba como cabeza de la Iglesia si incurría en herejía determinada como tal en un concilio o si persistía en pecado notorio tras ser debidamente advertido de tal circunstancia. En tales casos podía ser depuesto, pues no era posible ser al mismo tiempo Papa y hereje. La *Summa Duacensis* proponía un expediente técnico para operar en estos casos: aunque la Iglesia no podía juzgar al Papa, sí podía deliberar y declarar que había incurrido en herejía, de suerte tal que, si persistía en ella, quedaba automáticamente removido de su cargo por efecto directo de la ley (*ipso iure*)<sup>23</sup>. Desde esta doctrina eclesiástica, la especulación se extendió,

---

de los creyentes, de deponer a los tres papas en pugna y a nombrar un nuevo pontífice que pusiera fin a aquella situación. Vid. TIERNEY, B., *Religion...cit.*, p. 59.

<sup>20</sup> TIERNEY, B., *Religion...cit.*, pp. 57 y 58. En el caso de Azo, jurista italiano, la idea de la comunidad actuando en su universalidad era completamente factible, pues las ciudades-Estado italianas podían actuar de ese modo. En cambio, para los decretistas, la Iglesia, como comunidad de creyentes a las que la reunión universal no resultaba asequible, solo podía actuar en su universalidad por medio de la representación, a través del concilio general.

<sup>21</sup> TIERNEY, B., *Religion...cit.*, p. 22 a 27.

<sup>22</sup> Para John N. Figgis el decreto del Concilio de Constanza que afirmaba la superioridad de este sobre el papa era “probablemente el documento oficial más revolucionario de la historia del mundo”. Vid. FIGGIS, J. N., *Studies...cit.*, p. 31.

<sup>23</sup> Vid. GIERKE, O., *Teorías...cit.*, p. 172. El Gran Cisma de Occidente hizo aún más acuciante la búsqueda de respuestas teóricas de este tipo de problemas. El canciller Juan Gerson, el más importante de los nominalistas parisinos del siglo XV, creyó, conforme a las tesis conciliaristas, que la reforma de una Iglesia dividida, y cada vez menos ejemplar en sus prácticas, sólo podía realizarse a través de la deposición de los papas en conflicto y con el nombramiento de uno legítimo a través de un concilio. Esto exigía desafiar la autoridad pontificia vigente. Pero Gerson entendía que la lucha contra un Papa tiránico no podía basarse en la idea de Wyclif según la cual quien no tiene la gracia divina carece de título jurídico válido sobre sus bienes. Es obvio, como señala Richard Tuck, que Gerson pensaba que tal pensamiento podía generar un caos mayor. Por eso, para Gerson, el fundamento de la oposición al papa debía ser la existencia de un derecho de legítima defensa, connatural a todo ser humano, esto es, integrado en la concesión natural, otorgada por Dios, de un poder originario de libertad al que sólo se había renunciado para alcanzar ciertos fines y que podía, por ello, ser ejercido para derrocar a un tirano. La idea fue, igualmente, acogida por los juristas seculares. Vid. TUCK, Richard, *Natural rights theories. Their origin and development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, pp. 24-31.

durante la Baja Edad Media, al ámbito de poder de la autoridad temporal o secular, planteándose si esta podía ser depuesta en caso de incurrir en un comportamiento tiránico, contrario al pacto con la comunidad del que deriva su poder. La autoridad del pensamiento aristotélico favorecía una respuesta positiva: para Aristóteles, el tirano es aquel que gobierna para su propio interés, en lugar de atender al de toda la comunidad<sup>24</sup>.

La obra de los decretistas abrió, pues, las líneas fundamentales de un pensamiento político de corte constitucional basado en las siguientes ideas: el poder reside originariamente en la comunidad; esta establece una relación fiduciaria con los gobernantes; estos están sujetos a los límites del mandato recibido, que la comunidad, actuando como asamblea general, puede modificar; el mandato establecido tiene como fundamento último el bien común de todos los que conforman la comunidad política; si el gobernante se desvía de ese fin y persigue su propio interés particular, se convierte en tirano; si se convierte en tirano puede ser depuesto y sustituido.

## **2.2. La sistematización moderna del pensamiento constitucional medieval: la escolástica española**

Los tópicos del pensamiento medieval de corte constitucional comienzan a ser sistematizados en la temprana Edad Moderna. En ese momento, un grupo de teólogos y juristas, que podemos englobar, con criterio muy amplio, bajo la denominación de *escolástica española*<sup>25</sup>, explicita la idea de que el poder de coacción de los gobernantes surge *ex novo* del proceso de asociación política. No es un poder individual disperso y preexistente que haya sido transferido en un momento dado. Tampoco se trata de un poder que resida originariamente en una única persona, como depositaria de un mandato divino. Se piensa que todo poder procede, ciertamente, de Dios pero se

---

<sup>24</sup> Ya Aristóteles anticipa, de hecho, que un gobierno tiránico -en el que el monarca gobierna solo para su propio interés- no puede fundarse en el consentimiento de los súbditos: "Tal tiranía será, por fuerza, la monarquía que irresponsablemente gobierna a todos, iguales y superiores, mirando el propio interés; y no al de sus súbditos; por tanto, es contraria a la voluntad de estos, ya que ninguna persona libre soporta voluntariamente este tipo de gobierno". Vid. ARISTÓTELES, *Política*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, p. 178.

<sup>25</sup> Sobre la heterogeneidad de este grupo de pensadores, vid. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, "Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo político", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXV, Valparaíso, 2003, pp. 341-373. He optado por la denominación *escolástica española* por varias razones. La referencia, también usual, a la "escolástica tardía" me parece equívoca. Es una denominación que también suele utilizarse para aludir a los escolásticos del siglo XV, como los nominalistas de la Universidad de París. La de "segunda escolástica" apunta exclusivamente a los teólogos (no todos españoles, por cierto, como es el caso destacado de Leonardo Lessio). La referencia a la escolástica española me parece, en definitiva, más oportuna, pues este capítulo trata de identificar una línea de pensamiento común a teólogos y juristas españoles de adscripción intelectual muy heterogénea pero que, en el ámbito político, afrontaron una empresa común: la de actualizar, sistematizar y profundizar en los viejos tópicos constitucionales medievales.

considera, asimismo, que no ha sido otorgado por el Creador a individuos determinados sino que ha sido atribuido por concesión natural a cada comunidad política, constituida consensualmente mediante la unión entre iguales. Las vías intelectuales por las que se llega a esa visión de la comunidad política son diversas pero convergen en un mismo punto: el poder se constituye para satisfacer el *bonum commune*, lo que implica atender necesidades superiores a las estrictamente individuales y, por ello, sacrificar puntualmente los intereses particulares de los gobernados para obtener un bien mayor.

Algunos autores de la escolástica española se inspiran en las ideas aristotélicas y, más concretamente, en el atributo natural de la sociabilidad. Asumen el axioma de que los hombres tienen la necesidad ineludible de cooperar los unos con los otros para sobrevivir y prosperar. Es normalmente el caso de los teólogos, que entienden, con Aristóteles, que el ser humano se ve naturalmente inclinado a servirse del atributo de la razón para establecer una estructura estable de asociación política, obteniendo, con la colaboración de los demás, la fortaleza conjunta necesaria para alcanzar sus objetivos<sup>26</sup>. La comunidad política se constituye con la finalidad de alcanzar metas que al individuo, considerado aisladamente, resultan inasequibles. Dicho de otro modo: si los hombres constituyen un poder soberano no es para que este tenga el mismo poder del que aquellos ya disponían separadamente (un poder escaso, débil e incapaz de alcanzar, por sí solo, las metas a las que apunta el atributo humano de la razón) sino justamente para obtener un poder mayor. Como señala categóricamente el conimbricense Francisco Suárez, culminación intelectual de la escolástica española en el plano político (en el filosófico fueron muchas sus diferencias con sus predecesores de Salamanca y con sus propios compañeros de Coimbra), el verdadero “poder” no reside en los individuos, ni como seres aislados ni como mera agregación o suma. Reside en la comunidad; con ella nace y a ella pertenece<sup>27</sup>.

Otros pensadores de la escolástica española siguen, en cambio, la línea voluntarista propia de la escuela de los nominales. Para ellos, la constitución de la asociación política no es un proceso natural y progresivo. Hay un tránsito directo de un *status naturae* (libertad natural) a una situación de sujeción al poder político<sup>28</sup>. La

<sup>26</sup> Vid. VITORIA, Francisco, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, Tecnos, ! Madrid, 2007, p. 10. !

<sup>27</sup> SUÁREZ, Francisco, *De Legibus*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de ! Vitoria, Madrid, 1971, vol. IV, p. 152. !

<sup>28</sup> Francisco Carpintero ha definido expresivamente este contractualismo de los nominales, basdo en un ! tránsito directo, como una “ética de línea recta”. Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *La crisis del Derecho ' en la escolástica española del siglo XVI*, Síndéresis, Madrid, 2018, p. 77. !

condición previa de libertad natural no tiene otra garantía que la vinculatoriedad moral de ciertos *entia moralia*, que son reglas generales de justicia impresas por Dios en la mente humana que enseñan, por ejemplo, que no debe dañarse a otro. Por eso, los individuos alcanzan un pacto político, un acuerdo por el que renuncian a una parte de su poder de autodeterminación personal (derivado de su *qualitas personalis*) y constituyen una autoridad política que debe perseguir el bien común. Tiene, para ello, poderes de injerencia que superan los individuales. Autores nominalistas como Fernando Vázquez de Menchaca siguen esta línea de pensamiento, basada en la autorrestricción consensual de las libres voluntades de los individuos.

Por ambas vías, las ideas medievales de corte constitucional van adquiriendo un fundamento teórico preciso. Fernando Vázquez de Menchaca llega incluso a deducir en sus *Controversias Ilustres* hasta cerca de doscientas conclusiones, todas ellas de extraordinaria utilidad e importancia, del “principio o ley fundamental [...] siguiente: todo poder legítimo de príncipes, reyes, emperadores o de cualquier otro régimen, ha sido instituido, creado, recibido o simplemente admitido única y exclusivamente para bien de los ciudadanos, no para utilidad de los que gobiernan”<sup>29</sup>. Nuestro estudio debe circunscribirse a dos ideas derivadas de la concepción *originaria* del poder y de la relación fiduciaria establecida entre la comunidad política y los gobernantes. La primera es que la autoridad pública está sometida a las leyes propias de su patria, incluidas las que esa misma autoridad ha dictado. La segunda es que los gobernantes no son dueños a título personal de los bienes de los gobernados –y, por tanto, no pueden apropiarse de ellos para satisfacer sus intereses privados–; tienen, no obstante, un dominio superior o eminente sobre todas las cosas, orientado a la satisfacción del interés común. Veamos brevemente cómo de estos postulados surge la diferenciación entre dos tipos de daños causados por el poder público: los ilícitos y los lícitos o sacrificiales.

### 2.3. Los daños ilícitamente causados por el poder soberano

Según Carré de Malberg, el término “soberanía”, en su primera formulación medieval, fue un concepto puramente negativo. Soberano es, en un principio, quien no conoce autoridad superior, sin que tal atributo determine positivamente el alcance de sus poderes. En el siglo XVI, en plena consolidación de la monarquía autoritaria, la

---

<sup>29</sup> VÁZQUEZ DE MENCHACA, Fernando, *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Talleres tipográficos “Cuesta” Macías Picavea, Valladolid, 1931, p. 100.

palabra adquiere la dimensión positiva de poder absoluto o *summa potestas*, tal y como la define Bodino<sup>30</sup>.

Los autores de la escolástica española, como herederos de una tradición de pensamiento medieval, conciben todavía la soberanía en su dimensión negativa clásica. Para ellos es un atributo que implica únicamente que no existe una autoridad superior en el ámbito temporal. Soberano es quien se sitúa a la cabeza de todos los magistrados de una comunidad política, sin que esto suponga la titularidad de un poder absoluto<sup>31</sup>. El poder del soberano está, de hecho, limitado, desde un principio, por las leyes que rigen en esa comunidad<sup>32</sup>. Los gobernantes que son soberanos porque no tienen ningún superior dentro su esfera de atribuciones –ya sea en el seno de una sociedad democrática, de un principado aristocrático o de un sistema monárquico- no solo están sometidos a un Derecho (como el de Gentes) que supera el ámbito estricto de su autoridad sino que también están obligados a cumplir las leyes propias de su territorio, incluidas las que ellos mismos han dictado<sup>33</sup>. En las palabras de Fernando Vázquez de Menchaca “es el

---

<sup>30</sup> Carré de Malberg, que afirma que estamos ante un concepto típicamente francés, observa que nace en la Francia medieval para designar la superioridad del poder del rey, tanto en la esfera externa -frente al Papa y el Imperio- como en la esfera interna -frente a los vínculos feudales-. Aunque los teóricos de la monarquía absoluta de derecho divino lo transforman en un concepto positivo, no es, sin embargo, hasta la Revolución Francesa cuando deja de convertirse en atributo personal del monarca y pasa a designar la potestad del Estado nacional, como personificación de la Nación y depositario de todos los poderes. Vid. CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998, pp 84-86.

<sup>31</sup> En palabras de Francisco Suárez: “el poder civil se llama soberano en su línea cuando, en esa misma línea y respecto de su fin, es a él a quién se recurre en última instancia dentro de su esfera— a saber, dentro de la totalidad de la comunidad que le está sometida—, de tal manera que del poseedor de la soberanía dependen todos los magistrados inferiores que tienen poder en toda la comunidad o en una parte de ella, y en cambio él a ningún superior está subordinado en orden al mismo fin del gobierno civil”. Vid. SUÁREZ, Francisco, *Defensa de la fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1952, Vol. II, libro III, p. 237.

<sup>32</sup> Pues “aunque depende de su voluntad dar una ley, no está en su voluntad el quedar o no quedar obligado a cumplirla. Ocurre igual que en los pactos, que uno pacta libremente, pero una vez hecho el pacto hay obligación de cumplirlo”. Vid. VITORIA, F., *Sobre el poder...cit.*, pp. 50 y 51.

<sup>33</sup> De hecho, lo discutible, en el primer pensamiento constitucional europeo, es la existencia misma de un poder de innovación legislativa. En la mentalidad de los autores de la Baja Edad Media y de la temprana Edad Moderna sigue pesando más la idea de Derecho que la de legislación. La potestad legislativa del monarca está, sin embargo, en plena expansión en el siglo XVII, donde los teóricos (como Suárez) ya no hacen tratados de la justicia y el derecho sino tratados sobre las leyes. No obstante, para estos tratadistas la sujeción del monarca a su propia ley no es una mera promesa del monarca, una autorrestricción. Al contrario, es una exigencia impuesta por leyes superiores a las del monarca, en particular las que proceden del Dios legislador, del que procede la concesión natural del poder político. Fue, por ello, el positivismo, como realización de una idea de la normatividad que se remonta a la propia Edad Media y, en particular, al nominalismo escolástico (fuente del posterior empirismo), el que cambió definitivamente el paradigma. Solo entonces, al concebirse la ley como expresión de la voluntad del soberano, entendido como poder absoluto que no conoce límite en principio en su potestad de dominación, hubo de buscarse otro fundamento a la sujeción del Estado a sus propias leyes. Ese fundamento fue una autorrestricción voluntariamente asumida a través de la cual el Estado absoluto se convierte en Estado Derecho en la

rey el que debe someterse a las leyes, no estas al rey"<sup>34</sup>, de modo que "por muy encumbrado que sea el poder del príncipe, no le es lícito ni permitido el quebrantar las leyes"<sup>35</sup>. Según afirma Suárez, en el concepto de "ley" se encuentra la capacidad de exigir obediencia al príncipe mismo<sup>36</sup>. Juan de Mariana sentencia: "*princeps non est solutus legibus*"<sup>37</sup>.

¿Qué ocurre si el soberano desobedece las leyes y actúa de forma arbitraria, buscando su interés exclusivo? Siguiendo la estela del debate bajomedieval, resurge en la escolástica española el interrogante sobre las consecuencias que van ligadas al incumplimiento de las condiciones que legitiman el ejercicio del poder público y, en particular, la de si el príncipe que las incumple puede ser depuesto por el pueblo del que proviene su poder. Desde las viejas claves bajomedievales, se da mayoritariamente la siguiente respuesta: existe un derecho de resistencia frente al tirano que admite que sea depuesto por la fuerza. El príncipe que en lugar de utilizar su poder para satisfacer el bien común lo ejerce en su beneficio personal pierde su autoridad política y se convierte en un tirano. La tiranía genera un derecho de resistencia de los gobernados que legitima, incluso, el recurso a la violencia y el tiranicidio mismo<sup>38</sup>. A través de su gobierno

---

medida en que se compromete constitucionalmente a sujetarse a sus propias normas. Este paso se realizó, ! como notó Carl Schmitt con su habitual agudeza, mediante un proceso de transferencia de los atributos ! del Dios legislador al Estado legislador. Ambos, a través de sus leyes, pasaban de *potentia absoluta* (con ! un poder irrestricto) a *potentia ordinata* (ejerciendo su poder mediante un orden, aunque podrían darle ! en cualquier momento, por su omnipotencia, otro orden distinto). Vid. SCHMITT, Carl, *Teología Política*, Trotta, Madrid, 2009, p. 37. !

<sup>34</sup> Vid. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, p. 99. !

<sup>35</sup> "[...] [E]l gobierno de los príncipes debe estar sujeto a las leyes y [...] éstas han sido instituidas y ! promulgadas como superiores a la autoridad de los gobernantes y [...] finalmente que príncipes y leyes ! deben tener como único fin el bien del pueblo en general, no el de los que gobiernan". Vid. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, p.104. !

<sup>36</sup> Pues "el soberano está obligado a cumplir su ley inmediatamente por la propia ley y la virtualidad y eficacia de ella. [...] Al quebrantarla, comete un pecado de idéntica especie que los súbditos que pequen ! contra ella". Vid. SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. IV, p. 307.

<sup>37</sup> MARIANA, Juan, *La dignidad real y la educación del rey (De rege et regis institutiones)*, Centro de Estudios ! Constitucionales, Madrid, 1981, p. 106. !

<sup>38</sup> en palabras de Vázquez de Menchaca, "[...] si el príncipe abusase intolerablemente del supremo poder, ! pueden los mismos ciudadanos darle la muerte [...]". Vid. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, ! p. 196. Partiendo de Tomás de Aquino, autores aristotélicos, como Domingo de Soto, entienden, en este punto, que la resistencia violenta frente al tirano se modula en función de la legitimidad de origen de su poder. Si el príncipe que se aparta del bien común es desde un principio ilegítimo, cualquier ciudadano puede darle muerte en todo momento. Si era, en cambio, legítimo en su origen, solo está habilitado para darle muerte, actuando en legítima defensa, el concreto ciudadano al que el soberano ha agredido en su persona o sus bienes. Esta es la tesis que sigue el propio Vázquez de Menchaca. Juan de Mariana también parte de la misma distinción pero justifica en ambos casos que sea cualquier particular el que cometa el tiranicidio del soberano originalmente legítimo. Pero ha de tratarse de un último recurso. Vid. MARIANA, J., *La dignidad...cit.*, p. 76-80. En realidad, lo que hizo especialmente famoso a Mariana en este aspecto fue, más que su visión teórica, la justificación explícita del asesinato de Enrique IV de Francia con la que encabeza el examen de la cuestión del tiranicidio (*ibidem*, pp. 70-75).

despótico, el tirano pierde el consentimiento de la comunidad política que constituye el fundamento de su poder. Como dice Juan de Mariana: “[l]a potestad del príncipe es muy débil cuando pierde el respeto de sus vasallos”<sup>39</sup>. El pueblo, como “origen la potestad regia”, añade Mariana, “no solo tiene la facultad para llamar a derecho al rey, sino también para despojarle de la corona si se niega a corregir sus faltas”<sup>40</sup>. Como recurso extremo, “si fuera necesario y no hubiera otro modo posible para salvar la patria”, cabe la posibilidad de “matar al príncipe como enemigo público con la autoridad legítima del derecho de defensa”<sup>41</sup>.

Lo más habitual es, sin embargo, que el gobernante no llegue a ejercer un poder tiránico y se limite a hacer ocasionalmente, por sí mismo o a través de sus oficiales, un mal uso de las potestades que le han sido conferidas. Los autores de la escolástica española (en particular, Domingo de Soto, Luis de Molina y Fernando Vázquez de Menchaca) consideran que, en estos casos, los daños irrogados a los gobernados han de ser resarcidos. Este deber de restitución se materializa, según ellos, en dos ámbitos: la indemnización de los daños causados sin título legítimo, esto es, infligidos sin que medie una causa de utilidad colectiva -una razón desde el punto de vista del bien común- y el resarcimiento de los daños causados en incumplimiento de las obligaciones establecidas en las leyes, esto es, a través de un ejercicio desviado del poder.

En el primer caso, se parte del presupuesto de que el príncipe no es dueño a título particular de los bienes de sus súbditos. No es lícito, por tanto, que se apropie de los bienes de los ciudadanos, ni que los done o enajene a terceros, con la finalidad de satisfacer sus intereses personales. De dicho axioma se deriva que los daños que, con ese proceder ilícito, son causados por el príncipe o por sus agentes en los bienes de los gobernados están sujetos a restitución. El esfuerzo por deslindar el ámbito del interés propio (privado) del monarca del verdadero interés que atañe a toda la comunidad política es especialmente visible en la obra de Vázquez de Menchaca. Al afrontar los debates propios de su época, el autor castellano niega, por ejemplo, que los recursos que son entregados por los ciudadanos para la realización de las tareas públicas puedan ser invertidos en el pago del rescate del príncipe -si este se halla prisionero por razón de sus

---

<sup>39</sup> MARIANA, J., *La dignidad...cit.*, p. 71.

<sup>40</sup> MARIANA, J., *La dignidad...cit.*, p. 77.

<sup>41</sup> MARIANA, J., *La dignidad...cit.*, p. 80.

propias deudas<sup>42</sup> o en el sufragio de la dote de la hija del monarca<sup>43</sup>. En tales supuestos, el gobernante utiliza los bienes de los particulares en su propio interés personal y queda, por ello, obligado a restituir su importe con cargo a su propio patrimonio. El príncipe que se halla en situación de necesidad (personal) no tiene más habilitación para actuar sobre los bienes de los gobernados que la que alcanza a cualquier particular, sin que su cualidad de príncipe le otorgue ningún derecho adicional<sup>44</sup>. El daño causado sin amparo en la consecución del bien común resulta, por tanto, resarcible.

De otro lado, el soberano debe ejercer sus potestades públicas –utilizando los bienes que han sido entregados a tal efecto por los gobernados– cumpliendo las obligaciones que le han sido impuestas por las leyes. Los daños que derivan del incumplimiento de esas obligaciones también son indemnizables. Los autores de la escolástica española entienden, en este punto, que los gobernantes no son dueños a título personal de los bienes de las personas que están sujetas a su autoridad política y que no pueden, por tanto, disponer a su arbitrio de los recursos que obtienen de ellas para costear el ejercicio de las tareas de gobierno. Igual que quienes han aceptado un pacto privado, los monarcas quedan sujetos a las obligaciones fijadas en sus propias leyes –establecidas en utilidad de todos– y los súbditos están llamados a cumplir su parte del pacto entregando, en forma de tributo, una determinada porción de su riqueza individual. Los cargos y los oficios estatales han sido establecidos con la sola finalidad de prestar los servicios necesarios –como, por ejemplo, el de administrar justicia<sup>45</sup>. Los gobernantes no pueden, por tanto, administrar los bienes recibidos como si fueran propios, sino que deben destinarlos a remunerar adecuadamente el coste de estos servicios colectivos<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> De ese modo, “aunque dicho príncipe se viera encarcelado (por el Emperador, por ejemplo, a causa del cúmulo de sus deudas, sus súbditos, aun siendo ricos, no están obligados a libertarle y a satisfacer sus deudas a los acreedores [...]).” Vid. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, p. 180

<sup>43</sup> Vid. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, pp. 184 y 185

<sup>44</sup> “Más aun en el caso en que la necesidad sea extrema, no podrá el príncipe, por razón de la jurisdicción, vender los bienes de los ciudadanos con más derecho que otro particular cualquiera; otra cosa sería si atendemos al motivo de la natural unión y sociedad, y en tal caso no dudaría atribuir algún mayor derecho al príncipe que a los demás conciudadanos”. Vid. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, pp. 179-180. !

<sup>45</sup> Esta idea se asentaba, además, en las propias tradiciones castellanas sobre el origen del poder político, ! por lo que Soto afirmaba que esta concepción del poder la “proclama la voz del pueblo”. Vid. SOTO, Domingo, *De la Justicia y del Derecho*, libro III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, ! 1967-68, libro IV, p. 266. Basta observar el ideario con el que los rebeldes comuneros se opusieron a Carlos ! I para observar el choque cultural que se produjo entre dos tradiciones de pensamiento político-jurídico ! diversas, la castellana y la borgoñona. !

<sup>46</sup> Una reflexión que llevaba también al ámbito de los diezmos eclesiásticos, pues “si la Religión Cristiana ! no tuviera iglesias necesitadas, no podría nunca obligar a los fieles cristianos a ayudarlas con sus diezmos. !

El conimbricense Molina asimila ese vínculo bilateral entre los gobernantes y los gobernados a un contrato de arrendamiento de servicios. En esa relación sinalagmática, el cumplimiento de las obligaciones legales de los oficiales públicos es debidamente retribuido por los ciudadanos -conforme a la idea de justicia conmutativa-<sup>47</sup>. Para Molina, tanto el príncipe como los demás funcionarios tienen arrendados sus servicios “como si estuvieran contratados por la república para este fin”; por esta razón, cuando cumplen con su obligación lo hacen por justicia conmutativa “quedando obligados a resarcir los daños que se sigan del incumplimiento de sus obligaciones, lo mismo que cualesquiera otros particulares que arriendan sus servicios”<sup>48</sup>. La misma idea es defendida por Soto, para quien, siendo “las asignaciones públicas de los ministros de la justicia [...] bienes de la república, donde gobierna la república, y del rey, en donde hay reino; el rey debe a la nación, en virtud de la justicia conmutativa, ministros aptos a causa de los tributos con que contribuye, y tiene obligación de reparar los daños, si no se los proporciona”<sup>49</sup>. El incumplimiento de las obligaciones del soberano, establecidas en las leyes, se convierte, de este modo, en título de imputación del daño ocasionado al súbdito.

#### 2.4. El *dominio eminente* del príncipe: el problema de los daños sacrificiales

Como ya se ha dicho, dentro de la escolástica española se afirma el principio según el cual las autoridades públicas no son “dueñas” a título personal de los bienes privativos de los gobernados y, por tanto, no pueden apropiarse de ellos para satisfacer sus proyectos o ambiciones privadas pero ostentan, eso sí, un dominio superior que les permite servirse de tales objetos privativos para proveer lo necesario a efectos de

---

Esto mismo hemos de decir más delante de los tributos civiles, pues entre ellos y los sacerdotales no hay más diferencia que aquéllos son para remunerar a los administradores seculares de la justicia, y estos para atender a las funciones espirituales de las iglesias”. Vid. SOTO, D., *De la Justicia...cit.*, libro III, p. 252.

<sup>47</sup> De hecho, Covarrubias sostiene que el que defrauda los tributos queda sujeto a la obligación de restituir por razones de justicia conmutativa, ya que se trata de la retribución de los servicios que los gobernantes prestan. Pero esa restitución no es obligada cuando los tributos son injustos o no están orientados al cumplimiento de las tareas públicas. Vid. COVARRUBIAS, Diego, *Textos jurídico-políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 17 a 23.

<sup>48</sup> Vid. MOLINA, Luis, *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*, J. L. Cosano, Madrid, 1941, Vol. I, p. 181. Era así que para el desempeño de tales ministerios del Estado, necesarios para atender al bien común, habían de ser elegidos los más dignos de y capaces, de acuerdo con las reglas de la justicia distributiva, tras una adecuada selección de los méritos exigidos para atender el concreto cargo. Vid. SOTO, D., *De la Justicia...cit.*, libro III, p. 266 a 268. La tradición medieval llegaba, así, con los tardo-escolásticos españoles, a una nueva concepción del Derecho Público, en el que tanto los empleos y oficios que otorgaba el Estado como las cargas y obligaciones que imponía a los ciudadanos, dejaban de responder arbitrariamente a la voluntad personal del príncipe. Éste ni podía establecer los oficios sin razón de necesidad o utilidad para el bien común, ni podía “otorgarlos a quien le parezca” -ni vender “las magistraturas y puestos de los oficiales”-. Tampoco podía proceder a la exacción de los tributos a los ciudadanos si no era para atender a las funciones que, como administrador del bien común, tenía encomendadas.

<sup>49</sup> Vid. SOTO, Domingo, *De la Justicia...cit.*, libro III, p. 268.

alcanzar una utilidad colectiva, esto es, para satisfacer el bien común que fundamenta la existencia de la propia comunidad política.

El punto crucial es, en este caso, el descubrimiento de América y el planteamiento del estatus jurídico de los habitantes del Nuevo Mundo. Marcando un hito en la Historia de los derechos humanos, Francisco de Vitoria, en su *Relección sobre los indios*, afirma que el poder del soberano, debiéndose al bien común de la república, no comprende, en modo alguno, el dominio personal de los bienes de los súbditos -a los que, por tanto, no puede despojar de sus posesiones por su sola voluntad, ni siquiera cuando los afectados no profesan la religión que el príncipe considera verdadera<sup>50</sup>. Pero el poder público sí tiene el dominio superior de todos los bienes a los efectos de materializar el bien común<sup>51</sup>. La realización de ese bien exige a veces agredir los derechos de los individuos, de modo que el *dominium eminens* se traduce en la prerrogativa del príncipe para resolver en favor del bien común la colisión que puntualmente se produce entre el interés colectivo y un derecho individual<sup>52</sup>. Esto permite distinguir dos supuestos distintos de injerencia del poder en las titularidades privativas, el que está amparado en la consecución del bien común y el que carece de dicho amparo. Esto es, justamente, lo que permite distinguir el daño sacrificial (lícito) del daño no sacrificial (ilícito).

El poder público queda, en definitiva, sujeto a sus propias leyes y debe reparar los daños que derivan de su incumplimiento. No obstante, el soberano puede ocasionar otro tipo distinto de daño, amparado, este sí, en la necesidad de alcanzar el bien común y, en tal sentido, autorizado por la ley. Este es el problema específico del daño sacrificial.

Las potestades públicas de injerencia sacrificial en la esfera de derechos individuales son, con distintas resonancias teóricas, generalmente aceptadas. Los derechos naturales del individuo rigen como principio de partida (y en tal sentido son inderogables) pero las necesidades humanas pueden obligar a prescindir de ellos en

---

<sup>50</sup> "Ni el emperador ni ningún otro gobernante es de esta manera propietario. Tiranía turca es la del que ! gobierna como si fuese dueño de todos los bienes de los súbditos, de tal manera que pueda, a su arbitrio, ! apropiárselos para sí solo". Vid. SOTO, D., *De la Justicia...cit.*, libro IV, p. 301. El argumento fue tomado por ! Grocio. Vid. GROCIO, Hugo, *La libertad de los mares*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, ! pp. 72 y 73. Como señalaba el holandés "y aún ahora, aquel pretexto de someter por fuerza a las naciones ! para habituarlas a costumbres más humanas [...] es rechazado como ímprobo por todos los teólogos y sobre todo por los españoles" (*ibídem*, p. 73). !

<sup>51</sup> Vid. SPECHT, Reiner, "Die Spanische Spätscholastik im Kontext ihrer Zeit", en GRUNERT, Frank y SEELMANN, Kurt (eds.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 2001, p. 11. !

<sup>52</sup> Vid. MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, tomo I, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1982, pp. ! 39 y 40. !

casos determinados, siempre que resulte proporcionado a las exigencias del contexto. Los gobernantes tienen, por ello, un poder de dañar que trasciende la prevención, el castigo y el resarcimiento de los actos ilícitos, y que consiste en utilizar las cosas privativas de los gobernados en provecho del bien mayor desde el punto de vista colectivo. Un teólogo granadino, Francisco Suárez, realiza una elaboración teórica acabada del presupuesto y alcance de ese poder sacrificial que, en su opinión, convierte al soberano en administrador último de todos los bienes. Un jurisconsulto castellano, Fernando Vázquez de Menchaca, teoriza plenamente los requisitos atinentes al ejercicio de este poder que permite dañar, por razón del bien común, a quien no ha cometido ningún acto ilícito, introduciendo, también para este tipo de daños, el deber de indemnizar.

### III. DOS TEORÍAS DEL DAÑO SACRIFICIAL

#### 3.1. El problema del poder sacrificial del soberano: los límites de la especulación medieval

A partir del siglo XII, el desarrollo económico, el crecimiento de las ciudades y la consiguiente necesidad de establecer fortificaciones para protegerlas, determinó una mayor utilización de la expropiación de tierras que se encontraban en manos privadas. Fue en ese momento cuando empezó a sentirse la necesidad doctrinal de distinguir teóricamente entre el poder que tienen los magnates sobre los bienes de sus súbditos, en virtud de una relación de vasallaje basada en un dominio dividido, y el verdadero poder público (puramente jurisdiccional y no señorial), basado en la necesidad de atender, en representación de la comunidad política, al bien colectivo<sup>53</sup>. Aparece, así, por primera vez, en el seno del *ius commune*, un esfuerzo de delimitación jurídica del problema del sacrificio de bienes privados por parte del soberano<sup>54</sup>. No se trata de apropiaciones de bienes basadas en relaciones dominicales complejas, de signo feudal e indicativas, en esencia, de una relación jurídica clientelar, ni tampoco de confiscaciones derivadas del castigo de actos ilícitos. Se trata de determinar hasta dónde puede llegar el poder del

---

<sup>53</sup> Vid. REYNOLDS, Susan, *Before Eminent Domain. Towards a History of Expropriation of Land for the Common Good*, The University of North Carolina Press, 2010, pp.18-19.

<sup>54</sup> Lo que no significa que no hubiera manifestaciones prácticas anteriores del instituto expropiatorio sino que, como parece pacífico en la historiografía, a pesar de las múltiples discrepancias en otros aspectos, sólo puede hablarse de una auténtica doctrina jurídica sobre la expropiación forzosa a partir del *ius commune*. Vid. GARCÍA MARTÍN, Javier, “*Auferre rem privati* o título versus *potestas*. La expropiación en los juristas castellanos del *ius commune*”, en DE DIOS, S., INFANTE, J., ROBLEDO R. y TORIJANO, E. (Coords.), *Historia de la Propiedad. La expropiación*, Ediciones Universidad de Salamanca, pág. 2010, p. 106.

soberano, en cuanto “puro” príncipe (esto es, al margen de las concretas relaciones de vasallaje) en utilidad del colectivo.

Lo cierto es, sin embargo, que los juristas medievales sólo pusieron el acento en que estas apropiaciones de tierras, fundadas en el puro ejercicio del poder soberano, estuvieran basadas en una “justa causa” o en una “utilidad pública”, en cuanto actos de gobierno considerados contrarios, en principio, al Derecho Natural<sup>55</sup>. Más allá del esfuerzo teórico de los juristas, la única constancia práctica de una preocupación de las autoridades públicas medievales sobre la eventual procedencia de una indemnización se refirió, normalmente, a casos en los que el expropiado gozaba de un estatus social privilegiado, lo que era especialmente visible cuando se trataba de la expropiación de bienes eclesiásticos. La indemnización del despojo era, en suma, una práctica ocasional, desprovista de un fundamento jurídico explícito y ligada, a lo sumo, al estatus social del expropiado, conforme a una noción *transpersonalista* de la dignidad (puesto que era dicho estatus, y no la simple condición de persona, lo determinante para reconocer un precio indemnizatorio)<sup>56</sup>.

La misma preocupación por la “privación” de derechos se había producido en el debate jurídico eclesiástico. Los poderes locales, reticentes ante los privilegios que el Papa concedía a las nuevas órdenes monásticas -permitiendo que predicaran en todo el territorio de la Iglesia en detrimento de los obispos y párrocos tradicionalmente asentados en sus respectivas circunscripciones- habían afirmado que el pontífice solo podía privar de sus “derechos” a sus subordinados en casos excepcionales, en los que esa privación resultara necesaria para alcanzar el bien común de la Iglesia<sup>57</sup>. En este ámbito, en el que no tenía cabida plantear siquiera el problema indemnizatorio, el bien común también había sido considerado título válido para el sacrificio de derechos.

Nuevamente, la plena teorización de este problema se produce en la temprana Edad Moderna, en el seno de la escolástica española.

---

<sup>55</sup> Expresivos de la llamada “potestad absoluta” del príncipe. Vid. REYNOLDS. S., *Before...cit.*, pp. 86-89. La tesis de Reynolds, según la cual nadie habló, hasta la Edad Moderna, de la necesidad de indemnizar porque se daba “por descontada” resulta muy poco convincente. Y los ejemplos que la propia autora recopila en su obra parecen abonar, más bien, la tesis contraria. En cualquier caso, hay que señalar que esta referencia de las fuentes del *ius commune* a la causa o utilidad pública es más bien apodíctica, pues el centro de su interés no reside tanto en el “título” que invoca el príncipe como en el tipo de potestad que ejerce. Vid. GARCÍA MARTÍN, J. “*Auferre...*”, *cit.*, p. 106.

<sup>56</sup> Vid. REYNOLDS, S., *Before...cit.*, pp. 40- 41.

<sup>57</sup> Vid. TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150-162*, William B. Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan/Cambridge, U.K., 1997, p. 38.

### 3.2. Las dos formas de bien común y el poder de injerencia sacrificial: el pensamiento de Francisco Suárez

#### 3.2.1. La conexión entre la doctrina política del bien común y el poder sacrificial del soberano. La obra de Francisco Suárez

La creciente preocupación de los juristas por la existencia de una justa causa en la expropiación de bienes y la especulación teórica sobre el fundamento del poder político tienen una evidente convergencia. Es quizá el pensamiento de Francisco Suárez el que refleja, con mayor claridad, la particular concepción (originaria) del poder político que conduce a la aceptación del daño sacrificial. Su *Tratado sobre las leyes* (1612) sintetiza magistralmente las ideas políticas de sus predecesores, constituyendo, en este punto, la verdadera culminación intelectual del pensamiento político de corte constitucional que se construye entre los siglos XII y XVII.

En la segunda escolástica española, los teólogos anteriores a Suárez habían estado centrados en el estudio de las instituciones del Derecho Privado, pues eso parecía lo apropiado en un contexto en el que los fundamentos del orden político no estaban aún en entredicho. Durante el siglo XVI, la idea de una Cristiandad unida, que procedía de la visión integradora del *ordo medievalis*, todavía se consideraba dominante. El soberano de cada territorio era el depositario de una pequeña porción de un poder que le sobrepasaba, un poder disperso orgánicamente en distintas instituciones que obedecían, en última instancia, al mismo fundamento. El monarca era, antes que otra cosa, la máxima instancia judicial de un territorio y debía atender, para ejercer su jurisdicción, a las fuentes comunes de un ordenamiento que le trascendía<sup>58</sup>. Lo propio de ese contexto era, justamente, estudiar las fuentes jurídicas romanas que aportaban las soluciones que, como expresión de la razón natural, podían considerarse vinculantes para todos.

El siglo XVII representa el hundimiento definitivo de ese orden político, que había sido levantado en la Edad Media sobre los ecos del viejo Imperio Romano. Europa se apresta a liquidar definitivamente la vieja idea medieval de una Cristiandad unida, de un cuerpo político que dé sentido de conjunto a todos los poderes temporales y

---

<sup>58</sup> Como señalaba Otto Mayer, al narrar el “derecho de supremacía” de los príncipes como primera fase de formación del Derecho Administrativo, que las prerrogativas del príncipe son fundamentalmente judiciales y “no le pertenecen más que para el bien público; a este respecto el príncipe es, en primera línea, el guardián del derecho común de su patria; él está encargado en su calidad de ‘gran juez’, de proteger y mantener los derechos de sus súbditos en todo lugar y momento donde los halle. Esta función judicial le obliga de tal manera en su situación pública, que ninguno de los otros derechos que esta posición le otorga debe llevarlo a la destrucción de un objeto cuya custodia aquélla le impone”. Vid. MAYER, O., *Derecho...cit.*, p. 39.

espirituales. El sistema político en ciernes se compone, en cambio, de Estados nacionales independientes gobernados por soberanos dotados de un poder que tiene carácter absoluto en su respectivo territorio. La Paz de Westafalia (1648) sentará las bases de ese nuevo orden que, de una u otra forma, será el que perdure hasta las revoluciones burguesas. En la época de tránsito político que constituye la primera mitad del siglo XVII, el Derecho Privado pasa a segundo plano. Se impone, en su lugar, un estudio profundo del Derecho Público, que, partiendo del fundamento del poder, establezca más claramente las potestades que lo caracterizan, singularmente la de dictar leyes. La obra de Suárez trata de adaptarse, así, a las exigencias de ese nuevo entorno, en el que el viejo orden declina para dar paso a un nuevo tiempo. Trata de dar al conjunto de tradiciones políticas medievales una forma sistemática acabada que sea, además, compatible con el nuevo modelo de poder político centralizado.

La explicación de la visión suareciana del poder sacrificial del soberano requiere, por ello, una exposición completa de su visión política.

### *3.2.2. La democracia como forma originaria de gobierno. El contrato de mandato entre gobernantes y gobernados*

La idea de que el bien común es el fundamento del ejercicio del poder político es explicada en la primera Modernidad, según se ha visto, a través de una construcción teórica de corte contractualista. El príncipe ha recibido su poder de la comunidad política, que se lo ha encomendado en virtud de un contrato de mandato<sup>59</sup>. Por dicho contrato, el gobernante se compromete a ejercer el poder recibido de acuerdo con determinadas condiciones, entre ellas la de gobernar los asuntos públicos en atención exclusiva al bien común.

Esta forma de pensar llega a su formulación más perfecta en la obra de Francisco Suárez, que, oponiéndose a la monarquía de derecho divino reivindicada por Jacobo I de Inglaterra, sostiene en su *Defensio Fidei* (1613) que, entre los distintos sistemas políticos esbozados por Aristóteles, la democracia puede considerarse la forma de gobierno “natural”. El gobierno corresponde originariamente a todos los que han decidido constituir la comunidad política en el ejercicio de su libertad individual. “La razón es manifiesta: en virtud de la razón natural no puede idearse ningún motivo por el cual ese poder deba recaer en una persona más que en otra, o en cierto número de personas inferior a toda la comunidad más que en otro; luego la virtud de la concesión

---

<sup>59</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, F., *La ley...cit.*, p. 158.

natural sólo se halla en toda la comunidad”<sup>60</sup>. El presupuesto de la forma democrática de gobierno, como sistema político originario de toda comunidad política, es, así, el principio metafísico de la igualdad natural de todos los seres humanos, asumido, frente al transpersonalismo antiguo, por la religión cristiana.

Esa primera forma de gobierno puede, no obstante, ser alterada si el cuerpo político decide establecer una relación de sujeción con un concreto individuo, que sea designado monarca<sup>61</sup>. Pero la constitución de ese gobierno monárquico requiere una institución positiva humana que altere la forma (originaria) de gobierno democrático. Con ello, Suárez niega completamente la existencia de una monarquía “de derecho divino”, impuesta directamente por Dios como forma de gobierno<sup>62</sup>. Si existe una *lex regia* no es porque provenga de un precepto divino sino porque así se ha establecido mediante un pacto político. Hay, pues, un acto de transferencia del poder de la comunidad política originaria, necesariamente democrática, al príncipe, condicionado a que este último se sujete, en el ejercicio de sus potestades, a los fines marcados por el contrato o pacto suscrito, que le obligan a perseguir el bien común. En todo caso, siendo el poder del príncipe un reflejo del que originariamente pertenece a la comunidad, esta siempre puede cambiar los términos del mandato<sup>63</sup>. Como afirma categóricamente Suárez en su *Tratado sobre las Leyes* (1612) la potestad de gobierno no se constituye “[...] para beneficio del príncipe, sino del bien común de aquellos que la confirieron; de ahí que los reyes se denominen ministros de la comunidad [...]. Han de usar, por tanto, ese poder en bien de la comunidad, de la cual y para la cual la han recibido”<sup>64</sup>. La ley, en consecuencia, ha de darse “para el bien común del propio pueblo”<sup>65</sup>.

### 3.2.3. El poder del soberano

<sup>60</sup> Vid. SUÁREZ, F., *Defensa...cit.*, p. 219.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>62</sup> En este sentido, como señala Jellinek, debe distinguirse las doctrinas que tratan de justificar un concreto Estado por su relación con la divinidad de aquellas otras, como la de la escolástica tardía, que sitúan a la divinidad como origen último o causa remota de todo poder, que, sin embargo, no es el principio o causa próxima que explica su concreta configuración. Sólo las primeras son teorías teológicas sobre el fundamento divino de un concreto poder. No es sólo éste el caso de la monarquía de Derecho divino sino también, durante la Restauración, del legitimismo francés, o la teoría del Estado de Stahl, o, en general, todas las teorías conservadoras que pretende sostener que sólo el Estado históricamente conformado en torno a la figura del rey tiene legitimación divina. Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, pp. 267 y 268. Frente a este tipo de teorías, siempre es suficiente acudir a la mordaz crítica de Rousseau: “Todo poder procede de Dios, lo confieso, pero toda enfermedad proviene igualmente de Él ¿Significa esto que esté prohibido llamar al médico?”. Vid. ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, Taurus, Barcelona, 2012, p. 12.

<sup>63</sup> CARPINTERO, F., *La ley...cit.*, pp. 207 y 208.

<sup>64</sup> SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. I, p. 133.

<sup>65</sup> SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.* Vol. I, p. 134.

Siendo el bien común el fin que justifica la constitución del poder político, es indispensable que dicho poder disponga de medios y conocimientos mayores que los que están al alcance de los individuos. En realidad, como antes se ha señalado, todo el proceso de asociación política descansa en ese pensamiento de fondo, pues si los hombres se unen los unos a los otros es justamente con la finalidad de superar su posición originaria de debilidad, adquiriendo una fortaleza conjunta que, de otro modo, les resultaría inasequible. Son los medios y conocimientos que todos ellos ponen al servicio del colectivo los que permiten alcanzar un poder superior al estrictamente individual. Entre esos medios al servicio del progreso común, se sitúan, en la visión de Suárez, los bienes privativos de los ciudadanos, que, estando sujetos, de ordinario, al dominio exclusivo de su propietario, quedan, no obstante, supeditados a la consecución de un mayor grado de riqueza. Esto habilita al soberano a realizar con dichos bienes operaciones de justicia distributiva, incluso de forma coactiva. Se afirma, así, la existencia de un poder sacrificial (en función de un dominio superior o eminente) que puede llevar a la autoridad pública a dañar lícita y deliberadamente a determinados ciudadanos para favorecer al colectivo en su conjunto.

Suárez se inspira en Aristóteles para establecer las bases de la constitución del poder político sobre la idea de la "sociabilidad" del ser humano. Este "es un animal social y tiende natural y justamente a vivir en comunidad"<sup>66</sup>. Teje, por ello, en un primer momento, una red clientelar en torno a la familia para constituir, más tarde, la primera comunidad política "perfecta" (autónoma) en el ámbito de la ciudad<sup>67</sup>. Posteriormente, los núcleos políticos urbanos forman Estados o Reinos de mayor tamaño para lograr metas colectivas que tienen una envergadura superior<sup>68</sup>. El fin de esta comunidad política "perfecta" no es sólo asegurar la paz. A través de la asociación política, los seres humanos tratan de proveerse de medios y conocimientos cada vez más amplios. "La

---

<sup>66</sup> SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. V, p. 8. !

<sup>67</sup> Siguiendo el modelo aristotélico, la escolástica tardía entiende que la comunidad política perfecta es la "autosuficiente", esto es, aquella que no depende de otra y es capaz, por tanto, de gobernarse por sí misma. De ahí que dentro de ella pueda existir un poder supremo, que no responde ante otro superior. ! Vid. CASTAÑO, Sergio Raúl, "La *Summa Potestas* como *Superiorem non recognocens* en el plano temporal. ! La cuestión en Francisco de Vitoria y en su entorno doctrinal y epocal inmediato", en CRUZ CRUZ, Juan (ed), *Ley y dominio en Francisco de Vitoria*, Euns, Pamplona, 2008, pp. 107-117. !

<sup>68</sup> Según explica Suárez, surge primero una "comunidad humana imperfecta" a través de la familia. A la sociedad familiar, la más natural y primera en constituirse, se suma de inmediato "alguna forma de unión basada en relaciones de servidumbre o servicio y señorío, puesto que, moralmente hablando, los hombres ! necesitan de la ayuda y servicio de otros hombres". Sin embargo "tal comunidad no se basta a sí misma [...]. De ahí que, por la naturaleza misma de las cosas, sea además necesaria, entre los seres humanos, una comunidad política que constituya, al menos, una Ciudad-Estado y esté formada de varias familias". ! SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. V, p. 9 !

razón [por la que se crea la comunidad política ‘perfecta’] es que ninguna familia puede reunir dentro de sí todos *los medios y servicios necesarios* para el desarrollo de la vida humana. En mucho menos grado podrá bastarse a sí mismo para alcanzar el *conocimiento* de todo cuanto es necesario saber”<sup>69</sup>. La posterior constitución de Estados o Reinos que superan los primeros núcleos políticos urbanos obedece a ese mismo fundamento, ya que “[e]sta forma de sociedad es también muy conveniente a los hombres, al menos en orden a un mayor progreso. Las razones son las mismas en la medida en que son aplicables, aun cuando el grado de necesidad no sea completamente igual”<sup>70</sup>. Se trata, por tanto, en ambos casos (ciudades y estados) de adquirir medios y conocimientos mayores para afrontar empresas más ambiciosas que puedan redundar en beneficio de todos.

De la naturalidad del proceso de constitución de la comunidad política se deriva que la capacidad de coacción del Estado no resulta de la transferencia de un poder coactivo preexistente que el Derecho Natural ponía en manos de los particulares –sea como sujetos aislados o como mera agregación (no organizada) de personas-. Al contrario, es un poder que surge de la propia constitución de la comunidad política y que se caracteriza, precisamente, por ser superior al que el individuo puede alcanzar aisladamente. Suárez afirma categóricamente, en franco contraste con el personalismo radical posterior, que “[e]l poder existe en los hombres [...]; pero no existe en cada uno de los individuos, ni en ninguno concreto [...]. Luego radica en la comunidad [...]”<sup>71</sup>. El poder coactivo de los gobernantes no solo sirve, por tanto, para proteger a los ciudadanos frente a la agresión ajena sino también para vencer la oposición individual a la realización de las empresas necesarias para satisfacer el bien común, evitando el bloqueo de iniciativas o proyectos que son imprescindibles para el progreso colectivo. Según Suárez, “[l]a razón es clara. Cada miembro en particular busca su propio interés particular, que en muchas ocasiones va en contra del bien común. Sucede también frecuentemente que hay muchas cosas necesarias para el bien común que no interesan tanto a los individuos particulares o que, aunque a veces les interesan, no las buscan por ser comunes sino por propia conveniencia. Por consiguiente, en una comunidad perfecta, o autónoma, es necesario un poder público cuya función específica sea buscar

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 9. !

<sup>70</sup> VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, p. 196. !

<sup>71</sup> SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. IV, p. 152. !

y procurar el bien común”, imponiéndolo, si es necesario, sobre los intereses individuales<sup>72</sup>.

3.2.4. *El poder sacrificial: el soberano como supremo administrador de todos los bienes*

Entre las facultades inherentes a ese poder coactivo público está la administración de todos los bienes existentes en virtud de un dominio superior que permite ejercer la justicia distributiva en relación con ellos. De ese modo, “tanto el soberano como el Estado tienen no solo el propio poder de jurisdicción para mandar y castigar sino también la potestad de *supremo distribuidor y administrador de los bienes del pueblo [...]*”. Por ello “transmitir la propiedad, no permitirla y cosas parecidas son funciones propias de la administración de los bienes y del poder de soberanía que, decimos, radica en la comunidad. El soberano ejerce formalmente ese poder de soberanía cuando mediante la prescripción determina que uno adquiera la propiedad en virtud de su poder y voluntad soberana, lo cual en verdad no es propiamente mandar, sino actuar [gestionar], y, como quien dice, donar [transmitir o distribuir]”<sup>73</sup>.

Suárez reconoce que el ejercicio del poder de administración superior de todos los bienes privados puede irrogar perjuicios a determinadas personas, pero entiende que esa consecuencia ha de ser aceptada como necesaria si el daño singularmente causado redundará en una verdadera utilidad colectiva. Se afirma, así, la viabilidad del daño sacrificial en función de su necesidad para el bien común. El teólogo granadino afirma que, aunque las leyes, en general, deben dictarse para procurar el bien común, semejante propósito puede cumplirse a través de disposiciones que, en apariencia, solo están orientadas a satisfacer un interés particular, sea porque benefician directamente a un grupo reducido de personas o porque van en perjuicio o daño inmediato de otros individuos. Suárez sostiene que la explicación se encuentra en que existen dos formas de alcanzar el bien común, ya que en las leyes, igual que en los actos humanos, “cabe diferenciar el objeto inmediato sobre el que versan, del motivo o razón última que persiguen”. Hay, así, leyes que tienen como “objeto inmediato” el “bien común en sí mismo” pero hay otras en las que tal objeto es “el bien particular y el común se alcanza sólo de forma indirecta”. Estamos, en este último caso, ante un “bien que sólo es común de una manera secundaria y en cuanto redundará, por así decir [en beneficio de la

---

<sup>72</sup> SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. V, p. 11. !

<sup>73</sup> “Sin embargo, lo lleva a cabo mediante un precepto, dada la conveniencia de que sea una ley la que fije ! la forma de adquirir la propiedad y que, una vez adquirida, sea firme e intangible”. SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. II, p. 123. !

comunidad]. Pero directamente se trata de un bien particular, pues está destinado al dominio de una persona privada y se ordena de modo inmediato a su bienestar”<sup>74</sup>. En ambos casos “en todo momento, la razón final de la ley es el bien común, meta, por consiguiente, a la que siempre debe tender primordialmente”<sup>75</sup>.

Existiendo esas dos formas de alcanzar el bien común, la autoridad pública puede realizar, a su vez, dos tipos de operación sacrificial. Puede disponer, en primer lugar, de las cosas privativas para obtener de forma inmediata el bien “que es esencialmente común porque a nadie en particular pertenece sino a toda la comunidad”, ya que “ocurre con frecuencia que lo que es, al parecer, útil para la comunidad resulta gravoso y perjudicial para muchas personas particulares”<sup>76</sup>. Puede adoptar asimismo, en el ejercicio del dominio superior de todos los bienes, medidas que, *prima facie*, favorecen a determinados individuos y perjudican a otros, siempre que el efecto final conjunto sea el de aumentar el grado de bienestar colectivo. En tales casos, la actuación del poder público está justificada, pues es adecuada a su fin y fundamento. Hay, en definitiva, unos sacrificios que se imponen en utilidad directa del colectivo y otros que satisfacen el bien común de una manera indirecta, favoreciendo determinados intereses particulares.

Desde esa óptica, Suárez no encuentra problema alguno en justificar los “privilegios” establecidos en beneficio de algunos ciudadanos o en admitir que haya medidas públicas directamente encaminadas a perjudicar a determinados súbditos. En el primer caso, afirma que “en lo que atañe al bien común no existe inconveniente en que el privilegio sea ley, pues, aunque su objeto inmediato sea el bien particular de alguna familia, casa o persona [...] sin embargo, desde un punto de vista formal, debe buscar también el bien común [...]. Porque aquel bien que el privilegio proporciona podrá ser privativo de algunas personas pero de forma que redunde en un bien general”<sup>77</sup>. En el segundo caso, considera Suárez que la ley dictada para causar algún perjuicio individual no es injusta, incluso si el legislador actúa guiado, en última instancia, por odio personal, “si por lo demás esa misma ley es necesaria para el bien común” (evaluándose, pues, su efecto final objetivo)<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. I, p. 135.

<sup>75</sup> SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. I, p. 136.

<sup>76</sup> SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. I, p. 135.

<sup>77</sup> SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. I, pp. 140 y 14.

<sup>78</sup> SUÁREZ, F., *De Legibus...cit.*, vol. I, p. 144.

Eso sí, al utilizar los bienes de los particulares para generar una riqueza mayor, el poder público ha de tratar de evitar que los ciudadanos sufran perjuicios excesivos<sup>79</sup>. Por ello, Suárez hace una advertencia al legislador: debe fijar excepciones cuando el daño que impone a algunos ciudadanos resulta desproporcionado. Ahora bien ¿qué ocurre cuando el legislador no ha previsto tales excepciones, quizá porque éstas no resultan siquiera razonablemente previsibles? ¿Qué ocurre con aquellos que sufren daños relevantes en beneficio (directo o indirecto) de la comunidad? Esta cuestión no era, sin embargo, del interés de Suárez, autor que, influido por el nominalismo, había asumido, como era ya tónica en el siglo XVII, el tránsito de la noción de justicia a la idea de las “leyes” como puros mandatos impuestos por una autoridad externa. Si el mandato legal imponía la causación del daño por razón del bien común, dicho daño estaba justificado; nada más tenía que indagarse. Y si ese daño era impuesto por las leyes, debía ser compatible con la ley natural, que, de acuerdo con el nuevo paradigma metafísico seguido por Suárez, debía entenderse como algo inmutable y, por tanto, inderogable. Si el daño había de reputarse compatible con la ley natural era, a su vez, porque dicha ley suprema contenía, en su formulación íntegra, una referencia expresa a esa excepción. El normativismo suareciano no podía admitir que la ley aplicable debiera ser desplazada por las exigencias del contexto. Si la norma no era de aplicación al caso era por efecto de una excepción prevista en ella o en otra superior. De ahí que el legislador debiera incluir expresamente en sus leyes los casos particulares en los que el daño sacrificial resultaba desproporcionado.

Afortunadamente, un pensador anterior, adscrito al nominalismo, no tenía este escrúpulo normativista y formuló una teoría del poder sacrificial, menos sofisticada que la de Suárez en lo relativo a la identificación de su presupuesto (la causa de bien común), pero más aguda en lo que se refiere al respeto de la igualdad de todos los miembros de la comunidad política (aportando, en este punto, mucho más que una apelación a la omniscencia legislativa para la previsión de excepciones). Se trata de Fernando Vázquez de Menchaca<sup>80</sup>.

### **3.3. El salto argumentativo de Fernando Vázquez de Menchaca**

#### *3.3.1. Los dos requisitos legitimadores del poder sacrificial*

---

<sup>79</sup> Sigue Suárez: “y, de otro, porque por el mismo hecho de que cada persona es parte de la comunidad el bien de uno que no representa un daño de otros, representa un beneficio para la comunidad”.

<sup>80</sup> Aunque la procedencia de la indemnización ya había sido defendida, con base en la costumbre, por Covarrubias y Luis de Molina. Vid. GARCÍA MARTÍN, J. “*Auferre...*” *cit.*, p. 167.

Como acaba de anticiparse, es Fernando Vázquez de Menchaca quien realiza un verdadero salto argumental en la especulación doctrinal sobre el ejercicio de poderes sacrificiales. Fue él el primero que no se limitó a teorizar sobre el presupuesto legitimador del sacrificio (la existencia de una causa fundada en el bien común). A él le preocupaban especialmente las consecuencias arbitrarias que el ejercicio de ese tipo de poder podía ocasionar si todo el peso del bien común se cargaba en los hombros de unos pocos miembros de la comunidad política.

Ya en la disertación introductoria de su *Controversiarum Illustrum*, al tratar la enajenación de concretas villas o pueblos por parte del soberano, este autor anticipa el principio conforme al cual las necesidades y utilidades públicas, por ser de toda la comunidad, han de ser distribuidas equitativamente entre todos los ciudadanos<sup>81</sup>. Son, según señala, todos los miembros del colectivo los que han de distribuirse equitativamente las cargas y necesidades públicas, de modo que, si alguno de ellos sufre un daño privativo en utilidad de los demás, el perjuicio ha de ser compensado a través de una “justa recompensa” que permita revertirlo al patrimonio de todo el colectivo<sup>82</sup>. Más tarde, al tratar, específicamente, “la cuestión de cuándo o príncipe o ciudad libre puede para utilidad pública despojar de sus bienes a uno o a ciertos ciudadanos”<sup>83</sup>, Vázquez de Menchaca afirma categóricamente que el despojo de los bienes privativos de los súbditos solo puede realizarse cumpliendo dos requisitos: (i) que la actuación esté amparada en una causa de utilidad pública, y (ii) que se otorgue al afectado la justa indemnización, para que aquello que ha redundado en provecho común sea sufragado por todos<sup>84</sup>.

La justificación de los dos requisitos aludidos es categórica y no se modifica en función de las clásicas distinciones medievales entre diferentes grados de potestad

---

<sup>81</sup> Esta disertación inicial va dedicada a exponer a Felipe II cómo, en el Concilio de Trento, el propio autor defendió que fuese suprimida la preferencia en la exposición de sus tesis que se había conferido a los doctores de la nación francesa frente a los de la nación española, y fuese sustituida por un criterio justo: que cada doctor hablase en función de su antigüedad en la obtención de esa dignidad. En relación con esta vivencia, expone pormenorizadamente las razones de justicia en las que descansaba esta reivindicación, anticipando muchos de las cuestiones y argumentos que serán tratados después en otros puntos de la obra.

<sup>82</sup> VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, p. 28.

<sup>83</sup> VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, pp. 156-166.

<sup>84</sup> Insiste más tarde Vázquez de Menchaca en que “tal príncipe revestido del mero [puro] y simple derecho de príncipe, solamente puede despojar de sus bienes a un ciudadano o súbdito suyo, cuando concurren estas dos circunstancias y en ningún otro caso: primero cuando lo exija alguna utilidad o necesidad pública y segundo si se le otorga además una debida y proporcionada recompensa según lo exigen los derechos y motivos expuestos”. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, p. 166.

regia<sup>85</sup>. Vázquez de Menchaca parte, al igual que la mayoría de los autores de su época, del presupuesto según el cual la situación originaria de los hombres era la propiedad colectiva. En su opinión, una vez instituida la propiedad privada, el soberano sólo recibió poder sobre los bienes privativos “para remediar aquellas necesidades y para exclusiva utilidad de los ciudadanos”<sup>86</sup>. Desde ese fundamento, ha de aceptarse la posibilidad de que esos bienes privativos sean utilizados por el príncipe para atender a la necesidad pública, pero ha de mediar una justa compensación. Según afirma el autor: “[l]a razón de la anterior conclusión es que *en tiempo de necesidad todas las cosas son comunes* y así quien escogió vivir vida social, popular y civil, por el mismo hecho parece someterse a esta ley, que debe anteponer la utilidad pública a los bienes particulares, y por eso si la utilidad o necesidad de la república lo reclaman debe ayudar con sus bienes y ponerlos a su disposición”. Pero este acto de desposesión debe tener, como contrapartida, la justa compensación del sacrificio impuesto. La razón última de este deber de compensar es un precepto de derecho natural, según el cual “el que disfruta de los beneficios de un objeto debe también soportar los daños y quebrantos que este experimente. Por tanto, si el despojarme a mí de un bien propio redundó en provecho de todos, es muy justo y muy conforme al derecho natural que entre todos se me restituya su valor (quitando la parte proporcional que a mí me correspondía pagar)”<sup>87</sup>.

Vázquez de Menchaca observa que la indemnización del sacrificio singularmente impuesto opera como una reversión de su coste a la propia comunidad política, conforme a las reglas de solidaridad (justicia distributiva) que han sido predeterminadas para afrontar las cargas o necesidades comunes, lo que dependerá de la riqueza de cada cual<sup>88</sup>. De este modo, la indemnización del sacrificio singular se concibe como una forma de equidistribución indirecta, por remisión a las reglas de solidaridad fijadas en el sistema tributario. Por ello, la indemnización ha de cubrir todo aquello que excede de la parte alícuota que al afectado corresponde como miembro de la sociedad, debiendo ser,

---

<sup>85</sup> “Ni aun en virtud de la plenitud de poder, le será lícito al príncipe el dejar de concederme una compensación proporcionada; puesto que la república está obligada a otorgar esta compensación como consta por las razones aducidas”. Vid. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, p. 268.

<sup>86</sup> Vid. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, p. 146.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> En cuanto al alcance de la compensación, afirma Vázquez de Menchaca (*ibidem*, p. 181) que, siendo cierto que “debemos contribuir con nuestros bienes cuando lo reclaman las necesidades de la patria, sin embargo, por ser muy conforme a derecho natural, que el bienestar público y las necesidades y peligros comunes se remedien con los tributos, privaciones y peligro no de alguno que otro ciudadano sino de todos ellos en general, por esa razón la república debe ofrecer una proporcionada y conveniente compensación a quien hizo entrega de algún bien suyo para aliviar y remediar la necesidad pública, quitada la parte proporcional que como uno de los miembros del pueblo debía aportar”.

hasta alcanzar dicho importe, una compensación íntegra<sup>89</sup>. La clave está en evitar que “*a costa del perjuicio de unos pocos los restantes queden inmunes*”, pues el ejercicio del poder público rectamente orientado al bien común exige que “*a todos se les proteja por igual*”<sup>90</sup>. Si, en el momento en que el despojo se hace necesario, el príncipe no puede aún sufragar el importe de la compensación, la operación sacrificial ha de verificarse, ya que el bien común prevalece, pero la justa recompensa ha de otorgarse al sacrificado tan pronto como sea posible<sup>91</sup>.

### 3.3.2 *El sustrato de las tesis de Vázquez de Menchaca: la derogabilidad singular del Derecho Natural y la indemnizabilidad del daño sacrificial*

De acuerdo con las tesis de Vázquez de Menchaca, en el estado originario de libertad natural, previo a la constitución del poder político, rige la prohibición de agredir los derechos de los individuos. Sin embargo, quien decide voluntariamente incorporarse a la comunidad política pone sus bienes al servicio de las necesidades colectivas y asume, con ello, que el gobernante puede arrebatárselos sin su consentimiento. Vázquez de Menchaca afirma, no obstante, que no basta, para legitimar esta operación sacrificial, con que concurra el requisito tradicionalmente admitido por los juristas medievales (la justa causa desde el punto de vista del bien común, que es la razón por la que se constituye la comunidad política). Es necesaria, además, la equidistribución del daño, lo que se consigue con una indemnización que pagan los que se ven beneficiados a los que se ven singularmente perjudicados. Este segundo requisito descansa en otra regla de Derecho Natural que no ha desaparecido al constituirse el poder público: la igualdad de todos los miembros de la comunidad política.

---

<sup>89</sup> “[L]a república debe dar y remunerar al ciudadano todo el valor de lo entregado por éste, si puede hacerlo y si n por lo menos en la parte que sea posible; y si ni aun en parte puede recompensarle, entonces ninguna obligación hay a las cosas imposibles. Con todo, tanto en el caso de no haberle otorgado compensación alguna, como en el de habérsele concedido insuficiente, es justo que tan pronto como logre alcanzar la república un estado más floreciente en sus bienes, supla la parte que faltaba por recompensar”. Vid. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, p. 167.

<sup>90</sup> Vid. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, p. 29. A estos dos ejemplos, añade, finalmente, el jurista castellano que el príncipe no puede condonar los daños causados en período de paz por uno de sus súbditos con la excusa de que también se perdonan (mutuamente) los causados en la guerra. A diferencia de estos últimos “los daños causados en tiempo de paz no puede perdonarlos sino otorgando compensación al perjudicado”. *Ibidem*, p.153.

<sup>91</sup> Esto es aplicable tanto en el caso de no haberse otorgado compensación alguna, como en el de haberse concedido una compensación insuficiente. En ambos casos, es justo, para Vázquez de Menchaca, que tan pronto como logre alcanzar la república un estado más floreciente en sus bienes, supla la parte que faltaba por recompensar”. Vid. VÁZQUEZ DE MENCHACA, F., *Controversiarum...cit.*, p. 167. La visión del autor castellano hace primar, por tanto, la urgencia de realizar el bien común, de modo que la indemnización puede postergarse. El Estado liberal modificó, como se verá, este elemento de la teoría originaria al exigir, en beneficio de los propietarios, una indemnización previa.

El primero de los elementos que sirven de sustento a la tesis de Vázquez de Menchaca, la posibilidad de que la comunidad política actúe coactivamente en contradicción con la libertad natural originaria, está relacionado con la visión del contrato social propia de los nominales. La derogabilidad singular de este Derecho Natural originario, basado en la libertad, era, en cualquier caso, un viejo tópico jurídico medieval que un jurisconsulto como Vázquez de Menchaca no necesitaba explicar con argumentos de índole filosófica. Los juristas medievales habían observado, en efecto, que algunas reglas universales, impuestas por el Derecho Natural, como la de no matar o no robar, tenían reconocidas excepciones que las convertían puntualmente en actos lícitos. Por ello, de acuerdo con su espíritu pragmático, aceptaron sin mayor reparo la idea de la derogabilidad singular del Derecho Natural. Un aserto semejante -la derogabilidad de lo que ha de tener un valor absoluto- puede resultar desconcertante para una mente moderna (esto es, para una mente educada en la filosofía cartesiana, renuente a cualquier apariencia de contradicción lógica) pero en el Medioevo se entendía, sin especial dramatismo, que el Derecho Natural era derogable “pero solo en casos concretos y no en su totalidad”.

Era, de hecho, moneda de cambio corriente entre los juristas medievales la idea de que el Derecho Natural no tenía más que un precepto inmutable, precisamente aquel que prohíbe que sea derogado en su totalidad<sup>92</sup>. Este dogma jurídico de la derogabilidad singular del Derecho Natural era explicado con un argumento pragmático o de utilidad: las necesidades de los hombres imponían esas excepciones puntuales. Eso sí, las razones por las que las reglas de Derecho Natural quedaban desplazadas en el caso concreto debían ser suficientemente explicadas o argumentadas por quien quería separarse de los patrones generales<sup>93</sup>. De este modo, la utilidad, la necesidad práctica de la razón, era contemplada como causa de desplazamiento, en casos concretos, de un mandato del Derecho Natural.

El método jurídico al que esta visión conducía era, con toda obviedad, esencialmente ponderativo y atendía, sobre todo, a la adecuación de la regla o medida arbitrada al fin último perseguido. Se parte de las exigencias generales de un Derecho Natural que establece la igual libertad de todos los individuos, contrastándolas, no obstante, con los concretos efectos que su aplicación incondicionada puede desencadenar en la situación singularmente afrontada. Desde esta óptica, cualquier derecho “natural”, determinado

---

<sup>92</sup> Vid. CARPINTERO BENTÍTEZ, F., *La ley...cit.*, p. 47-

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 49.

por las notas esenciales de nuestra humanidad, puede ser circunstancialmente agredido de forma lícita si existen razones suficientes desde el plano de la utilidad. Una vida puede ser sacrificada para salvar varias vidas. Alguien puede ser recluido en cuarentena para evitar que contagie a los demás con su enfermedad. Un individuo puede arrebatarse a otro un bien de su propiedad si así lo exige su necesidad de sustento.

El bien común que debe ser atendido por el poder público exige, igualmente, este tipo de ponderaciones, que pueden llevar a que los derechos de los individuos se vean puntualmente agredidos para atender a un bien superior. La idea del sacrificio de derechos por razones de utilidad era, por ello, perfectamente asumible. Y esa actuación sacrificial presentaba un terreno especialmente propicio: el del derecho de propiedad, titularidad que tenía, según la creencia mayoritaria, la particularidad de una posición originaria no determinada por la Naturaleza sino por el Derecho de Gentes, lo que implicaba una especial facilidad argumentativa para justificar su agresión.

Esta manera de pensar había adquirido una formulación precisa en la llamada *doctrina de la necesidad*, que el propio Vázquez de Menchaca utiliza al reproducir el adagio según el cual *en tiempos de necesidad todas las cosas son comunes*. La doctrina de la necesidad se condensa en esa célebre frase, acuñada por los canonistas medievales, reiterada por sus defensores y repudiada por sus críticos, conforme a la cual en las situaciones de necesidad todas las cosas pasan a ser colectivas. En otras palabras: un individuo puede legítimamente servirse de la cosa que pertenece a otro para satisfacer un bien mayor. Esta explicación teórica no existía en las fuentes de Derecho Romano, que se limitaban a incluir supuestos singulares de estado de necesidad. Fueron los canonistas medievales los que, sintiéndose insatisfechos con ese sistema atomizado, sostuvieron por primera vez, como principio general, que en las situaciones de necesidad todos los bienes privativos pasan a ser comunes<sup>94</sup>.

La formulación canonista de la doctrina de la necesidad carecía, sin embargo, de una explicación filosófica unitaria y se apoyaba exclusivamente en la cita de textos de autoridad. Un sustrato de explicación teórica se aportó más tarde desde una óptica aristotélica. Se parte, en este caso, de una situación originaria de propiedad colectiva y

---

<sup>94</sup> Ya que su intención no era resolver, del mejor modo posible, un determinado elenco de disputas civiles sino dar respuesta a una inquietud teológica general: ¿cuándo se incurre en el pecado de avaricia? Al enfrentarse a esta cuestión moral llegaron a la conclusión de que la propiedad privativa de las cosas no es absoluta. Vid. GORDLEY James, *Foundations Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 130-131. Sobre los canonistas y un derecho de uso en casos de necesidad, vid. TIERNEY, B *The idea...cit.*, pp. 70-76.

se entiende, a continuación, que no quedó más remedio que superarla distribuyendo los bienes exteriores para poner remedio a la pereza y la codicia fomentadas por el sistema de propiedad común. De ese “reparto originario” de las cosas surgieron los títulos de derecho, que, desde entonces, pueden ser objeto de transacción siempre que se cumplan las exigencias de la virtud de la justicia conmutativa, regida por el paradigma de la igualdad transaccional (que cada cual dé o reciba tanto como ha recibido o dado). El pacto por el que estableció el reparto contenía, sin embargo, una cláusula tácita que devolvía los bienes privativos al estado de propiedad colectiva si esto era necesario para atender una necesidad urgente. El que causaba el daño en estado de necesidad debía, no obstante, indemnizar al dañado. Esta es la explicación que dan los salmanticenses y que toma el propio Grocio<sup>95</sup>.

Vázquez de Menchaca se apoya solo parcialmente en esta vía aristotélica. De acuerdo con su inspiración filosófica nominalista, utiliza, predominantemente, una explicación más sencilla basada en el libre consentimiento individual prestado por quien decide incorporarse a la comunidad política (en ese tránsito directo de *status naturae* a la sujeción al poder público que es propio del nominalismo)<sup>96</sup>. Entrar a vivir en comunidad supone, en su opinión, que la voluntad libre individual renuncia parcialmente a la posibilidad de realizarse sobre determinados bienes, asumiendo que debe ceder ante las necesidades colectivas, pues la comunidad se ha creado para satisfacer el bien común. Quien ha decidido incorporarse a la comunidad política ha asumido voluntariamente esta regla, renunciando a una parte de su previa libertad.

Lo peculiar (y lo genial) de Vázquez de Menchaca radica en sus últimos razonamientos teóricos, según los cuales el deber de indemnización (concebido como equidistribución) se fundamenta en la necesidad de que “*a costa del perjuicio de unos pocos los restantes queden inmunes*”. Con ello, el jurisconsulto castellano altera la concepción tradicional del contrato social y entiende que la renuncia voluntaria a ciertos poderes individuales de autodeterminación, orientada a la consecución del bien común, no puede llegar hasta convertir a unos individuos en siervos de otros. De este modo, el

---

<sup>95</sup> Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio “La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, 2018, pp. 155-192

<sup>96</sup> Con ello, explicitaba más claramente el fundamento *iuspublicista* que también latía en la explicación aristotélica. Para los escolásticos españoles de inspiración tomista, en el reparto originario de riquezas se había establecido una cláusula tácita de prevalencia del bien común, lo que revela que este reparto era un auténtico contrato social por el que se establecían reglas privadas de relación (títulos de derecho, justicia conmutativa) pero también reglas públicas (prevalencia del bien común, justicia distributiva). He tratado de explicar esta cuestión en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I, “La responsabilidad...”, *cit.*, pp. 155-192.

presupuesto último del Derecho Natural, la igualdad sustancial de todos los seres humanos, nunca puede ser alterado. La igual dignidad de todos sería, pues, para Vázquez de Menchaca, la única regla inderogable del Derecho Natural originario, esto es, el único elemento del estado de libertad natural que nunca puede desaparecer tras la constitución del poder político. Justamente esa regla (que impide que unos puedan ser convertidos en siervos de otros) es la que justifica, en última instancia, el deber de indemnizar el daño sacrificial.

Queda, así, completada, en apenas unos breves trazos, una teoría jurídico-política de enorme calado, particularmente válida para animar un sistema que, como nuestro actual orden constitucional, se funda en la igual dignidad de todos los seres humanos y aspira, al mismo tiempo, a realizar el bien común mediante un poder de injerencia sacrificial. Esto es: para un Estado Constitucional que se articula como *Estado Social de Derecho* desde el presupuesto de la dignidad de la persona.

#### **IV. LA REDUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DAÑO SACRIFICIAL A UN INSTITUTO INSUFICIENTE: LA EXPROPIACIÓN FORZOSA**

##### **4.1. La influencia de Vázquez de Menchaca en el iusnaturalismo posterior**

Como epígono del pensamiento de los *Magni Hispani*, Hugo Grocio recoge en su obra cumbre, *De Iure Belli ac Pacis*, la teoría del daño sacrificial de Fernando Vázquez de Menchaca, autor por el que el jurista de Delft sentía una especial predilección. Para Grocio, el soberano puede apropiarse de los bienes que legítimamente pertenecen a sus súbditos ejerciendo la “fuerza del dominio eminente”. Ahora bien, son necesarios dos requisitos para ello. El primero es la “utilidad pública” de la operación. El segundo, la compensación con fondos públicos de la pérdida causada, siempre que esto sea posible. La recepción grociana de la construcción de Vázquez de Menchaca será el punto de partida de la construcción jurídica posterior del instituto de la “expropiación forzosa” o, como se la conocerá -con ecos escolásticos- en el mundo anglosajón, del “dominio eminente”.

En dicho proceso, Samuel Pufendorf representa un eslabón esencial, al hallarse a medio camino entre el viejo y el nuevo tiempo. Aunque el autor alemán ya no admite la doctrina de la necesidad entre los particulares, recoge puntualmente en su obra la construcción realizada por Vázquez de Menchaca sobre la expropiación pública de bienes. Según Pufendorf, en aquellos casos en los que los ciudadanos poseen las cosas como verdaderamente propias, sin que su relación con éstas proceda de la liberalidad

del príncipe, el soberano sólo tiene tres derechos sobre los bienes privativos de los súbditos: el de regular su uso para hacerlo compatible con el bien común, el de exigir tributos y subsidios y el de ejercer el “dominio eminente” <sup>97</sup>. Pufendorf añade, después, que el dominio eminente se ejerce en función de dos requisitos: (i) la necesidad que el Estado tiene de “utilizar o sacrificar” el bien privativo por su “utilidad pública”, y (ii) la indemnización del daño causado, en tanto que ésta sea posible<sup>98</sup>.

La justificación del requisito de la indemnización es, en la obra de Pufendorf, completamente acorde con la construcción previa de Vázquez de Menchaca, pues se trata de una verdadera equidistribución entre todos los ciudadanos (en cuanto beneficiarios). Según afirma el jurista alemán, en el sostenimiento de las cosas comunes cada cual ha de contribuir de acuerdo con la porción alícuota que le corresponde. Ocurre a menudo, sin embargo, que el poder público tiene necesidades urgentes que no puede atender solicitando a cada ciudadano la cuota que le compete, y también puede ocurrir que se vea en la necesidad de utilizar un concreto bien que está bajo el poder privativo de un individuo. En tales casos, los propietarios singularmente afectados por el ejercicio del “dominio eminente” deben ser indemnizados por sus conciudadanos por el importe del daño sufrido, que alcanza todo lo que excede de la parte alícuota que al dañado habría correspondido en el sostenimiento de esa necesidad pública<sup>99</sup>. Se trata, pues, de la indemnización como equidistribución concebida por Vázquez de Menchaca.

#### **4.2. La expropiación forzosa del liberalismo revolucionario**

La construcción de Grocio y Pufendorf es respetada por la obra iusnaturalista y racionalista hasta llegar al Derecho legislado de las primeras Constituciones liberales. La misma Declaración Universal de Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789, como texto político fundacional, revela, quizá mejor que cualquier otra fuente de la época, el ímprobo esfuerzo invertido en conciliar una aparente antítesis: la teoría del “dominio eminente”, fundada en una concepción moderada del derecho propiedad y en la derogabilidad singular de los derechos naturales, y la nueva visión radical de dicho derecho, que había pasado a considerarse tan sagrado e inviolable como la vida o la libertad mismas. La Declaración recoge ya, en su artículo 2, la concepción “naturalista” del derecho de propiedad, a la que tiende el iusnaturalismo posterior a la escolástica

---

<sup>97</sup> PUFENDORF, Samuel, *Le Droit de la Nature et de Gens ou Système Général des principes les plus importants de la moral, de la jurisprudence et de la politique*, Presses Universitaires de Caen, vol. II, 2009. p. 443. !

<sup>98</sup> PUFENDORF, S, *Le Droit...cit.*, vol II, p. 450.

<sup>99</sup> PUFENDORF, S, *Le Droit...cit.*, vol II, p. 449.

tardía. Pero, ante la necesidad de justificar el sacrificio de la propiedad privada para permitir el desarrollo de las tareas estatales, admite, al mismo tiempo, en su artículo 12, una forma de enajenación forzosa de la propiedad inmobiliaria, considerada entonces la fuente paradigmática de riqueza<sup>100</sup>. Esta forma de enajenación forzosa recogía los elementos esenciales de la teoría del dominio eminente, con las siguientes matizaciones:

(i) La visión revolucionaria del primer Estado liberal hizo que el título justificativo de la privación de la propiedad se expresara de forma más restrictiva, apelándose aparentemente a una necesidad pública extrema, con lo que se pretendía subrayar una dosis de excepcionalidad que no había estado presente en la construcción teórica originaria.

(ii) La indemnización había de ser “previa”, queriéndose destacar, con ello, la preeminencia del interés del propietario sobre el público, en contraste con la doctrina de la Modernidad temprana, en la que dicha indemnización podía esperar al momento en que el beneficiario fuera capaz de sufragarla, sin obstaculizar, por ello, la efectiva apropiación del bien, necesaria para materializar el interés perseguido, considerado prevalente.

(iii) Finalmente, como expresión de un verdadero acto de soberanía nacional, solo la ley podía autorizar este tipo de actuaciones públicas sobre bienes privados. Esa apelación al legislador, como único legitimado para realizar la expropiación, era el reflejo de la idea de que sólo el poder verdaderamente soberano podía tener tal potestad<sup>101</sup>.

El texto revolucionario, con todas sus precauciones, no explicaba, sin embargo, la existencia misma de una potestad pública consistente en arrebatar coactivamente a un individuo un derecho, como el de propiedad, que era proclamado “sagrado” e “inviolable”, del cual, según había afirmado Locke, nadie podía ser privado sin su consentimiento<sup>102</sup>. Si, formalmente, los derechos naturales eran inviolables, la prohibición de Derecho Natural de actuar coactivamente contra sus titulares era, incluso para el propio Estado, inderogable. Nacía, así, una contradicción entre la ideología imperante, que negaba la posibilidad de sacrificar los derechos de los particulares, y las necesidades reales del nuevo Estado liberal, que, con pragmatismo evidente, reconocía

---

<sup>100</sup> Vid. INFANTE, J. y TORIJANO, E, “Propiedad privada y expropiación forzosa: los entresijos de un binomio ! (1812-1931)”, en *Historia...cit*, p. 211.

<sup>101</sup> Vid. REYNOLDS, S. *Before...cit.*, p. 41. !

<sup>102</sup> LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1980, p. 138. !

desde un primer momento que sacrificaría los bienes de los ciudadanos para realizar sus propios fines.

En una primera fase de desarrollo, esa contradicción no fue especialmente flagrante. La preocupación inicial del Estado liberal en germen era la de crear la célebre “familia de propietarios” que había de constituir la fuente principal de su riqueza. Se trataba, en esa fase embrionaria, que en nuestro país queda encarnada por el fenómeno desamortizador, de favorecer la proliferación de propietarios, sin que apremiara aún la necesidad de afrontar sistemáticamente la realización de grandes obras públicas<sup>103</sup>. Cuando estas se multiplicaron, ya entrado el nuevo siglo, la contradicción se hizo mucho más evidente. Fue entonces cuando se apreció con toda nitidez la incompatibilidad del nuevo Estado con el fundamento exclusivamente protector de derechos que le atribuía su pensamiento filosófico de base. Se le reprochó, por ello, en el contexto de emergencia de la llamada “cuestión social”, que se ocupara únicamente de atender los fines colectivos propios de la clase dirigente. Las nuevas tendencias funcionalistas se alzaron entonces contra los derechos subjetivos, especialmente el de propiedad, defendiendo que, lejos de proceder de un dato trascendente ligado a la naturaleza humana (la dignidad), los derechos son creaciones del Estado, que debe configurarlos y delimitarlos de acuerdo con el interés colectivo. Con ello, la acción social del poder público creció enormemente a costa de los derechos individuales, singularmente de la propiedad, sin que se planteara, no obstante, el problema de la equidistribución de su coste, cuestión que quedó circunscrita a esa reminiscencia doctrinaria que era el concreto instituto de la expropiación forzosa.

## **V. BREVE CONCLUSIÓN**

Con el advenimiento de un *Estado social de Derecho*, que ha de compatibilizar la protección de los derechos individuales, derivados de la dignidad de la persona, con la realización de las políticas públicas en interés común, se consagra un poder público sacrificial mucho mayor que el puramente expropiatorio (aunque la expropiación forzosa queda estandarizada como el mecanismo ordinario de sacrificio de la propiedad privada). Se hace necesaria, por ese motivo, una construcción teórica más amplia, que explique adecuadamente la derogación singular (por efecto de la cláusula de Estado Social) de la prohibición general de agredir un derecho fundado en la dignidad humana (como protección brindada por la cláusula material de Estado de Derecho)

---

<sup>103</sup> Vid. INFANTE, J. y TORIJANO, E, “Propiedad...”, cit, pp. 212-213.

Puede decirse, por ello, que el legado, nada desdeñable, de Fernando Vázquez de Menchaca, reducido por sus seguidores al instituto de la expropiación forzosa, no hizo, sin embargo, justicia a la amplitud de miras del pensamiento del jurisconsulto castellano. En última instancia, este propuso, en una obra ciertamente asistemática, todo un modelo general de conciliación del poder sacrificial del soberano con la libertad de los individuos que consistía en admitir la derogación puntual del derecho natural y, más concretamente, la agresión legítima del poder público a los derechos naturales, siempre que se cumplieran dos requisitos básicos: una causa suficiente desde el punto de vista del bien común (juicio ponderativo) y una distribución equitativa de los daños ocasionados a los individuos afectados (juicio adjudicativo). Frente a lo que pueda pensarse, esto va mucho más allá del instituto de la expropiación forzosa. Como trataré de exponer en la parte constitucional de esta obra, es, en realidad, el modelo teórico que convierte la cláusula constitucional de *Estado social de Derecho* en un enunciado jurídico verdaderamente unitario.

## CAPÍTULO II

### LA NEGACIÓN DEL SACRIFICIO: LAS DOCTRINAS RADICALMENTE PERSONALISTAS

*“El más elevado entre todos estos deberes es el respeto por el derecho de los demás. Estoy obligado a respetar el derecho de los demás hombres y a considerarlo como sacrosanto. No existe en el mundo entero nada más sacrosanto que el derecho de los demás, el cual es sagrado e inviolable. ¡Ay de aquel que ofenda o pisotee el derecho de los demás! Nada le pondrá a salvo de él, ya que el derecho de los demás es más fuerte que cualquier ejército o cualquier muralla defensiva. Tenemos un gobernador santo que ha confiado algo igualmente santo al hombre: su derecho. Si nos representamos a un hombre que actúa únicamente conforme al derecho y no a la benevolencia, puede éste cerrar su corazón ante cualquier otro hombre, mostrándose insensible a su miserable y funesto destino; mas si observa concienzudamente sus deberes obligatorios para con los demás, considerando el derecho de cada hombre como algo sacrosanto y digno de respeto que el gobernador del mundo ha confiado a los hombres, si no da a ningún hombre lo más mínimo gratuitamente, pero es igualmente estricto en no privarle de nada, entonces actúa justamente y, si todos actuaran así, si nadie llevase a cabo acción alguna por amor o benevolencia, pero tampoco violase jamás el derecho de cada hombre, no habría miseria alguna en el mundo, salvo aquella que no tiene su origen en el daño perpetrado por otro, cual es el caso de las enfermedades y de las catástrofes”.*

Inmanuel Kant, *Lecciones de ética*.

#### I. INTRODUCCIÓN

La tradición política medieval del *bien común*, culminada a principios de la Edad Moderna por la escolástica española, se rompe en segunda mitad del siglo XVII por la acción simultánea de dos factores ideológicos: la irrupción de una nueva visión política (individualista) sobre el origen del poder y la exaltación teórica de un nuevo paradigma racional. La combinación de ambos elementos resultaría decisiva para que la idea de un daño de índole sacrificial, esto es, causado lícitamente para obtener una utilidad pública, fuera abandonada. Se alumbra, con ello, un nuevo tipo de personalismo, al que ya hemos denominado *radical*. Desde la óptica de una concepción “derivativa” del poder, ese nuevo personalismo tiene una temprana plasmación, en el propio siglo XVII, en las ideas contractualistas sobre el origen de la “sociedad civil”, ligadas al movimiento político que dio lugar a la Revolución inglesa de 1688<sup>104</sup>. En su faceta de nuevo paradigma racional,

---

<sup>104</sup> En este sentido “[s]e ha dicho que los *Dos tratados sobre el gobierno civil* tienen por objeto justificar la revolución inglesa de 1688 que instauró en el trono a Guillermo de Orange. Locke, como ferviente liberal, quería legalizar la nueva situación. En este sentido su libro iba a la zaga de los hechos y no era

se materializa, más tarde, en su forma más perfecta, en la filosofía jurídica kantiana, plasmación intelectual de un ideal político ilustrado que sería coetáneamente implantado (transitoria y traumáticamente) por la Revolución Francesa. Por ambas vías se llega, en todo caso, a la negación categórica, en el plano puramente teórico, del sacrificio de derechos por razón del bien común.

A este *personalismo radical* se adscriben aquellas escuelas iusnaturalistas que consideran que la autonomía individual es la única fuente legítima de normatividad, sin que el contrato social pueda hacer otra cosa que fijar un mecanismo más efectivo para protegerla. A dicha conclusión llegan los que entienden: (i) que la constitución de la autoridad pública es una simple operación de transferencia directa de un poder de coacción individual preexistente que no muta ni aumenta al pasar a la autoridad pública (contractualismo lockeano)<sup>105</sup> o bien (ii) que el fundamento del Estado es la mera constitución de un sistema común de “coacción recíproca universal” que no tiene más finalidad que asegurar la libertad personal de cada individuo (kantismo). Estamos ante las dos concepciones clásicas del llamado *Estado policía* o *Estado protector*. Y ambas llevan

---

propiaamente disolvente en su país, puesto que apareció una vez consolidada la ‘gloriosa revolución’”. Vid. RODRÍGUEZ ARANDA, Luis, “Introducción” a LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1980, p. 14.

<sup>105</sup> El contractualismo, en sentido amplio, puede considerarse una tónica del pensamiento político-jurídico europeo desde el propio *ius commune* medieval, en el que las apelaciones, basadas en textos clásicos, a la libertad e igualdad natural de los hombres eran habituales. Hay, también, como se ha visto, una suerte de visión contractualista en la doctrina de la escolástica española en cuanto el origen del poder político, pues este se basa en un proceso de asociación fundado en el libre consentimiento. En esta doctrina, sin embargo, no se pretende justificar, a través de esa referencia contractualista, un régimen político determinado, pues, en la línea aristotélica, se acepta que el modo de configurar la asociación política difiere y se desdobra en regímenes diversos. El contractualismo en sentido estricto pretende, en cambio, volcar todas estas ideas jurídicas previas en un programa político determinado, del que el contrato originario resultaría justificativo en cuanto este supondría un tipo específico de transferencia de un poder preexistente (en la situación de estado de naturaleza). Determinando cuál es ese poder transferido en ese momento fundacional (el del contrato social) puede hallarse, desde esta perspectiva, la naturaleza del poder político legítimo, que es, por tanto, única. Desde este punto de vista, más estricto, puede decirse que ese nuevo contractualismo “político” se inicia con Thomas Hobbes, autor que, sin embargo, explica la transferencia de poder como una alienación absoluta del individuo. Frente a esta idea totalizante del poder constituido, el pensamiento de Locke, clave del contractualismo de signo liberal, supone un giro radical, ya que la transferencia de poder no supone la renuncia a los derechos originarios. Todo lo contrario: se trata de transferir únicamente, como se verá, el poder de coacción delimitado por el Derecho Natural, para que la protección de los derechos originarios del individuo sea más perfecta. De esa visión partirá, después, Rousseau, quien, sin embargo, diseña un contractualismo diverso, basado en la confianza en un poder democrático soberano, expresivo de una voluntad *general*, en el que la idea protectora liberal queda, en cierto modo, disuelta en una confianza absoluta en la racionalidad del legislador. Obviamente, el contractualismo al que me refiero aquí como expresivo del personalismo radical es al lockeano.

a la negación de un poder público de tipo sacrificial. La kantiana es, sin embargo, directamente deudora de la contractualista<sup>106</sup>.

En efecto, cien años antes de que viera la luz la doctrina kantiana sobre el Derecho, que podemos considerar el arquetipo de pensamiento personalista radical, John Locke ya había llegado a las siguientes conclusiones: (i) no hay más daño legítimo que el que se inflige con motivo de una agresión ajena; (ii) el poder de coacción estatal, que surge precisamente de ese poder de autodefensa del individuo, no tiene más finalidad que la puramente protectora de derechos, y (iii) cualquier daño impuesto coactivamente a un individuo que no atienda a esa finalidad protectora es contrario a las leyes de la naturaleza, a las que el poder estatal debe someterse. El contractualismo de Locke se anticipa también al kantismo en la identificación del presupuesto ético de esa concepción del poder público, apuntando la idea que será después desarrollada por la escuela kantiana hasta sus últimas consecuencias: la prohibición de instrumentalización. Locke afirma expresamente que un daño que se impone sin que exista una agresión previa supone convertir al dañado en siervo o esclavo de los fines del dañante. La comunidad de ideas de John Locke e Immanuel Kant obedece a que ambos conforman los dos últimos eslabones de una misma cadena de pensamiento personalista que comienza con la escuela medieval de los nominales -en la que se inspiraba, precisamente, el personalismo de tipo moderado de Fernando Vázquez de Menchaca<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> En este sentido, puede ser significativo que, en la obra kantiana, toda ella tardía, la *Metafísica de las Costumbres*, en la que se elabora la teoría jurídica, esté precedida, tres años antes, por un opúsculo político de signo claramente contractualista, *La Paz Perpetua* (1795), que puede decirse que “preludia” los “desarrollos sistemáticos” de aquélla. Vid. TRUYOL SERRA, Antonio, “Presentación”, en KANT, Immanuel, *La Paz Perpetua*, Alianza Editorial, Madrid, 2016, p. 23. En realidad, el contractualismo es un pensamiento completamente complementario a la idea kantiana del Derecho como armonización de arbitrios individuales, ya que ambos parten, como se verá después, de una misma idea del hombre aislado, puramente autónomo, al que toda obligación en relación con un tercero ha de venirle impuesta con la mediación de su propio consentimiento. De ahí que no haya otra vía para establecer una autoridad pública común que la del contrato social.

<sup>107</sup> Es preferible, como ha propuesto reiteradamente Carpintero Benítez (recientemente en *La crisis...cit.*, p. 53), hablar los nominales, más que a los nominalistas. Los seguidores de Escoto -y su visión escindida del ser humano en dos naturalezas- tenían una visión filosófica opuesta a los de los autores tomistas. Pero su línea de pensamiento no giraba en torno al problema de los universales. De hecho, la idea de los *entia moralia*, propia de los autores nominales, desde que la postulara Escoto, responde una visión modal de los universales muy semejante a la que caracteriza la perspectiva aristotélica del problema, aspecto en el que su pensamiento está alejado del de Ockham. Vid. GILSON, Étienne, *La filosofía en la Edad Media. Desde los orígenes patristicos hasta el fin del siglo XIV*, Gredos, Barcelona, 2017, pp. 584-585. En lo que se refiere al problema de los universales, el auténtico nominalismo responde a un materialismo epistemológico que se remonta ya al fenomenismo o sensismo del pensamiento griego, que defendía que solo existe aquello que percibimos a través de los sentidos y que el impacto que esas percepciones genera representaciones mentales que no designan ningún objeto realmente aprehensible a través del conocimiento. El nominalismo está constituido por un fenomenismo que implica “suponer o postular que

En este capítulo se examinan más detenidamente las doctrinas personalistas radicales y la feroz crítica intelectual que, en el siglo XIX, llevó, como movimiento pendular, al establecimiento de un paradigma alternativo, el funcionalista.

## II. DOS VIAS DE NEGACIÓN DEL SACRIFICIO DE DERECHOS: EL CONTRACTUALISMO LOCKEANO Y LA DOCTRINA KANTIANA DEL DERECHO

### 2.1. El sustrato común de las doctrinas radicalmente personalistas

Aunque tengan presupuestos filosóficos distintos, la doctrina kantiana del derecho y el contrato social lockeano obedecen, en última instancia, a patrones intelectuales comunes que pueden resumirse en dos notas fundamentales: (i) la concepción de la libertad como estricta “independencia”, que no tiene más límite externo que la recíproca delimitación de las respectivas esferas de autodeterminación personal y (ii) la relación de jerarquía establecida entre un Derecho “Privado”, superior y originario, y un Derecho “Público”, subordinado y constituido consensualmente a los fines de velar por la protección más eficaz del orden natural preexistente.

(i) En efecto, las dos fuentes intelectuales del personalismo radical, sea por la apelación a la razón *a priori* o por la imaginación de una situación inicial de estado de naturaleza, obedecen a la caracterización del hombre como ser aislado y autónomo, con la consiguiente concepción de su libertad como estricta “independencia”<sup>108</sup>. Esa concepción autocrática del individuo conduce necesariamente a la ficción del “contrato social”. Si el hombre no está sujeto a más voluntad que la propia, esto es, si se niega la inmediatez de la heteronomía, su sometimiento a un poder externo sólo puede ser explicado a través del pacto, esto es, del libre consentimiento prestado por todos los ciudadanos; son los hombres, por tanto, los que, en ejercicio de su libertad, optan por constituir, a través de decisiones autónomas concordes, una autoridad política común. Las dos fuentes principales del personalismo radical pueden ser observadas, por ello,

---

no hay nada detrás de cada impresión sensorial y, si hay algo, no lo podemos conocer”. Las palabras que utilizamos para referirnos a esas impresiones son, así, meros nombres. No hay, por tanto, como pretendía Aristóteles, sustancias, esto es, objetos que puedan conocerse por sus características intrínsecas, sino ! impresiones que tienen, cada una de ellas, “su propia verdad”. Estas ideas pasaron a ser dominantes en ! la Edad Moderna y Contemporánea. Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, “Los conceptos universales: ¿quimera histórica o instrumentos del Derecho?”, *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, núm. 22, 2004, pp. 368-369. !

<sup>108</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Editorial Actas, Madrid, 1993, p. 97. !

como teorías complementarias e, incluso, como dos caras (más filosófica la del kantismo, más política la del contractualismo) de una misma moneda<sup>109</sup>.

(ii) Esa noción autocrática del ser humano, y la consiguiente apelación al pacto como fuente exclusiva de vínculos obligacionales, lleva a la segunda característica común: la relación de subordinación entre el Derecho (Privado) originario y el Derecho (Público) constituido. El estado originario (de naturaleza) está marcado por una relación de Derecho Privado regida por el Derecho Natural; en ella, las libertades se ven amenazadas por la dispersión del poder (legítimo) de coacción, que cada individuo se ve obligado a utilizar en la medida de sus posibilidades y de acuerdo con su propio discernimiento. Se da, así, el inconveniente señalado por John Locke: cada individuo se ve obligado a actuar como juez de su propia causa. El Derecho Público surge precisamente para convertir esas libertades provisorias en definitivas; para ello, se constituye exclusivamente como Estado de Derecho (protector o policía), esto es, como Estado jurídicamente constituido con la sola finalidad de proteger las libertades previas mediante la centralización de la coacción<sup>110</sup>. Como dijera, en tono crítico, Gierke, el Derecho Público se concibe como “un Derecho Privado más complicado”<sup>111</sup>.

Este es, en realidad, el único pacto social que, en la mentalidad radicalmente personalista, admite el ejercicio de la razón humana. El ser humano no puede crear una autoridad común para renunciar a sus libertades; el único pacto compatible con la razón (y con el Derecho Natural originario) es la creación de un poder coactivo centralizado, orientado a la mejor garantía de los derechos individuales<sup>112</sup>. Como poder constituido con fines exclusivamente protectores, el Estado no puede, por concepto, agredir a los ciudadanos, sirviéndose de sus derechos y propiedades para obtener ventajas colectivas. Carece, por tanto, de toda potestad sacrificial. El daño generado por el poder público en

---

<sup>109</sup> Y así lo prueba, en realidad, la adscripción de Kant al contractualismo, expresada en su opúsculo político *La Paz Perpetua* donde afirma que el “estado de naturaleza” es “más bien un estado de guerra, es decir, un estado en el que, si bien no se han declarado todavía las hostilidades, sí existe una amenaza constante. El estado de paz debe por tanto ser *instaurado*, pues la omisión de las hostilidades no es todavía una garantía de la paz, y si no se da seguridad a un vecino frente a los otros –lo que sólo puede ocurrir en un estado *legal*-, cada cual podría tratar como enemigo a quien le hubiera exigido esa seguridad”. Vid. KANT, I., *La paz...cit.*, p. 82.

<sup>110</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 75.

<sup>111</sup> GIERKE, O., *La función social...cit.*, p. 13.

<sup>112</sup> En este sentido afirma Kant que la constitución política de todos los estados debe ser republicana tanto en la pureza de su origen (el contrato social entendido como libre consentimiento) como “de haber nacido de la fuente pura del concepto de derecho”, que tiene “la vista puesta en el efecto deseado, es decir, en la paz perpetua”. La razón lleva al ser humano a constituir el Estado a través del libre consentimiento para preservar la paz, evitando la agresión a los derechos. Vid. KANT, I., *La paz...cit.*, p. 86.

beneficio de la comunidad no es más que un daño ilícito y doloso, una suerte de instrumentalización que convierte al individuo dañado en siervo de los demás, contradiciendo su naturaleza humana trascendente, o, dicho en términos kantianos, su cualidad de fin en sí mismo.

Esta idea de instrumentalización o utilización de un ser humano como mero objeto es la que resulta intolerable desde las visiones lockeana y kantiana. Asumir la posibilidad de dañar instrumentalmente, incluso persiguiendo fines loables, es, para ambos autores, negar la idea misma de *persona*, esto es, convertir al ser humano en un objeto. La noción de persona de Locke es todavía ontológica: el ser humano *es* persona. La crítica gnoseológica de Kant supera esa perspectiva ontologista. La noción de persona pasa al ámbito de la ética y supone atribuir al individuo, por causa de su capacidad racional, una dignidad que impide que se le trate como a una cosa.

## 2.2. La vía contractualista de John Locke

El camino que sigue John Locke para establecer su doctrina política no es novedoso: en la línea del iusnaturalismo de su época, trata de explicar la constitución de la autoridad pública partiendo de un estadio originario de la evolución humana caracterizado por la ausencia de poder político y denominado “estado de naturaleza”. Para Locke, ese *status naturae* tiene las siguientes características: (i) está regido por una ley natural que está impresa en la razón humana y que debe ser obedecida por todos; (ii) dicha ley natural hace que cada ser humano disponga de una esfera de derechos propios; (iii) esa misma ley prohíbe que unos agredan la esfera de titularidad de los otros y (iv) la ley natural autoriza, finalmente, a todos los individuos a ejercer la coacción sobre quien, en contradicción con dicha prohibición, comete un acto de agresión. Veamos por separado cada uno de estos postulados:

(i) *Vinculatoriedad del Derecho Natural*. Para John Locke el estado de naturaleza en que los seres humanos viven originariamente es un estado de libertad pero no de “licencia”, lo que quiere decir que, aun siendo una situación en la que no existe poder político, sí está regida por un Derecho al que los hombres deben someterse. Impera en ella “una ley natural por la que se gobierna, y esa ley obliga a todos. La razón, que coincide con esa ley enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o

posiciones”<sup>113</sup>. El Derecho que rige antes de la constitución del poder público es, pues, el Derecho Natural, que, como es también característico en la visión iusnaturalista, realiza una asignación originaria de esferas individuales de autodeterminación.

(ii) *Los derechos naturales como esferas de desarrollo de la personalidad*. En efecto, Locke sostiene, en la línea de la doctrina iusnaturalista previa, que la ley de la naturaleza que rige en ese estado anterior a la constitución de la sociedad civil otorga a cada ser humano un espacio privativo de titularidades<sup>114</sup>. En el lenguaje propietista que caracteriza la tradición escolástica de los nominales, Locke dice que cada hombre tiene la propiedad “de su propia persona” y “el esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son también auténticamente suyos”<sup>115</sup>. Esa capacidad innata de trabajo permite a los individuos agregar a las cosas exteriores, que se hallan en estado de vacancia, algo adicional a lo que la naturaleza puso en ellas, algo que es propio del sujeto que invierte su esfuerzo para transformarlas. De ahí surge el derecho de propiedad sobre las cosas, que es una consecuencia natural del trabajo individual. El ser humano, con su esfuerzo, saca las cosas del “estado común en que se encontraban”, lo que no es sólo aplicable a los productos de la tierra, sino a la tierra misma: el que trabaja la tierra agrega algo de su propia personalidad, haciéndose, así, dueño de ella, de modo que nadie puede arrebatársela sin causarle un daño<sup>116</sup>.

(iii) *La prohibición de toda coacción agresiva (la prohibición de agresión como prohibición de instrumentalización)*. Existiendo esa esfera originaria de titularidades o derechos, Locke entiende que la ley natural que rige en el estado de naturaleza prohíbe a los individuos dañar los derechos de otros. De acuerdo con la tradición anterior, la prohibición de dañar se asienta en una idea sustancial del individuo, según la cual ningún ser humano puede ser reducido a la condición de mera utilidad de otro, esto es, al estatus de simple objeto. Para Locke, los seres humanos no han sido hechos “para utilidad de otros, tal y como fueron hechas las criaturas de rango inferior para que nos sirviéramos de ellas”<sup>117</sup>. Por tanto, aun en el estado de naturaleza primitivo, los hombres están sujetos a una prohibición de dañar que descansa en la consideración de que los seres humanos son todos criaturas de igual rango. En realidad, como ya se ha visto, estamos ante una idea ya expresada por la

---

<sup>113</sup> LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, p.7. !

<sup>114</sup> LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, pp. 23 y 24. !

<sup>115</sup> LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, p. 26. !

<sup>116</sup> “El hombre puede apropiarse las cosas por su trabajo en la medida exacta en que le es posible utilizarlas ! con provecho antes de que se echen a perder. Todo aquello que excede de ese límite no le corresponde ! al hombre y constituye la parte de los demás”. Vid. LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, pp. 26 y 27. !

<sup>117</sup> LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, p 8. !

tradición cristiana: Dios ha hecho al ser humano a su imagen y semejanza y le ha dado el rango de señor (*dominus*) del resto de los seres y cosas creadas pero no ha convertido a unos hombres en dueños de otros.

(iv) *La autorización de la coacción defensiva (el poder de policía disperso)*. La existencia de esa esfera de realización propia de cada individuo y la prohibición que pesa sobre todos de agredir la esfera conferida a los demás, hace que en ese estado de naturaleza exista, asimismo, una potestad dispersa de policía individual, por la que “un hombre llega a tener poder sobre otro, pero no [...] un poder absoluto y arbitrario [...]; lo tiene únicamente para imponerle la pena proporcionada a su transgresión según dicten la serena razón y la conciencia; es decir, únicamente en cuanto puede servir para la reparación y la represión”<sup>118</sup>. Estas son, por tanto, las dos únicas razones por las que un individuo “puede infligir a otro un daño”, de modo que “quien ha recibido el daño (además del derecho a castigar que comparte con todos los demás hombres) tiene el derecho especial a exigir reparación a quien se lo ha causado”<sup>119</sup>.

Expuesta la situación del ser humano previa a la constitución del Estado, Locke explica las razones por las que surge el poder político. En su opinión, el tránsito a la sociedad política o civil se explica por los inconvenientes del estado de naturaleza. Los hombres en ese estado son jueces de sus propias causas, por lo que pueden juzgar con parcialidad y dejarse llevar por la pasión en el castigo de las agresiones que sufren. Por ello “el poder civil es el remedio”<sup>120</sup>. Aun cuando el hombre dispone de derechos “es muy inseguro en ese estado el disfrute de los mismos, encontrándose expuesto constantemente a ser atropellado por otros hombres”. Esa condición natural “está plagada de sobresaltos y continuos peligros”. Los hombres se unen “para la mutua salvaguarda de su vida, libertad y tierras”. De ese modo, “la finalidad máxima y principal que buscan los hombres en estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la salvaguarda de sus bienes”<sup>121</sup>.

La clave del pensamiento de Locke, donde reside su mayor peculiaridad y su fuerza, es la siguiente: el tránsito del estado naturaleza a la sociedad civil es voluntario y está regido por la siguiente regla: “nadie puede dar una cantidad de poder superior a

---

<sup>118</sup> LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, p. 8. !

<sup>119</sup> LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, pp. 9 y 10. Como en la tradición iusnaturalista, el derecho a castigar es de todos ! y el derecho a exigir reparación sólo pertenece a la parte perjudicada por el daño. !

<sup>120</sup> LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, p. 11. !

<sup>121</sup> LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, p. 93. !

la que él tiene"; "ningún hombre puede ceder mediante un acuerdo a otro aquello que él no llevaba en sí mismo"<sup>122</sup>. De conformidad con dicha regla, el poder al que los seres humanos renuncian cuando constituyen voluntariamente la sociedad civil es el mismo que tenían en el estado de naturaleza, esto es, el que les permitía ejecutar por sí mismos la ley natural, ejerciendo la coacción sobre sus semejantes. La sociedad política existe "allí exclusivamente donde cada uno de los miembros ha hecho renuncia de ese poder natural [de defender la propiedad y castigar uno mismo las agresiones cometidas contra ella] entregándolo en manos de la comunidad para todos aquellos casos que no le impiden acudir a esa sociedad en demanda de protección para la defensa de la ley que ella estableció"<sup>123</sup>. Allí donde el Estado no puede otorgar su protección, el individuo conserva el poder de coacción que tenía en el estado de naturaleza (legítima defensa). Como después ocurrirá con el kantismo, legítima defensa y poder público de policía expresan, así, las dos únicas formas legítimas de coacción<sup>124</sup>.

La conclusión es clara: los individuos no pueden entregar más poder de dañar que el que ellos mismos tenían en el estado originario, en el que estaban habilitados por la ley natural para ejercer la coacción sobre otros a los solos fines de proteger los derechos individuales y de castigar a los agresores. La "sociedad civil" recibe ese mismo poder de coacción, puramente protector (poder de policía), que los individuos solo conservan en aquellas situaciones en las que no es posible acudir al magistrado (legítima defensa). El Estado no recibe, pues, una capacidad de coacción distinta, tendente a obtener una utilidad colectiva, ya que ningún individuo ha podido transferirle una potestad de la que él mismo carecía<sup>125</sup>. La constitución del poder público aparece, pues, como un puro

---

<sup>122</sup> LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, p. 20. Estamos ante una máxima clásica del Derecho Romano (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) que Locke convierte en principio fundamental del Derecho Público conforme al cual, viniendo el poder de la comunidad del individuo, no puede ser nunca superior al que el individuo tenía previamente.

<sup>123</sup> LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, p. 64.

<sup>124</sup> En esa visión, plenamente acorde en sus consecuencias a la que adoptará después Kant, el daño en estado de necesidad tampoco puede ser visto un ejercicio lícito de un poder de dañar basado en la utilidad pública. Al contrario, en esos casos el poder ejecutivo dispensa del castigo en ejercicio de su "prerrogativa", que le permite actuar excepcionalmente en contra de la ley: "pueden ocurrir muchos casos en que el comportamiento estricto y riguroso de la ley resulte dañino, por ejemplo, que no se derribe la casa de una persona que no ha hecho ningún mal, para de ese modo cortar el fuego cuando la casa contigua está en llamas". Vid. LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, pp. 64 y 65. En tales supuestos, el poder ejecutivo ha de tener la facultad excepcionalísima de perdonar a quien ha actuado contra la ley dañando a otro, dispensándolo de recibir la sanción prevista.

<sup>125</sup> El Estado tiene, pues, el poder de hacer las leyes para "fijar el castigo" de las agresiones que se comentan y tiene, asimismo, el poder de juzgar y castigar los daños, incluso los que cometidos por los que no forman parte de la sociedad (extranjeros) ya que esos daños son siempre contrarios a la ley natural a la que ellos también están sometidos. "Ambos poderes están encaminados a la defensa de la propiedad de todos los miembros de dicha sociedad hasta donde sea posible". Vid. LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, p. 65.

contrato de Derecho Privado en el que los firmantes están sujetos al principio general del Derecho Romano según el cual “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”. Frente a la visión personalista moderada, de la constitución de un poder público no surgen nuevas potestades orientadas a la consecución del bien común.

En el sistema de gobierno que nace de la constitución de la sociedad civil ni siquiera el poder supremo, que es el poder legislativo<sup>126</sup>, “puede ser superior al que tenían esas mismas personas cuando vivían en el estado de naturaleza, antes de entrar en sociedad [...]; nadie tiene poder para destruir su propia vida ni para arrebatarse a otra persona la vida o las propiedades”. Locke deja bien claro que el Estado no puede, ni siquiera cuando legisla, “sobrepasar ese poder que le entregan”. “Es un poder que no está enderezado a otra finalidad que la de la salvaguardia, y no puede por esa razón poseer el derecho de matar, esclavizar o empobrecer deliberadamente a sus súbditos [...]. De ese modo, la ley natural subsiste como norma eterna de todos los hombres, sin exceptuar a los legisladores”<sup>127</sup>.

Conviene destacar que en la concepción de Locke no hay rastro de un poder de coacción estatal que permita “sacrificar” los bienes de los individuos para obtener ventajas colectivas. Según afirma el autor inglés “el poder supremo no puede arrebatarse ninguna parte de sus propiedades a un hombre sin el consentimiento de éste”; “no es propiedad mía aquello que otro puede quitarme cuando le plazca sin mi consentimiento. Por eso es un error pensar que el poder supremo o legislativo de una comunidad política puede hacer lo que se le antoje, disponer arbitrariamente de los bienes de los súbditos o que puede arrebatarse una parte de los mismos si le place”. “No existe en modo alguno seguridad para las propiedades de una persona, a pesar de que existan leyes buenas y justas que establecen entre los distintos súbditos los límites de sus propiedades respectivas, si quien les manda dispone del poder de arrebatarse al particular la parte de su propiedad que bien le plazca, para usarla y disponer de ella según se le antoje”; “el rey y el senado dispondrán seguramente del poder de hacer leyes encaminadas a la

---

<sup>126</sup> Llamado a dictar las leyes a que se han de someter todos los miembros de esa comunidad, no es más que “el poder conjunto de todos los miembros de la sociedad, que se ha otorgado a la persona o a la asamblea que legisla”. Vid. LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, pp. 102 y 103.

<sup>127</sup> El poder legislativo ha de dictar leyes generales y fijas, válidas para todos y en todo momento, que coincidan con las leyes naturales en la salvaguarda de las propiedades de los individuos. El Derecho, pues, es pura justicia conmutativa al servicio de la esfera de titularidades que resulta de la ley natural. El Estado debe fijar leyes que delimiten recíprocamente esas esferas de forma acorde con la ley natural, no teniendo otro poder de coacción que el que tiende a proteger a los individuos de la agresión ajena y a reparar y castigar los daños que así que se causen. LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, pp. 102 y 103.

reglamentación de la propiedad de los súbditos entre sí [esto es, para delimitar recíprocamente sus esferas de autonomía], pero no pueden tener jamás autoridad para apoderarse ellos mismos de la totalidad o de una parte cualquiera de la propiedad de sus súbditos, sin el consentimiento de éstos"<sup>128</sup>.

No hay, pues, margen alguno para el poder sacrificial. El Estado es un puro Estado protector. A estas mismas conclusiones llegará, después, el kantismo, si bien el modo de razonar de la escuela kantiana es significativamente distinto, ya que se basa en el ejercicio abstracto de la razón *a priori*.

### **2.3. La doctrina kantiana del Derecho**

#### *2.3.1. La noción kantiana de derecho*

Al igual que el contractualismo de Locke, la doctrina kantiana del Derecho es una típica teoría personalista, pues afirma, en la línea de la tradición iusnaturalista antecedente, que existe una esfera privativa de titularidades individuales que es previa a la constitución del poder político y que esa esfera debe ser protegida de acuerdo con la idea de justicia conmutativa. Su gran aportación al personalismo (en general) es, en realidad, otra: haber encontrado en la dignidad de la persona (entendida como autonomía) el fundamento de la existencia de titularidades individuales originarias. Para entender esta aportación kantiana es necesario explicar la noción de derecho contenida en la *Metafísica de las Costumbres*, que descansa en dos ideas fundamentales. Kant entiende, de un lado, que la distinción entre el derecho y la ética radica en la indiferencia del derecho respecto al móvil del agente (móvil que en la ética debe ser cumplir con el deber) y en la coercibilidad. Considera, asimismo, que el derecho tiene un carácter formal (esto es, ajeno al objeto del arbitrio).

Conforme a la primera idea, el derecho (legalidad) atiende exclusivamente a la conformidad de la acción con el deber, sin ocuparse del móvil de esa acción. Se limita,

---

<sup>128</sup> El ámbito castrense era, para Locke, una buena muestra de la veracidad de todas estas afirmaciones. Así "el sargento, que tiene autoridad para hacer avanzar al soldado hasta la boca de los cañones, o situarlo en una brecha donde morirá con toda seguridad, no puede ordenar a ese mismo soldado que le entregue un penique de su caudal"; tampoco el general, que puede "ordenarle cualquier cosa y ahorcarlo si le desobedece", tiene poder, en cambio, para "disponer de un solo ardite de los bienes de ese soldado, ni apoderarse de una mínima parte de lo que le pertenece". Vid. LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, p 107. Locke reconoce, eso sí, que el Estado protector necesita costear sus tareas con los impuestos recabados de los ciudadanos en proporción a sus riquezas. Pero esos impuestos son consentidos por los propios ciudadanos, bien directamente, bien indirectamente a través de los representantes de éstos reunidos en asamblea.

pues, a hacer de la acción un deber. Ahí radica su diferencia con la ética, que no sólo convierte la acción en deber sino que hace del deber mismo el móvil de la acción, ya que el fundamento del acto del agente debe ser su decisión de cumplir con el deber. La norma jurídica no exige que la idea de deber sea el fundamento de la determinación del arbitrio del agente. La norma moral sí. De este modo, cumplir los contratos (*pacta sunt servanda*) es un deber jurídico sujeto a coacción externa. La ética enseña, sin embargo, que debe cumplirse incluso en defecto de coacción alguna, ya que la fidelidad es una obligación moral. La distinción entre la ética y el Derecho no reside, pues, en la naturaleza o la fisonomía de los deberes que una y otro imponen. También la ética puede imponer deberes externos –como el deber de cumplir un contrato-. La diferencia entre ambos tipos de deberes es la norma que los establece. Ésta es interna en el caso de la ética y externa en el del Derecho.

El fundamento de la determinación de cumplir un deber ético se encuentra exclusivamente residenciado en la conciencia interna sobre la existencia de ese mismo deber. El Derecho sólo afecta, en cambio, a la relación externa y práctica de una persona con otra, en tanto que sus acciones pueden influirse entre sí. No es la relación del propio arbitrio con el propio deseo sino del propio arbitrio con el arbitrio de otro. Esa relación es ajena al fin perseguido (materia del arbitrio) y sólo atiende a la forma en que se relacionan los arbitrios de ambas partes en la medida en que la acción de uno ha de conciliarse con la libertad del otro según una ley universal de la libertad. De ese modo, el principio universal del Derecho es el siguiente: “una acción es conforme a Derecho cuando permite, o cuya máxima permite, a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal”. La ley universal del Derecho es, por ello “obra externamente de tal modo que uso libre de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal” <sup>129</sup>. El Derecho ha de fundarse, por tanto, en la igual libertad individual.

Kant realiza, a su vez, una división de la doctrina del Derecho basada en las tres máximas de Ulpiano: (i) sé un hombre honesto (*honeste vive*), lo que entiende que deriva de la humanidad de la persona y que implica no convertirse “en un simple medio para los demás”; (ii) no dañes a nadie (*neminem laede*), que es una prohibición de agresión que se convierte en *lex iuridica*, y (iii) da a cada uno lo suyo (*suum cuique tribue*), regla según la cual, si no puede evitarse el daño a otro, por ser propio de una vida en sociedad, debes

---

<sup>129</sup> Vid. KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 17 a 39.

formar parte de una sociedad con los demás que asegure o proteja lo propio de cada uno frente a los demás<sup>130</sup>. Pues bien, el que trata a otro como mero medio deja de actuar conforme al deber que deriva de la razón (imperativo categórico), tratando sólo de alcanzar una ventaja (imperativo hipotético). Con ello, no sólo convierte a otro en simple medio al servicio de sus fines sino que se convierte a sí mismo en medio de sus inclinaciones, dejando de cumplir la primera máxima. Por eso, el daño que sufre por parte del que se defiende de su agresión es lícito como también lo es la pena del talión, que, al negar su propia humanidad a través del acto injusto, el agresor ha elegido para sí.

Dicho de otro modo: en la visión kantiana el acto contrario a Derecho no queda determinado por el mero dato del mal o el daño que se causa a otro (que puede estar justificado, como en la legítima de defensa, si no supone negar al otro su carácter de ser humano) sino por la acción que niega al dañado su condición de fin en sí mismo (negando su humanidad) y lo convierte en medio al servicio de nuestro arbitrio. Como escribe Kant “el que lesiona los derechos de los hombres está decidido a usar la persona como simple medio, sin tener en consideración que los demás, como seres racionales que son, deben ser estimados siempre al mismo tiempo como fines, esto es, sólo como tales seres que deben contener en sí el fin de la misma acción”. No dañar a otro es, por ello, una máxima vacía si no va acompañada del fundamento que permite distinguir el daño lícito (que no niega la condición de persona del otro) del ilícito (que niega al otro su condición de fin en sí mismo). La noción ética de persona como fin en sí mismo constituye, por ello, el fundamento de toda la idea de *derecho*, comenzando por la existencia de ciertas esferas de realización del propio arbitrio identificadas como *derechos fundamentales* de la persona misma, idea ésta que es desarrollada por la escuela kantiana.

### *2.3.2. Los derechos y su protección jurídica*

La esfera de realización del arbitrio individual es delimitada por los autores kantianos, aun en los términos puramente abstractos de su ciencia “pura”, de modo coherente con los cánones recibidos de la tradición iusnaturalista anterior. En esa esfera personal figura, en primer lugar, el derecho fundamental del hombre (*Urrecht*) a su libertad, que según el kantiano Schwalz es el derecho del ser humano “a disponer de todo aquello que la naturaleza de su alma y de su cuerpo le ha proporcionado”<sup>131</sup>. El segundo derecho

---

<sup>130</sup> Vid. KANT, I. *La metafísica...cit.*, p. 47. !

<sup>131</sup> Tomo la cita de CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, Francisco, *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones ! de la Universidad de Cádiz, Chiclana, 1989, p. 54. !

fundamental se refiere a los comportamientos del hombre, esto es, a su capacidad de *“hacer u omitir lo que él quiera”*, que es su libertad externa. El tercero, que se deduce de los otros dos, es el derecho *“al uso de las cosas”*, que hace de la propiedad un derecho fundamental instrumental de la libertad, pues el libre arbitrio no puede realizarse completamente sin materializarse sobre cosas. Se trata, en suma, de una delimitación en tres niveles de la esfera de titularidades individuales que es clásica de la tradición iusnaturalista -y que se remonta al platonismo de San Agustín, que ya distinguía entre los bienes espirituales, los intermedios (en particular la voluntad o capacidad de autodeterminación) y los puramente físicos o exteriores-. Pero en ella, como puede apreciarse, se ha dado el mismo paso que caracteriza al contractualismo: la propiedad privada pasa a tener el mismo rango *“natural”* que el resto de derechos individuales. Es ésta, pues, una característica que ya revela la naturaleza del kantismo como personalismo radical.

En lo que se refiere al sistema de protección de esa esfera de derechos, la misión de la ley, en la cosmovisión jurídica de la escuela kantiana, no es armonizar todos los intereses en juego sino establecer una estructura formal a través de la cual todos puedan perseguir sus propios fines. Esa armonización exige una igual protección jurídica de las titularidades de todos los individuos, esto es, una relación jurídica entre iguales regida por reglas de adjudicación coherentes con las titularidades previas de cada uno de ellos. Cada individuo ha de quedar sometido a las leyes externas de la comunidad sólo para que quede salvaguardada la adecuada coexistencia de los distintos arbitrios individuales; por ello, esa ley externa ha de establecer una estructura de relación puramente formal, sin colocar los fines de un individuo por encima de los de otro -esto es, sin convertir a un individuo en instrumento de intereses ajenos-. La ley debe preservar una situación de igualdad que, en la formulación de la escuela kantiana, implica que toda persona ha de poder exigir una igual protección jurídica de sus titularidades, aunque la extensión o alcance de éstas sea muy desigual y aunque preservar esa situación antecedente no sea del todo conforme con los intereses de la colectividad. No hay, pues, un postulado de igualdad real o empírica que exija una actuación redistribuidora, sino una pura igualdad formal que asegure la integridad del respectivo espacio de realización del propio arbitrio. El sistema de protección de las

titularidades individuales responde, pues, al paradigma tradicional de la *justicia conmutativa*<sup>132</sup>.

La única modificación sustancial –eso sí, de gran importancia– del esquema iusnaturalista heredado se encuentra en el fundamento del sistema expuesto, que en el kantismo, como se ha explicado, no es ya la creación del ser humano a imagen y semejanza de Dios sino una idea abstracta, aunque no menos trascendente, de *dignidad de la persona*, concepto éste que pasa a ser situado en el terreno estricto de la ética<sup>133</sup>. Ya no se entiende la *persona* como un ente realmente existente, como todavía la había concebido el propio Locke, sino como una cualidad ética atribuible a todo individuo que exige, como ya se ha visto, que sea tratado con arreglo a su condición de ser racional (capaz de arbitrar su propia norma de conducta), esto es, como fin en sí mismo y no como objeto del arbitrio ajeno.

La idea según la cual el ser humano es un fin en sí mismo es convertida en la escuela kantiana en la clave de bóveda de la llamada “ciencia” del Derecho Natural. En las palabras del autor kantiano Abicht, “todo hombre tiene un derecho absoluto a la determinación personal, es decir, a ser él un fin en sí mismo y, como tal, a determinar él

---

<sup>132</sup> De este modo, aun en los términos abstractos de una ciencia que pretende ser estrictamente racional y que trata, por ello, de huir de toda concreción propia de la praxis jurídica, estamos, con toda evidencia, ante los mismos elementos configuradores del sistema de justicia conmutativa propio de la tradición de la escolástica y del iusnaturalismo. Si en la justicia conmutativa escolástica no hay lugar a juicios de virtud o de mérito, en el sistema de protección de la igualdad propio la escuela kantiana se persigue una pura coexistencia formal de arbitrios –esto es, de elecciones racionales efectuadas por cada agente– igualmente desligada de los propósitos o fines perseguidos por cada uno de ellos. En ambos casos, el sistema de protección jurídica individual está al servicio de una previa esfera de libre realización personal, tanto espiritual como material, que ha de ser preservada en su integridad de la injerencia de otro. Debe tenerse en cuenta que, en la metafísica kantiana, hay, como en la aristotélica, una base racionalista. En Kant, la determinación para la acción no se encuentra en el objeto (como en la concupiscencia) sino en la razón del sujeto, a la que se llama arbitrio. El arbitrio implica la conciencia de ser capaz de producir el objeto a través de la propia acción. Hay dos clases: (i) el libre arbitrio, que es determinado por la razón pura, y (ii) el determinado por la inclinación. En el libre arbitrio la razón pura pasa a ser razón práctica sometiendo la máxima de cada acción a las condiciones de aptitud para convertirse en ley universal. A esas leyes de libertad se las llama “leyes morales”. Estas son, a su vez, jurídicas si son externas y se examina su conformidad con la ley. Para Kant, las leyes morales no están tomadas, como las naturales, de la observación ni de la percepción del mundo. Se basan en la razón, que impone una determinada manera de obrar aun cuando todavía no se haya producido ningún caso o ejemplo. No tienen en cuenta, asimismo, la ventaja que la acción puede proporcionarnos –y que solo la experiencia humana puede evidenciar–. Se basa, pues, en principios universales *a priori*. Por eso es posible una metafísica de las costumbres (o del obrar moral) ya que hay la posibilidad de un sistema de conocimiento *a priori* por puros conceptos. Vid. KANT, I., *La metafísica...cit.*, pp. 16 a 21.

<sup>133</sup> Dicho de otro modo: lo que Aristóteles formula como abstracción de consideraciones sobre la virtud (el acto es justo si da lo suyo, sin ponderar la intención del sujeto) Kant lo entiende como abstracción del contenido de la elección (el arbitrio), esto es, con independencia del fin perseguido. Se produce, así, un tránsito de la (aristotélica) igualdad en las transacciones a la (kantiana) igual libertad individual, que debe asegurar que la elección o arbitrio de un individuo coexista con la libertad de todos.

personalmente los fines que debe alcanzar y la idoneidad de los medios que ha de buscar para alcanzar sus fines”. O en las utilizadas por otro autor de la escuela, Jakob Fries, “[t]oda persona tiene un valor absoluto, que es su dignidad, y ella existe como fin en sí misma, de modo que, por mediación de la propia dignidad, cada persona tiene un valor absoluto, igual a cualquier otra”<sup>134</sup>.

El fundamento de la igual protección formal de la esfera de realización de cada individuo no se encuentra, por tanto, al menos directamente, en la máxima “*neminem laede*”. Esta constituye una regla general de comportamiento que deriva de la dignidad pero no explica por sí misma su razón de ser. Es la idea de “*honeste vive*”, que comprende la obligación de contemplar a todo ser humano (empezando por uno mismo) como un fin en sí mismo, la que fundamenta una auténtica prohibición de instrumentalización. Admitir que un individuo pueda utilizar la coacción para poner los derechos de otro (ya recaigan sobre bienes espirituales, intermedios o materiales) a su servicio sería, desde la perspectiva kantiana, tanto como atribuirle la facultad de convertir arbitrariamente a ese otro –que debe ser considerado su igual- en un mero instrumento de sus fines particulares –estimándolos de mejor condición para ser realizados sobre esos bienes-<sup>135</sup>. Como señalaba el propio Kant, si, a la postre, tal situación resulta inevitable –esto es, si, por cualquier circunstancia, se verifica la injerencia de uno en la esfera de otro- el orden social debe asegurar, en todo caso, la restitución del estado previo. Entra, así, en juego el tercer principio de la doctrina kantiana del Derecho: dar a cada uno lo suyo (“*suum cuique tribue*”), la regla definitoria de la justicia conmutativa.

#### **2.4. La coacción jurídica legítima: el estado de necesidad y la acción social del poder público como anomalías**

“La resistencia que se opone a lo que obstaculiza un efecto fomenta ese efecto y concuerda con él”<sup>136</sup>. Esta idea, asentada en el ejercicio de la razón *a priori* (esto es en un juicio racional que no incurre en contradicción formal y que no deriva de la experiencia), sirve de fundamento, en la *Metafísica de las Costumbres*, tanto a la noción del Derecho en cuanto ejercicio legítimo de la coacción frente a una agresión injusta como a la paralela negación de cualquier otra forma de coacción (pública o privada) que no se vea guiada por esa particular finalidad.

<sup>134</sup> Tomo ambas citas de CARPINTERO BENÍTEZ, F., *La cabeza...cit.*, p. 45. !

<sup>135</sup> Vid. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbre*, Ediciones Encuentro, Madrid, ! 2003, p. 68. !

<sup>136</sup> KANT, I. *La metafísica...cit.*, p. 40. !

El Derecho es, para Kant, un sistema de “coacción recíproca universal” basado en la justicia conmutativa. Quien usa la coacción para entrometerse en la esfera de otro, privándole indebidamente de su ámbito de libertad, puede ser repelido a través de una coacción de signo contrario, que, al proteger los derechos que se hallan en peligro, asegura el adecuado ejercicio de dicha libertad<sup>137</sup>. La coacción que se opone a la agresión (“en tanto que obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad”) es, por ello, conforme a Derecho. Se admite la coacción favorable a la libertad, esto es, la que se ejerce contra aquel que comete una agresión injusta, lo que hace perfectamente viable, en la visión kantiana, tanto el ejercicio individual de la “legítima defensa” (coacción privada frente a la agresión injusta) como el ejercicio público de los poderes de policía (coacción pública frente a esa misma agresión). El individuo que usa la coacción para repeler una agresión actúa en defensa de la libertad. El daño que, de este modo, causa a su agresor es, por ello, justo (conforme a Derecho) y no ha de ser reparado. Lo mismo ocurre con el Estado que daña para evitar una agresión (o para corregirla y castigarla). La legítima defensa y los poderes públicos “de policía” son, por ello, las caras de una misma moneda, dos formas posibles (*autotutela* y *heterotutela*) de ejercer una coacción legítima.

La admisión de ambas instituciones (*Estado protector* y *legítima defensa*) es plenamente conforme al principio de no contradicción. En ambos casos, puede decirse, en última instancia, que el agresor, al negar la libertad del otro, es la única causa de su propio daño. No solo es aceptable que sea sometido una coacción tendente a evitar o reparar la agresión injusta sino también que sea castigado por el poder público con la misma pena que el agresor ha asumido para sí al considerarla apropiada para quien es su igual –debe, pues, sufrir el mismo mal que ha decidido causar al otro, conforme al modelo del talión-<sup>138</sup>. El Estado kantiano es, pues, un poder público que está habilitado para inspeccionar, proteger y castigar, siempre en función de la existencia de una agresión injusta, y que ha de tener una hacienda propia, a la dotación de la cual han de contribuir los individuos a los solos efectos de cumplir esas concretas funciones protectoras<sup>139</sup>.

La coacción fundada en la necesidad, sea individual o colectiva, resulta, en cambio, inviable. El daño infligido en situación de “estado de necesidad” es el producto

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 41. El individuo que ejerce la coacción sobre otro niega a su igual la condición de fin en sí ! mismo y le convierte en instrumento de su propio arbitrio, esto es, en un mero medio para alcanzar sus ! fines. !

<sup>138</sup> Vid. KANT, I. *La metafísica...cit.*, pp. 168 y 169. !

<sup>139</sup> Vid. KANT, I. *La metafísica...cit.*, p. 158. !

de una coacción ejercida contra quien no ha cometido un acto de agresión injusta. Admitirla es incurrir en una contradicción con el fundamento del Derecho mismo (que es proteger la libertad). De igual modo, el uso coactivo del poder público para poner los bienes de unos en manos de otros es igualmente contrario a la idea de Derecho, pues esa forma de coacción tampoco se basa en la existencia de una agresión previa. En ambos casos, la víctima del daño se ve instrumentalizada: en el estado de necesidad, por aquel que trata de evitar el daño propio (del que el individuo sacrificado no es causa); en la actuación redistribuidora del poder público, por el Estado mismo, que pone a unos individuos al servicio de los fines de otros.

El principio de “no contradicción” no admite otra conclusión. Si la regla “*neminem laede*” es un principio del Derecho Natural que se deduce del puro ejercicio del a razón *a priori*, al margen de toda experiencia, su valor ha de ser absoluto. Ninguna circunstancia concreta determinada por la experiencia –como la situación material de necesidad- puede eliminar la validez de esa regla universal<sup>140</sup>. Y si, desde el punto de vista jurídico, el daño en estado de necesidad resulta inadmisibile, desde el punto de vista moral tampoco puede ser aceptado, pues es radicalmente contrario al “imperativo categórico”. Conforme a este, la acción moralmente buena es la que se realiza con la sola finalidad de cumplir con el deber determinado por la razón conforme a una máxima universal. No puede estar condicionada a la obtención de una ventaja. Quien actúa en estado de necesidad realiza, en cambio, una acción contraria al deber determinado por la razón (no dañar a otro) siguiendo un “imperativo hipotético” conforme al cual la acción resulta buena solo en cuanto permite obtener una ventaja determinada (salvar el bien de valor mayor)<sup>141</sup>. El móvil del acto no es el deber mismo. La acción resulta inmoral, pues el que la realiza se ha convertido, con ello, es esclavo de su deseo: no se ha tratado a sí mismo como *fin*.

No obstante, consciente de la innegable operatividad práctica del estado de necesidad y de la beneficencia pública, la doctrina kantiana del Derecho trata de explicar ambas instituciones de un modo compatible con el principio de no contradicción. En el caso extremo del que mata a otro para salvar su propia vida (o, incluso, la vida de

---

<sup>140</sup> En esto el kantismo lleva a su máxima expresión el cambio de paradigma que la Escuela de Derecho Natural representó en relación con la escolástica. Frente al modelo racional aristotélico, el arquetipo racional de la filosofía crítica, con su razón “geométrica” que se funda únicamente en deducciones abstractas, hace que el principio de Derecho Natural, en cuanto obtenido por la razón *a priori*, tenga una validez universal, sin excepción posible.

<sup>141</sup> Vid. KANT, I., *Fundamentación...cit.*, p. 48.

muchos), el acto es, sin duda, ilícito pero no puede ser castigado, ya que no hay pena alguna que pueda disuadir al necesitado de cometer la agresión injusta<sup>142</sup>. En otras palabras: no se puede amenazar con la muerte a quien actúa justamente para evitarla<sup>143</sup>. En el caso de la beneficencia, Kant trata de presentar la institución como un ejercicio histórico de la justicia conmutativa. Los ricos deben entregar una parte de sus bienes a los pobres porque, a través de ese acto, se repara una "injusticia universal" en la que, en un momento dado, alguien tomó más de lo que le pertenecía, apropiándose de lo que era de otro <sup>144</sup>.

Más allá de estas artificiosas explicaciones, el personalismo kantiano tiene una repercusión clara sobre la concepción del Estado: no cabe más poder público que un *Estado-policía* cuya estricta misión es proteger los derechos de los ciudadanos -de forma que estos puedan realizar su arbitrio (libertad) sobre su propia esfera de bienes, conforme al paradigma de justicia conmutativa-. Ninguna otra manifestación de la coacción estatal es admisible. No es aceptable, en particular, que el poder público arrebatase bienes a los particulares para emplearlos de un modo que contribuya a obtener una sociedad más próspera y feliz. Bajo la doctrina kantiana del Derecho, radicalmente contraria a todo eudemonismo, ni siquiera puede explicarse satisfactoriamente el ejercicio del poder de expropiación forzosa para realizar una obra pública. Mucho menos que el Estado prive de un bien a una persona para dárselo a otra que tenga una mayor necesidad de utilizarlo o que pueda darle un uso más provechoso para la comunidad en su conjunto.

El personalismo (radical) kantiano supone, de este modo, la negación de normatividad de la necesidad y, en tal sentido, la negación de la idea misma de *sacrificio* legítimo, sea éste el sacrificio privado característico de la cláusula de estado de necesidad o el sacrificio público verificado al amparo de una cláusula *social*. Si un daño de este tipo, causado por un particular o por el poder mismo, resulta indemnizable lo es en atención

---

<sup>142</sup> Un tipo de argumentación claramente funcionalista, que defiende que la pena no se imponga por su inutilidad a efectos preventivos, no porque el autor del hecho ilícito no la merezca.

<sup>143</sup> Vid. KANT, I. *La metafísica...cit.*, pp. 45 y 46.

<sup>144</sup> En las *Lecciones de Ética*, Kant explica que el ser humano está situado en un mundo natural en el que Dios, sabiamente, ha provisto lo necesario para todos. En su opinión, si todos se limitaran a cumplir su deber de servirse de lo que les corresponde, nadie tendría que sufrir por falta de sustento. De ahí que su explicación de la beneficencia sea la pura justicia conmutativa. Si hay indigentes es porque existe una injusticia universal por la que algunos se han apropiado de más de lo que les corresponde. De ahí que practicar la caridad con el indigente, dándole aquello que nos sobra, sea un acto por el que reparamos nuestra cuota de participación en la injusticia universal. Vid. KANT, Immanuel, *Lecciones de ética*, Crítica, Barcelona, 1988, pp. 237-238.

a su carácter ilícito (como negación de la libertad), sin que se diferencie, por ello, de cualquier agresión dolosa. El daño sacrificial, como tal, carece de toda sustantividad. Como cualquier otro daño que se impone en los bienes de otro ser humano, supone tratar al agredido no como un fin en sí mismo sino como medio para alcanzar los fines del agresor<sup>145</sup>.

### III. EL DERRUMBE DEL PERSONALISMO RADICAL. LA CRÍTICA DECIMONÓNICA AL KANTISMO Y AL CONTRACTUALISMO

#### 3.1. La reacción anticontractualista y antikantiana del siglo XIX

Frente a las ideas estructurales del personalismo radical, la tendencia intelectual del siglo XIX es, desde su mismo inicio, rechazar desabridamente los dos caminos teóricos que habían sido emprendidos por el pensamiento ilustrado. Se critica con dureza tanto el ejercicio puramente abstracto de la razón *a priori* -incompatible con la idea de un Derecho basado en la experiencia jurídica real y no en meros conceptos formales- como el ingenuo recurso a la ficción del ‘contrato social’ -que es contemplada como una creación puramente intelectual, manifiestamente ajena al auténtico curso de los acontecimientos históricos y a las leyes naturales que rigen, en última instancia, el comportamiento social del hombre, leyes que implican, necesariamente, según pasa a entenderse en este momento, relaciones de jerarquía, subordinación y mando-.

Tras las dos críticas late, en cierto modo, el espíritu de toda una época. Cada una de ellas puede servirnos, por ello, para explicar la nueva senda que en el siglo XIX toma la concepción del Estado y del Derecho en relación con el problema sacrificial. Una senda que supone, a la postre, el completo abandono del personalismo.

#### 3.2. Crítica al kantismo y reacción antirrevolucionaria

La crítica al “egoísmo” kantiano tendrá, en el primer tercio del siglo XIX, una gran virulencia. Nacen en ese momento movimientos políticos y filosóficos de signo reactivo, marcados por el repudio de la traumática experiencia de la Revolución Francesa<sup>146</sup>. Siguiendo las penetrantes reflexiones realizadas en Inglaterra por Burke, los

<sup>145</sup> Vid. KANT, I., *Fundamentación...cit.*, p. 68.

<sup>146</sup> Certeramente y con bellísima prosa García de Enterría definió el espíritu del proceso revolucionario, contra el que reacciona el conservadurismo del temprano siglo XIX, con la siguiente frase: “una embriaguez de omnipotencia, de la infinitud de posibilidades que la libertad abría, de esperanza sin límites, se extendió por doquier”. De hecho, como el propio autor cita, Tocqueville había hablado de la Revolución como el único momento “en que el hombre ha creído en su omnipotencia”, siendo ese signo mesiánico, de revolución casi religiosa más que política, reivindicativa de un apostolado universal, lo que,

intelectuales continentales ven en el proceso revolucionario francés la deriva de un racionalismo puramente abstracto<sup>147</sup>, desvinculado de la realidad histórica y social de cada pueblo<sup>148</sup>. La visión iusnaturalista kantiana –y, con ella, su concepción de la libertad y de la autonomía individuales como fundamento exclusivo del Derecho y del Estado– queda, así, estigmatizada.

En el ámbito germánico, la severa crítica al kantismo como supuesta matriz intelectual de la experiencia revolucionaria, se hace explícita en el idealismo hegeliano, como filosofía acorde al espíritu romántico que impera en el momento<sup>149</sup>. Para Hegel el patrón kantiano “ha producido fenómenos en los cerebros y en la realidad, cuyo horror sólo tiene un paralelo con la superficialidad del pensamiento en el cual se fundan”<sup>150</sup>. El error de partida del pensamiento iusnaturalista, plasmado en la Revolución Francesa, es tratar de construir el Estado desde su misma base, al margen de su realidad, con la

---

en opinión del propio Tocqueville, generó una inquietud tan profunda en sus contemporáneos. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 22 a 27.

<sup>147</sup> El propio Burke, con su prosa sugestiva, retrató bien tanto la crítica a este racionalismo como la apuesta política alternativa, por él defendida, de armonizar prudentemente la libertad con la salvaguarda de otros bienes como la moral, la religión, la paz y el orden cuando recurre al Quijote para caricaturizar a quienes apelan a la libertad desde un punto de vista abstracto. Así, el valor de las instituciones depende no sólo de su fundamento racional sino también de las circunstancias, pues “[s]on las circunstancias, esas circunstancias que algunos caballeros pasan por alto, las que en realidad dan a todo principio político su matiz peculiar y su particular efecto. Son las circunstancias las que hacen a los sistemas civiles y políticos benéficos o dañinos para la Humanidad. Hablando en abstracto, el Gobierno y la libertad son buenos. Pero ¿hubiera podido yo elogiar con sensatez a Francia hace diez años por tener un Gobierno (porque entonces, en efecto, tenía uno) sin meterme a averiguar cuál era su naturaleza y cómo funcionaba? ¿Puedo yo hoy felicitar a esa nación por su libertad? Porque la libertad sea, indudablemente, en principio, uno de los grandes bienes de la Humanidad ¿podría yo felicitar, seriamente a un loco que se hubiera escapado del retiro protector y de la saludable oscuridad de su celda porque ha vuelto a disfrutar de la luz y de la libertad? ¿Felicitaré a un salteador de caminos reales o a un asesino escapado de la cárcel porque han recobrado sus derechos naturales? Eso sería volver a empezar la historia de los criminales condenados a galeras y de su heroico libertador, el metafísico caballero que auxiliaba a los oprimidos”. Y, acto seguido, señala el nuevo rumbo político conservador al decir que “[y]o hubiera suspendido mis felicitaciones a Francia por su nueva libertad hasta que me hubiera dado cuenta de cómo tal libertad se adecuaba con el Gobierno, con la fuerza pública, con la disciplina y la obediencia de los ejércitos, con la percepción y buena disposición de los impuestos, con la moralidad y la religión, con la raigambre la propiedad, con la paz y el orden, con las costumbres privadas y públicas. Todas estas cosas son también bienes a su modo, y si llegan a faltar, ni la libertad es un beneficio ni tendrá la fortuna de durar mucho tiempo”. Vid. BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 34 a 35.

<sup>148</sup> DíEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, pp. 10 y ss.

<sup>149</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 33.

<sup>150</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho*, Universidad Autónoma de Méjico (Dirección General de Publicaciones), Méjico D. F., 1975, p. 29.

consiguiente “ruina de todo lo que existe y es dado”, haciendo “de esta tentativa un acontecimiento demasiado terrible y cruel”<sup>151</sup>.

Frente al individualismo kantiano, fundado en la autonomía, el idealismo de Hegel representa, con su afán totalizante, la exaltación del Estado como materialización histórica de un ideal de unidad ajeno a cualquier fundamentación racional precisa. La libertad se entiende de un modo heterónomo, presidido por los deberes que impone la necesaria subordinación al todo. Escribe, así, Hegel en su *Filosofía del Derecho* que “[e]sta unidad sustancial como absoluto e inmóvil fin de sí mismo, es donde la libertad alcanza la plenitud de sus derechos, así como este fin último tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber supremo es el de ser miembros del Estado”<sup>152</sup>. En contraste con el iusnaturalismo kantiano, el Estado pasa a ser entendido como un poder superior al que están subordinados todos los intereses individuales. Sólo en la contribución a la realización de los fines del Estado tienen los individuos verdadera libertad.

Desde la perspectiva del idealismo, el Estado ya no puede ser puramente protector, puesto que es un ideal ético que abarca todos los ámbitos de la vida social y humana (también la moral, la religión, la economía, la cultura...) que solo a través del Estado pueden alcanzar su perfeccionamiento. Un poder público estrictamente protector es, así, una idea aberrante, que disuelve al Estado mismo, como unidad, en un concepto distinto y disperso, el de sociedad civil, como si la misión del Estado fuera “dejar hacer” su propio arbitrio a las partes que lo componen en lugar de conducir armónicamente a tales partes al cumplimiento de la misión que les corresponde en relación con el todo. Para Hegel, “[s]i se confunde el Estado con la sociedad civil y su determinación se pone en la seguridad y protección de la libertad personal se hace del interés de los individuos como tales, el fin último en el cual se unifican; y en ese caso, ser miembro del Estado cae dentro del capricho individual. Pero el Estado tiene una relación muy distinta con el individuo; el individuo mismo tiene objetividad, verdad y eticidad sólo como miembro del Estado, pues el Estado es Espíritu Objetivo. La unión es el verdadero contenido y fin [...]”.

Del idealismo hegeliano, y de su oposición frontal al iusnaturalismo kantiano, arranca la críptica tendencia germánica a la mistificación del Estado como unidad orgánica y espiritual. Siguiendo la estela hegeliana, el primer fundamento de ese poder

---

<sup>151</sup> HEGEL, G. W. F., *Filosofía...cit.*, p. 247.

<sup>152</sup> HEGEL, G. W. F., *Filosofía...cit.*, pp. 249 y 250.

público totalizante será el principio monárquico (que, como realización política, pervivirá en Alemania hasta 1918, con la caída del Imperio)<sup>153</sup>. La teoría del Estado como unidad alcanzará su culminación intelectual en la obra de Georg Jellinek, que conseguirá desligar definitivamente una idea unitaria del Estado-persona de su encarnación en la figura del monarca. En cualquiera de estas concepciones pesa, en todo caso, una carga nacionalista apenas disimulada desde su mismo origen. El propio Hegel, con su característica oscuridad, dibuja en su *Filosofía del Derecho* un cuadro idealizado del “mundo germánico” como síntesis salvadora frente a la decadencia del mundo romano o latino. Un ideal comunitario que el Estado alemán debe encarnar<sup>154</sup>. La semilla del comunitarismo autoritario y nacionalista está aquí sembrada<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> En la línea hegeliana, el Estado de Derecho “cristiano” fundando en el principio monárquico, representado por las ideas F. J. Stahl, es ya “una doctrina esencialmente antifilosófica, en el sentido de que rechaza la pretensión de corregir lógicamente o especulativamente la irracionalidad de la Revelación”. La utilización de la razón parte del reconocimiento previo de la realidad empírica del Derecho como “mediación entre la ética de la comunidad y la moral”. En ese marco, no hay derechos individuales sino “derechos del individuo en cuanto miembro de un particular sistema social”. Los derechos individuales están subordinados, por tanto, a la función que cumplen, en el seno de la ética del colectivo. Vid. RIDOLFI, Giorgio, “Lo Stato di Diritto Cristiano. Riflessioni sulla filosofia giuridica di Friedrich Julius Stahl”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 45, Giuffrè Editore, 2016, pp. 33 a 44. Según describe Jellinek, el Estado es para Stahl un reino ético espiritual que descansa sobre la ordenación y el mandamiento divino. Y no sólo el Estado en general es institución divina, sino la Constitución y las personas que de un modo concreto ejercen la autoridad [...] por medio de la Providencia. Por tanto, sólo las Constituciones que descansan sobre fundamentos históricos se apoyan en la ordenación divina, en tanto que los principios revolucionarios, esto es, aquellos que quieren fundar el Estado sobre la personalidad humana, son contrarios a la divinidad. Prácticamente, estas ideas estaban encaminadas a modernizar el antiguo pensamiento teórico en interés del partido conservador prusiano”. Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. 266.

<sup>154</sup> En sus palabras “el Espíritu reprimido en sí en el extremo de la negatividad absoluta, en el momento crítico que es en sí y para sí, comprende la positividad infinita de su interioridad, el principio de unidad de la naturaleza divina y humana, la reconciliación de la verdad objetiva y de la libertad aparecida dentro de la conciencia de sí y de la subjetividad; reconciliación cuyo cumplimiento es asignado al principio nórdico de los pueblos germanos”. HEGEL, G. W. F., *Filosofía...cit.*, p., 34. La misión jurídica del pueblo alemán en pos de la unidad –frente a la separación individualista entre la persona y la sociedad propia del mundo latino- es expresada enfáticamente por autores como Gierke, que afirma que “[n]osotros no podemos romper con el gran pensamiento germánico de la unidad de todo Derecho sin abandonar nuestro porvenir. [...] Necesitamos un Derecho público que sea todo el Derecho; que establezca una relación de reciprocidad entre el todo mismo y sus partes, entre la comunidad más elevada y toda otra asociación más reducida, entre la comunidad y el individuo”, de modo que aparezca no “el Derecho alemán con su vestidura medieval sino el Derecho alemán, en su contenido ideal inmortal”. Por esto “en el acto de la lucha del por el derecho del porvenir, hay una lucha entre la naturaleza del Derecho romano y del Derecho germánico”. “Todos los pueblos cultos tienen participación en ello; sin embargo, en este instante, ningún pueblo como el alemán tiene misión más elevada y deberes más serios”. Vid. GIERKE, *La función...cit.*, pp. 13, 15 y 37.

<sup>155</sup> No es de extrañar que Hegel critique con dureza la división de poderes, como contraria a la unidad, y exalte, en cambio, al monarca constitucional, con las prerrogativas inherentes al principio monárquico, como encarnación de la totalidad. Vid. HEGEL, G. W. F., *Filosofía...cit.*, pp. 249 y 250. La separación de poderes aparta al Estado de su necesaria unidad, presentando cada uno de los poderes como amenazas –esto es, como males potenciales- que sólo pueden resultar beneficiosos si, con la limitación recíproca, alcanzan un difícil equilibrio. Ese régimen de prevención y desconfianza genera una lucha entre los

En la órbita cultural francesa, la reacción antirrevolucionaria da lugar a un movimiento político intelectualmente más sólido, el doctrinarismo, que, apelando a las instituciones tradicionales -y singularmente a la monarquía- como el mejor antídoto frente a los excesos revolucionarios, trata, al mismo tiempo, de asumir, de forma gradual, la nueva realidad política y social de la agenda burguesa. Este liberalismo doctrinario o moderado marca la construcción del primer *Estado liberal- conservador* del siglo XIX. De este modo, el Estado puramente protector, auspiciado por el personalismo radical, no será más que un planteamiento intelectual de filosofía política, que no tendrá plasmación práctica. El primer Estado del siglo XIX, como síntesis del individualismo liberal con el principio monárquico, estará dotado de la capacidad sacrificial que exijan las necesidades del momento, siempre orientadas, no obstante, a promover prudentemente el progreso económico en el marco de las instituciones tradicionales y de las nuevas libertades individuales, especialmente del derecho de propiedad.

En el ámbito jurídico, esta tendencia conservadora es claramente visible en la escuela histórica del Derecho. En el seno más profundo de este movimiento, los elementos estructurales siguen siendo, en última instancia y como evidencia la obra de Savigny<sup>156</sup>, los kantianos (pues se parte de la autonomía del individuo y la libertad individual). Pero la idea sobre la fuente de esos elementos estructurales es bien distinta a la kantiana, pues no se encuentra ya en la razón *a priori* sino en una evolución histórica determinada. No hay, por ello, un poder ciudadano soberano que pueda legislar con base a la razón (codificación)<sup>157</sup>; la razón sirve sólo para indagar en las estructuras

---

poderes del Estado que son enfrentados hasta que uno de ellos se impone, convirtiéndose en hegemónico, restaurando, con ello, la unidad y salvando, en definitiva “lo únicamente esencial: la existencia del Estado” (*ibidem*, pp. 269 y 270). Frente a esa idea de un poder fragmentado y disperso en la persona del monarca “los distintos poderes son reunidos en una unidad individual que es la culminación y fundamento de la totalidad”. Y esta realización plena de la soberanía no puede ser criticada desde el punto de vista del origen popular del poder (la pretendida soberanía popular o del pueblo) pues “[e]l pueblo considerado sin su monarca y sin la organización necesaria y directamente ligada a la totalidad, es la multitud informe que no es Estado y a la cual no le incumbe ninguna de las determinaciones que existen sólo en la totalidad hecha en sí [...]” (*ibidem*, p. 280). “En un pueblo [...] pensado en su totalidad desenvuelta en sí, verdaderamente orgánica, la soberanía existe como la personalidad de la totalidad y esta personalidad en la realidad adecuada al propio concepto, existe como persona en el monarca”. Ideales de totalidad expresados en un liderazgo individual, encarnación de la unidad del Estado, que, tras el desmoronamiento del Imperio Alemán tras la Gran Guerra serán proyectados por el comunitarismo nacionalista sobre la figura de un líder autoritario, primero el presidente de la República (conminado a utilizar los poderes “dictatoriales” de la Constitución de Weimar más allá de sus límites formales para realizar, con ello, la verdadera Constitución del pueblo alemán) y después, como es conocido, el caudillo del pueblo alemán que llevó a su nación a la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial.

<sup>156</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., *La lengua...cit.*, p. 95.

<sup>157</sup> La amenaza que suponía la nueva visión de la ley como producto racional del arbitrio de la autoridad plasmado en la legislación fue así asumida no sólo por los pensadores políticos (Burke) y juristas (Coke) del ámbito del *common law* sino también por la escuela histórica del Derecho, singularmente por Savigny,

tradicionales (heredadas) que preservan la libertad. Es el pueblo, por tanto, el que legisla históricamente (como fenómeno de hecho y no como colectivo que ejerce una razón legisladora) formando de modo natural ciertas instituciones, sin que una mayoría social, invocando su capacidad racional, puede sustituirlas por nuevas normas de conducta.

Desde estas ópticas reactivas, el kantismo pasa a ser visto como un “egoísmo juicioso”<sup>158</sup>, que resulta inservible para satisfacer las necesidades humanas de la época,

---

que, en la famosa polémica con el kantiano Thibaut, advirtió sobre los peligros del nuevo paradigma. En el seno de dicha polémica, el maestro alemán previene, ya en 1814, frente a la idea de una organización racional substitutiva del “natural desenvolvimiento de los pueblos y de las instituciones” en desprecio de “aquello que la historia produce de más saludable y provechoso”. Vid. SAVIGNY, F., *De la Vocación de nuestro siglo para la jurisprudencia y para la ciencia del Derecho*, Comares, Granada, 2008, pp. 10 y 11. En esta obra se puede sentir una temprana crítica al racionalismo constructivista y a su confianza en que las instituciones tradicionales pueden ser eficazmente sustituidas por un Derecho pensado *ex novo* mediante el ejercicio de la razón plasmada en códigos autosuficientes que “debían estar completamente libres de toda histórica influencia, y por obra de una solemne y extraña abstracción, debían adaptarse a todos los pueblos y a todos los tiempos” (*ibidem*, p. 11). No obstante, Savigny se felicita de que tal postura tiene cada vez menos apoyo Alemania, que parece distanciarse “aquellas arrogancias infundadas”. Se queja igualmente de la opinión general según la cual el origen del Derecho positivo está en la “potestad suprema del Estado”, de modo que “el contenido de la legislación misma, igual que el de la ciencia del Derecho es completamente accidental y variable” (*ibidem*, p. 12). Frente a esto, Savigny sostiene que el Derecho no procede del arbitrio de un gobernante (*ibidem*, pp. 14 y 15). En realidad, considera (en una línea que recuerda poderosamente al pensamiento de Hayek sobre el surgimiento espontáneo del “orden extenso”) que el Derecho, en su fase primitiva de gestación, ni siquiera estuvo verbalizado como regla. Las normas jurídicas, como el lenguaje y la religión del pueblo, nacen “espontáneamente de las costumbres, sin arbitrio ni designio preconcebido” (*ibidem*, p. 16). El Derecho así gestado es “Derecho Natural”, en cuanto surge espontáneamente, pero no deriva de la razón sino de la evolución histórica del pueblo. Todo Derecho tiene, así, su origen en los usos y costumbres adoptados espontáneamente por el pueblo “en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador”, esto es, “sin arbitrio ni designio preconcebido”. El historicismo lleva, así, a un iusnaturalismo crítico o evolutivo (conservador), esto es, a un Derecho Natural compuesto de un elemento político, determinado espontáneamente por el pueblo, y un elemento técnico, que permite que el Derecho científico de los juristas perfile las instituciones tradicionales con una actividad racional de descubrimiento y perfeccionamiento de los principios naturales insertos en las instituciones. No hay una actividad jurídica racional “constructiva”, esto es, llamada a crear las instituciones, sino una actividad de indagación técnica en instituciones preexistentes. Advierte, por ello, sobre “el peligro que inevitablemente se correría cuando la condición de un conocimiento defectuoso y sin fundamento resulta determinada por una autoridad completamente exterior” (*ibidem*, p. 40).

<sup>158</sup> Pero aún como egoísmo, el kantismo se revela como una filosofía estéril, irrealizable en la vida real. Ihering expresa su oposición al kantismo no sólo por su egoísmo moral sino también por su irrealizabilidad práctica: “[s]u concepto del deber contiene el postulado de autoenajenación absoluta: el hombre debe cumplir el deber sin ninguna relación consigo mismo, es decir no por un fin (motivo) subjetivo, sino en virtud del fin objetivo. El imperativo categórico de Kant, en el que se apoya toda su doctrina moral, exige a la voluntad que se ponga en movimiento sin interés de ninguna clase, movida simplemente ‘por el principio formal de la volición en general, sin tener en cuenta en ello el efecto esperado’. [...] El compasivo no debe apiadarse de los pobres en razón de un impulso de compasión, el fiel al deber no cumplirá el deber por causa de la paz interior; el mero respeto ante el concepto formal de la legalidad debe ser el único motivo. [...] ¡Ojalá se pudiera! Se podría esperar igualmente hacer avanzar un carro de carga por medio una lección de teoría del movimiento como a la voluntad humana por medio del imperativo categórico ¡Éste se desliza en ella sin dejar huellas! Si fuese la voluntad una potencia lógica, tendría que ceder a la coacción del concepto, pero es un ser muy real, hace falta una presión real para ponerla en

pues concibe el Derecho como un mero abanico de libertades individuales independientes -que deben ser maximizadas aunque provoquen resultados moralmente inasumibles (al menos desde una óptica moral que admite la existencia de obligaciones de auxilio y solidaridad hacia otros, basadas, por ejemplo, en el principio cristiano de amor al prójimo)-<sup>159</sup>. El kantismo descansa exclusivamente en la *autonomía* del individuo, que sólo puede ser limitada para preservar la autonomía del otro. Concibe a los seres humanos como átomos independientes, con esferas de libertad determinadas, en plástica expresión de Ihering, “según la manera de las jaulas del parque zoológico, para que las bestias no se devoren unas a otras”<sup>160</sup>. Carece de toda formulación de obligaciones positivas en relación con los demás y rechaza, desde luego, la idea de un deber general de auxiliar a los que se encuentran en situación de necesidad que no venga impuesto por el ejercicio individual (esto es, en el seno de la autonomía moral de cada individuo) de la razón *a priori*.

En otras palabras, el Estado kantiano no puede organizarse de acuerdo con un principio moral de solidaridad<sup>161</sup>. Las posiciones político-jurídicas que, según avanza el siglo, van defendiendo un Estado más comprometido con los sectores sociales desfavorecidos, bien desde un paternalismo conservador, bien desde un socialismo ligado a la lucha obrera, reaccionarán también contra la noción puramente negativa y abstracta de las libertades y derechos individuales propia del personalismo radical, y muy especialmente contra la sacralización del derecho de propiedad.

---

movimiento. Esta presión real es para la voluntad humana el interés”. Vid. IHERING, R., *El fin...cit.*, pp. 28-29.

<sup>159</sup> Sobre la visión de la época de la oposición entre el principio kantiano y el principio cristiano. Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 73.

<sup>160</sup> Vid. IHERING, R., *El fin...cit.*, p. 255. Es la crítica decimonónica a la concepción “atomista” del personalismo radical en una de sus formulaciones más plásticas: “el error fundamental de la doctrina del derecho natural (individualista) del siglo pasado, de que el Estado y la sociedad se podrían edificar desde el punto de vista del individuo. La teoría del derecho natural sostiene que el individuo es la piedra angular de todo el derecho y el Estado. Según ella existe simplemente por sí mismo, un átomo sin otro objetivo vital que el de afirmarse junto a los otros incontables átomos. Para poder esto, procede, según la fórmula kantiana, de la compatibilidad de la propia libertad con la libertad de los demás. El Estado y el derecho solamente tienen la misión de realizar esta fórmula, es decir impedir la transgresión de la libertad del otro —una limitación de las esferas de libertad según la manera de las jaulas del parque zoológico, para que las bestias no se devoren unas a otras. Con esta actitud puramente negativa se ha logrado todo lo necesario; en lo demás esos individuos no tienen nada que hacer; el Estado y el derecho han cumplido su misión plena con el cordón de seguridad que han formado a su alrededor”. La crítica de la visión del ser humano es recurrente. También Gierke habla de la “atomista e ideal sociedad” del iusnaturalismo individualista, celebrando que “en ninguna parte de Europa y menos aún en suelo alemán se ha realizado ni mucho menos el antisocial programa de la teoría abstracta”. Vid. GIERKE, O., *La función...cit.*, p. 11.

<sup>161</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, pp. 67 a 69.

### **3.3. Crítica al contractualismo y nuevo paradigma empirista. El momento del positivismo**

La crítica al “contractualismo” no fue menos feroz, pues puede decirse, con Francisco Carpintero, que “el ataque del siglo XIX contra la Modernidad jurídica se centró en la negación del ‘estado de naturaleza’ y de los ‘contratos sociales’”<sup>162</sup>. En este punto, la clave no está sólo en la reacción político-filosófica contra las ideas revolucionarias burguesas. También resulta esencial el éxito cada vez más arrollador de un nuevo paradigma científico: el empirista.

En la época ilustrada, la “irrealidad” de la ficción contractualista había sido un sobreentendido que a nadie había incomodado; su función no era otra que aportar presupuestos teóricos válidos para determinar las instituciones jurídicas que podían considerarse racionalmente legítimas, sustentando en ellas las relaciones jurídico-sociales, públicas y privadas. Todo ello desde el presupuesto de la dignidad incondicionada del ser humano, esto es, desde la afirmación de su naturaleza trascendente, que debía implicar la titularidad “natural” de derechos y la posibilidad de hacerlos valer frente a otros, incluido el propio poder público<sup>163</sup>. La perspectiva empirista no podía, sin embargo, conformarse con este bosquejo ilustrado. No era propio del espíritu del tiempo aceptar semejantes laxitudes históricas y científicas para determinar las bases del Estado y del Derecho.

Se produce, así, en el siglo XIX, un proceso intelectual de negación histórica y sociológica de la ficción contractualista. El diagnóstico decimonónico resulta contundente: la realidad histórica demuestra que las estructuras políticas son el resultado de eventos contingentes; el poder político jamás se ha fundado en un contrato suscrito libremente por todos los miembros de la comunidad política. Es más, empieza a extenderse la idea de que lo “natural” en el ser humano es vivir en sociedad y que, por tanto, la idea de un hombre en una situación de ausencia de autoridad no puede ser aceptada ni siquiera como hipótesis. Lo natural ha sido, hasta donde llega el

---

<sup>162</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 26. Para Fioravanti, todo el siglo XIX “está marcado, sobre todo ! gracias a los juristas, por una fuerte reacción frente al individualismo y el contractualismo”. Vid. ! FIORAVANTI, M., *Los derechos...cit.*, p. 41. !

<sup>163</sup> “A cualquiera se le ocurre que tanto el ‘status naturae’ como el ‘contrato social’ son figuras creadas por la imaginación, porque es evidente de suyo que nunca han existido históricamente; sin embargo, ! nadie se atrevió durante los siglos XVII y XVIII a argumentar contra estos supuestos del pensamiento político-jurídico, alegando su irrealidad”. CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 26. En la frase de Gustav ! Hugo “estos contratos presentan la peculiaridad de que nunca han existido”. *Ibidem*, p. 27. !

conocimiento científico del desarrollo humano, que el hombre viva en un contexto marcado por relaciones de dependencia o sujeción con otros hombres<sup>164</sup>.

En cierto modo, hay aquí un retorno a la idea clásica (grecolatina) de la “sociabilidad” natural, defendida, como ya se ha visto, por la escolástica de inspiración aristotélica<sup>165</sup>. Existe, no obstante, en el espíritu del nuevo tiempo, (al menos) una diferencia sustancial. El personalismo moderado había recurrido, en la escolástica española, a la razón humana y al consentimiento originario de los gobernados para explicar la constitución de las comunidades políticas de ámbito superior a la familia. Sin ver en la constitución del poder público un proceso artificial exclusivamente orientado a superar ciertas desventajas –muy al contrario, viendo en ese proceso un ejercicio natural de la razón para lograr el progreso colectivo- su punto de partida estuvo ligado a una visión asociacionista del momento fundacional de la comunidad. La comunidad es, pues, la asociación política que forman los individuos pero no en un tránsito directo (como piensa el voluntarismo nominalista) sino gradual. El punto de vista decimonónico de la sociabilidad “natural” es bien distinto, pues rechaza con vehemencia la visión consensual, típicamente racionalista. La nueva óptica es la siguiente: si se renuncia a todo artificio intelectual *ex post* y se observa la realidad histórica y social, no hay argumento alguno que permita sostener que la sociabilidad humana se ha materializado, al menos en el momento originario, a través de pactos libremente aceptados por todos los implicados, y mucho menos que tales pactos hayan estado basados en la fuerza persuasiva de una racionalidad compartida (como en el escolástico “reparto originario de las cosas”, con su acuerdo tácito de someter las propiedades de los particulares a la consecución del *bien común*).

Frente al personalismo moderado, marcadamente humanista, de los siglos XVI y el temprano siglo XVII, la “sociabilidad” del siglo XIX se funda en una actitud eminentemente cientifista, que no puede aceptar, por su evidente falsedad empírica, que el hombre haya encauzado su necesaria heteronomía a través de pactos libremente asumidos, en una especie de movimiento (anti)histórico asociacionista. Al contrario, el Estado, entendido como relación de sujeción de unos hombres al poder de otros, comienza a ser comprendido como una situación inherente a la existencia misma de un colectivo humano -cuyo dato de hecho más inmediato es que la vida en grupo se

---

<sup>164</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 30.

<sup>165</sup> Se impuso, así, la “tesis de la naturalidad de la existencia de la comunidad política”. Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 31. !

desarrolla en régimen de desigualdad de fuerzas y capacidades<sup>166</sup>. Se entiende, a lo sumo, que la formación del Estado está determinada por acontecimientos históricos contingentes, perspectiva esta última que considera que solo elementos coyunturales, como la necesidad o la violencia, engendran las estructuras de poder político, siendo estas, por tanto, inmunes a cualquier componente asociativo racional basado en el libre consentimiento. Y sobre todo: entre los individuos y el Estado se interpone un ente intermedio, que es realmente el que necesita a la organización estatal para imponer coactivamente la consecución de sus objetivos. Ese ente es la sociedad, de la que el ser humano forma parte en una dimensión distinta a la puramente individual, esto es, en su dimensión de *hombre-social* que le habilita para atender fines superiores que trascienden sus propias necesidades. La voluntad de la sociedad pasa, así, a ocupar la posición intermedia que el personalismo cristiano había asignado, desde San Agustín, a la voluntad del individuo. Los individuos y sus mezquinos intereses son su dimensión material, situada en el estrato inferior. El Estado, y la realización del ideal colectivo, constituyen, en cambio, la dimensión espiritual y superior de este ser intermedio.

La ciencia histórica y social pretende demostrar, en suma, en el siglo XIX, que el Derecho no se funda en pactos contractuales, esto es, en el libre consentimiento prestado por los que se someten al poder<sup>167</sup>. Es más, se piensa ahora que el hombre no puede tener derechos previos a la constitución de la comunidad política porque solo en la sociedad humana se dan las condiciones necesarias para la existencia de derechos<sup>168</sup>. Estos no son, por tanto, originarios, sino producidos por el arbitrio del Estado. Por ello, la explicación de los derechos no debe buscarse en una situación previa al poder político sino en los fines característicos de ese poder, que es justamente el que los genera. La determinación de esos fines queda, no obstante, al menos en un primer momento, excluida del ámbito del Derecho, que pasa a concebirse como algo puramente instrumental o, más bien, formal. Es el momento del positivismo jurídico.

---

<sup>166</sup> Lo natural son las relaciones de jerarquía y subordinación porque la naturaleza hace a los hombres desiguales. La ley de la naturaleza es la “desigualdad de fuerzas y facultades”, marco en el que unos se ponen al servicio de otros. La idea por la que unos tienen el mando y otros les obedecen y sirven es, en realidad, la expresión de una ley de la naturaleza. Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, pp. 35 y 36. Jellinek apunta expresamente la idea de que “la dominación del Estado descansa en la desigualdad de los hombres y es una consecuencia inseparable de las leyes naturales” como parte de “la lucha contra la doctrina contractualista del Derecho Natural en el siglo XIX”. Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. p. 269.

<sup>167</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 38.

<sup>168</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 47.

En efecto, desde la óptica empirista, la única “materia” sensible en la que se manifiesta la experiencia jurídica es la norma positiva. Con ello, los derechos subjetivos (los derechos individuales) ya no pueden ser previos al poder público y a las normas dictadas por este; al contrario, son el producto de la actividad normativa del Estado, que reclama para sí la exclusividad de la creación del Derecho y de los derechos. Ya no hay una racionalidad jurídica común, un discurso colectivamente asumido sobre la necesidad de “hallar” el Derecho a través del ejercicio de la razón<sup>169</sup>. Hay una nueva idea de la juridicidad basada en la plasmación de un mandato del poder, de un acto de voluntad del gobernante respaldado por el uso de la fuerza<sup>170</sup>. El Derecho es un conjunto de actos de voluntad amparados por la fuerza coercitiva del Estado, única fuente de juridicidad<sup>171</sup>. Sólo las leyes positivas constituyen la fuente del Derecho y, con ello, de los derechos<sup>172</sup>. Es el Estado, por tanto, el que determina el contenido de estos y la protección que les corresponde.

En esta idea de Estado va de suyo la capacidad de dar y quitar derechos, capacidad que no tiene que estar necesariamente contrapesada por un mecanismo de reparación. La idea de “sacrificio” es errónea, pues aquel que otorga arbitrariamente los derechos también puede quitarlos sujetándose a ese mismo arbitrio. En ese marco ¿cuál es el sentido y fundamento de los derechos? La respuesta que se da a este interrogante es simple: su capacidad de contribuir a un interés más amplio, el de la sociedad. Esta respuesta marca el tránsito que va del positivismo al funcionalismo, que lleva a la negación de la idea de sacrificio y a su sustitución por la delimitación arbitrista de los derechos. De ello me ocupo en el siguiente capítulo.

#### IV. BREVE CONCLUSIÓN

Con el declive definitivo de la cultura medieval y moderna del bien común se forman dos paradigmas que llegan (en lo que se refiere al objeto de este estudio) a un mismo resultado final: la negación del sacrificio de derechos por la vía de considerar que

<sup>169</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 102.

<sup>170</sup> Como señala Carpintero, “la ratio jurídica se desplaza, pues, desde la inteligencia a la fuerza” y “por este camino, la doctrina filosófica-jurídica fundadora del Estado identifica al Derecho [...] por una simple peculiaridad de origen: porque la norma ha sido ordenada por el poder (coactivo) del Estado”. Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 102.

<sup>171</sup> El cambio de base del cambio al paradigma positivista es clave. El “Naturanrecht” no existe sin la fuerza del Estado. Todo Derecho es Derecho del Estado. Solo la existencia de un poder coactivo que los garantice permite hablar de derechos. El Derecho sólo existe cuando tiene el atributo de la credibilidad, lo que exige la existencia del Estado. Sólo el Estado, al respaldar una determinada distribución de poderes a través de su coerción, es fuente “real” de los derechos. Vid. CARPINTERO BENÍTEZ F., *Los inicios...cit.*, pp. 139 y 140.

<sup>172</sup> CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 142

solo existe una fuente válida de normatividad. De entre los *dos derechos* distinguidos inicialmente (idea sobre la que se vertebró la *introducción* a este estudio) el personalismo radical solo concibe como válido el derecho originario del hombre en estado puro (esto es, un hombre plenamente intelectual, casi angélico), que debe someterse únicamente a patrones de conducta ideales determinados por su propio arbitrio. El *derecho de la libertad* niega y absorbe completamente al de la necesidad.

El hombre de la Ilustración parece convencido de su propia omnipotencia. En contraste con el respeto por el pensamiento previo (y la tolerancia frente al pensamiento ajeno) que había caracterizado a los autores medievales y escolásticos, desde mediados del siglo XVII los pensadores políticos de Europa empiezan a observar con creciente condescendencia a sus antecesores. Creen que ellos sí pueden fundar *ex novo* el ordenamiento de su *civitas dei*. Los resultados completamente injustos a los que conduce este ideal político acaban dando lugar a un nuevo paradigma, que denuncia la fe ciega del movimiento ilustrado en la omnipotencia de la razón abstracta.

Reaccionando contra el racionalismo extremo, el hombre del siglo XIX pasa a entender que no hay más Derecho que el determinado por la experiencia práctica de la vida social. Es ahora el *derecho de la necesidad* el que absorbe y niega al de la libertad. Suprimiendo el presupuesto de la dignidad humana (y la categoría filosófica de persona) como principio fundacional del orden jurídico, ese nuevo paradigma acaba generando resultados no ya sólo injustos; los resultados llegan a ser incluso atroces. El equilibrio sólo se restaura cuando vuelve a reconocerse una doble fuente de normatividad legítima: la libertad y la necesidad. Esto sólo ocurrirá con el *Estado social de Derecho* que se abre paso en Europa de 1945 en adelante. Ese Estado da carta de naturaleza constitucional a los dos derechos, al de la libertad (Estado material de Derecho) y al de la necesidad (Estado social). Trata, asimismo, de hallar el modo de armonizarlos (esto es, de convertirlos en una cláusula unitaria de Estado social de Derecho), fin que pretende cumplir precisamente la teoría sacrificial.

## CAPÍTULO III

### DEL SACRIFICIO A LA DELIMITACIÓN DE DERECHOS

### EL FUNCIONALISMO

*“Toda nuestra cultura, toda nuestra historia se apoya en la utilización de la existencia humana particular para los fines de la comunidad”*

Rudolph V. Ihering, *El fin en el Derecho*

#### I. INTRODUCCIÓN: EL PARADIGMA FUNCIONALISTA

El funcionalismo o instrumentalismo jurídico concibe los derechos individuales y, en general, todo el ordenamiento normativo en el que se insertan, como útiles o herramientas con los que alcanzar los fines generales de la comunidad. El funcionalismo no se asienta en una prohibición general de instrumentalización arraigada en la noción previa de dignidad humana. Al contrario, la instrumentalización, en cuanto utilización de los individuos como piezas que han de ser movidas con arreglo a una estrategia de conjunto, es considerada la esencia del Derecho y de los derechos, que han de servir justamente para instrumentalizar, esto es, para ajustar el comportamiento individual a las exigencias de una finalidad colectiva.

Si el ordenamiento otorga un derecho subjetivo es, desde la perspectiva funcionalista, porque el autor de la norma atributiva espera conseguir que el ciudadano se comporte de un modo determinado, útil para alcanzar un fin social previamente seleccionado. Se trata de crear, de forma más o menos sutil, un impulso que lleve al individuo a actuar de un modo beneficioso para el conjunto. El Derecho, más allá de la concreta forma en que se sustancie, es, por tanto, un instrumento de ingeniería social. Un derecho subjetivo debe ser atribuido a un individuo si esa forma jurídica abstracta constituye una técnica eficaz para hacer coincidir el interés privado del ciudadano con el público, coincidencia de intereses que constituye la palanca con la que se activan los engranajes del progreso. Los derechos solo tienen sentido en cuanto sirven a un propósito concreto: que el interés egoísta del ciudadano se ponga al servicio del interés

superior (general) de la comunidad. El arte de gobernar radica, por ello, en buena medida, en la habilidad de construir y conferir los derechos individuales de tal modo que, gracias a ellos, los intereses particulares de los individuos sean compatibles con los fines generales de la sociedad.

Para llegar al funcionalismo eran necesarios dos pasos. El primero consistía en romper la vieja tradición política individualista que concibe el poder público desde una óptica asociativa. La idea de un tránsito del individuo aislado (el átomo) al Estado (la sociedad civil) debía ser superada, pues el ser humano no se presenta nunca en tal estado de aislamiento. Forma siempre parte de una red de relaciones materiales y psicológicas que le superan. Es desde esa malla de interdependencias que se forma el poder político. Dicho poder deriva, pues, de la sociedad, entidad que se alza, así, como realidad intermedia entre la persona y el Estado. Una realidad a la que, de una forma u otra, se da sustantividad propia para que cumpla, en el nuevo "tipo ideal" de Estado, el papel que antes había asumido el individuo. El segundo paso del tránsito al funcionalismo era sostener que el poder público se ha constituido como necesidad de la sociedad, esto es, para satisfacer fines superiores que no coinciden con los fines egoístas de sus miembros y que tales fines superiores solo pueden ser materializados en la medida en que los seres humanos sean apartados de su mezquino egoísmo y sean debidamente encaminados a cumplir con su dimensión social de miembros del colectivo.

No obstante, este tránsito al paradigma funcionalista no habría sido posible sin la mediación de un poderoso agente intelectual: el positivismo jurídico decimonónico, que, antes de su conversión al formalismo normativista, operada por Hans Kelsen ya en el siglo XX, protagonizó la impugnación plena de las bases intelectuales de la tradición personalista desde una perspectiva pretendidamente científica que sentaría la bases del posterior funcionalismo. Para el positivismo decimonónico, ni los derechos individuales podían entenderse como realidades previas al poder ni éste debía ser construido deductivamente desde las exigencias de un principio metafísico. Al contrario, los derechos individuales eran una creación artificial del Estado, teniendo este no solo una dimensión jurídica sino también otra natural basada en interconexiones psicológicas humanas regidas causalmente por el principio de acción recíproca. Ambas ideas, el carácter artificial y derivativo de los derechos y la localización de la génesis del poder público en el ámbito de relaciones sociales de dominación regidas por leyes causales, fueron la antesala del funcionalismo jurídico, al que bastó con dar a esas relaciones

sociales previas el puesto de clave de bóveda que la dignidad humana había dejado vacante.

## II. LA INVERSIÓN POSITIVISTA DEL PROBLEMA DEL PODER

### 2.1. La nueva perspectiva sobre el problema del poder

El desmoronamiento de la Ciencia del Derecho Natural trajo consigo una nueva actitud frente a los problemas jurídicos que suele sintetizarse utilizando la denominación genérica de *iuspositivismo*. A pesar de sus muchas vertientes y facetas, el “positivismo jurídico” puede resumirse en el axioma fundamental de la separación tajante entre la Moral y el Derecho, lo que implica la asunción de una perspectiva puramente científica (razón teórica) que dirige exclusivamente la atención del jurista al Derecho tal y como se presenta en la realidad. Los propios escolásticos habían llamado “positiva” a la ley que no era natural porque su nota característica era el haber sido “puesta” (*posita*) por una autoridad humana; en ello se distinguía de la ley natural, que había de ser racionalmente hallada gracias a su aprehensibilidad por el intelecto. Los juristas decimonónicos deciden que solo la ley “positiva”, “puesta” o dictada por una autoridad competente, constituye realmente el Derecho.

El mismo giro intelectual se produce en relación con el problema del fundamento del poder público. La vieja perspectiva pragmática, característica de la ficción contractualista, es abandonada. Lo que importa ahora es el poder tal y como realmente existe en un momento y lugar determinados. La misión de la nueva “Ciencia del Derecho” no es servir de asiento a especulaciones sobre el fin legítimo (universal) de todo Estado, pues la determinación de esa legitimidad de fines exige una formulación de “deber ser” que no puede considerarse científica. Los postulados (políticos) sobre cómo debe configurarse el poder son objeto de opiniones y creencias que no pueden contrastarse de forma empírica; deben deslindarse, por ello, de la cuestión que verdaderamente concierne al científico, que atañe a cómo es en realidad el Estado. El fundamento del poder público es, para la actitud positivista, un problema estrictamente político, una cuestión doctrinaria. Como tal, no puede conocerse. Y no siendo susceptible de conocimiento, todas las opiniones sobre ella han de contar por igual. Las ideas políticas de cada cual acerca de cómo debe constituirse y ejercerse el poder público no pueden ser confundidas con el Estado real, que solo es susceptible de aproximación

científica a través de las relaciones de dominación en las que materializa su poder (perspectiva sociológica) y de las normas jurídicas que las rigen (perspectiva jurídica)<sup>173</sup>.

Frente a los tipos “ideales” de Estado, puramente especulativos, que cada iusnaturalismo ha ido pergeñando a imagen y semejanza de su particular credo político, se impone ahora el estudio de un “tipo empírico”, que observa el poder estatal tal y como se manifiesta en un momento dado, sea en la actualidad o en el pasado; recoge los datos que ofrece esa observación; aísla, entre ellos, los que revelan elementos comunes típicos o característicos de cada modalidad de Estado y de todos en general<sup>174</sup>. Estos “tipos empíricos” se hallan, pues, por la vía inductiva, frente a los “tipos ideales”, que se basan en deducciones que parten de axiomas. El poder público ya no puede ser la consecuencia lógica (*a priori*) de un razonamiento abstracto (que no incurre en contradicción). No puede partirse de un axioma, como el de la autonomía (libertad) y los derechos individuales que de ella supuestamente se derivan, para configurar una sola forma válida de organización pública (como la estrictamente protectora). Al contrario, ha de examinarse la manifestación empírica del Estado, tal y como realmente existe, para hallar su auténtica naturaleza. “[E]n la disciplina que tal conocimiento se propone, todo es concreto, positivo, individual, real”, sentencia Georg Jellinek en su *Teoría General del Estado* (1900)<sup>175</sup>, obra que, en opinión de su aventajado discípulo Hans Kelsen, sintetizaba “de modo perfecto y magistral la Teoría del Estado de la última centuria”, esto es, la teoría del positivismo decimonónico anterior al giro formalista o lógico protagonizado por el propio Kelsen<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> Esta óptica, asumida con especial énfasis por autores del iuspublicismo alemán decimonónico como Gerber y Laband, llega a su plasmación más perfecta con la *Teoría General del Estado* (1900) de Georg Jellinek. La perspectiva nominalista es aplicada aquí de forma plenamente coherente, sin margen a las formulaciones relativas al “deber ser” del poder, esto es, a su fin o fundamento legítimo. “En una teoría del Estado no cabe el recurso a los ‘universales’ ni la utilización del pensamiento deductivo. [...] Todo ensayo de generalización en el Derecho tropieza en el escollo de los elementos individuales. El Derecho Natural, formado por principios generales que no pueden realizarse o al menos no cabe realizarlos completamente, es contraposición plena del Derecho positivo”. Por ello, el conocimiento científico del Estado y su Derecho no puede obedecer a esa lógica deductiva basada en principios generales. Ha de partirse siempre de los “individuales” e inducir, desde ellos y por analogía, los caracteres generales de la organización estatal. Hay que aislar los elementos comunes, detectar las analogías y formular, en función de ellas, los principios pertinentes. “Cada Estado, cada órgano del mismo, y aun todo acto del Estado, es algo enteramente individual, y si aislamos los fenómenos del Estado, de nuevo hallaremos en ellos elementos generales que nos exigen un conocimiento científico. En la estructura y conexión de los Estados y en sus efectos, encontramos analogías mediante el aislamiento de los objetos y la investigación de los elementos idénticos existentes entre ellos; solo de este modo puede llegarse a construir una ciencia del Estado [...]”. Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. 93.

<sup>174</sup> Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. pp. 96 y 97.

<sup>175</sup> Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. 94.

<sup>176</sup> Vid. KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Ediciones Coyoacán, México D. F., 2015, p. XIX.

## 2.2. La teoría positivista decimonónica y la doble naturaleza del Estado

La teoría positivista prekelseniana se caracteriza por atribuir al Estado dos naturalezas distintas: una física o natural, que puede ser estudiada según el método propio de las ciencias de la causalidad, y otra normativa o jurídica, cuyo estudio corresponde, en cambio, a la Ciencia del Derecho<sup>177</sup>.

La explicación de la dimensión natural del Estado queda sujeta a un patrón científico que todavía conserva todo su prestigio intelectual: la visión mecanicista o causalista (newtoniana) del orden físico. Todos los elementos que componen el orden universal están relacionados los unos con los otros por reglas físicas estables de acuerdo con el principio de acción recíproca. Todos los subsistemas en los que se descompone esa realidad global son, a su vez, unidades que responden a esa misma dinámica. Si los componentes de esa unidad son seres humanos, la acción recíproca se sustancia a través de una interconexión psicológica. El Estado es una unidad en la que la interacción psíquica destaca por su particular intensidad, constituyendo “el grado más potente” de acción recíproca espiritual, pues en ella unos individuos tienen un poder sobre otros de tal magnitud que no puede ser resistido. En la mente de los unos la representación de la autoridad de los otros es tan fuerte que genera, como respuesta física, el acatamiento o la obediencia<sup>178</sup>.

El Estado es, así, la síntesis intelectual de una pluralidad de fenómenos de psicología social que no tienen más sustancia objetiva que unas relaciones humanas en las que unas voluntades son obedecidas por otras<sup>179</sup>. El elemento que, en última instancia, acaba dotando de unidad a todas estas interacciones psíquicas es el fin compartido de las acciones que provocan. Cuando una pluralidad de hombres tiene fines comunes y cada uno de ellos lo siente así en su conciencia surge una organización caracterizada por el hecho de que algunos de esos hombres asumen “como ocupación cuidar, valiéndose de sus acciones, de que se mantenga esa unidad de fines”<sup>180</sup>. A través de esa organización, las relaciones de voluntad se tornan “relaciones de dominación”<sup>181</sup>. “El Estado tiene poder de mando y mandar, dominar, significa tener la capacidad de

<sup>177</sup> Vid. Kelsen, H., *Teoría...cit.*, pp. 8-9. !

<sup>178</sup> Vid. Kelsen, H., *Teoría...cit.*, pp. 9-12. !

<sup>179</sup> El “sustrato” del Estado lo forman, pues, “relaciones de voluntad de una variedad de hombres”, esto es, “hombres que mandan y hombres que obedecen” de forma duradera en un ámbito físico determinado. Vid. Jellinek, G., *Teoría...cit.*, pp. 250 y 251. !

<sup>180</sup> Vid. Jellinek, G., *Teoría...cit.*, p. 253. !

<sup>181</sup> Vid. Jellinek, G., *Teoría...cit.*, p. 254. !

poder hacer ejecutar incondicionadamente su voluntad a otras voluntades"<sup>182</sup>. Tal poder incondicionado "sólo lo tiene el Estado". No procede de una comunidad previa o de otro sujeto político antecedente sino de sí mismo. El Estado es, por ello, "la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación y formada por hombres asentados en un territorio"<sup>183</sup>.

Sentado ese sustrato empírico, el Estado presenta, además, una segunda naturaleza, esta vez jurídica. Ocurre con el Estado, en este punto, lo mismo que con el propio ser humano. Este último no sólo puede ser objeto de observación puramente empírica o biológica sino también jurídica. Desde ese segundo prisma, el ser humano deja de ser el hombre-biológico para convertirse en "persona" o sujeto de Derecho que se relaciona con otros que tienen esa misma condición de acuerdo con las facultades y los deberes que derivan de las normas jurídico positivas que le son impuestas de forma coactiva. Aunque el Estado no es hombre, pues no tiene tal sustrato físico o biológico, sí es, en el plano normativo, una "persona" o sujeto de Derecho<sup>184</sup>. En tal calidad, realiza los fines que le caracterizan como unidad a través de mandatos dirigidos a los que están sometidos a su poder. Esos mandatos forman todos ellos un complejo ideal sistemático que, como las matemáticas o la lógica, puede ser analizado con arreglo a sus propias pautas, distintas a las puramente causales. El Estado puede, por ello, ser objeto de conocimiento jurídico a través del estudio conceptual de las diversas normas positivas que impone al resto de sujetos de Derecho.

---

<sup>182</sup> Esta caracterización de Jellinek supone el perfeccionamiento de la teoría desarrollada por la dogmática alemana de Derecho Público pero acaba trascendiendo las fronteras alemanas y resulta decisiva, por ejemplo, en la concepción del Estado de Carré de Malberg, quien, fundándose expresamente en Jellinek, considera que lo característico de un Estado es tener una potestad de dominación que implica el "poder mandar de una manera absoluta y con una potestad de coacción irresistible". Vid. CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría...cit.*, p. 158. La peculiaridad de la concepción de Carré de Malberg es tratar, con una perspectiva típicamente francesa, de no disociar la personalidad del Estado y de la Nación, de modo que el Estado es la Nación organizada jurídicamente, puesto que la soberanía, de la que resulta la potestad de dominación del Estado está en el todo que es la Nación (*ibidem*, p. 31).

<sup>183</sup> Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. 255.

<sup>184</sup> Como dice Carré de Malberg, basándose precisamente en las aportaciones de Jellinek, esta personalidad del Estado se caracteriza por ser puramente jurídica, en cuanto "el Estado aparece como persona únicamente desde el momento en que se le mira bajo el aspecto jurídico", aunque no por manifestarse en el campo puramente jurídico deja de reflejar realidades de la vida social. Vid. CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría...cit.*, pp. 43-47. Es más, invirtiendo el paradigma personalista hasta entonces vigente, la personalidad humana no lleva consigo la jurídica, la única personalidad jurídica originaria es la del Estado pues solo él "es dueño de regirse a sí mismo, de ejercer su potestad, por ejemplo, de crear su orden jurídico por sus leyes, sin intervención ajena" (*ibidem*, p. 156). Los seres humanos deben esperar, en cambio, a que las leyes estatales les conviertan en sujetos de relaciones jurídicas para adquirir personalidad.

La vieja manera de explicar el poder es, de este modo, invertida. En el personalismo había que partir del individuo y de sus derechos naturales, basados en la igualdad de todos los seres humanos, para hallar las razones por las que unos hombres pueden llegar a someterse al poder de otros; esto es, debía concebirse qué fines pueden dotar de sentido a la sujeción de un individuo a la voluntad de otro que es, por naturaleza, su igual. De los fines que podían llevar al ser humano a crear una asociación política se inferían, después, las relaciones de poder que podían considerarse justificadas. De ese modo, la especulación intelectual sobre el poder tenía una clara finalidad práctica: determinar la coacción que la autoridad pública puede ejercer legítimamente sobre cada individuo. El sentido último de dicha perspectiva era evitar que se franqueara el límite impuesto como punto de partida: la condición de persona, y no de mero objeto, que corresponde a todo ser humano.

La visión positivista del Estado invierte los términos del problema: se parte ahora de las relaciones de poder tal y como existen en la realidad, esto es, de la coacción que de modo efectivo se ejerce sobre los individuos. De esa observación se extrae como dato empírico la interconexión psicológica de todas esas relaciones, que pueden, por ello, reconducirse a una unidad natural regida por el principio mecánico de acción recíproca. Se advierte, no obstante, que esa unidad carece de sustrato físico específico, pues no existe un ente del mundo externo que la materialice. Por ello, se reconoce que solo puede ser explicada a través de unos fines comunes a los que se orientan en última instancia todas las relaciones de dominación concretas que la comprenden. Y en ese momento, cuando se advierte que la clave del poder está en los fines que persigue, el análisis jurídico se detiene, pues se ha llegado al ámbito especulativo de la metafísica<sup>185</sup>, debiendo el “científico” limitarse, todo lo más, a describir ciertos fines generales, identificables como puro fenómeno de hecho<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> De este modo, para Jellinek el problema de la justificación ética del Estado sólo es abordado por el jurista como exploración auxiliar que debe realizar en el terreno de la política. La lucha ideológica de su tiempo, con la pujanza de las doctrinas que niegan la necesidad del Estado, como el anarquismo, o proponen su radical sustitución, como el socialismo, aconsejan, para el autor austríaco, ese “complemento de la investigación política”, con la prevención, siempre asumida, de que estamos ante puras especulaciones sobre el deber ser de las cosas. Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. 260.

<sup>186</sup> Así lo hace Jellinek, quien, sin embargo, movido por un talante liberal, traiciona su propósito puramente científico al señalar que el Estado se ve materialmente limitado al ámbito del auxilio exterior y a la solidaridad, no debiendo inmiscuirse en todo aquello que se corresponde con un interés estrictamente individual. En realidad, Jellinek está hablando más de un límite moral que material, pues el poder de coacción del Estado bien que puede servir para eliminar cualquier residuo de verdadera individualidad, como bien sabemos por pura experiencia histórica. Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, pp. 345 y 352.

De esta forma, el positivismo presenta como su mayor virtud la servidumbre que le hará fracasar: carecer de todo fin práctico. Su única utilidad es la puramente conceptual, que está basada un análisis estrictamente formal y lógico de los mandatos normativos que determinan cómo deben sustanciarse las relaciones de poder. Así, el Estado mismo, como síntesis intelectual de una pluralidad de relaciones de dominación concretas que se mantienen en el espacio y en el tiempo, esto es, como unidad subjetiva y física que engloba de forma duradera todas las relaciones humanas que han de ser estudiadas, es conceptualmente tratado como sujeto de Derecho. Se le da, para ello, la investidura instrumental de la personalidad jurídica. Esa investidura permite, a su vez, que las normas jurídicas positivas, las únicas realmente existentes y que rigen las relaciones de dominación entre individuos, sean comprendidas como mandatos del Estado-persona, sin necesidad de remitir cada acto de voluntad concreto al individuo o grupos de individuos que realmente lo han dictado. Estos individuos o grupos de individuos pasan a ser categorizados como “órganos” del Estado-persona, que cumplen una función precisa en relación con el todo, de acuerdo con las reglas que ese todo determina. Y las normas positivas dictadas por estos órganos delimitan, a su vez, las conductas permitidas y prohibidas, siendo ellas, por tanto, las que prefiguran la esfera lícita de acción de cada individuo.

Ahora bien, esta perspectiva aparentemente neutra sobre la justificación ética del poder se revela, a la postre, como una impostura, pues, en última instancia, el positivismo justifica éticamente al Estado por las mismas razones con las que Thomas Hobbes justificó su Leviatán: como condición de existencia del Derecho y de la mínima certidumbre que este proporciona.

### **2.3. El Estado como fin en sí mismo en cuanto condición de existencia del Derecho. El trasfondo hobbesiano del positivismo**

Si una diferencia puede ser trazada entre el pensamiento político y jurídico de Thomas Hobbes, el gran nominalista, y la perspectiva científica del iuspositivismo es, en principio, la siguiente: si el pensador inglés formuló su propia propuesta de organización política basada en un principio último (el aseguramiento de la paz), el positivismo jurídico renuncia, en apariencia, a justificar éticamente el poder estatal. Tal diferencia es, no obstante, más aparente que real.

Aunque el positivismo decimonónico no trata, en principio, de justificar éticamente la dominación que es impuesta por el mero ejercicio de la fuerza, acepta sin

reparo la normatividad de esa situación de hecho. Y esa aceptación obedece, en última instancia, a una posición ética de fondo de raigambre hobbesiana: la exaltación de la seguridad (jurídica) frente a la interinidad y temor que genera la ausencia de un poder supremo. En última instancia, el positivista no tiene más remedio que acudir, como fundamento último de sus tesis, a sus propias raíces materialistas, reivindicando la visión hobbesiana según la cual todo orden de dominación basado en un soberano exclusivo, que es capaz de imponer su voluntad sobre todos y establecer reglas de comportamiento firmes, es preferible a la situación alternativa de pura “libertad natural” o provisional. Se asume, con ello, una perspectiva ética consecuencialista que lleva, en última instancia, a la justificación de todo poder de coacción que sea capaz de imponerse incondicionadamente en un determinado territorio y que esté, por ello, en disposición de ofrecer a los seres humanos el bien más supremo: la seguridad jurídica, esto es, una mínima expectativa acerca de cuáles serán las acciones emprendidas por los otros, dejando margen suficiente al emprendimiento de las nuestras<sup>187</sup>. La justificación positivista del Estado es, en definitiva, la superación de la anarquía, como situación de hecho en la que nadie puede gozar de una mínima certidumbre acerca del comportamiento del otro. Para el positivista, el Estado se justifica, en definitiva, como condición de existencia del Derecho.

En las palabras de Georg Jellinek: “todo cálculo acerca del futuro solo tiene sentido al estatuir como condición necesaria de todas las acciones al Derecho. Es imposible igualmente calcular de una manera cierta los efectos de los motivos egoístas o altruistas sobre otros individuos en virtud de una variedad ética infinita de los mismos. Solo el Derecho y el poder soberano que lo garantiza pueden aunar aquella variedad hasta permitir a todos edificar basándose en la seguridad de sus acciones mutuas. La igualdad jurídica originaria de los hombres que proclamara el Derecho Natural, por primera vez ha sido realizada en la comunidad jurídica del Estado, pues todos se

---

<sup>187</sup> Así, Jellinek, cuando se ve forzado a especular, él mismo, sobre la justificación del Estado, vuelve a Hobbes y justifica el poder estatal como un fin en sí mismo: “En verdad, por muchos que sean sus defectos y eleve a unos y a otros abata con exceso, ayude a los poderosos y desampare a los débiles, con todo ello, es la única posibilidad de una vida social garantida. La ausencia completa de él haría que fuesen completamente distintas las relaciones naturales entre fuerzas, pero más injustas de lo que es capaz cualquier orden jurídico. Si alguna proposición es justa sería la de que el *bellum omnium contra omnes* había de ser la consecuencia necesaria de la falta de Estado y de Derecho. Y en una guerra de esta naturaleza, formaríanse enseguida relaciones de poder y de interdependencia. Así nos lo enseña la época en la que la protección jurídica era insuficiente, la Edad Media, y aún más los tiempos de interregno. La distinción entre el fuerte y el débil, el compasivo y el desdeñoso, el magnánimo y el envilecido, no hay poder que sea capaz de eliminarla. Y por esto no hay duda alguna sobre a cuál de estos tipos le sería otorgada la victoria en una sociedad donde no existiese el Derecho”. Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. 307.

encuentran determinados de la misma manera por las mismas normas jurídicas y sometidos a la coacción del Derecho". El fin del Estado es, así, el Estado mismo, pues solo éste otorga una libertad auténtica, que no es, evidentemente, la libertad natural, sino la que es creada a través del Derecho positivo, cuya efectividad es asegurada mediante un poder de coacción que no conoce superior. El positivismo se desvela, así, como una actualización fidedigna de su pensamiento hobbesiano de base.

Desde este paradigma positivista, siendo el Estado la fuente exclusiva de toda normatividad, pues solo él da garantía de que sus mandatos van a ser cumplidos, la idea de "Estado de Derecho" ya no se sustancia en la sujeción del poder público a ciertos contenidos previos –los derechos originarios del ser humano–, vedados a su capacidad de producción e innovación normativa, sino en su sometimiento a determinados cauces formales constitutivos, que proporcionan del modo más perfecto, el bien supremo que, en última instancia, justifica toda realidad estatal: la seguridad jurídica. "Estado de Derecho" es, desde este punto de vista, el que supedita el ejercicio de su poder al cumplimiento de ciertas formalidades esenciales, entendidas como condiciones de validez de las normas y de los actos jurídicos, esto es, un poder estatal que ya no tiene límite material alguno pero que se ajusta en su actividad al patrón de la predeterminación legislativa. Logra así la más perfecta plasmación del fin último de su existencia: la certidumbre. Unas normas establecen cauces predeterminados para el ejercicio del poder. Nada más.

El positivismo jurídico constituye, de este modo, la realización definitiva del viejo paradigma nominalista según el cual todo el Derecho ha de ser concebido como pura legislación compuesta de mandatos dictados por una voluntad superior. Con ello, el Estado, cualquiera que sea su sesgo político, adquiere una capacidad de injerencia que ni siquiera la monarquía absoluta había sido capaz de obtener, ya que el poder público representado por el monarca no había llegado a arrogarse el monopolio de la creación del Derecho<sup>188</sup>. Es más, el Derecho, como tal, había sido concebido hasta el siglo XIX

---

<sup>188</sup> El Derecho civil, como Derecho común del territorio, sigue concibiéndose como algo distinto a un mero acto de soberanía del monarca. Éste, de hecho, está sometido a ese Derecho, aunque se utilice, para compatibilizar esa sujeción con la supremacía del poder regio, algún tipo de ardid intelectual, como la doctrina del fisco (de una persona ficticia de Derecho Privado que gestiona el patrimonio público), que permite precisamente preservar la indemnización en los casos de daño sacrificial verificado por el poder del monarca, ejercido en interés común. El monarca tiene el poder, la capacidad de mando y coacción, pero, cuando ese ejerce ese poder se entiende dirige una orden paralela al fisco, gestor del patrimonio público sometido, como persona privada, al Derecho civil, para que realice la operación adjudicativa correspondiente, que es exigible conforme a las reglas jurídicas comunes, que rigen entre los individuos. Así, "[e]n términos generales, todas las veces que el Estado, por un acto de poder público, impone a una

como algo distinto a la mera legislación<sup>189</sup>. Suprimido por el positivismo “cientifista” ese último rastro del mundo medieval y moderno, al que, en cierto modo, aún apelaban los conservadores del primer tercio del siglo XIX, el Estado pasó a disfrutar de un poder sin precedentes, que ya no quedaba materialmente acotado por la noción de “Estado de Derecho”, ajustada ahora a un nuevo significado, de sesgo puramente formal. El poder absoluto de ese Estado no tenía ya siquiera, como en las formulaciones de Hobbes o Rousseau, el fin instrumental de asegurar una libertad individual duradera y estable. Era un poder de coacción ejercido desde un vacío que cualquiera podía llenar. La tensión, molesta para el soberano, entre su poder de coacción y las exigencias de un Derecho que no depende de su voluntad, se resuelve, así, con el recurso al paradigma rousseauiano según el cual debe ser la voluntad general (la del Estado como sujeto de Derecho) la soberana: ella dicta la ley a la que todos deben someterse. El Estado logra, por fin, hacerse omnipotente. Y el análisis jurídico sobre el poder de ese Estado debe ser, según se ha expuesto, puramente formal y conceptual, sin que puedan plantearse límites de orden político o ético.

El advenimiento de un paradigma funcionalista se explica, en realidad, por el efecto de saturación que llega a producir esta óptica jurídica puramente conceptual, que no aporta, por sí misma, ningún elemento útil para enfrentarse a la realidad social en la que el Derecho se desenvuelve<sup>190</sup>. El paradigma sobre el fundamento del poder vuelve,

---

determinada persona un sacrificio especial, el fisco, en virtud de una regla general del derecho civil, se convierte en deudor de una indemnización justa, para cuyo pago, se lo puede emplazar ante el tribunal civil”. Vid. MAYER, O., *Derecho...cit.*, p. 65. De hecho, cuanto más amplia se hace la esfera de actuación discrecional y ejecutiva del monarca, frente al viejo príncipe medieval que tenía funciones eminentemente judiciales, más necesario se hace desligar los tribunales de justicia del poder de monarca, proclamándose la independencia de los primeros para preservar el respeto al Derecho civil o común (*ibidem*, p. 51). Con su ecuanimidad y sencillez característica y frente a la fácil crítica que puede realizarse “con las luces de los tiempos modernos”, Mayer resalta el valor de la doctrina del fisco, pues “[a] decir verdad, siempre hay algo de arbitrario y de singular en la diferentes formas por las cuales el ingenio humano ha buscado garantizar la situación de los súbditos frente al poder del Estado; el sistema francés de separación de poderes, que en el hecho nosotros seguimos actualmente, no está exento de ello. Entre aquellos medios de garantía hay que computar la doctrina del fisco”. *Ibidem*, pp. 65 y 66,

<sup>189</sup> Como explica Carpintero el monarca absoluto “podía ser ‘legibus solutus’, es decir, podía no estar obligado a cumplir las leyes positivas que él mismo dictaba, pero siempre estaba vinculado a la justicia o *ius*, llamada frecuentemente *aequitas*, así pues, podía ser un Gobernante ‘legibus solutus’ pero jamás ‘iure solutus’ porque en el momento en que se apartaba de la justicia devenía un tirano y era lícita la resistencia contra él”. Vid. CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Los inicios...cit.*, p. 93.

<sup>190</sup> Durante mucho tiempo se ha vivido una especie de disputa pueril entre iusnaturalistas y positivistas (normativistas) tendente a determinar cuál de éstas corrientes jurídicas es autoritaria. Esta discusión es poco más que semántica en cuanto ambas posiciones intelectuales, por sí mismas, nada dicen al respecto. Un positivista y un iusnaturalista pueden tener idénticas ideas sobre el papel que ha de corresponder al individuo, como centro de todo el ordenamiento. El iusnaturalista reclamará, sin embargo, que esa noción sustancial de persona debe ser reconocida como parte necesaria del ordenamiento mismo mientras que el positivista replicará que esa es una mera opinión o creencia que, como tal, pertenece al ámbito de lo

por ello, a invertirse. Pero donde el personalismo puso al individuo, con sus derechos, el funcionalismo (transpersonalismo) colocará ahora una nueva “entidad” determinante de los fines que ha de perseguir el Estado: la sociedad o la comunidad.

Se procede, así, a la creación intelectual de un ente intermedio al que se atribuye el tránsito del individuo al Estado, para lo que se aprovecha el mismo punto de partida que toma el positivismo: la idea de un Estado “natural” formado por relaciones psicosociales sometidas a leyes propias. Se afirma que es la sociedad o la comunidad, no el individuo, quien ha dado lugar al Estado, pues los individuos aislados no son esos átomos independientes que forman el poder político por la concurrencia de sus decisiones autónomas, sino que se encuentran previamente ligados por relaciones complejas de interdependencia que forman un todo unitario, tal y como propone el positivismo; es desde ese todo que se realiza el tránsito a la organización estatal. A continuación, se sobrepasa el límite científico que el positivismo había trazado<sup>191</sup>. Se entiende, así, que el poder público se ha constituido como necesidad de la sociedad, esto es, como medio con el que satisfacer fines superiores que no coinciden con los fines egoístas de sus miembros; se afirma asimismo que tales fines superiores sólo pueden ser

---

trascendente y, por tanto, no puede ser objeto de conocimiento científico, por lo que la reconduce al ámbito de la metafísica y no al del Derecho, aunque él la comparta. Para el positivista, la defensa de esa concepción del ser humano deberá hacerse en el terreno de la política, donde, al ser todas las opiniones de igual valor (relativismo que refleja ya, por sí, cierto postulado *a priori* de igualdad), solo puede zanjarse la discusión a través de la regla de la mayoría. El positivista puede, por ello, reclamar para sí ser verdaderamente respetuoso con la autonomía individual, pues coloca las creencias de todos en la misma posición de partida. Solo con el filtro del debate democrático adquieren juridicidad al convertirse en norma positiva que materializa, en forma de mandato, la opinión mayoritaria. El iusnaturalista replicará que esa manera de ver las cosas puede llevar a que la mayoría someta o incluso extermine a las minorías y que, entonces, los propios positivistas liberales podrán morir o vivir como esclavos con gran serenidad de ánimo, gracias a sus impecables credenciales democráticas y científicas. El debate está lleno de réplicas y contrarréplicas que, a día de hoy, se hacen innecesarias pues es la Constitución misma la que lo zanja. Las exigencias éticas son, en todo caso, jurídicas en cuanto el texto constitucional remite expresamente a ellas como presupuesto vinculante de todo el ordenamiento que establece. Y les da plena normatividad al establecer titularidades fundamentales con un contenido esencial, vedado a la injerencia del legislador, que requiere indagar en esas exigencias éticas de la dignidad individual. De este modo, el juez constitucional se ve obligado a operar, a la hora de determinar esos contenidos y en qué circunstancias está legitimado el poder público a obrar (legislar, actuar) en su contra, conforme a los criterios típicos de la razón práctica que suelen ser parte de la ética. Sobre el papel de las técnicas ponderativas, determinando que excepciones pueden hacerse para admitir un obrar del poder público contrario a las exigencias generales de comportamiento que se derivan de los derechos fundamentales, se volverá en la parte constitucional.

<sup>191</sup> Para Jellinek, la existencia del Estado no es empírica u objetiva. La unidad estatal no es más que una síntesis de fenómenos externos formada instrumentalmente en el ámbito de nuestro pensamiento y que no tiene existencia –al menos desde el punto científico– fuera de éste. Según declara “[e]n este punto tiene su fin nuestro saber científico y aquí comienza la especulación metafísica; mas este límite del saber científico no debe superarse aquí”. En el funcionalismo, ese límite es franqueado. Hay un sujeto político sustantivo, la comunidad o sociedad, que es real y da forma y sentido a la organización estatal.

materializados en la medida en que los seres humanos sean apartados de su mezquino egoísmo y sean debidamente encaminados a cumplir con su dimensión social de miembros del colectivo<sup>192</sup>. Ese es el funcionalismo.

### III. LA RUPTURA DEL DIQUE POSITIVISTA

#### 3.1. Del positivismo al funcionalismo

La especulación personalista que, desde la Edad Media, pretendía encontrar el fundamento del Estado en un contrato social tenía, como se explicó en su momento, una finalidad eminentemente práctica: la protección del individuo como ser trascendente -dotado de una libertad originaria delimitada por la razón natural- que no podía ser reducido a la mera condición de siervo. Esa visión individualista llevaba a que el contrato social fuera entendido siempre como un tránsito (directo o gradual, según la perspectiva filosófica escogida) del individuo a la “sociedad civil”, esto es, a la asociación política que ostenta el poder público. Esa asociación podía tener un poder igual (la “transferencia” del personalismo radical, de acuerdo con su visión *derivativa*) o mayor (la “suma” de fuerzas y conocimientos del personalismo moderado, resultante de su perspectiva *originaria*) al que previamente poseían los individuos aislados, pero se trataba, en todo caso, del resultado de un proceso asociativo hipotético de base estrictamente individual, fundado en el libre consentimiento. A través del “tópico” intelectual del contrato social era posible determinar qué razones podían justificar que una persona se sometiera al poder de otra, renunciando a una porción de su libertad natural. No se trataba tanto, en definitiva, de buscar una legitimación de origen de una determinada forma de organización pública como de establecer la relación legítima que todo poder, cualquiera que sea su forma, puede establecer con un ser humano que ha de ser considerado dueño de sí mismo<sup>193</sup>. De ese modo, el soberano que rebasase el límite del poder legítimo podía ser considerado un tirano, lo que hacía desaparecer el deber de obediencia y permitía la resistencia violenta, considerada como un derecho natural de todo individuo.

---

<sup>192</sup> En la visión de Jellinek, como se ha visto, se reconoce que es la unidad de fines lo que caracteriza, en última instancia, al Estado, pero la determinación de tales fines queda fuera del análisis de la organización estatal y de su Derecho. Con el funcionalismo, el análisis jurídico pasa a centrarse, en cambio, en la identificación del fin social que debe ser atendido y en la adecuación de la forma jurídica a efecto de conseguir ese objetivo.

<sup>193</sup> De este modo, en la visión de Suárez, tal y como se estudió en su momento, esa asociación o comunidad política “perfecta” tenía, por Derecho Natural, una primera forma de organización democrática, lo que no impedía, no obstante, que adoptara, mediante una institución de Derecho positivo, otra forma distinta.

Como se ha visto, el positivismo decimonónico cambió radicalmente esta perspectiva. El Estado es, en su visión cientifista (mecanicista), una realidad natural determinada por interconexiones psicológicas de tipo causal. En palabras de Georg Jellinek, el Estado no aparece “sobre una masa indiferenciada de individuos sino sobre un pueblo membrado, organizado ya a causa de una diferenciación de elementos económicos y espirituales”<sup>194</sup>. Los positivistas liberales, como el propio Jellinek, niegan, no obstante, que esa realidad social previa pueda contemplarse como una determinación exacta de la voluntad del Estado, esto es, rechazan que exista una fórmula específica (como la lucha de clases) que explique por sí misma ese complejo juego de relaciones sociales y su efecto sobre el ejercicio del poder público. No hay, según señala el maestro alemán, un factor causal exclusivo que determine la dirección de las relaciones sociales; éstas vienen determinadas, por el contrario, por un cúmulo de circunstancias heterogéneas en las que interviene, con notable protagonismo, la propia libertad individual<sup>195</sup>. Hallar la clave del complejo mundo de interconexiones psicológicas sería, en palabras del propio Jellinek, tanto como aspirar a resolver el enigma de la esfinge<sup>196</sup>.

Por ello, no cabe recurrir, en el campo social, a previsiones o predicciones exactas sobre las consecuencias de determinadas acciones o hechos: “[l]os resultados de un hecho particular son tan varios, tan diversos, que siempre hay medio de emitir sobre ellos, con igual derecho, infinidad de opiniones opuestas”<sup>197</sup>. De ahí que el positivismo jurídico deba fundarse no solo en el axioma de la separación de la Moral y el Derecho, sino también en el de la separación paralela del análisis jurídico, puramente formal, y el análisis sociológico, de índole causal. La sociología y la política son herramientas auxiliares que puede ser útiles al jurista, pero la teoría del Estado es, ante todo, un método formal de tipo jurídico, centrado en el análisis conceptual de las normas positivas, lo que requiere una “depuración” de sus conceptos fundamentales<sup>198</sup>. Se renuncia, pues, a fundar la teoría del Estado en las leyes naturales que rigen la acción recíproca social, sin perjuicio de que dichas leyes sean estudiadas en la sede científica

---

<sup>194</sup> Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. 152 !

<sup>195</sup> Las propias instituciones jurídicas son una mezcla de creaciones intelectuales originarias y efectos posteriores imprevistos que van moldeándolas con el paso del tiempo; han tenido, así, un origen ! consciente, esto es, han sido creadas, con menor o mayor habilidad, para satisfacer necesidades humanas, ! pero una vez nacidos los primeros usos y costumbres, las siguientes generaciones los mejoran, los ! transforman o los superan en una evolución que “sobrepasa toda predicción” pero que, al mismo tiempo, obedece enteramente a “creaciones de nuestra conciencia”. Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, pp. 109 y ss. !

<sup>196</sup> Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. 163. !

<sup>197</sup> Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. 161. !

<sup>198</sup> Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. 129. !

adecuada; se opta, en cambio, por un examen puramente formal de las normas jurídicas producidas por la voluntad estatal. Interesa, pues, el Estado en su estricta dimensión jurídica, esto es, en cuanto unidad que actúa como sujeto de Derecho.

Frente a este panorama teórico, el funcionalismo se caracteriza por aceptar la separación positivista entre la Moral y el Derecho y por rechazar, en cambio, la paralela escisión del análisis sociológico (y sus pretendidas leyes causales) y el de la ciencia jurídica (con su método de análisis formal). Si una función tiene el Estado como sujeto de Derecho es, precisamente, la de apuntalar o invertir, según la perspectiva, el juego de interconexiones psicológicas que rige la vida social, provocando que esta se desenvuelva de un modo determinado, con vista a la consecución de unos fines útiles. El Derecho es, por ello, el cauce artificial que sirve al Estado para llevar las múltiples fuerzas que operan en la vida social a una meta determinada. Como tal (y no desde un plano puramente conceptual) debe ser estudiado, poniendo de relieve el fin o interés que late tras sus regulaciones o instituciones y orientando, a la inversa, estas últimas a atender los fines socialmente útiles. El dique positivista que separaba la perspectiva sociológica de la jurídica se había roto.

Ante esa realidad, en las primeras décadas del siglo XX, el positivismo experimentó un cambio radical de perspectiva de la mano de un jurista genial, Hans Kelsen, que advirtió que la teoría decimonónica de la doble naturaleza del Estado estaba basada en una posición intelectual de fondo escasamente rigurosa, que permitía que la ciencia del Derecho se viera penetrada por exigencias pretendidamente científicas que constituían, más bien y en última instancia, una nueva metafísica, de índole social. Kelsen observó que la oposición entre la dimensión natural y la dimensión jurídica del Estado era puramente artificial, pues el Estado, como tal unidad natural, no existe realmente. No tiene voluntad propia, como tampoco tiene cuerpo o alma<sup>199</sup>. No hay una interconexión psicológica de especial intensidad que explique el Estado como “unión”, al menos no de un modo que la cualifique frente a cualquier otra asociación humana, ni esa supuesta relación espiritual puede dar lugar a relaciones basadas en leyes pretendidamente causales, pues, en última instancia, la decisión sobre la obediencia es adoptada de forma autónoma por cada individuo. El Estado sólo existe, como tal unidad, de un modo puramente ficticio, esto es, en el mundo ideal de las normas jurídicas, del que se ocupa exclusivamente la Ciencia del Derecho. No hay en él ningún sustrato

---

<sup>199</sup> Vid. KELSEN, H. *Problemas...cit.*, pp. 139-161.

distinto al propio ordenamiento jurídico, con el que debe, por tanto, identificarse; solo puede ser estudiado, en definitiva, desde los parámetros estrictamente formales que permiten poner en conexión, en nuestra mente, las distintas proposiciones normativas, haciendo de todas ellas un complejo sistemático coherente.

Semejante giro intelectual constituía una reacción lógica ante una realidad innegable: el muro de separación entre el positivismo jurídico decimonónico y el funcionalismo jurídico era escasamente sólido, pues la doble naturaleza del Estado obligaba a poner en permanente contraste el plano estatal normativo con el plano natural antecedente, esto es, generaba una tensa relación entre las normas positivas y las concretas circunstancias socialmente existentes. Si el Estado y sus relaciones jurídicas nacían como consecuencia de ese previo Estado-natural, con sus relaciones causales de dominación, era difícil no desplazar el acento a estas últimas, las verdaderamente relevantes en el mundo sensible, determinando, después, en qué medida podía el Derecho intervenir en ellas de modo efectivo. Y esto era especialmente necesario si, en última instancia, lo único que daba unidad al Estado era la existencia de unos fines comunes que explicaban todas las acciones generadas en el seno de la organización social ¿Cuáles eran esos fines? ¿De qué manera penetraban en las reglas de Derecho? ¿No eran esos fines, en realidad, los únicos que podían determinar el “interés general” que daba lugar a la concesión de derechos públicos subjetivos? ¿No eran también ellos los que señalaban las direcciones de la libertad natural que debían ser convertidas en derechos subjetivos privados?

¿Qué intereses debían ser protegidos por el Derecho y de qué modo? Era difícil no desplazar el paradigma jurídico a este segundo plano en una sociedad en la que los conflictos sociales e ideológicos se hacían cada vez más intensos. Solo así podía determinarse si los fines perseguidos a través del Derecho eran los de una pura facción de individuos, elevada al rango de clase dominante gracias a los resortes de la coacción estatal, o los de la sociedad como auténtico cuerpo moral. Kelsen, consciente de la pendiente deslizante a la que llevaba esta deriva del positivismo, procedió, por ello, a una nueva y más rigurosa depuración científica, en la que todos los conceptos que remitían a esa ordenación social antecedente fueron suprimidos. Ni el “interés” general ni el derecho “subjetivo” (público o privado) tenían cabida en su sistema, pues ambos conceptos remitían a elementos ajenos al mundo ideal del Derecho, como la voluntad del cuerpo social (la supuesta e inexistente voluntad general o de todos) o la pretendida libertad natural de los individuos. Dichos conceptos “impuros” reflejaban una

determinada concepción del “estado de naturaleza”, alternativa a la del iusnaturalismo, dando lugar, en el seno la propia Ciencia del Derecho, a una relación de comunicación necesaria entre las exigencias del sustrato natural y las normas jurídicas positivas.

### 3.2. *Civitas Dei versus Civitas Diaboli*. La pugna entre el Estado y la sociedad

En realidad, la contraposición entre la sociedad y el Estado -que el propio Kelsen criticó agudamente al señalar que llevaba a que uno de ambos conceptos fuera identificado selectivamente con la pura dominación por la fuerza y el otro con la auténtica libertad (en un juego de contraposiciones que reproducía, en última instancia, según señalaba el genial jurista austríaco, la célebre división agustiniana entre la *civitas dei* y la *civitas diaboli*)<sup>200</sup>- se remontaba, nuevamente, a los propios orígenes hobbesianos del positivismo decimonónico, pues la visión materialista de Hobbes anticipaba ya la relación conflictiva entre una sociedad natural antecedente (descrita como pura dominación) y un Estado surgido artificialmente para superarla (dando lugar a la libertad).

Hobbes defendió, en efecto, que existían, en realidad, dos Estados. Uno era natural y estaba basado en relaciones de poder y fuerza históricamente conformadas. Surgía este de meras relaciones de sometimiento marcadas por el juego de la “libertad natural”. Para Hobbes, solo a través del “contrato de unión” ese cuerpo social, histórico y contingente, podía transformarse en un Estado que constituyera una verdadera unidad política, dotada de un poder absoluto capaz de constituir *ex novo* una libertad duradera garantizando la seguridad de todos. Quien recibía de ese modo el poder ya no era uno de los contratantes; no asumía, por tanto, obligaciones en relación con los que suscribían el pacto (individuos). Era un nuevo sujeto político omnipotente. Era el Leviatán, siendo este último, tanto en la versión hobbesiana como en la del propio positivismo

---

<sup>200</sup> Vid. Kelsen, H., *Teoría...cit.*, p. 4. Más exactamente, puede decirse que el Estado era el ente que pasaba a tener los atributos del Dios legislador de la teología. En la teología -sobre todo en la teología nominalista que, desde Duns Scoto, rompe la relación de necesidad entre Dios (la *Causa Primera*) y las causas segundas (las leyes naturales que rigen el universo)- Dios era caracterizado como una *potentia absoluta* que, al crear el mundo, dicta leyes naturales que son el producto exclusivo de su voluntad, actuando como *potentia ordinata* (esto es, reconduciendo libremente su poder absoluto a un orden que es necesario para todos menos para Él mismo). El Estado del positivismo reproduce estos conceptos: es una potencia absoluta, que todo lo puede, pero que actúa, a través de sus normas jurídicas, como una potencia que se sujeta a un orden, vinculante para todos menos para él mismo, aunque el Estado se compromete a respetarlo. Sobre la transferencia de conceptos de la teología a la teoría jurídica del Estado, vid. Schmidt, C., *Teología...cit.*, pp. 37-48.

decimonónico que siguió sus pasos al crear la noción de *Estado-persona*, el que cumplía el papel de *civitas dei*.

La contraposición fue recogida y reforzada por Rousseau, que afirmó que “[a]ntes de examinar el acto mediante el cual un pueblo elige a un rey, habría que examinar el acto mediante el cual un pueblo se convierte en pueblo, porque, siendo este acto necesariamente anterior al otro, es el verdadero fundamento de la sociedad”<sup>201</sup>. Rousseau sigue la senda de Hobbes y apunta a que dicha “sociedad” está compuesta, antes de constituirse en unidad política, por un conjunto de facciones conformadas por individuos con intereses semejantes. Cada una de estas facciones representa, a su vez, un interés propio y todas ellas que se oponen las unas a otras para alcanzar sus metas respectivas. Esa es, como ya se ha visto, la situación que el “contrato social” debe remediar a través de la unificación de las voluntades particulares en una sola, la *voluntad general*, que, como ya se ha señalado, es la del cuerpo moral (el Estado-persona) que sirve para superar la división social en facciones enfrentadas. Para ello es imprescindible que cada miembro del cuerpo político abandone su egoísmo individual y asuma el rol de “ciudadano” entregando todo su poder al soberano. Cuando el Estado expresa la voluntad general, queriendo satisfacer el interés del colectivo, beneficia necesariamente a cada miembro singular del mismo. Con ello, Rousseau explicita más claramente la dialéctica sociedad-Estado que acabará siendo característica del pensamiento político del siglo XIX.

Será, finalmente, Hegel quien, inspirándose justamente en Rousseau, establezca con mayor claridad esta relación dialéctica, en la que el Estado sigue cumpliendo el rol de *civitas dei*<sup>202</sup>. La sociedad pasa a ser entendida, de forma aún más explícita, como un cuerpo intermedio entre el individuo y el Estado determinado por intereses puramente egoístas. Dicho cuerpo viene conformado por efecto de las distintas necesidades individuales, que llevan a los hombres a relacionarse entre sí, persiguiendo su interés

---

<sup>201</sup> Vid. ROUSSEAU, J. J., *El contrato...cit.*, p. 18. En este punto, las ideas de Hobbes llegan a Rousseau con el filtro de Pufendorf, que es quien divide el contrato de unión hobbesiano en dos, el de unión propiamente dicha, para la creación del pueblo como sujeto político, y el posterior de sujeción a una autoridad determinada.

<sup>202</sup> “Las observaciones de Rousseau parecen haber sido las excitaciones que influyeron en Hegel para formar su concepción de la sociedad civil”, en particular de la distinción dialéctica entre la sociedad civil y el Estado, esto es, la idea de la sociedad civil como “formación intermedia de familia y Estado en la que cada cual tiene un fin que es propio, pero que no puede alcanzarse sino en relación con los demás”. En ella, el fin particular se eleva a la forma de generalidad y halla su cumplimiento mediante la relación con los otros, por cuanto él, al propio tiempo que satisface el bien común para sí, cumple y realiza el bien de los demás”. Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, p. 153

egoísta, más allá del ámbito estricto de la familia<sup>203</sup>. En tales relaciones, el egoísmo de unos colabora con el egoísmo de otros, “puesto que cada uno adquiere, produce y goza para sí, justamente por eso produce y adquiere para el goce de los demás”, lo que acaba generando la mutua dependencia en el seno del cuerpo social, la verdadera sociedad civil<sup>204</sup>.

Tal sociedad se estructura, sin embargo, en grupos fragmentados. Las destrezas y las cualidades diversas van generando capitales distintos y estos, a su vez, van otorgando mayores posibilidades de realizar los propios fines. Los individuos van agrupándose, por ello, en distintas clases sociales, compuestas por quienes tienen ocupaciones, necesidades y formas de pensar equiparables<sup>205</sup>. Gracias al Estado, todos estos intereses, que se presentan contrapuestos e inconciliables en el seno de la sociedad civil, pueden ser comprendidos en su universalidad. En el Estado alcanzan un sentido ético de unidad, dejando de responder a planteamientos fragmentarios. “Esta unidad sustancial, como absoluto e inmóvil fin de sí misma, es donde la libertad alcanza la plenitud de sus derechos, así como este fin último tiene el más alto derecho frente a los individuos, cuyo deber supremo es el de ser miembros del Estado. Si se confunde al Estado con la sociedad civil y su determinación se pone en la seguridad y la protección de la propiedad y libertad personal, se hace del interés de los individuos como tales, el fin último en el cual se unifican; y en este caso, ser miembro del Estado cae dentro del capricho individual. Pero el Estado tiene una relación muy distinta con el individuo; el individuo mismo tiene objetividad, verdad y eticidad solo como miembro del Estado, pue el Estado es Espíritu objetivo”<sup>206</sup>.

Solo el Estado puede determinar, por tanto, lo que es racional en sí. Las ideas de Rousseau se presentan aquí con la forma propia del espíritu romántico -pues convierte el devenir histórico en un sustrato metafísico que recorre su propio camino a través de progresos dialécticos que dan como resultado el hallazgo de la razón- pero conservan la misma sustancia: la oposición esencial entre sociedad y Estado y la necesidad, para superarla, de alienar al individuo, haciendo prevalecer, frente a su interés egoísta -expresado en su adherencia a facciones o clases sociales- su dimensión social como miembro de un todo superior. Solo ese todo, constituido en Estado, puede determinar

---

<sup>203</sup> HEGEL, G. W. F., *Filosofía...cit.*, p. 205. !

<sup>204</sup> *Ibidem*.

<sup>205</sup> HEGEL, G. W. F., *Filosofía...cit.*, pp. 203 a 205. !

<sup>206</sup> HEGEL, G. W. F., *Filosofía...cit.*, p. 245.

coherentemente el ámbito de libertad que corresponde a cada individuo desde una perspectiva de conjunto.

Como es sabido, la dialéctica apuntada por Rousseau y desarrollada por Hegel penetra vigorosamente en las doctrinas políticas socialistas, dando lugar, en especial, al materialismo histórico marxista, en el que el rol de *civitas dei* pasa asignarse a una futurible sociedad sin clases. Para el marxismo, las relaciones sociales que llevan a la creación del Estado están marcadas por las luchas de clases (las viejas facciones de Rousseau), en la que una clase dominante, que se ha apoderado de los medios económicos de producción, determina estrictamente, conforme a su interés particular, la fisonomía del poder político, sometiendo con ello a la sociedad. La meta del socialismo es superar esa situación destruyendo la tiranía estatal, lo que sólo puede conseguirse si el proletariado se hace con el poder coactivo público y disuelve, gracias a éste, la dominación impuesta por la clase burguesa colectivizando la propiedad de los medios de producción, lo que acabará produciendo la desaparición natural de la organización estatal misma y el tránsito a una sociedad sin clases<sup>207</sup>.

Pero esta dialéctica también se impone desde una perspectiva conservadora, de base nacionalista: la sociedad es, desde esta óptica, la comunidad nacional, con todas sus fuerzas humanas, éticas y económicas puestas al servicio de un fin conjunto, común y superior, determinado por el destino histórico del pueblo<sup>208</sup>. El Estado debe perseguir ese fin superior, logrando la unidad plena (el Estado fuerte), esto es, superando la disgregación que provocan los enemigos interiores del pueblo, singularmente los partidos burgueses o proletarios, como facciones que tratan de fragmentar en su propio

---

<sup>207</sup> En el anarquismo, la dialéctica será la inversa, el Estado es una estructura de poder opresora que impide el flujo libre de la vida social; es, por tanto, el Estado el que ha de ser destruido.

<sup>208</sup> Destino que Hegel ya auguraba al pueblo alemán: superar la decadencia a la que lleva el individualismo del mundo latino. No es extraño que Thomas Mann representara en *La Montaña Mágica* ese espíritu individualista, racionalista y liberal, en pugna con el comunitarismo nacionalista o socialista, en un simpático italiano (Settembrini). En una escena esencial de la referida novela, su protagonista, Hans Castorp (que simboliza la Alemania que se encamina a la I Guerra Mundial, o incluso a la misma Europa), tras perderse en la nieve, sufre una especie de revelación en la que encuentra el equilibrio frente a las tendencias contrarias a las que tratan de llevarle sus interlocutores (el irracionalista Nafta y el racionalista Settembrini) en el sanatorio de tuberculosos en el que se encuentran internos. Castorp resume su revelación con la siguiente divisa: *una mente libre y un corazón piadoso*. Esas palabras bien podrían entenderse como una traducción literaria de la fórmula constitucional de nuestro actual *Estado social y democrático de derecho*.

beneficio la indisoluble unidad de la comunidad nacional, tratando de imponer sus pequeños y mezquinos intereses<sup>209</sup>.

Junto a esta sustantivación, de índole dialéctica, de la sociedad o de la comunidad, también se impone en el siglo XIX una exaltación naturalista o biológica del cuerpo social, que es concebido como un “organismo” vivo. La comunidad o sociedad es un “género especial de organismo”, el de los “organismos colectivos, espirituales, morales, organismos de orden superior”, una “unidad originaria con la que los individuos mantienen la relación de miembros y, por tanto, sólo pueden ser comprendidos partiendo de la naturaleza del todo”. Lo característico de todo organismo es su fin común, de suerte que todas las funciones orgánicas están en relación con el todo y el todo, a su vez, tiene relaciones de finalidad con sus partes”<sup>210</sup>. Una concepción ésta tan metafísica como existencia del Estado en el mundo del espíritu, a que alude el idealismo hegeliano. El paradigma mecanicista se torna en postulado metafísico sobre la existencia real de la sociedad y del Estado. La sociedad es un ente real que mueve ciertas palancas con las que logra alcanzar sus fines; organiza, para ello, su poder de coacción convirtiéndose en sujeto de Derecho, esto es, en Estado. Las instituciones jurídicas deben adaptarse a las leyes naturales que rigen la sociedad.

Todas estas visiones ideológicas derivaron en un mismo resultado, el funcionalismo jurídico, pues todas acabaron asumiendo la idea de que el Derecho es un instrumento que permite materializar la coacción estatal para construir la consiguiente *civitas dei*. En su derivación más extrema, ese funcionalismo hizo que el derecho subjetivo, como acabó proponiendo expresamente el jurista nacional-socialista Karl Larenz, fuera sustituido, por el concepto de “función”, esto es, por el rol que cumple el individuo en relación con el todo superior. El Estado ya no debe ser sólo un “Estado fuerte”; ha de ser un “Estado total”<sup>211</sup>. Dicha visión es, en realidad, el resultado último de un proceso paulatino de conversión del positivismo decimonónico en funcionalismo,

---

<sup>209</sup> Quizá sea Carl Schmidt la figura que mejor resume la evolución intelectual del conservadurismo del *Estado fuerte* hasta el *Estado total*, que aliena completamente al individuo y lo somete a los fines colectivos. Muy ilustrativa de la evolución del pensamiento de Schmidt al compás de los acontecimientos políticos de la República de Weimar (y con especial interés en lo relativo a la cuestión prusiana) la obra de Olivier BEAUD *Los últimos días de Weimar. Carl Schmidt ante el ascenso del nazismo*, Escolar y Mayo, Salamanca, 2017.

<sup>210</sup> Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, pp. 222-223, y CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría...cit.*, p. 40. Ambos autores critican el falso cientifismo que late tras este biologismo metafísico.

<sup>211</sup> Vid. LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 280-286.

proceso irrefrenable desde el paradigma decimonónico de la doble naturaleza del poder al que Kelsen acabó poniendo fin.

### **3.3. La subordinación del individuo a los fines superiores de la sociedad. El Estado puramente social**

Una vez establecida la sociedad, y no el individuo, como matriz del poder público, para llegar al funcionalismo bastaba con sostener que la finalidad del Derecho y de los derechos es facilitar que el Estado, como manifestación de esa unidad colectiva que tiene por misión organizar su poder de coacción, motive a los individuos a comportarse de un modo socialmente útil. Se corta, de ese modo, el cordón umbilical que aún ligaba la idea del derecho subjetivo a la autonomía ("libertad natural") de su titular. La fuente de alimentación de los derechos se sitúa ahora en el ámbito grávido de su "función social", compuesto por un aire exógeno que limita la autonomía del individuo a lo que resulta útil para el Estado mismo. La libertad individual queda, así, ajustada a la función que cada parte cumple en relación con el todo. Esa, y no otra, es la "verdadera libertad", comprometida con el cuerpo social y desprovista, por ello, de la miseria moral del (juicioso) egoísmo individualista. El contenido de los derechos es contingente, plenamente moldeable por el arbitrio del poder, que es libre, por tanto, de sacrificarlos a su albedrío en función de las necesidades colectivas. Este tránsito del positivismo al funcionalismo queda plasmado, en la tradición jurídica continental, en una obra de madurez de Rudolph Von Ihering, *El fin en el Derecho*, donde el autor alemán formula su célebre "teoría del interés", con la que el eje del pensamiento jurídico se desplaza del ámbito abstracto de la voluntad (positivismo) al terreno pragmático del fin (funcionalismo).

En efecto, la primera doctrina positivista decimonónica no llega a romper con los fundamentos del personalismo radical, pues, siguiendo las viejas ideas nominalistas, pone todavía el acento en la noción de voluntad. La fuente de la norma de conducta siempre es una voluntad, o la voluntad *horizontal* de los individuos mismos (autonomía de la voluntad) que ejercen sin oposición su libertad natural o llegan a pactos con otros para eliminar esa oposición o la *vertical* de una voluntad superior, asistida de un poder de coacción capaz de imponerse legítimamente. Esta circunstancia hace que la esencia del razonamiento jurídico pueda seguir pivotando sobre el derecho (subjetivo), como dirección de la libertad natural respaldada por una norma positiva, con el deber correlativo de respetarlo, esto es, sobre la división esencial entre lo lícito (que se ajusta a la delimitación de los derechos recíprocos) y lo ilícito (la agresión al derecho ajeno). Lo

importante, en ese momento, es la correcta identificación del mandato que ha de ser cumplido, bien como expresión de la voluntad del soberano, bien como plasmación de la voluntad de los individuos concernidos, libremente expresada en el negocio jurídico realizado. Para ello, el jurista ha de servirse de un complejo aparato conceptual, cuyos fundamentos filosóficos últimos le resultan ya completamente ajenos.

Aunque los derechos ya no se conciben, en este momento, como manifestaciones de la dignidad humana (entendida como autonomía) sino como expresión de la voluntad del legislador estatal que los confiere (que es, así, el que determina qué dirección de la libertad individual pretende amparar), este problema es aún poco acuciante, pues el ordenamiento positivo heredado obedece, en lo que se refiere a las libertades y derechos individuales, y especialmente en cuanto al derecho de propiedad atañe, a los presupuestos teóricos del personalismo radical, que, en este concreto aspecto, es aceptado por los idealistas y los conservadores, los doctrinarios y los moderados, que pretenden hacerlos convivir, eso sí, con el orden que aporta, en la organización del poder, el principio o la institución monárquicos.

El efecto fundamental del nuevo paradigma positivista es, en esta primera época, la acentuación de la concepción sancionadora del Derecho legislado, particularmente de la responsabilidad civil, que, en la interpretación doctrinal positivista va perdiendo su sentido originario de obligación general restitutoria para comprenderse, más bien, como la sanción legalmente prevista para la violación culpable de un derecho subjetivo absoluto, esto es, como el castigo indemnizatorio de un acto ilícito y culpable, sustanciado en la transgresión del mandato general de abstención que va necesariamente implícito en el otorgamiento, por parte del poder público, de un derecho que, como el de propiedad, tiene eficacia *erga omnes*. Pero la relación de los derechos con la libertad individual no ha sido aún puesta en entredicho, por más que se entienda que esa autonomía ha sido conferida a través del arbitrio del legislador. En esta posición positivista, la racionalidad del legislador se da, en realidad, por descontada, de acuerdo con el paradigma rousseauniano de la voluntad general<sup>212</sup>. En esto, se observa una

---

<sup>212</sup> En cierto modo, por la confianza del liberalismo político a la racionalidad del procedimiento legislativo, que hace que exista lo que se ha llamado “un momento de fe en el legislador”. Vid. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Fundamentos del Sistema Penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 400. Como explica Fioravanti, el patrón rousseauniano que impera en la Revolución Francesa hace que se confíe en exclusiva en la ley general y abstracta como instrumento infalible de racionalidad de la ley. Es la idea de la voluntad general de Rousseau la que crea este mito del legislador necesariamente justo y virtuoso que, al expresar una voluntad general, no puede llegar a lesionar los derechos individuales. Vid. FIORAVANTI, M., *Los derechos...cit.*, p. 64.

confianza extrema en la penetración social de una determinada forma de concebir el poder, lo que ya había ocurrido, mucho antes, con la exaltación de los mandatos que había realizado el nominalismo medieval<sup>213</sup>.

La verdadera ruptura se produce más tarde, cuando ese consenso social sobre los fundamentos del poder es dinamitado. Muchos positivistas advierten entonces que el método de análisis puramente formal y conceptual resulta escasamente útil para afrontar la conflictividad y las complejidades propias de una sociedad cada vez más industrializada, en la que el juego de unos derechos y libertades comprendidos de un modo puramente abstracto conduce a un orden social visiblemente injusto. Es, en ese momento, cuando algunos de los juristas más brillantes de la época deciden bajar del “cielo de los conceptos”<sup>214</sup> y transitar la senda que hay más allá de la “voluntad”, encontrando lo que se esconde detrás de ella, que es el “fin” y el “interés”, esto es, el objeto que el Derecho persigue y el premio y el castigo que la norma jurídica pone en juego para obtener la colaboración de todos los miembros del grupo. El ordenamiento

---

<sup>213</sup> En efecto, como explica Carpintero, los nominalistas medievales no habían visto peligro alguno en el gobierno de las voluntades al margen de la justicia (razón) de lo ordenado, no porque fueran cínicos, sino porque ya vivían dentro del “ordo” medieval, en el que esa razonabilidad o justicia ligada al ejercicio del poder se daba por descontada. Los gobernantes vivían imbuidos en las exigencias de la moralidad cristiana, de suerte que se daba por hecho que afrontarían su labor política desde los parámetros comunes de justicia. En el positivismo decimonónico ocurre algo muy parecido. Se rechaza por metafísica –y anticientífica- la “Ciencia” del Derecho Natural y se confía en un Derecho compuesto exclusivamente de normas positivas que no son más que mandatos que proceden del arbitrio de la autoridad competente. Pero esto no genera ninguna inquietud en los primeros juristas del *iuspositivismo*, pues parten de la confianza en la racionalidad del legislador liberal, cuyos actos de voluntad se fundarán siempre en una doctrina política que, en mayor o menor medida, reconozca la libertad y los derechos individuales, sobre todo el de propiedad privada. Esa confianza permanece hasta la Primera Guerra Mundial, durando hasta entonces lo que Tierney llamó un *liberalismo optimista* que creía que un tipo de gobierno constitucional y respetuoso con los derechos individuales había pasado a ser algo completamente normal e irreversible. TIERNEY, B., *Religion...cit.*, p. 5.

<sup>214</sup> En la *fantasía* que pone fin a su libro *Jurisprudencia en broma y en serio*, Ihering llamó irónicamente “cielo de los conceptos” al lugar al que, después de morir, viajaba su espíritu liberado de la experiencia jurídica contingente. Allí, un halo luminoso le recibía y le advertía de que hasta ese momento: “Todo era ceguera y equivocación de los sentidos. El verdadero ser pertenece a lo inmaterial, todo el universo es espíritu y tú mismo eres un fragmento de él. Lo que tú pienses existe: pensar y ser constituyen un todo unitario”. El jurista que allí llega, que pretende resolver problemas planteados por la experiencia desde parámetros útiles, es duramente reprendido: “Por todo lo que hasta ahora te había oído, ya me parecía que no podías estar de acuerdo con estas declaraciones. Tu mirada y toda tu orientación están demasiado impregnadas de consideraciones terrenas. En lugar de contemplar los conceptos e ideas en su esencia lógica o filosófica-jurídica, o autarquía absoluta, en su existencia no condicionada por supuestos históricos, estás siempre preocupado con cuestiones absurdas: el por qué práctico, el origen histórico, con lo que pierdes el sentido y la comprensión para el idealismo jurídico. Con esta manera de preguntar *por qué*, te has cerrado la puerta no solo de nuestro cielo sino también el cielo de los filósofos juristas. Únicamente queda a tu disposición, el cielo de los prácticos”. Acto seguido, el cartero despierta a Ihering de su sueño. Vid. IHERING, Rudolph, *Jurisprudencia en broma y en serio*, Maxtor, Madrid, 2017, pp. 249 y 314.

jurídico ya no es visto como un conjunto de mandatos que puedan ser contemplados de un modo abstracto, desvinculados del propósito al que sirven; se trata, más bien, de un formidable haz de fines en pugna que han de ser debidamente cribados. La tarea del Derecho es poner en juego los estímulos necesarios para que los fines socialmente útiles puedan ser alcanzados, creando en los sujetos implicados el interés de materializarlos, lo que sólo es posible a través del palo y la zanahoria que la coacción estatal pone en liza. Si el palo es la sanción, la zanahoria es el derecho en sentido subjetivo. La atribución de un derecho es, en la expresión de Ihering, la promesa del “salario” que la sociedad está dispuesta a pagar por la realización de un comportamiento que resulta útil para el cumplimiento de sus fines superiores.

El contenido específico de un derecho puede, por ello, ser conformado por los gobernantes de modo completamente arbitrario, conciliando en su seno una pluralidad de fines e intereses. Es posible incluso que el derecho pierda su contenido sustantivo y reduzca su operatividad a una faceta puramente reaccional, consistiendo, así, en una mera habilitación normativa para actuar procesalmente en interés público, luchando contra el defecto del ejercicio del poder que ha generado un daño -con lo que se contribuye a que dicha desviación sea corregida- sin posibilidad, no obstante, de obtener el resarcimiento de sus consecuencias. En caso de admitirse la reparación, el alcance de esta ha de depender de lo que el poder público determine de acuerdo con el interés general, al margen del importe de la pérdida efectivamente sufrida por el ciudadano.

De este modo, la doctrina positivista del siglo XIX se transforma en instrumentalista o funcionalista. Ya no hay lugar al imperativo kantiano de la igual libertad individual, pues solo hay imperativos hipotéticos o condicionados a la consecución de fines plurales, debiendo prevalecer, en todo caso, los fines superiores de la comunidad. Ya no hay un marco jurídico basado en la pura justicia conmutativa; todo el Derecho es justicia distributiva, pues se trata de conciliar los intereses en pugna de acuerdo con el conjunto de las necesidades públicas. El autor de la norma concede los derechos para alcanzar los objetivos que considera deseables, creando en el ciudadano el interés (egoísta) en cooperar voluntariamente con la comunidad a la que pertenece, logrando así el avance de la sociedad. En las palabras del propio Ihering, “la voluntad es la fuerza verdaderamente creadora. [...] La palanca de esa fuerza es el fin. En el fin se halla contenido el hombre, la humanidad, la historia”. Todo consiste en armonizar sabiamente los fines generales de la comunidad con los fines egoístas de cada individuo, de modo que la voluntad de este se ponga al servicio de un progreso conjunto. Los

derechos no se contemplan como un espacio de autonomía originaria sino como un ámbito artificial de decisión que está al servicio de una función social.

En las postrimerías del siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX, la exaltación ideológica de la dialéctica sociedad-Estado, promovida desde la derecha y desde la izquierda más radicales (ambas de raigambre hegeliana), llegó, como se ha señalado, a su paroxismo. El totalitarismo resultante encontró un poderoso aliado en la visión puramente formal del Estado de Derecho, lo que no ocurrió, en cambio, en el ámbito del mundo anglosajón, donde la idea del “imperio de la ley” (*rule of law*) mantuvo su dimensión material. El Estado fascista y el nacionalsocialista, de un lado, y el Estado socialista o comunista, de otro, son las manifestaciones más extremas del progresivo vaciamiento de la cláusula de Estado Derecho, con la consiguiente negación total de unos derechos individuales previos que hayan de ser respetados por el poder. El otro soporte intelectual de tal visión totalitaria es el funcionalismo jurídico, que concibe el ejercicio del poder como la utilización de la coacción al servicio exclusivo de la comunidad, alumbrando, así, un Estado puramente social<sup>215</sup>. Cuando esa deriva autoritaria sea ya evidente, el positivismo científico, convertido en normativismo puro, aparecerá como el reducto de los que siguen apegados a las viejas ideas individualistas. Cuando las posiciones comunitaristas (nacionalistas o socialistas) se conviertan en una amenaza para la subsistencia de la libertad individual, el positivismo servirá de refugio intelectual a los “científicos” del Derecho reacios a participar en los nuevos proyectos totalizantes. En ese momento, el positivismo científico será entendido como un muro de contención contra la penetración del funcionalismo, visión defensiva a la que responde la culminación intelectual del normativismo, el sistema kelseniano, con su reivindicación de la pureza de la Ciencia jurídica<sup>216</sup>.

No obstante, la derivación totalitaria de las ideas funcionalistas -que subordinan el individuo a la sociedad y reducen los derechos a un problema de estímulo para

---

<sup>215</sup> El estudio de este funcionalismo, y de su correlativo Estado puramente “social” -esto es, de un Estado en el que los fines seleccionados por la comunidad política (sean de signo conservador o progresista) carecen de todo límite material y sólo están constreñidos por los cauces marcados por una visión puramente formal del “Estado de Derecho”- queda fuera del objeto de esta obra, pues habría de ser tratado, por su complejidad, en una monografía específica. En su vertiente de deconstrucción y desmantelamiento de la idea iusnaturalista de los derechos, con la consiguiente deriva autoritaria, puede decirse que esa monografía ha sido ya escrita, entre nosotros, por Luis Medina Alcoz, en *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 101-214. A ella, pues, me remito.

<sup>216</sup> Un muro, desde luego, muy frágil, pues sólo podía operar en el terreno de la controversia doctrinal, a la que el totalitarismo triunfante siempre pone fin con un mero acto de autoridad.

alcanzar fines colectivos- no debe oscurecer, que dichas ideas tienen una vertiente moderada, que ha de ser sucintamente estudiada si quiere comprenderse el problema del sacrificio de derechos, sobre todo en su dimensión normativa, pues, en efecto, ese funcionalismo moderado sigue influyendo en el pensamiento jurídico de nuestro tiempo a través de la diferenciación entre la delimitación y la limitación de derechos, que lleva a la negación del sacrificio cuando este se produce por vía normativa.

#### IV. EL FUNCIONALISMO MODERADO Y LA NEGACIÓN DEL SACRIFICIO NORMATIVO DE DERECHOS: LA HUELLA DE IHERING

##### 4.1. Ihering y la función social de los derechos. La idea de la “delimitación” normativa del derecho individual de acuerdo con su utilidad

Como se ha apuntado, fue Rudolph V. Ihering, que había sido uno de los más grandes representantes del pensamiento jurídico conceptual propio del positivismo decimonónico, quien protagonizó el cambio de paradigma, asumiendo una perspectiva de signo funcionalista que tendría una repercusión enorme en el continente europeo.

La visión funcionalista de Ihering procede, como es característico en el estilo de su época, de la supuesta observación de las fuerzas invisibles que mueven la vida natural, de las que el autor alemán hace después traslación a la vida social. La naturaleza pone en el hombre el interés en perseguir sus fines (autoconservación y reproducción) a través del premio del placer y el castigo del dolor. Con ello, pone el egoísmo del hombre a su servicio, le “paga su salario” para que actúe del modo requerido. El placer y el dolor son, de ese modo, el palo y la zanahoria a través de los cuales la naturaleza consigue que el ser humano, persiguiendo su propio interés, contribuya a la realización de fines superiores, que trascienden al individuo y atañen a la especie entera. Por tal razón, la naturaleza prescinde del placer en todos los actos humanos que son puramente automáticos y en los que no interviene la voluntad. La respiración o la circulación de la sangre, por ejemplo, no reportan placer<sup>217</sup>. Allí donde la voluntad del ser humano es ingrediente necesario para la acción, la naturaleza instiga, en cambio, a actuar del modo que le beneficia a través de los dos estímulos indicados: placer y dolor.

Esa misma clave explica la vida social desde el punto de vista del Derecho y del Estado, pues estos utilizan, en la visión de Ihering, las mismas palancas para conseguir que los individuos actúen de un modo socialmente beneficioso. De nuevo en la clave

---

<sup>217</sup> IHERING, R. *El fin...cit.*, pp. 20 y 21.

propia de su época, el gran jurista alemán observa en las doctrinas iusnaturalistas ilustradas una oposición artificiosa entre los fines del individuo y los de la sociedad<sup>218</sup>. En realidad, hay, en su opinión, una convergencia necesaria entre ambas clases de fines; los fines sociales pueden alcanzarse de forma indirecta a través de la satisfacción inmediata de intereses individuales, que se convierten en el anzuelo por el que la sociedad y el Estado “atraen al individuo para que coopere a su consecución”. A través de los sentimientos de autoafirmación egoísta y abnegación, el individuo coopera con los fines sociales. Y la autoafirmación egoísta es puesta en acción por el Estado a través de dos palancas (que son las mismas que mueve la propia naturaleza, en cuanto llevan también al resultado del placer y del dolor): la recompensa (el salario) y la coacción. La forma en la que el Estado sustancia el movimiento de estas dos palancas es lo que conocemos como Derecho<sup>219</sup>.

De este modo, “la sociedad posee una fuerza coercitiva sobre la voluntad humana” a través de una mecánica social “equivalente a la teoría de las palancas, por las cuales la sociedad pone en movimiento la voluntad para sus fines, o mejor dicho: *la teoría de las palancas del movimiento social*”. Tales palancas son cuatro. Hay dos que pueden ser clasificadas como “inferiores y egoístas”, que son el salario y la coacción. Hay otras dos que son “superiores” o, si se prefiere, “morales o éticas”, que son el sentimiento del deber y el amor. Según Ihering, las dos primeras son la prosa y las dos segundas la poesía “de la vida moral”<sup>220</sup>. El ámbito del Derecho es, obviamente, el de la prosa. El Derecho es, además, la forma de esa prosa, que es dictada por un solo sujeto: el Estado.

La concepción del Estado de Ihering sigue el postulado hegeliano de su separación de la sociedad; esta, dispersa en la interacción de los fines individuales, ha de adoptar una forma unitaria que le permita administrar ordenadamente el poder de coacción y organizar el progreso conjunto<sup>221</sup>. Tal poder superior de coacción es

---

<sup>218</sup> IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 221. La sociedad como sujeto es el hombre social, el hombre, no aislado sino ! miembro de una unidad superior, sujeto final del Derecho. Se asume también aquí una idea hegeliana: ! sólo en cuanto se realiza como miembro del colectivo dispone de verdadera libertad.

<sup>219</sup> IHERING, R. *El fin...cit.*, pp. 32 y 33. !

<sup>220</sup> IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 53. !

<sup>221</sup> IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 151. “El Estado es la sociedad como detentadora de la violencia de la de la ! coacción regulada y disciplinada. El conjunto de los principios según los cuales actúa de esta manera: la ! disciplina de la coacción, es el derecho”. Siendo el Estado la organización de la coacción social, el fin del ! derecho es la organización de esa violencia. “El Estado es la sociedad que obliga; para poder obligar, ! asume aquella la forma de Estado” “El problema del establecimiento de la coacción social es así el punto en que se separan el Estado y la sociedad, donde aquél se ve obligada a quedar tras ella, que no conoce límites en la tierra”. *Ibidem*, p. 152. !

originario<sup>222</sup>, pertenece exclusivamente al Estado -sin que lo haya recibido del individuo- y es, de hecho, lo que realmente le caracteriza como tal Estado, hasta el punto de que en ciertas fases históricas, en las que la realidad y la consistencia de ese poder es puesta en entredicho por ciertas facciones (guerras civiles, anarquía, rebelión), la violencia estatal debe ser ejercida de forma despiadada, doblegando toda resistencia que la niegue<sup>223</sup>. De ese modo, sólo el Estado tiene, en última instancia, verdadero poder de obligar; es, por ello, la única fuente del Derecho, ya que, siguiendo la vieja línea de pensamiento nominalista, solo aquel que tiene la capacidad de hacerse obedecer puede dirigir verdaderos mandatos a los demás. En otras palabras, el Estado es la única fuente del Derecho “pues las normas que no pueden ser impuestas por aquel que las estatuye no son principios de Derecho”<sup>224</sup>. En ese sentido afirma Ihering que “un imperativo sólo tiene en los labios aquel sentido que tiene el poder para imponer a una voluntad extraña esa limitación; es la voluntad más fuerte que prescribe a la voluntad más débil las normas de la acción”. En la idea de Estado y de Derecho va, por tanto, el poder físico (coactivo) de mover las dos palancas más básicas (los *postulados absolutos*) del movimiento social: el salario y la coacción.

---

<sup>222</sup> Rechaza Ihering el dogma contractualista de la naturaleza derivativa del poder, articulada mediante un acto de transferencia. “La opinión de que la misma voluntad del individuo basta para transmitir a otro la violencia de la coacción sobre sí, sea sobre un individuo o una asociación, no requiere ninguna refutación seria”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 156

<sup>223</sup> Lo que caracteriza al Estado es, más que nada, esa capacidad de obligar, ese poder de coacción superior: “aquello que la sociedad no perdona ni tolera es una contradicción en sí: ¡un poder estatal sin poder!” Un poder estatal abusivo siempre será preferible al estado de anarquía que supone la pérdida de esa capacidad de obligar: “la forma más intolerable de la condición estatal es siempre mejor que la falta de la misma. Y no ha sido fácil a los pueblos volver del estado de la desintegración estatal al del orden del Estado, se requiere puño de hierro para habituarlos nuevamente a la disciplina y la obediencia”. “Los horrores y atrocidades que cometieron [los Césares romanos] sólo fueron orgías del poder estatal que festejaba su retorno, la prueba sangrienta de que había recuperado nuevamente fuerzas y no tenían que temer ya a ningún poder en la tierra –tal sólo cuando fue aportada la prueba se produjo la moderación”. No es extraño que este elogio de la violencia estatal que se impone sin límite para acabar con la anarquía concluya con un elogio del papel que cumple Prusia en el nuevo Imperio Alemán. “Lo que tiene que significar lo muestra por ejemplo la historia de Roma y la comparación del anterior imperio alemán con el Estado del presente, que ha sabido como ningún otro equilibrar la insignificancia de sus medios de poder con una organización modelo: Prusia”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, pp. 153-156.

<sup>224</sup> “Sólo aquellas normas establecidas por la sociedad que tienen tras sí la coacción estatal, merecen el nombre de derecho, pues, como hemos visto, sólo el Estado posee el monopolio de la coacción, con lo cual se ha dicho *implicite* que sólo son normas de derecho las investidas por el Estado con ese efecto o que *el Estado es la única fuente del Derecho*”. “La coacción aplicada por el Estado en la ejecución constituye el criterio absoluto del derecho, una norma sin coacción jurídica es una contradicción en sí, un fuego que no arde, una luz que no ilumina”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 157. Con ello, la teoría positivista decimonónica de la norma jurídica como mandato muestra su estrecha relación con el elemento de la coacción pues si el mandato de uno ha de ser obedecido por otro es porque ese uno posee la capacidad de obligarle a ello.

El Estado, en la visión de Ihering, debe ser, además, Estado de Derecho, de acuerdo con la concepción puramente formal de esta idea, a la que el autor alemán aporta ahora una explicación funcionalista. Si el Estado ha de ser “de Derecho”, esto es, si ha de someterse a sus propios mandatos no es por ningún tipo de exigencia fisiológica. Se trata de una pura cuestión de interés. El Estado somete su poder de coacción a sus propias normas, incluso cuando esto supone privarle de una ventaja inmediata para la consecución de sus fines, porque es capaz de ver más allá, esto es, porque llega a comprender que la política de respetar el Derecho es más ventajosa a medio y largo plazo. Es en ese sentido que afirma Ihering que “[e]l derecho es *la política bien comprendida del poder*, no la política miope del momento, el interés del instante, sino la política de larga visión, que mira al futuro y considera el fin”, pues “[s]olo donde el poder del Estado mismo acata el orden por él establecido, adquiere el último su verdadera seguridad; solo donde el derecho domina, prospera el bienestar nacional, el comercio y la industria se vuelven florecientes, solo allí se desarrolla la fuerza moral y espiritual inherente al pueblo en su vigor pleno”<sup>225</sup>. Como la persona inteligente que es capaz de la autocontención y domina el impulso instantáneo que le invita a actuar de modo arbitrario, así también el Estado rechaza la arbitrariedad y se sujeta al Derecho pensando en obtener réditos mayores a medio y largo plazo<sup>226</sup>.

En la visión de Ihering del Derecho y el Estado -como forma el primero, y agente el segundo, del movimiento social- está latente la idea funcionalista del estímulo, perfectamente sustanciada en la primera de las dos palancas egoístas: el salario. Con ella, se trata de conseguir que el miembro del colectivo cumpla con su misión social a través de un incentivo que le genere un interés propio en alcanzar ese resultado, esto es, se busca de convertir el inmenso poder del egoísmo humano en el impulso más eficaz con el que alcanzar los fines sociales<sup>227</sup>. Pero el egoísmo individual debe ser, en todo caso,

---

<sup>225</sup> IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 183.

<sup>226</sup> Esa visión del Estado de Derecho es, pues, tributaria de su visión de la política, que es la de la política como perspectiva a largo plazo: “la verdadera política es la perspectiva del interés –el ojo del que ve a distancia, que alcanza la lejanía por sobre el estrecho círculo de los intereses inmediatos a los que se limita la mirada de los miopes”. Por eso el Derecho es la política del poder bien entendida. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 257.

<sup>227</sup> Ihering realiza, así, un panegírico del egoísmo. Según señala, todos preferimos la independencia y la seguridad que nos proporciona el pago de un bien o un servicio a la humillación de la súplica con la expectativa de que nos sea concedido graciosamente. Todos nos movemos con más comodidad y seguridad conforme a las reglas del intercambio egoísta que de acuerdo con las meras expectativas de altruismo. La consecuencia de ello es la excelencia del dinero, pues éste “no conoce el aspecto de la persona, no sufre caprichos, no tiene horarios, en que sería menos accesible, y no conoce finalmente fronteras en que agota su disposición. El egoísmo tiene el más vivo interés en estar al servicio de cada uno, en todo momento, en cualquier medida; cuanto más se le pide, más otorga. No habría ninguna

limitado a través de la otra palanca a disposición de la sociedad –que se constituye en Estado precisamente para organizar su administración–: la coacción. Según afirma Ihering, “el Estado tiene la misión de oponerse a las extralimitaciones del mismo [del egoísmo] que se vuelven peligrosas para la sociedad”<sup>228</sup>. Y esto porque la libertad en la que se sustancia el egoísmo debe estar subordinada a un bien mayor: la justicia, que exige realizar aquello que conviene a la sociedad en su conjunto, pues el individuo no existe solo para sí mismo, como pretende la concepción atomista del iusnaturalismo, sino también para el mundo<sup>229</sup>.

Se establece, en definitiva, como límite al juego del impulso egoísta, un parámetro de justicia distributiva, puesto al servicio de la sociedad. Según afirma Ihering, la justicia viene determinada por la igualdad y esta tiene un valor instrumental. La igualdad es un instrumento de equilibrio social que permite a la colectividad perseguir sus fines con la necesaria estabilidad; “es la condición del bien de la sociedad”. La igualdad que interesa a la sociedad no es, por ello, “la abstracta de los individuos singulares” sino la marcada por la proporción a la contribución a los fines de la sociedad, determinada, por tanto, por la justicia distributiva. Y ello por puro interés de la sociedad misma en la consecución de sus fines, pues “[u]na sociedad que debe prosperar tiene que estar segura de la entrega plena de cada uno de sus miembros a la finalidad social, y con ese objeto tiene que asegurar el equivalente pleno por su cooperación; si no lo hace, pone en peligro su propio fin; el interés del miembro perjudicado en la persecución del objetivo común se debilita, su celo, su energía se amortiguan, uno de los resortes de la máquina falla, y con eso se paraliza la máquina misma”<sup>230</sup>.

---

condición más insoportable que si todo lo que necesitamos hubiésemos de esperar de la complacencia, ¡sería el destino del mendigo!”. Bien podría ser éste un monólogo de Falstaff. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, pp. 62-64.

<sup>228</sup> Sentencia: “por persuadido que esté de que para la relación no hay ninguna otra energía activa que la del egoísmo, estoy persuadido también por otra parte de que el Estado tiene la misión de oponerse a las extralimitaciones del mismo que se vuelvan peligrosas para la sociedad. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 73.

<sup>229</sup> Ihering critica a la visión atomista del individuo aislado del contractualismo y el kantismo: “Nadie existe sólo para sí mismo, como no existe por sí sólo, sino que para cada cual es, tanto como los otros, al mismo tiempo para otros, igual si lo hace con intención o sin ella. [...] En una palabra, donde quiera que dirija la mirada, hallo el mismo fenómeno: nadie existe para sí solo, cada cual existe al mismo tiempo para otros, digamos, para el mundo”. Como ya advirtiendo los antiguos, la vida humana es siempre social. “La vida humana y la vida social son equivalentes”. El concepto de Estado sólo añade un ingrediente al natural de sociedad. Dicho ingrediente es la coacción externa, formalizada en el Derecho, que sirve para ordenar la red de fines que existen en el entramado social. “El Estado con su derecho interviene sólo aquí y allá, en la medida en que es inevitable para asegurar el orden que se han dado esos fines a sí mismos, contra la lesión”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 48-49.

<sup>230</sup> “La desigualdad en el reparto de las ventajas de la sociedad y la lesión por ese camino del individuo es la lesión de la sociedad misma. El interés práctico de la existencia y de la prosperidad de la sociedad es,

En este sentido, el “salario” no es más que una realización imperfecta de esa justicia que está al servicio de los fines de la sociedad, un premio atribuido a lo que es meritorio desde el punto de vista colectivo, por lo que pertenece a la esfera de la justicia distributiva, que supone una adjudicación de recursos conforme al valor social del acto realizado. Ihering defiende, por ello, una evolución hacia la publicización del sistema de “salario”, hoy en manos privadas, en una transición histórica paralela a la ya experimentada con la publicización del sistema penal. En su opinión, “para el sistema público de salario se realizará la misma mudanza que ha tenido lugar hace mucho en el sistema penal público: el progreso del capricho subjetivo hacia normas firmes, es decir hacia el derecho, lo que no es otra cosa que el retorno a la sabiduría de la antigüedad [...]. Si el salario o el castigo, no teniendo los dos nada que realizar más que la idea de la justicia, se equivocan, es decir, si no acierta al que lo merece y favorece al que no es merecedor, es inconciliable con la idea de justicia de la misma manera”<sup>231</sup>. Por ello, el contenido de los derechos individuales debe ir adquiriendo, en la visión de Ihering, una dimensión cada vez más pública, más acorde con la capacidad actual de la sociedad, como conjunto, de adjudicar los recursos sociales del modo más beneficioso para la totalidad. La publicización del salario es, pues, una forma centralizada de asignación de derechos, más adecuada a los fines de la sociedad que la que está delegada al puro egoísmo individual, de cuyos peligros es buen indicador el llamado “problema social”<sup>232</sup>.

En efecto, de acuerdo con el parámetro distributivo de justicia, el contenido de los derechos no puede venir fijado por la autonomía individual. Es el Estado, como creador del Derecho en virtud de las exigencias de la sociedad, el que debe delimitar los derechos con arreglo a la justicia distributiva, recluyendo el egoísmo individual al espacio estricto en que resulta útil para el conjunto. La idea del Derecho como “derecho subjetivo” es, por ello, puro primitivismo jurídico que ignora la integración de las facultades de cada persona en un poliedro más grande y completo, del que “su” derecho

---

pues, lo que dicta el principio de igualdad en ese sentido, no el imperativo categórico, apriorístico de una igualdad a realizar en todas las condiciones humanas; si la experiencia mostrase que puede existir mejor en la desigualdad, merecería esta última la preferencia”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 93.

<sup>231</sup> Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 93.

<sup>232</sup> Advierte de los peligros de una sociedad en la que se proscriba la imposición de límites al egoísmo individual: “Se requerirán primero nuevas y amargas experiencias hasta que se comprenda qué peligros lleva en su seno para la sociedad el egoísmo individual liberado de todos sus frenos, y por qué el pasado ha tenido por necesario imponerle vallas. La libertad d relación ilimitada es una franquicia para la extorsión, una patente de corso para ladrones y piratas con derecho de presa sobre todo lo que caiga en sus manos -¡ay de los vencidos! Se comprende que los lobos clamen por la libertad; pero cuando las ovejas, como ha ocurrido tan a menudo en aquel problema, hacen coro, solo demuestran con ello que son ovejas”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 72.

no es más que la concreta arista que el Estado muestra interesadamente ante la mirada ávida del individuo. El derecho subjetivo, lejos de tener un valor trascendente y previo a la ordenación estatal, no es más que la perspectiva con la que el egoísmo individual mira esa ordenación, no siendo capaz de ver en ella más que una dimensión de la misma, la que a él le interesa. El derecho subjetivo es, en definitiva, “el punto de vista desde el cual el egoísmo concibe originariamente el orden jurídico y puede comprenderlo. No es el derecho lo que importa sino su derecho [...]”.

Para Ihering, sólo un ojo miope puede dejar de ver que todo el Derecho Privado está plagado de normas de justicia distributiva que tratan de realizar el interés de la sociedad allá donde el egoísmo individual se le opone<sup>233</sup>. Esto resulta especialmente evidente en el caso del derecho de propiedad, pues “de la propiedad y su relación con la sociedad se puede decir lo mismo que de la familia. Solo la circunstancia de que el propio interés del propietario a hacer de su propiedad regularmente aquel uso que corresponde al interés propio como también al interés de la sociedad hace que la sociedad se manifieste tan poco con sus demandas en el dominio de la propiedad. [...] [N]o hace falta la ley, porque ya la propia ventaja y el propio placer del hombre por sí mismos guían el buen camino”. Ahora bien, la misma ley que confía, por lo general, en el egoísmo de cada propietario, no duda, allá donde ese egoísmo se le opone, en limitar la autonomía del individuo en interés de la sociedad<sup>234</sup>. El futuro del Derecho es una

---

<sup>233</sup> “Las normas de Derecho Privado están plagadas de reglas establecidas en interés de la sociedad, que expresan puros criterios de justicia distributiva”. Así, existen numerosas reglas de Derecho Privado que imponen sacrificios en interés de otros particulares “¿Contradice la idea de propiedad que se exija del propietario sacrificios a favor de otras personas que no le cuestan nada?” En estos casos “no sólo se trata de los intereses de un individuo, sino al mismo tiempo de la sociedad. Si el propietario [a quien se niega el derecho de paso por la propiedad colindante] no puede ya llegar a su finca, no puede cultivarla, y no dará ningún fruto más, y ese daño no le afecta a él solo, sino a la sociedad entera, la suma total de la producción nacional disminuye. Si la casa es derribada para restituir las piedras [de propiedad ajena utilizadas para construirla], es destruido de manera completamente inútil un valioso producto del trabajo, y con la casa se hunde quizás también el individuo. Si la propiedad existe simplemente por el propietario, la pérdida que experimenta la sociedad en ambos casos no daría ninguna razón para limitar su derecho; si existe al mismo tiempo para la sociedad el derecho, debe intentar combinar los intereses bilaterales. Esto acontece en todos los casos de esa naturaleza por medio de la expropiación o por la interdicción del ejercicio del derecho”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 250.

<sup>234</sup> “No es verdad por tanto que la propiedad, según su ‘idea’, encierre en sí el poder absoluto para disponer de ella. Una propiedad en tal forma no la puede tolerar la sociedad y no la ha tolerado nunca – la ‘idea’ de la propiedad no puede contener nada que esté en contradicción con la ‘idea de la sociedad. Esta noción es todavía el resto de aquella noción del derecho natural viciada que aísla al individuo en sí. A dónde iríamos a parar si los propietarios pudieran retirarse en su propiedad como en una fortaleza inaccesible, no es asunto que requiera demostración. La resistencia de uno solo impediría la construcción de un camino público, de un ferrocarril, la instalación de fortificaciones –obras de las cuales puede depender el bienestar de millares, la prosperidad de toda una provincia, la seguridad del Estado-”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 249.

intervención cada vez mayor, una distribución cada día más precisa de los recursos sociales que recluya el egoísmo individual, dejando el derecho de cada cual en el espacio preciso en que resulta socialmente útil, esto es, en el ámbito en el que se ajusta, con precisión quirúrgica, a la función social que cumple, desarrollándose entonces plenamente el “carácter social del Derecho Privado”<sup>235</sup>.

De este modo, la concepción estatutaria de los derechos, que son delimitados por el poder público conforme a su función social, queda esbozada. Juristas como Gierke advertirán el amplísimo alcance que tiene la visión de Ihering: los derechos tienen una función social que delimita su contenido, el Derecho Privado “debe estar impregnado de arriba abajo del espíritu de la comunidad”<sup>236</sup>, los derechos han de configurarse, en su propio contenido, de acuerdo con su función social. Los límites sociales al derecho de propiedad no son imposiciones externas sino que forman parte de la esencia misma del derecho: “[t]odos los límites señalados en interés general, incluso la posibilidad de expropiación, se derivan de su concepto y nacen de su más íntima esencia”<sup>237</sup>. El modelo general de propiedad, el que el Proyecto de Código Civil alemán debería seguir, no es el individualista romano sino el comunitarista que se sustancia en ciertas formas de

---

<sup>235</sup> “Si he de sintetizar en una palabra el contenido de mi exposición entera, es el carácter social del derecho privado. Todos los derechos del derecho privado, aun cuando primeramente no tienen por fin más que el individuo, son influidos y están vinculados por la consideración de la sociedad, no hay uno solo en que el sujeto pudiera decir: esto lo tengo exclusivamente para mí, soy amo y señor de ello, la consecuencia del concepto jurídico exige que la sociedad no me imponga restricciones. No hace falta ser profeta para saber que esta interpretación social del derecho privado conquistará cada vez más terreno a la individualista. Llegará un tiempo en que la propiedad tendrá otra forma que la actual, en que la sociedad no reconocerá el supuesto derecho del individuo a acumular lo más posible de los bienes de este mundo y a reunir en sus manos una propiedad territorial en la que podrían vivir centenares y millares de campesinos independientes, como no reconoce el derecho del padre de la vieja Roma sobre la vida y la muerte de sus hijos, o el derecho de desafío, el robo en los caminos de los caballeros y el derecho a los despojos de los naufragios en la Edad Media. La propiedad privada y el derecho hereditario seguirán siendo los mismos siempre y considero vana locura las ideas socialistas y comunistas tendientes a su abolición, pero habría que tener muy poca confianza en la habilidad de nuestros artistas financieros, si no lograsen ejercer por medio de los impuestos crecientes a las ganancias, a la herencia, al lujo y otros una presión sobre la propiedad privada que evite el exceso de su acumulación en puntos particulares, y, al traspasar a las cajas del Estado el excedente, asegure la posibilidad de disminuir la presión sobre otras partes del cuerpo social y de producir una distribución de los bienes de este mundo más conveniente a los intereses de la sociedad, es decir más justa de lo que se ha logrado bajo la influencia de una teoría de la propiedad que, si se le quisiera llamar con el nombre que se merece, es la insaciabilidad, la voracidad del egoísmo. El nombre que se aplica a sí misma es ‘santidad del egoísmo’, justamente aquellos para quienes en lo demás nada es sagrado: el egoísta miserable, cuya vida no muestra un solo acto de abnegación, el materialista craso que sólo estima lo que puede tomar en sus manos, el pesimista que en el sentimiento de la propia nada traspasa su nada al mundo –sobre la santidad de la propiedad están todos de acuerdo, para la propiedad apelan a una idea que en lo demás no conocen, de la que se burlan y a la que pisotean por los hechos”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, pp. 253-254.

<sup>236</sup> GIERKE, *La función...cit.* p. 16.

<sup>237</sup> GIERKE, *La función...cit.*, p. 19.

propiedades especiales (Gierke cita expresamente las minas y las patentes) en las que el interés de la sociedad está ya incorporado al contenido mismo del derecho del individuo.

No obstante, donde mayor influencia cobra la visión de Ihering es en el ámbito doctrinal del Derecho Público. Gerber, Gneist, Jellinek, grandes maestros del Derecho Público alemán, estudian y trasladan a “teoría del interés” al ámbito del Estado y de los derechos que los individuos tienen frente a este<sup>238</sup>. Siguiendo la estela funcionalista de Ihering, niegan que los derechos frente al poder vengan determinados por una esfera de autorrealización o autonomía individual que haya de ser respetada. Si, como había señalado el propio Ihering, los derechos son intereses jurídicamente reconocidos, solo son derechos, a los efectos de oponerlos al Estado, aquellos intereses a los que el propio poder público decide prestar su apoyo para contribuir a la consecución de sus fines superiores. Son, pues, de cara al poder, un mero reflejo del interés público que el Estado persigue. Esta visión funcionalista de los derechos será recibida y aceptada por las escuelas de Derecho Público de Francia, Italia y España<sup>239</sup>.

#### **4.2. La agresión al derecho ya delimitado. La cláusula implícita de “necesidad” social**

En el ámbito de derechos normativamente delimitado por el Estado, el propio Ihering aceptó la viabilidad del daño sacrificial en virtud de una cláusula social que, a su modo de ver, está implícita en toda realidad estatal. Una cláusula, en su opinión, similar a la que opera entre particulares en razón de la necesidad, y que supone un límite tácito a la configuración del Estado como estricto Estado de Derecho. Así, Ihering, ante la cuestión de “si el poder público debe respetar siempre y sin ninguna excepción la ley existente” no vacila “en modo alguno en negarlo decididamente [...]”. La justificación está en que el derecho no es fin de sí mismo sino solo medio para el fin. El objetivo final del Estado, como el del derecho, es el establecimiento y la garantía de las condiciones de vida en sociedad –el derecho existe en razón de la sociedad, no la sociedad en razón del derecho”. Por ello, cuando “el poder público es puesto ante la alternativa de abandonar el derecho o la sociedad, no solo está capacitado, sino que está comprometido a sacrificar el derecho y salvar la sociedad”.

La comparación con el estado de necesidad entre particulares es expresa en la obra del maestro alemán: “no se puede negar la atribución del poder público para obrar

---

<sup>238</sup> MEDINA ALCOZ, L., *Libertad...cit.*, pp. 131 a 137.

<sup>239</sup> Sobre este proceso vid. MEDINA ALCOZ, L., *Libertad...cit.*, pp. 101 a 214.

de ese modo, como no se puede discutir en el caso antes citado la atribución del capitán para arrojar la carga al mar. Es el derecho de legítima defensa dado con la situación de necesidad, que el poder público lleva así a la práctica, y esto no se le puede rehusar en manera alguna como no se rehúsa a la persona privada –no solo tiene derecho a su aplicación sino que debe aplicarlo”<sup>240</sup>. La doctrina de la necesidad del personalismo moderado es, así, recuperada, en su doble dimensión, pública y privada. Y para la dimensión pública, Ihering, siguiendo también la línea del personalismo moderado, prescinde de las pacatas prevenciones de los revolucionarios burgueses: la expropiación de bienes privados es un remedio ordinario y nada excepcional para resolver el conflicto entre las exigencias del Derecho y los requerimientos de la sociedad<sup>241</sup>.

En estos casos en los que el Estado sacrifica el derecho que él mismo ha delimitado, la contradicción entre la visión formal de la cláusula de Estado de Derecho y las exigencias de la vida en comunidad (las exigencias de la sociedad, la cláusula social en definitiva) es salvada por Ihering a través de la indemnización. Esta funciona, pues, al igual que en el ámbito del personalismo moderado, como una “equidistribución” de la carga singularmente impuesta a unos para el beneficio de todos. “Que el poder público en esos casos tiene que indemnizar a la persona particular afectada por esas violaciones, es una exigencia que resulta de la naturaleza de la relación social. La relación social se funda en el principio de la igualdad en el sentido anteriormente desarrollado, y según él, corresponde que aquello que beneficia a todos deba ser soportado también por todos”.

La doctrina de la necesidad y la indemnización como equidistribución reaparecen, de este modo, en el pensamiento de Ihering pero, a diferencia del personalismo moderado, su ámbito de aplicación queda restringido al reducto de derechos que el legislador ha arbitrado previamente. Desde la nueva perspectiva, en la que la utilidad social es la técnica asignadora de derechos, lo que ha sido delimitado

---

<sup>240</sup> Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, pp. 203 a 205.-

<sup>241</sup> La expropiación aparece, así, como una institución esencial para conciliar el interés del propietario con el bien de la sociedad. Lejos de la visión restrictiva y excepcional de los revolucionarios burgueses, el instituto expropiatorio ha de funcionar con plena normalidad: “La significación de la expropiación es desconocida completamente en mi opinión si se ve en ella una anormalidad, un ataque contra el derecho de propiedad, en contradicción con la ‘idea’ de la misma. [...] La expropiación contiene la solución de la tarea de combinar los intereses de la sociedad con los del individuo, hace de la propiedad una institución prácticamente viable; sin ella se convertiría en una maldición para la sociedad. Y esto no sólo en caso de situaciones generales de apremio, sino también en situaciones de apremio de personas particulares. Aquella nos da la expropiación de derecho público, ésta la de derecho privado”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 251.

normativamente como derecho no produce, en sí mismo, un daño sacrificial. El derecho subjetivo no existe hasta que el Estado lo alumbra con una forma determinada. Solo es sacrificio, por esta razón, aquello que limita o anula el derecho tal y como ha sido ya asignado al particular por el propio Estado. La posición originaria del ser humano como titular de derechos no la fija la dignidad (entendida como autonomía), como defienden las posiciones personalistas, sino el poder normativo (coactivo) de la sociedad constituida en Estado. El resultado es, pues, un funcionalismo moderado –en cuanto reconoce que el sacrificio del derecho delimitado es una agresión legítima que ha de ser indemnizada-.

La posición de Ihering recuerda, así, en gran medida, a la del utilitarismo liberal. Los derechos han de ser el punto de partida de la vida social, pero no por su ligamen trascendente con la autonomía (libertad), sino por las consecuencias positivas que conlleva un modelo de relación social basada en la autoafirmación egoísta, donde, a través de la concurrencia o competencia, el egoísmo de uno sirve de límite al egoísmo del otro, de tal suerte que el egoísmo sirve, en cierto sentido, de límite ordinario para sí mismo<sup>242</sup>. No obstante, en la visión de Ihering, el “problema social” evidencia que este juego recíproco de derechos basados en la autoafirmación egoísta es falible desde el punto de vista de la consecución del interés de la sociedad, pues hay circunstancias en que el egoísmo individual se extralimita sin cortapisa hasta convertirse en extorsión del débil, que no puede acudir a un competidor del fuerte. En ese momento, la libertad (autonomía) ha de ser desplazada por el valor que es realmente superior, que es la justicia (entendida como justicia distributiva, de acuerdo con el parámetro que es considerado socialmente deseable), de suerte que sea la ley la que imponga unos límites precisos a un egoísmo individual que ha pasado a ser socialmente perjudicial.

La cuestión importante aquí es la siguiente: no siendo la libertad (autonomía) más que un valor instrumental, esto es, una herramienta eficaz para alcanzar un resultado socialmente deseable (y, en tal sentido, justo, pues satisface al conjunto), su

---

<sup>242</sup> A través de la concurrencia, “el egoísmo del uno mantiene en jaque al egoísmo del otro, de modo tal que el egoísmo “se mantiene a sí mismo”. La existencia de competidores disuade a quienes prestan un servicio de exigir precios desorbitados, “extorsionando” a aquellos que los necesitan. Sin embargo, hay situaciones y circunstancias en las que “fracasa la protección que ofrece el egoísmo contra sí mismo”, de forma que la “extorsión practicada como negocio permanente (usura) se muestr[a] realizable de manera continuada”. En tales situaciones en las que la sociedad no puede confiar, para alcanzar sus intereses, en los límites que el egoísmo individual se impone recíprocamente, no tiene más remedio que acudir a la ley como “medio con el que trata de defenderse de las extralimitaciones amenazantes del egoísmo”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 71.

radio de acción debe ser originariamente delimitado por el Estado en interés de la sociedad. De ahí que este funcionalismo moderado, propio de la posición de Ihering, presente una diferencia fundamental con el personalismo moderado: el valor instrumental de los derechos hace que el Estado pueda moldearlos, a través de su poder normativo, eliminando del ámbito de autorrealización individual todo aquello que no se ajusta a los intereses colectivos. El Estado concede de antemano solo la parte de la autonomía que es acorde a sus fines superiores y excluye, en cambio, *ex ante* aquella parte que le perjudica. Delimita el derecho del particular dentro de lo que ordinariamente conviene a sus fines, y aun de esto que convierte en “derecho” puede disponer después mediante el resto de sus poderes soberanos, sacrificando (e indemnizando, ahora sí, al perjudicado) por aquello que le quita. No trata de conciliar las implicaciones éticas de la condición de ser humano (fin en sí mismo) con las exigencias del contexto (utilidad). La utilidad es el único baremo.

## V. BREVE CONCLUSIÓN

El principal y más duradero efecto del funcionalismo moderado de Ihering, y de su afirmación de la función social de los derechos, es sustituir la posición originaria del individuo. En el personalismo moderado, los derechos son previos al estado y dan, por sí mismos, una esfera individual de autodeterminación. Toda restricción de esa esfera es un sacrificio, también cuando se verifica a través de una norma. El personalismo moderado acepta los sacrificios por razón de su utilidad social pero no los enmascara en una operación de “delimitación” de derechos. Los derechos no tienen que ser “delimitados” pues es la autonomía, como atributo de la “humanidad”, la que fija su posición originaria.

En la visión funcionalista moderada, la posición originaria la determina, en cambio, el propio poder público con arreglo a sus intereses. Concede al ciudadano el ámbito de autonomía que el propio Estado confecciona de acuerdo con criterios de justicia distributiva. El sacrificio de derechos solo existe *a posteriori*, esto es, cuando la delimitación normativa ya ha sido efectuada. Como veremos en parte constitucional de esta obra, semejante perspectiva no es acorde con nuestro modelo constitucional, en el que existen derechos previos al Estado delimitados por las exigencias de la dignidad individual (autonomía), por lo que todo menoscabo, también el normativo, de esa posición originaria tiene carácter sacrificial. La posición originaria de los derechos puede ser sacrificada por el Estado (también normativamente) por razón del bien común pero no existe un vacío que el Estado deba llenar, no es necesaria una delimitación adicional

para que el derecho exista y tenga un contenido. Esa posición originaria puede ser alterada con arreglo a determinadas exigencias, pero se trata de una operación sacrificial de derechos, sujeta a los requisitos generales. Se asume, con ello, el principio de ordenación jurídica propio del personalismo: la libertad como derecho originario y la necesidad como derecho que actúa *ex post* sobre la libertad para hacerla compatible con el bien colectivo. Justo lo contrario del funcionalismo que, como transpersonalismo, hace de la necesidad colectiva el principio normativo originario y utiliza la libertad como un instrumento más a su servicio.

## CAPÍTULO IV

### LOS LIBERTARIOS CONTRA EL SACRIFICIO DE DERECHOS

### LA ACTUALIZACIÓN DEL IDEARIO RADICALMENTE

### PERSONALISTA

*“[...] [Solo el Gobierno tiene el poder de agredir los derechos de propiedad de sus ciudadanos, sea para extraer rentas, para imponer su código moral o para asesinar a aquellos con quienes disiente. [...] A lo largo de la historia ha sido el principal responsable de la esclavitud y la muerte de innumerables seres humanos. Y puesto que los libertarios rechazan de modo fundamental toda agresión contra los derechos de la persona y de la propiedad, se oponen a la institución del Estado por ser inherentemente el mayor enemigo de esos preciados derechos”.*

Murray N. Rothbard, *El Manifiesto Libertario*

*“Un Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, está justificado; [...] cualquier otro Estado más extenso violaría el derecho de las personas a no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no está justificado”.*

Robert Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*

#### I. INTRODUCCIÓN

Desde la Baja Edad Media y hasta mediados del siglo XVII los juristas y los teólogos cristianos se embarcaron en una ambiciosa empresa intelectual. Ésta consistía, en esencia, en consumir una operación divisoria que asignara un espacio propio a dos nociones que no tenían por qué resultar inconciliables: la dignidad individual, como cualidad irrenunciable de ser humano, y la utilidad colectiva, como exigencia ineludible de la vida en comunidad. Se trataba, en definitiva, de reconocer la normatividad inmediata de la razón humana, como expresión de la naturaleza trascendente del individuo (novedad introducida por la religión cristiana a través de la noción filosófica de *persona*, alumbrada en el ámbito de la teología trinitaria), sin negar, por ello, la posibilidad de separarse de ese punto de partida cuando resultase necesario para alcanzar determinados bienes que son imprescindibles en el desarrollo de la vida social. La dignidad del hombre como ser hecho a imagen y semejanza de Dios, manifestada en el atributo de la razón, le otorgaba, desde esta visión, capacidades físicas e intelectuales

propias, determinantes de una esfera originaria de *derechos naturales*. La utilidad funcionaba, en cambio, como técnica de sacrificio (racional) de ese espacio de libertad natural, facilitando y promoviendo una vida social armónica y justa. En ese afán de conciliar la libertad individual y el bien común, cuajó a principios de la Edad Moderna la idea de que ciertos daños que podemos llamar *sacrificiales* -esto es, los que se causan deliberada y coactivamente para satisfacer un bien mayor desde el punto de vista colectivo- eran perfectamente lícitos pero debían ser, al mismo tiempo, indemnizados. Y esto tanto si eran verificados entre particulares (la llamada *doctrina de la necesidad*) como si eran causados por el propio poder público (según teorizó, por primera vez, el jurisconsulto español Fernando Vázquez de Menchaca).

En la segunda mitad del siglo XVII se inició, sin embargo, una reñida pugna entre dos paradigmas extremos que tendieron a excluir de la ecuación expuesta uno de los dos elementos indicados, bien la esencia trascendente del individuo, bien la posibilidad de ejercer la coacción pública por razones de utilidad social. Ambas negaron, por vías diversas, la idea del daño de tipo sacrificial. En un primer momento, un personalismo exacerbado (radical), reactivo contra los privilegios (irracionales) de la sociedad estamental y movido por la fuerza persuasiva de los nuevos paradigmas científicos, niega toda posibilidad de actuar contra los derechos individuales. La “derogación” puntual del Derecho Natural por razones de utilidad, que había sido admitida por el personalismo cristiano más moderado, es rechazada por esta nueva corriente intelectual tanto desde una perspectiva política (individualista) como desde una óptica científica, que detecta en la idea de una ley natural derogable una contradicción lógica inasumible. Se margina, así, la utilidad colectiva del proceso teórico de formación del Estado y de su Derecho. Esta posición se formaliza teóricamente a través del contrato social lockeano y de la doctrina kantiana del derecho. Pero el Estado puramente protector auspiciado por Locke y Kant no pasa de ser, en el terreno de los hechos, un simple desiderátum, rápidamente frustrado por la reacción antirrevolucionaria experimentada en el primer tercio del siglo XIX.

Es más, a lo largo del siglo XIX y en la primera mitad del XX, una corriente de pensamiento funcionalista trata de consumir la operación contraria. La utilidad social pasa a ser considerada entonces como el único fundamento posible del poder público y del Derecho (de la *legislación*, para ser más precisos). Si existen derechos individuales es, justamente, por la utilidad social que estos producen; sólo por tal motivo, esto es, por su utilidad colectiva, han sido, en realidad, configurados y atribuidos por una mente

ordenadora, atenta a las exigencias del todo. También en este proceso hay un componente político, reactivo, esta vez, frente a los resultados socialmente injustos de las ideas estrictamente individualistas, y otro de signo científico, basado en este momento en la popularidad de los paradigmas materialistas que se asocian al empirismo.

El Estado liberal decimonónico, nunca realizado plenamente, va adquiriendo una dimensión cada vez más social. La asunción por el Estado constitucional de nuestro tiempo, tras la catarsis de la II Guerra Mundial, de una ambiciosa cláusula "social", esto es, de un amplísimo poder sacrificial de los derechos de los ciudadanos para obtener ventajas colectivas, coloca a los pensadores políticos que siguen considerando, como en su momento hicieron Kant y Locke, que la protección de los derechos individuales es el único principio legítimo de ordenación jurídica en una posición defensiva e, incluso, reactiva (revolucionaria o reaccionaria, según la perspectiva que se prefiera). Surgen entonces diversas doctrinas llamadas *libertarias* que comparten un principio básico en su ideario: la hostilidad manifiesta hacia la cláusula social.

Las opciones ideológicas llamadas libertarias se desenvuelven entonces por los siguientes caminos:

(i) En algunos casos, la citada hostilidad hacia la cláusula social lleva a los *libertarios* a manifestar su oposición al Estado mismo. Si nunca ha podido realizarse el ideal del Estado-protector es, desde esta perspectiva, porque en la propia noción de un poder público o "soberano" estaría la semilla de la servidumbre. El personalismo radical experimenta, así, una especie de revelación utopista, que puede resumirse del siguiente modo: después de todo, el estado de naturaleza no era tan malo como lo dibujaban. Se trata, en cierto modo, de volver a dicho estadio, previo a la constitución de la autoridad pública, para asegurar que todo vínculo de heteronomía que constriña la libertad individual esté, realmente, basado en un consentimiento libremente manifestado. Esta es la tendencia que hoy día se conoce como *anarco-capitalista*. Y, efectivamente, como todo anarquismo, esta variante del personalismo radical ve el estado de naturaleza más como meta o final del camino que como punto de partida<sup>243</sup>.

---

<sup>243</sup> Georg Jellinek distinguía agudamente el socialismo del anarquismo por su diferente receta frente a la dialéctica hegeliana entre sociedad y Estado. Para el socialismo, la solución está en disolver la sociedad para que prevalezca el Estado –ese Estado regido por el proletariado que perseguirá, por fin, el interés común-. El anarquismo pretende, en cambio, la disolución del Estado para que prevalezca la sociedad. Vid. JELLINEK, G., *Teoría...cit.*, pp. 154 y 155.

(ii) En otros casos, el rechazo de ese anarquismo ingenuo lleva a reformular, en un lenguaje más actual, los postulados más clásicos del pensamiento político ilustrado. Se insiste en la idea tradicional de que el Estado ha de ser eminentemente protector (un “Estado mínimo”) pero se busca un fundamento alternativo al típicamente contractualista (basado en la supuesta prestación universal de un consentimiento individual), que está completamente desprestigiado desde el siglo XIX. Esta línea de pensamiento se observa en la sugestiva visión de Robert Nozick, quien, en un estilo personalísimo y aparentemente rupturista, representa, en realidad, una recuperación de los postulados más clásicos del kantismo y del contractualismo lockeano. Su visión no deja de tener, en cualquier caso, una dimensión utópica. Y su pretendida explicación de la formación del Estado a través de un proceso de mano invisible, en el que no media coacción alguna, esconde, a la hora de la verdad, una operación típica del Derecho de Daños repudiado por los libertarios: la compensación de un daño sacrificial, coactivamente impuesto a una minoría de personas por razón del bien común.

(iii) Otra opción, que no es menos estimulante desde el punto de vista intelectual y que está cargada de pragmatismo, puede sintetizarse con un recurso a la sabiduría popular, que enseña que si no puedes vencer a tu enemigo, debes unírtele a él, al menos en la medida de lo posible. Mejor opción todavía es, obviamente, conseguir que el enemigo trabaje para tu propia causa. Pues bien, ya que la cláusula social ha llegado para quedarse, lo mejor es, desde este prisma, interpretarla de un modo conveniente. Se trata, en suma, de asignar a dicha cláusula constitucional un contenido ideológico que se ajuste a las posiciones políticas libertarias. Se hace, con ello, de la necesidad virtud y se afirma que si el liberalismo político clásico nunca llegó a concretarse en un Estado puramente protector no fue por su falta de coherencia intelectual sino por una mala inteligencia de sus postulados ideológicos. Con una reinterpretación de las ideas de John Locke, se llega aquí a una visión contractualista novedosa, según la cual el Estado ha recibido de los individuos su poder de coacción con una finalidad adicional a la estrictamente protectora, que es la de aumentar la riqueza de todos. Los sacrificios en los derechos individuales han de estar presididos por esa idea principal; todos, incluido el individuo que resulta concretamente sacrificado, han de ver mejorada (o, al menos, no han de ver perjudicada) su posición de partida. De ahí la obligación de indemnizarlos. Esta es, como se verá, la posición (en su momento) sostenida por quien, a mi juicio, puede considerarse el más concienzudo y brillante estudioso del problema sacrificial en su perspectiva jurídica, R. A. Epstein.

## II. LA DIMENSIÓN UTÓPICA DEL LIBERTARIANISMO. EL ESTADO DE NATURALEZA COMO ALTERNATIVA AL PODER PÚBLICO

### 2.1. El libertarianismo como personalismo radical. Una perspectiva histórica

El *libertarianismo* es una corriente ideológica contemporánea que, a pesar de la heterogeneidad de programas políticos que puede encontrarse en su seno, ajusta su línea esencial de pensamiento a los parámetros clásicos del liberalismo político. El movimiento se asienta en un diagnóstico negativo de la evolución histórica posterior a las primeras revoluciones burguesas (francesa y americana fundamentalmente). En la segunda mitad del siglo XX los defensores de las posiciones radicalmente personalistas, que entienden que sólo la libertad individual es fuente de normatividad, constatan que el ideal revolucionario de un Estado puramente protector de derechos individuales - excluyente de toda coacción instrumentalizadora- no sólo no ha llegado a materializarse como realidad política sino que ha sido maliciosamente desarbolado por sus enemigos en un proceso histórico de tres fases:

(i) En el momento inmediatamente posterior a los primeros procesos revolucionarios burgueses habría tenido lugar, desde la perspectiva de los libertarios, una profunda reacción conservadora (sustanciada en el *Estado liberal-conservador* de la primera mitad del siglo XIX), tendente a admitir ciertas libertades individuales, entendidas como franquicias puramente históricas y no como derechos naturales pertenecientes a todos los individuos. Estos derechos empíricamente adquiridos (y no racionalmente establecidos) se habrían insertado en el sistema de privilegios del Antiguo Régimen con el objetivo final de conformar una comunidad política burocratizada, intervenida y militarizada diametralmente opuesta al modelo de sociedad de hombres y mujeres libres e iguales que postulaba el liberalismo revolucionario<sup>244</sup>.

(ii) En una segunda fase (a la que puede denominarse *Estado social-conservador*), el conservadurismo en el poder, consciente de la imposibilidad de regresar a la sociedad

---

<sup>244</sup> En palabras de Rothbard “el conservadurismo comenzó, a principios del siglo XIX, como un intento consciente de anular o destruir el odiado nuevo funcionamiento del espíritu liberal clásico –el de las Revoluciones Estadounidense, Francesa o Industrial–, anhelando “reemplazar la igualdad de derechos y la igualdad ante la ley por el gobierno estructurado y jerárquico de las élites privilegiadas; la libertad individual y el gobierno mínimo, por el absolutismo y un Gobierno grande; la libertad religiosa, por el gobierno teocrático de una iglesia estatal; la paz y el libre comercio, por el militarismo; las restricciones mercantilistas y la guerra, en beneficio del Estado-nación; y la industria y la manufactura, por el antiguo orden feudal y agrario”. Vid. ROTHBARD, Murray Newton, *Hacia una nueva libertad. El manifiesto libertario*, Unión Editorial S.A., 2013, p. 24.

pre-industrial, habría abrazado la bandera de la regulación y la intervención estatales para proteger, de ese modo, los grandes intereses industriales y militares, arbitrando paralelamente medidas paternalistas a favor del proletariado. Según explica Murray N. Rothbard los conservadores fueron percatándose a lo largo del siglo XIX de que “su causa estaba inevitablemente perdida si insistían en aferrarse al pedido de cancelación absoluta de la Revolución Industrial y de su enorme aumento de los niveles de vida del público, así como también si continuaban oponiéndose a la ampliación de sufragio, con lo cual se manifestaban abiertamente opositores a los intereses de ese público”. Por ello, decidieron “actualizar su credo estatista eliminando la oposición categórica al industrialismo y al sufragio democrático”. Abrazando ambas ideas, su nuevo motor intelectual fue un intervencionismo llamado a “regular la industria en procura del bienestar público”, “sustituir la rapacidad del mercado libre y competitivo por la cooperación organizada” y, sobre todo, “reemplazar los principios liberales de paz y libre comercio, que destruyen la nación, glorificando la guerra, el proteccionismo, el imperio y las proezas militares”, todo lo cual exige, no ya un Gobierno (Estado) mínimo sino un Gobierno (Estado) fuerte y grande<sup>245</sup>.

(iii) La última fase se produce ya entrado el siglo XX, momento en que el creciente estatismo habría terminado engendrando un nuevo *Estado corporativista*, representado en EE.UU. por la revolución del *New Deal*, con la que los grandes grupos de presión e interés (grandes industrias y sindicatos, principalmente) habrían sido plenamente incorporados al sistema de poder y habrían pasado a gozar de una amplísima protección servida por un Estado cada vez más “social” e intervencionista. A la consumación de ese tipo de Estado corporativo habría contribuido decisivamente, a juicio de los libertarios, el abandono por parte de los liberales anglosajones del viejo ideario revolucionario. Con ello, la “izquierda” política –antiguamente representada por los revolucionarios contrarios a toda agresión, incluso pública, a los derechos naturales del individuo–

---

<sup>245</sup> Se aboga, así, por un intervencionismo conservador que supone el retorno del “Antiguo Régimen”, “aunque esta vez los beneficiarios resultaron ligeramente alterados; ya no eran tanto la nobleza, los terratenientes feudales, el ejército, la burocracia y los comerciantes privilegiados, sino más bien el ejército, la burocracia, los debilitados terratenientes feudales y, sobre todo, los fabricantes privilegiados. Liderados por Bismarck en Prusia, la Nueva Derecha formó un colectivismo de extrema derecha basado en la guerra, el militarismo, el proteccionismo y la cartelización compulsiva de los negocios y las industrias –una gigantesca red de controles, regulaciones, subsidios y privilegios que forjaron una gran coalición del Gobierno Grande con ciertos elementos privilegiados en la grandes empresas e industrias”, acompañándolo de un hipócrita paternalismo hacia las clases trabajadoras, a las que se iban concediendo ciertas medidas protectoras. “Los nuevos conservadores, guiados por Bismarck en Alemania y Disraeli en Gran Bretaña debilitaron la voluntad libertaria de los trabajadores derramando lágrimas de cocodrilo respecto de las condiciones de la mano de obra industrial, cartelizando y regulando la industria, poniendo trabas intencionalmente a la competencia eficiente”. Vid. ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 25-26.

habría mutado de naturaleza, subiéndose, con más convicción aún que los conservadores, al tren de la intervención coactiva en la esfera de derechos individuales para obtener ventajas sociales.

Así, la reacción conservadora del primer tercio del siglo XIX habría provocado que los revolucionarios burgueses puros, adscritos al personalismo radical de la Revolución Francesa, fueran vistos –según queda perfectamente retratado en la obra de Burke- como un extravagante grupo de quijotes, dispuestos a llevar sus postulados racionales hasta las últimas consecuencias, aunque eso supusiera arramblar con la pacífica convivencia y el ordenado progreso de la sociedad realmente existente. Había, por ello, que impedir que estos apóstoles de la razón abstracta trajeran, en nombre de la libertad y la autonomía naturales, el caos y el desorden. La estigmatización del pensamiento liberal originario hizo que aquellos que defendían la plenitud de los derechos y libertades individuales se sintieran inclinados a buscar un fundamento para su posición política que fuera más acorde a los nuevos tiempos. Sólo una minoría adscrita al *libertarianismo* más puro siguió invocando la razón *a priori* o la ficción contractualista como base de su pensamiento político. La mayoría prefirió, en cambio, buscar un nuevo fundamento teórico que fuera capaz de competir con la visión conservadora de las libertades como puras franquicias históricas (de contenido restringido y contingente).

Este nuevo fundamento del progresismo político había de ser, a un mismo tiempo, científicamente plausible y pragmáticamente convincente. Se inicia, así, el camino del funcionalismo utilitarista que justifica los derechos individuales en razón de su utilidad (vertiente pragmática), entendiendo dicho concepto de utilidad desde un parámetro pretendidamente empírico (vertiente cientifista) basado en el grado de satisfacción o bienestar generado por el ejercicio de dichos derechos y libertades. Con ello, los *liberales* del ámbito anglosajón abandonan progresivamente las viejas filas revolucionarias y abrazan un nuevo credo donde los derechos pueden ser limitados o sacrificados en función de la evaluación de las consecuencias que previsiblemente ha de generar esa intervención pública. Estos nuevos *liberales* se desentienden del viejo ideal del Estado protector. Para ellos la asunción de un mayor grado de intervención pública coactiva depende de la idoneidad de esa opción de gobierno para aumentar el grado total de satisfacción social. La libertad no es ya la consecuencia inexpropiable del valor moral absoluto de cada ser humano sino el mejor camino, por regla general, para alcanzar el bien común. Se sustituye el rígido imperativo categórico kantiano por un

imperativo condicionado o hipotético donde la libertad es un medio para alcanzar ciertos fines considerados deseables.

La minoría libertaria queda, pues, enfrentada a los liberales (a la izquierda) y a los conservadores (a la derecha), defensores todos ellos, en mayor o menor medida y con fines completamente divergentes, del intervencionismo estatal. La defensa de ese intervencionismo público llega a su punto álgido con la crisis económica de 1929, que da lugar a ambiciosísimos planes de intervención pública en todos los sectores sociales, lo que en los EE.UU. supuso, según la visión libertaria, una mutación, en clave social, del orden constitucional, avalada por el Tribunal Supremo Federal. Cuando la sociedad americana sufre, en plena Guerra Fría, una cierta crisis de identidad (que tiene su punto más crítico con el movimiento de oposición a la Guerra de Vietnam), el personalismo radical -que no reconoce más fuente de normatividad que la libertad del individuo- resurge reivindicándose como el verdadero fundamento de una Constitución que ha sido, se dice, abandonada. El pensamiento libertario se presenta entonces como un retorno al origen de una revolución burguesa, que habría sido traicionada por los sucesores políticos de los *padres fundadores*.

Son dos los caminos intelectuales que el renacido ideal de la libertad absoluta recorre en ese momento, representados por dos autores que siguen siendo, a pesar del tiempo transcurrido desde la publicación de sus obras, los grandes referentes intelectuales de esta posición ideológica: Murray N. Rothbard y Robert Nozick. Ambos son fieles seguidores de las ideas centrales del pensamiento de John Locke, sobre todo en lo relativo a la concepción de un estado de naturaleza del ser humano regido por unas normas morales generalmente vinculantes (Derecho Natural). Asumen, sin embargo, como hijos de la época contemporánea, la premisa establecida por los críticos decimonónicos del contractualismo: ningún Estado se ha constituido realmente a través del libre consentimiento prestado por los gobernados. Rothbard es particularmente explícito en este punto y considera que todo poder estatal se constituye a través del ejercicio ilegítimo de la coacción y la violencia contra los derechos individuales; llega, así, a la conclusión de que el contractualismo clásico es una falacia argumental que no sirve para justificar la constitución del poder público, como relación de sujeción basada en el ejercicio de la coacción. A su juicio, el Estado es siempre una forma de tiranía que ha de ser evitada a toda costa. Nozick estima, en cambio, que la ficción contractualista clásica puede ser sustituida, en la actualidad, por una explicación de “mano invisible”

del proceso de constitución del Estado, explicación que él estima capaz de cumplir con estándares morales generalmente aceptados.

Por ambas vías, se alumbra una ensoñación utópica: una sociedad ideal donde las comunidades de individuos se desarrollan en plena libertad conforme a los principios morales que eligen, en el caso de Rothbard sin estar constreñidas por autoridad pública alguna, estando únicamente limitadas, en la visión de Nozick, por el marco de coacción protectora de un Estado-mínimo. Como se verá, ambas utopías tienen consecuencias en el Derecho de Daños. Nuestro recorrido comienza con la posición anarquista, que propone una mutación relevante en el programa político libertario: la supresión del poder público.

## **2.2. La visión anarquista. El libertarianismo contra el contrato social**

Como se ha anticipado, dentro del libertarianismo existe una importante corriente ideológica anarquista, representada por el pensamiento de Murray N. Rothbard. Esta vertiente libertaria encarna, sin duda, una ruptura histórica con la tradición anterior en todo lo que se refiere a cuestiones de programa político pero sigue ajustándose fielmente, en lo demás, a los postulados generales del contrato social lockeano y de la doctrina kantiana del derecho, que presentan una dimensión subjetiva (la afirmación de la existencia de una esfera originaria de derechos en la que la propiedad de los objetos exteriores tiene la misma dimensión natural que la vida o la libertad) y otra objetiva (la protección de dicha esfera a través del paradigma estricto de justicia conmutativa).

(i) En cuanto a la dimensión objetiva, el punto de partida de Rothbard es el contractualismo lockeano y los derechos naturales propios del estado de naturaleza, incluida la tesis sobre la naturalidad del derecho de propiedad, en la que se hace un énfasis especial. El ser humano necesita medios exteriores con los que desarrollar su proyecto de vida, siendo esos objetos externos tan esenciales para el libre desarrollo individual que constituyen, en última instancia, una prolongación de la persona misma que ha puesto en ellos su impronta creativa o su esfuerzo personal<sup>246</sup>. Al proyectar su dimensión individual sobre la cosa poseída, el propietario la convierte en parte de su propio ser. La idea lockeana es aplicada también a la propiedad de la tierra: es el colono o pionero el que la saca de su estado baldío y el que, al volverla productiva, le aporta

---

<sup>246</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 48-49.

algo de su propia persona haciéndola, con ello, suya. El pionero, colono, primer usuario y transformador de la tierra es, así, su primer propietario<sup>247</sup>.

(ii) La dimensión objetiva está concebida, a su vez, en términos visiblemente kantianos, como armonización de las esferas de autodeterminación individual. La justicia conmutativa es el instrumento que permite mantener una situación de “igual libertad individual”. Según Rothbard, la libertad es “un estado en el cual los derechos de propiedad de una persona sobre su propio cuerpo y su legítima propiedad material no son invadidos ni agredidos”<sup>248</sup>, oponiéndose el citado autor, en este punto, a la crítica, frecuente desde que se generalizara en el siglo XIX, que reprocha a esa concepción de la libertad (como estricta independencia) una mendaz perspectiva “atomista”, como si cada ser humano fuera un ente aislado y autosuficiente que puede vivir al margen de la cooperación con sus semejantes. Para Rothbard, todo ser humano está obligado, desde su infancia, a cooperar con otros pero la naturaleza trascendente del hombre exige que ese proceso de relación intersubjetiva esté presidido por la libertad de aprender y decidir por sí mismo. Lo que la concepción radicalmente personalista de la libertad mantiene no es, por tanto, la existencia de un imposible régimen de aislamiento individual, ya que es obvio que los hombres cooperan y aprenden los unos de los otros desde su nacimiento, sino que ese proceso de aprendizaje y cooperación ha de fundarse en todo caso en un principio de libertad que reserve a cada ser humano la última palabra sobre sus propias elecciones y decisiones, rechazándose toda coacción que pretenda forzarle a obrar un sentido distinto al que ha elegido<sup>249</sup>. La esencia de esta concepción de la libertad es, por tanto, el libre albedrío.

La peculiaridad del pensamiento de Rothbard, frente al personalismo radical clásico, no está, pues, según puede verse, en las bases intelectuales que le llevan a concebir los derechos individuales como naturales e inalienables y el Derecho objetivo como pura justicia conmutativa. La originalidad de su obra radica en su frontal oposición al postulado político tradicional que defiende el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil. Como se ha anticipado, Rothbard asume la tesis decimonónica de la falsedad histórica del contrato social. En sus propias palabras “por supuesto, el Estado nunca comenzó realmente con esta suerte de contrato social”, sino que “tuvo su principio en medio de la violencia y la conquista; aun si alguna vez hubo procesos internos que

---

<sup>247</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 51.

<sup>248</sup> M. N., ROTHBARD, *Hacia...cit.*, p. 60.

<sup>249</sup> M. N., ROTHBARD, *Hacia...cit.*, pp. 44 y 45.

dieron lugar al Estado, obviamente nunca fue por consenso o contrato general”<sup>250</sup>. Ahora bien, a diferencia de los autores de la citada centuria, no asume, como hipótesis alternativa, la naturalidad del Estado y la inherencia de un poder público a cualquier forma de vida en sociedad<sup>251</sup>. Es imposible, a su modo de ver, que el Estado se constituya sin ejercer una coacción contraria a los derechos naturales, como es igualmente imposible, según defiende, que un Estado constituido exclusivamente para proteger los derechos mantenga durante mucho tiempo su inocencia originaria. Pronto se apartará de esta prístina finalidad tuitiva para expandir su capacidad de coacción.

El viejo sueño del Estado puramente protector de derechos es, a su juicio, irrealizable, como demuestra, según razona, la experiencia norteamericana de los siglos XIX y XX. A su modo de ver, los límites constitucionalmente impuestos al Estado han quedado convertidos en papel mojado por una razón obvia: ha sido el mismo Estado (constituido) el encargado de determinar de facto el alcance de su propio poder<sup>252</sup> -poder que tiende siempre a utilizar para parasitar a los ciudadanos, extrayendo de ellos, a través de la amenaza o el ejercicio de una coacción presentada como “legítima”, recursos cada vez mayores-. El ejemplo histórico más claro de la inevitabilidad de la transformación del Estado protector en un Gobierno oligárquico y parasitario sería, así, la propia Historia constitucional de los EE.UU., en la que, según Rothbard, los principios libertarios de la revolución fundacional habrían sido progresivamente abandonados y paulatinamente sustituidos por un nuevo régimen “social” basado en un Estado fuerte y casi omnipotente, definitivamente cristalizado en el régimen político establecido con el *New Deal*.

La única experiencia histórica de constitución de un Estado puramente protector en una sociedad ampliamente identificada con los principios libertarios demostraría, en definitiva, la tendencia irrefrenable de la oligarquía gubernamental a establecer su propia tiranía con el auxilio de los intelectuales y los sectores sociales directamente

---

<sup>250</sup> M. N., ROTHBARD, *Hacia...cit.*, p. 89. En la perspectiva de Rothbard, la tesis consensualista no sólo quiebra por su falta de realidad histórica. En su opinión, también resulta escasamente convincente en sus bases filosóficas pues, a su juicio, si la libre voluntad, el cuerpo y los derechos son inalienables incluso para quienes prestan su consentimiento a la constitución del poder público con mucho más motivo son inalienables para sus descendientes, que ni siquiera han tenido la oportunidad de consentir la sujeción al poder estatal y que heredan, por tanto, ilegítimamente la carga de ese consentimiento originario. Vid. ROTHBARD, Murray Newton, “Robert Nozick and the Inmaculate Conception of the State”, en E. P. Stringham (ed), *Anarchy and the Law. The political Economy of Choice*, Transaction Publishers, New Brunswick y Londres, 2006, p. 233.

<sup>251</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 84-85.

<sup>252</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 65-66.

beneficiarios de la coacción estatal. Pensar que un sector de esa clase burocrática dirigente (en particular, los magistrados del Tribunal Supremo Federal) puede actuar como guardián efectivo de los límites constitucionales impuestos al poder público no deja de ser indicativo, según entiende Rothbard, de una enorme ingenuidad. La fácil aceptación por parte del Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. del cambio de régimen político que, de facto, supusieron las políticas intervencionistas del *New Deal*, -tránsito definitivo a un Estado de carácter eminentemente social, muy alejado del Estado protector de derechos formalmente establecido en la Constitución- es, a juicio de Rothbard, la mejor prueba de que esa confianza en los tribunales es digna de mejor causa<sup>253</sup>. La realidad opresiva de ese poder estatal irrestricto no cambia en razón de su origen pretendidamente democrático. Es más, ese origen popular sirve de coartada perfecta con la que disfrazar la agresión de los derechos individuales en la equívoca idea del consentimiento prestado por los gobernados, como conjunto<sup>254</sup>.

En realidad, el error está, según entiende el pensador norteamericano, en no comprender que, siendo el contrato social una entelequia intelectual, no es posible conciliar la idea del poder coactivo del Estado con el principio esencial del estado de naturaleza y de su Derecho Natural: el principio de no agresión<sup>255</sup>. Partiendo de este postulado lockeano clásico, Rothbard rechaza la perspectiva consecuencialista propia del utilitarismo, pues, en su opinión, si es legítimo aplicar juicios de valor a las consecuencias ¿por qué no aplicar directamente dichos juicios y aceptar o rechazar algo en razón a una valoración moral inmediata?<sup>256</sup>. Pues bien, si es la moralidad del acto en sí mismo, de las acciones que generan daños a otros, lo que ha de ser evaluado, debe rechazarse categóricamente cualquier tipo de violencia, y también, por tanto, la que practica el Estado sobre los derechos individuales, incluido el derecho de propiedad, para obtener ventajas colectivas. El Estado es, si bien se mira, el mayor y más temible agresor, pues es “un agresor central, dominante y avasallador de todos estos derechos”<sup>257</sup> y debe aplicársele la ley moral general que es vinculante para todos y que prohíbe la agresión. La violación de derechos repudiada por el Derecho Natural también

---

<sup>253</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 88-89.

<sup>254</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 68-69.

<sup>255</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 39.

<sup>256</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 42

<sup>257</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 41

está prohibida para un poder que pretende actuar en nombre de la sociedad. Toda agresión contra los demás es ilegítima, la cometa quien la cometa<sup>258</sup>.

Rothbard niega, en definitiva, la posibilidad de transferir voluntariamente el poder de coacción defensiva que pertenece a cada individuo, dando lugar, con ello, a un poder de coacción centralizado al que todos deban someterse. El Estado es, por definición, ilegítimo pues es la principal fuente de agresiones en los derechos individuales, esto es, de intromisiones no consentidas en dichos derechos, que no pueden quedar convalidadas por un supuesto pacto social originario en el que todos los miembros de la sociedad habrían dado unánimemente su consentimiento. La clave diferencial del pensamiento de Rothbard frente al personalismo radical clásico está, por tanto, en la negación de toda posibilidad real de construir un Estado legítimo a través de una transferencia voluntaria y universal del poder de coacción que pertenece separadamente a cada individuo, esto es, en rechazar terminantemente el ideal clásico del personalismo radical de un Estado puramente protector. Pero, aceptando que esto sea así, la pregunta que surge de inmediato es la siguiente: si se suprime toda forma de

---

<sup>258</sup> "En contraste con todos los demás pensadores, de izquierda, de derecha o de una posición centrista, el libertario se niega a darle al Estado aval moral para cometer acciones que, en opinión de casi todos, son inmorales, ilegales y criminales si las lleva a cabo una persona o grupo de la sociedad. El libertario, en suma, insiste en aplicar la ley moral general sobre todos, y no hace ninguna excepción especial para personas o grupos. Pero si, por así decirlo, vemos al Estado desnudo, nos damos cuenta de que está universalmente autorizado, e incluso incentivado, para realizar todos los actos que los no libertarios consideran crímenes reprobables. El Estado habitualmente comete asesinatos masivos, a saber la 'guerra' o, a veces, la 'represión de la subversión'; participa de la esclavitud a través de sus fuerzas militares, utilizando lo que se llama 'conscripción'; y su existencia depende de la práctica del robo forzado, al que denomina 'impuesto'. El libertario insiste en que, independientemente de que estas prácticas sean apoyadas por la mayoría de la población, no son pertinentes a su naturaleza, que, sea cual fuere la sanción popular, la guerra equivale al asesinato masivo, la conscripción es esclavitud y los impuestos son robos. En suma, el libertario es como el niño de la fábula, que se obstina en decir que el emperador está desnudo". ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 64. "Durante siglos, el Estado (o, más bien, los individuos que actúan como 'miembros del gobierno') han encubierto su actividad criminal con una retórica altisonante. Durante siglos, ha perpetrado asesinatos en masa y ha dado a esto el nombre de 'guerra', ennobleciendo así el crimen masivo que la guerra implica. Durante siglos, ha esclavizado a los hombres en sus ejércitos denominando a esta esclavitud 'conscripción' en el 'servicio militar'. Durante siglos ha robado a la gente a punta de bayoneta y ha llamado a esto 'recaudación de impuestos'. En realidad, si se desea saber cómo ve el libertario al Estado y a cualquiera de sus actos, basta con pensar en el Estado como en una organización criminal, y la actitud libertaria resultará perfectamente lógica" (*ibidem*, p. 65). "Sólo el Gobierno obtiene sus ingresos mediante la coerción y la violencia, es decir, por amenaza directa de confiscación o prisión si no realiza el pago. [...] [S]ólo el gobierno puede utilizar sus fondos para cometer actos de violencia contra sus ciudadanos o contra otros [...]. [S]ólo el Gobierno tiene el poder de agredir los derechos de propiedad de sus ciudadanos, sea para extraer rentas, para imponer su código moral o para asesinar a aquellos con quienes disiente. [...] A lo largo de la historia ha sido el principal responsable de la esclavitud y la muerte de innumerables seres humanos. Y puesto que los libertarios rechazan de modo fundamental toda agresión contra los derechos de la persona y de la propiedad, se oponen a la institución del Estado por ser inherentemente el mayor enemigo de esos preciados derechos". Vid. ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 24.

poder público ¿cuál es la alternativa que resta a la sociedad para organizarse de un modo respetuoso con los derechos individuales?

### **2.3. La utopía anarco-libertaria. La reivindicación del estado de naturaleza**

Sentada la ilegitimidad del Estado, el gran reto de la derivación anarquista del personalismo radical es explicar cuál es la alternativa, esto es, de qué modo han de organizarse las comunidades humanas en ausencia de un poder público centralizado. Esta pregunta se hace especialmente apremiante en el ámbito de los servicios de protección y justicia que el personalismo radical siempre ha reconocido como públicos ¿No eran justamente las desventajas de la atomización de la violencia las que hacían imprescindible el tránsito a la sociedad civil? ¿Cuál es la propuesta de Rothbard para ahuyentar el espectro de violencia e inseguridad que intuitivamente se liga a esa sociedad natural en la que cada cual puede hacerse justicia a sí mismo, convirtiéndose en juez de sus propias causas?

El atractivo idealismo del personalismo radical anarquista comienza a diluirse cuando llega el momento de aportar una alternativa política al poder estatal, pues todo lo que tiene que ofrecer, en este punto, es un amplísimo programa de aboliciones. Rothbard trata, eso sí, de calmar la lógica ansiedad que puede generar la perspectiva de la completa demolición del Estado con un argumento de mínimos: por mala que sea la situación resultante, la ausencia del poder público no puede ser peor que la tiranía que siempre genera dicho poder; la eliminación de la gran organización criminal que es el Estado no dará lugar, por sí misma, a una sociedad perfecta pero sí a una sociedad con un grado menor de coacción y violencia en los derechos individuales<sup>259</sup>. Según afirma Rothbard, “[s]e ha probado que la idea de un gobierno estrictamente limitado es utópica; hay que hallar algún otro medio más radical para impedir el agresivo crecimiento del Estado. El sistema libertario encararía este problema desechando la idea de crear un gobierno con el monopolio coercitivo de la fuerza sobre un territorio dado para comenzar luego a tratar de encontrar maneras de impedir que el gobierno se expanda. La alternativa libertaria es abstenerse en primer lugar de semejante monopolio

---

<sup>259</sup> En ese sentido, Rothbard afirma que su pensamiento no es utópico, pues no promete una sociedad idealizada. Simplemente, una sociedad mejor que a tiranía estatal. En su opinión, el libertarianismo no es utópico porque es factible implantarlo exitosamente, ya que se basa en la ley natural y en la fuerza de las libertades innatas al ser humano. El verdadero utópico es aquel que niega la realidad y se aferra a la quimera de un Estado que limite ese poder a lo mínimo necesario para defender los derechos. Vid. ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 354-355.

gubernamental”<sup>260</sup>. Pero, en esa lucha, el libertario no puede arbitrar concretas vías de auto-gestión social; no puede, en realidad, “hacer mucho más que señalar el camino hacia la libertad, pedir que el gobierno deje de ser un obstáculo para las energías productivas y siempre ingeniosas del público que se expresan en la actividad voluntaria del mercado”<sup>261</sup>.

El programa libertario se presenta, así, como una agenda de aboliciones y desnacionalizaciones que ha de llevar a una situación final de ausencia de poder público, situación en la que, en efecto, los derechos de unos individuos serán, conforme al ideal kantiano, el único límite a los derechos de los otros. Se propugna, en definitiva, un camino de retorno al “estado de naturaleza”<sup>262</sup>.

En esa vía de regreso, deben suprimirse, como atentados gravísimos a la vida y la propiedad de los individuos, tanto el servicio militar obligatorio, que es un régimen legal de esclavitud o servidumbre forzada, como la obligación de contribución tributaria, que es un robo basado en la amenaza de la violencia estatal<sup>263</sup>. Deben maximizarse las libertades y los derechos individuales concibiendo su juego en la vida social como un puro problema de propiedad privada, donde la titularidad de uno no tiene más límite que la propiedad del otro. El derecho a manifestarse depende, así, del propietario de las calles en las que deba efectuarse la protesta, que puede ceder o alquilar su propiedad o negarse a hacerlo. Y el primer paso para que eso sea posible, para que los derechos naturales recuperen su espacio originario de desenvolvimiento, es desnacionalizar todos los sectores que se encuentran en poder de un falso propietario: la “sociedad”, concepto que esconde la oligarquía del Gobierno (el Estado), esto es, un espacio de decisión puramente arbitraria, sostenido por la amenaza de la coacción pública<sup>264</sup>. Debe abolirse, asimismo, cualquier prohibición que suponga la imposición de una determinada concepción de la moralidad, pues ese tipo de normas legales prohibitivas (de la pornografía, por ejemplo) suponen una agresión del Estado en los derechos de los ciudadanos, respaldada nuevamente por su poder coactivo<sup>265</sup>. La libertad exige,

---

<sup>260</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 88.

<sup>261</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, P. 230.

<sup>262</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 120-121.

<sup>263</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 108-109.

<sup>264</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 118-119.

<sup>265</sup> ROTHBARD, M.N., *Hacia...cit.*, pp. 126-127.

asimismo, la abolición del control de la natalidad, la admisión del aborto libre y la legalización del juego, las drogas y la prostitución<sup>266</sup>.

Un factor esencial para lograr el objetivo final del programa político libertario es, en la visión de Rothbard, la desnacionalización de la educación<sup>267</sup>. La educación pública obligatoria es contemplada por el autor norteamericano como un “vasto sistema de encarcelación” basado en la coerción para la escolarización. Dicho sistema tiene, en su opinión, el deliberado propósito de uniformizar a la población, adoctrinándola en la legitimidad de la tiranía estatal. La propuesta alternativa libertaria es una utópica defensa de la enseñanza privada, pues, con ella, cada grupo humano podría establecer, según se afirma, de manera libre y sin coacción externa, las bases de su modelo de comunidad<sup>268</sup>.

Otro episodio principal del programa de demolición del Estado es la supresión del monopolio estatal sobre la creación del dinero (que Rothbard considera que es causa principal de la inflación y una de las piedras angulares de todo el sistema de opresión pública). Se propugna aquí la desnacionalización de la moneda, poniendo punto final al flujo monetario artificial con el que el Estado consigue ingresos adicionales a los impuestos, empobreciendo aún más a los ciudadanos<sup>269</sup>. La moneda y el sistema bancario han de estar completamente separados. Se hace precisa “[l]a derogación del sistema de Reserva Federal y el retorno a una moneda mercancía (como el oro o la plata)” de modo que el dinero deje de ser “un papel impuesto por el aparato falsificador del Estado”<sup>270</sup>.

---

<sup>266</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, P. 129.

<sup>267</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, P. 143.

<sup>268</sup> “Si la educación fuera estrictamente privada, todos y cada uno de los grupos de padres podrían patrocinar el estilo de escuela que prefieren. Surgiría un gran número de escuelas diversas para satisfacer las distintas demandas educativas de padres e hijos. Algunas serían tradicionales, otras progresistas, y entre ambos extremos habría toda una gama de posibilidades: algunas escuelas experimentarían con una educación igualitaria y sin poner calificaciones; otras pondrían el énfasis en el riguroso aprendizaje de materias y en la calificación competitiva; habría colegios laicos y otros pertenecientes a los distintos credos religiosos; algunas escuelas serían libertarias y harían hincapié en las virtudes de la libre empresa, mientras que otras predicarían las diversas formas de socialismo”. ROTHBARD, *Hacia...cit.*, pp. 126- 127.

<sup>269</sup> Apoyándose en las ideas de la escuela económica austriaca, Rothbard afirma que el sistema bancario arbitrado por el poder público permite la creación de dinero mediante la anotación en cuenta de préstamos bancarios, siempre bajo la dirección última del Banco Central. Ese sistema de creación artificial de dinero bajo la batuta del Estado permite a los bancos generar dinero en determinada correlación con el importe de depósitos que poseen. Ese dinero se crea a través del préstamo mediante una simple anotación en cuenta. M. N., ROTHBARD, *Hacia...cit.*, p. 211.

<sup>270</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 228.

Obviamente, el programa libertario de demolición del Estado incluye, en lugar preminente, la supresión de todo el sistema público de asistencia social que hace que unos ciudadanos parasiten a otros con el amparo de la coerción pública<sup>271</sup>. En este punto, según afirma el propio Rothbard, [e]l programa libertario podría resumirse en una sola frase: la abolición del sector público, la conversión de todas las operaciones de servicios que están a cargo del gobierno en actividades realizadas en forma voluntaria por empresas privadas<sup>272</sup>. Los servicios públicos han de ser sustituidos por un “libre mercado de bomberos, policía, correos o cualquier otro servicio gubernamental”. Para Rothbard, si nuestra cabeza nos dice que esto no es posible es simplemente porque nunca lo hemos experimentado. En su opinión, tendríamos la misma prevención hacia el libre mercado de zapatos si los zapatos hubieran sido siempre un monopolio estatal<sup>273</sup>. Pero la supresión de todos los servicios públicos no sólo es posible sino que es fácil pronosticar que tendrá un efecto benéfico en la vida social. En el estado de naturaleza de libre mercado propugnado por Rothbard las empresas proveerían los servicios ahora públicos obteniendo por su cuenta el capital necesario para invertir en ellos a sabiendas de que los consumidores están dispuestos a pagar por recibirlos. El capital de la empresa no se obtendría, como ocurre ahora, ejerciendo la coacción sobre los consumidores (que después deben conformarse con la prestación de un servicio ineficiente)<sup>274</sup>.

Es en este concreto punto donde el anarquismo libertario se enfrenta a su reto más relevante: enmendar la plana a sus predecesores en la tradición del personalismo radical. Desde los parámetros contractualistas o kantianos, el personalismo radical siempre había creído en la necesidad de arbitrar un sistema centralizado de coacción pública puramente protectora, invocando, para justificar esta tesis, la necesidad de superar las obvias desventajas de un estado de naturaleza en el que esa coacción es ejercida por cada individuo de acuerdo con su juicio personal y en la medida en que se lo permita su propia fuerza. El autor norteamericano reconoce que, de entre los puntos del programa libertario, “lo más difícil de visualizar es [...] la abolición del funcionamiento del gobierno en los servicios de protección: policía, tribunales, etc.”<sup>275</sup> ¿Cómo puede prescindir el libertario anarquista del viejo paradigma del Estado protector?

---

<sup>271</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 173.

<sup>272</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 235.

<sup>273</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 230-231.

<sup>274</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 233.

<sup>275</sup> ROTHBARD, M., N., *Hacia...cit.*, p. 253.

## 2.4. El estado de naturaleza y el libre mercado de la seguridad y la justicia

Al proponer la demolición del núcleo último del Estado, el primer propósito de Rothbard es, nuevamente, calmar la ansiedad que puede provocar la perspectiva de la supresión radical de los servicios estatales de seguridad y justicia. Recurre, para ello, a predicciones optimistas. Para Rothbard, sin los servicios públicos de seguridad y justicia, los ciudadanos contratarían policías privadas para proteger sus propiedades. Estas agencias privadas de seguridad estarían inclinadas a evitar enfrentamientos violentos entre ellas, pues sólo la resolución pacífica de los conflictos les permitiría preservar el negocio común, que se basa en la seguridad y tranquilidad de sus clientes. Por ello, estipularían el sometimiento de los conflictos entablados entre sus respectivos contratantes a la decisión de árbitros o jueces privados, lo que, en la visión de Rothbard, desplazaría el problema del ámbito del mercado de la seguridad al de la prestación paralela de servicios privados de justicia que resultaran atractivos en el libre mercado<sup>276</sup>.

En el seno de ese libre mercado de justicia, si el demandante y el demandado estuvieran sometidos a agencias judiciales distintas y éstas llegaran a conclusiones contradictorias sobre la responsabilidad de las partes, las dos entidades discrepantes someterían el caso controvertido a un árbitro común (un “tribunal de apelaciones”) elegido por ambas. Y esto ocurriría por la misma razón por la que las agencias de policía se someten a tribunales comunes para dirimir sus enfrentamientos: así lo exige la buena marcha del negocio común, que hace indeseable todo conflicto violento. En los procedimientos judiciales privados la coerción sólo podría ejercerse en el momento final en el que la responsabilidad hubiera sido determinada de forma definitiva –eventualmente por el concurso del tribunal de apelaciones que ha validado la tesis de una de las agencias de justicia en pugna-. Hasta ese momento final, el demandado podría decidir libremente no comparecer, pero se expondría a que su responsabilidad fuera determinada en ausencia –esto es, renunciaría a la posibilidad de defenderse por sí mismo, con el consiguiente riesgo de condena-. Con ello, el libertarianismo ahuyenta el espectro del daño sacrificial verificado a través de la prisión provisional, esto es, impuesto por meras razones de utilidad. Una vez determinada definitivamente esa responsabilidad, el hallado culpable podría ser habido por la fuerza, siendo sometido, después, por vía coactiva, a las consecuencias de sus actos.

---

<sup>276</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 260 -261.

Para determinar los ilícitos y sus consecuencias, los tribunales privados aplicarían un código generalmente aceptado basado en el principio libertario de no agresión. Dicho código también contendría las reglas probatorias que determinan la culpabilidad. Las agencias judiciales competirían entre ellas por demostrar que sus procedimientos de determinación de la responsabilidad resultan más eficientes para fijar correctamente los hechos. De este modo, el orden jurídico resultante prescindiría, al modo del Derecho Natural, del contenido puramente arbitrario del ordenamiento en vigor, esto es, de aquella parte del orden jurídico actualmente vigente que responde en exclusiva a la arbitrariedad del Estado. Continuaría, de ese modo, la gran tradición anglosajona del desarrollo judicial del Derecho común, esto es, del hallazgo y perfeccionamiento de los principios generales del Derecho que están basados en el axioma de no agresión. Las agencias de justicia competirían por tener los jueces más prestigiosos, esto es, los más capaces de indagar en esos principios generalmente compartidos y en dilucidar cómo deben ser aplicados a casos concretos<sup>277</sup>.

La base de todo el sistema privado de justicia sería, pues, la idea de no agresión a los derechos de otro, y, por tanto, la noción de justicia conmutativa, restituyéndose al dañado en su esfera previa cuando esa agresión se produce. La reputación pública de los jueces sería esencial para que el libre mercado de servicios judiciales fuera competitivo. De hecho, la importancia de mantener esa reputación en el mercado sería la mejor disuasión de prácticas corruptas<sup>278</sup>.

Trazado este marco, resulta evidente que el principal problema de ese camino de retorno a un “estado de naturaleza” regido por el libre mercado, está justamente en este mercado de la coacción protectora, esto es, en la situación de dispersión de la coacción que el contractualismo clásico consideraba inconveniente y que Rothbard, en cambio, defiende a través de una sucesión de vaticinios optimistas. En realidad, no se entiende bien qué mágica garantía asegura que la maldad intrínseca que acaba generando la tiranía del Estado haya de permanecer inocuizada en el juego de ese mercado libre de la fuerza bruta, de modo que no acabe generándose una tiranía distinta o peor que la estatal. La maldad estatal no deja de ser un reflejo de una maldad humana antecedente, que no parece que vaya a desaparecer súbitamente una vez abolido el poder público. Si el principal elemento para disuadir de esa maldad es la perspectiva de negocio, quizá es demasiado optimista prever que no habrá ningún actor que trate de obtener un negocio

---

<sup>277</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, pp. 266-267.

<sup>278</sup> ROTHBARD, M. N., *Hacia...cit.*, p. 274.

redondo aprovechando justamente su mayor fuerza de coacción. Y ese negocio perfecto es justamente el de monopolizar la violencia en un determinado territorio. Ante esa evidencia empírica de que un actor acaba surgiendo como monopolizador de la violencia, quizá lo más realista sea determinar si es posible que ese proceso se sustancie de modo legítimo –más allá de la vieja idea del consentimiento universal del contractualismo-, esto es, sin agresiones injustas en los derechos de los ciudadanos.

Ese es justamente el punto de partida del pensamiento de Robert Nozick, que considera que un estado de naturaleza en el que exista un libre mercado de la seguridad daría lugar a una competencia de agencias de protección de la que surgiría inevitablemente una agencia de protección dominante. La diferencia entre esa agencia dominante y el Estado sería, como va a explicarse, puramente semántica. Lo importante no es, por tanto, negar el Estado para sustituirlo por un sucedáneo sino determinar claramente cuál es su única naturaleza legítima, que para Nozick es la de un Estado reducido a lo mínimo necesario para proteger los derechos, dentro del cual las personas tengan plena libertad para unirse y alcanzar sus respectivas “utopías” sin servirse, para articularlas, de elemento coactivo alguno (sean esas utopías de índole libertaria, socialista, religiosa, ecologista...). El único límite a la libertad sería la prohibición de agresión de los derechos naturales de los demás, que estarían garantizados por la coacción protectora estatal. Nozick supone, así, un retorno a los parámetros clásicos del personalismo radical.

Como va a verse a continuación, en la visión de Nozick resulta esencial la posibilidad de concebir teóricamente ese “Estado mínimo” como el resultado hipotético de un proceso constitutivo en el que los derechos individuales no sean agredidos ni sometidos a coacción. Con ello, su posición intelectual se asemeja a la del contractualismo. De lo que se trata, en última instancia, es de determinar qué tipo de Estado es legítimo, para lo cual el recurso a ciertos acontecimientos hipotéticos es sólo un proceso intelectual de justificación y no una apelación a una realidad histórica precisa. Si el Estado protector mínimo puede ser hipotéticamente constituido sin necesidad de recurrir a una violencia ilegítima y puede limitarse, después, a ejercer únicamente la coacción que es entendida como válida desde un punto de vista moral generalmente compartido (Derecho Natural), es que el Estado protector (mínimo) es un tipo de poder público que puede ser aceptado moralmente como válido (al margen de las concretas circunstancias históricas que puedan haberlo alumbrado) siempre que mantenga su coacción dentro de los límites que le son marcados por el Derecho Natural.

Por eso, el verdadero propósito de Nozick es señalar cuáles son los límites que el Estado no puede franquear sin perder su legitimidad. De ello me ocupó a continuación.

### III. UNA ACTUALIZACIÓN DEL PARADIGMA CLÁSICO. ROBERT NOZICK Y EL ESTADO PROTECTOR COMO ESTADO MÍNIMO

#### 3.1. La variante de Nozick: el proceso de “mano invisible” de constitución del Estado mínimo

La idea, que acaba de apuntarse, de que el pensamiento de Robert Nozick constituye, en su esencia, un retorno a los postulados más clásicos del personalismo radical –también en lo relativo al programa político del Estado protector- puede parecer chocante, pues si algo llama la atención en la obra del autor norteamericano es su apariencia vanguardista. En *Estado, anarquía y utopía* abundan las imágenes extravagantes, muchas veces llenas de hilaridad. En el universo ficticio del que Nozick extrae su panoplia de ejemplos un individuo puede llegar a desintegrar a otro con una pistola de rayos X o dedicarse aplastar por placer la cabeza de una vaca con un bate de béisbol<sup>279</sup> mientras esclavos naturales creados por ingeniería genética se declaran contentos con su suerte<sup>280</sup> y una “máquina de experiencias” proporciona a cualquiera que no desee afrontar los sinsabores de la vida diaria la posibilidad de experimentar, a través de estímulos neuronales, toda una vida alternativa mucha más placentera, aunque, obviamente, irreal. De otra parte, Nozick no pretende presentar su obra como un tratado de filosofía política constituido por ideas personales perfectamente hiladas, esto es, como un proceso conceptual ordenado y completo en el que todo quede atado y bien atado. En su opinión, son los filósofos los que mejor perciben las fragilidades de sus tesis pero la generalidad de ellos se empeña, normalmente, en disimularlas o minimizarlas en su obra, tratando de presentar su visión como una fórmula perfecta o un puzle impecable en el que todo encaja. Nozick huye declaradamente de esta tónica y no se avergüenza de anunciar al lector que pretende “explorar” argumentos sobre determinadas cuestiones polémicas sin atribuirse la última palabra sobre ellas<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> Vid. Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, Inisfree, 2018, p. 40. En el mundo de Nozick un individuo también puede plantearse lanzar libros a las casas de sus vecinos para hacer ejercicio (*ibidem*, p. 87).

<sup>280</sup> Nozick, R., *Anarquía...cit.*, p. 45.

<sup>281</sup> Al inicio de su obra, Nozick realiza una defensa de su estilo iconoclasta. Reconoce que algunos pueden considerar que su método es demasiado superficial para aplicarlo a cuestiones tan serias. Él considera, en cambio, que es preferible un estilo más espontáneo, donde el apego a las propias ideas no se convierta en un marco rígido, que esconda las fisuras que el propio autor conoce mejor que nadie. Las ideas han de someterse a los test más exigentes e ingeniosos. De ese modo, la obra puede ser útil para todos, incluso

Defiende, en suma, la corrección de sus tesis pero no aspira a presentarlas como un diamante perfectamente pulido y absolutamente inquebrantable. Prefiere exponer sus ideas tal y como realmente son, con sus puntos fuertes y débiles, dejándolas abiertas a otros enfoques. Como anuncia al principio de su obra, allí donde siente que sus tesis son más endebles o forzadas, él mismo se encarga de “llamar la atención al lector sobre lo que me hace sentir incómodo”<sup>282</sup>.

Pues bien, a pesar de toda esta estimulante novedad metodológica y estilística, la obra de Nozick puede ser vista, sencillamente, como una actualización de los postulados elementales del personalismo radical lockeano y kantiano. En este sentido, el método elegido para justificar su tesis del “Estado mínimo” no es casual y consiste, al modo clásico, en describir un tránsito hipotético de una situación de estado de naturaleza a otra de monopolio de la fuerza por parte de un único agente, al que puede identificarse con el poder público, tránsito que ha de desenvolverse, en todo momento, en el marco de un conjunto de normas moralmente vinculantes. Así, en la primera parte de la obra, Nozick retoma las ideas elementales del “contractualismo” lockeano, alterando únicamente uno de sus elementos característicos: el tránsito a la sociedad civil no puede consistir en el otorgamiento de un consentimiento universal, pues esto, en su opinión, es tanto como hacernos trampas en el solitario. Su intención es demostrar que, aun sin ese ingrediente del acuerdo unánime, hay un tránsito posible, y moralmente legítimo, del estado de naturaleza al “Estado mínimo” (protector) a través de un proceso de “mano invisible” en el que se va creando, de facto, un monopolio de la coacción legítima en manos de una asociación o agencia de protección dominante, que adquiere, finalmente, dimensión estatal sin agredir, en el camino, los derechos de los individuos<sup>283</sup>.

---

para aquellos que no comparten las ideas del autor. La apuesta de Nozick por este estilo da a su obra una particular frescura.

<sup>282</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, p. 4.

<sup>283</sup> De hecho, Nozick explicita desde el mismo inicio de su obra la tesis del Estado mínimo según la “[u]n Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, está justificado; [...] cualquier otro Estado más extenso violaría el derecho de las personas a no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no está justificado”. Vid. NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, p. 1. Más allá del modo, más o menos convincente, por el que llega a esta conclusión –cuestión sobre la que volveré más tarde–, lo importante es, en este primer momento, que el autor norteamericano asume la concepción derivativa del poder que es característica del personalismo radical. El Estado existe porque recibe un poder de coacción preexistente (de autodefensa frente a la agresión) del que los individuos eran titulares. Una vez sentado este presupuesto, Nozick da idea de la perspectiva reactiva o defensiva del personalismo radical en relación con la cláusula social, pues el propósito último de su obra es demostrar que, una vez establecida la legitimidad del tránsito de la anarquía al Estado protector (mínimo), el poder público no debe ir más allá.

Nozick parte, pues, del estado de naturaleza lockeano, aclarando la razón de este sorprendente regreso a un método que estaba en desuso desde prácticamente el final de la Ilustración<sup>284</sup>. La utilidad de la teoría del estado de naturaleza, señala, es la siguiente: la primera pregunta de la filosofía política es si debe existir el Estado, lo que implica plantearse si una situación de convivencia humana anárquica (sin Estado) es preferible. Por ello, la hipótesis de un “estado de naturaleza” (una situación de anarquía o ausencia de poder público) ha de plantearse honestamente, evitando dibujarla de un modo extremo (idealizado o catastrófico) a los solos fines de justificar una posición árquica o anárquica previamente asumida. Es fácil, añade, comparar el peor estado de naturaleza imaginable (la famosa guerra de todos contra todos) con un Estado que funcione razonablemente bien y así justificar la legitimidad del poder público, afirmando, de paso, que todos los individuos necesariamente habrían estado de acuerdo en constituirlo para salir de la situación previa de caos. Pero este es, obviamente, un mero ardid para llegar a una conclusión preestablecida. Esa manera de presentar el estado de naturaleza –claramente orientada a justificar el Estado- podría ser invertida: ¿sería preferible el peor Estado imaginable a la mejor situación de anarquía? Lo oportuno, en realidad, es, en opinión de Nozick, partir del mejor estado de naturaleza que sea posible concebir sin caer en una idealización excesiva del mismo y determinar, después, si el poder público sigue siendo una opción preferible a una sociedad sin él<sup>285</sup>.

Ese estado de naturaleza óptimo, que no idealizado, es, para Nozick, aquel en el que las personas suelen comportarse de acuerdo con restricciones morales generalmente aceptadas. Eso conduce a que, al igual que ocurre en el contractualismo lockeano, el estado de naturaleza de Nozick sea de libertad individual, pero no de “licencia”, y a que sea necesario preguntarse, como ya hiciera Locke, cuáles son esas restricciones morales

---

<sup>284</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, p. 13.

<sup>285</sup> Nozick cree que ha de partirse de la situación más optimista de estado de naturaleza, pues si puede concluirse que el Estado es preferible a esa situación óptima de anarquía eso quiere decir que el Estado está justificado como opción, teniendo, así, sentido continuar el camino intelectual de la filosofía política para determinar los límites y fundamentos de ese Estado. Su primer paso consiste justamente en examinar el postulado del anarquismo libertario según el cual todo Estado es “intrínsecamente inmoral”. Justifica el surgimiento de un Estado mínimo a través de un proceso en el que el ingrediente de la coacción ilegítima no está presente. La segunda parte se dedica a explicar por qué es ilegítima cualquier expansión del Estado más allá del mínimo inicial. Finalmente, trata de explicar cómo ese Estado-mínimo, en apariencia tan poco atractivo, es el único marco que hace posible el libre asentamiento de comunidades humanas de carácter idealista o utópico, en las que grupos de individuos puedan organizarse según sus ideales sin elemento coercitivo alguno. Rothbard consideró irónicamente que si este proceso de “inmaculada concepción” del Estado era posible (cosa que el propio Rothbard negaba) Nozick debía adscribirse a las filas del anarco-capitalismo y esperar pacientemente a que su Estado mínimo se formara sin lamentar ninguna agresión de derechos por el camino. Vid. ROTHBARD, M. N., “Robert Nozick...”, *cit.*, p. 233.

generalmente aceptadas, a las que Nozick se cuida de llamar por su nombre clásico de Derecho Natural. Y es que son esas prohibiciones morales -que rigen para todas las personas en la situación de estado de naturaleza- los límites infranqueables sobre los que asentar el Estado legítimo. De ese modo, aunque Nozick no asuma la hipótesis lockeana de la constitución consensual de la “sociedad civil”, parte de la misma idea común del kantismo y el contractualismo: una situación originaria de libertad provisoria regida por el Derecho Natural (las restricciones morales que son vinculantes para todos) y una situación posterior en que esas libertades provisorias (débiles) pasan a ser definitivas (fuertes) gracias a la constitución de un Estado mínimo (protector) subordinado a los límites impuestos por ese Derecho Privado/Natural anterior. Nozick adopta, en suma, las dos tesis centrales de Locke: un estado de naturaleza en el que rige la libertad, pero no la licencia, esto es, donde existe una concepción generalmente compartida acerca de lo moralmente exigible (Derecho Natural) y la consiguiente concepción derivativa del poder, en la que el Estado recibe una capacidad de coacción legítima preexistente y sometida a los límites del Derecho Natural. Hasta este punto, bien podría decirse que no hay nada nuevo bajo el sol.

Toda la novedad se centra, en realidad, en el proceso de tránsito al Estado, que se presenta como una alternativa a la hipótesis consensualista. Reconocida como válida la concepción lockeana del estado de naturaleza, Nozick considera que Locke asume con demasiada facilidad la necesidad de transitar desde aquella a la sociedad civil para superar los inconvenientes existentes. Habría que preguntarse antes, dice Nozick, qué “arreglos” podrían realizarse dentro del estado de naturaleza para superar los inconvenientes señalados por Locke sin necesidad de recurrir a la constitución de un Estado. Sólo si esos arreglos resultan insuficientes para hacer soportables tales inconvenientes resultaría ineludible la creación de un gobierno común. Y el problema principal achacado por Locke al estado de naturaleza es que el poder de autotutela individual reconocido por el Derecho Natural depende la capacidad real de cada individuo de servirse de la fuerza bruta y de sus posibilidades anímicas e intelectuales de actuar imparcialmente al juzgar su propia causa<sup>286</sup>.

En opinión de Nozick, lo lógico para superar ese inconveniente sería que los distintos grupos de individuos formaran “asociaciones de protección mutua”, ya que, como suele decirse, “la unión hace la fuerza”. A través de esta asociación sus

---

<sup>286</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 18 -19.

componentes se aseguran un poder de coacción suficiente para la auto-protección de sus derechos. El primer problema de la asociación será cómo afrontar los conflictos entre sus propios miembros<sup>287</sup>. La manera de hacerlo será fijar procedimientos justos de resolución, siendo tanto más atractiva la asociación cuanto mejores sean los procedimientos que utiliza para dirimir las controversias. Se crearía, así, en la visión de Nozick, un libre mercado de la seguridad y la administración de justicia similar al que propugna Rothbard como sustitutivo de la coacción estatal<sup>288</sup>.

Pero ¿qué ocurriría con los conflictos entre personas pertenecientes a distintas agencias de protección? En principio, tales conflictos darían lugar a luchas entre agencias, de modo que acabarían prevaleciendo las que resultasen más fuertes en sus respectivos territorios. Las agencias que resultaran victoriosas serían las únicas capaces de ofrecer al público un poder de coacción suficiente para garantizar su seguridad. Se convertirían, por ello, en las agencias dominantes del territorio en cuestión. Las agencias que sobrevivieran a esa lucha de poder -y dominaran, por ello, concretos ámbitos territoriales- adoptarían, asimismo, sistemas comunes de resolución de conflictos para evitar el enfrentamiento entre ellas, llegándose, por esa vía, a una federación de agencias de protección<sup>289</sup>.

Ahora bien, Nozick plantea dos objeciones a que esas Agencias de Protección dominantes (y a las federaciones resultantes) puedan ser reputadas como Estados<sup>290</sup>. La primera objeción es que tales agencias no tendrían el monopolio sobre el uso de la fuerza (esto es, no reclamarían para sí la potestad exclusiva de decidir quién puede usar la fuerza en el ámbito de su territorio), requisito que resulta imprescindible para afirmar que exista un Estado “ultra-mínimo”. La otra es que esa agencia no protegería a todos los que viven en su ámbito territorial sino sólo a los que pagasen por su protección, esto es, a aquellos clientes con los que hubiera firmado una póliza de seguridad. Es indudable, dice Nozick, que el “Estado mínimo” no sólo monopoliza la fuerza sino que

---

<sup>287</sup> Nozick no oculta que habrá también problemas al afrontar los conflictos que provocan “sus miembros ! pendencieros o paranoicos” o los generados por aquellos que pretenden servirse del poder coactivo de la asociación para violar derechos de otros. Pero este tipo de conflicto será, en su opinión, más puntual. !

<sup>288</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 19-20. !

<sup>289</sup> Para Nozick proceso de creación de esos Estados (agencias dominantes) no es, como pretendía Locke, ! la adopción de un acuerdo determinado entre todos los miembros del colectivo, sino un proceso de ! “mano invisible” regido involuntariamente (esto es, de forma no deliberadamente orientada a ese fin) por las leyes del mercado de la seguridad establecido en la situación de estado de naturaleza. !

<sup>290</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 29-31. !

protege, además, a todos los ciudadanos, incluso a aquellos que no pagan por esa protección.

Si la agencia dominante asumiera, sin más, la defensa de los derechos de los terceros (no clientes) que habitan en su territorio, la constitución del Estado mínimo tendría una connotación claramente redistributiva, puesto que incluso los que no pagan a la agencia disfrutarían de sus servicios gracias a los recursos de quienes sí suscriben sus pólizas<sup>291</sup>. Y ese tránsito tendría una connotación evidentemente utilitarista: sería preferible proteger a los terceros para lograr una mayor paz social, dándoles, así, un derecho gratuito a disfrutar de esa protección basado en las consecuencias beneficiosas para el bienestar que pueden derivar de esa decisión unilateral de la agencia.

Nozick considera que esa perspectiva utilitarista de la constitución del Estado mínimo es inasumible. Él parte, según declara, de la noción kantiana de ser humano, esto es, de la dignidad como autonomía, que hace que cada persona deba ser contemplada como un fin en sí mismo. Esa posición de partida obliga a asumir una prohibición de instrumentalización que es la base de todas las restricciones morales que rigen en el estado de naturaleza y que han de servir de límite al Estado mínimo. Rechaza, así, la perspectiva utilitarista y, con ello, asume el principio de no agresión desde una óptica personalista<sup>292</sup>. Las restricciones morales del estado de naturaleza son, para Nozick, restricciones “indirectas” a la acción que derivan de ese axioma de no agresión y que hacen que el orden jurídico deba ser un orden necesario para la coexistencia de los distintos arbitrios individuales. No es un orden orientado a la consecución de un “bien mayor” perteneciente a la sociedad, concepto que encierra una mistificación que conduce a que unos individuos sean utilizados para favorecer los intereses de otros. La visión lockeana del estado de naturaleza queda, así, complementada por la concepción kantiana de la dignidad individual y los derechos.

---

<sup>291</sup> En este sentido, dice Nozick que el Estado mínimo o protector parece redistributivo, pues protege incluso a los que no pagan gracias a los recursos aportados por aquellos que sí contribuyen a su financiación. Vid. NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 32-33.

<sup>292</sup> “Una chusma que arrasa una parte de la ciudad matando y quemando, violará el derecho de aquellos que viven ahí. Por tanto, alguien podrá tratar de justificar el castigo que un individuo que sabe que es inocente del crimen que enfureció a la chusma, sobre la base de que al castigar a esta persona inocente, ayudará a evitar una violación de derechos aún más grande por parte de otros y conduciría, así, a un mínimo resultado sopesado en lo que a la violación de derechos en la sociedad se refiere”. Vid. NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, p. 34. Se minimiza así la violación de derechos desde el punto de vista utilitarista del resultado a través de un medio inaceptable desde la perspectiva personalista: castigar a un inocente por un crimen que no ha cometido, utilizando, pues, a esa persona como instrumento para alcanzar un bien mayor.

Desde esta óptica, ninguna base moral habría, en principio, para que la agencia dominante sustituyera el libre arbitrio de los terceros que prefieren preservar su derecho a mantenerse independientes, ejerciendo su poder natural de autotutela al margen de la agencia dominante. Ésta no podría arrebatarles coactivamente este derecho, ni aun ofreciéndoles una cobertura gratuita. Tampoco tendría justificación moral instrumentalizar a los clientes de la agencia para hacerles siervos de los que han decidido no pagar por sus servicios, que disfrutarían de una protección sin coste alguno, sostenida gracias los recursos que los clientes de la agencia han aportado únicamente para garantizar su propia seguridad. La adopción de la perspectiva personalista radical lleva, por tanto, a Nozick a rechazar la noción de sacrificio. No cabe la agresión, ni siquiera la agresión paternalista en beneficio del individuo agredido o de un tercero desfavorecido<sup>293</sup>. La agencia dominante no puede ejercer legítimamente la violencia para proteger a los independientes en virtud de un argumento utilitarista, basado en el bien mayor. El fundamento del tránsito al Estado mínimo debe ser, por tanto, otro, distinto a la visión redistributiva -que lleva, necesariamente, a una actuación de la agencia dominante que es contraria al Derecho Natural-<sup>294</sup>.

Descartado el atajo contractualista clásico del consentimiento universal, Nozick decide indagar en los derechos existentes en el estado de naturaleza por una vía generalmente ignorada por el iusnaturalismo: la de los derechos procesales de los individuos.

### **3.2. Los derechos procesales del estado de naturaleza y la constitución del Estado mínimo**

La vía por la que Nozick llega a la justificación del Estado mínimo está ligada a los derechos procesales que rigen en la situación del estado de naturaleza. Según se ha dicho más arriba, el autor norteamericano asume el dogma lockeano de la dimensión derivada del poder público de coacción, esto es, entiende que no hay más poder de coacción legítimo que el que el individuo ya tiene en la situación de estado de naturaleza de acuerdo con el Derecho Natural (o, si se prefiere, con las restricciones morales

---

<sup>293</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 38-39.

<sup>294</sup> El daño sacrificial es contrario a la prohibición de instrumentalización. No puede aceptarse un sistema donde tomar o dañar los bienes de otro sea lícito siempre que se indemnice, pues eso sería tanto como permitir utilizar a otros como herramientas o medios de nuestros fines, negando su naturaleza de fines en sí mismos. Y esa regla también es aplicable cuando el daño que se genera produce notables beneficios al dañado o a terceros (daño sacrificial en sentido estricto) o incluso al propio individuo dañado (daño sacrificial paternalista). Vid. NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 67-69.

asumidas como generalmente vinculantes). Ese poder se puede transferir (en el caso de Locke, a la sociedad civil, y en el de Nozick, a una agencia de protección) pero el proceso de transferencia no muta su alcance. En otras palabras, si la agencia de protección llega a convertirse en Estado debe ser en razón a un poder individual que ya existiera en la situación de estado de naturaleza.

Nozick trata, por ello, de desentrañar cuáles son las reglas procesales básicas que rigen la administración de justicia en la situación natural de partida, llegando a la conclusión de que el Derecho en ella imperante no impone un procedimiento determinado, susceptible de ser identificado por todos como universalmente vinculante, pero sí establece un derecho básico de todo individuo a resistirse cuando otro trata de ejercer sobre él la justicia privada a través de un procedimiento que no ofrece suficientes garantías de fiabilidad<sup>295</sup>. De este modo, en la situación de estado de naturaleza rige un principio según el cual “una persona puede resistir en defensa propia si otros tratan de aplicarle un procedimiento de administración de justicia “desconfiable o injusto”. Los individuos podrían transferir (y tendrían buenas razones para hacerlo) ese derecho de resistencia a la agencia de protección con la que suscriben sus pólizas de seguridad. Esto llevaría, a la postre, a que la agencia de protección dominante supervisara todos los procedimientos de administración de justicia que los independientes tratasen de aplicar a sus clientes. La agencia dominante prohibiría a los independientes aplicar todo procedimiento que no haya ya validado como suficientemente fiable. Cualquiera que viole la prohibición impuesta por la agencia dominante de aplicar procedimientos cuya fiabilidad no haya validado sería castigado<sup>296</sup>.

En las palabras de Nozick, “[c]omo la agencia de protección dominante juzga que sus propios procedimientos son fiables y justos y cree que esto es generalmente conocido, no permitirá, en cambio, que nadie se defienda contra ellos, esto es, castigará a todo aquel que lo haga”. Esto le dará “una posición única en virtud de su poder. Ella y sólo ella impone prohibiciones de procedimientos de administración de justicia cuando

---

<sup>295</sup> Para Nozick, los derechos procesales que rigen en el estado de naturaleza no han sido suficientemente determinados por la teoría iusnaturalista del contrato social. Por ello, entiende que en el estado de naturaleza no hay acuerdo sobre cuál es el procedimiento adecuado para determinar que alguien me ha agredido. Parece ser que la única exigencia de Derecho Natural identificable objetivamente sería la de no utilizar un procedimiento de administración de justicia que sea especialmente arriesgado o “desconfiable”, procedimientos que podrían ser prohibidos por los demás, esto es, que facultarían a los demás a resistirse frente al ejercicio de la justicia privada emprendido por otro. Vid. Nozick, R., *Anarquía...cit.*, pp. 90-91

<sup>296</sup> Nozick, R., *Anarquía...cit.*, pp. 94-95.

lo considera adecuado”<sup>297</sup>. No es que niegue a otros ese mismo derecho sino que sólo ella ha adquirido la fuerza suficiente para hacerlo efectivo. En virtud de su fuerza superior, es la única capaz de ser juez definitivo e incuestionable de los conflictos en los que sus clientes se ven envueltos, gozando de un estatus (el de decidir cómo se ha de resolver un conflicto y, con ello, arrogarse la facultad exclusiva de validar el resultado de un procedimiento de administración de justicia) que los demás no tienen, pues los procedimientos que estos utilizan están sujetos al escrutinio superior de la agencia dominante si un cliente de ésta se ve envuelto en un conflicto. Existe, así, un monopolio de facto en el ejercicio de un poder de coacción del que, inicialmente, todos disfrutaban en el estado de naturaleza (el de resistirse a la aplicación de procedimientos de administración de justicia indignos de confianza). De este modo, la agencia de protección dominante puede otorgar a sus clientes una garantía que “ninguna otra agencia puede ofrecer”<sup>298</sup>.

En la situación monopolística creada, los independientes que han sido privados del ejercicio de su derecho de autotutela y de su derecho de resistencia frente al procedimiento que la agencia dominante pretenda aplicarles deberían ser indemnizados en virtud de lo que Nozick llama el “principio de compensación”. Dicho principio, que opera en la situación de estado de naturaleza, supone que si a alguien se le prohíbe una actividad que genera riesgos para terceros pero que puede considerarse relevante para el desarrollo de su vida, la persona que sufre la prohibición ha de ser indemnizada por la pérdida que le supone la restricción en su esfera de libertad<sup>299</sup>. En este caso, la prohibición impuesta a los independientes se basaría en el miedo que se extendería en la sociedad ante la posibilidad de que éstos ejercieran de modo inesperado su derecho a la justicia privada castigando unilateralmente a cualquiera de los clientes de la agencia, que constituyen la mayoría de la población del territorio. Nozick considera que, en esta situación, el método de compensación más asequible y económico sería que la agencia

---

<sup>297</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 98-99.

<sup>298</sup> La prohibición de ejercer la justicia privada que la agencia dominante impone al independiente se basaría en la desconfianza que inspira el procedimiento que éste utiliza para ejercer su derecho de autotutela. En principio, tal prohibición carecería de fundamento pues ninguna agencia de protección ha recibido tal poder de sus clientes y Nozick sigue el dogma lockeano de la transferencia del poder individual preexistente ¿Puede la agencia de protección dominante impedir que el independiente ejerza su derecho a la justicia privada por la desconfianza que le inspira el procedimiento de determinación de la responsabilidad que éste utiliza? ¿Se puede ejercer la auto-defensa frente a procedimientos “desconfiables” o “injustos” cuando no hay consenso acerca de cuál es el procedimiento justo en el estado de naturaleza? La agencia de protección dominante puede reservarse el derecho de juzgar cualquier procedimiento de administración de justicia que un independiente trate de aplicar a alguno de sus clientes. Vid. NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 82-93

<sup>299</sup> Vid. NOZICK R., *Anarquía...cit.*, pp. 76-80

ofreciera a los independientes servicios de protección gratuitos, lo que explicaría que hubiera personas que disfrutaran sin coste alguno de sus servicios, esto es, que fueran protegidos sin pagar la correspondiente póliza. El efecto final sería que todos disfrutarían de protección aunque no todos pagarían por ella, sin que esa situación de facto tuviera connotación redistributiva alguna. Sería, en realidad, pura justicia conmutativa, en cuanto la agencia dominante estaría pagando, con la protección que ofrece a los independientes, la compensación por el derecho de autoprotección del que les priva<sup>300</sup>.

Con ello, Nozick estima que la agencia de protección dominante satisface las dos condiciones fijadas para ser considerada un Estado: tiene el monopolio del uso legítimo de la fuerza y protege los derechos de todos los que viven en su territorio, aunque no paguen por sus servicios. La constitución de ese Estado (agencia dominante) se consuma a través de un proceso de mano invisible en el que nadie ve sus derechos ilegítimamente violados. La agencia dominante ajusta su actuación, en todo momento, a las exigencias morales del estado de naturaleza (Derecho Natural) incluido el principio de compensación. La protección ofrecida a los independientes sería el precio indemnizatorio por privar a estos de su derecho natural de autotutela (justicia privada). Los independientes serían, normalmente, aquellos que no pueden costearse el importe de la póliza de protección que ofrece la agencia dominante, de modo que la protección ofrecida a estos individuos, bajo su engañosa apariencia redistributiva, sería una aplicación del principio “libertario” de compensación<sup>301</sup>.

En suma, “sin que alguien lo tenga en mente, el propio interés y las acciones racionales de las personas en un estado de naturaleza, tal y como lo concibe Locke, conducen a agencias únicas de protección dominante sobre territorios. Cada territorio tendrá, ya sea una agencia dominante, ya cierto número de agencias federalmente afiliadas en forma que constituyan, en esencia, una sola”<sup>302</sup>. La agencia de protección dominante, al ser la única con poder suficiente para ejercer su servicio de protección y justicia de manera definitiva –estando, en cambio, todos los independientes sujetos al escrutinio de la agencia dominante- sería el Estado “ultramínimo” que goza del monopolio de facto de determinar cuándo puede ejercerse la violencia. Al estar obligada a indemnizar a los independientes, en virtud del principio de compensación, por la

---

<sup>300</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 100-101.

<sup>301</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 102-103.

<sup>302</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 106-107.

privación del derecho natural de autotutela, se convierte en “Estado mínimo” que ofrece a los independientes un servicio de protección compensatorio, pasando, con ello, a proteger a todos los que se encuentran en su territorio, sin que esa transición de un Estado ultramínimo –que tiene el monopolio de facto del uso de la fuerza- a un Estado mínimo –que protege a todos los que viven en su territorio, aunque no paguen por recibir ese servicio de protección- tenga ningún rasgo redistributivo.

Con ello, Nozick cierra el tránsito del estado de naturaleza al Estado mínimo-protector. Pero ¿logra realmente hacerlo de forma “inmaculada”, esto es, evitando que los derechos individuales resulten agredidos en el camino?<sup>303</sup> Creo que la respuesta es negativa. Nozick crea su Estado mínimo a través de un procedimiento hipotético que constituye, en esencia, una operación sacrificial de derechos.

### **3.3. El Estado mínimo de Nozick como producto de una operación típicamente sacrificial de derechos (*Estado social protector*)**

La explicación de mano invisible de Nozick no lleva, como él pretende, a la constitución “inmaculada” de un Estado mínimo, como monopolio legítimo de la fuerza. En el tránsito que Nozick describe existe una agresión de derechos individuales que, según los cánones del propio autor norteamericano, difícilmente puede reputarse legítima. El momento clave es aquel en que la agencia de protección dominante decide verificar la validez de los procedimientos de justicia privada de los independientes negando a estos, paralelamente, la posibilidad de verificar los que emplea ella misma. Llegados a ese punto, lo que no acaba de explicar adecuadamente Nozick es por qué la agencia de protección dominante tiene el poder de negar coactivamente a otros el derecho natural que les corresponde a verificar la fiabilidad del procedimiento que dicha agencia pretende utilizar en su contra. Nozick dice simplemente que, al considerar sus procedimientos justos, la agencia dominante impedirá que los independientes los verifiquen, pero ese paso resulta poco convincente. La agencia de protección dominante no tiene potestad alguna de negar un derecho natural a los independientes, por más que

---

<sup>303</sup> En un interesante artículo ya citado (“Robert Nozick...”, *cit.*, pp. 232-249) Rothbard describió irónicamente la teoría de Nozick como “la inmaculada concepción del Estado”. En realidad, la “inmaculada concepción” del poder fue también la pretensión de los teóricos medievales, que trataban de combinar la legitimación del poder público con la libertad individual a través de la idea de consentimiento. De hecho, Nicolás de Cusa llegó a equiparar este libre consentimiento del gobernado con la inmaculada concepción de Cristo, consentida por la Virgen María. Con ello combinaba la procedencia divina del poder con el necesario consentimiento de los afectados según la idea, muy extendida en la Baja Edad Media, de que el poder procede de Dios por el cauce de la comunidad, esto es, del consenso originario. Vid. TIERNEY, B., *Religion...cit.*, p. 67.

crea que sus procedimientos son fiables. Su deber, conforme a los parámetros libertarios, es someter a un tercero imparcial esta diferencia de criterio.

En realidad, lo que hace la agencia de protección dominante en el esquema de Nozick es privar a los independientes de su derecho de autotutela (incluido su derecho a verificar el procedimiento que se utiliza en su contra) apoyándose en su poder unilateral de coacción<sup>304</sup>. Y para diferenciar esa privación de un mero expolio injusto, esto es, de una agresión contraria al Derecho Natural, la única salida que queda a la agencia es alegar que ella representa a una mayoría notable de miembros de la sociedad que se ven expuestos al miedo que supone un castigo unilateral impuesto por los independientes. La supresión del derecho de autotutela del independiente hace que la situación de seguridad resultante sea superior a la preexistente. El independiente no ve empeorada su situación, ya que la agencia se compromete, al mismo tiempo, a indemnizarles a través de un servicio de protección. De este modo, la agencia de protección dominante se comporta, en efecto, como un Estado, pero no como el Estado mínimo (protector) que pretende Nozick sino como un Estado “social” que ejerce coactivamente poderes sacrificiales de derechos individuales para lograr un mayor bienestar colectivo, indemnizando, eso sí, a los que resultan perjudicados. Se llega, así, a la tesis que, como se ha dicho, se defendía a principios de la Edad Moderna: hay daños lícitos, en la medida en que hay que autorizarlos para lograr un bien de la vida social, pero quien los sufre ha de ser indemnizado.

En suma, la agencia de protección dominante priva coactivamente a los independientes de su derecho de autotutela creando una situación de bienestar mayor (pues la mayoría de personas, que son las que han contratado con la agencia, adquieren más seguridad), dando a los expoliados la compensación correspondiente por la pérdida que les genera. Es una típica situación de daño sacrificial. Nozick, pues, con toda su originalidad, no consigue sacar al personalismo radical de su laberinto. Aunque intente disimularlo, el proceso de “mano invisible” que describe alumbra un verdadero Estado

---

<sup>304</sup> No es de extrañar que la temprana crítica anarco-libertaria a la tesis de Nozick denuncie que esta prohibición de ejercer la autotutela no es más que una agresión ilegítima a los derechos de los independientes. Vid. ROTHBARD, M. N., “Robert Nozick...”, *cit.*, p. 239. En mi opinión, lo relevante de la tesis de Nozick no es tanto desenmascarar el acto de agresión, esto es, la utilización de la coacción para despojar a una minoría de ciertos derechos sino los requisitos que el propio Nozick pone de manifiesto para justificar esa operación sacrificial (que prescinde del consentimiento de los afectados): el bienestar mayor generado desde el punto de vista colectivo y la indemnización del daño generado a los sacrificados, esto es, los clásicos requisitos del daño sacrificial establecidos desde la obra de Fernando Vázquez de Menchaca.

en el momento preciso en el que la agencia dominante decide ejercer coactivamente la violencia en perjuicio de algunos para crear una situación de bienestar mayor para el conjunto. La justificación moral de tal comportamiento es, de un lado, la utilidad pública (mayor bienestar) de la situación resultante y, de otro, la indemnización con la que se compensa a los que resultan sacrificados. Nada distinto a lo ya sostenido en el siglo XVI por Fernando Vázquez de Menchaca, eso sí, sin rayos láseres, libros lanzados a casas por deporte, máquinas de experiencias o bates de béisbol que golpean cráneos de vacas.

De ese modo, el intento libertario de rectificar las líneas del contractualismo clásico queda frustrado. Si no hay consentimiento universal, la constitución del Estado protector es, en sí misma, una pura operación sacrificial, donde los derechos de autotutela de los reacios a sumarse a la agencia dominante (sociedad civil) son expropiados coactivamente por una mayoría que sí ha decidido hacerlo, todo ello con la finalidad de lograr una situación final de mayor bienestar, en la que nadie pueda temer agresiones inesperadas fundadas en los resquicios que aún quedan del viejo derecho individual de autotutela. El Estado protector se revela, así, como un poder público que ejerce la coacción para lograr el bien común desde el mismo momento de su origen<sup>305</sup>. Y, si ese es su verdadero fundamento, carece de toda legitimidad moral cuando pretende negar la legitimidad a otras operaciones sacrificiales ulteriores que extiendan la coacción pública a esferas distintas a la puramente protectora.

---

<sup>305</sup>El ligamen del poder público de coacción con una operación sacrificial que impone la mayoría social es, como de costumbre, magistralmente presentida por Ihering, que señala que el sistema de alianza mutua para la autodefensa (las asociaciones de protección de las que habla Nozick en el siglo siguiente) es imperfecto, pues también los que amenazan los derechos, y no sólo los que pretenden defenderlos, pueden pactar con otros para aumentar su fuerza coactiva. En tal situación la realidad es que vence el más fuerte. Ese esquema, en el que la violencia no llega a ponerse aún del lado del Derecho, sólo se trastoca cuando se llega al “punto saliente en toda la organización del Derecho”, que se produce con “el predominio de los intereses comunes de todos sobre el interés particular de uno solo; a favor de los intereses comunes se pronuncian todos, a favor de los intereses particulares sólo los individuos. Pero el poder de todos es en igualdad de fuerzas superior al del individuo, y será por tanto más cuanto mayor es el número. De este modo tenemos el esquema para la organización social de la violencia: predominio de la violencia que sirve el interés de todos sobre la que está a disposición del individuo en su interés; el poder es puesto del lado del interés común de todos”. Vid. IHERING, R. *El fin...cit.*, p. 145. Es el momento en que una amplia mayoría social decide monopolizar el poder de coacción en que acaba la situación de inseguridad y arbitrio del “estado de naturaleza” (en la terminología contractualista que sigue Nozick), siendo esa operación la que se produce, en realidad, cuando la agencia de protección dominante decide expropiar sus derechos de justicia privada a los “independientes”. Con ello, se pone por primera vez el bien común como fundamento del sacrificio del interés individual. Como señala el propio Ihering, “pone el predominio del poder del lado del interés común” (*ibidem*, p. 146). En última instancia, si el Estado se caracteriza por el monopolio de la violencia legítima, todo Estado se constituye, para adquirir ese poder, mediante una operación sacrificial cuya fuente de legitimidad está en su pretensión de satisfacer el interés de todos, razón por la cual se materializa coactivamente contra la voluntad de algunos.

Este defecto estructural hace que toda la construcción posterior de Nozick sobre la imposibilidad del Estado de exceder de su finalidad puramente protectora de derechos resulte poco convincente. Estando la “mancha” del sacrificio en el origen último del Estado protector, o éste es tan ilegítimo como cualquier otro Estado agresor, como defiende Rothbard, o el sello de la legitimidad depende de las condiciones que debe satisfacer la operación sacrificial que materializa el poder público, de modo que la coacción estatal sea legítima cuando cumpla unos mismos requisitos: la utilidad pública (bien mayor resultante) y la compensación del daño. Esta es, pues, la clave con que aproximarnos a las formas de coacción pública no puramente protectoras en un Estado Social de Derecho.

### 3.4. Estado mínimo y justicia distributiva

Como se ha anticipado, el segundo paso en el esquema conceptual de Nozick es justificar por qué el Estado ha de quedar reducido a su configuración mínima, protectora de derechos. Aunque su base conceptual (la constitución impecable del Estado mínimo) no resulta convincente, según acaba de exponerse, conviene completar esa crítica indagando en las razones por las que Nozick rechaza que el poder público pueda ejercer su coacción para redistribuir los recursos disponibles.

El autor norteamericano señala que una de las justificaciones posibles de un Estado que vaya más allá del “Estado mínimo” -que, a su modo de ver, surge legítimamente en virtud del proceso de mano invisible- es la necesidad de practicar la justicia distributiva<sup>306</sup>. Para el autor norteamericano, las personas tienen pertenencias y sobre ese dato de hecho se puede construir una noción de “justicia de las pertenencias” -que recuerda a la justicia en las cosas de los tardo escolásticos- que se divide en un principio de justicia en la adquisición de los bienes, un principio de justicia en su transferencia y un principio de rectificación de las injusticias en la adquisición o transferencia<sup>307</sup>.

Para Nozick, la idea tradicional de justicia distributiva se basa en que hay una distribución originaria de las cosas fundada en algún principio de mérito o pauta distributiva -pauta que se supone que convierte la distribución en justa o válida-. Esa justicia distributiva pasa a ser redistributiva cuando, con posterioridad al reparto

<sup>306</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, p. 135.

<sup>307</sup> Para Nozick “los lineamientos generales de la teoría de la justicia de pertenencias son que las pertenencias de una persona son justas si tiene derecho a ellas por los principios de justicia en la adquisición y en la transferencia, o por el principio de injusticia [...]”. Vid. NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, p. 137

originario, pretende mantenerse la correspondencia del orden de riqueza –alterado por el juego de las distintas transacciones- a la pauta originaria, procediéndose para ello a las correspondientes transferencias coactivas de bienes. Nozick estima que esta visión clásica “pautada” es equívoca y debe ser sustituida por otra puramente histórica. A su modo de ver, el dato de hecho del que debe partirse no es el de un hipotético reparto originario de bienes, de carácter pautado. La realidad es otra: los recursos siempre aparecen vinculados a determinadas personas, lo que impide que la justicia distributiva pueda contemplarse como un proceso *ex novo* de reparto de cosas comunes de acuerdo con una pauta o criterio de mérito. Lo importante es que las personas tienen derechos sobre las cosas, así como la libertad para transmitirlos de acuerdo con la pauta que ellos mismos eligen. La justicia distributiva no admite, pues, más que una indagación puramente histórica sobre cómo ha llegado un bien a manos de una persona determinada, fiscalizando si, en dicho proceso, los derechos de otro individuo han resultado violados, esto es, si en esa secuencia histórica se ha consumado alguna injusticia conmutativa (violación de derechos) que exija modificar el reparto actual de las cosas<sup>308</sup>.

Nozick utiliza como ejemplo de su visión al jugador de baloncesto Wilt Chamberlain. Partiendo de una hipotética distribución originaria en la que todos hubieran recibido una misma porción de recursos pero tuvieran al mismo tiempo la libertad de utilizarlos o transmitirlos con arreglo a su propio criterio, Nozick apunta que todos los aficionados al baloncesto convendrían en pagar una cuota adicional de 25 centavos por ver jugar a Chamberlain, al ser un deportista que ofrece un espectáculo único, que no está al alcance de los demás baloncestistas. Es a él a quien los aficionados quieren ver en la cancha. Chamberlain podría estipular con su equipo –conforme al principio de libertad que rige tras el reparto igualitario- que se le retribuyese con esa cuota de 25 centavos por entrada. La retribución superior de Chamberlain resultaría, así, del libre ejercicio de la autonomía individual. Por ello, si la distribución paritaria originaria era justa, también lo es la distribución no paritaria a la que conduce, desde aquélla, el ejercicio de la libertad individual. Dicho en los términos de Nozick, “D2” – como distribución resultante de la libertad, en la que Chamberlain gana más dinero que sus compañeros- es tan justa como “D1” –como distribución paritaria originaria en la que todos recibieron lo mismo-.

---

<sup>308</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 144-145.

De este modo, una vez realizada una distribución conforme a una pauta considerada vinculante, si el orden social se desarrolla de acuerdo con un principio de libertad individual en que se admite el intercambio, la distribución de riqueza dejará pronto de ajustarse a la pauta originaria, por lo que los defensores de la justicia exclusiva de la pauta sentirán la necesidad de utilizar la coacción pública para redistribuir los recursos y restaurar la vigencia plena de aquélla. Bajo la visión de Nozick, esa redistribución no será posible sin una violación de los derechos de los individuos, que han adquirido legítimamente los bienes que dan lugar a la desviación de la pauta. La única excepción, esto es, la única redistribución viable, sería, en su opinión, la aplicación del principio de rectificación, esto es la reasignación de los recursos que se demuestre que han sido adquiridos a través de una injusticia conmutativa, esto es, violando los derechos de otros. La única redistribución posible es, pues, la que revierte una situación en la que un sujeto ha adquirido algo a costa o en violación de los derechos de otro<sup>309</sup>.

A través de una redistribución basada en un principio pautado se hace a unos individuos siervos de otros, pues han de dedicar una parte significativa de su vida a pagar tributo a quienes tienen menos. Para Nozick “los principios pautados de justicia distributiva suponen la apropiación de acciones de otras personas”<sup>310</sup>. Unos individuos se vuelven, al menos en parte, propiedad de otros. Desde este punto de vista, los impuestos sobre la renta de las personas a través de los que unos individuos contribuyen al sostenimiento de servicios de los que disfrutan otros que no contribuyen nada o lo hacen en menor medida son un mecanismo de redistribución de riquezas que encierra una agresión ilegítima a los derechos equivalente a la imposición de un trabajo forzado. De este modo, un Estado basado en la justicia redistributiva es un Estado que hace a unos individuos siervos de otros, propiedad de otros, pues deben dedicar una parte considerable de su tiempo a pagar a esos otros el tributo que el Estado les impone. El Estado que sobrepasa al “mínimo” originario para convertirse en redistributivo se convierte, así, en un Estado ilegítimo.

Nozick defiende, en definitiva, una concepción histórica de la justicia distributiva. Para saber si una distribución es justa es necesario saber cómo se ha llegado a ella. Lo importante no es que lo que tienen los distintos sujetos pueda considerarse en sí mismo, conforme a un criterio distributivo o pauta, justo sino si para llegar a ese resultado se han respetado los derechos de todos los implicados de modo que lo que

---

<sup>309</sup> Vid. NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 150-151.

<sup>310</sup> Vid. NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, p. 153.

cada uno tiene no sea el resultado de la violación de los derechos de otro. Nozick sigue, así, lo que él mismo llama “principio retributivo” (justicia conmutativa), que no es un principio pautado –esto es, no determina la justicia del reparto de riqueza por su ajuste a una determinada pauta o criterio de mérito- y que se fundamenta en la libertad de cada individuo para dar o transmitir lo que tiene por la razón que estime oportuna<sup>311</sup>. Que un orden de distribución de riqueza basado en esa libertad individual no sea pautado no quiere decir que sea arbitrario. Cada cual da o transmite de acuerdo con una pauta pero decide libremente cuál es ésta. Lo importante en ese “sistema retributivo de transferencia” (que es la justicia conmutativa en su dimensión escolástica de justicia en las transacciones) son los objetivos individuales de las personas que intervienen<sup>312</sup>.

La concepción de Nozick que acaba de exponerse omite, no obstante, un dato decisivo -que sí destacan en cambio, como veremos, otros autores de inspiración libertaria como Epstein- que es la existencia de un excedente de riqueza que es directamente generado por el poder sacrificial del Estado. Para la realización de proyectos capaces de multiplicar la riqueza de todos, el poder sacrificial del Estado aparece como la única alternativa viable a la búsqueda de un quimérico acuerdo unánime de todos los sujetos implicados. Ese acuerdo universal, como se ha visto, ni siquiera constituye el fundamento real del Estado protector, basándose éste, según se ha explicado y pese a los intentos de Nozick de alumbrar un fundamento distinto, en una típica operación sacrificial tendente a suplir el consentimiento de los individuos recalcitrantes.

Esa operación sacrificial que permite disfrutar de un bienestar mayor no se agota, no obstante, en la constitución del monopolio estatal del ejercicio de la coacción protectora de derechos. El poder público sacrifica los derechos de los individuos para realizar cualquier proyecto análogo, que suponga una mejora del bienestar colectivo, sin necesidad de contar con la aquiescencia de estos. Y eso hace que el proyecto pueda materializarse sin asumir unos costes de transacción inviables. Desde una carretera hasta todas las redes de servicios comunes que implica una ciudad, es el poder público el que ejerce un poder coactivo que multiplica las ganancias netas del conjunto de la sociedad. De hecho, como advierte el propio Nozick, la simple provisión de servicios no sacrificiales, a sabiendas de que el Estado tiene el poder de zanjar definitivamente el conflicto, multiplica la confianza individual y genera un volumen de cooperación social

---

<sup>311</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, pp. 140-141.

<sup>312</sup> NOZICK, R., *Anarquía...cit.*, p. 143.

mucho mayor. Ihering dio, con su agudeza habitual, un nombre expresivo a este fenómeno: *contraprestación económica del Estado*<sup>313</sup>. El problema es el siguiente: cómo repartir ese excedente de riqueza que el Estado genera, lo que, en esencia, es el problema del sistema tributario.

En este sentido, se puede dar la razón a Nozick en que sería un trabajo forzado el que unos individuos entregaran parte de lo que les pertenece en beneficio de otros individuos. Pero esa ecuación es falaz. Unos individuos entregan una porción más o menos significativa de su riqueza a un socio necesario e imprescindible para que esa riqueza exista. Ese socio es el poder público, que luego destina los recursos recibidos a nuevos proyectos sociales, que pueden ser también proyectos de solidaridad (a través de los cuales puede conseguirse una mayor cohesión y paz social que incida, a su vez, positivamente en la generación total de riqueza). El problema de la visión de Nozick es ver al Estado igual que lo ve Rothbard, como un depredador, un agresor ilegítimo de derechos individuales en todo lo que excede de los puros servicios de seguridad y justicia. No obstante, reconoce –aunque trate de disimularlo– que la constitución de esos servicios de seguridad y justicia requiere privar a ciertos individuos de una porción de su autonomía individual, de modo que deban aceptar, bajo compensación, situarse bajo el poder de coacción de la agencia dominante (Estado), redundando todo ello en un beneficio de conjunto al aumentar la paz y la seguridad –eliminándose los riesgos y el temor a la acción privada unilateral de los “independientes”–.

El beneficio social conjunto justifica, en este caso, para Nozick el sacrificio de la autonomía individual (eso sí, con compensación de su importe). Pero lo cierto es que las actividades adicionales del Estado se sujetan al mismo esquema. Cuando el Estado realiza una gran obra pública, como una presa o una línea de ferrocarril, expropia los terrenos necesarios, prescindiendo de la autonomía del ganadero que, quizá, preferiría conservar las tierras de sus antepasados a recibir cualquier precio indemnizatorio. La justificación de ese sacrificio individual es el mismo que la constitución de un servicio monopolístico de seguridad y justicia: los beneficios sociales son muy superiores. Amplios sectores ven multiplicada su riqueza con el aumento de la cooperación privada que supone la realización coactiva de dicha obra pública ¿Puede atribuirse ese aumento de riqueza exclusivamente a los agentes privados? ¿O, más bien, cuando el Estado

---

<sup>313</sup> IHERING, R., *El fin...cit.*, p. 264.

reclama el tributo pide para sí aquello a lo que tiene derecho al multiplicar la riqueza a través del ejercicio de la coacción?

En suma, decir que el que paga un impuesto al Estado en mayor medida que otro -que paga menos o no paga nada- está siendo forzado a trabajar para otros no deja de ser una falacia. Todos pagan al Estado el coste que suponen las tareas comunes y todos ven multiplicada su riqueza con el ejercicio de tales tareas, tratando en todo caso de influir en la plaza pública -conforme a las reglas del sistema democrático- en cuáles hayan de ser éstas. El problema real es otro: conciliar el poder de coacción del Estado con los derechos individuales, de modo que el inevitable poder público sacrificial no se convierta realmente en la sumisión a servidumbre de quienes ven sacrificada su esfera de autonomía. El personalismo radical de Nozick, como sus predecesores, no da respuesta a este interrogante.

Hay un autor, no obstante, que, moviéndose en el ámbito de libertarianismo ha colocado al personalismo radical frente a sus propias contradicciones, poniendo de relieve que el Estado tiene una faz sacrificial que no puede ser negada. Me refiero a R.A. Epstein y a su teoría sobre el ejercicio del “dominio eminente” del poder público.

#### **IV. LA CLÁUSULA SOCIAL COMO DISPOSICIÓN ORIENTADA AL INCREMENTO DE LA RIQUEZA PREVIA. UN NUEVO CONTRACTUALISMO**

##### **4.1. Más allá del Estado protector. La teoría de los *takings* de R. A. Epstein**

Como ya se ha dicho, la idea de Estado policía, puramente protector de titularidades individuales, ha sido históricamente poco más que un desiderátum. Ni siquiera el primer Estado revolucionario burgués quiso realizarse, estrictamente, a través de un poder puramente defensivo. Al contrario, reconoció desde un primer momento la posibilidad excepcional de ejercer la coacción pública para perseguir fines adicionales a los meramente protectores. Se produjo, así, una recepción parcial de la doctrina tardo escolástica de la necesidad en su vertiente de “dominio eminente”.

En el terreno de la práctica, el personalismo radical, que no admite más fuente legítima de normatividad que la autonomía individual, ha concebido y materializado, en todo momento, un Estado capaz de inmiscuirse coactivamente en la esfera privativa de los particulares, no sólo para protegerles de la agresión ajena, sino también para alcanzar un fin específicamente asumido: aumentar la riqueza en manos de los individuos. Pero esa discordancia entre teoría y praxis no sería una deuda de

incoherencia que cobrar a los políticos burgueses. Al contrario, el defecto sería achacable a los teóricos de la revolución liberal, que no fueron capaces de vislumbrar la auténtica fisonomía del contrato social. Esta es, a grandes rasgos, la tesis en la que se sustenta una de las más interesantes elaboraciones teóricas sobre los sacrificios impuestos por el poder público en la esfera de los particulares: la de Richard A. Epstein.

Epstein también parte, según declara expresamente, de las ideas de John Locke, señalando que, aunque el autor inglés no llegó a explicar qué ocurre con el excedente de riqueza que genera el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad política, los patrones del pensamiento político de Locke permiten inferir que ese excedente ha de revertir directamente en los individuos, ya que el Estado no es un fin en sí mismo, sino una estructura creada para que tales individuos puedan disfrutar de su riqueza en una situación mejor que la propia del “estado de naturaleza”. En su sugestiva visión, una primera tarta, más pequeña, representa la situación de la riqueza que existe antes de la constitución del poder público. En ese supuesto, asimilable al estado de naturaleza lockeano, los derechos de cada uno tienen escaso valor ya que se ven constantemente amenazados por otros que los desean para sí mismos. La incertidumbre y la inseguridad hacen inviable cualquier planificación que nos permita alcanzar nuestras metas. Eso, obviamente, repercute negativamente en el progreso colectivo y hace que la riqueza a repartir entre todos sea escasa. La segunda tarta, que representa el estado de la riqueza tras la creación del poder público, es mucho más grande. En ella, las porciones que pertenecen a cada individuo se ven incrementadas proporcionalmente, representando el aumento de riqueza individual que resulta de la existencia del poder público, que no se queda para sí mismo ninguna porción del excedente que genera.

Para Epstein el poder público sólo está justificado en cuanto lleva de la tarta más pequeña a la otra más grande, siempre que en ambas la riqueza esté completamente repartida entre los particulares. Para construir un poder público de este tipo es necesario, según reconoce, utilizar los bienes de los individuos, aun sin el concurso de la voluntad de estos. Por ello, los bienes necesarios han de ser tomados por la fuerza. La fijación de los requisitos de esa “toma” de bienes es trascendental y están consignados, a juicio del autor aludido, en la cláusula de la Constitución federal norteamericana relativa al ejercicio del *eminent domain*. En ella, el requisito de “justa compensación” asegura que el Estado dará a cada persona el equivalente de lo que le arrebató. La cláusula de “utilidad pública” garantiza, a su vez, que los beneficios que derivarán de esa imposición forzosa revertirán otra vez en los ciudadanos en proporción a lo que estos han contribuido a las

tareas públicas<sup>314</sup>. Se produce, así, una “desmistificación del soberano”<sup>315</sup>, pues la misión de su poder coactivo es únicamente facilitar el tránsito de un estado de riqueza individual menor a otro mucho mayor.

En la visión de Epstein, el tránsito de la primera tarta a la segunda sólo está garantizado si las actuaciones del poder público están exclusivamente guiadas por esa finalidad de aumentar la riqueza colectiva, revirtiéndola siempre en los propios particulares contribuyentes. El fundamento de la relación con el poder público es, así, la justicia conmutativa y la teoría de la restitución: el ciudadano puede verse forzado a entregar parte de lo que tiene pero con la condición de recibir otro tanto o aún más de lo que se le quita. En el contrato social hay, en realidad, toda una red de transacciones forzosas diseñadas para dejar a todos en mejor situación. La cláusula indemnizatoria de los “takings” basados en el ejercicio del *eminent domain* –esto es, de la utilización forzosa de los bienes de los particulares a estos efectos- responde, en la concepción de Epstein, a esa idea conforme a la cual la misión del poder es aumentar la riqueza de los ciudadanos, sin que pueda nunca disminuirla.

Con ello, Epstein afronta de manera realista el problema que el libertarianismo de Nozick pretende disimular. El Estado sí que puede utilizar la coacción para privar a los ciudadanos de sus derechos, pero ha de cumplir con la cláusula que justifica tal operación desde el punto de vista del contrato social. Si un poder semejante le ha sido conferido es bajo la condición de que la riqueza global aumente sin que nadie se vea singularmente perjudicado.

#### **4.2. La faz utilitarista del nuevo contractualismo y la cláusula constitucional de Estado democrático**

De acuerdo con la visión de Epstein, el Estado también ejerce su coacción sobre los bienes de los individuos sin necesidad de que exista una previa agresión injusta. Es más: el propio Estado es, en ese caso, el agresor que impone coactivamente su voluntad sobre los bienes del individuo afectado. Así ocurre, por ejemplo, cuando realiza obras públicas que multiplican la riqueza de todos y que, sin el elemento de la coacción estatal, serían irrealizables, pues los mecanismos de auto-organización privada generarían

---

<sup>314</sup> Vid. EPSTEIN, Richard Allen, *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1975, pp. 3-15. !

<sup>315</sup> EPSTEIN, R. A., *Takings...cit.*, p. 13. !

costes de transacción inasumibles y, lo que es peor, sería necesario el concurso de la voluntad de todos los individuos afectados, lo que haría inviable la operación.

La visión contractualista de Epstein da, como se ha visto, un fundamento teórico a esta visión libertaria paradójicamente situada “más allá del Estado protector”: existe un poder coactivo adicional al de policía, pero dicho poder tiene, de acuerdo con el contrato social, una sola finalidad legítima: aumentar la riqueza que está en manos de los particulares, cuya posición no puede verse perjudicada (de ahí el deber de indemnización) y entre los cuales ha de repartirse, de manera proporcional, el excedente generado.

La crítica que puede hacerse a estos planteamientos resulta evidente. El nuevo “contractualismo” de Epstein se basa en un artificio intelectual: un contrato social hecho a la medida de sus particulares ideas. En efecto, la manera en que ese sorteja la faz instrumentalizadora de la coacción pública consiste en una manipulación de la ficción contractualista. Frente al contractualismo iusnaturalista, el poder ya no es creado para que todos puedan perseguir sus propios fines (cualesquiera que estos sean, incluso si son antieconómicos) sin verse agredidos por otros. No se trata ya de preservar la dignidad individual, entendida como autonomía. El contrato social “a medida” pasa a asignar al Estado una función adicional a la protectora de derechos: obtener coactivamente un excedente de riqueza –que no puede alcanzarse desde la autonomía individual– que luego ha de ser repartido entre todos en proporción a lo que han aportado.

De este modo, el nuevo contractualismo que encarna la teoría de Epstein, es, en realidad, un funcionalismo de un solo objetivo. La autonomía del individuo sólo se acepta en tanto, de ordinario, es el mejor medio para aumentar la riqueza individual. Cuando la coacción estatal permite obtener una riqueza mayor, que es inalcanzable desde la autonomía del individuo, ésta puede ser pisoteada. Y la excusa contractualista presta la cobertura: el individuo ha consentido la coacción estatal justamente a los concretos fines de hacerse más rico. Con ello, el fin del Estado se disfraza de un fin individual universal. No hay idea más contraria a la autonomía que el dar por sentado que todos queremos lo mismo y que, por tanto, eso que, en realidad, queremos (seamos o no conscientes de ello) nos puede ser impuesto por la fuerza.

Con idéntico artificio podría, obviamente, encubrirse cualquier otro fin que el poder público quisiera imponer coactivamente (como la igualdad material de un Estado

socialista). Atribuyendo esa función exclusiva al Estado (a través de la ficción de la existencia de un consentimiento originario), Epstein se aleja del patrón personalista (que se basa en la autonomía de cada individuo para seleccionar sus fines) y cae en el mismo error que cometen los autoritarismos que, con toda la razón, aborrece, pues presume que su ideología es una receta infalible para alcanzar la felicidad. Una receta tan buena que hay que presumir que fue aceptada por todos en el momento de constitución del poder político, por lo que puede imponerse coactivamente a quien no la comparte. Convierte, así, su propio objetivo ideológico en fin exclusivo de la coacción del Estado (ejercida en “utilidad pública”). Es el viejo engaño contractualista del consentimiento universal pero desprovisto de su fundamento ético: la completa salvaguarda de la autonomía individual.

Es evidente que esta faz funcionalista del contractualismo de Epstein carece, a diferencia de la visión personalista kantiana del ser humano como fin en sí mismo (esto es, de la dignidad como autonomía), de toda posibilidad de alcanzar un arraigo constitucional. Ningún precepto constitucional atribuye al Estado la misión de proteger los derechos de los particulares salvo que la acción estatal que los compromete les haga más ricos. Mucho menos deriva de la Constitución que el reparto de ese excedente haya de ser proporcional a lo que cada cual haya aportado<sup>316</sup>. El Estado constitucional acepta,

---

<sup>316</sup> Es obvio que, en cierto tipo de actuaciones estatales (como en el caso de una obra urbanizadora), el resultado de la acción pública pueda entenderse económicamente beneficioso para todos los afectados. Esto no oculta, sin embargo, que el ejercicio del poder coactivo del Estado sigue constituyendo, también en estos casos, una evidente instrumentalización. Por ejemplo: los resultados de una obra pública pueden ser completamente ajenos a los fines vitales de quien, simplemente, quiere seguir viviendo sin ser molestado en la misma casa que ha pertenecido durante varias generaciones a su familia. La obra urbanizadora también será ajena a los fines de aquel que quiera seguir cultivando su tierra. No se puede decir, sin incurrir en un sofisma, que el Estado-liberal no instrumentaliza a estos individuos al imponerles coactivamente un fin que les es ajeno. Que el resultado no les haga económicamente más pobres no quiere decir que no hayan sido utilizados para la consecución de fines propios de otros individuos, contradictorios con el respeto a su autonomía personal. De hecho, puede incluso que la actuación pública coactiva les ha privado de aquello que es más esencial para que puedan alcanzar sus fines vitales. Ciertamente, puede decirse que, en tales casos, la situación de los afectados es objetivamente mejor tras el ejercicio de la coacción estatal, pues gozarán de una propiedad de mayor valor. Pero ahí reside la diferencia entre una cosa y un ser humano. Mejorar un objeto no es, desde luego, utilizarlo. Pero la clave del personalismo está justamente en considerar que el ser humano no es un objeto. Se puede pintar de otro color una fachada sin que podamos decir que está siendo “utilizada”. En cambio, un hombre con sobrepeso no puede ser sometido contra su voluntad a un plan de adelgazamiento, aunque esto sea lo mejor para su salud, sin ser instrumentalizado, esto es, sin que se anule su autonomía. La clave de la dignidad, como enseña Kant, está precisamente en la capacidad del ser humano de elegir sus propios fines. El hombre, a diferencia de la casa, puede decidir por sí mismo. El individuo es soberano para elegir lo que es mejor para él. El Estado puede desear una sociedad compuesta de personas sanas y ricas, pero eso no quiere decir que no instrumentalice a aquellos a los que impone coactivamente tales fines, aunque sea en su propio beneficio. Hacer a todos los individuos más ricos puede ser un fin legítimo del Estado liberal pero no es necesariamente el fin vital del individuo que sufre su poder coactivo. Quien utiliza a otro (imponiéndole coactivamente su voluntad), aun actuando en beneficio de ese otro, no deja de

con las condiciones que la teoría del daño sacrificial revela (entre ellas la indemnización), el sacrificio singular de la autonomía individual, pero el presupuesto de esa opción instrumentalizadora, expresada en la “cláusula social”, no se ajusta a los postulados de una ideología concreta.

En este sentido, la visión de Epstein no puede trasladarse a nuestro ordenamiento constitucional, en el que queda refutada por la “cláusula democrática”. La fijación de las metas colectivas, y la consiguiente necesidad de seleccionar los bienes necesarios para satisfacerlas se somete, en ese sistema, al crisol de la democracia. La sede deliberativa en la que todos están representados se considera el mejor marco para diferenciar las verdaderas necesidades comunes de los meros intereses o fines particulares que no redundan en beneficio de todos. El Parlamento y el Gobierno son las instituciones que tienen, en el modelo constitucional, la legitimidad necesaria para fijar los fines públicos o colectivos que han de ser obtenidos a través del sacrificio de los recursos privativos de los ciudadanos. Los jueces aparecen, en cambio, como los defensores naturales de la cláusula de Estado Derecho. Son los guardianes de las reglas y garantías que aseguran que el ejercicio del poder público sea respetuoso con los derechos constitucionales de los ciudadanos. De ese modo, en la conciliación del Estado Social –capaz de perseguir fines colectivos- con el Estado de Derecho –llamado a tutelar las titularidades individuales- tiene un papel capital la idea de Estado democrático, que, admitiendo la pluralidad de opciones políticas, no es compatible con el “traje a medida” que propugna el contractualismo de Epstein.

Para que los sacrificios de derechos individuales puedan hacerse compatibles con la dignidad del afectado es necesario descartar la idea de un “consentimiento originario” que legitima exclusivamente cierto tipo de ejercicio de la coacción estatal. Debe volverse, en cambio, la mirada al puro patrón personalista: el sacrificio, siendo legítimo, ha de ser compatibilizado con la idea sustancial del individuo, conforme a la cual nadie puede ser convertido en siervo de otro. La indemnización no es, en los casos de ejercicio de una coacción estatal instrumentalizadora, la expresión de un pacto originario por el que el Estado se compromete a mejorar la situación de riqueza de los individuos (esto es, a utilizarles sólo en su propio beneficio). Es expresión de la obligación del poder público de considerar que los fines individuales que sacrifica en utilidad de todos son tan dignos

---

utilizarle, esto es, de sustituirle en el ejercicio de su autonomía individual. Por eso, si se abandonan los cánones personalistas fundados en la dignidad, el único liberalismo coherente en su desbordamiento selectivo del Estado policía es el de base utilitarista.

de consideración como cualesquiera otros. La indemnización es una exigencia de nuestro Estado de Derecho derivada de la dignidad y no va ligada a un fin característico del poder político (el aumento de la riqueza individual).

El desarrollo jurídico realizado por Epstein de su teoría contractualista resulta enormemente útil en cuanto trata de preservar la indemnización del sacrificio deslindando magistralmente los criterios que sirven para determinar la índole sacrificial del daño. Sin embargo, la utilidad de esos criterios es puramente instrumental, ya que el presupuesto de filosofía política del que parte Epstein no puede ser asumido. Y es que nuestro Estado constitucional debe indemnizar el sacrificio, no porque el aumento de la riqueza individual sea su fin superior, sino porque es personalista en sus presupuestos y se configura, por ello, como Estado de Derecho en un sentido material<sup>317</sup>. Por ello, el Estado ha de poder sacrificar los bienes de los individuos para alcanzar fines plurales, democráticamente seleccionados, pero no puede cargar en uno o varios individuos la

---

<sup>317</sup> El personalismo kantiano tiene, en este punto, un indudable arraigo constitucional en la idea central de dignidad concebida como autonomía. Pero no va más allá. En la ordenación constitucional, cada persona es un fin en sí mismo que, por esta razón y en tanto no agrede a otros, puede seleccionar libremente sus fines y elegir los medios de los que ha de servirse para alcanzarlos. Para ello es indispensable que cuente con las titularidades (derechos) que la propia Constitución le confiere. Lo esencial de esta idea es que la dignidad no está condicionada por la idoneidad o virtud de los fines vitales que cada individuo selecciona para sí mismo. Todos los fines individuales han de ser considerados del mismo valor. El poder público puede apoderarse de los bienes de un concreto individuo para obtener ventajas colectivas, pero al hacerlo deberá poner en marcha un mecanismo que asegure que los fines del afectado no son los únicos sacrificados. Ese mecanismo consiste en una equidistribución de la pérdida. Este reconocimiento de fundamento plural del poder (que admite la actividad social coactiva democráticamente elegida siempre que se haga compatible con una visión no condicionada de la dignidad individual) permite convertir las cláusulas de Estado de Derecho, Estado democrático y de Estado social en una sola cláusula de Estado social y democrático de Derecho. La imposibilidad de llegar a un sistema como éste desde el puro kantismo radica en la negación kantiana de la legitimidad de cualquier coacción orientada a conseguir la satisfacción de necesidades propias de la vida social, lo que, en última instancia, obedece negación de la felicidad como fin de la moral (*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2003p. 21). Para Kant, si la felicidad fuera el fundamento de la moral, mejor sería que el ser humano no tuviera el atributo de la razón y se guiara exclusivamente por sus instintos. De hecho, es fácil ver en la doctrina kantiana del Derecho una clara contestación al eudemonismo propio del despotismo ilustrado, que, para el autor de Königsberg, pervertía el sentido verdadero (liberador) de la Ilustración, que era conseguir que el individuo se atreviera a conocer (y a decidir) por sí mismo –sin que otro, en principio más apto, debiera elegir en su lugar lo que le resulta beneficioso-. Hasta tal punto Kant es contrario al eudemonismo que se esconde tras el contractualismo liberal que su doctrina de la moral (una vez concebido el Derecho como pura justicia conmutativa) tampoco considera que el fin del individuo sea alcanzar su felicidad (como un estado empírico de satisfacción) sino realizar al hombre como ser racional (moral) capaz de actuar (dictándose una norma conforme al paradigma de imperativo categórico) conforme a su deber, al margen de cualquier beneficio determinado por la experiencia. En última instancia, como advertía Ihering, la concepción kantiana de la moral no conduce a la felicidad sino a la abnegación. Nuestro sistema constitucional sólo toma, por tanto, el patón kantiano de la dignidad como autonomía pero no renuncia a la búsqueda colectiva de la felicidad y con ello a utilizar parámetros de satisfacción global que justifiquen la acción social. Por eso es *Estado social de Derecho*.

pérdida resultante, sino que ha de equidistribuirla de modo que los fines de los afectados no sean considerados de menor valor.

Diez años después de la publicación de su obra *Takings* (1985), Epstein reubica plenamente su pensamiento en el ámbito que resulta propio: el funcionalismo utilitarista. En su obra *Simple Rules for a Complex World* dice haber hecho las paces consigo mismo y haber comprendido la importancia de la “maximización de la utilidad social”. Aunque, en su opinión, el papel de la eficiencia no puede ser sobredimensionado porque en Derecho la tarea del ordenamiento no es siempre seleccionar los medios más adecuados para alcanzar los fines, sino seleccionar los fines mismos, entiende que las teorías consecuencialistas ofrecen el mejor aparato intelectual para delimitar el ámbito de coacción estatal y el de la autonomía individual<sup>318</sup>.

En su opinión, el bien común es la suma de bienes individuales, considerados separadamente, en regímenes legales alternativos. El que maximiza ese bien común es el que ha de ser considerado preferible. Una medida pública que cueste a cada individuo afectado 10 está justificada, por contribuir al bien común, si genera un beneficio de 11 para cada uno de ellos<sup>319</sup>. Con ello, la teoría de Epstein se reubica en su verdadero espacio intelectual: el utilitarismo. En su ideario resta, no obstante, el poso libertario y la esencia del pensamiento de base que ya expresaban sus previas ideas contractualistas: la necesidad de salvaguardar la posición de cada uno. El bien común, como se acaba de ver, no es una comparación entre agregados de riqueza, antes y después de la intervención del poder público, sino entre riquezas individuales separadas, de modo que nadie quede en peor posición. La posición individual de cada miembro del colectivo ha de quedar salvaguardada, de modo que cada miembro de la sociedad no se vea utilizado o instrumentalizado por otros. Pero, con ello, el pensamiento de Epstein, como el de Nozick, tropieza con el problema característico del daño sacrificial: la conciliación del bien común (*overall wealth*) con la dignidad individual, que es el problema al que da respuesta la teoría personalista moderada. De esa forma, toda la construcción jurídica de Epstein adquiere milagrosamente la forma del personalismo moderado: se reconoce la legitimidad del poder sacrificial del Estado en razón del bien común pero se salvaguarda la dignidad (autonomía) individual a través de la indemnización.

---

<sup>318</sup> Vid. EPSTEIN, Richard Allen, *Simple Rules for a Complex World*, Harvard University Press, 1995, pp. 30-31

<sup>319</sup> EPSTEIN, R. A., *Simple...cit.*, pp. 34-35.

De un modo ciertamente sinuoso, el pensamiento de Epstein se acaba convirtiendo, en definitiva, en un valioso aliado técnico del viejo afán progresista (en el sentido más auténtico del término) de conciliar en lo posible el bien común y la dignidad individual. El autor norteamericano parte de la obligatoriedad de la indemnización del sacrificado si éste se ve, en efecto, dañado en sus bienes por un acto del poder público que persigue el bien común pero aporta, al tiempo, criterios útiles para determinar si existe, en realidad, tal daño sacrificial. En esto está su principal valor.

## **V. BREVE CONCLUSIÓN**

Creo que puede llegarse a la siguiente conclusión: el libertarianismo no consigue su propósito de superar el viejo presupuesto teórico de un (hipotético) consentimiento universal originario en la formación del poder público legítimo. Y, en defecto de ese consentimiento de todos, no hay más fundamento posible del Estado, al menos para quien cree en los derechos naturales del ser humano, que la noción de daño sacrificial, esto es, de un daño deliberada y coactivamente impuesto a una minoría de individuos para conseguir un bien mayor. La legitimidad última de un Estado fundado en la dignidad humana radica, por ello, en buena medida, en determinar adecuadamente los requisitos que legitiman los daños sacrificiales.

En particular, es la obra de Nozick la que mejor nos revela, muy a pesar del propio autor norteamericano, que, desde la creencia en unos derechos naturales previos, sólo puede explicarse la constitución del poder público a través de una operación sacrificial del derecho natural de autodefensa de los independientes, realizada para preservar la paz y la seguridad comunes. Es así que incluso el Estado estrictamente protector de derechos no puede nacer sin instrumentalizar, pues se materializa a través de un daño sacrificial con el que la asociación más fuerte se asegura el monopolio de la violencia legítima. En esa operación, el pecado original de prescindir del consentimiento de las minorías no asociadas se limpia con lo que Nozick llama el “principio de compensación”. Pero, si esto es así, no puede negarse la validez moral de cualquier otra operación sacrificial que el Estado ya constituido efectúe, siempre que se respeten los mismos requisitos (bien común, indemnización de los perjuicios) que legitimaron el daño sacrificial originario que, poniendo fin al derecho natural de autodefensa, dio lugar a la exclusividad estatal del poder legítimo de coacción.

La obra de Epstein nos da, por su parte, parámetros válidos para entender cuándo procede la indemnización del daño sacrificial pero falla en su intento de reducir

la viabilidad de este instituto a la persecución de un objetivo exclusivo (el aumento y reparto proporcional de la riqueza). Sólo Rothbard resulta, en definitiva, coherente pero ¿no es precisamente su obra la mejor muestra del acierto esencial de la vieja crítica realizada por Burke a los primeros revolucionarios franceses, a esos quijotes de la razón abstracta capaces de arramblar con todo lo existente para lograr un nuevo principio, completamente puro e inmaculado?

## **PARTE CONSTITUCIONAL**

## CAPÍTULO V

### LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS Y LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE SU RESTRICCIÓN. ESTRUCTURA GENERAL DE LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES

*“Lo que el constitucionalismo es, desde su origen, no se entenderá jamás si se pretende que las reglas y principios de la Constitución valgan, del mismo modo, en contra y a favor de la libertad; tanto para reconocer y dar curso al <<libre desarrollo de la personalidad>> (art. 10.1 CE) como para habilitar directamente al poder público, sin mediaciones, a entrar en aquel ámbito de autodeterminación del sujeto”.*

Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*.

#### I. INTRODUCCIÓN

En el momento de su entrada en vigor, el peligro de que la Constitución española de 1978 fuera mayoritariamente interpretada como un texto puramente programático, carente de valor normativo, no era en absoluto desdeñable. En el prólogo a la primera edición de *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, fechado en octubre de 1981, Eduardo García de Enterría apuntaba diversos factores que podían conducir a ese indeseable resultado<sup>320</sup>. Junto a una tradición centenaria de textos constitucionales débiles y a la más inmediata inercia de un régimen autocrático, se aludía en el citado prólogo, como factor de riesgo, a la propia doctrina de *Derecho político*, fascinada aún, tanto a derecha como a izquierda, por la impugnación de los principios del constitucionalismo liberal operada en los años treinta del pasado siglo.

Como subrayaba García de Enterría, la crítica antiliberal tuvo un singular valedor en la figura de Carl Schmitt y, en particular, en su despectiva descripción del *modelo ideal*

---

<sup>320</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...cit.*, p. 22.

de Constitución del Estado burgués<sup>321</sup>. La Constitución del patrón liberal-democrático respondía, para Schmitt, al interés exclusivo de una mera porción de la comunidad política (la burguesía) que había parasitado la unidad nacional arduamente construida, a expensas de los viejos estamentos medievales, por la monarquía absoluta<sup>322</sup>. La burguesía había logrado que la libertad individual -únicamente limitada por la libertad ajena- usurpara la posición privilegiada de *derecho originario* sobre el que, acto seguido, se proyectaban, de forma restringida, las competencias públicas de un Estado puramente fragmentario, construido a la estrecha medida del interés particular de una facción.

Dos principios políticos condensaban, para Schmitt, el paradigma liberal-democrático: los *derechos fundamentales* y la *distinción* (más que división) de los *poderes* (legislativo, ejecutivo y judicial)<sup>323</sup>. Los *derechos fundamentales* expresaban, en esencia, una situación de partida de libertad individual a partir de la cual la fragmentación de los poderes públicos se convertía en el principio motor del sistema constitucional burgués, que venía a asegurar la existencia de un Estado limitado, incapaz de suprimir enteramente la libertad inicial y de hacer realidad, con ello, la auténtica soberanía, que, como manifestación de la voluntad unitaria del pueblo, no conoce sujeción a límite alguno.

Para García de Enterría, ese paradigma liberal-democrático, el de las revoluciones norteamericana y francesa pero también el de nuestra Constitución de Cádiz, era, a pesar de todo, el que había sido recuperado en 1978. Superando los prejuicios de los especialistas de *Derecho político*, ese mismo paradigma había de aportar, en su opinión, la clave con la que descifrar la normatividad del nuevo texto constitucional. Y, en efecto, el llamado por Schmitt *modelo ideal de Constitución del Estado burgués* está expresamente plasmado en el texto constitucional de 1978 tanto en su principio distributivo como organizativo, aunque desprovisto de los contenidos ideológicos burgueses, en particular, como se verá, de la equívoca idea de una libertad fáctica ilimitada como punto de partida necesario.

La configuración normativa de un *derecho originario de la libertad* que solo puede ser *limitadamente restringido* por la acción del poder es el producto normativo más característico de la Constitución de 1978. Piénsese que el derecho positivo del año 1978 era todavía el de una dictadura. No existía, obviamente, una situación de partida de

---

<sup>321</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...cit.*, pp. 23-25. !

<sup>322</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2015, p. 27. !

<sup>323</sup> SCHMITT, C. *Teoría...cit.*, p. 183. !

libertad ni fácticamente establecida ni mucho menos jurídicamente garantizada. Fue, por ello, la particular configuración jurídica de los derechos fundamentales la que dio a la libertad la normatividad (coercibilidad) imprescindible para que pudiera ser convertida, de facto, en nueva realidad.

Si las normas de derecho fundamental lograron ese giro copernicano fue porque estaban dotadas de una particular estructura normativa que les otorgaba la capacidad de generar, por sí mismas y sin mediación alguna, deberes de conducta inmediatos para todos los poderes públicos. Es, en particular, la garantía de vinculación inmediata o eficacia directa de los derechos fundamentales la que produce ese resultado radical. Si a esta inmediatez de la protección normativa de la libertad, convertida en *derecho de la libertad*, se le suma lo que suele llamarse la abstracción, la apertura o la flexibilidad de las normas de derecho fundamental, que supone la virtualidad de subsumir en dichas normas una amplia gama de actos, el primer rasgo del *principio distributivo* queda configurado: hay un *derecho de la libertad* conceptualmente previo al ejercicio del poder público que tiene, además, una extensa virtualidad aplicativa. Las normas de derecho fundamental completan ese principio distributivo con una segunda garantía, la sujeción del legislador democrático al *contenido esencial*, que, como se verá también, supone la limitación *a priori* del poder estatal y la reconducción de todas sus manifestaciones al concepto de *competencia*, que lleva en sí mismo, como ponía de relieve Schmitt, la idea de limitación y control<sup>324</sup>.

Al actuar como *límite de los límites* (*Schranken-Schranken*) la garantía de contenido esencial trata de asegurar que la libertad originaria no se vea excesivamente afectada (y mucho menos completamente suprimida) por el ejercicio posterior del poder público. Al canalizarse, además, a través del concepto de *competencia*, la capacidad de injerencia de las autoridades queda desprovista de todo contenido constitucional inmediato o directo: las limitaciones de la libertad toman, por ello, la forma de restricciones normativas establecidas *desde fuera* y *ex post*, a través del ejercicio de una concreta competencia constitucionalmente atribuida. La dispersión competencial que caracteriza a la Constitución de 1978, tanto en el plano institucional (con la distinción de poderes en sentido estricto) como en el territorial (a través de un Estado autonómico que habilita la pluralidad de centros de poder, que se convierten, así, en límite recíproco), actúa como cautela adicional frente a los excesos restrictivos.

---

<sup>324</sup> El principio se traduce así en la mensurabilidad de todas las manifestaciones del poder del Estado. Para Schmitt “[t]odo se encuentra apresado en una red de competencias”. Vid. SCHMITT, C. *Teoría...cit.*, p. 188.

Ahora bien, a diferencia del *modelo ideal burgués*, concebido como puro *Estado de Derecho*, fiel protector de una distribución de riqueza previa, nuestro texto constitucional se manifiesta en su dimensión de *Estado social* cuando orienta expresamente el ejercicio de las competencias de los diversos órganos públicos hacia fines que trascienden, en mucho, la mejor protección de los derechos considerados fundamentales<sup>325</sup>. La Constitución incluye en su seno una amplia gama de *bienes jurídicos*. Estos carecen de la capacidad aplicativa directa e inmediata que, como *derecho originario*, singulariza a las normas de derecho fundamental. Se convierten, no obstante, en *directrices* que condicionan el ejercicio del poder público, dándole una orientación material, un horizonte determinado e imperativo, lo que puede implicar, en su instrumentación normativa concreta, la restricción de los derechos fundamentales con sujeción a un límite específico: la cláusula general de salvaguarda de su *contenido esencial*.

El juego de esta específica garantía asegura que la realización del *Estado social* no anule la operatividad del *Estado de Derecho*, o lo que es lo mismo, conduce a la realización de un *Estado social de Derecho*, entendido como un enunciado jurídico unitario. Este elemento lleva a la Constitución de 1978 más allá del paradigma constitucional clásico: las competencias están formalmente fragmentadas y dispersas, eso es cierto, pero cubren también, en su dimensión material, un radio de acción extraordinario.

La Constitución contiene el esbozo de un ambicioso programa normativo para la mejora de las condiciones reales de vida de los individuos, lo que lleva irremediablemente aparejada la reconfiguración y actualización de la libertad originaria, que ha de resultar, inevitablemente, restringida en su expansividad jurídica inicial. Para afrontar con las debidas garantías ese proceso de *reconfiguración a través de la restricción* (esto es, para evitar que la actualización y adaptación de la libertad se convierta en una vía para su supresión) la Constitución dota a los derechos fundamentales de una gran capacidad de resistencia normativa en su formulación originaria. No los diluye en el

---

<sup>325</sup> En este sentido, resulta especialmente lúcida la observación de Aragón Reyes cuando entiende que el Estado social se caracteriza, en esencia, por la indefinición, ya que la cláusula social supone solo, desde el punto de vista constitucional, la determinación de *fines* que trascienden el interés individual pero que no alteran los mecanismos participativos democráticos ligados a la cláusula de "Estado democrático" ni las garantías jurídicas propias de la cláusula de "Estado de Derecho". Frente a los principios de "Estado de Derecho" y "Estado democrático" que "albergan, aunque no exclusivamente, un significado estructural, el de Estado social es un principio puramente material, del que no cabe derivar exigencias organizativas, sino cumplimiento de fines". Vid. ARAGÓN REYES, Manuel, "Constitución española: economía de mercado y Estado social", en GARCÍA SAN MIGUEL, LUIS (ed), *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 112-115.

seno del programa social sino que, muy al contrario, los convierte en filtro permanente para la realización de este.

Por ello, las normas llamadas a mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos deben ser capaces de demostrar, en todo momento, la existencia de una necesidad imperativa de restringir el *derecho originario de la libertad*. Estos sencillos trazos me parecen suficientes para introducir el desarrollo de la teoría general de las restricciones de derechos fundamentales que a continuación se realiza y en la que ocupan un lugar particular las restricciones de tipo sacrificial.

## II. LOS RASGOS DE LA FUNDAMENTALIDAD. PREMISAS BÁSICAS DE UNA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES

### 1.1. Los rasgos de la *fundamentalidad* y la peculiar estructura de las normas de derecho fundamental

En la doctrina española existe cierto consenso en la consideración de que las *normas de derecho fundamental* se caracterizan, frente a otras disposiciones constitucionales, por su mayor nivel de protección jurídica. Se estima, en otros términos, que, en una Constitución que es enteramente normativa, los derechos fundamentales se distinguen por su grado cualificado de normatividad<sup>326</sup>. Dada la imprecisión del lenguaje empleado por el texto constitucional en este punto<sup>327</sup>, la pauta general ha sido

---

<sup>326</sup> Esta perspectiva me parece correcta. Hemos de partir, en mi opinión, del presupuesto fijado por Kelsen según el cual no existe, desde el plano normativo, diferenciación alguna entre derecho subjetivo y derecho objetivo, pues el primero no es más que una manera particular de designar una protección jurídica establecida por el derecho objetivo a través de normas de mandato (esto es, a través de normas que fijan determinados deberes de conducta de los que se deduce la protección conferida a un sujeto distinto). Son los deberes de conducta (la protección) y no su reflejo material (el objeto protegido) los que dan su sustantividad jurídica a la noción de derecho subjetivo. Vid. KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base a la doctrina de la proposición jurídica)*, Editorial Porrúa, México D. F., 1987, p. 496. La especial protección conferida a los derechos fundamentales y su grado cualificado de normatividad constituyen, por ello, una misma cosa. Lo que ha de buscarse en las disposiciones constitucionales que establecen derechos fundamentales es, en definitiva, la estructura normativa que, por comparación con otras disposiciones de rango constitucional, establece ese especial nivel de protección en el que radica su *fundamentalidad*.

<sup>327</sup> Jiménez Campo considera, en una línea generalmente compartida en la doctrina, que “la profusión verbal con que nuestra Constitución expresa el concepto [de derecho fundamental] dentro de su título I” tiene “muy escasa relevancia”. Vid. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos...cit.*, p. 17. No obstante, no han faltado autores que, desde la literalidad del texto constitucional y atendiendo a una primera corriente de jurisprudencia constitucional, han considerado que derechos fundamentales son, estrictamente, los contemplados en el artículo 81.1 CE a efectos de garantía de ley orgánica. Vid. GARCÍA TORRES, Jesús, “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, en *Introducción a los derechos*

considerar que la especial fuerza normativa en la que radica la *fundamentalidad* de ciertos derechos se encuentra en las dos garantías expresamente previstas en el art. 53.1 CE: la *vinculación inmediata de todos los poderes públicos* y el respeto por parte del legislador de su *contenido esencial*<sup>328</sup>. Son, pues, derechos fundamentales, en la opinión dominante, los que reúnen estas dos características<sup>329</sup>. El acceso al recurso de amparo o la previsión de un procedimiento sumario de protección jurisdiccional son elementos que, desde esta perspectiva, se limitan a reforzar el primero de los dos rasgos aludidos, pues la

---

*fundamentales. X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, vol. II, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 1031-1063.

<sup>328</sup> Quizá sería más exacto hablar, como hace Aragón Reyes, de tres requisitos para que estemos ante derechos fundamentales: “aplicabilidad directa (vinculan a todos los poderes públicos), reserva de ley para la regulación de su ejercicio y contenido esencial que ha de respetar el legislador”. Vid. ARAGÓN REYES, Manuel y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, “La libertad de empresa”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, 2014, p. 17. Renuncio, sin embargo, a hablar de estos tres criterios, en la medida en que, como se verá, la cláusula de contenido esencial no designa, en mi opinión, contenidos normativos concretos vedados a la intervención legislativa sino los límites infranqueables de la competencia legislativa en relación con los derechos fundamentales.

<sup>329</sup> Es probablemente García de Enterría quien, en 1981, inicia la línea de asociación de la especial fuerza normativa de los derechos fundamentales a las garantías previstas en el art. 53.1 CE. La *vinculación de todos los poderes públicos* dispuesta por dicho precepto añade, en su opinión, un *plus* a la vinculación general prevista en el art. 9.1 CE, “plus que consiste, justamente, en que tal regulación tiene el carácter de Derecho directamente aplicable, sin necesidad de intermedio de la ley”. Para García de Enterría, el constituyente “con excelente criterio” y “para excluir “la burla del sistema de libertades que resultó de la técnica seguida por el régimen anterior” quiso “ofrecer un estatuto completo de libertad, efectivo por sí mismo, no necesitado de ningún complemento para ser operativo inmediatamente, y que, en el caso de que alguna ley [...] lo desarrolle ulteriormente, deberá hacerlo respetando <<en todo caso su contenido esencial>>”. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...cit.*, pp. 73-74. En la misma línea, Pedro Cruz Villalón sostuvo tempranamente que “<<derecho fundamental en el sentido de nuestra Constitución y con la sola reserva de su significado más restringido en el art. 81.1 CE, son los derechos contenidos en el capítulo segundo del título I de la misma”, pues los elementos o datos que hacen “recognoscibles a los derechos fundamentales como categoría” son, en su opinión, la tutela judicial y el respeto a su contenido esencial por el legislador”. La tutela judicial reforzada del art. 53.2 CE es, en opinión de este autor, un “contenido adicional” que no determina la fundamentalidad sino que la dota de mayor eficacia en relación con los derechos de la sección segunda. Vid. CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, enero-abril 1989, pp. 39-40. Las obras generales sobre derechos fundamentales tienden a compartir esta opinión. Así, Manuel Medina Guerrero (*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996, p. XIII) se suma a la tesis mayoritaria y considera que derechos fundamentales son los del capítulo 2º del título I. Luis Díez-Picazo Giménez (*Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 50-51), aunque resta trascendencia a la cuestión por considerarla más bien nominal o ideológica, se decanta finalmente por entender que la vinculación a todos los poderes públicos del art. 53.1 CE, es el elemento más identificativo del derecho fundamental. Francisco J. Bastida Freijedo (“Concepto y modelos históricos de derechos fundamentales” en BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (dir.), *Teoría de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 34-44) utiliza, por su parte, la expresión *grados de fundamentalidad* para referirse al nivel de protección normativa dispensado por la Constitución a los diversos derechos pero sitúa, en cualquier caso, el *umbral de la fundamentalidad* en la garantía de vinculación inmediata o, como él la llama, de *eficacia directa*, que implica la disponibilidad del derecho constitucional por su titular aunque no medie intervención legislativa y, por tanto, su inmediata susceptibilidad de tutela judicial. Asocia inmediatamente a esta garantía la de contenido esencial, como contenido abstracto garantizado por el constituyente frente al legislador, que este debe respetar en su tarea concretizadora.

vinculación inmediata de los órganos judiciales implica, por sí misma y más que ninguna otra cosa, la justiciabilidad<sup>330</sup>. El contraste con los principios rectores a los que se refiere el art. 53.3 CE, que solo pueden ser invocados ante los tribunales en los términos en que hayan sido desarrollados por el legislador ordinario, es usualmente considerado como un argumento confirmatorio de la validez de este criterio de identificación<sup>331</sup>.

Toda teoría general de las restricciones de los derechos fundamentales ha de ser estrictamente respetuosa con los rasgos en los que se sustancia la noción de *fundamentalidad*. Dicho en otros términos: una restricción o limitación no debe instrumentarse a través de métodos o técnicas que no hayan tomado en previa y suficiente consideración los rasgos que singularizan determinados derechos como *fundamentales*. En caso contrario la actividad de restricción o limitación podría convertirse en una vía subrepticia con la que eludir la especial protección dispensada por la Constitución a algunas de sus normas. El primer paso de una teoría jurídica de las restricciones debe ser, por ello, identificar las barreras protectoras que caracterizan la norma cuyo alcance pretende ser limitado, que son, justamente, las que deben ser alzadas de una manera correcta o, si se prefiere, legítima.

(i) La garantía de *vinculación inmediata* pone de relieve que los deberes de conducta impuestos por las normas de derecho fundamental no se ajustan al modelo general de *disposición constitucional* (como *oración* o, si se prefiere, como complejo normativo que contiene un haz de normas con sentido unitario). Dicho modelo suele articularse en torno a las llamadas *normas de competencia*. El texto constitucional configura el órgano correspondiente, le atribuye un poder determinado, establece ciertas *prescripciones* o *normas de mandato* complementarias, que restringen el ejercicio del poder atribuido, e incluso enuncia ciertos *principios* o *directrices* que ligan materialmente el ejercicio de dicho poder a la consecución de fines u objetivos concretos. La *disposición de derecho fundamental* se caracteriza, en cambio, por imponer inmediatamente deberes de

---

<sup>330</sup> Jiménez Campo ha puesto especial énfasis en demostrar la escasa importancia del artículo 53.2 a efectos de elaborar un concepto de derecho fundamental. Como bien señala “[l]a Constitución española seguiría enunciando derechos fundamentales aun en la hipótesis de que aquel precepto constitucional fuera suprimido por reforma, al igual que es posible identificar derechos fundamentales en todas aquellas Constituciones (como la de Italia, por ejemplo) que carecen de previsión específica para la protección jurisdiccional cualificada de algunos derechos de este carácter o de todos ellos”. En su opinión, la explicación de la protección jurisdiccional singular radica en el “celo del constituyente en proteger de manera enérgica y reforzada aquellos [derechos] que fueron más desconocidos o amenazados en la experiencia preconstitucional”. Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos...cit.*, pp. 22-23 y 82.

<sup>331</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...cit.*, p. 73, y CRUZ VILLALÓN, P., “Formación...”, *cit.*, pp. 39-40.

conducta dirigidos a todos los poderes públicos, cualquiera que sea su competencia. Se compone, primariamente, de normas de mandato y no de normas competenciales.

(ii) La garantía de *contenido esencial* supone, por su parte, que los deberes de conducta inmediatamente impuestos a todos los poderes públicos por la disposición de derecho fundamental no son intangibles<sup>332</sup>. Pueden ser modificados por una autoridad (el legislador) a la que la propia Constitución ha otorgado un poder normativo al efecto. La noción de *contenido esencial* expresa ciertos límites a los que está sujeto ese poder normativo. Determina que la especial protección conferida por la norma de derecho fundamental solo puede ser alzada o excepcionada si se cumplen ciertas condiciones.

Del juego conjunto de ambas garantías se desprende que la *disposición de derecho fundamental* se caracteriza por la inversión de la estructura normativa propia de las disposiciones que podemos llamar *organizativas*. En la tradición constitucional iusracionalista y positivista, las normas constitucionales servían, sobre todo, para establecer los órganos que conforman la estructura básica del poder constituido, para otorgar a estos su respectiva cuota de poder y para fijar las condiciones que disciplinan su posterior ejercicio<sup>333</sup>. Tal estructura tradicional sigue presente en las disposiciones constitucionales que no establecen derechos fundamentales, que se caracterizan por combinar: (i) *normas orgánicas* que configuran los órganos del poder constituido; (ii)

---

<sup>332</sup> A esta conclusión se opondrán, obviamente, todos aquellos que siguen sosteniendo que la vinculación inmediata y el contenido esencial son círculos concéntricos, esto es, que dentro del contenido del derecho fundamental dotado de eficacia directa hay un núcleo material, determinable *a priori*, excluido de toda intervención legislativa. Se trata, así, de concebir el contenido esencial como *contenido absoluto*, esto es, como un espacio de completa inmunidad frente al legislador que es determinable en abstracto en relación con cada derecho fundamental. La principal debilidad de esta posición, en la que no corresponde ahora adentrarse, es que vive completamente de espaldas a la realidad normativa, en la que el ámbito de intervención del legislador y el de supuesta inmunidad individual no pueden ser determinados *a priori*. Son las necesidades de cada contexto las que van marcado el ámbito que el legislador va ocupando en supuestos de hecho determinados. No obstante, debe reconocerse que en la doctrina española se tiende cada vez más a lo que Aragón Reyes ha llamado lúcidamente una teoría absoluta "relativizada", que reconoce que "el contenido esencial no es predeterminable *ex ante*". Vid. ARAGÓN REYES, Manuel y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, "La libertad...", *cit.*, p. 22-23.

<sup>333</sup> Como es sabido, en la tradición *iusracionalista*, los derechos no se constitucionalizan, en un primer momento, porque se considera que tienen valor jurídico *metalegal*, esto es, no dependiente de su inclusión positiva en el texto constitucional. De ahí que se proceda meramente a reconocerlos o a declarar su existencia (no a constituirlos) en textos separados (*declaraciones de derechos*). En la visión positivista, los derechos constitucionalmente enunciados no tienen valor jurídico inmediato, dependiendo del concreto contenido que le asigne el legislador. De ahí que los catálogos de derechos de estos textos constitucionales tampoco trasciendan el nivel declarativo. Las razones son, en este caso, de signo contrario a las propias de la tradición iusracionalista. Se entiende que no pueden vincular hasta tanto no tengan un contenido legislativo y que es a través del legislador como acaban vinculando a la Administración, que está sujeta al principio de legalidad. De ahí que, también en este caso, las verdaderas disposiciones constitucionales sean las organizativas, esto es, las que *constituyen* el poder.

*normas de competencia* que confieren poderes concretos a dichos órganos; (iii) *normas de conducta* dirigidas a los órganos competentes, que condicionan la validez del ejercicio de sus respectivos poderes; (iv) *normas principales* que fijan directrices materiales para orientar el poder conferido a la consecución de ciertos fines (exigiendo, por ejemplo, que sea utilizado para establecer un sistema público de pensiones, para proteger el medio ambiente, etc.). El ciudadano no se ve directamente afectado por la combinación de todas estas normas. Es el ejercicio de las correspondientes competencias el que permite establecer las reglas de conducta que inciden, finalmente, en la relación de poder con los ciudadanos.

La disposición constitucional de derecho fundamental invierte esta estructura: impone, primero, deberes de conducta a todos los poderes públicos en su relación con los ciudadanos y reconoce, después, la posibilidad de restringir normativamente el alcance de dichos deberes utilizando, para ello, las normas constitucionales de competencia. Así, mientras que las disposiciones de organización se basan en una norma competencial que confiere *directamente* un poder jurídico del que han de resultar *indirectamente* normas de conducta que afecten a los ciudadanos, las disposiciones de derecho fundamental establecen *directamente* deberes de conducta que vinculan a los poderes públicos en su relación con los ciudadanos sin perjuicio de que, a través de normas de competencia previstas en la propia Constitución, esos deberes de conducta puedan ser *indirectamente* modificados.

Si los rasgos en los que se sustancia la *fundamentalidad* de los derechos son las dos garantías que acaban de ser descritas, en cuanto otorgan a los derechos fundamentales una estructura aplicativa peculiar, una teoría de sus límites o restricciones debería partir de algunas premisas no exentas de polémica, en particular las dos siguientes: (i) no existen límites o restricciones que sean inmediatamente deducibles de normas constitucionales sin aplicabilidad directa y (ii) debe descartarse una visión absoluta de la garantía del contenido esencial.

## **1.2. La inexistencia de límites o restricciones que sean inmediatamente deducibles de normas sin aplicabilidad directa**

La primera *premisa* de la teoría de las restricciones es que una norma jurídica de rango constitucional no dotada de *vinculación inmediata* para todos los poderes públicos -que no constituye, en consecuencia, fuente directa de deberes de conducta en la relación

con los ciudadanos- no puede ser utilizada, por sí misma, como un límite necesario e inmediato (*implícito, lógico o inmanente*) de una norma de derecho fundamental. Dos normas constitucionales que no están dotadas de la misma estructura aplicativa resultarían en ese caso indebidamente equiparadas, diluyéndose, con ello, la especial protección otorgada por la Constitución a una sola de ellas.

Esa indebida equiparación se materializa, sin embargo, en las teorías llamadas *internas* que consideran que todos los bienes jurídicos constitucionalmente relevantes actúan por sí mismos como *límites inmanentes* de las normas de derecho fundamental. Para estas teorías, solo el legislador puede dar contenido preciso a los derechos fundamentales, respetando su función social y, en lo que aquí interesa, ponderando el juego de otras normas constitucionales que, implícita o explícitamente, protegen bienes jurídicos de todo tipo, individuales o colectivos. Así, por ejemplo, de las normas constitucionales de tipo competencial se deducen bienes jurídicos que sirven de límite inmanente a los derechos fundamentales y que integran, incluso, el contenido esencial que el legislador ha de delimitar<sup>334</sup>. La vinculación inmediata de las normas de derecho fundamental queda, así, completamente diluida, ya que se les priva de su rasgo más característico: la innecesariedad de *interpositio legislatoris*.

Las teorías (autodenominadas) *externas* incurren en un defecto parecido cuando, para definir prescriptivamente las normas de derecho fundamental, se sirven de conceptos deónticos intrínsecamente débiles o incompletos, como es el caso del *principio* entendido como *mandato de optimización*<sup>335</sup>. A través del proceso aplicativo en que se materializa esa *optimización* -que ha de ajustar el contenido del derecho a las circunstancias de cada caso- bienes jurídicos que no están especialmente protegidos por el texto constitucional pasan a gozar de la estructura aplicativa simplificada que singulariza la norma de derecho fundamental, pues son directamente utilizados para

---

<sup>334</sup> Por ejemplo, en su teoría de *los límites inmanentes o conforme a la esencia* Peter Häberle considera que también en las disposiciones de la parte orgánica de la Constitución se encuentran “manifestaciones” sobre el contenido y límite de los derechos fundamentales. Al otorgar competencias para regular materias como el Derecho penal o el Derecho civil, el legislador constitucional está señalando límites materiales a los derechos fundamentales. Habría, así, una “significación jurídico material” de las disposiciones competenciales “en relación con los derechos fundamentales”. Esto supone convertir las normas de competencia en valores y deducir de esos valores límites materiales a los derechos fundamentales que, en definitiva, son también valores. Tales valores constitucionales desperdigados en las partes material y orgánica de la Constitución, “no se contraponen” sino que “[s]e remiten unos a otros y están en una relación inmanente”, de modo que “en cada parte individual se refleja el conjunto”. La Constitución se caracteriza, justamente, siguiendo la enseñanza de Smend, por el “efecto coordinado y unitarizante”. Vid. HÄBERLE, P. *La garantía...cit.*, pp. 8-10.

<sup>335</sup> Al análisis específico de esta tesis, formulada en sus términos más acabados por Robert Alexy, se dedica un apartado (2.2) en este mismo capítulo.

fijar (negativamente) los deberes de conducta que los poderes públicos han de seguir en su relación con los ciudadanos<sup>336</sup>.

No hay grandes diferencias de fondo, en este concreto punto, entre una teoría interna basada en *límites inmanentes* y una teoría externa de corte *principialista*. La primera de ellas priva (de forma indebida) a las normas de derecho fundamental de su particular estructura aplicativa, haciéndolas depender enteramente del desarrollo legislativo. La segunda extiende (de forma igualmente indebida) la peculiar estructura aplicativa de las normas de derecho fundamental a otras disposiciones que carecen de ella, permitiendo que todos los poderes públicos las utilicen como fuente de restricción de sus propios deberes de conducta. En ambos casos, normas sin virtualidad aplicativa

---

<sup>336</sup> En este sentido, cabe desconfiar de los métodos interpretativos de los derechos fundamentales que apelan, como fuente de legitimación normativa, a la Constitución como un todo, debilitando la calidad normativa propia de cada una de sus partes. En realidad, como escribe Friedrich Müller, “el todo o el conjunto de la Constitución no tiene, en sí, calidad normativa”, por lo que debería “operar solo como complemento”. Vid. MÜLLER, Friedrich, *La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 61-62. Sin embargo, se ha impuesto en la interpretación constitucional una tendencia hermenéutica cada vez más despegada del texto y la estructura normativa de las concretas disposiciones constitucionales, lo que se debe, en buena medida, al éxito de la teoría institucionalista y, sobre todo, de la teoría axiológica, que sigue en este punto la línea marcada por Smend. Para este, todas las normas constitucionales son parte de una única dinámica de integración, por lo que no se puede establecer una oposición entre parte orgánica y parte material, entre normas que regulan derechos y normas que establecen competencias. Con ello, la estructura normativa propia de la aplicación de los derechos fundamentales se diluye en una interpretación conjunta del orden constitucional que se actualiza y renueva con la aplicación singular de uno de sus preceptos. Con ello, la aplicación de los derechos fundamentales deja de plantear el problema técnico de determinar la concreta protección normativa conferida por la Constitución a su titular y se convierte en el problema más general y difuso de ajustar el significado de la norma de derecho fundamental a la función global integradora de toda la Constitución, lo que supone insertar dentro del derecho fundamental toda una serie de intereses o bienes jurídicos colectivos que, desde una perspectiva técnica, carecen de protección normativa directa en el orden constitucional, ya que requieren un desarrollo legislativo del que la Constitución dispensa, en cambio, a los derechos fundamentales. Para Smend, lo realmente relevante es el significado de los derechos fundamentales como “representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución”, así como su función de integración material, aportando su legitimación al orden estatal y jurídico que “es válido solo en cuanto representa ese sistema de valores”. Vid. SMEND, Rudolf, “Constitución y Derecho Constitucional”, en SMEND, Rudolf y Kelsen, Hans, *La controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado en la República de Weimar: Constitución y Derecho Constitucional versus El Estado como integración*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 158-159. La primacía de la unidad de la Constitución, su dimensión normativa como todo que trasciende la apertura de sus concretas normas y sirve para rellenar esas formulaciones lapidarias concretas pasa a discípulos de Smend tan influyentes en España como Konrad Hesse o, a través de Hesse pero más próximo aún a Smend, Peter Häberle. Para Hesse la Constitución es, sobre todo, una “unidad material” con contenidos unidos en un “orden de valores”; es, como enseña Smend, el “orden jurídico del proceso de integración estatal” y tiene como misión la “unidad política del Estado”, esto es, “reducir a una unidad de actuación la multiplicidad de intereses, aspiraciones y formas de conducta existentes en la realidad de la vida humana”. Vid. HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 34-35. Dado que Hesse opta finalmente por un método interpretativo más próximo a la tópica, la posición axiológica de Smend tiene, sin embargo, un desarrollo más claro en la teoría de los *límites inmanentes* de Häberle, a la que ya se ha hecho referencia.

directa son indebidamente empleadas para limitar el alcance de otras normas constitucionales que sí disponen de esa virtualidad. Las dos teorías se fundan, en definitiva, en una hipótesis de colisión normativa que no resulta en modo alguno aceptable<sup>337</sup>. Solo difieren en la autoridad que ha de resolver esa pretendida colisión<sup>338</sup> y en el método que ha de utilizar a tal efecto<sup>339</sup>.

Los partidarios de este tipo de teorías (a las que cabría referirse unitariamente como *funcionalistas*) no admitirán fácilmente esta premisa. Pero a pesar de la esperable oposición de un elenco cada vez más amplio de autores, me parece que la única solución compatible con los rasgos que definen la *fundamentalidad* es rechazar la posibilidad de que los derechos fundamentales sean casuísticamente restringidos en función de las exigencias de protección que plantean, directamente, bienes jurídicos que carecen de protección constitucional inmediata -esto es, bienes que, aunque están reconocidos como tales en la norma fundamental, no están protegidos con los rasgos de *fundamentalidad*-. Para gozar de eficacia restrictiva de los derechos fundamentales, esos bienes jurídicos necesitan de un desarrollo legislativo concreto, esto es, de un determinado régimen de protección arbitrado por el legislador.

### 1.3. La imposibilidad de seguir una teoría absoluta sobre la garantía de contenido esencial

---

<sup>337</sup> De "conurrencia normativa" o "conurrencia de normas" con "el mismo grado de vinculatoriedad" habla expresamente Fernández Segado para referirse a la acción limitadora de bienes jurídicos objetivos sobre las normas de derecho fundamental. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 139, septiembre-diciembre 1993, p. 236. La visión principialista también contempla la limitación de los derechos por bienes jurídicos colectivos un problema de "colisión entre objetos normativos". Vid. BOROWSKI, Martin, "La restricción de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, mayo-agosto 2000, p. 32.

<sup>338</sup> Como se verá después, la teoría principialista, al entender que las normas de derecho fundamental que son definidas a través de principios solo protegen *prima facie*, exige de cualquier órgano del poder público, y no solo del legislador, la correspondiente labor ponderativa a la hora de dar aplicación al derecho fundamental correspondiente, determinando así su posición definitiva en las circunstancias correspondientes.

<sup>339</sup> Los defensores de las tesis alexianas acusan, no obstante, a los partidarios de la teoría interna de prescindir indebidamente de la garantía de vinculación inmediata que es propia de las normas de derecho fundamental. Vid. BOROWSKI, M., "La restricción...", *cit.*, pp. 43-44). La realidad es que ellos incurren, en buena medida, en el mismo defecto. Al concebir la norma de derecho fundamental como una pura posición *prima facie*, que no impone ninguna obligación efectiva, también ellos hacen depender el contenido realmente vinculante del derecho fundamental del juego de normas constitucionales (protectoras de bienes jurídicos) carentes de protección constitucional directa. Para que estos bienes jurídicos puedan actuar como restricciones o límites de las normas de derecho fundamental, el legislador debe establecer para ellos un régimen determinado de protección normativa, siguiendo las directrices o pautas fijadas en la propia Constitución.

Que la visión funcionalista no sea admisible no significa, sin embargo, que no se requieran herramientas y resortes con los que afrontar las necesidades circunstanciales que cada concreto contexto de la vida social plantea. En este punto, nuestro Estado constitucional se define a sí mismo no solo como *Estado de Derecho* sino también como *social y democrático*, lo que implica la atribución a los poderes públicos de una capacidad de acción configuradora o conformadora de la sociedad. Los poderes públicos han de perseguir la permanente adaptación de los derechos a las condiciones reales en las que estos se desenvuelven, esto es, han de tratar de hacerlos materialmente efectivos según las posibilidades del contexto. Una vez rechazada la vía de convertir los derechos en meros *principios*, el acento de la teoría de las restricciones debe colocarse, por ello, en la capacidad de injerencia del legislador, tal y como resulta, nuevamente, del propio art. 53.1 CE.

En mi opinión, dicha capacidad de injerencia no puede ser apriorísticamente limitada con argumentos puramente espaciales o topográficos, que sustraigan de la acción del legislador ciertos contenidos normativos de los derechos fundamentales, pues solo el legislador, como depositario de la competencia correspondiente y en función de su legitimación democrática, puede medir los niveles de protección normativa que, en detrimento de los derechos fundamentales, ha de otorgarse a otros bienes jurídicos de rango constitucional. En otras palabras: si los derechos fundamentales son reglas y no principios, no ha de menoscabarse en exceso la capacidad abstracta del legislador de crear reglas de signo contrario, adaptadas a las necesidades de cada concreto contexto.

Se llega, así, a una segunda premisa, también polémica, de una teoría de las restricciones basada en la noción constitucional de *fundamentalidad*: el control de constitucionalidad del ejercicio del poder normativo de restringir los derechos fundamentales no debe sujetarse a parámetros espaciales, lo que significa que la garantía de *contenido esencial* no puede comprenderse como una zona de inmunidad o como un círculo interior o núcleo básico en el que se sustancie la particular *naturaleza* de cada derecho<sup>340</sup>. En lugar de fijar de antemano la zona de inmunidad frente al legislador de la que supuestamente disfruta cada derecho fundamental (lo que constituye, más bien, una quimera), la garantía de contenido esencial ha de orientarse a la consecución un fin más

---

<sup>340</sup> Una crítica a esta comprensión “topográfica” o “espacial” puede encontrarse en JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos...cit.*, p. 76. Sobre la imposibilidad de delimitación espacial de los derechos fundamentales desde el punto de vista de la interpretación de la cláusula del contenido esencial, vid. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 30-33.

modesto: preservar las bases últimas del orden constitucional de derechos fundamentales, para que no se vean afectadas por una libre acción configuradora del legislador democrático.

Tal cometido solo puede realizarse verificando la compatibilidad de cada restricción legislativa con el postulado básico de la inviolabilidad de la *dignidad humana*, postulado del que, según declara la propia Constitución, deriva la titularidad de los derechos llamados *fundamentales*. Esta sería la verdadera clave interpretativa con la que habrían de determinarse los límites a la capacidad del legislador de intervenir en el ámbito de los derechos fundamentales. Con ella habría de descifrarse, en particular, el significado de la garantía de *contenido esencial*, en su clásica comprensión de *límite de los límites*<sup>341</sup>. Esta segunda premisa no será, obviamente, del agrado de los que siguen siendo partidarios de la teoría absoluta del *contenido esencial* de los derechos fundamentales.

#### 1.4. Precisiones terminológicas previas

De acuerdo con las premisas apuntadas, esta segunda parte pretende contribuir a la elaboración de una *teoría general de las restricciones* que concilie la especial fuerza normativa de los derechos fundamentales con la amplia capacidad del legislador democrático de buscar soluciones adaptadas a las diversas circunstancias de la vida social, sacrificando de resultar preciso, contenidos normativos originariamente protegidos por la norma de derecho fundamental. No obstante, antes de abordar dicha tarea conviene realizar algunas precisiones terminológicas.

La doctrina constitucional realiza constantes referencias a conceptos ligeramente difusos, que tienden a solaparse. Se habla, así, de *limitaciones*, *límites en sentido genérico*, *límites en sentido propio*, *límites internos y externos*, *límites intrínsecos y extrínsecos*, *límites implícitos y explícitos*, *límites lógicos e inmanentes*...<sup>342</sup>. A su vez, los distintos tipos de

---

<sup>341</sup> El principio de proporcionalidad -aunque no sólo él- habría de ocupar un lugar destacado en ese juicio de contraste, convirtiéndose en fundamento necesario de las leyes restrictivas -y no, como aparece configurado en la teoría principalista, en herramienta hermenéutica con la que concretizar en cada supuesto fáctico el contenido abierto y expansivo que tendrían *prima facie* las normas de derecho fundamental-.

<sup>342</sup> Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 174-176; DE OTTO Y PARDO, Ignacio, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 150-152; FERNÁNDEZ SEGADO, F., "La

límites sirven para arbitrar teorías que suelen ser clasificadas en dos grandes grupos: *internas* y *externas*<sup>343</sup>. Sin ánimo de añadir nada nuevo a lo que ya se ha puesto de relieve en la doctrina y con el sólo objetivo de evitar toda confusión terminológica<sup>344</sup>, me atenderé en lo sucesivo a ciertas reglas:

(i) Utilizaré el término *límites* para referirme a las reducciones o acotaciones del ámbito de aplicación del derecho fundamental que resultan implícita o explícitamente de la Constitución misma. Hablaré, en particular, de *límites inmanentes* para designar los que están implícitos en la Constitución, sea en la propia disposición que regula el derecho fundamental, sea en otra disposición constitucional distinta con la que la norma de derecho fundamental entra realmente en colisión directa<sup>345</sup>.

(ii) A toda actividad interpretativa que suponga la aplicación de estos *límites*, como exigencias directamente impuestas por la Constitución, la llamaré *delimitación* del derecho fundamental, entendiéndola como la actividad hermenéutica que pretende hallar o concretizar el ámbito de aplicación del derecho fundamental que resulta del propio texto constitucional, prescindiendo de toda alteración normativa que haya sido introducida por una autoridad competente del poder constituido. Frente a ello, toda reducción del ámbito constitucional de aplicación del derecho fundamental impuesta exteriormente por una autoridad competente recibirá el nombre de *restricción* del derecho fundamental.

(iii) A las teorías que se caracterizan por establecer un amplio abanico de *límites*, sobre todo de *límites inmanentes*, a los derechos fundamentales me referiré genéricamente como *teorías internas* o *teorías de los límites*. A las teorías que, prescindiendo en todo lo

---

teoría...”, *cit.*, pp. 236-239; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación...cit.*, pp. 45-62; BOROWSKI, M., “La restricción...”, *cit.*, pp. 32-34; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, “Los límites a los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIJEDO, F. (dir.), *Teoría General...cit.*, pp. 120-123, y BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 83-108.

<sup>343</sup> Lo que responde, a su vez, a una clasificación general de los derechos subjetivos. Vid. BOROWSKI, M., “La restricción...”, *cit.*, p.31, y BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites...cit.*, p. 140.

<sup>344</sup> Con razón dice Medina Guerrero que el de los límites es quizá el ámbito “más resbaladizo de la dogmática de los derechos fundamentales”, por lo que la previa aclaración conceptual puede servir para pisar más firmemente sobre el “deslizante mundo de los límites de los derechos. Vid. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación...cit.*, pp. 45 y 62. Señala, con razón, Brage que gran parte de la confusión procede de las propias categorías de la doctrina alemana, que, por ello, solo conviene trasladar a nuestra propia construcción dogmática en la medida en que sean útiles. Vid. BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites...cit.*, p. 75.

<sup>345</sup> Como se verá, el juego de estos límites se reducirá después notablemente, frente a su expansividad actual, que reproduce indebidamente en España un concepto alumbrado por la doctrina alemana para enfrentarse a los derechos fundamentales no sujetos a reserva (circunstancias que, dada la existencia de una reserva general de regulación en el artículo 53.1 CE, no se produce en España). Se evitará, con ello, caer en lo que Ignacio De Otto llamaba, con razón, la “ciénaga de los límites inmanentes”. Vid. DE OTTO Y PARDO, I., “La regulación...”, *cit.*, p. 118.

posible de los límites inmanentes, ponen el acento en las restricciones establecidas por la autoridad competente las denominaré *teorías externas* o *teorías de las restricciones*<sup>346</sup>. A este último tipo de teorías pertenece la que se esboza en el presente trabajo.

## II. LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES. PLANTEAMIENTO GENERAL

### 2.1. La estructura tripartita de la teoría de las restricciones

Según queda dicho, una teoría de las restricciones del derecho fundamental ha de ser coherente con la particular estructura jurídica que resulta de los rasgos distintivos de la *fundamentalidad*. Esto conduce a construir la teoría de las restricciones a través de la siguiente estructura tripartita o trifásica<sup>347</sup>:

---

<sup>346</sup> Como explica Alexy, en la teoría interna “no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones sino una sola: el derecho con un determinado contenido”. Por eso, el concepto de restricción es sustituido por el de límite. En cambio, la clave de una teoría externa es considerar que no hay una relación necesaria entre el concepto de *derecho* y su y el de *restricción*, pues esa relación se crea por medio de una necesidad externa al derecho. Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, p. 240.

<sup>347</sup> Es evidente la relación entre una estructura tripartita y trifásica y una perspectiva liberal-democrática de base, relación que hace que el método escalonado en tres fases sea el paradigmático en la aplicación de los derechos fundamentales. En la medida en que en la teoría liberal democrática los derechos fundamentales sirve, ante todo, como puso de relieve Schmitt, para distribuir competencias entre el individuo y el Estado, la estructura trifásica da una competencia decisoria inicial al individuo, como primera fuente de normatividad no sujeta a parámetro alguno, y proyecta después sobre ella competencias concretas del Estado, que permiten limitadamente restringir esa libertad. La clave del modelo está, como puso de relieve Böckenförde, en el distinto modo en que opera la competencia del individuo y la del Estado. La del individuo que ejerce su derecho es una competencia no sujeta a escrutinio o, en otros términos, “una libertad *sin más*, no libertad para determinados objetivos y fines”. Las razones que mueven o los fines que persigue el titular del derecho fundamental son jurídicamente indiferentes, pues es “decisión y asunto suyo”. Vid. BÖCKENFÖRDE, W.-E., *Escritos...cit.*, pp.48-49. En cambio, la competencia de restricción del poder público debe basarse en fines y motivos específicos, que tengan suficiente amparo en la Constitución. Por eso, a diferencia de la competencia decisoria del titular del derecho fundamental, la competencia de restricción del poder público puede y debe ser materialmente evaluada, para determinar su correspondencia con fines determinados y la necesidad real de atender estos en un contexto dado. En esto, los derechos fundamentales de la teoría liberal-democrática se diferencian de raíz de los de las teorías institucionalista y axiológica, que conciben la libertad del titular del derecho fundamental como una libertad dirigida a determinados fines, objetivamente evaluable, lo que permite la delimitación inicial del contenido del derecho fundamental conforme a parámetros de beneficio social y, con ello, llevar los límites basados en la protección de intereses colectivos al ámbito originario de aplicación del derecho fundamental mismo, sin necesidad de acudir a una estructura trifásica y acudir, directamente, a una ponderación. Desde esta otra óptica el derecho fundamental solo existe donde se ejerce una libertad *buena* o socialmente *valiosa*. El carácter funcionalista de estas teorías resulta, así, manifiesto. La imagen constitucional del ser humano no es, para ellos, la persona como dueño de sus actos y decisiones, sin posibilidad de escrutinio externo de la virtud o bondad de estas, sino la persona como miembro activo y valioso de una comunidad. De otro lado, no puede ignorarse, como señala Brage Camazano, el carácter “práctico” del método trifásico y de su aplicación escalonada, que ha llevado a que sea adoptado en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, sobre todo, en la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Vid. BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites...cit.*, p. 96.

(i) La primera de las manifestaciones definitorias del refuerzo normativo de la Constitución en el campo de los derechos fundamentales es, como acaba de expresarse, su vinculación inmediata o eficacia directa. Significa, según se ha expuesto, que todos los actos que conforman el contenido constitucional de un derecho fundamental están inmediatamente protegidos sin perjuicio de una posterior restricción legislativa. Al estar configurada, como se verá más tarde, por referencia a actos individuales no sometidos a deber de conducta (constitutivos de una *posición libre*), la *protección constitucional originaria* puede recibir el nombre de *posición originaria*. Determinar el alcance normativo de esa posición originaria -esto es, el ámbito objetivo o supuesto de hecho que es inmediatamente aplicable al margen de las concretas circunstancias- constituye la primera etapa de la teoría de las restricciones.

(ii) La habilitación conferida para dejar sin efecto la protección jurídica originaria puede ser vista, a su vez, como una *competencia para restringir* y su concreta materialización normativa puede recibir el nombre de *restricción de un derecho fundamental*. La restricción consiste, en esencia, en la supresión, para un supuesto de hecho determinado, de la protección originariamente prevista por la disposición de derecho fundamental. El objetivo de la restricción es la consecución de los fines a los que se instrumenta el ejercicio del poder normativo atribuido en la correspondiente norma constitucional de competencia. Sirviéndose de las normas de competencia, el poder público constitucionalmente habilitado restringe el alcance de la protección inmediatamente otorgada por la norma de derecho fundamental, adaptando su operatividad a unas concretas circunstancias en las que entiende que otros bienes jurídicos han de disponer de cierta protección preferente.

(iii) La garantía de *contenido esencial* funciona, finalmente, como *restricción de las restricciones*, esto es, como concepto constitucional en el que van implícitas ciertas condiciones que determinan la validez del ejercicio de la competencia para restringir. Frente a otras condiciones (formales) fijadas separadamente por el texto constitucional (como la reserva de ley), la garantía de contenido esencial va referida, como su nombre indica, al *contenido* de la ley restrictiva, esto es, al alcance de la restricción misma.

## 2.2. Crítica a la estructura trifásica alexiana

Como es sabido, una estructura tripartita de las restricciones de los derechos fundamentales ha sido propuesta y desarrollada con particular brillantez por Robert

Alexy<sup>348</sup>. Conviene señalar las diferencias que existen entre la estructura alexiana de las restricciones y la que aquí se propone, diferenciación que ya ha sido apuntada a propósito de las premisas que derivan de los rasgos de fundamentalidad.

Alexy parte de una *posición prima facie* resultante de la configuración principialista de la norma de derecho fundamental, que, por ello, está aún pendiente de optimización y carece de virtualidad aplicativa directa. Sobre esa posición abstracta opera después la restricción, que adapta la *posición prima facie* a las particularidades del contexto o circunstancia afrontada, en la que múltiples principios proyectan sus exigencias normativas. Se llega, con ello, a la *posición definitiva* del derecho fundamental, que alcanza, por fin, su contenido aplicativo concreto. Se consuma, de ese modo, el tránsito de las *obligaciones prima facie*, contenidas en las normas constitucionales principales, a las *obligaciones definitivas* a las que los órganos del poder público pueden dar ya el debido cumplimiento. Las obligaciones definitivas deben ser el resultado de una *ponderación iusfundamental correcta* que está basada en técnicas notablemente depuradas construidas y desarrolladas en torno a la idea de proporcionalidad<sup>349</sup>. De esa ponderación surgen ciertas *normas adscritas de derecho fundamental*, que optimizan la norma principal en unas determinadas circunstancias. Esas *normas adscritas* pueden aplicarse en lo sucesivo como auténticas reglas -por tanto, a través de un juicio puramente subsuntivo- a cualquier supuesto de hecho en el que se reproduzcan las mismas *condiciones de precedencia*.

El problema de la estructura propuesta por Alexy está, en mi opinión, en su primer estadio aplicativo. La denominación *posición prima facie* obedece justamente a que no se asigna a dicho estadio inicial más valor que el puramente metodológico<sup>350</sup>. Se trata de tomar en consideración potencial, como primer elemento del juicio aplicativo de la norma de derecho fundamental, cualquier conducta que pueda resultar abarcada por la fuerza expansiva de la norma principal. Dicho en otros términos: dentro de la *posición prima facie* entra cualquier conducta que, en ausencia de traba u obstáculo contextual, merezca ser protegida por la norma de derecho fundamental. De este modo, la norma de derecho fundamental nos dice únicamente que, en principio y antes de proceder al juicio aplicativo, puede resultar necesaria la protección jurídica de dicha conducta, por

---

<sup>348</sup> Vid. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, pp. 239-297. !

<sup>349</sup> Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, pp. 77-79. !

<sup>350</sup> Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, p. 243.

estar *en apariencia* situada en la zona de expansión de la norma principal. Estamos, pues, ante el paso inicial del juicio ponderativo.

La identificación de las conductas que entran abstractamente en la *posición prima facie* debe ajustarse, según Alexy, a parámetros muy laxos (según lo que él denomina una *teoría amplia del supuesto de hecho*)<sup>351</sup>. Otorgar la mayor amplitud posible a la posición *prima facie* constituye una prevención necesaria frente a la tendencia a convertir, irreflexiva o intuitivamente, en límite general implícito lo que solo es el resultado de una ponderación sencilla, de acuerdo con las circunstancias del caso<sup>352</sup>. Se trata, en definitiva, de no impedir de antemano la posibilidad de proteger determinadas conductas sin que estas sean evaluadas de acuerdo con las herramientas hermenéuticas correctas, esto es, sin que las razones que militan en pro de su protección sean oportunamente contrarrestadas por las razones de signo contrario, comprobándose que, en efecto, estas últimas resultan más poderosas. En la medida en que la evolución social implica por sí misma un cambio de circunstancias, el peso que se otorgó en un determinado momento a las razones contrarias a la protección puede cambiar. Juicios de ponderación que en un principio eran sencillos van convirtiéndose en juicios de ponderación complejos y viceversa. Si se restringe de antemano la necesidad de ponderar, a través de la invocación de límites internos, inmanentes o lógicos, se rompe el flujo constante entre casos sencillos y difíciles, condenándose a los derechos fundamentales a un estado de petrificación que los hace inservibles<sup>353</sup>. De ahí el valor fundamental que, desde el plano metodológico, tiene la *posición prima facie* en la estructura trifásica alexiana.

---

<sup>351</sup> Sobre la oposición entre la teoría amplia y la teoría restringida del ámbito normativo o supuesto de hecho de la norma de derecho fundamental vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, pp. 268-290. El argumento fuerte de Alexy para defender la teoría amplia es, a mi modo de ver, su respuesta al *problema de la honestidad* al que consigue dar la vuelta frente a la formulación originaria de Fechner (ibídem, pp. 284-285). Alexy demuestra que lo honesto es reconocer que detrás de la restricción del supuesto de hecho hay siempre ponderaciones que quedan ocultas si se consideran, sin más, como un ámbito directamente delimitado por la norma. Y esto por más que la promesa de protección del derecho fundamental deje cierta sensación de frustración en su destinatario. Entre los autores españoles, salvo error por mi parte, solo defendió la teoría restringida, en su trabajo clásico ya citado, Ignacio De Otto, que seguía aquí la teoría de Friedrich Müller (justamente aquella con la que Alexy polemiza más ampliamente). Vid. DE OTTO, I., "La regulación...", cit., pp. 142-143.

<sup>352</sup> Como explica Alexy, la "impresión intuitiva de la corrección o evidencia, que existe en ciertos casos, se debe al carácter manifiesto de la distribución del peso de los principios contrapuestos". Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, p. 103.

<sup>353</sup> Alexy habla, en realidad, de casos *actuales* y *potenciales* (ibídem, p. 285), lo que expresa mejor su constante tránsito de una categoría a otra según la evolución de las circunstancias. No obstante, me parece clara la influencia (al igual que en la formulación deóntica de los principios) de Dworkin en la distinción y la utilidad pedagógica de identificar lo que intuitivamente se puede resolver con facilidad con un caso sencillo. Vid. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 146-208.

Siempre que la norma de derecho fundamental esté configurada a través de principios (lo que, en la visión de Alexy, será lo más frecuente), la *posición prima facie* no será susceptible de aplicación directa a través de un juicio subsuntivo. De ahí que la actuación de legislador no sea imprescindible para restringir la posición *prima facie*<sup>354</sup>. Todo órgano que deba aplicar la norma principal de derecho fundamental está llamado a realizar la pertinente operación ponderativa, convirtiendo la posición jurídica provisional (la expectativa inicial de protección) en definitiva en la medida en que otros bienes jurídicos que también se hallan en juego no exijan, por su propio peso en las concretas circunstancias, una protección preferente.

La estructura tripartita alexiana no es, por tanto, compatible con la premisa que aquí se ha adoptado relativa a la garantía de *vinculación inmediata* o *eficacia directa* de los derechos fundamentales, pues esta queda en entredicho si las obligaciones que las normas de derecho fundamental imponen pasan a ser objeto de evaluación por parte de los poderes públicos, de forma que estos puedan determinar circunstancialmente el alcance de sus propios deberes de conducta. Como se dijo en la introducción, si se opera de ese modo las normas de derecho fundamental son indebidamente equiparadas a otras normas (estas sí, estrictamente principales, como los llamados *principios rectores de la política social y económica*) que no tienen la misma estructura aplicativa. A ello se opone, sin embargo, la consideración, cada vez más extendida en la doctrina, de que la apertura y flexibilidad es una especialidad fisonómica de las normas de derecho fundamental que

---

<sup>354</sup> Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, p. 284. A mi juicio, la mayor ambigüedad de la teoría de Alexy está, justamente, en el análisis del papel del legislador como titular exclusivo de la competencia normativa para restringir los derechos fundamentales. A la postre, Alexy admite las restricciones directamente derivadas del peso de los bienes jurídicos constitucionales, sin mediación legislativa expresa, si dicho peso supera con claridad al de los contenidos de los derechos fundamentales que están enunciados como meros principios. Con ello, el papel del legislador como titular exclusivo de la competencia para restringir se diluye y solo resulta necesario en los casos dudosos (en los que el legislador debe fijar una interpretación vinculante) o en aquellos supuestos en los que el legislador queda habilitado para introducir una limitación mayor de la que deriva evidentemente de la ponderación iusfundamental (esto es, en aquellos casos en los que el legislador puede introducir restricciones adicionales legítimas). Fuera de esos supuestos, Alexy admite que el aplicador de los derechos fundamentales pueda inferir restricciones externas al ámbito normativo o posición *prima facie* (enunciada como principio) siempre que esas restricciones se deriven claramente de la ponderación del peso de los bienes jurídicos implicados. No distingue adecuadamente, a mi juicio, los conflictos entre normas de derecho fundamental (que, en defecto de ley, el aplicador puede resolver directamente a través de una ponderación) y la restricción de derechos fundamentales (que opera en virtud de una competencia para restringir conferida exclusivamente al legislador). Como se verá, en relación con la protección de bienes jurídicos colectivos, carentes, en sí mismos, de los rasgos de fundamentalidad y, por tanto, de capacidad de aplicación inmediata, sin mediación legislativa siempre es necesario el ejercicio de la competencia para restringir. Sobre esta distinción se volverá en el capítulo siguiente.

hace inevitable que estas funcionen como principios, y no como reglas<sup>355</sup>. Conviene hacer, en este capítulo introductorio, alguna consideración al respecto.

### **2.3. La textura abierta y flexible de las normas de derecho fundamental y la técnica de ponderación**

Según se ha expuesto, una teoría de las restricciones que quiera ser coherente con la especial fuerza normativa que la Constitución asigna a los derechos fundamentales debe basarse en una estructura tripartita o trifásica que tenga operatividad real y no puramente metodológica, lo que conduce a rechazar, según se ha anticipado, la idea según la cual los derechos fundamentales, en su *posición originaria*, contienen meras *obligaciones prima facie* que sólo puedan ser concretizadas a través de la técnica de la ponderación. En otras palabras: para preservar la especial protección constitucional en la que radica la *fundamentalidad* de los derechos es imprescindible oponerse a la idea de que los derechos fundamentales son, predominantemente, normas principales, entendidas estas como mandatos de optimización, pues tal conceptualización deóntica conduce a la indebida equiparación de las normas de derecho fundamental con otras normas que carecen de la misma virtualidad aplicativa, esto es, con normas que están aún pendientes de que el legislador le asigne una protección jurídica, quizá en detrimento (restricción) de derechos fundamentales. Estas otras normas pueden estar incluidas, dentro de la Constitución, en preceptos que establecen ciertas directrices para el ejercicio de las competencias de los poderes públicos (exigiendo la protección del medio ambiente, del patrimonio histórico, de la juventud y de la infancia, etc.) pero que no están configurados con la estructura aplicativa directa propia de los derechos fundamentales.

Hay que advertir, no obstante, que el problema principal de la teoría de los principios no está en una caracterización de las normas constitucionales de derecho fundamental basada en su textura *abierta* y *flexible*, de suerte que requieran de una concreción o concretización aplicativa eminentemente *creadora* de normas (a la que Alexy

---

<sup>355</sup> El carácter abierto o flexible de las normas de derecho fundamental conlleva la utilización de fórmulas lapidarias que admiten múltiples significados y que, por ello, deben ser rellenadas por el intérprete siguiendo un método interpretativo que trasciende las técnicas hermenéuticas clásicas. Su razón de ser sería, como expresó Böckenförde, la “fragmentariedad” de la Constitución. A diferencia de las normas de Derecho Privado, para las que Savigny diseña los métodos de interpretación clásicos, no hay aquí un conjunto normativo institucional plenamente trabado. La Constitución, por su carácter de primera norma, en cierto sentido fundacional del ordenamiento, pretende ser el fragmento inicial de un nuevo orden jurídico, que otras normas han de ir rellenando con los métodos hermenéuticos adecuados. Vid. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993, p. 18.

llama, con su habitual brillantez terminológica, *normas adscritas de derecho fundamental*). El problema de la teoría principialista es, en mi opinión, otro: el erróneo entendimiento de que esta particular *textura* es una característica peculiar de los derechos fundamentales y, sobre todo, la consideración de que esa peculiaridad solo puede ser afrontada a través de la técnica de la *ponderación*. En realidad, toda interpretación, también la de una ley o incluso un reglamento, acaba exigiendo alguna concretización *creativa* o *creadora*. Demanda, en particular, la creación de criterios interpretativos que faciliten la subsunción. Esos *criterios-puente* entre la norma legal y la aplicación final a un caso concreto son, desde luego, normas creadas por el intérprete que, si no responden a la pura arbitrariedad de este, deben basarse en la utilización de algún modelo dogmático<sup>356</sup>.

Incluso el texto normativo que mayor taxatividad debería presentar -y al que se presupone la mayor aptitud para ser aplicado por medio de juicios subsuntivos-, que es el Código penal, presenta, en muchísimos de sus pasajes, la misma textura flexible y abierta que se atribuye fisonómicamente a las normas de derecho fundamental<sup>357</sup>. Dada la expansividad característica de los verbos rectores de la tipicidad que son utilizados por el legislador en el art. 368 CP, es imposible (al menos si se quiere alcanzar cierto grado de seguridad jurídica) determinar, por ejemplo, qué conductas han de entenderse incluidas en el tipo de *tráfico de drogas* sin acudir a juicios interpretativos que suponen, en última instancia, la creación de nuevas normas capaces de introducir la luz necesaria en una situación inicial de indudable penumbra normativa. Así lo revela, sin ir más lejos, la reciente polémica sobre el castigo penal de los *clubes de cannabis*. Para determinar si estamos ante actos de tráfico de drogas, la jurisprudencia no tiene más remedio que

---

<sup>356</sup> En este sentido, la crítica clásica de Böckenförde a la posición tradicional de Forsthoff sobre la interpretación de las normas constitucionales es, sin duda, correcta. La Constitución contiene, en efecto, "fórmulas lapidarias" que admiten múltiples desarrollos interpretativos posibles, que no pueden ser determinados con los métodos hermenéuticos clásicos sino que exigen la creación de nuevas normas de desarrollo, esto es, un relleno o una concretización que tienen, sin duda, una dimensión creativa. Vid. BÖCKENFÖRDE, W.-E., *Escritos...cit.*, p. 13. Ahora bien, el problema no está en reconocer que, en efecto, las fórmulas constitucionales suelen ser abiertas sino en ignorar que esa es una característica compartida por otras normas de rango jerárquico inferior. De hecho, cuanto más compleja resulta la realidad social, más abierta e indeterminada suele ser, en abstracto, la fórmula normativa que le resulta aplicable.

<sup>357</sup> Brage Camazano ha notado, más allá de sus obvias diferencias aplicativas, la proximidad estructural que existe entre los tipos penales y los tipos iusfundamentales que definen el ámbito normativo originario del derecho fundamental. Ese parentesco es especialmente claro en los tipos penales más abiertos que, en la parte general del texto punitivo, completan la aplicación de los tipos específicos de la parte especial. Es el caso, como se verá, de los tipos de autoría y participación, expresados de forma tan lapidaria en la parte general (artículos 27 y 28 del Código penal) que requieren toda una transición dogmática que permita su concretización práctica. Vid. BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites...cit.*, p. 253.

recurrir a criterios de deslinde, a los que podríamos llamar, sin mayor problema, *normas adscritas al tipo penal* que vienen a facilitar la subsunción<sup>358</sup>.

La apertura y flexibilidad de leyes tan supuestamente distintas de las que regulan derechos fundamentales como son las leyes penales puede resultar incluso más patente cuando se procede a la interpretación de preceptos de la parte general del Código penal. Tómense por ejemplo las normas relativas a la *codelincuencia*. Determinar nada menos que la *autoría* de cualquier delito es algo sumamente abierto y flexible. Partiendo del art. 28 del Código penal el intérprete puede llegar, con sorprendente facilidad, a conclusiones completamente dispares según el modelo dogmático que utilice para aproximarse a dicho texto normativo. Así, desde una teoría puramente funcional (predominante en nuestra jurisprudencia) puede considerarse autor incluso a un individuo que no ha realizado ninguno de los actos descritos en el correspondiente tipo penal, siempre y cuando pueda decirse que tuvo el *dominio funcional del hecho*, esto es, siempre que pueda colegirse suficientemente que dispuso de un cierto poder para poner fin a la materialización de la conducta punible. Si se parte, en cambio, de un modelo dogmático más garantista, como el objetivo-formal, solo podrá considerarse *autor* a quien haya realizado alguno o algunos de los actos típicos en los que se materializa la infracción.

Dos mundos jurídicos opuestos, dos maneras radicalmente distintas de comprender el Derecho penal, se enfrentan, pues, en el momento interpretativo, a los efectos de determinar cómo se realizará el juicio subsuntivo de la conducta enjuiciada. Cada uno de ellos conduce a soluciones divergentes y, sin duda, problemáticas. El texto normativo (la ley penal) que admite semejante disparidad subsuntiva es, en realidad, tan abierto y flexible -y tan lapidario en su formulación gramatical- como la norma enunciativa de un derecho fundamental. Los modelos dogmáticos son indispensables, en ambos casos, para establecer *criterios-puente* que actúen, en definitiva, como normas

---

<sup>358</sup> Dentro del marco del delito de tráfico de drogas, abundan, en realidad, los ejemplos de concretización creativa mediante el establecimiento interpretativo de nuevas normas. Así, cuando el Tribunal Supremo establece, por ejemplo, que la notoria importancia que determina la aplicación de subtipo agravado de tráfico de drogas debe apreciarse a partir de cierta cantidad o que dicha cantidad ha de ser determinada atendiendo a la pureza de la sustancia (lo que dependerá, a su vez, del tipo de droga, previamente clasificada por el órgano judicial como grave o no grave para la salud) o cuando este mismo tribunal determina la *dosis mínima psicoactiva* por debajo de la cual no puede entenderse cometido el delito, o cuando considera, finalmente, que no debe entenderse como *preordenada al tráfico* la posesión de cantidades de droga que no rebasan cierto umbral, está claro que dicho tribunal está creando *normas adscritas a los tipos penales* aplicados, que vienen a simplificar el juicio subsuntivo, superando la apertura y la flexibilidad inicial de la norma legislativa.

adscritas a las contenidas en la Constitución o en el Código penal. La inevitabilidad de cierta *concretización creativa* en el momento interpretativo no lleva, sin embargo, a considerar que las normas del Código penal sobre autoría y participación están enunciadas a través de puros principios que no generan, por sí mismos más que obligaciones *prima facie*. Tampoco, obviamente, a sustituir la utilización de modelos dogmáticos generales por juicios ponderativos sin referencia normativa clara.

El intérprete de la Constitución, llamado a dar aplicación directa a sus reglas, debe, del mismo modo que el intérprete del Código penal, determinar el ámbito objetivo de aplicación de aquellas<sup>359</sup>. El carácter principal de las normas de derecho fundamental no puede deducirse, por ello, pura y simplemente, del carácter abierto y flexible que presentan dichas normas en su redacción constitucional. En realidad, es el régimen constitucional de garantías de los derechos fundamentales -en el que se expresan los rasgos normativos de la fundamentalidad- el que ha de revelar si existe o no una estructura aplicativa principal. En este punto, las garantías, ya examinadas al inicio de este trabajo, ponen de relieve justamente lo contrario, pues lo propio de las normas de derecho fundamental, frente a otras normas constitucionales, es disponer de una estructura aplicativa simplificada, basada en el patrón de las reglas, por más que la actualización de ese patrón requiera siempre -y esto no es una particularidad de los derechos fundamentales- de la utilización auxiliar de modelos dogmáticos a los efectos de establecer los imprescindibles *criterios-puente* o, si se prefiere, las pertinentes *normas adscritas*.

Puesto que la concretización interpretativa, con sus virtualidades creadoras, es inevitable, la clave está, en definitiva, en la técnica con la que se afronta. Como dice Luis María Díez-Picazo, la técnica *subsuntiva* está basada en el juicio disyuntivo *sí o no* mientras que la técnica *ponderativa* lleva a un juicio planteado en términos *más o menos*<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> En mi opinión, no cabe, por tanto, entender que la textura abierta de las normas de derecho fundamental debe ser mantenida y favorecida por el intérprete y, en particular, por el Tribunal Constitucional. Esa opinión ha sido, en cambio, sostenida entre los autores españoles por García Torres que, en un excelente artículo que recoge tempranamente líneas interpretativas funcionalistas de la doctrina alemana, llega a afirmar incluso que el deber del Tribunal Constitucional, "como demiurgo de los derechos-fundamentales fuente" es "preservar esa indeterminación, esa difuminación de contornos". Vid. GARCÍA TORRES, J. "Reflexiones...", *cit.*, pp. 1040-1042. En realidad, la difuminación del valor normativo de los preceptos de derecho fundamental sirve para que sean sustituidos, como referencia, por la realidad que es objeto de normación, de suerte que, como ha dicho Böckenförde, ya no es la Constitución la que sale al encuentro de la realidad con una pretensión ordenadora propia sino la realidad la que se vuelva en la Constitución para que esta la conduzca a la unidad a través de los métodos no estrictamente jurídicos. Se produce una "inversión de la relación entre normas y realidad social" y una "degradación de la normatividad de la Constitución". Vid. BÖCKENFÖRDE, W.-E., *Escritos...cit.*, pp. 30-35.

<sup>360</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M., *Sistema...cit.*, p. 38.

Por ello, los principios como mandatos de optimización hacen depender la concretización de la norma, no de criterios generales que puedan ser utilizados para dar certidumbre y unidad a la resolución de los casos, sometiendo todos al patrón dogmático escogido, sino de parámetros que miden la *realizabilidad* en unas determinadas circunstancias del bien jurídico protegido por la norma de derecho fundamental en consideración conjunta con los demás bienes jurídicos que pueden resultar afectados.

De este modo, la ponderación tiende a introducir dentro del propio derecho, en el momento aplicativo de este y como si fuera parte de su propio contenido (dependiente de sus posibilidades de *optimización*), cualquier exigencia de protección que venga impuesta, en el contexto examinado, por otros bienes jurídicos de relevancia constitucional. Se ignora, con ello, la opción de legislador constitucional de no dotar a esos otros bienes jurídicos de una protección jurídica inmediata (de una *posición originaria*), remitiendo la determinación de dicha protección normativa a los juicios de ponderación que pueda hacer el propio legislador al ejercer su potestad de creación de normas jurídicas con rango de ley, ponderación dentro de la cual puede resultar precisa la restricción de derechos fundamentales.

En realidad, cuando se lleva la ponderación al momento de la aplicación (de cualquier aplicación) del derecho mismo, lo que se hace es privar a este de su rasgo principal de *fundamentalidad*, esto es, de la especial protección normativa que, derivando inmediatamente de la Constitución, diferencia y cualifica la norma de derecho fundamental frente a otras normas constitucionales que expresan bienes jurídicos de relevancia constitucional. La conversión de los derechos fundamentales en principios y su aplicación circunstancial mediante juicios ponderativos sirve, en definitiva, para sacar a los derechos de su particular armazón constitucional y para devolverlos al amplio estanque común en el que están sumergidos todos los bienes jurídicos constitucionales que se encuentran aún pendientes de que los poderes públicos les asignen una determinada protección normativa en función de su respectiva importancia en un contexto dado. Una vez en ese estanque, el derecho fundamental se convierte en un bien jurídico más, de gran peso pero susceptible de ser directamente desplazado por cualquier otro bien -aunque carezca de desarrollo legislativo- en cada concreta circunstancia. Los bienes jurídicos previstos en normas que no gozan de los rasgos de fundamentalidad limitan, de este modo, al derecho fundamental sin necesidad de una *ley de restricción* que exprese una ponderación del legislador democrático.

La invocación de la textura abierta y flexible de las normas de derecho fundamental para convertir dichas normas en principios dependientes de juicios aplicativos de tipo ponderativo se revela, de este modo, como la más eficaz vía de penetración de la visión funcionalista de los derechos, que hace depender su contenido jurídico de la posición relativa que, desde una perspectiva distributiva global, ocupa la norma de derecho fundamental en relación con el todo. Una teoría externa de las restricciones que quiera ser respetuosa con la especial protección normativa en la que radica la fundamentalidad de los derechos debe, en cambio, afrontar la *concretización interpretativa* de un modo bien distinto. En la determinación de la posición originaria del derecho fundamental, por difícil que resulte la operación y por más que requiera de cierta actividad hermenéutica creadora, ha de procederse a un juicio disyuntivo *sí o no* que dependerá del acto en sí mismo considerado, no de las circunstancias en las que se desenvuelve. La excepción a esta técnica subsuntiva, con todas las complejidades que, frente a modelos ingenuos, lleva consigo, se encuentra en los casos en los que existen varias posiciones originarias concurrentes, esto es, en los supuestos en los que varios derechos fundamentales se solapan. En esos casos, como se verá, la imposibilidad de resolver el conflicto normativo entre dos protecciones jurídicas del mismo rango siguiendo el modelo de las reglas hace indispensable convertir los respectivos derechos en principios y ponderar su realizabilidad en el caso concreto. Solo en ese caso se sustituye, en la determinación del contenido del derecho fundamental, el juicio de *sí o no* por un juicio de *más o menos*.

La realidad que se oculta tras la teoría principialista parece, en definitiva, la siguiente: la conceptualización de las normas de derecho fundamental como principios que solo puedan ser aplicados siguiendo el método ponderativo responde al clásico empeño (propio de las teorías institucionalista y axiológica) de convertir los derechos fundamentales en conceptos difusos que carecen, dentro de la Constitución, de una especial protección normativa, esto es, de una vinculación o eficacia jurídica más directa que la que corresponde a cualquier otro bien jurídico de relevancia constitucional.

#### **2.4. Una estructura tripartita más allá del plano metodológico**

Rechazada la estructura trifásica de Alexy, entiendo, no obstante, que los conceptos generales por él propuestos pueden ser aprovechados si son debidamente depurados, para lo cual solo se necesita prescindir de la configuración deóntica de las normas de derecho fundamental como principios o mandatos de optimización. La estructura tripartita de la teoría de las restricciones habría de ser, por ello, la siguiente:

(i) una *posición originaria* con virtualidad aplicativa directa; (ii) una restricción que opera externamente sobre esa posición originaria -en la medida en que la modifica a través de una norma restrictiva que únicamente puede ser dictada por la autoridad que es competente para restringir (el legislador) con arreglo a ciertas condiciones- y (iii) una *posición definitiva* en la que la *posición libre* pierde su protección originaria, quedando el poder público habilitado para realizar actos contrarios a ella -esto es, para llevar a cabo el acto que le estaba prohibido o para no realizar el acto que era ordenado por la disposición de derecho fundamental.

En este caso, la eficacia directa de la *posición originaria* permite que una teoría externa de las restricciones trascienda el plano puramente metodológico. La *restricción* de un derecho fundamental se convierte en aquello que su nombre indica, ni más ni menos: una operación por la que ciertos actos característicos son sustraídos de la posición originaria, a la que se despoja, en un supuesto de hecho determinado, de su protección constitucional. Esto supone, en términos sencillos, que el legislador que establece una *restricción* priva legítimamente al titular del derecho fundamental, en un concreto supuesto de hecho, de la protección que la norma del derecho fundamental le otorga con carácter general.

Veámoslo con un ejemplo. El derecho garantizado en el art. 17 CE supone, *a priori*, que ninguna persona ha de ver impedida su libertad de movimientos. Tanto el individuo que cumple una pena de prisión como el que no sufre semejante restricción tienen en principio el mismo derecho fundamental, esto es, los dos son titulares de una *posición originaria* conformada por un mismo derecho a una acción negativa del poder público (la no interferencia coactiva en sus movimientos). Al primero de ellos le son, sin embargo, coactivamente impedidos los actos de libre desplazamiento individual. Esto no se debe a la indeterminación normativa *ex ante* de su derecho fundamental (por estar, supuestamente, definido a través de un principio) sino a la existencia de una norma restrictiva que suprime legítimamente la protección jurídica originariamente conferida. Utilizando una *competencia* atribuida por la propia Constitución (la que el Estado tiene para dictar la *legislación penal*) el poder público ha creado una norma legislativa que habilita la realización de actos coactivos de interferencia en la libertad de movimientos<sup>361</sup>. Los actos que conforman el derecho fundamental son determinables a

---

<sup>361</sup> En el caso expuesto de la restricción de la libertad por aplicación del Derecho penal los requisitos de la ley de restricción serían, además, especialmente intensos, dado que, como pone de relieve Caamaño Domínguez, en nuestra Constitución no hay una suerte de “reserva implícita de seguridad” sino que, por el contrario, la norma de Derecho penal debe someterse al haz específico de “garantías materiales y

*priori*; lo que cambia es su consideración como actos lícitos o ilícitos. Esto es lo que ocurre cuando la protección constitucional originaria es sometida a restricción. En otras palabras, la restricción no cambia el ámbito objetivo de un derecho, no da un contenido preciso a lo que inicialmente era indeterminado o informe. Se limita a suprimir la protección jurídica en la que dicho derecho consiste.

En el ejemplo propuesto, el derecho fundamental a la libertad del art. 17 CE protege justamente, en su *posición originaria*, frente a los de actos de coacción que obstaculizan la libertad deambulatoria. Pero la realización de esos actos de coacción o agresión puede ser habilitada a través de una norma que restringe el alcance inicial del derecho fundamental a la libertad. Esto equivale a establecer una excepción para la prohibición general relativa a la realización de dichos actos. La norma restrictiva no crea el supuesto de hecho constitucional, esto es, los actos en los que se sustancia la *posición originaria* del derecho del art. 17 CE sino un supuesto de hecho singular en el que esa protección resulta suprimida. La restricción se caracteriza, pues, por la supresión de la protección constitucionalmente conferida.

De este modo, una misma conducta (privar coactivamente de libertad a un individuo, entrar en un domicilio sin consentimiento de su titular, publicar datos sobre la vida íntima de un ciudadano) puede ser vista como una *violación* de un derecho fundamental (esto es, como un acto prohibido) o como una conducta permitida (en el sentido estricto de exceptuada del ámbito de una prohibición)<sup>362</sup>. Que sea una cosa o la otra depende de la existencia de una norma legal que elimine (legítimamente) la protección constitucional inicialmente establecida, convirtiendo lo generalmente ilícito (una *agresión* al derecho) en puntualmente lícito (una *restricción* del derecho). El concepto de restricción y el de agresión o violación de un derecho fundamental aparecen, así, como las dos caras de una misma moneda, diferenciadas únicamente por la existencia de una norma legal dictada al amparo de la habilitación constitucional que permite restringir la protección inicialmente conferida por la norma de derecho fundamental<sup>363</sup>.

---

formales que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado". Vid. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 83.

<sup>362</sup> Alf Ross afirmaba categóricamente lo siguiente: "no conozco ninguna regla jurídica permisiva que no sea lógicamente una excepción modificativa de una prohibición y, por tanto, interpretable como la negación de una obligación". Vid. Ross, Alf, *Lógica de las normas*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 135. Después trataremos más ampliamente esta cuestión.

<sup>363</sup> Hay que recordar que los derechos fundamentales sí han de funcionar como límites inmanentes recíprocos, por lo que la ley de restricción resulta necesaria para hacer efectiva la protección, en detrimento de los derechos fundamentales, de otros bienes jurídicos de relevancia constitucional.

La estructura tripartita expuesta asigna a la garantía de *contenido esencial* el rol de condicionar el ejercicio de la *competencia para restringir*, esto es, de limitar el poder normativo que permite restringir la posición originaria. Apela, para ello, a ciertas condiciones esenciales o imprescindibles que, aunque no son expresamente enunciadas en el art. 53.1 CE, han de ser en todo caso cumplidas. El cumplimiento de esas condiciones implícitas (y el consiguiente respeto de la garantía de contenido esencial) se verifica a través del *control de constitucionalidad de las leyes de restricción*, que está a cargo del Tribunal Constitucional, pues existe una reserva de ley.

Hasta tanto una ley restrictiva de un derecho fundamental no sea sometida a ese control de constitucionalidad, dicha ley resultará vinculante, pues ha sido dictada por el órgano que tiene atribuida la competencia para restringir. Si el Tribunal Constitucional estima que alguna de las condiciones asociadas al ejercicio de la competencia para restringir ha resultado incumplida anulará la ley restrictiva. La ley restrictiva *existe*, por ello, hasta que es expulsada del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional, que se limita a apreciar su *invalidéz*, esto es, el incumplimiento de alguna de las *condiciones que restringen la competencia para restringir*, que, cuando se refieren al contenido de la ley de restricción, quedan abarcadas por la garantía de *contenido esencial*.

### III. CONCLUSIÓN. PLAN DE DESARROLLO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS RESTRICCIONES SACRIFICIALES

En coherencia con las premisas que han sido establecidas me propongo desarrollar en los próximos capítulos el esquema normativo tripartito de la teoría de las restricciones aplicándolo singularmente a las restricciones de tipo sacrificial. Lo haré del modo siguiente:

(i) Analizaré en primer lugar la *posición originaria* del derecho fundamental. Cabe anticipar que esa posición consiste, a mi juicio, en el establecimiento de ciertas normas de mandato que protegen una *posición libre*, esto es, un conjunto de actos que la autoridad normativa (en nuestro caso, el poder constituyente) ha querido que no estén sometidos a deber de conducta. Entiendo que esta idea -ciertamente compleja en cuanto alude a deberes de conducta establecidos en relación con comportamientos que son libres en la medida en que no están sometidos a deber de conducta- puede expresarse deónticamente a través de la noción de *permiso concedido en positivo* (en una terminología inspirada en Francisco Suárez), *permiso fuerte* (en la denominación adoptada por Georg Henrik Von Wright) o *libertad protegida* (en la de Robert Alexy). Resulta imprescindible,

por tanto, realizar un cierto excursus sobre la discutida noción de *norma permisiva*. Solo así estaremos en disposición de determinar la estructura normativa de la posición originaria.

(ii) Se examinará a continuación la operatividad puramente externa de las restricciones. Las restricciones se materializan, como se ha explicado en el ejemplo inicial, mediante la creación normas que establecen excepciones puntuales al juego general de la protección conferida por la norma de derecho fundamental. La habilitación para restringir la posición originaria puede, por ello, expresarse deónticamente mediante el concepto de *competencia*, esto es, como la atribución constitucional al legislador de un poder normativo que este puede utilizar -cumpliendo ciertas condiciones- para suprimir, de forma puntual, la protección conferida por la norma de derecho fundamental. Se pondrá aquí de manifiesto que el juicio de ponderación opera en la fundamentación de la norma restrictiva y no en la determinación del contenido del derecho fundamental.

(iii) El análisis general de las restricciones se cerrará con la determinación del sentido de la garantía de contenido esencial como *restricción de las restricciones*. Se propone, en este punto, partir de la consideración de los derechos fundamentales como *derechos humanos*. La garantía de contenido esencial cumpliría un rol de salvaguardia última de la dignidad. Esta perspectiva nos llevará a distinguir el tratamiento de las restricciones *policiales* o *protectoras* y el de las *sacrificiales* o *sociales*, ya que la afectación de la dignidad difiere en uno y otro tipo. El fin último que persigo es poner de relieve las condiciones que, desde el punto de vista de la garantía de contenido esencial, van asociadas a cada tipo de restricción. Esas condiciones son el presupuesto normativo del análisis de los requisitos del sacrificio de derechos y, en particular, del deber constitucional de indemnizar los daños sacrificiales. Con ello, cerraré el capítulo sobre las restricciones y podré abordar, en particular, las restricciones de tipo sacrificial.

(iv) Se analizará en un capítulo final, el rasgo distintivo del régimen jurídico de las restricciones de tipo sacrificial, que, como se verá, es la obligación de indemnizar los daños. El examen de la equidistribución del daño sacrificial mediante la indemnización permitirá deslindar la tutela del *contenido esencial* de los derechos fundamentales de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos regulada en el art. 106.2 CE. Esto obligará a dilucidar el nexo íntimo que existe entre la noción de responsabilidad objetiva y la figura del daño sacrificial, análisis con el que se cierra la presente investigación.

## CAPÍTULO VI

### LAS TRES FASES DE LA RESTRICCIÓN

*“Precisamente la persona es el concepto que está en el centro de las transformaciones constitucionales del siglo XX, sobre ambas líneas: sobre la de la inviolabilidad, porque expresa mejor el aspecto de la indisponibilidad de los derechos fundamentales, su pertenencia a una dimensión sustraída al libre ejercicio discrecional de la voluntad política; y sobre la de la Constitución como directiva fundamental, porque recupera en el horizonte constitucional la materia social, siendo la persona una subjetividad socialmente situada, pensada concretamente en relación a su acceso a esos bienes, como el trabajo, o la instrucción, que la misma Constitución indica como esenciales y necesarios”.*

Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*

#### I. LA POSICIÓN ORIGINARIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL

##### 1.1. Introducción

Como se anticipó en el capítulo anterior, la estructura tripartita de la teoría de las restricciones exige examinar separadamente la posición originaria dotada de vinculación inmediata o directa, su restricción externa mediante una norma con rango de ley dictada al amparo de una competencia para restringir y las condiciones a esa restricción derivadas de la cláusula de contenido esencial, que el legislador ha de respetar en todo caso. El primer paso es determinar la estructura de la posición originaria fijada en la norma de derecho fundamental para lo cual, según se anticipó, ha de abandonarse el concepto deóntico débil de *principio* como *mandato de optimización*. En su lugar, se propone la articulación preferente de los derechos fundamentales sobre otra noción deóntica que explique suficientemente su operatividad. Para dilucidar cuál puede ser dicho concepto deóntico conviene recuperar la referencia en su momento hecha al rol de los derechos fundamentales como *derecho originario de la libertad*.

La visión de los derechos fundamentales como derecho de libertad originario fue expresada, como ya se advirtió, con particular agudeza por Carl Schmitt. Ahora bien, bajo la visión de Schmitt del *principio distributivo del Estado burgués*, basado en una supuesta situación fáctica inicial de libertad ilimitada, solo podían concebirse como

derechos fundamentales aquellos que fueran independientes de toda normación jurídica, esto es, los puros derechos de libertad, sobre los que cualquier ley, en sentido material, se proyectaría como una limitación o restricción<sup>364</sup>. Con razón ha dicho Peter Häberle que esta visión de la libertad como situación fáctica previa a la ordenación jurídica es profundamente errónea, pues no existe libertad donde no opera, a través del derecho, una mínima coordinación de conductas que permita predecir el comportamiento ajeno<sup>365</sup>.

No hay libertad, desde luego, donde no existe una alternativa de acción, donde no se puede elegir entre hacer o no hacer<sup>366</sup>. En este sentido, la libertad equivale, ciertamente, a la ausencia de norma. Solo el acto que no está sujeto coactivamente a obligación o prohibición es, en este sentido, un acto libre. Pero la ausencia de coerción jurídica sólo explica la posición subjetiva del titular del derecho, que puede determinar su propia conducta porque no le viene impuesta ni prohibida. No basta este ingrediente para hablar de libertad. No hay libertad si no se da un requisito adicional: una garantía acerca del comportamiento ajeno. Desde esta óptica, la libertad no es la mera ausencia de oposición, que es un dato fáctico *ex post*, sino una *garantía* previa de no oposición o incluso, en un grado mayor, una garantía de colaboración positiva ajena. En este sentido, la libertad presupone el Derecho.

Solo cuando, gracias a la intervención coercitiva de una norma jurídica, se vence la incertidumbre acerca del comportamiento ajeno puede hablarse de un *derecho de la libertad*. En este sentido, los derechos fundamentales son, en efecto, un *Derecho originario de la libertad*. Y lo son porque garantizan jurídicamente ámbitos de libertad *negativa* y *positiva*, según la clásica distinción de Isaiah Berlin. Los derechos fundamentales configuran negativamente la libertad cuando garantizan la posibilidad (que no la obligación) de realizar un acto sin oposición ajena. Configuran positivamente la libertad cuando garantizan, además, la posibilidad (que no la obligación) de obtener la cooperación de otro en la realización de ese acto.

Tal caracterización de la libertad se basa en, en definitiva, en la exigibilidad de dos notas: la facultad no sometida a coacción de elegir un comportamiento (que no viene ni exigido ni prohibido desde fuera) y la expectativa jurídicamente protegida de que ese comportamiento no sea obstaculizado o incluso de que sea positivamente auxiliado. La

---

<sup>364</sup> Vid. SCHMITT, C., *Teoría...cit.*, p. 224. !

<sup>365</sup> Vid. HÄBERLE, P., *La garantía...cit.*, pp. 136-151. !

<sup>366</sup> Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, pp. 242-243. !

primera nota implica ausencia de coacción jurídica. La segunda todo lo contrario. El *derecho de la libertad* que conforman los derechos fundamentales apunta, así, a un concepto deóntico, el de *permiso* (positivo, fuerte o protegido) que, lejos de las unilateralidades de la visión schmittiana, admite bajo la noción de *derecho fundamental* la configuración jurídica de derechos de defensa y de prestación, de derechos de libertad y derechos sociales.

## 1.2. Posición originaria y normas permisivas

### 1.2.1. Los permisos en positivo (Francisco Suárez)

En una reciente monografía, el historiador Brian Tierney ha investigado la relación existente entre la noción de *Derecho permisivo* y las diversas teorías de los llamados *derechos naturales*<sup>367</sup>. De su investigación, que abarca un periodo que va desde la *adiaphora* estoica hasta la doctrina kantiana del derecho, se desprende la existencia de una tónica general, culminada por el propio Kant, según la cual el *permiso* designa la mera ausencia de norma de mandato, esto es, refleja la inexistencia de un deber de conducta externamente impuesto. Como excepción a esa tendencia, Tierney registra el caso de Francisco Suárez, que admite la posibilidad de que sea el *Derecho permisivo* el que determine *positivamente* el contenido del *Derecho preceptivo*<sup>368</sup>. Según afirma Suárez, son los actos permitidos los que, en ciertos casos, nos dicen cuáles son los actos debidos y no al contrario. Así ocurre, en su opinión, con los *derechos naturales*, que, en el particular lenguaje *teonómico* empleado por Suárez, resultan de un permiso otorgado por el *Dios-legislador* del que se desprenden ciertos mandatos dirigidos a terceros<sup>369</sup>. La construcción suareciana será utilizada, de forma simplificada, por Hugo Grocio<sup>370</sup>. El concepto deóntico que permite a Suárez elaborar su teoría de los derechos naturales, es denominado por Tierney *permiso positivo*<sup>371</sup>.

<sup>367</sup> TIERNEY, Brian, *Liberty & Law. The idea of permissive natural law 1100-1800*, The Catholic University of America Press, Washington D. C., 2014.

<sup>368</sup> Vid. TIERNEY, *Liberty...cit.*, pp. 193-214.

<sup>369</sup> Von Wright distingue las normas teonómicas de las positivas por razón de sujeto que las dicta. Nomas teónomas son las dictadas por un "agente super empírico" (Dios). Para Von Wright son una réplica "del patrón de aquellas normas que emanan de agentes humanos", esto es, de las normas positivas, que son dictadas por agentes empíricos (personales o impersonales). Vid. VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, pp. 66-67.

<sup>370</sup> La simplificación operada por el jurista holandés consistió, justamente, en suprimir la explicación basada en la noción de permiso, manteniendo axiomáticamente que los derechos eran la fuente de mandatos dirigidos a terceros. Vid. TIERNEY, B., *Liberty...cit.*, p. 233.

<sup>371</sup> Vid. TIERNEY, B., *Liberty...cit.*, pp. 201-203.

Suárez afirma que el término derecho (*ius*) es, en su significación más estricta, “cierto poder o facultad moral que cada uno tiene sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe”<sup>372</sup>. Añade que esta significación *estricta* del derecho como facultad moral está presente en el ámbito específico de la ley natural. En su opinión, si se alude al *derecho natural* en este sentido estricto de “poder o dominio” ha de entenderse que “la libertad es de derecho natural *positivamente* y no sólo *negativamente*, porque la propia naturaleza ha conferido al hombre un verdadero señorío sobre su propia libertad”<sup>373</sup>. Dios quiere que el hombre sea, en determinados ámbitos, el dueño de sí mismo y de sus actos. Existe, por ello, una esfera de *concesión natural* donde Dios ha considerado que la libertad es *buena* para el hombre y ha mandado que este determine por sí mismo su conducta, sin imposiciones externas<sup>374</sup>.

Suárez realiza su aportación más relevante al afirmar que entre este *Derecho natural concesivo*, derivado de la libertad natural conferida positivamente por Dios, y el *Derecho Natural preceptivo*, que establece reglas de conducta imperativas, existe una conexión necesaria, pues en el primero va implícito (en cuanto permiso dado *positivamente* por el Dios legislador y no deducido *negativamente* de ciertos preceptos expresamente establecidos) que “se manda a los demás que no pongan obstáculos a su ejercicio”<sup>375</sup>. De este modo, “tanto la concesión como la prohibición que resulta para otras personas son de derecho natural”. En conclusión, “[e]l derecho a todos estos actos es de índole natural, es decir, que todo ello es lícito por derecho natural” y “de igual modo es de derecho natural la obligación que incumbe a una persona de no violar tales derechos de otra persona”<sup>376</sup>.

Dejando de lado el aparato intelectualista propio de la teoría de los derechos naturales (antecedente de lo que hoy llamamos derechos humanos), la concepción de Suárez del *permiso positivo* se basa en la siguiente idea rectora: la sustantividad normativa de dicha modalidad permisiva está en los mandatos dirigidos a terceros. A través de ellos la libertad deja de ser una mera indicación moral (*lex indicans*) y se convierte en auténtica norma jurídica (*lex imperans*)<sup>377</sup>. Suárez anticipa, con ello, una línea de

<sup>372</sup> Vid. SUÁREZ, F., *De legibus...cit.*, 1971, p. 24. !

<sup>373</sup> Vid. SUÁREZ, F., *De legibus...cit.*, 1974, p. 34. !

<sup>374</sup> Vid. SUÁREZ, F., *De legibus...cit.*, 1974, p. 34. !

<sup>375</sup> Vid. SUÁREZ, F., *De legibus...cit.*, 1974, p. 118.

<sup>376</sup> Vid. SUÁREZ, F., *De legibus...cit.*, 1974, pp. 118-120. !

<sup>377</sup> Con esta construcción Suárez trataba, principalmente, de oponerse a la tendencia metafísica idealista o platonizante adoptada en su época por otros teólogos (fundamentalmente por Gabriel Vázquez Belmonte, seguido en este punto por Luis de Molina), que entendían que el *ius naturale* estaba formado por ciertas ideas inmutables de justicia que, por su bondad intrínseca, constituirían reglas jurídicas

pensamiento posterior que comprende los derechos como permisos en el entendimiento de que lo normativo de este concepto deóntico está en los deberes de conducta dirigidos a terceros.

La expresión *permiso positivo*, sugerida por Tierney, resulta, sin embargo, algo equívoca, ya que se ha empleado con posterioridad de un modo diverso. Así, G. H. Von Wright, al que puede considerarse uno de los padres fundadores de la lógica deóntica, distingue entre normas *positivas* y *negativas* en función de que su contenido sea un acto o una abstención<sup>378</sup>. Aplicando esta idea a la modalidad prescriptiva del permiso, el permiso positivo versaría sobre un acto (se permite fumar) y el negativo sobre una abstención (se permite dejar de trabajar de 14:00 a 15:30 horas). Kelsen concibe, por su parte, el permiso en sentido *negativo* en la línea tradicional de mero reflejo de la ausencia de norma. Se trata, en su opinión, de “un estar permitido como propiedad de una conducta que no constituye el objeto de ninguna norma”, caso en el que “se dice también que la conducta es libre”<sup>379</sup>. El permiso en sentido *positivo* es, en cambio, en su opinión, el resultado de la mera derogación, total o parcial, de una norma prohibitiva. La conducta antes prohibida pasa, por efecto de la derogación a estar permitida, esto es, a ser libre<sup>380</sup>.

Estos ejemplos son suficientes para concluir que es preferible designar la construcción deóntica de Suárez como *permiso dado, concedido o configurado en positivo* (o, más sencillamente, como *permiso en positivo*). Este concepto implica, en esencia, como se verá que pone de relieve G. H. Von Wright, que ciertos actos han sido examinados por

---

invariables. En la línea del pensamiento nominalista, Suárez entendía, en cambio, que elemento determinante de la existencia de una ley, como norma jurídica, es el mandato dictado por quien tiene autoridad, pues sólo el mandato, en contraste con la mera indicación moral, hace surgir deberes de conducta. De ahí que Suárez sólo pudiera concebir unos derechos naturales u originarios del ser humano apelando a un concepto deóntico que lograra algo que, en principio, parecía imposible: establecer un área ideal y apriorística de libertad (elemento intelectual) que estuviera al mismo tiempo respaldada por un mandato del legislador supremo (elemento voluntarista).

<sup>378</sup> Vid. VON WRIGHT, G. H., *Norma...cit.*, p. 64.

<sup>379</sup> Vid. KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 120.

<sup>380</sup> Para Kelsen, la densidad normativa de esta forma positiva de permitir se manifiesta, sobre todo, en los casos de derogación parcial. En ellos, el permiso positivo consiste en establecer excepciones singulares a una prohibición general. Así, según un ejemplo utilizado por el propio Kelsen, si una norma general prohíbe mentir, la norma permisiva que habilita al médico para mentir al paciente sobre la gravedad de su estado sería un permiso en sentido positivo, cuyo efecto normativo es exceptuar esa conducta del ámbito general de prohibición. Este permiso, según añade Kelsen, no puede ser ni cumplido ni violado, simplemente se puede hacer uso de él. De este modo, se trata del mero efecto de la norma derogatoria. Kelsen separa este concepto deóntico de las autorizaciones contenidas en las llamadas normas de competencia, que son aquellas en las que la norma superior designa el órgano competente y el procedimiento adecuado para dictar normas de rango inferior, confiriendo, así, carácter dinámico al ordenamiento jurídico. Vid. KELSEN, H., *Teoría general...cit.*, p. 121.

la autoridad normativa, que dicha autoridad ha considerado que no han de estar sujetos a deber de conducta e incluso que esa misma autoridad ha llegado a dictar ciertas prescripciones “de carácter O” (esto es *prohibiciones* y *órdenes*) para proteger dicho ámbito de permisión. Se trata de lo que el filósofo finés llamaba un *permiso fuerte*.

### 1.2.2. El permiso fuerte (G. H. Von Wright)

Como explica González Lagier, G. H. Von Wright fue un pensador que sometió sus tesis a revisión permanente, lo que puede generar la impresión de un pensamiento en “constante avance y retroceso”<sup>381</sup>. Dentro de la teoría de las normas prescriptivas, el *status* independiente de los permisos constituye un buen ejemplo. González Lagier alude a las “fuertes vacilaciones” de Von Wright en relación con la interdefinibilidad de las normas de obligación (esto es, de las prohibiciones y órdenes, a las que el autor finés agrupa en una sola modalidad de prescripción de “carácter O”) y las normas permisivas (normas de “carácter P”)<sup>382</sup>. En su trayectoria intelectual, Von Wright llega a conclusiones diversas sobre este asunto. Nos interesa, en cualquier caso, la caracterización de los permisos consignada en su obra clásica *Norma y Acción*.

En el inicio de dicho trabajo Von Wright anticipa que una de sus dudas más importantes versa sobre la “naturaleza de las normas permisivas”, en particular sobre la siguiente pregunta: “¿[e]s un permiso un concepto normativo independiente o puede ser definido en términos de obligación y negación?”<sup>383</sup>. Cuando, después, Von Wright aborda este problema plantea la respuesta desde dos puntos de vista: por una parte, el de la consideración tradicional del permiso como mera “ausencia o no existencia de las prohibiciones”; por otro lado, el de la interdefinibilidad del permiso y la obligación.

A la primera cuestión (la identificación del permiso con la mera ausencia de prohibición) Von Wright da una respuesta concluyente. En su opinión tal identificación no es aceptable pues existe una diferencia fundamental entre los actos no prohibidos que no han sido tomados en consideración por la autoridad normativa y aquellos que no están prohibidos porque la autoridad normativa los ha tomado en consideración y ha decidido permitirlos. En su opinión, un inventario completo de todos los actos humanos es imposible pues la evolución social va produciendo nuevos tipos de actos<sup>384</sup>. Según el

---

<sup>381</sup> Vid. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Acción y norma en G. H. Von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 19-20. !

<sup>382</sup> Vid. GONZÁLEZ LAGIER, D., *Acción...cit.*, pp. 287-288. !

<sup>383</sup> Vid. VON WRIGHT, G. H., *Norma...cit.*, p. 10. !

<sup>384</sup> Vid. VON WRIGHT, G. H., *Norma...cit.*, pp. 73-74. !

ejemplo que el filósofo finés utiliza “[u]n hombre no podía emborracharse antes de haberse descubierto cómo destilar el alcohol”<sup>385</sup>. Es claro, sin embargo, que una vez que el alcohol irrumpe en la realidad social, y que los seres humanos se emborrachan, la autoridad normativa puede optar por prohibir o permitir su venta y consumo. Dada la existencia de una autoridad normativa, los actos humanos pueden separarse, por ello, en dos grandes grupos: “actos que han sido y actos que no han sido (todavía) sometidos a norma por esa autoridad”. Resulta, por ello, “sensato distinguir entre dos especies de permiso”. Los *permisos fuertes* serían aquellos en los que el acto en cuestión ha sido sometido a norma (*permisiva*) por parte de la autoridad normativa. Los *permisos débiles* resultarían, en cambio, de la simple ausencia de norma y no serían “en absoluto prescripciones o normas”<sup>386</sup>.

Von Wright divide los permisos fuertes en tres modalidades. Pueden consistir, en primer lugar, en un mero *tolerar*. En ese caso, la autoridad declara que no va a interferir en la realización del acto pero “no se compromete a proteger el sujeto de posibles interferencias de su conducta por parte de otros agentes”<sup>387</sup>. La *tolerancia* se convierte, no obstante, en *derecho* si la autoridad normativa va más lejos y establece la prohibición de obstaculizar o impedir la realización del acto tolerado. Hay, finalmente, una *pretensión* (*claim*) cuando la autoridad normativa da el paso adicional de ordenar a un sujeto que facilite la realización del acto, esto es, que lo habilite o haga posible<sup>388</sup>.

El segundo punto de vista del problema es el del “carácter irreductible” de las normas permisivas, o, en otros términos, el de la interdefinibilidad de las normas de carácter *P* (permisos) con las normas de carácter *O* (obligación). Puesto que las dos modalidades más fuertes de permiso (*derecho* y *pretensión*) se caracterizan justamente por añadir prescripciones de carácter *O* dirigidas a terceros, a los que se prohíbe interferir o se manda habilitar el acto permitido, Von Wright entiende que la sustantividad deóntica de la noción de permiso ha de encontrarse forzosamente en la noción más básica de *tolerancia*. La falta de heteronomía de la tolerancia impide, sin embargo, a Von Wright llegar a una conclusión clara. Ciertamente, si se comprende la tolerancia como *promesa* de la autoridad normativa (y no como mera *declaración de intenciones*), la intuición nos sugiere que posee cierto contenido normativo. Ahora bien, dicho contenido tiene, según nota Von Wright, “un peculiar aroma moral”, lo que parece conducirnos al campo de las

---

<sup>385</sup> *Ibidem.* !

<sup>386</sup> Vid. VON WRIGHT, G. H., *Norma...cit.*, p. 74. !

<sup>387</sup> Vid. VON WRIGHT, G. H., *Norma...cit.*, p. 75. !

<sup>388</sup> Vid. VON WRIGHT, G. H., *Norma...cit.*, p. 76. !

normas morales. Estamos, en definitiva, ante el problema básico de las *prescripciones autorreflexivas*: ¿puede coincidir la autoridad normativa que dicta la prescripción y el destinatario de la misma? ¿Es el permiso un *auto mandato*? Aunque Von Wright no llega a pronunciarse expresamente sobre la segunda cuestión, Ruiz Manero y Atienza consideran que sus reflexiones parecen sugerir que los permisos, reducidos a su esencia normativa de *tolerancias*, carecen de *status* prescriptivo independiente<sup>389</sup>.

Parece justa, en este punto, la crítica formulada por Alf Ross a la concepción de Von Wright<sup>390</sup>. Ross pone de relieve que la autoridad normativa nunca se pronuncia expresamente sobre actos determinados para declarar su mera tolerancia; no examina una conducta y dicta una *ley de tolerancia* que se limita a decir que la conducta está permitida. Solo actúa así cuando esa conducta está previamente prohibida (caso en el cual resulta, además, discutible que esa permisión no implique la protección frente a interferencias coactivas de terceros). Como dice Ross, lo que una ley de este tipo pretende es cambiar el *status normativo* de la conducta en cuestión a los efectos de que deje de estar prohibida. Como ya se ha visto, Kelsen consideraba, en esta misma línea, que este tipo *positivo* de permiso no es más que la derogación (total o parcial) de una prohibición antecedente. No parece, en definitiva, que el permiso como mera tolerancia tenga especial recorrido prescriptivo si no va asociado a verdaderas normas de mandato. Se aprecia que, como ya postulaba Suárez, son las normas de obligación o mandato (de carácter O) las que llevan la *tolerancia* más allá de la esfera moral y la introducen en el ámbito jurídico, protegiéndola a través de deberes de conducta impuestos a terceros. La distinción de Von Wright entre *permisos fuertes* y *débiles* sigue siendo, por ello, pertinente en relación con los actos permitidos que son protegidos a través de auténticas prescripciones o mandatos<sup>391</sup>.

### 1.2.3. La libertad protegida (Robert Alexy)

La visión de Von Wright de los permisos fuertes ha influido poderosamente en la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. El punto de partida de la

---

<sup>389</sup> Vid. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 2004, pp. 122-123.

<sup>390</sup> Vid. Ross, A., *Lógica...cit.*, pp. 136-137.

<sup>391</sup> En realidad, al realizar esta triple división de los permisos fuertes, Von Wright ya anticipa esta última conclusión al apuntar la posible exclusión de la tolerancia de la noción de norma permisiva plena si se entiende que tal *status* sólo se alcanza en las relaciones entre sujetos distintos, esto es, si se estima que las verdaderas normas permisivas “no condicionan al titular del permiso solamente sino también al *satus* normativo de sus relaciones con sus semejantes”. En tal caso, dice Von Wright, sólo existirían normas permisivas si de ellas se derivan “derechos y pretensiones”. Vid. VON WRIGHT, G. H., *Norma...cit.*, pp. 76-77.

concepción de Alexy es, sin embargo, la *teoría* del *status* formulada por Georg Jellinek en su *Sistema de derechos públicos subjetivos*<sup>392</sup>. La construcción de Jellinek parte del paradigma positivista del Estado como fuente exclusiva de normatividad y, por tanto, de una libertad natural concebida en términos hobbesianos, como libertad de actuar no sometida a restricción alguna. El poder estatal genera un nuevo tipo de relación (jurídica) que trasciende el plano natural. Se trata siempre de una relación entre el Estado y el individuo, que se expresa a través de la idea de *status*. Cada *status* es una modalidad relacional de la que surge una particular *posición* del individuo en relación con el Estado. Alexy centra su atención en la contraposición básica entre el *status pasivo* o *subiectionis* y el *status negativo* o *libertatis*. El primero viene determinado por el poder del Estado de establecer obligaciones o prohibiciones, a las que el individuo queda inmediatamente sometido. Se encuentra aquí en una *posición de sujeción*. El segundo se compone de las acciones que el individuo puede realizar libremente para alcanzar sus propios fines, que son justamente las que no han sido prohibidas ni ordenadas por el Estado. El individuo tiene aquí una *posición libre*.

Los dos *status* -y las dos posiciones subsiguientes- son vasos comunicantes. Las prohibiciones y órdenes que conforman el *status pasivo* determinan cuáles son las acciones no sometidas a deber de conducta, que son las que pueden realizarse libremente. El *status libertatis* viene a ser, por ello, un negativo del *status subiectionis*. Abarca todo aquello que, por ser irrelevante desde la óptica del interés general, no ha sido sometido a norma de conducta. Jellinek no sostiene, frente a lo que algunos piensan, que la posición libre del individuo tenga un espacio propio, por sí mismo inmune al poder estatal. Al contrario, su libertad queda conformada por aquello que el poder estatal, según su propio arbitrio, no abarca en cada concreta circunstancia. La *posición libre* de Jellinek se ajusta, así, a la idea tradicional de permiso como ausencia de prohibición o negación de obligación.

Una vez fijada la idea de *posición libre*, Alexy se inspira, a su vez, en Von Wright para establecer una diferencia cualitativa entre esta posición de libertad descrita por Jellinek y la que caracteriza a los derechos fundamentales concebidos tradicionalmente como *derechos de libertad*<sup>393</sup>. Entiende Alexy que la *posición libre* puede configurarse

---

<sup>392</sup> Probablemente, no le falta razón a Alexy cuando considera que la teoría de Jellinek es “[a] pesar de sus numerosas oscuridades y algunas deficiencias” constituye “el ejemplo más grandioso de una teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales”. Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, p. 233. Me parece justo decir que la teorización de Alexy supone un ejemplo igualmente grandioso, materializado en un tiempo donde las grandes construcciones teóricas y sistemáticas parecen desterradas del ámbito del Derecho.

<sup>393</sup> Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, p. 197.

deónticamente de dos modos distintos. Si estamos ante la mera ausencia de prohibición o mandato, tenemos, según el autor alemán, una *libertad no protegida*<sup>394</sup>. Lo propio de esta primera modalidad permisiva es la indiferencia del *derecho* hacia la realización de la acción. Ninguna norma jurídica impide u obliga al sujeto a actuar de ese modo pero tampoco obliga a los demás individuos a no obstaculizar la acción libre (en cuanto normativamente indiferente). Como dice el propio Alexy, un orden fundado en la pura ausencia de mandatos o prohibiciones, en el que todo está permitido pero en el que nadie viene obligado a respetar ese ámbito de permisión, coincide con el *estado de naturaleza* de Thomas Hobbes, en el que todos los individuos tienen *derecho natural* a todo, incluso a someter o esclavizar a sus semejantes<sup>395</sup>.

El *permiso* que va ligado a la noción subjetiva de derecho, y en particular a los derechos fundamentales, tiene, en opinión de Alexy, una estructura distinta. No estamos ante la pura negación del *deber ser* esto es, ante la indiferencia normativa hacia el acto - de suerte que quede relegado al ámbito del *no derecho*-. La norma permisiva de derecho fundamental proyecta el *deber ser* hacia los demás, exigiendo, a través de un haz de órdenes o prohibiciones, que el ejercicio del libre arbitrio del agente sea realizado sin impedimento o que se le preste incluso una determinada colaboración<sup>396</sup>. Es lo que Suárez expresó a través del *permiso en positivo*, lo que Von Wright describe como *permiso fuerte* (en sus modalidades de *derecho* y *pretensión*). La *libertad protegida* es un permiso que viene acompañado de órdenes y prohibiciones dirigidas a terceros y, en particular, a los poderes públicos.

Tampoco en este caso encontramos ningún elemento que nos lleve a entender que la noción de permiso tiene sustantividad normativa independiente, esto es, distinta a la que le aportan los mandatos que confieren la protección jurídica.

### **1.3. La estructura de la norma de derecho fundamental que fija la posición originaria**

#### *1.3.1. La posición libre como supuesto de hecho de normas de mandato*

Los conceptos de *permiso en positivo*, *permiso fuerte* y *libertad protegida* ponen de relieve que nos encontramos ante un *derecho* cuando ciertos actos no sometidos a mandato (*posición libre*) se convierten en *supuesto de hecho* de deberes de conducta

---

<sup>394</sup> Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, pp. 194-199.

<sup>395</sup> Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, p. 196.

<sup>396</sup> Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, pp. 199-201.

impuestos a terceros, a los que se les prohíbe impedirlos o a los que se exige facilitarlos. A través de esos mandatos dirigidos a terceros la *posición libre* (jurídicamente indiferente) se convierte en una *posición jurídicamente protegida*.

La existencia de una *posición libre* es una característica de los *supuestos de hecho* de las normas de derecho fundamental. Ciertamente, su presencia es más evidente en algunos casos. Así ocurre con la libertad de creación artística, la libertad religiosa, las libertades comunicativas, la interrupción de la prestación del trabajo para reivindicar una mejora en las condiciones laborales, la libertad de presentarse a unas elecciones políticas o de votar o no en ellas, la asociación a otros individuos para realizar un fin compartido, la formación de sindicatos o la incorporación individual a organizaciones sindicales. Los actos de creación artística, culto religioso, comunicación de una opinión o información, huelga, sufragio, asociación o sindicación no están sometidos a regla de conducta previa. No están, de antemano, ni ordenados ni prohibidos.

La *posición libre* se desenvuelve también en derechos que no son *de libertad* en sentido estricto. En los *derechos de prestación* el titular no viene obligado a exigir la acción positiva sobre la que versa la norma de conducta. El acto incorporado al supuesto de hecho de la norma de mandato no está ni ordenado ni prohibido. Incluso en los llamados *derechos de defensa* existe una posición libre. La prohibición de interferencia dirigida a terceros en el derecho a la inviolabilidad domiciliaria se refiere solo al supuesto de hecho de entrada no consentida (art. 18.2 CE). El acto del titular del derecho que hace desaparecer la protección constitucional conferida (la prestación del consentimiento a la entrada) no está ni prohibido ni ordenado.

El caso de la inviolabilidad domiciliaria no es una hipótesis de excepción fundada en la previsión constitucional expresa del consentimiento. También podemos facilitar imágenes que nos identifican y compartir con otros eventos o circunstancias de nuestra vida personal o familiar que habíamos mantenido en secreto. Tales actos de disposición inciden en la norma de conducta en la que se materializa la protección jurídica de los derechos a la propia imagen y a la intimidad. Ninguna norma de mandato nos ordena ni prohíbe confiar nuestros secretos más íntimos. Las decisiones que tomamos al respecto no están sometidas a orden o prohibición previa; de ellas depende, sin embargo, la protección conferida por la norma de derecho fundamental. También en estos casos hay, por tanto, una *posición libre* integrada en el *supuesto de hecho* de la norma de mandato. En otras palabras: también en estos *derechos de defensa* la protección coactiva que otorga

la norma de derecho fundamental se determina por referencia a actos no sometidos a deber de conducta.

La dificultad que puede generar la observación de casos más controvertidos, como la vida, integridad física o integridad moral, obedece, probablemente, a la falta de elaboración, en la dogmática y jurisprudencia constitucionales españolas, de un derecho general de libertad o de libre desarrollo de la personalidad, del que esas referencias conceptuales (vida, integridad física y moral) constituyen barreras protectoras que, en cualquier caso, no impiden cierto margen de disponibilidad<sup>397</sup>.

### 1.3.2. *La estructura de la norma de derecho fundamental que establece la posición originaria*

De acuerdo con lo expuesto, la norma de derecho fundamental que establece la *posición originaria* -sobre la que después recaen las restricciones- se compone de los siguientes elementos:

(i) el *permiso dado en positivo*, que es una manera deóntica ciertamente sofisticada de designar la *posición libre* del titular del derecho fundamental, esto es, la circunstancia de que ciertos actos han sido tomados en consideración por la autoridad normativa (el constituyente) y esta no quiere que estén sometidos a ningún deber de conducta previo.

(ii) La delimitación del ámbito comprendido por la *posición libre*, que se realiza a través de *conceptos* como domicilio, intimidad, honor, asociación, sindicato, expresión, opinión, tutela judicial efectiva, etc.

(iii) los *deberes de conducta* que protegen la eventual realización de esos actos, que se configuran a través de auténticas prescripciones o mandatos, esto es, por medio de órdenes o prohibiciones dirigidas a terceros.

---

<sup>397</sup> En los casos más controvertidos, como los derechos a la vida, a la integridad física y a la integridad moral (en la que podemos subsumir el derecho al honor) hay, en efecto, cierto margen de disponibilidad, que influye en el supuesto de hecho de la norma protectora. En cuanto a los dos últimos, un individuo puede consentir que le insulten, le humillen o le peguen, por ejemplo porque esas conductas le reportan una satisfacción sexual en determinadas circunstancias. El límite hasta el que puede llegar ese consentimiento no está, sin embargo, excesivamente claro. El caso más problemático sería, obviamente, el del derecho a la vida, dada la polémica sobre su disponibilidad. Su configuración como derecho invita a partir de la disponibilidad, esto es, de su consideración como una posición libre de suerte que nadie puede ser obligado por el poder público a vivir más allá de su deseo. Las normas que imponen la continuación de la vida más allá de la voluntad del titular del derecho deben ser vistas, por tanto, como normas restrictivas.

La conjunción de estos tres elementos configura la *protección* en la que se sustancia normativamente la noción de *derecho fundamental*, compuesta, en definitiva, de un *supuesto de hecho* constituido por actos no sometidos a mandato y por *deberes de conducta* de terceros. La sustancialidad deóntica del *permiso en positivo* o *fuerte* está, por ello, en que los *actos debidos* (sometidos a mandato) se determinan siempre por referencia a *actos libres* (no sometidos a mandato).

Queda, así, definida la *posición originaria* fijada por la norma de derecho fundamental como una *posición libre jurídicamente protegida*. Su garantía constitucional característica, la *vinculación inmediata* o *aplicabilidad directa*, es posible gracias a que la regla protectora impone, por sí misma, ciertos deberes de comportamiento. Los *derechos fundamentales*, como derechos constitucionalmente dotados de *posición originaria*, se distinguen, así, de los derechos para los que la Constitución se limita a establecer una *directriz* regulativa, que el legislador ha de seguir para dotarles de protección normativa. Son, así, derechos fundamentales, en cuanto dotados de *posición originaria* directamente aplicable, los del capítulo II del Título I de la Constitución. La posición originaria constitucionalmente establecida puede ser, no obstante, restringida por el legislador, siempre que este respete su contenido esencial (art. 53.1 CE). Son derechos de *configuración legal* o con contenido sometido a *reserva de ley* aquellos en los que la determinación del contenido del derecho queda deferida a la intervención legislativa. Estos *derechos sin posición originaria*, comprenden todos los de configuración constitucional puramente principal del capítulo III del título I CE, para los que el art. 53.3 CE dispone que “[s]olo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”<sup>398</sup>.

La necesaria coexistencia constitucional de diversas *posiciones originarias* convierte a cada una de ellas en límite inmanente implícito de las otras. No habría, en cambio, límites inmanentes implícitos derivados de bienes jurídicos que carecen de posición originaria. Esto significa que tales bienes solo pueden ser protegidos por el legislador en detrimento de derechos fundamentales a través de las correspondientes *leyes de restricción*. Esto, como se verá, incide en la diferenciación de dos tipos de juicios de ponderación: los que resuelven conflictos de normas de derecho fundamental (esto es, los que ayudan a delimitar posiciones originarias que se solapan) y los que sirven

---

<sup>398</sup> Para Jiménez Campo puede hablarse de auténticos derechos fundamentales frente a derechos meramente “prometidos” (los principios rectores). Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos...cit.*, p. 23.

para fundamentar leyes de restricción de derechos fundamentales con el objetivo final de preservar otros bienes jurídicos.

Desde esta óptica la teoría de los *límites inmanentes* -tan utilizada para fijar todo tipo de límites implícitos a la eficacia directa de los derechos fundamentales- regresa al ámbito que se le asignaba en los orígenes del constitucionalismo, pues reduce su operatividad al necesario respeto de los *derechos de los demás*, al que alude expresamente el art. 10.1 CE. Así lo expresaba el artículo 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 cuando decía que “*la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos*”.

## II. LAS RESTRICCIONES DE LA POSICIÓN ORIGINARIA

### 2.1. La restricción del derecho fundamental como supresión (parcial) de la protección conferida a la posición originaria

Como acaba de exponerse, la *posición originaria* establecida por la norma de derecho fundamental es una *posición libre* que actúa como supuesto de hecho de ciertas normas de mandato. Dichas normas materializan la *protección* en la que consiste el derecho fundamental mediante prohibiciones de interferencia (derechos de defensa y libertad) y órdenes de cooperación positiva (derechos de prestación). La restricción de un derecho fundamental consiste justamente en eliminar, en hipótesis particulares, la protección jurídica que la norma de derecho fundamental dispensa. Se materializa mediante la modificación puntual de los deberes de conducta generalmente establecidos para la posición originaria, esto es, sustituyendo las prohibiciones de interferencia por órdenes de interferencia o las órdenes de cooperación por prohibiciones de cooperación.

Esta transición de una regla de conducta a otra de signo contrario solo es posible si entre ellas media otra norma que confiere la capacidad normativa de modificar la regla de conducta aplicable. Dado el rango constitucional de la norma que fija la posición originaria del derecho fundamental, la norma que otorga el poder normativo de restringirla ha de ser de ese mismo rango (esto es, ha de ser otra norma constitucional) y ha de conferir dicha potestad a alguna de las autoridades que conforman el poder constituido. Las restricciones de los derechos fundamentales operan, por ello, a través de dos normas: la norma constitucional que otorga la capacidad de cambiar el deber de conducta general y la norma infraconstitucional que opera efectivamente dicho cambio en un caso determinado. Solo la segunda de ellas es una norma de conducta, pues la

primera es lo que se conoce como una *norma de competencia* o una *norma atributiva de poder*.

En el ejemplo inicial del derecho a la libertad deambulatoria (art. 17.1 CE) la restricción del derecho fundamental se verifica, en efecto, mediante una doble norma: una norma constitucional que confiere el poder normativo de restricción y una norma de conducta -dictada al amparo de esa competencia- que ordena, para un supuesto de hecho determinado, la realización de los actos de coacción que están generalmente prohibidos por la norma de derecho fundamental. De este modo, la norma restrictiva del derecho fundamental convierte la coacción ilícita (generalmente contraria a la libertad deambulatoria) en una coacción lícita y obligatoria para ese supuesto concreto (por ejemplo, el de imposición y ejecución de una pena de prisión por la comisión de un delito). Igual ocurre si la posición originaria consiste en un mandato de habilitación o cooperación (derecho de prestación). El derecho a obtener una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) también queda restringido por una doble norma: la norma competencia que permite al Estado operar el cambio normativo a través de la *legislación procesal* y la norma de conducta que prohíbe, en un caso determinado, la realización de la conducta correspondiente, convirtiendo la omisión de tutela judicial inicialmente contraria al derecho fundamental en una omisión lícita y obligatoria, esto es, en un deber de denegación de justicia establecido, por ejemplo, para los que no cumplan ciertos requisitos formales ( óbices de admisibilidad de una acción).

## **2.2. La restricción de derechos fundamentales como efecto de una norma de competencia**

### *2.2.1. Competencia y contenido de derechos*

Como acaba de verse, dentro del orden constitucional la protección conferida por la norma de derecho fundamental (*posición originaria*) convive con la concesión en paralelo de un poder normativo que habilita al legislador para eliminar puntualmente esa protección. Ese poder normativo remite a uno de los conceptos jurídicos más sugerentes y debatidos en la teoría general del Derecho, el de las *normas que confieren poderes* o *normas de competencia*. Sin necesidad de introducirnos en las muchas complejidades y en los múltiples matices que admite el análisis conceptual de este tipo de normas -como obligaciones indirectas, como permisos, como definiciones<sup>399</sup>- es

---

<sup>399</sup> Sobre esta cuestión vid. FERRER BELTRÁN, Jordi, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 13-120.

indudable que las restricciones de las posiciones originarias de derecho fundamental son posibles gracias a la característica más distintiva de la norma de competencia: la habilitación para realizar *acciones normativas* que modifican una determinada situación jurídica.

En el marco específico de su teoría de los derechos fundamentales, Alexy asume, siguiendo nuevamente los pasos de gigante de Georg Jellinek, que el concepto de *competencia* se diferencia del concepto de *permiso* por razón, fundamentalmente, de esa característica distintiva, esto es, por el hecho de que la *competencia* presenta la nota singular de habilitar para modificar situaciones jurídicas dadas<sup>400</sup>. La posibilidad de modificar una situación jurídica en vigor requiere la capacidad de realizar una *acción normativa* y esto sólo es posible en el seno de un determinado contexto jurídico que otorga significado jurídico a ciertas acciones que carecen de él en su dimensión natural. La competencia no es, por ello, un mero permiso de hacer o no hacer. El que posee una competencia para algo no podría realizar ese mismo algo por su propia iniciativa, a través de una acción puramente natural, ya fuese ésta lícita o ilícita, esto es, ya fuese catalogada esa acción natural como conforme o contraria a derecho. A la capacidad natural de acción de su titular se añade, en definitiva, una capacidad adicional: la de producir efectos jurídicos. Las normas que regulan instituciones como el matrimonio, las sucesiones *mortis causam*, las asociaciones o la propiedad crean el contexto normativo que hace posible que ciertos sujetos (designados como competentes para ello) produzcan los efectos jurídicos pertinentes a través de las acciones normativamente idóneas.

Desde esta óptica, tanto los individuos como el propio Estado pueden tener *competencias* siempre y cuando una norma les confiera la habilitación o el poder para modificar situaciones o estados jurídicos. Según señala Alexy, derechos constitucionales como el de contraer matrimonio o el de crear asociaciones se articulan como *competencias individuales*, ya que tales derechos tan sólo pueden materializarse a través de la pertinente regulación estatal<sup>401</sup>. Pero la introducción del concepto de competencia en relación con ciertos derechos fundamentales no altera la estructura general que se ha propuesto previamente en relación con la posición originaria de derecho fundamental. La norma de competencia confiere un poder normativo cuyo ejercicio puede estar, a su

---

<sup>400</sup> Vid. ALEXY, R., *Teoría...cit.*, pp. 201-204. !

<sup>401</sup> Esa fisonomía peculiar de algunos de los derechos fundamentales habría sido captada, según ! manifiesta Alexy, por la llamada garantía institucional, según la cual el titular de un derecho a una ! determinada acción normativa puede exigir al Estado que no suprima la regulación positiva que permite ! hacer efectivo el ejercicio de su competencia (por ejemplo, la que le confiere el poder de casarse). Vid. ! ALEXY, R., *Teoría...cit.*, p. 211. !

vez, regulado a través de una norma de conducta que ordene, permita o incluso prohíba ejercerlo<sup>402</sup>. Desde esta perspectiva, el derecho fundamental, al caracterizarse por la protección de una posición libre (permitida), se sustanciaría en la combinación de una norma de competencia que otorga el poder normativo y una norma permisiva que convierte su ejercicio en potestativo. No sería una característica de la noción general de derecho fundamental pues hay derechos fundamentales en los que el supuesto de hecho de la posición originaria no se sustancia en el ejercicio de competencias sino en acciones puramente naturales (como el caso inicialmente planteado de la libertad deambulatoria del art. 17 CE).

### 2.2.2. Competencia y restricción de derechos

Donde el concepto de competencia resulta, en cambio, completamente definitorio es en relación con las *restricciones* de derechos fundamentales. Si, como queda dicho, la situación jurídica inicial (*posición originaria*) establecida por el ordenamiento constitucional es una protección jurídica con vinculación inmediata o eficacia directa, toda actuación del poder público tendente restringir esa protección deberá estar fundada en la existencia de una *competencia*, esto es, en un título jurídico que habilite para modificarla.

La norma constitucional, como *norma atributiva de la competencia* establece los órganos legitimados y las condiciones necesarias para restringir la posición originaria de libertad. En la teoría constitucional suele entenderse que estos requisitos son sumamente estrictos. A las normas constitucionales positivas que otorgan competencia al legislador, imponiéndole ciertas condiciones procedimentales (arts. 53.1, 81.1, 82 y 86 CE), la elaboración jurisprudencial y dogmática ha añadido exigencias adicionales como la determinación suficiente (por parte del legislador) del supuesto de hecho de la restricción (*calidad de la ley*), la justificación rigurosa de la restricción en atención a un fin constitucionalmente legítimo y la reducción del alcance de la restricción al mínimo necesario para lograr dicho fin (*proporcionalidad*).

---

<sup>402</sup> Explica Jordi Ferrer que las disposiciones sobre competencia (como oraciones que expresan normas de competencia) a veces expresan un permiso y a veces no. La norma de competencia a veces va acompañada de una norma permisiva de su ejercicio. Otras veces va acompañada de una regla que hace obligatorio el ejercicio de la competencia. El hecho de que ciertos derechos fundamentales tengan como objeto de permisión el ejercicio de competencias no oscurece que la naturaleza de derecho que se predica del haz de normas que conforma el derecho fundamental se debe en la existencia de una norma permisiva. vid. FERRER BELTRÁN, J., *Las normas...cit.*, pp. 159-160.

La última de las condiciones aludidas (*proporcionalidad*) está ligada, como se verá después, a la *garantía de contenido esencial* que es una *restricción de las restricciones*. Dicha garantía está prevista en el art. 53.1 CE para los derechos del Capítulo II del Título I de la Constitución, los cuales, sean o no susceptibles de amparo, gozan de una posición jurídica originaria, esto es, disponen de una protección jurídica directamente establecida por la propia Constitución. Se diferencian, así, como ya se advirtió, de los que están configurados como meros principios (Capítulo III del Título II) y carecen de posición constitucional originaria. Se advierte, con ello, que, en relación con los derechos verdaderamente fundamentales (los que tienen una posición originaria que solo puede ser restringida de un modo compatible con su contenido esencial), los juicios ponderativos no sirven para concretar el contenido normativo (el supuesto de hecho protegido) sino, antes bien, para determinar la legitimidad de una restricción que suprime puntualmente la protección constitucionalmente conferida. Las ponderaciones son siempre juicios que laten detrás de las normas pero, cuando existe una posición constitucional originaria (esto es una protección jurídica directamente aplicable) la ponderación es el juicio que existe tras la norma de restricción. Conviene hacer una referencia más detenida a la funcionalidad de la ponderación en nuestro orden constitucional de derechos fundamentales.

### 2.3. La proporcionalidad como técnica de restricción o injerencia

Los juicios ponderativos son técnicas útiles allí donde existen normas constitucionales con zonas de proyección secantes. En tal sentido, la ponderación puede funcionar como *técnica de delimitación* o como *técnica de restricción o injerencia*. Todo depende de cómo se proyecten las normas en juego sobre el supuesto de hecho en el que se solapan<sup>403</sup>.

La ponderación funciona como *técnica de delimitación* allí donde las normas concurrentes están en la misma situación de partida, esto es, en aquellos supuestos en los que no se establece una preferencia *a priori* de una de ellas. En estos casos estamos ante lo que puede denominarse como *conflicto de normas constitucionales*<sup>404</sup>. Así ocurre

---

<sup>403</sup> Sobre el principio de proporcionalidad vid. BERNAL PULIDO, Carlos *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, que sigue siendo el trabajo de referencia sobre la materia.

<sup>404</sup> En la doctrina alemana se opera aquí con una traslación, a mi juicio poco feliz, de las categorías que se utilizan en el Derecho Penal para resolver los concursos aparentes de normas o los concursos ideales de tipos penales. Vid. BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites...cit.*, pp. 185-188. En realidad, estamos, como se explica, ante un puro problema de ponderación ya que, horizontalmente, los derechos fundamentales no pueden

cuando dos derechos fundamentales se solapan en sus posiciones originarias o *prima facie* sobre el mismo supuesto de hecho estableciendo normas de conducta que se contradicen una a la otra, esto es, confiriendo dos protecciones normativas que no pueden aplicarse simultáneamente<sup>405</sup>.

Puede tomarse el ejemplo siguiente: el que tiene *derecho a la intimidad* (art. 18.1 CE) queda protegido frente a la interferencia del poder público en los actos de su vida diaria que ha excluido del conocimiento de terceros. Al tiempo, el que tiene *derecho a la tutela judicial efectiva y a servirse de los medios de prueba pertinentes* (art. 24.1 y 2 CE) está habilitado para que la coacción pública se ponga a su servicio para tratar de obtener, en el seno de un proceso judicial, las informaciones que pueden resultar decisivas para el éxito de la pretensión que formula. El derecho del primero a una acción negativa (prohibición de interferencia del Estado en la vida privada) y el del segundo a una acción positiva (utilización de la coacción estatal para obtener informaciones que son relevantes para otorgar tutela judicial efectiva) entran en conflicto normativo cuando se proyectan sobre el mismo supuesto de hecho. Ambos derechos están en posición horizontal. Puesto que los dos tienen asignada esa posición originaria, esto es, esa protección jurídica inmediata, funcionan como límites implícitos recíprocos. Un derecho no viene a restringir *ex post* la posición inicial del otro.

Es obvio que la resolución del conflicto no puede realizarse, como pretenden los críticos de la ponderación, con la mera delimitación conceptual del *ámbito objetivo* de los dos derechos, ya que las dos posiciones originarias tienen supuestos de hecho parcialmente coincidentes y establecen mandatos (prohibición de interferencia, orden de colaboración) que resultan incompatibles. Debe acudir, de modo inevitable, a la *ponderación* como técnica de resolución del conflicto de normas, evaluándose el modo en que los dos derechos pueden ser optimizados. La técnica ponderativa es aquí la de proporcionalidad en sentido estricto, esto es, una pura ponderación que logre maximizar los dos derechos en su proyección normativa secante. Para ello, es imprescindible preguntarse por la posición axiológica que ocupan ambos derechos en una escala objetiva de valores y por la medida en que esos valores pueden ser atendidos en el

---

oponerse sus rasgos normativos característicos los unos a los otros. De ahí que solo puedan operar en su dimensión de bienes jurídicos, esto es, de ámbitos objetivos que son valorados positivamente por el legislador constitucional y que necesitan, para ser delimitados recíprocamente, de una ponderación.

<sup>405</sup> Así, ha señalado certeramente Rodríguez de Santiago que el conflicto entre derechos individuales es un caso donde juega la ponderación pero no la proporcionalidad, pp. 109-111. Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 109-111.

contexto correspondiente. Dicho de otro modo, puesto que las dos normas no pueden resolver su incompatibilidad en su dimensión de reglas (mandatos) el conflicto entre ambas debe resolverse apelando a los principios en las que se fundamentan y en su rango axiológico en el orden constitucional de valores.

Como se anticipó, la horizontalidad de las posiciones originarias descansa en la idea de que los derechos fundamentales de un individuo tienen como único límite inmanente implícito “los derechos de los demás”, en cuanto la proyección de los ámbitos objetivos o supuestos de hecho respectivos sobre el mismo espacio no están fundadas en la preferencia *a priori* de un derecho sobre otro. El art. 10.1 CE ya alude al límite implícito de “los derechos de los demás” y, en ocasiones, la Constitución alude explícitamente a este tipo de límite inmanente, por ejemplo cuando alude expresamente a los derechos del art. 18 CE como límite a las libertades comunicativas del art. 20 CE. Lo decisivo aquí es la necesidad de acudir a la ponderación como técnica delimitativa, lo que puede hacer el propio legislador (sometiéndose, después, la delimitación efectuada a control de constitucionalidad) o el intérprete que debe resolver una situación de conflicto normativo horizontal entre las posiciones originarias de dos derechos (los jueces ordinarios y, en última instancia, el Tribunal Constitucional).

La ponderación funciona, en cambio, como *técnica de restricción o de injerencia* cuando las dos normas no se proyectan sobre una zona común en plano de igualdad, teniendo una de ellas una preferencia normativa *a priori*. Eso es lo que ocurre, justamente, cuando coexiste un *derecho fundamental*, al que se ha atribuido una posición originaria directamente aplicable, con una *competencia estatal* que actúa como habilitación para reducir su ámbito objetivo en razón de la existencia de otros bienes jurídicos dignos de protección. El espacio en disputa está asignado *a priori* al titular del derecho, que goza de la protección conferida por la norma de derecho fundamental en función de una preferencia axiológica. El valor libertad, como primer valor del ordenamiento jurídico constitucional, lleva al legislador a conceder protección constitucional inmediata a ciertas posiciones libres, cosa que no hace con otros bienes jurídicos. Admite, no obstante, que esos bienes jurídicos pueden merecer una protección preferente en casos determinados, no determinados *a priori*, por lo que habilita al legislador para modificar la situación jurídica originaria de protección de los derechos fundamentales. La proporcionalidad expresa la condición impuesta al legislador para que ejerza esta competencia solo cuando se dan circunstancias excepcionales que justifican la supresión de la posición originaria.

En este sentido, la ponderación como *técnica de restricción* es una condición de ejercicio de la competencia otorgada del legislador para modificar la situación originaria del derecho fundamental basada en la preferencia axiológica dada *a priori* por la propia Constitución a la posición originaria y a la consiguiente excepcionalidad de su restricción. No basta, por ello, con la proporcionalidad en sentido estricto. Se ha determinar, primero, la legitimidad misma de la injerencia en el ámbito del derecho fundamental desde el punto de vista de los fines que son constitucionalmente legítimos y se ha de tratar de preservar, asimismo, al máximo posible, el espacio originario de permisión, fines ambos que se consiguen a través del juicio de adecuación y el juicio de necesidad (alternativa menos restrictiva). La ponderación como técnica de restricción o injerencia se materializa, así, a través de la *proporcionalidad en sentido amplio*.

#### **2.4. Configuración y restricción de derechos fundamentales**

Como ya se explicó, un rasgo que singulariza las normas de derecho fundamental es su capacidad de vincular directamente a los poderes públicos. No obstante, a veces se discute la realidad de ese *rasgo de fundamentalidad* argumentando que los derechos fundamentales no pueden ser aplicados si no cuentan con un mínimo desarrollo normativo que establezca, como poco, los órganos y los procedimientos indispensables. Desde esta posición escéptica, el legislador ordinario tendría siempre, en alguna medida, que configurar normativamente los derechos fundamentales.

Semejante posición parte, sin embargo, de un equívoco sobre el objeto de la norma de derecho fundamental. Como ya se explicó, dicha norma se limita a establecer las reglas de conducta que son directamente exigibles en las relaciones que los poderes públicos entablan con los ciudadanos. La norma de derecho fundamental no tiene más que ese objeto: imponer deberes de abstención o facilitación que, para ser vinculantes, no tienen que verse reproducidos o confirmados en normas infraconstitucionales. Más allá de ese objeto propio, las normas de derecho fundamental no son, ni mucho menos, autoaplicativas y no pretenden, desde luego, ser autosuficientes en el despliegue de las muy diversas relaciones que los poderes públicos pueden entablar con los ciudadanos (relaciones que tienen, obviamente, requerimientos organizativos y procedimentales que las normas de derecho fundamental ni pueden ni pretenden aportar).

Que siempre es necesario un tránsito normativo que lleve del ejercicio del poder constituyente a la actuación efectiva de los poderes constituidos es poco más que una obviedad. También es innegable que ese tránsito exige la configuración de una serie de

órganos y procedimientos, aunque sea mediante el aprovechamiento o la transformación de las estructuras de poder que ya existían en la organización pública preconstitucional. Sin ese tránsito normativo no hay “poderes constituidos” ni relaciones que estos puedan entablar con los ciudadanos en las que puedan exigirse el cumplimiento de las reglas de conducta previstas en las normas de derecho fundamental. Lo que estas últimas hacen no es, por tanto, facilitar mágicamente todo lo necesario para la actuación de los poderes públicos sino fijar reglas de comportamiento que han de ser respetadas por esos poderes cuando su relación con los ciudadanos llega a hacerse efectiva, con los tránsitos normativos necesarios.

Una vez que se comprende que las normas de derecho fundamental se caracterizan por imponer por sí mismas ciertos deberes de conducta que consisten en prohibiciones de interferencia o en órdenes de habilitación, la distinción entre *configuración* y *restricción* del derecho fundamental pierde interés. Normativamente, solo importa una cosa: la existencia de alguna contradicción entre la regla de conducta que la norma de derecho fundamental establece y la que fija una norma de rango inferior. Solo hay una pregunta que hacerse ¿hay una norma infraconstitucional que contradice las reglas de conducta que derivan de la posición originaria? Si la respuesta a este interrogante es positiva nos encontramos ante una restricción y hay que determinar su legitimidad con los criterios de validez correspondientes, fijados en la propia Constitución.

Esto es especialmente cierto desde el punto de vista del aplicador *directo* por excelencia de la norma de derecho fundamental, que es el juez (ya que la vinculación directa supone, ante todo, que la justiciabilidad sin *interpositio legislatoris*). El juez, sea el juez ordinario que afronta el juicio de aplicabilidad o el juez constitucional que aborda el juicio de validez, han de plantearse siempre la siguiente pregunta: ¿está el caso concretamente planteado dentro del supuesto de hecho general de la norma de derecho fundamental? En caso positivo, habrá de determinar si la ley aplicada restringe esa posición originaria al modificar los deberes de conducta de los poderes públicos, legitimando la restricción. Deberá entonces revisar que el legislador haya cumplido todas las condiciones de validez del ejercicio de la competencia de restricción. Si llega a la conclusión de que una condición de validez ha sido incumplida, planteará la cuestión de inconstitucionalidad (juez ordinario) o anulará la ley (juez constitucional)<sup>406</sup>.

---

<sup>406</sup> Estos poderes de verificación y anulación concedidos a los jueces ponen de relieve, como escribe Caamaño Domínguez, que el binomio que define la identidad constitucional de nuestro tiempo no es

Esta óptica permite comprender que, desde el punto de vista del legislador, existe una sola reserva de regulación, prevista en el artículo 53.1 CE, en la que la distinción entre configuración y restricción no tiene excesiva importancia *a priori*. La reserva de regulación puede desarrollarse hasta cierto punto sin modificar la relación subsuntiva entre el supuesto de hecho general de la Constitución y los deberes de conducta de los poderes públicos. Así ocurrirá normalmente cuando la regulación consista en el establecimiento de lo que se ha llamado un “mínimo de organización y procedimiento” que facilite la mejor (sobre todo la más uniforme y homogénea) aplicación del derecho fundamental. No obstante, cuando la regulación modifique alguno de los deberes de conducta directamente impuestos a los poderes públicos por la regulación constitucional, legitimando los actos contrarios a la posición originaria del derecho fundamental, se convertirá, en ese concreto aspecto, en una ley de restricción, con las especiales condiciones de validez que esto conlleva. En ambos casos estaremos ante el ejercicio de la reserva de regulación del artículo 53.1 CE.

De hecho, las propias normas que desarrollan los requerimientos organizativos y procedimentales pueden ser, en muchos casos, leyes de restricción. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando la norma de desarrollo imponga deberes de conducta de los ciudadanos en relación con el poder donde la norma de derecho fundamental solo había previsto deberes del poder en relación con los ciudadanos. En estos casos, hay un tránsito de una situación en la que el ciudadano podía realizar o exigir sin más el deber de abstención o facilitación del poder público a un nuevo estadio jurídico en el que esos mismos deberes de conducta quedan supeditados al cumplimiento de ciertos requisitos (como el cumplimiento de plazos o el levantamiento de cargas formales).

La configuración legislativa organizativa y procedimental supone, en esos supuestos, la modalización del derecho, que se reconduce imperativamente a una determinada forma de ejercicio. La ley configuradora de los requisitos organizativos y procedimentales es el acta originaria de ciertos deberes de conducta del ciudadano, que

---

tanto, como antaño, el de la polaridad “monarca/parlamento” sino, por influjo del constitucionalista norteamericano, el que define la polaridad “Parlamento/Juez”. Vid. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, “¿Qué es una Constitución? (A propósito de la reciente lectura del libro *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada*)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, Enero-Abril, 2000, p. 358. Como explica el mismo autor, esa potestad judicial en relación con la defensa de la supremacía de la Constitución afecta a la idea de “ley” como expresión de la soberanía, que ya no puede sostenerse: “Sólo una ley son Constitución puede expresar la existencia de una voluntad soberana. Y, sólo ella, ejemplifica el poder de imposición de la mayoría”. Vid. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, “Los vértices de la desconfianza: Constitución, ley y juez (Releyendo Justicia Constitucional y democracia, de Víctor Ferreres Comella)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, 2002, p. 387.

suponen, en el plano normativo, una restricción de su *posición originaria*. La modalización supone que los deberes de conducta del poder público son notablemente reducidos. En la norma constitucional el deber de conducta del poder público procedía en todo caso; con la ley de configuración procede solo cuando se cumplen determinados requisitos.

Así, por ejemplo, si el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia o del derecho a impetrar tutela judicial efectiva son sometidos a plazo de ejercicio, el deber de conducta del Estado de respetar la negativa del llamado a filas o de otorgar una respuesta de fondo a quien plantea una pretensión de tutela solo surge cuando el ciudadano ha cumplido su propio deber de conducta relativo al cumplimiento del plazo legal. Ese deber de conducta no existía en la norma constitucional, lo que no supone la imposibilidad de ejercer esos derechos sin desarrollo legal sino la necesidad de admitir su formalización de la manera más plural y abierta posible, esto es, sin sometimiento a requisito estricto de forma.

La formalización de un derecho puede establecerse, desde luego, en interés del ciudadano pues solo encauzando formalmente los derechos pueden optimizarse los recursos que permiten hacerlos efectivos. No obstante, en el plano estrictamente normativo, ese encauzamiento supone una restricción. Sin la ley de configuración, el Estado había de respetar la objeción de conciencia o la demanda de tutela judicial en cualquier momento útil; con la ley de configuración los deberes de conducta de los poderes públicos solo surgen en determinados casos, de acuerdo con ciertos requisitos. La clave de la vinculación directa de los derechos fundamentales está, como puso de relieve la STC 15/1982 en relación precisamente con la objeción de conciencia, en lo siguiente: la falta de configuración legislativa del derecho no impide su ejercicio sino que, al contrario, lo maximiza, ya que los deberes de conducta en los que se sustancia la protección normativa del Tribunal Constitucional son, en defecto de configuración, exigibles en todo el extensísimo campo que abarca el supuesto de hecho constitucional<sup>407</sup>. El establecimiento de un aparato de organización y procedimiento llevará consigo

---

<sup>407</sup> Jiménez Campo registra “tres supuestos reales” en los que el Tribunal Constitucional “ha realizado el reconocimiento y amparo del derecho fundamental pendiente de regulación legislativa”. Uno de ellos es, precisamente, el de la STC 15/1982 y el derecho a la presunción de inocencia. Los otros serían la STC 31/1994, en relación con la libertad de expresión e información, y la limitación en el empleo del uso de la informática en la STC 254/1993. Vid. JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos...cit.*, p. 59. Este tipo de hipótesis es, de todos modos, excepcional en la medida en que, como explica Häberle, la Constitución no es, en materia de derechos fundamentales, un proyecto en blanco de cara al futuro sino que asume “numerosos contenidos jurídicos que toma del ordenamiento subconstitucional general que existen previamente”. Hay proceso de recepción a través de regulaciones constitucionales de cláusula general. Vid. HÄBERLE, P., *La garantía...cit.*, pp. 156-157.

restricciones a la posición originaria y solo desde este punto de vista estaremos ante una norma de desarrollo del derecho fundamental<sup>408</sup>.

### III. LA GARANTÍA DE CONTENIDO ESENCIAL COMO RESTRICCIÓN DE LAS RESTRICCIONES

#### 3.1. La dignidad de persona como tránsito del valor libertad a las posiciones libres de derecho fundamental

Una vez establecida la posición originaria y determinado el alcance del concepto de restricción ha de dilucidarse el rol que juega la garantía de *contenido esencial* del art. 53.1 CE como *restricción a las restricciones*, esto es, como norma que fija las condiciones materiales que limitan el poder normativo de restricción que compete al legislador. El concepto de *contenido esencial* lleva dichas condiciones meramente implícitas. De ahí que la única opción, para determinarlas, sea trascender el plano de análisis puramente abstracto y acudir al fundamento de los derechos, esto es, a la opción que sigue la Constitución en la configuración normativa de los derechos fundamentales. En este punto, el Constituyente se aparta del paradigma de los derechos como autolimitaciones del Estado -y, por tanto, como creaciones normativas del propio poder- y entronca con la tradición histórica que concibe los derechos fundamentales como expresión de unos *derechos humanos*, esto es, como plasmación normativa de ciertas exigencias éticas ligadas a la idea de humanidad. Esas exigencias son plasmadas en la Constitución a través del concepto filosófico de *persona*. La *dignidad de persona*, a la que los derechos fundamentales se consideran *inherentes* (art. 101.1 CE), hace de todo ser humano dueño de sus decisiones y sus actos, impidiendo que sea tratado como mero objeto, instrumento o medio<sup>409</sup>.

La Constitución refleja aquí un momento histórico determinado en la evolución del constitucionalismo. Después de la II Guerra Mundial, huyendo de los horrores generados por el transpersonalismo fascista y comunista, los pueblos que conforman la Europa libre introducen en sus Constituciones ciertas nociones filosóficas en las que

---

<sup>408</sup> En este sentido, se comprende que, por ejemplo, los profesionales de la información sean partidarios de que no se regule su derecho al secreto profesional a través de la ley, en la medida en que, habiéndose considerado que este derecho está abarcado por la garantía de vinculación inmediata o directa, de dicha regulación solo pueden surgir limitaciones que, desde la pura aplicación de la posición originaria establecida en el texto constitucional, no existen. En resumen: legislar sobre derechos fundamentales, incluso cuando la legislación se dicta para encauzarlos de la forma más adecuada para lograr su efectividad real, supone siempre restringir los derechos fundamentales en comparación con su posición originaria.

<sup>409</sup> Sobre la necesidad de vincular la noción de contenido esencial al respeto de la dignidad humana en un ámbito determinado, vid. LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996, p. 240.

asientan la legitimidad de todo su orden jurídico. Es el caso de los *valores* como máxima instancia objetiva y de la *dignidad de persona* como fuente inmediata de normatividad<sup>410</sup>. Con la crisis del positivismo, verificada desde finales del siglo XIX, filósofos como Husserl, Scheler o Hartmann encuentran en los valores una nueva instancia objetiva trascendente. Con ello, la noción filosófica de persona y la situación intermedia que ésta designa -entre una instancia ideal objetiva y la realidad física y social en la que el ser humano desenvuelve su vida- recibe un nuevo impulso. Tras la catástrofe, consumada plenamente en 1945, los Estados democráticos que quieren dejar atrás sus dictaduras totalitarias convierten los valores y la noción filosófica de persona en los asideros morales de todo su ordenamiento jurídico<sup>411</sup>.

Nuestro orden constitucional sigue tardíamente esa estela. Liberado de la dictadura, el pueblo español (actuando como legislador supremo, esto es, como poder constituyente) convierte la libertad en el primero de los valores superiores de su ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y cataloga a todo ser humano como *persona*, dueño de sus decisiones y sus actos, dotado, por ello, de la capacidad de desarrollar por sí mismo su *personalidad* (art. 10.1 CE). El carácter objetivamente valioso de la libertad lleva, pues, al legislador constitucional a delimitar ámbitos en los que actuar libremente no es el resultado de la mera ausencia de mandatos legales. No se trata de un permiso puramente negativo, de un espacio de indiferencia, desde la óptica de las necesidades colectivas (esto es, de un espacio aún no ocupado por el *derecho de la necesidad*, con sus órdenes y prohibiciones), sino de una esfera donde, al modo suareciano, la libertad es

---

<sup>410</sup> En realidad, se trata de la particular respuesta europea a un fenómeno generalizado de afirmación de los derechos humanos "tras los genocidios acontecidos antes y durante la guerra mundial". Ese fenómeno tuvo, a escala mundial, su acta solemne de nacimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, texto que tiene, pese a su valor programático, como ha escrito Biglino Campos, el valor de "un hito en la historia de la cultura jurídica, al proponer una concepción universal común de los Derechos Humanos". Vid. BIGLINO CAMPOS, Paloma, "Acerca del significado jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, y GARCÍA REGUEIRO, José Antonio (dir.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 69-70.

<sup>411</sup> Como ha señalado Biglino Campos, la Constitución de 1978 supone, en su sentido profundo, la recuperación "más o menos explícita" de la idea de contrato social, como modelo teórico que "sigue sirviendo para legitimar al poder político, al fundamentar la autoridad pública en el consenso de los gobernados". Así, los cuarenta años de dictadura franquista habían supuesto, "la ruptura de toda posibilidad de pacto" convirtiendo España en "un país en el que los vencedores de la guerra dominaron a los vencidos" y en el que, por tanto, más que un contrato social había existido "un contrato de sujeción". La Constitución de 1978 consumó, por contraste, la aspiración de alcanzar "un pacto entre todos, de forma que no hubiera vencedores ni vencidos", teniendo, por ello, el efecto jurídico propio del modelo político del contrato social: la aparición de una "norma pacificadora" cuyas reglas y principios sirven de fundamento común de convivencia entre diferentes. Vid. BIGLINO CAMPOS, Paloma, "Constitución y contrato social", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 47, enero de 2019, pp. 9-13.

*positivamente* deseada como instancia decisoria incoercible. Esto se materializa en el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales que han de ser respetados por todos, incluidos los poderes públicos (art. 9.1 y 53.1 CE).

Late, así, en nuestra Constitución, la vieja idea metafísica de la persona como *ser intermedio*, situado entre dos mundos, el real o social y el ideal o trascendente<sup>412</sup>. Como en la mentalidad cristiana que dio lugar a los primeros derechos naturales, se entiende que la persona no es ni su cuerpo ni su mente sino, como dice Recasens, la unidad dinámica de sus decisiones, que aplica sus intuiciones valorativas a sus concretas circunstancias<sup>413</sup>. Los valores, son la instancia objetiva que permite que el ser humano se haga a sí mismo y ejerza como *persona*, esto es, como un ser que elige quién es de acuerdo con preferencias valorativas y en la medida en que lo permiten sus circunstancias. Hay, así, una conexión íntima entre el personalismo cristiano que incorpora los derechos naturales a la cultura jurídica europea y este nuevo personalismo del siglo XX – representado en España por la *metafísica de la vida* orteguiana o, en la expresión de Gaos, por el *humanismo trascendental*- que influye en las normas constitucionales de la segunda posguerra mundial.

La libertad como valor objetivo ligado a una noción metafísica de persona está, pues, en la base de nuestros derechos fundamentales, no como autolimitaciones de un poder público soberano (que, en principio, todo lo puede y, por tanto, determina casuísticamente los derechos, de acuerdo con los intereses generales presentes en cada circunstancia), sino como “derechos humanos”, esto es, como poderes de realización de la propia libertad que permiten a cada individuo construir su personalidad, esto es, su particular identidad. La “personalidad” en la que descansa la idea de los derechos fundamentales como derechos *humanos* no es la artificialmente creada por el poder público, esto es, la del *ciudadano* (que el Estado-nación decide reservar a los *nacionales* frente a los *extranjeros*); es la que resulta *a priori* del valor sustancial que tiene el ser

---

<sup>412</sup> Habla Fernández Segado de un “substrato filosófico iuspersonalista” de nuestra Constitución conforme al cual “el derecho fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás es el derecho a ser reconocido siempre como persona humana”. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La teoría...”, *cit.*, p. 202.

<sup>413</sup> Inspirándose en Ortega, Luis Recasens Siches sostenía que los valores sirven al ser humano para desarrollar su vida de forma estimativa, esto es, para tomar autónomamente sus decisiones vitales tejiendo, de ese modo, un hilo conductor que determina su ser significativo, su personalidad propia (siendo, así, los valores instrumentos al servicio del hombre). Pero el ser humano siente, al tiempo, el anhelo vital de realizar los valores en su propia existencia (siendo, por ello, el ser humano una vía de realización de una instancia ideal objetiva que, a través de los individuos, va adaptándose a cada contexto y adquiere formas variables). Vid. RECASENS SICHES, Luis, *Tratado...cit.*, pp. 250-251.

humano como persona, como *dominus*<sup>414</sup>. Son, pues, derechos que le corresponden desde el momento mismo de su *nacimiento* pues los hombres, como seres racionales, nacen *libres*, esto es, tienen una libertad natural que es fuente de normatividad (art. 1 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, art. 1 de la Declaración Universal de Derechos de Naciones Unidas). Por eso, aun cuando el individuo se halle en una situación en la que su personalidad está en estado de desarrollo prematuro, como ocurre con la minoría de edad, o en la que se encuentra dificultada por algún defecto de sus bienes más inmediatos, intelectuales o físicos, como ocurre con la discapacidad, el ordenamiento ha de reconocer el mayor grado de decisión posible, reduciendo la intervención complementaria de voluntades ajenas al papel de garantía que sea estrictamente indispensable.

Esa visión metafísica del ser humano -que hace de la condición de persona fuente directa de normatividad, sin mediación alguna del poder público- es la que lleva a la configuración de los derechos individuales como *posiciones libres* (no sometidas a deber de conducta) que se desarrollan en ciertos ámbitos objetivos (integridad física, integridad moral, intimidad...). Hay aquí unos derechos fundamentales que, frente a los de la tradición positivista, no son considerados una autolimitación del poder sino una plasmación formal necesaria de un imperativo *supra-constitucional* inherente a la idea de *persona humana*. La cláusula constitucional que liga los derechos fundamentales al atributo subjetivo de la dignidad expresa ese valor normativo de la humanidad. Eso es lo que hace el art. 10.1 CE de nuestra Constitución al reconocer que la dignidad de la persona es *fundamento* del orden político y de la paz social. El poder constituyente no crea los derechos fundamentales, ejerciendo su soberanía, sino que contempla dicha soberanía como instrumento al servicio de unos imperativos éticos que son intrínsecamente humanos, esto es, inmanentes a la humanidad. Al modo suareciano, respalda el reconocimiento intelectual de una esfera de dignidad humana, esto es, de

---

<sup>414</sup> De ahí que los derechos que sólo pueden ser ejercidos por los españoles sean objeto de reserva expresa, como ocurre con el derecho del art. 23 CE. En este sentido, ya notó Llorens y Clariana que si ciertos derechos participativos en el proceso político quedan constitucionalmente reservados a los nacionales no es por una consideración de jerarquía, esto es por una gradación desigual del nacional y el extranjero en su dignidad, sino por razones de oportunidad política, ya que sólo al nacional alcanzan ciertos deberes públicos, considerándose conveniente establecer una correlación entre dichos deberes de participar, por ejemplo, en la defensa nacional, y los derechos de participación en la toma de decisiones públicas. Lo deseable, en cualquier caso, es que el constitucionalismo tienda a debilitar esta valoración de oportunidad y abra el más amplio espectro de derechos participativos a todos los que residen permanentemente en el territorio del Estado, formando parte de los que, siendo gobernados, han de prestar su consentimiento al ejercicio del poder por parte de los gobernantes. Vid. LLORENS Y CLARIANA, E., *La igualdad...cit.*, pp. 68-71.

una exigencia ética de que ciertos ámbitos de la vida estén regidos por la libertad individual, con un mandato normativo que convierte esa *ética de la libertad* en obligación imperativa de todos los poderes públicos y los ciudadanos (art. 9.1 CE), y, con ello, en un verdadero *derecho de la libertad*.

Los derechos fundamentales de la sección 2ª del Capítulo I de nuestra Constitución son de este tipo: ámbitos objetivos sobre los que se proyecta la dignidad humana (como autonomía, como libertad) y que cuentan, en el plano normativo, con una protección constitucional inmediata. Ahora bien, si los derechos fundamentales, como derechos originarios de la persona, decantan normativamente la tradición jurídica de una ética de la libertad, la idea de un *Estado social*, que ha de materializar el bien común, decanta normativamente la tradición jurídica de una ética de la necesidad, convirtiéndola en *derecho de la necesidad*. Conciliar el bien común (y las necesidades colectivas) con la idea trascendente de la persona y sus derechos es, justamente, el propósito de la teoría de las restricciones. La garantía de contenido esencial, como *restricción de las restricciones*, está llamada a cumplir el importantísimo rol de evitar que las exigencias de vida en comunidad lleguen a imponerse hasta el punto de negar el fundamento moral de todo el ordenamiento jurídico constitucional: la salvaguarda de la dignidad humana.

### **3.2. El contenido esencial y el respeto a la dignidad humana: la prohibición de convertir a la persona en mero objeto**

La garantía de *contenido esencial* del art. 53.1 CE como *restricción a las restricciones* ha de ser coherente, como acaba de verse, con la visión de los derechos fundamentales como *derechos humanos*. En tal dimensión, la dignidad de persona implica la consideración de todo ser humano como fin en sí mismo, dueño exclusivo de sus actos y decisiones vitales, cualidad en la que se asienta, como ya se explicó, la titularidad de los derechos fundamentales, esto es, la transformación del valor libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico, en ciertas posiciones libres sujetas a protección jurídica (derechos fundamentales).

Como explica Gavara de Cara, en la doctrina alemana se ha sostenido, concretamente por Günter Dürig, una teoría que entiende el contenido esencial de los derechos fundamentales como *contenido de los derechos humanos*<sup>415</sup>. El significado

---

<sup>415</sup> Vid. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994, p. 26.

subjetivo de la cláusula del art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn sería, desde esta perspectiva, que “el titular del derecho fundamental no debe ser tratado como un objeto a través de una actividad estatal”. El criterio básico es que se infringe la garantía de contenido esencial cuando se produce la infracción de la dignidad humana y que “[l]a dignidad humana sería afectada cuando una persona fuera tratada como un objeto o un medio”. Esta es, a mi juicio, la línea de interpretación constitucional correcta para aproximarse a la garantía prevista en el art. 53.1 CE.

La teoría sostenida por Dürig centra su atención en los métodos o mecanismos que canalizan la restricción del derecho fundamental. En efecto, el método restricción puede suponer, por sí mismo, una negación de la condición de persona y la relegación de esta a la condición de simple objeto de la actividad estatal. La Constitución establece, de hecho, ciertas prohibiciones absolutas de métodos de injerencia en derechos fundamentales, como las torturas, los tratos inhumanos o degradantes y las penas corporales. Como ocurre, en general, cuando la doctrina constitucional afronta la significación esencial de la dignidad humana como prohibición de instrumentalización -esto es como regla que impide que una persona (que es dueña de sus actos y decisiones) sea convertida en mero objeto o en simple pertenencia ajena- la teoría aludida no proyecta la exigencia de respeto a la dignidad de persona más allá del *método* empleado para consumir la restricción. Esta es, a mi modo de ver, su principal flaqueza.

Lo cierto es que no solo el *método* empleado sino también el *resultado restrictivo* puede implicar la reducción del titular del derecho a la mera condición de instrumento, medio u objeto de los fines, pretendidamente *superiores*, que el poder público trata de alcanzar con una injerencia en determinados derechos fundamentales. El *principio de proporcionalidad*, en su acepción más amplia, constituye, en realidad, el mecanismo metodológico que asegura, en relación con los resultados restrictivos, el respeto a la dimensión sustancial del individuo como persona, esto es como sujeto y no mero objeto del poder público. Asegurando que la restricción quede acotada al mínimo necesario, la proporcionalidad evita que se asigne un peso indebido al interés colectivo y que se asuma, sin más, el deber del titular del derecho fundamental de someterse al dictado de la autoridad, como si tuviera la mera condición de siervo y súbdito. En realidad, todo el sistema jurídico que deriva de la Constitución debe estar construido sobre el fundamento en la dignidad, esto es, sobre la consideración de que cada individuo es el único dueño de sus fines vitales y de que todo el sistema de poder público se orienta, justamente, a facilitar la máxima realización de esos fines en el contexto cambiante de la vida social.

Como técnica que limita las restricciones o injerencias en derechos fundamentales para asegurar que se contraigan al mínimo necesario –lo que supone tomar en la máxima consideración al afectado y a sus intereses vitales, de acuerdo con su condición de persona-, *la proporcionalidad en sentido amplio aparece como la segunda manifestación de la garantía de contenido esencial*. Por ello, si hubiera que buscar una norma constitucional en la que ubicar el principio de proporcionalidad como técnica constitucional de restricción de derechos, esa norma sería la garantía de contenido esencial del art. 53.1 CE en cuanto prohibición de toda restricción que ponga en tela de juicio la dignidad de persona, lo que ocurre cuando el titular del derecho es rebajado a la mera condición de siervo o instrumento de los fines que la actividad estatal trata de preservar. La proporcionalidad en sentido amplio adquiere así su rango sustancial, desde el punto de vista constitucional, como técnica de limitación del poder y, singularmente, como garantía de *restricción a las restricciones*, que es la funcionalidad característica del *contenido esencial*.

Todavía se precisa, sin embargo, un elemento adicional para asegurar que el titular de un derecho fundamental sometido a restricción legislativa sea respetado en su condición de persona, sin que se le reduzca a la condición de medio u objeto. Ese elemento opera cuando la restricción establecida es, en sí misma, una instrumentalización del individuo afectado, que se ve privado de una porción de su posición originaria de libertad sin que haya consumado ningún acto de agresión que le distinga frente al resto de miembros de la comunidad política y que le pueda convertir en responsable exclusivo de la pérdida que sufre a cargo del poder público.

En efecto, desde el punto de vista de la dignidad humana y la consiguiente prohibición de que una persona sea convertida en mero objeto o instrumento de la acción del poder público, no todas las restricciones de derechos fundamentales son iguales. Hay, en primer lugar, restricciones que pretenden proteger a los individuos o a la comunidad en su conjunto frente a una agresión cometida por el propio titular del derecho fundamental. Estamos en este caso ante una restricción que puede recibir la denominación de *policial* o *protectora*. Las leyes regulan el recíproco influjo de los derechos individuales (determinando las molestias y los riesgos que han de ser simétricamente tolerados en los distintos contextos de vida social), establecen las reglas de reparación de las agresiones que trasgreden los derechos ajenos y fijan el castigo que ha de imponerse a los culpables de dichas agresiones. La competencia para establecer restricciones legislativas policiales está condicionada, por efecto de la garantía de

contenido esencial, por el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Por ello, solo los excesos restrictivos constituyen vulneraciones de derechos fundamentales en las que puede tener cabida la indemnización. Si la actuación protectora del poder público cumple con todos sus presupuestos legitimadores, no hay razón alguna para indemnizar. El que decidió agredir a otro o a la comunidad es la única causa del mal que el poder público le inflige. Como se vio en el capítulo II, esa es la gran enseñanza del personalismo radical.

La restricción de un derecho fundamental puede tener, sin embargo, otra finalidad distinta a la protectora: obtener ventajas colectivas en un determinado contexto, esto es, ejercer la justicia distributiva para obtener un bien mayor a la vista de las circunstancias concurrentes. Esta es la modalidad de restricción o injerencia que puede recibir el nombre de *social* o *sacrificial*. En esta modalidad, en la que la restricción no está basada en el acto ilícito cometido por el individuo afectado, el poder público contempla la injerencia en la posición originaria del derecho fundamental como una oportunidad para evitar un mal o para obtener una ventaja mayor desde el punto de vista de los intereses generales. Una restricción de estas características es conceptualmente legítima desde el momento en que el Estado constitucional se define a sí mismo como *social* pero debe ajustarse, indudablemente, a las exigencias generales destinadas a preservar el *contenido esencial* del derecho fundamental.

De esta suerte, en las restricciones sacrificiales, como en las protectoras, el *método* que canaliza la restricción sacrificial no podrá ser contrario, por sus propias características, a la dignidad. Habrá de asegurarse, igualmente, la *proporcionalidad* de la injerencia en relación con el resultado restrictivo. Pero no bastará con cumplir estas dos exigencias. Aun cuando se materialice a través de un método admisible y se reduzca su incidencia en la posición originaria al mínimo necesario, el resultado final de esta restricción *sacrificial* seguirá siendo una pérdida causada coactivamente a ciertos individuos para conseguir instrumentalmente el bien de todos. En otras palabras, unos habrán sido utilizados para beneficio de los demás, viéndose convertidos en meros medios o instrumentos. De ahí que, en estos casos, la garantía de contenido esencial deba añadir algo a la prohibición constitucional de métodos degradantes y al juicio de proporcionalidad en sentido amplio: un juicio adjudicativo que reasigne la pérdida generada, reubicándola en la esfera jurídica de todos los beneficiarios. Esta es la tesis que, como se vio en el capítulo II, se sostuvo desde la óptica del personalismo moderado.

#### IV. CONCLUSIÓN. LA ESTRUCTURA TRIPARTITA DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS RESTRICCIONES Y LA GARANTÍA DE CONTENIDO ESENCIAL COMO *RESTRICCIÓN DE LAS RESTRICCIONES*

Desde la comprensión de los derechos fundamentales como derechos humanos, basados en la dignidad de persona, existe, como acaba de verse, un criterio objetivo con el que puede contrastarse, desde el punto de vista del control de constitucionalidad de las leyes, la posición definitiva de un derecho fundamental (resultante de la restricción legislativamente impuesta, sometida a juicio de inconstitucionalidad) con la posición originaria (constitucionalmente fijada). El sentido de ese criterio objetivo es determinar si la restricción ha rebasado el mínimo constitucional infranqueable en el que descansa la noción constitucional de los derechos fundamentales como derechos humanos: la negación de la dignidad humana, esto es, la utilización de la persona como mero medio u objeto de la actividad estatal. Esto supone:

(i) La prohibición absoluta, para todo tipo de restricciones, de la utilización de métodos que impliquen, por sus propias características, la negación de la condición de persona. Las prohibiciones constitucionales de tortura y tratos inhumanos o degradantes, de la pena de muerte y de las penas corporales serían manifestaciones concretas de esta interdicción general de métodos contrarios a la dignidad humana, derivables de la cláusula de contenido esencial.

(ii) Que el resultado restrictivo no incurra en excesos en relación con el fin legítimo que la restricción persigue. Se trata, en este caso, de aplicar el principio de proporcionalidad en sentido amplio (cuyo valor como técnica de restricción o injerencia ya fue puesto de manifiesto con anterioridad). En las restricciones protectoras o policiales, si el método de injerencia es compatible con la dignidad (no siendo degradante) y el resultado restrictivo es proporcionado, se cumplen todas las exigencias de la garantía de contenido esencial. En última instancia, el mal impuesto (como restricción de la posición originaria de libertad) es atribuible a la propia autonomía del titular del derecho fundamental, que ha decidido por sí mismo realizar un acto de agresión, constituyendo, por ello, la causa del mal que sufre.

(iii) En las restricciones sacrificiales o sociales, el respeto a la dignidad humana (como núcleo constitucional intangible, esto es, como contenido esencial del derecho fundamental) estriba no solo en el método de restricción o injerencia y en la aplicación del principio de proporcionalidad pues precisa igualmente la distribución equitativa del

resultado dañoso. Si el sacrificado carga exclusivamente con su coste, en beneficio de los demás, queda convertido en mero medio u objeto de los fines de la colectividad. El coste del bien común (identificado con el resultado dañoso que la injerencia o restricción sacrificial produce) debe ser, por ello, equidistribuido entre todos los beneficiarios, lo que, según se verá, se consigue a través de la indemnización, dándose, así, relevancia constitucional al Derecho de Daños a través de la noción de *daño sacrificial*. De ello me ocuparé en el próximo capítulo.

La cláusula constitucional de *contenido esencial* cumple, en definitiva, su rol característico de *restricción de las restricciones* (o *límite de los límites*) cuando la ley que impone una restricción de la posición originaria de derecho fundamental respeta los siguientes requisitos: (i) utiliza un *método de injerencia no degradante*, esto es, que no es constitucionalmente inadmisibles por su contradicción con la dignidad humana, (ii) cumple con las exigencias ponderativas y justificativas del *principio de proporcionalidad en sentido amplio* (como técnica de restricción o injerencia que asegura la reducción del resultado restrictivo al mínimo necesario, pues, si este fuera rebasado, se estaría utilizando al afectado como mero medio u objeto al servicio del fin perseguido), y (iii) cuando se trata de una restricción sacrificial o social (y no puramente protectora o policial), se procede a la *distribución equitativa del daño entre todos los beneficiarios*, sin cargarla exclusivamente en la esfera del titular del derecho sacrificado. Una restricción de la *posición originaria* impuesta por el legislador que no respete estas condiciones, que son las que aseguran su compatibilidad con la cláusula de dignidad de persona (art. 10.1 CE), habría de reputarse, en el juicio de control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional, como contraria a la garantía prevista en el art. 53.1 CE y, por ello, como lesiva del contenido esencial del derecho fundamental que es objeto concreto de restricción legislativa.

La estructura tripartita *posición originaria (de libertad)/restricción legislativa (fundada en la necesidad)/posición definitiva (ajustada al contexto particular afrontado por el legislador)* cobra toda su virtualidad jurídica, sin que la garantía de contenido esencial deje de jugar su rol característico como *restricción de las restricciones*, en cuanto impone condiciones *a priori* que aseguran que el tránsito de la posición originaria a la posición definitiva sea conforme con el presupuesto axiológico de los derechos fundamentales: la dignidad inherente a la condición de persona, que hace de todo ser humano un fin en sí mismo y no mero medio, objeto o instrumento.

## CAPÍTULO VII

### EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DAÑOS SACRIFICIALES

*“La razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría ninguna razón para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a personas privadas”.*

Eduardo García de Enterría, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*

#### I. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA SACRIFICIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La noción de *Estado social de Derecho* se compone de dos ideas fragmentarias, Estado de Derecho y Estado social, que, pese a representar modelos históricos contrapuestos, están llamadas a integrarse en un solo enunciado constitucional, dotado de significado propio<sup>416</sup>. En las palabras de Ernst Benda, el modelo constitucional de Estado no es el de “un Estado social incompleto debido a la garantía de Estado de Derecho o, inversamente, de un Estado de Derecho incompleto por mor del mandato de Estado social. Nuestra tarea es más bien ligar dos conceptos en principio opuestos, es decir, [lograr] la unidad de Estado de Derecho y Estado social”<sup>417</sup>.

El antagonismo histórico y conceptual entre ambos modelos de Estado, esbozado en la primera parte de esta obra, es, sin embargo, tan extremo que puede dar la impresión de que la unidad constitucionalmente pretendida no es más que un desiderátum evanescente. Nada más lejos de la realidad: abundan en la vida diaria los supuestos fácticos en los que las cláusulas de Estado social y Estado de Derecho chocan frontalmente, planteándonos el desafío de buscar soluciones acordes con la noción

---

<sup>416</sup> No obstante, como ha señalado Rodríguez de Santiago, esa tensión entre Estado social y Estado de Derecho tiene carácter ambivalente, ya que, mediante la realización de los fines sociales del Estado, el efecto final es generar condiciones que permiten un ejercicio más amplio de los derechos fundamentales ! o, en las palabras del propio autor, “hace ya décadas que el Estado social se explica como una atribución de funciones al Estado dirigidas a *universalizar* los derechos fundamentales del Estado de Derecho”. Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. ! 19-23. !

<sup>417</sup> BENDA, Ernst “El Estado social de Derecho”, en BENDA, Ernst, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jochen., HESSE, Konrad, HEYDE, Wolfgang (et. al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2001, p. 526. !

unitaria que las integra. Si, a la vista de la indudable dificultad de la empresa, renunciamos anticipadamente a acometerla no tendremos más remedio que optar, en cada caso, por dar primacía puntual a una de las dos cláusulas en pugna, resignándonos, con ello, a un Estado de Derecho incompleto y a un Estado selectivamente social. El sacrificio de derechos es una de las instituciones jurídicas en las que la demanda de protección de los derechos fundamentales se enfrenta cotidianamente a los imperativos de la vida en comunidad. Se plasma en ella, en toda su crudeza, el conflicto constitucional entre Estado de Derecho y Estado social:

(i) La cláusula de Estado de Derecho, entendida en sentido material, exige, de un lado, que el poder público proteja los derechos fundamentales en cuanto “porciones autónomas derivadas de la dignidad humana”<sup>418</sup>. La dignidad convierte a todo individuo en un fin en sí mismo, confiriéndole un ámbito de autonomía, una esfera de derechos donde es dueño exclusivo de sus fines vitales y de los actos que puede realizar para alcanzarlos<sup>419</sup>. Puede así desarrollar libremente su personalidad (art. 10.1 CE). Nadie es siervo de otro, razón por la cual nadie ha de utilizar coactivamente a otro como instrumento involuntario de sus propios fines, negándole su condición de persona<sup>420</sup>. Este es el significado profundo de la regla *neminem laede*. Como señaló John Locke recogiendo una tradición de pensamiento iusnaturalista, los seres humanos no hemos sido hechos “para utilidad de otros, tal y como fueron hechas las criaturas de rango inferior para

---

<sup>418</sup> BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en BENDA, E., MAIHOFFER, W., VOGEL, H. J., HESSE, K., HEYDE, W. (et. al.), *Manual...cit.*, p. 125.

<sup>419</sup> Las fórmulas utilizadas, en este punto, por algunos textos constitucionales, como el alemán o el español, no es casual. La dignidad de la persona y los derechos le son “inherentes” son, en nuestra Constitución, fundamento del orden jurídico que establece el constituyente, que reconoce, con ello, que son una realidad previa, entroncando su orden de valores con una tradición cultural de claro signo iusnaturalista. En este sentido, no estamos ante conceptos “creados por el constituyente, esto es, por el Estado sino que el Estado los encuentra *previamente dados*”. A su vez, la idea de que esas nociones previas fundamentan el “orden político” y la “paz social”, es decir, todas las esferas de relación intersubjetiva, supone la eficacia vertical y horizontal del concepto, que despliega sus efectos en las relaciones con el poder público y entre particulares. Véase. VON MÜNCH, Ingo, “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, pp. 26-30.

<sup>420</sup> En ese sentido, nuestra Constitución contempla una concepción de la dignidad “no condicionada” a la virtud de los fines del individuo afectado. Se sigue, pues, una línea de pensamiento *personalista*, en la que la dignidad se hace coincidir con la autonomía de cada sujeto para decidir sus fines vitales. es la concepción latente, como se verá en su momento, en el reconocimiento constitucional de la “dignidad de la persona” como fundamento del orden político y social (art. 10 CE), lo que tiene una clara consecuencia jurídica, pues “a partir de ese reconocimiento [...] surge la relación jurídica fundamental según la cual hay una exigencia básica en el Derecho por la que todos –Estado y ciudadanos– tienen que tratar a los demás como personas con dignidad plena”. Véase OEHLING DE LOS REYES, Alberto, “El concepto constitucional de dignidad de la persona. Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, 2011, pp. 137-139.

que nos sirviéramos de ellas”<sup>421</sup>; por eso el Derecho natural prohibía, en su opinión, entrometerse coactivamente en los derechos ajenos, menoscabando las titularidades que pertenecen a otro individuo. Kant entendió, en la misma línea, que el *neminem laede* era consecuencia directa de otra máxima jurídica previa, *honeste vive*, que para el filósofo alemán significaba que debía tratarse a todos (empezando por uno mismo) como fines y no como medios, objetos o instrumentos de nuestros deseos o intereses<sup>422</sup>. Nuestro orden constitucional enlaza con esa tradición de pensamiento cuando prevé un Estado de Derecho en sentido material (arts. 1.1, 10, 53.1 CE). Cuando tratamos de obtener utilidades propias a costa de derechos ajenos, los fundamentos últimos del orden constitucional se ven removidos, pues se cuestiona la vigencia misma de la cláusula de Estado de Derecho. La prevención frente a toda coacción instrumental en la esfera de los derechos fundamentales alcanza, en todo caso, a la comunidad política misma, pues, como escribe el propio Benda, “contradice la dignidad humana convertir al individuo en mero objeto de la acción del Estado” ya que esto supone “la degradación de la persona a la condición de objeto, a su valor de cambio”<sup>423</sup>. Como se vio en el capítulo precedente, la esencia de la cláusula de salvaguarda del contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) se encuentra, justamente, en la necesidad de preservar su sustrato sustancial: la dignidad de cada ser humano como fin en sí mismo.

(ii) Lo cierto es, sin embargo, que los recursos y bienes a disposición de los individuos son instrumentalmente empleados por las autoridades para afrontar las necesidades marcadas por el contexto en el que los derechos despliegan su eficacia. La cláusula de Estado social habilita al poder público para realizar (o autorizar que se realicen) operaciones de justicia distributiva a través de las cuales los intereses de unos individuos se ven postergados para satisfacer los de otros, que son considerados

---

<sup>421</sup> LOCKE, J., *Ensayo...cit.*, p. 8.

<sup>422</sup> Como es sabido, Kant realiza una división de la doctrina del Derecho basada en las tres máximas de Ulpiano: (i) sé un hombre honesto (*honeste vive*), lo que entiende que implica no convertirse “en un simple medio para los demás” y que deriva de la humanidad de la persona; (ii) no dañes a nadie (*neminem laede*), que es una prohibición de agresión que se convierte en *lex iuridica*, y (iii) da a cada uno lo suyo (*suum cuique tribue*), regla según la cual, si no puede evitarse el daño a otro, por ser propio de una vida en sociedad, debes formar parte de una sociedad con los demás que asegure o proteja lo propio de cada uno frente a los demás. Vid. KANT, I., *Metafísica...cit.*, p. 47. Pues bien, el que trata a otro como mero medio deja de actuar conforme al deber que deriva de la razón (imperativo categórico), tratando sólo de alcanzar una ventaja (imperativo hipotético). Con ello, no sólo convierte a otro en mero medio de sus fines sino que se convierte a sí mismo en medio de sus inclinaciones, dejando de cumplir la primera máxima. Por eso, el daño que sufre por parte del quien se defiende de su agresión es lícito como también lo es la pena del talión, que al negar su propia humanidad a través del acto injusto, el propio agresor ha elegido para sí.

<sup>423</sup> BENDA, Ernst, “Dignidad...”, *cit.*, p. 125.

prevalentes, bien por su mayor rango axiológico, bien por su mayor presencia cuantitativa (donde no hay diferencias objetivas de valor). Las concreciones constitucionales del carácter social del Estado son el mejor exponente de este fenómeno. Según el art. 9.2. CE, *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. En particular, los poderes públicos han de proteger la familia y la infancia (art. 39 CE), distribuir equitativamente la renta regional y personal (art. 40 CE), garantizar prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente ante el drama del desempleo (art. 41 CE), proteger la salud (art. 42 CE), facilitar el acceso a la cultura (art. 43 CE), cuidar tanto del medio ambiente (art. 45 CE) como del patrimonio histórico, artístico y cultural de España (art. 46 CE), posibilitar el acceso a la vivienda (art. 47 CE), atender a los discapacitados (art. 48), asegurar la suficiencia económica de los mayores (art. 49 CE) y defender a los consumidores y usuarios (art. 50 CE). Para lograr tan ambiciosos objetivos, los fines vitales de unos ciudadanos se ven inevitablemente desplazados; ciertos bienes que estaban en su esfera de derechos son puestos al servicio de fines ajenos, pues *“[t]oda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”* (art. 128 CE). Se compromete, con ello, la idea de una dignidad realmente incondicionada, esto es, la consideración de toda persona como fin en sí mismo y no como siervo, instrumento o herramienta de los demás, por noble o encomiable que pueda resultar el objetivo que el poder público trata de alcanzar<sup>424</sup>.

---

<sup>424</sup> Corresponde a Luis Medina el mérito de haber advertido la trascendencia de la idea de instrumentalización y su centralidad para la adecuada comprensión del funcionamiento de la cláusula de Estado “social”, que habilita al Estado para “utilizar” a los individuos, actuando lícitamente contra sus derechos en beneficio del colectivo. La caracterización que hace Medina de la instrumentalización está expuesta de forma enormemente sugestiva en su obra, incompleta y, por ello, aún inédita, *El derecho a dañar y sus límites*, que el autor generosamente me ha facilitado. Me remito, pues, a dicha obra de forma general en este momento. He de advertir, no obstante, que en el aludido trabajo de Medina se rechaza que, dentro del concepto de instrumentalización, pueda encontrarse la “realización de riesgos”. En la última parte de este artículo pretendo poner de manifiesto, no obstante, que la realización de riesgos que van más allá de los que nos generamos mutuamente en el desarrollo normal de la vida social (en los que el arbitrio de uno supone el límite al arbitrio del otro), al entrañar una ruptura de la delimitación de esferas de poder de acuerdo con la idea de justicia conmutativa, requiere de un respaldo del poder público. Este ha de decidir si ese riesgo extraordinario que pone los bienes de unos a merced de otros deja de ser ilícito -pues al no ser recíproco, constituye, en principio, una agresión-. Si el poder opta por dar carta de licitud a esa actividad -por razón del bien social que aporta-, tal decisión autorizativa contempla ya la realización hipotética de injusticias conmutativas y supone, por ello, la aceptación de la instrumentalización de los individuos que, finalmente, sufrirán daños en sus bienes. El poder público entiende que la actividad que genera ese peligro extraordinario y no recíproco es socialmente ventajosa y, por esta razón, desarrolla él mismo o autoriza a otros su desarrollo. Asume la altísima probabilidad o nocividad del daño que puede

El *sacrificio* de los derechos surge como concreción de ese marco abstracto de conflicto. El sacrificio es el acto de coacción contrario al ámbito originariamente garantizado por un derecho fundamental que el poder público realiza en aras del beneficio colectivo. Es la pérdida de libertad individual lícitamente impuesta con la finalidad de obtener una ganancia o utilidad común. Se revela, así, como el ámbito más propicio para resolver el conflicto planteado entre las cláusulas de Estado de Derecho y Estado social. Ante este instituto, ambas ideas abandonan su abstracción y se convierten, en una situación de la vida real, en un todo unitario susceptible de tratamiento coherente. Resolver el problema del sacrificio de derechos es, por ello, la manera más tangible y pragmática de convertir el *Estado social de Derecho* en una cláusula constitucional dotada de auténtico sentido unitario. Hemos de aprender, por ello, a identificar una hipótesis sacrificial y hemos de darle, acto seguido, una respuesta constitucionalmente adecuada. A este respecto, en el capítulo precedente ya se puso de manifiesto que la cláusula de *contenido esencial* de los derechos fundamentales exige asegurar que toda restricción verificada en un derecho de este tipo se realice sin merma de la consideración de su titular como un fin en sí mismo, lo que, en el caso de las restricciones sacrificiales puede conllevar un deber de indemnización. En el deber de indemnización está, pues, el rasgo distintivo de la restricción sacrificial de un derecho fundamental.

El propósito de este capítulo final es determinar con mayor precisión el régimen jurídico de los sacrificios de derechos dentro del marco, ya expuesto, de la *teoría general de las restricciones*. Para ello, debe ponerse el acento, justamente, en el elemento distintivo de las restricciones de tipo sacrificial: el deber de indemnizar los daños que ocasionan. Los llamados *daños sacrificiales* serán, por ello, objeto de un análisis somero, que se dividirá en dos partes. En la primera trataré de determinar cuándo existen daños de tipo sacrificial. En la segunda intentaré deslindar la indemnización del daño sacrificial, como tutela del contenido esencial de los derechos fundamentales, del régimen *objetivo* de responsabilidad civil de las administraciones públicas.

## II. EL DAÑO SACRIFICIAL: CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN

### 2.1. Los rasgos característicos del sacrificio de derechos en el marco de la teoría de las restricciones

---

generar la actividad en cuestión, utilizando a los afectados para alcanzar un bien mayor. El daño no es directamente deseado pero sí asumido como necesario. También, por tanto, se instrumentaliza en este caso.

En el capítulo anterior ya se advirtió que la restricción de derechos fundamentales opera a través de dos normas: (i) una norma constitucional de *competencia* que otorga la habilitación para crear otras normas que restringen la operatividad de la *posición originaria* de un derecho fundamental; (ii) una segunda norma, dictada por el legislador democrático al amparo de esa competencia, que suprime de forma efectiva la protección constitucional en un supuesto de hecho determinado y habilita la realización de actos de coacción contrarios a la referida *posición originaria* (cambiando los deberes de conducta exigibles al poder público por otros de signo contrario). Esta segunda norma (llamada *ley de restricción*) tiene naturaleza *sacrificial* cuando no constituye una reacción protectora contra el acto ilícito cometido por propio el titular del derecho fundamental sino que pretende, simplemente, *remover el derecho fundamental como obstáculo* que impide obtener una *utilidad mayor* desde el punto de vista del interés colectivo. El sacrificio de derechos se consuma cuando los actos coactivos habilitados por la *ley de restricción* son efectivamente realizados por la autoridad competente<sup>425</sup>.

El sacrificio es, pues, el acto contrario a la *posición originaria* del derecho fundamental que el poder público realiza coactivamente al amparo de una *ley de restricción* a los efectos de obtener una ganancia o utilidad colectiva. El dato más inmediato de dicha definición es la naturaleza coactiva de la actuación pública, que no depende de la voluntad concorde del individuo afectado. Ha de tratarse de un menoscabo *impuesto*, esto es, causado coactivamente. La comunidad política, amparada en su irresistible capacidad de coacción y con la cobertura que le otorga la *ley de restricción*, decide *quitar* a un individuo algo que le pertenece (y que estaba, en un principio, bajo la protección de una norma de derecho fundamental).

No obstante, la caracterización del sacrificio de derechos como actuación pública *coactiva* es claramente insuficiente. La teoría general de las restricciones nos enseña que la actuación pública coactiva realizada al amparo de una *ley de restricción* ha de reunir una característica adicional para llegar a tener naturaleza sacrificial: ha de ser, en última instancia, una plasmación puntual de la *cláusula social del Estado*, (arts. 1.1, 9.2, 128 CE) por lo que no pueden conceptuarse como sacrificios las actuaciones públicas que, en lugar de remover los derechos fundamentales como obstáculos puntuales para la obtención de una ventaja o utilidad pública, tratan de reaccionar frente a una agresión, un acto ilícito o una infracción de deber de conducta imputable al titular del derecho fundamental. Los actos de coacción que, al amparo de una *ley de restricción*, reaccionan

---

<sup>425</sup> Sin perjuicio de los casos en los que la ley de restricción pueda ser autoaplicativa.

frente ante tales actos ilícitos, imputables al titular del derecho, no son, por tanto, constitutivos de restricción *sacrificial* sino de lo que en su momento llamamos restricción *policial* o *protectora*.

Es claro que tanto los actos de coacción *protectora* como los de coacción *sacrificial* pueden generar daños pero se trata de una circunstancia puramente accidental. La restricción se consuma a través del acto coactivo autorizado aunque de él no se deriven daños. Ahora bien, cuando esos daños se producen, la garantía de *contenido esencial* juega de manera diversa en las dos clases de hipótesis sacrificiales. Los daños verificados en el ejercicio de poderes protectores o de policía pueden imputarse a la propia decisión autónoma del titular del derecho fundamental, que ha decidido vulnerar el orden jurídico, convirtiéndose, con ello, en la causa última del mal que sufre. No ocurre así en los daños sacrificiales. En ellos el titular del derecho fundamental no es responsable de su mal. El poder público ha visto la oportunidad de obtener una utilidad mayor suprimiendo la protección conferida por la norma de derecho fundamental. Los daños causados en este caso son costes de la realización del bien común que, si se cargan exclusivamente en la esfera del individuo sacrificado, suponen que este sea convertido en mero objeto o instrumento de las políticas públicas.

Para evitar la instrumentalización del titular del derecho, la cláusula de *contenido esencial* exige, como ya se vio, la indemnización del daño, con la que se reasigna el coste de la realización del *bien común* a todos sus beneficiarios, evitando que unos sean convertidos en meros siervos de otros (objeto, medio o instrumento de sus intereses). Si el titular del derecho fundamental no sufre daños, lo que ocurrirá si su riqueza global no disminuye o incluso si se ve incrementada, la cláusula de *contenido esencial* exigirá únicamente que el método de injerencia no sea degradante o denigrante y que se cumplan las exigencias del principio de proporcionalidad (esto es, se contraerá a los parámetros generales que rigen también para las restricciones protectoras o policiales).

Sentado que toda restricción de un derecho fundamental es un acto de coacción, su régimen jurídico depende, en definitiva, de un doble interrogante. Hay que preguntarse, en primer lugar, si está amparado en la *cláusula social* de la Constitución o responde, más bien, a una finalidad protectora o policial. Cualquiera que sea la respuesta a esta primera pregunta, debe verificarse que se han cumplido los requisitos generales de toda restricción de derechos fundamentales: habilitación legal, calidad de la ley y respeto de la cláusula de contenido esencial, sustanciada en la prohibición de métodos denigrantes y en el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Cuando la

finalidad del acto coactivo autorizado es social o sacrificial, estaremos, en particular, ante un *sacrificio de derechos* que exigirá plantearse un interrogante adicional: ¿genera una pérdida de riqueza o lleva consigo una compensación implícita? Hay que comprobar, en definitiva, si el sacrificio de derechos ha generado *daños sacrificiales*, siendo en tal caso exigible su indemnización para preservar el *contenido esencial* del derecho fundamental sacrificado. Veámoslo con más detalle.

## 2.2. Daño sacrificial y cláusula social

Solo son sacrificiales los daños lícitamente ocasionados al amparo de la cláusula social del Estado constitucional, esto es, producidos con la finalidad de obtener una utilidad social o una mejora del bienestar colectivo.

La primera y más básica consecuencia de este postulado es que no son sacrificiales los daños causados ilícitamente. Cuando la actuación del poder público no está amparada en ninguna finalidad constitucionalmente legítima estaremos daños intencionales ilícitos, no ante daños sacrificiales. Estos últimos han de estar correctamente amparado en la cláusula social de la Constitución, por mediación de la correspondiente *ley de restricción*, legitimando la injerencia coactiva en la *posición originaria* protegida por la norma de derecho fundamental.

La segunda consecuencia del postulado aludido es la siguiente: el daño sacrificial no puede derivar de una medida pública (normativa, administrativa o judicial) arbitrada para asegurar la adecuada coexistencia –desde la óptica de la justicia conmutativa- de las distintas esferas de libre realización individual. Esta segunda consecuencia es especialmente importante, ya que permite sustraer del concepto de daño sacrificial, y del consiguiente deber constitucional de resarcir, las consecuencias dañosas derivadas un amplio abanico de potestades públicas.

La cláusula constitucional de *Estado de Derecho* se articula a través de la llamada *justicia conmutativa* o correctiva, que trata de asegurar la igualdad de todos. Cada individuo ha de realizar su arbitrio personal en su propia esfera de derechos, evitando toda injerencia en el ámbito de autodeterminación de los demás. Las reglas fijadas por la autoridad pública para garantizar que las titularidades de unos individuos no se vean afectadas por el arbitrio de otros –más allá de las molestias ordinarias que han de ser recíprocamente toleradas como propias de una vida en comunidad- evitan, castigan y resarcen coactivamente la *instrumentalización*. No es que el Estado actúe coactivamente contra los derechos de unos ciudadanos en beneficio de otros. Se trata justamente de lo

contrario: se establece un marco jurídico que impide que un ciudadano obtenga una ganancia indebida agrediendo los derechos de sus iguales o que los someta unilateralmente a los designios de su voluntad más allá de lo que ha de ser recíprocamente tolerado. A través de las reglas de policía, el Estado, lejos de consumir o autorizar una injusticia conmutativa por razones de interés general, establece el adecuado equilibrio entre sujetos que deben ser considerados iguales, de suerte que uno no convierta otro en mero objeto, medio o instrumento de sus intereses<sup>426</sup>.

La intervención social constituye el extremo opuesto a la intervención de policía<sup>427</sup>: el Estado no solo no impide la *agresión* a los derechos ajenos sino que la

---

<sup>426</sup> Acudiendo al lúcido análisis de Frank Michelman, esta es la razón de justicia que se esconde tras el test jurisprudencial norteamericano que niega la resarcibilidad de los *takings* en función del carácter perjudicial de la actividad privada que resulta afectada. Se centra, así, en determinar si la regulación introducida trata de evitar daño o de obtener beneficios. Esto lleva al problema, no siempre fácil de resolver, de determinar cuál es la actividad “molesta”. Así, el propietario que, a sabiendas de su carácter molesto o perjudicial, sitúa su industria en un lugar aislado puede ver cómo la expansión urbanística lleva a que la ciudad acabe rodeando su terreno. En ese caso ¿puede descartarse la compensación sobre la idea de que el poder público trata simplemente de evitar una molestia para otros individuos? El test no ha de aplicarse, por ello, automáticamente a supuestos en los que la medida pública no pretende extraer ninguna utilidad social sino ha de limitarse, más bien, a identificar como no resarcibles medidas que simplemente corrigen una situación de redistribución unilateral de recursos, esto es injusticia conmutativa en la que un ciudadano está realizando —a través del uso molesto— su voluntad sobre la esfera de bienes ajena. En suma, se trata de comprender que hay restricciones de bienes privativos que nada tiene que ver con la eficiencia. La medida pública lo único que pretende es restituir a un propietario en el bienestar que otro le está quitando a través de un uso de su propio bien que genera un perjuicio para los demás. Vid. MICHELMAN, Frank, “Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of ‘Just Compensation’ Law,” 80 *Harvard Law Review*, pp. 1236-1239. En cualquier caso, las críticas de Michelman a este criterio no deben ser exageradas. Como le replica Epstein no puede descartarse la operatividad general de un criterio acudiendo a los problemas que generan los casos más problemáticos. De otro lado, a mi juicio, puede coincidirse con Epstein en que el caso de la “fábrica de ladrillos” de Michelman no merece indemnización desde la óptica del sacrificio de la propiedad —ya que es objetivamente una actividad que genera daños a sus vecinos— y que puede, al mismo tiempo, admitirse la indemnización desde otra perspectiva distinta propia de la responsabilidad patrimonial de la administración, como la confianza legítima, siempre que una ordenación del poder público hubiera generado en el propietario de la fábrica la expectativa razonable de que no se produciría la situación nociva de terceros. Vid. EPSTEIN, R. A., *Takings...cit.*, p. 117.

<sup>427</sup> Como señala Epstein existe una “distinción estructural” clave entre medidas de “policía pública” y las medidas de “utilidad pública”. El autor, con su prisma de Derecho Privado aplicado a la cláusula constitucional del *eminent domain*, observa lúcidamente que se da entre ambas medidas públicas la misma diferencia que existe entre la legítima defensa y el estado de necesidad. Vid. EPSTEIN, R. A., *Takings...cit.*, pp. 108-111. La legítima defensa permite a un particular dañar a otro sin mediar compensación porque el dañante evita con ello la agresión ajena. Se trata, pues, de la defensa de la delimitación recíproca de las esferas de libre realización individual basada en la justicia conmutativa (frente a la amenaza de injusticia conmutativa que representa el agresor). En cambio, en el estado de necesidad, se autoriza a causar un daño a otro para obtener un resultado que es de mayor valor para la colectividad, pero a costa de consumarse una injusticia conmutativa. Por eso, a diferencia de la legítima defensa, el daño causado en estado de necesidad exige la indemnización al dañado —como individuo que sufre en sus propios bienes el sacrificio verificado en beneficio común—. Las actuaciones públicas de policía

autoriza convirtiéndola en una agresión *lícita*, cuyo resultado final cuenta con el respaldo de la comunidad política a pesar de constituir un daño. La cláusula social es, de este modo, la previsión constitucional que permite, en última instancia y a través del desarrollo legal correspondiente, que el poder público dañe lícitamente a los ciudadanos para obtener un beneficio común. Si la medida de policía constituye la regla pública paralela a la *legítima defensa*, la medida sacrificial se desvela, de este modo, como la regla de Derecho Constitucional paralela al *estado de necesidad* (institución que, en el marco jurídico vigente, no constituye, en realidad, más que una manifestación concreta de dicha cláusula constitucional de “Estado social”). En este caso, al no ser el daño una reacción frente a una agresión, la víctima no puede considerarse responsable de su propio mal. Al sufrir el daño se ve lícitamente utilizada o instrumentalizada en beneficio del colectivo.

Esta última idea supone que el Estado puede autorizar (*ley de restricción*), por razones de interés social y en atención a la ponderación adecuada de los costes y los beneficios (*proporcionalidad*), que los particulares se dañen los unos a los otros en situaciones determinadas o que realicen actividades generadoras de riesgos *no recíprocos* (que suponen, por ello, una elevada probabilidad de daño para terceros). En todos estos casos, propios de la (mal) llamada *responsabilidad objetiva* (riesgo y sacrificio en sentido estricto), se plantea el problema constitucional del *daño sacrificial*: los daños lícitamente causados en beneficio común deben ser conciliados con la dignidad de las víctimas, ya que los fines del dañado (que son sacrificados en beneficio del bien común) son tan dignos de realizarse como los fines de los demás (que no sufren detrimento alguno). Las medidas de policía no plantean, en cambio, conflicto alguno entre la dignidad (*contenido esencial* del derecho restringido) y la utilidad pública (*cláusula social*). En ellas no se suscita el problema de la instrumentalización. Todos los costes que se cargan sobre el agresor son el resultado de su decisión autónoma de agredir.

### 2.3. Daño sacrificial y compensación implícita

La definición del daño sacrificial implica, como se ha anticipado, otra puntualización: solo existe cuando la decisión del poder público genera una pérdida efectiva de riqueza en la esfera del individuo afectado. Si dicha pérdida no se verifica, puede decirse que ha existido una restricción sacrificial, pues el poder público ha

---

responden, así, a la misma finalidad de la legítima defensa y no son indemnizables mientras que las que se efectúan en “utilidad pública” (cláusula social) responden al mismo fundamento del estado de necesidad y son indemnizables.

impuesto coactivamente una medida socialmente beneficiosa removiendo el derecho fundamental que constituía su obstáculo. La pregunta esencial es, por ello, la siguiente: ¿cuándo existe esa *pérdida efectiva de riqueza*?

Las tareas colectivas se desarrollan en beneficio de todo el cuerpo social y también sirven, por tanto, para satisfacer los fines de quienes resultan dañados<sup>428</sup>. En otras palabras, lo propio de las necesidades colectivas es que no puede decirse que sean completamente *ajenas* o que sean, en puridad, necesidades *de otro*. El individuo sacrificado “está en los dos lados de la transacción” <sup>429</sup>. Hay pérdidas que se ven directamente compensadas por el beneficio que la propia medida sacrificial reporta (implícitamente) al sujeto afectado. La indemnización no resulta entonces necesaria.

Las potestades públicas permiten realizar operaciones que, de quedar encomendadas al acuerdo de todos los individuos afectados, serían inasequibles por sus elevados costes de transacción. La *posición libre* protegida por la norma de derecho fundamental se convierte en un obstáculo de la realización del bien común. Una gran obra urbanizadora, en la que la Administración puede ejercer sus poderes de planificación y expropiación, puede ofrecer grandes beneficios a los titulares de los bienes inmuebles afectados, beneficios que dichos titulares difícilmente podrían llegar a obtener por sí mismos a través de un acuerdo unánime (que parece más bien quimérico). De ahí que no toda utilización coactiva de los bienes de un individuo para la satisfacción de las necesidades comunes cause, indefectiblemente y por sí misma, la causación de daños, pues ciertas medidas públicas llevan consigo una compensación *implícita* o *en especie*. Es lo que en Derecho de daños suele denominarse *compensatio lucri cum damno*.

Así, el cierre temporal de establecimientos comerciales se ve compensado en especie cuando obedece a la realización de obras en el espacio público adyacente -obras que, en última instancia, acabarán mejorando el rendimiento del negocio afectado (por ejemplo, al permitir una mayor afluencia de personas)-. Es también el caso de la figura tributaria de la *contribución especial*, que puede exigirse a los beneficiarios directos de determinadas actuaciones públicas que redundan en su inmediato interés<sup>430</sup>. En estos supuestos, la *compensación implícita* existe en tanto no resultan perjuicios

<sup>428</sup> En cuanto las políticas sociales que desarrolla el poder público supone un incremento del bienestar global. Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y MEDINA ALCOZ, Luis, “Social Rights in Spain”, en *Social and Economic Rights as Fundamental Rights. XIXth International Congress of Comparative Law*, Eleven ! International Publishing, Portland, 2015, p. 342. !

<sup>429</sup> EPSTEIN, R. A., *Takings...cit.*, p. 205. !

<sup>430</sup> EPSTEIN, R. A., *Takings...cit.*, pp. 286-289. !

desproporcionados para los afectados, entendiéndose por tales los que exceden claramente del beneficio que deriva de la medida adoptada. En otro caso, estaremos ante un daño sacrificial. Junto a los supuestos más evidentes de compensación implícita o en especie, pueden identificarse, siguiendo a Richard A. Epstein, otros en los que esa misma ecuación se produce de una forma menos manifiesta pero igualmente persuasiva:

(i) El primer supuesto es el de las *pérdidas mínimas o poco relevantes* en la esfera de realización personal, pues estas siempre han de entenderse compensadas en la medida en que la actividad del poder público que las genera produce, al mismo tiempo, un beneficio social que aumenta significativamente el bienestar común. Un Estado que protege las titularidades individuales, permitiendo que se ejerzan con cierto grado de seguridad y certidumbre, y que proporciona medios comunes para incrementarlas, evitando costes de transacción inasumibles desde las coordenadas de actuación privada, produce ya de por sí, frente a la situación alternativa de incertidumbre, inseguridad e inasequibilidad de grandes proyectos consensuados, un aumento significativo de la riqueza individual de cada uno de sus miembros. Como señalaba Ihering, el poder público otorga a los ciudadanos una evidente *contraprestación económica*, que el autor alemán sustentaba en un ejemplo revelador: el diverso valor de propiedades objetivamente iguales en distintos Estados, desigualdad que revela el valor pecuniario que para la propiedad individual tiene la seguridad jurídica que el poder público es capaz de ofrecer, como contraprestación proporcionada a muy bajo coste<sup>431</sup>.

Ese beneficio general que, por sí solo, deriva del conjunto de la actividad del poder público, determina que los menoscabos de riqueza mínimos o de escasa significación (que son inherentes al desarrollo de las tareas estatales) deban considerarse automáticamente compensados por el incremento de riqueza que, de modo global, producen<sup>432</sup>. En otras palabras, un Estado que, como el nuestro, asegura a los individuos

---

<sup>431</sup> En las palabras del autor alemán “[l]a medida más baja según la cual se puede medir ese bien [contraprestación del Estado a los individuos] es la económica: el valor pecuniario de la seguridad jurídica para la propiedad. Lo elevado que se calcula en dinero, lo enseña la comparación de valor de la propiedad de la tierra en los Estados cristianos de Europa y en Turquía. Si Turquía pudiera equipararse a nuestras condiciones jurídicas, el valor de la tierra aumentaría allí inmediatamente el doble o más. E incluso dentro de los Estados civilizados de Europa, muestra la baja de los precios de las tierras en las grandes conmociones políticas qué participación tiene la seguridad jurídica en el valor total de la propiedad –lo que en tales épocas se pierde en precios, se imputa solamente a la cuenta del derecho”. Vid. Ihering, R., *El fin...cit.*, p. 264.

<sup>432</sup> En realidad, esta es la lógica que se oculta tras el “test” de la jurisprudencia norteamericana que, a efectos de decidir la compensación, mide la magnitud del daño generado en la propiedad privada en comparación con la utilidad social que produce la medida que lo genera. El test, sin embargo, se utiliza – como ocurre con el de la ocupación física- con una virtualidad mucho mayor de la que le corresponde. En

una amplia esfera de realización individual y contribuye significativamente a ampliarla, produce necesariamente el tránsito de una “tarta” más pequeña a otra más grande, en la que la porción de riqueza de cada individuo se ve sensiblemente incrementada<sup>433</sup>.

(ii) En segundo lugar, tampoco generan daños sacrificiales las *pérdidas compensadas por el previo o paralelo ejercicio de potestades públicas en favor de los sujetos afectados*. Esta segunda forma de compensación implícita se da, por ejemplo, en los sectores regulados en los que el poder público fija restricciones a ciertos actores privados (por ejemplo, fijando tarifas de precios por debajo del valor de mercado). Esas medidas, siempre que no generen pérdidas desproporcionadas, han de entenderse implícitamente compensadas, pues dichos actores han alcanzado su posición prevalente en el mercado (o, incluso, su situación de monopolio) gracias al previo ejercicio de ciertas potestades públicas. Es también el caso de los urbanizadores privados (incluidos los propietarios de los terrenos a los que la legislación urbanística confiere el privilegio de asumir la empresa urbanizadora en su propio beneficio) que se ven forzosamente sometidos a cesiones (de terrenos para infraestructuras comunes o de porcentajes de la plusvalía resultante de la urbanización) que están ampliamente compensadas por el beneficio final que ha de reportarles una obra urbanizadora (que multiplica el valor de sus propiedades), obra que sólo es posible realizar a través del ejercicio coactivo de las potestades urbanísticas de la Administración. Pueden también citarse, entre otros

---

lugar de limitar su operatividad a descartar la resarcibilidad de daños mínimos que se ven compensados directamente por la gran utilidad pública que genera –también para el propio sacrificado– la medida pública que los produce, el test es utilizado por los jueces como parámetro general de resarcibilidad. Así, si las pérdidas privadas se ven sobrepasadas por los beneficios sociales se considera que la medida está legitimada y que no procede la compensación. Pero una cosa es utilizar ese criterio para determinar la legitimidad de la intervención pública con sacrificio de intereses privados y otra bien distinta es utilizarlo para determinar la procedencia de la compensación. A estos otros fines, el test es, claramente, tramposo, pues excluye sin motivo de los beneficios sociales “agregados” la riqueza que ya tenían los afectados por la medida e incluso contrapone esa riqueza previa con el beneficio social. En realidad, el verdadero beneficio social es el que el conjunto de la sociedad obtiene si se llevan a cabo las medidas pagándose el coste singular que su adopción produce a los sacrificados. Si no se hace así, el test no responde, en realidad, a un beneficio colectivo que se obtiene a costa e un sacrificio privado sino a un beneficio que obtienen unos sujetos a costa del sacrificio de otros (escondiendo, por tanto, una instrumentalización contraria a la idea de dignidad no condicionada). El test sólo nos habla, por tanto, de la eficiencia de la medida (a la vista del bienestar social agregado que genera) pero no nos dice nada de por qué es posible llevarla a efecto sin compensar los sacrificios singularmente impuestos a determinadas personas. Por ello, resulta falaz cuando se aplica a determinar la resarcibilidad del sacrificio fuera de los casos en los que se constata que el sacrificio resulta mínimo en relación con el beneficio que genera la propia medida pública adoptada (de la que también se beneficia el sacrificado). Véase nuevamente al respecto MICHELMAN, F, “Property...”, *cit.*, pp. 1193 -1196.

<sup>433</sup> La expresiva imagen es de Epstein y responde, en su concreta formulación, a una reinterpretación del contrato social “lockeano” que ya fue examinada en el capítulo IV.

muchos ejemplos, los impuestos especiales que gravan actividades industriales dañosas o extra arriesgadas que son expresamente autorizadas por el Estado por razones de interés general<sup>434</sup>.

En estos casos, la pérdida impuesta por la Administración no genera daño alguno, ya que el particular es, en realidad, beneficiario directo del ejercicio por parte del poder público de la misma cláusula social que legitima la medida que, en apariencia, le perjudica.

(iii) Por la misma razón, tampoco producen daños sacrificiales las *pérdidas simétricas o recíprocamente compensadas entre los afectados*, inherentes al carácter generalizado de ciertas cargas públicas impuestas a los particulares y que, precisamente por su generalidad, acaban redundando en beneficio neto de todos. Algunas regulaciones imponen cargas que se proyectan por igual sobre todos los individuos, haciendo que el sacrificio sufrido por cada uno de ellos se vea inmediatamente compensado por el ajeno y que el resultado conjunto redunde en una mejora de la riqueza de todos. En estos casos, como señala Epstein, cada individuo dañado puede considerar que el mal que sufre en su propia esfera se proyecta de forma simétrica sobre la esfera de los demás miembros del colectivo (de modo que la pérdida de uno se ve, finalmente, compensada con los beneficios que resultan de la paralela pérdida impuesta a los otros)<sup>435</sup>.

Así, la prohibición de construir a determinada distancia de un lindero se ve compensada por la misma prohibición que pesa sobre los demás vecinos y que permite a todos conservar sus vistas, al tiempo que asegura un desarrollo urbano más racional (con el consiguiente incremento de valor de los títulos de propiedad). Otro ejemplo: los límites a la explotación pesquera de un determinado caladero, impuestos para evitar que éste quede esquilado a corto plazo producen, por sí mismos, una “compensación en especie”, ya que la medida garantiza la sostenibilidad de la explotación, dando mayores ganancias a medio y largo plazo a los propios afectados<sup>436</sup>. Otro ejemplo tradicional

---

<sup>434</sup> Considera Epstein que este caso está cubierto por el ejercicio de poderes de policía. En mi opinión ocurre más bien lo contrario. El Estado renuncia a sus poderes de policía y autoriza la actividad dañosa por razones de interés general (por el beneficio colectivo que dicha actividad genera). De ahí que el poder público pueda pedir para sí parte de los beneficios sin compensación alguna. Vid. EPSTEIN, R. A., *Takings...cit.*, p. 285.

<sup>435</sup> Como escribe Epstein estamos ante una “compensación implícita en especie” en la que “cada persona a la que se quita su propiedad recibe beneficios implícitos derivados de la pérdida paralelamente impuesta a los otros”. Vid. EPSTEIN, R. A., *Takings...cit.*, pp. 196-198.

<sup>436</sup> Epstein, aunque también alude a la pesca, recurre al ejemplo más americano de la explotación privada de pozos de petróleo, poniendo de manifiesto que regulaciones muy intervencionistas, llamadas a

puede ser aún más claro: las reglas sobre prescripción de acciones civiles son una injerencia del legislador en los derechos de los particulares que se ven afectados, pero dicha injerencia genera, según opinión unánime, un efecto de conjunto beneficioso para todos y reparte la carga de forma simétrica, de modo que la restricción temporal de la posibilidad de tutela judicial de mis propios derechos se ve compensada por la idéntica la restricción generada en la esfera de mis eventuales acreedores<sup>437</sup>.

En todos estos supuestos, la medida arbitrada por el poder, aun persiguiendo una utilidad colectiva, asegura de manera simétrica una mejora de la esfera de realización personal de todos. Puede decirse, por ello, que la pérdida impuesta lleva consigo su propia compensación implícita y que no existe, por tanto, daño<sup>438</sup>. Debe advertirse, no obstante, que la clave en este último tipo de medidas no es solo su carácter general sino, sobre todo, la simetría de las pérdidas y beneficios resultantes<sup>439</sup>. Allá donde una regulación, perfectamente general en su factura, produce pérdidas manifiestamente desiguales o asimétricas puede existir, en cambio, un daño sacrificial que debe ser conciliado con el contenido esencial del derecho fundamental objeto de restricción.

### III. EL DAÑO SACRIFICIAL Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS

#### 3.1. Volviendo a los orígenes

El régimen jurídico de las restricciones sacrificiales de derechos fundamentales, al imponer un deber constitucional de indemnización cuando existe un daño efectivo (que no está implícitamente compensado), no debe ser confundido con la indemnización otorgada por el poder público al amparo de la cláusula del art. 106.2 CE, esto es, como consecuencia estricta del régimen jurídico de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

Para deslindar ambos institutos quizá convenga remontarse, como punto de partida, al sistema legal de responsabilidad “civil” de la Administración instaurado por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Es significativo, a mi juicio, que, al explicar los fundamentos de dicho sistema, Eduardo García de Enterría decidiera partir de una

---

asegurar que no se desperdicie nada de lo que se extraiga, acaban resultando en beneficio de los propios ! afectados, generando una compensación en especie. Vid. EPSTEIN, R. A., *Takings...cit.*, pp. 219-224. !

<sup>437</sup> Vid. EPSTEIN, R. A., *Takings...cit.*, p. 243. !

<sup>438</sup> Vid. MICHELMAN, F., “Property...”, *cit.*, p. 1125. !

<sup>439</sup> Vid. EPSTEIN, R. A., *Takings...cit.*, p. 211. !

comprensión transversal del Derecho de Daños, pues, según afirmaba de forma categórica el gran maestro, “la razón que justifica una responsabilidad de la Administración no es, ni tendría ninguna razón para serlo, distinta de la que justifica la posibilidad de aplicar la misma institución a personas privadas”<sup>440</sup>. Notaba García de Enterría que la doctrina civil seguía anclada, en su mayoría, en el viejo paradigma culpabilista, que no concibe más daño que el ilícito, esto es, el que supone la infracción de un deber de conducta fijado en una norma. En su opinión, esa posición dogmática no explicaba suficientemente las bases resarcitorias del Derecho Privado, campo en el que abundan los daños indemnizables que no derivan del quebrantamiento de un deber de conducta. Si, a pesar de ello, el civilista no se sentía compelido a cuestionarse los dogmas tradicionales de su disciplina era debido a que los supuestos de “responsabilidad por actividad perfectamente lícita” estaban normalmente cubiertos por alguna disposición legal *ad hoc*, susceptible de ser tratada como un fenómeno excepcional o anómalo e incapaz de eclipsar la omnipotencia de la cláusula general del art. 1902 CC<sup>441</sup>.

Distinto era el caso de la “joven” doctrina administrativista. Enfrentada desde su mismo nacimiento a las consecuencias dañosas generadas por las actividades lícitas de servicio público, la nueva *Ciencia del Derecho Administrativo* no eludió el problema teórico planteado por los daños no culposos. Los iuspublicistas asumieron con toda naturalidad (frente a la perplejidad o la indiferencia de los civilistas) que un amplio espectro de perjuicios verificados de forma completamente lícita debía acceder a la tutela indemnizatoria. Pero se empeñaron en demostrar, a través de las teorías llamadas *sustantivas*, que era una característica propia de la acción desarrollada por la Administración la que determinaba tal extensión del resarcimiento<sup>442</sup>. García de Enterría se atrevió a huir de estos sesgos disciplinares e intuyó que el Derecho Administrativo estaba sirviendo de vanguardia a una reflexión teórica que debía ser global y que había de llevar, en todo caso, a la convivencia armónica de títulos de imputación diversos. En el ámbito estrictamente administrativo, esto significaba que debía alumbrarse un sistema general capaz de combinar tanto las indemnizaciones derivadas de daños causados por el funcionamiento anormal (con incumplimiento de reglas de comportamiento) como las asociadas al funcionamiento normal (a través de actos perfectamente lícitos) de los servicios públicos. Tal cosa era, justamente, la plasmada en la *nueva* Ley de Expropiación

---

<sup>440</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, Civitas, 1984 ! (edición facsímil de la publicada en 1956 por el Instituto de Estudios Políticos), p. 167. !

<sup>441</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...cit.*, p. 168. !

<sup>442</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...cit.*, p. 166. !

Forzosa: un sistema plural y abierto, en el que las diferentes hipótesis indemnizatorias debían asentarse progresivamente, de acuerdo con sus necesidades características y gracias al concepto técnico de *lesión*<sup>443</sup>.

Por razones que no vienen al caso, la reflexión transversal auspiciada por García de Enterría no fue desarrollada por la doctrina posterior, que tendió a comprender el nuevo sistema resarcitorio como expresión de una peculiaridad genética del Derecho Público, determinante de una responsabilidad objetiva universal<sup>444</sup>. La presencia del poder en la generación del daño permitía, desde esta nueva óptica, prescindir completamente del problema (civil) de los títulos de imputación; bastaba que el daño pudiera considerarse una consecuencia derivada del desarrollo de una actividad administrativa. El régimen de responsabilidad patrimonial establecido en 1954 quedó, pues, convertido, en el imaginario jurídico colectivo, en una especie de cobertura pública universal de todo daño del que el administrado no pudiera considerarse responsable (desde el punto de vista de su diligencia), cobertura que se consideró incluso constitucionalizada a través del art. 106.2 CE (a pesar de la remisión que dicho precepto hace a la ley y de la ausencia en el mismo de toda referencia expresa a los títulos de funcionamiento “normal o anormal”)<sup>445</sup>.

Los efectos expansivos de semejante planteamiento dieron lugar, en cualquier caso, a una encendida denuncia que, desde una sensibilidad civilista (anclada igualmente en viejos prejuicios), reivindicó enérgicamente un retorno a las certidumbres de la culpa<sup>446</sup>.

---

<sup>443</sup> Que llevaba, en sí mismo, la exigencia de un título de imputación del daño adicional a la mera causalidad y cuya funcionalidad fuera independiente de la licitud del acto generador del perjuicio. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Los principios...cit.*, p. 178.

<sup>444</sup> Recogiendo esta “tendencia objetivadora del Derecho Público”, véase MARTÍN REBOLLO, Luis, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977, pp. 41-57.

<sup>445</sup> Los debates parlamentarios arrojan poca luz sobre la intención del Constituyente. En efecto, el art. 104 del Anteproyecto de Constitución no incluía ninguna referencia a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Fue la enmienda 779 de Unión de Centro Democrático la que dio lugar a la incorporación del texto después contemplado en el art. 106.2, proponiendo, en concreto, el siguiente: “[l]os particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. El texto postulado por la enmienda aludida fue recogido en el artículo 98.2 del informe de la ponencia, en el art. 99.2 del Dictamen de la Comisión y del Pleno del Congreso y en el art. 105 del Dictamen de la Comisión del Senado, sin sufrir variaciones ni ser objeto específico de debate a lo largo de su tramitación parlamentaria. Sólo tenemos, pues, para dilucidar el sentido del art. 106.2 CE lo que dice el propio texto del mismo y, en relación con éste, sólo podemos constatar que no hay referencia expresa al funcionamiento normal y anormal y que se realiza una remisión expresa al legislador.

<sup>446</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994, pp. 240-253.

La crítica radical al sistema público de responsabilidad civil era, en todo caso, persuasiva en el ámbito del diagnóstico. La idea, asentada en la doctrina y jurisprudencia administrativas, de una responsabilidad puramente objetiva generaba resultados indemnizatorios absurdos y comparativamente inaceptables, todo ello a costa del erario público<sup>447</sup>. Pensando que no podía desandarse el camino sin dejar al ciudadano desprovisto de una garantía resarcitoria imprescindible para un amplio elenco de daños lícitamente producidos, algunos administrativistas emprendieron la ardua empresa de acotar la responsabilidad de la Administración para evitar que la indemnización hubiera de ser satisfecha en todos esos supuestos en los que, manifiestamente, la perspectiva estrictamente objetiva había producido excesos. Pero tal empresa se acometió sin que se osara discutir la premisa teórica de base: se insistía en que el sistema de responsabilidad (“patrimonial”) de la Administración era genéticamente diverso del general del Derecho de Daños. Su presupuesto era la objetividad de la responsabilidad; solo había que encontrar los artificios técnicos idóneos para excluir convenientemente los casos excepcionales<sup>448</sup>. Los administrativistas habían caído presos de su propio dogma, como les había ocurrido previamente a los civilistas con el suyo. Un dogma al que parece que se ha sometido incluso el propio Tribunal Constitucional, que, en su STC 112/2018, de 17 de octubre, ha decidido convertir la objetividad en un axioma formal del que ha de deducirse la inconstitucionalidad de todas las leyes que se aparten del mismo y no puedan reconducirse en vía interpretativa<sup>449</sup>.

En esa dialéctica, han sido escasas las voces que han tratado de recuperar el espíritu ecuménico inicial planteándose, sin prejuicios disciplinares, cuál es el sentido de los supuestos no culpabilísticos en los que la procedencia del resarcimiento de los daños se aprecia casi como una necesidad de sentido común<sup>450</sup>. Solo desde esa perspectiva general

---

<sup>447</sup> Lo que ha llevado a la jurisprudencia a afirmar el carácter objetivo como mero axioma del que se aparta, ! de inmediato, acudiendo a la culpa, especialmente en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Sobre ! este particular giro subjetivista (encubierto) en el ámbito sanitario véase MIR PUIGPELAT, Oriol, “Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la ! Administración sanitaria (y no sanitaria)”, REDA, núm. 140, 2008, pp. 629-652 y MEDINA ALCOZ, Luis, “Mitos ! y Ficciones en la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. A propósito de la STS, Sala ! 3ª, de 27 de septiembre de 2011”, REDA, núm. 153, 2012, pp. 152-181. !

<sup>448</sup> Véase, a título de ejemplo, la utilización, a estos efectos, de la teoría de la imputación objetiva en M. ! BELADÍEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios ! públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 92-134. !

<sup>449</sup> Sobre esta sentencia y sus problemas interpretativos vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “La ! responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, ! Revista española de derecho administrativo, REDA; núm. 195, 2018, pp. 155-192. !

<sup>450</sup> La primera tendencia fue la denuncia del sistema y la consiguiente propuesta de refundación (desde ! una óptica culpabilista). Véase MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración.* !

puede determinarse si estamos, en efecto, ante supuestos dimanantes de una cualidad peculiar del sujeto agente o si nos encontramos, más bien, ante casos expresivos de una *ratio* compartida, más allá del dato accesorio del autor del daño. Las pocas aportaciones realizadas en esa línea han arrojado, a mi modo de ver, muchísima luz, hasta el punto de haber sido reivindicadas por el propio García de Enterría como una lectura más fiel de sus tesis originarias que la postulada, desde el dogma de fe del panobjetivismo, por la generalidad de la doctrina<sup>451</sup>.

Como he anticipado, mi propósito en esta parte final de la obra es proporcionar criterios de identificación de los daños de relevancia constitucional que permitan deslindar la indemnización del daño sacrificial, como exigencia del *contenido esencial* de un derecho fundamental, del resarcimiento de daños en virtud de títulos objetivos de imputación sin relevancia constitucional y determinados por el legislador al amparo del art. 106.2 CE. Para ello, creo que la perspectiva adecuada es la visión unitaria por la que ya abogaba García de Enterría en 1956, esto es, el entendimiento de que si la Constitución exige un tratamiento específico para determinados daños es por razón de la fisonomía característica de estos (es decir, por su contradicción sustancial con las bases del propio orden jurídico constitucional) y no porque los haya causado un determinado sujeto (y no otro). Conforme a la tesis que he defendido en esta obra sobre el vínculo de las *restricciones sacrificiales* de los derechos fundamentales y el deber de indemnizar para preservar el *contenido esencial*, hay, en mi opinión, un cierto abanico de daños que, siendo inaprensibles desde el paradigma culpabilista, coincidimos en considerar que han de ser en todo caso indemnizados (y que englobamos bajo la cobertura general de ideas como el riesgo o el sacrificio *especial*) que responden, en realidad, a una misma razón de fondo, que no puede ser considerada constitucionalmente neutra o irrelevante. En ellos, los derechos fundamentales de ciertos individuos se ven instrumentalmente menoscabados para materializar un bien que el poder público considera de mayor valor, razón por la cual autoriza (*ley de restricción*) una agresión directa o la causación hipotética de un daño a través de una actividad que rompe la reciprocidad de los riesgos que son normalmente

---

*Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 252-283. La consideración de que el sistema debía ser reevaluado desde los patrones intelectuales originarios de García de Enterría se inicia, en cambio, en MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thompson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 137-154.

<sup>451</sup> Véase el prólogo del propio García de Enterría a MEDINA ALCOZ, L., *La responsabilidad...cit.*, pp. 33-35. En la misma línea de reacción frente al erróneo entendimiento (puramente objetivista) de sus tesis originarias, véase LEGUINA VILLA, Jesús, "Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración", *REDA*, núm. 136, 2007, pp. 669-681.

asumidos en la vida social. En tales supuestos, la carga económica generada en los derechos de los perjudicados debe ser equidistribuida entre todos los que pueden considerarse beneficiarios. Si el coste del daño instrumentalmente verificado en interés colectivo es soportado exclusivamente por quienes lo han sufrido en sus propios bienes y derechos, los individuos dañados no son tratados como fines en sí mismos, de acuerdo con su dignidad de personas. Sin una equidistribución del perjuicio, la víctima es convertida en instrumento o herramienta de los demás.

Todos esos daños, en cuanto amparados en reglas legales que concretan y actualizan la cláusula social de la Constitución, han de ser considerados lícitos en tanto se hayan cumplido las condiciones constitucionales de la restricción de derechos fundamentales, pero la negación de su indemnización equivale a tratar a los perjudicados como meros siervos del poder. En ese marco general, la necesidad de indemnizar una “instrumentalización” viene impuesta por la eficacia del derecho fundamental que resulta sacrificado<sup>452</sup>. La fuente del resarcimiento no es, aquí, el designio arbitrista de un concreto “sistema objetivo” –que, como ejercicio de ingeniería jurídica, se habría de entender plasmado en el art. 106.2 CE, esto es, en un texto normativo que, en realidad, es sumamente vago y es, en todo caso, deferente con el legislador-<sup>453</sup>. Más sencillamente, el deber de indemnizar aparece como la respuesta al problema ético-constitucional que plantea la instrumentalización de una persona, situación en la que la compensación se

---

<sup>452</sup> En este sentido, frente al patrón sancionatorio aquiliano, la responsabilidad civil constituye, en nuestra cultura jurídica, uno de los dos mecanismos de reacción protectora frente a la agresión consumada en un derecho. Dichos mecanismos (restablecimiento o reintegración del derecho y resarcimiento o compensación de los daños) fueron elaborados por la escolástica tardía a partir de la teoría de la restitución de Tomás de Aquino, que rechazó que la *restitutio* fuera parte de la “penitencia” (pena o sanción del pecado) y la entendió como expresión de la idea de justicia conmutativa, que exige dar a cada uno lo suyo, al margen de la licitud del acto constitutivo del despojo. La restitución por razón de la cosa (reintegración) o la restitución por razón del acto (resarcimiento) se concibieron, así, como mecanismos que trataban de impedir que alguien quitara algo a otro, entendiéndose que causar un daño era también una manera de privar a una persona de lo que era suyo. Por eso, el primer elemento definitorio del resarcimiento debe ser la configuración de lo propio de cada uno, esto es, la concepción que se tiene del área de derechos de cada individuo. De ahí que en un Estado Constitucional como el nuestro sean los derechos individuales, en cuanto emanación de la dignidad de la persona, la fuente necesaria del resarcimiento. La clave constitucional de la responsabilidad civil está en determinar si alguien quita algo a otro, esto es, si alguien realiza su arbitrio sobre la esfera de un derecho ajeno. Véase RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, “Justicia conmutativa y derecho de daños: los orígenes escolásticos de la responsabilidad civil”. *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013, pp. 252-276.

<sup>453</sup> Véase REBOLLO PUIG, Manuel, “Sobre la reforma del régimen de responsabilidad de la Administración”, en SÁINZ MORENO, Fernando (dir.), *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 218 y 219. En línea similar véase MEDINA ALCOZ, Luis, “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función”, en CANO CAMPOS, Tomás (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, IV, 2009, pp. 43-44.

revela como un requerimiento inherente al *contenido esencial* del concreto derecho constitucional afectado.

Como exigencia del derecho mismo, esta obligación de compensar alcanza no sólo a las administraciones públicas sino a todos los sujetos jurídicos que se benefician de la consumación de un daño instrumentalmente infligido en las titularidades de otro. Obviamente, el art. 106.2 CE sirve para canalizar esos imperativos constitucionales de resarcimiento, de suerte que la Administración ya no puede ampararse en sus viejas inmunidades para tratar de sortearlos. Pero en lo que excede de la compensación constitucionalmente exigible, tal precepto se remite, como es razonable en un sistema parlamentario, a la obra del legislador democrático, que puede, por ello, establecer criterios de imputación distintos a la culpa, también para la Administración, allí donde no hay una instrumentalización de un ciudadano. Al comprometer la esencia misma de los derechos individuales, un daño sacrificial debe ser indemnizado al margen de esa discrecionalidad del legislador. Por ello, también ha de indemnizarlo la Administración de Justicia, por más que el art. 121 CE se refiera únicamente a títulos de imputación que implican una carga de ilicitud (error judicial y funcionamiento anormal). Del mismo modo, el particular que utiliza instrumentalmente a otros (al amparo de una cláusula legal que le autoriza a romper las reglas de no agresión o los riesgos recíprocamente asumidos en la vida social) ha de considerarse sometido al deber constitucional de resarcir. De esta forma, la razón que explica la relevancia constitucional de algunas hipótesis de responsabilidad llamada *objetiva* se proyecta por igual en toda la esfera de acción, pública y privada, abarcada por el Derecho de Daños. El fundamento de su resarcimiento no está en el art. 106.2 CE ni en el art. 121 CE sino en las normas de derecho fundamental y en la garantía de respeto al contenido esencial que, frente a su restricción, confiere el art. 53.1 CE.

Esta perspectiva unitaria debe llevar, pues, a ahondar en el ámbito del Derecho de Daños en una categoría general, el daño sacrificial, referida a un daño de naturaleza intencional, que, como tal, no es en absoluto “objetivo” pero que, a diferencia del daño doloso, está debidamente amparado en un acto del poder público que autoriza la agresión (cierta o hipotética) a los derechos de otro para obtener un bien mayor. Tal concepto expresa, en mi opinión, el clásico conflicto entre justicia distributiva y conmutativa, conflicto que en el seno de nuestro ordenamiento constitucional se sustancia en una fricción permanente entre las cláusulas de Estado social y de Estado de Derecho que sólo a través de la indemnización (como equidistribución) puede ser

resuelta. Estudiar el daño sacrificial, poniéndolo en relación con la idea de la (mal llamada) responsabilidad civil *objetiva*, resulta, por tanto, esencial para cerrar esta investigación.

Nuestro Estado constitucional, en el que el *bien común* y los derechos individuales han de conciliarse en la noción unitaria de *Estado social de Derecho*, sienta las bases para volver a esa visión conjunta del problema sacrificial, dando a los daños constitucionalmente relevantes una dimensión más sencilla: se trata de daños lícitamente causados al amparo de la cláusula social que, sin embargo, han de ser indemnizados por efecto de la cláusula de Estado de Derecho y más concretamente como efecto de la garantía de *contenido esencial*, que exige, según se vio, que toda restricción de los derechos fundamentales (incluido el de propiedad) se efectúe sin merma de la condición de su titular de fin en sí mismo, dueño de sus decisiones y sus actos y no instrumento o medio para la consecución de fines ajenos.

La tesis que defiende es, en definitiva, la siguiente: algunos supuestos de responsabilidad civil que vienen siendo considerados en la doctrina de Derecho de Daños como responsabilidad *objetiva* (incluidos los que se verifican estrictamente entre particulares) son una manifestación de la cláusula social del Estado constitucional, siendo su indemnización una forma de equidistribución (directa o indirecta) que evita una instrumentalización contraria a la dignidad humana (que implica que el individuo no puede ser mero objeto o instrumento del poder). En este sentido, son los daños intencionales (los dolosos y los sacrificiales) los que exigen, en nuestro marco constitucional, una indemnización, lo que no ocurre, sin embargo, con los daños culposos o imprudentes ni con cualquier otra hipótesis indemnizatoria que, sin ajustarse al paradigma culpabilista, no responda a una situación de instrumentalización.

Esta tesis puede, desde luego, resultar chocante para quien toma las elaboraciones conceptuales decimonónicas como dogmas de fe. Por ello, creo que conviene facilitar su mejor comprensión, exponiendo, primero, el esquema que explica la convivencia de los títulos de imputación subjetivos con los objetivos desde la óptica de la justicia conmutativa (*Estado de Derecho*), dando, después, coherencia a los mismos a la luz de la visión constitucional del daño sacrificial (*Estado social*) y su necesaria equidistribución (*Estado social de Derecho*).

### **3.2. La responsabilidad objetiva. Visión general desde la óptica de un Estado social de Derecho**

Puede decirse, siguiendo a James Gordley<sup>454</sup>, que un orden jurídico decidido a proteger la esfera de derechos de los ciudadanos (Estado de Derecho) -esto es, llamado a defender las titularidades preestablecidas que configuran el ámbito de libre realización de cada persona- no puede fundarse en una regla de indemnización universal y objetiva de todos los menoscabos sufridos. Una regla de ese tipo constituiría, con toda obviedad, una alteración indebida de la distribución originaria de derechos. Aquellos miembros de la sociedad que optaran por invertir sus recursos en modalidades de propiedad especialmente frágiles o vulnerables, o que decidieran exponerse a riesgos extraordinariamente altos, estarían disponiendo, indirectamente y en función de la altísima probabilidad de daño, de los recursos pertenecientes a los demás individuos -recursos que estarían utilizando, de ese modo, como medios propios para alcanzar sus fines-<sup>455</sup>.

Por tanto, para proteger adecuadamente la esfera de realización de cada individuo y no sustituirla *ex novo* por otra distinta con ocasión de la consumación de cada daño -esto es, para asegurar la correspondencia de cada esfera de libre realización con el ejercicio del arbitrio propio de su respectivo titular-, un Derecho de Daños fundado en la justicia conmutativa se basa, también a día de hoy, en una regla general de *autorresponsabilidad*. Se hace precisa, por consiguiente, una razón justificativa de la transferencia del importe del menoscabo que excepcione la aplicación inicial de esta regla general de autorresponsabilidad por la cual, por decirlo castizamente, cada palo aguanta su vela. En este punto, la tradición civilista ha encontrado en la *culpa*, en sentido lato (como incumplimiento de un deber de conducta), la razón generalmente aplicable para proceder al trasvase de la carga del daño de quien lo ha sufrido a quien lo ha causado. Se trata de identificar los comportamientos -y los consiguientes riesgos- que se asumen como recíprocos, esto es, que todos entendemos que son normales en la vida social, estableciendo las reglas de conducta que permiten desarrollarlos de forma simétrica, es decir, potencialmente igual para todos. El que se aparta de esos estándares

---

<sup>454</sup> GORDLEY, James, "Tort Law in the Aristotelian Tradition", en D. G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 153.

<sup>455</sup> La garantía de resarcimiento universal del daño generaría, de esta forma, un vínculo solidario entre todos los miembros del colectivo social, que se verían llamados a responder con sus propios bienes de cualquier actividad emprendida por uno de ellos, por arriesgada que fuera. Esto supondría que, de facto, se propiciara un nuevo reparto de bienes entre los miembros del colectivo social con ocasión de cada daño producido. La garantía de resarcimiento universal desembocaría en un sistema de justicia distributiva similar al que hoy se promueve a través de la generalización del seguro.

debe responder del daño generado, que aparece, así, como un daño ilícito, esto es, como el producto de la infracción de un deber de comportamiento.

Pero, una vez abandonadas las pretensiones de pura coherencia formal basada en un método estrictamente deductivo, siempre se ha intuitido la necesidad de sumar a la *ilicitud/culpa* otros títulos de imputación. Como igualmente señala Gordley<sup>456</sup>, un orden social que pretende proteger la previa delimitación de derechos tampoco puede fundarse en una regla de exclusiva responsabilidad por culpa. En tal sistema, cada vez que el Estado autorizase un tipo de actividad *extra-arriesgada* por el beneficio global que proporciona, estaría fijando un estándar de comportamiento privilegiado para ciertos individuos, que podrían someter los bienes de otros a riesgos que no están recíprocamente asumidos como parte de la vida social. Quienes se dedicasen a esa actividad cumpliendo con esos criterios específicos de licitud estarían sometiendo los bienes de los demás a un riesgo de daño que excede del habitual. Estarían, así, disponiendo lícitamente de los bienes de terceros, al someterlos unilateralmente (esto es, de forma no simétrica o recíproca) a los designios de su propia voluntad.

De este modo, en el sistema *monista* culpabilístico, el dañante que desarrolla la actividad extra-arriesgada que está autorizada por el poder utiliza a las víctimas de los daños como medios para alcanzar sus propios fines, irrumpiendo, así, en sus esferas de libre realización individual sin necesidad, en principio, de reparar los perjuicios que causa en ellas, puesto que no ha vulnerado un deber de comportamiento, esto es, no ha actuado de forma contraria a las normas que rigen el desarrollo de su actividad. En estos casos, en los que no media culpa alguna, la falta de resarcimiento de los daños causados a terceros constituye, igualmente, una ganancia del agente basada en una pérdida correlativa de la víctima, en contradicción con las reglas esenciales de la justicia conmutativa, ajenas al hecho de que esa desigualdad objetiva se verifique a través de un comportamiento lícito (en cuanto no infringe ninguna regla de comportamiento). Por tanto, la justicia conmutativa, como mecanismo de protección de la esfera individual de derechos, conduce necesariamente a la elaboración de un sistema de responsabilidad de base plural, esto es, a un sistema en el que la culpa (como título subjetivo amplio, que comprende el daño intencional ilícito) convive con otras razones para indemnizar, que podemos llamar títulos *objetivos* en cuanto no se fundan en la infracción de un deber de comportamiento.

---

<sup>456</sup> Vid. GORDLEY, James, "Tort Law...", *cit.*, p. 153.

La culpa muestra, así, su insuficiencia allí donde el poder público establece estándares singulares de comportamiento que autorizan la realización de actividades especialmente arriesgadas o directamente nocivas para los derechos de otros y que, aunque implican una injerencia en la esfera de estos, resultan necesarias o deseables por su utilidad social. Frente a los riesgos y molestias que son inherentes a la necesaria coexistencia entre iguales (*Estado de Derecho*), como obligación de soportar el derecho del otro que es coextensa a la obligación que el otro tiene de soportar la existencia de mi propio derecho (*justicia conmutativa*), estamos aquí ante riesgos y molestias que se estiman adecuadas para alcanzar el *bien común* aunque impliquen la afectación singular del derecho de algunos (*Estado social, justicia distributiva*). El disfrute de mi vivienda me permitirá, por ejemplo, realizar ciertos ruidos que pueden suponer una molestia para mi vecino. El poder público estandariza el límite de lo recíprocamente tolerable, a partir del cual ya no disfruto de mi propio derecho sino que me entrometo en el derecho ajeno. Esa intromisión, materializada en la infracción de un deber de conducta, puede dar lugar al resarcimiento de los daños producidos con arreglo a criterios culpabilísticos. Pero si el poder público autoriza vuelos a baja altura sobre el bien de mi propiedad provoca con ello molestias mucho mayores de las recíprocamente toleradas en función de la simetría de los derechos individuales. Me priva, por razón del bien común perseguido, de lo que normalmente es mi derecho. Si esa actividad es lícita, en cuanto tiene el respaldo normativo del poder por razón de su utilidad social, la eventual indemnización de los daños generados por ella no puede depender de un puro esquema culpabilístico. Si la injerencia en el derecho de los afectados, consumada para atender fines ajenos, da lugar a una indemnización no se debe a la infracción de un deber de conducta.

La falta de reciprocidad convierte este tipo de hipótesis dañosas en injerencias en el derecho ajeno que solo el poder público puede convertir en actuaciones lícitas o permitidas. Lo que de ordinario es una “injusticia conmutativa” que tiene su origen en un acto ilícito se torna, así, una “injusticia conmutativa” deseada y autorizada por la colectividad en detrimento de concretos individuos. Una decisión normativa del poder autoriza, por razón del beneficio social que representa, esa deliberada injerencia de unos en la esfera de otros. Lo que, de ordinario, es una agresión ilícita se convierte en un acto lícito. Estamos ante la pura noción de “sacrificio”, amparado en la cláusula constitucional de “Estado social”. El hecho de que estas decisiones estén legitimadas por el juego de la cláusula social –que permite sacrificar la esfera de libre realización individual para obtener una utilidad colectiva- no afecta, en realidad, a la esencia del instituto resarcitorio. Solo supone que el Derecho de Daños actúa, en tales casos, como

forma de *equidistribución* (directa o indirecta) del sacrificio producido, conciliando así la cláusula de *Estado social* con la de *Estado de Derecho*, esto es, haciendo real la idea unitaria de un *Estado social de Derecho*. Para entrar en mayor detalle hemos de distinguir dos modalidades de sacrificio, según que la decisión de dañar sea cierta o hipotética, esto es, que sea inmediatamente buscada o que se presente y asuma en función de un juicio de probabilidad.

### **3.3. El daño sacrificial estricto (cierto) y su equidistribución (directa o indirecta)**

El modelo más claro de daño sacrificial se da en las situaciones que identificamos con una necesidad inmediata y urgente de servirse de un bien ajeno. Estamos, en estos casos, ante una decisión directa de dañar, una apropiación inmediata del bien ajeno para obtener una utilidad mayor. El que, recurriendo a casos de escuela, lanza la carga de propiedad ajena para salvar su embarcación en medio de una fuerte tormenta o el que, hallándose perdido en el monte, no tiene más remedio que refugiarse en la cabaña de otro y gasta sus reservas de comida o leña, dispone lícitamente de lo ajeno, quita a otro lo que le pertenece para salvar un bien de mayor valor. En este supuesto, el poder público considera que esa injusticia conmutativa es acorde con los intereses comunes. Pero, como revela la regulación del estado de necesidad contenida en nuestro Código penal, el beneficiario de esa instrumentalización del derecho ajeno debe resarcir al individuo dañado. La ilicitud subjetiva del acto se separa, así, de su dimensión objetiva como injusticia conmutativa, que es la que fundamenta el deber de reparación.

Estamos, de este modo, ante un daño intencional en el que el agente busca deliberadamente alcanzar sus fines actuando sobre el derecho ajeno -esto es, sirviéndose conscientemente de los bienes de otro-. Si esa injusticia conmutativa no está autorizada por el poder público en razón de su utilidad común, estamos ante un *daño ilícito doloso*, que ha de ser indemnizado por el autor de la injerencia. Si media, en cambio, una autorización del poder público basada en la cláusula social del Estado constitucional, estamos ante un *daño sacrificial* que podemos llamar *estricto o cierto*, que implica igualmente una injerencia intencional en la esfera de libre realización del afectado y que conlleva, por ello, el mismo deber de indemnización, sin el cual estaríamos ante una instrumentalización del dañado. El poder público desea que se produzcan esas injusticias conmutativas, pues, aunque algunos ciudadanos las sufren singularmente en su esfera derechos, el beneficio global obtenido es notablemente mayor.

Lo que hace distinto el caso del *daño ilícito doloso* del supuesto de *daño lícito o sacrificial estricto o cierto* es que, al mediar una autorización del poder (que, por el juego de cláusula social, hace lícita la injerencia), la indemnización se convierte en una distribución equitativa del sacrificio que puede ser, a su vez, directa o indirecta. La *equidistribución es directa* cuando el poder público permite –normalmente, a través de la cláusula de estado de necesidad (que actúa como *ley de restricción*)- que los particulares causen, en determinadas condiciones, daños intencionales en bienes ajenos para alcanzar un bien de mayor valor, sea del propio dañante o de un tercero. En este caso, estamos ante un sacrificio impuesto a un ciudadano en beneficio directo de otro, injusticia conmutativa que se prefiere consumir desde la perspectiva social del beneficio de conjunto. La *equidistribución directa* evita, en este concreto supuesto, que se verifique una instrumentalización. El beneficiario directo de la injusticia conmutativa que ha sido autorizada por el poder público debe pagar, por ello, la indemnización correspondiente al sujeto singularmente sacrificado. Estamos ante la misma lógica sacrificial que rige la expropiación forzosa con un beneficiario privado al que se carga con la obligación de pagar el justiprecio<sup>457</sup>.

Si es, en cambio, el propio Estado el que, con la finalidad de obtener una utilidad pública, realiza la actuación dañosa en los bienes de determinados ciudadanos estamos igualmente ante una actuación lícita, pero aquellos que la sufren de modo singular deben ser indemnizados con dinero público, pues de otro modo, al verse privados de un espacio de realización de sus propios fines, quedarían convertidos en meros instrumentos al servicio de los demás. Imaginemos al Gobierno ordenando el derribo de una aeronave *kamikaze* y causando, con ello, la muerte, no sólo de los terroristas que la dirigen contra un lugar atestado de personas, sino también la de los pasajeros secuestrados<sup>458</sup>. A través de la indemnización satisfecha con fondos públicos se produce

---

<sup>457</sup> La presencia de la lógica sacrificial en la expropiación forzosa ha sido agudamente advertida por Utrilla Fernández-Bermejo en una magnífica monografía, en la que sostiene que “[c]omo supuesto específico de daño legítimo o sacrificial, la expropiación forzosa participa de la identidad estructural de todos los supuestos encuadrados en esta categoría, tanto en sentido subjetivo como objetivo”. Vid. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores, *Expropiación forzosa y beneficiario privado. Una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 39-44.

<sup>458</sup> La posibilidad de una ley de este tipo ha sido, sin embargo, rechazada en por el Tribunal Constitucional Federal alemán argumentando la contradicción sustancial con la dignidad (que en este país constituye un derecho fundamental autónomo) del sacrificio instrumental de la vida humana. Solo podrían derribarse aviones en los que viajaran los agresores, no en los que estos tienen víctimas secuestradas. No cabría, pues, más restricción de la vida humana que la policial o protectora (superando, obviamente, el juicio de proporcionalidad), no la sacrificial. En defensa del criterio del Tribunal Constitucional germano, vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Una cuestión de principios. La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autorizaba a derribar el

la necesaria *equidistribución* del sacrificio de estos últimos, que es asumido por todos los beneficiarios (todos los miembros del colectivo) de acuerdo con las reglas propias de la estructura del sistema tributario (que responde a las reglas constitucionales de solidaridad). Se produce, en tal caso, una *equidistribución indirecta*, por inserción del daño, a través de la indemnización pagada, en la estructura de solidaridad constitucionalmente establecida. Como se vio en su momento, esto no es muy distinto a lo que ya decía Fernando Vázquez de Menchaca en el siglo XVI, cuando teorizó por primera vez los requisitos del *dominio eminente*. Y es que, en el fondo, estamos ante la misma lógica que concurre en la expropiación pagada con dinero público.

La ordenación normativa admite, pues, comportamientos susceptibles de romper las reglas generales de delimitación recíproca de las esferas de libre realización personal (*restricciones de derechos*). Dicho de otro modo, el Estado autoriza (o realiza por sí mismo) injusticias conmutativas con la finalidad de obtener beneficios mayores, evitando, no obstante, la instrumentalización del afectado a través de la indemnización (tanto en la *equidistribución directa* como en la *indirecta*). Menoscaba (o autoriza que se menoscabe lícitamente) la esfera de derechos de determinados individuos, a los que se debe indemnizar, procediendo así a una distribución equitativa del coste del bien común.

### **3.4. El daño sacrificial relativo (hipotético) y su equidistribución (directa o indirecta). La responsabilidad por riesgo**

Ciertos casos de responsabilidad por riesgo responden a la misma lógica (sacrificial) que acaba de ser expuesta. En ellos, el dañante asume libremente (y prefiere realizar) una actividad *extra-arriesgada*, autorizada por el poder público en razón de su utilidad social, a sabiendas de la alta probabilidad de que se deriven daños para terceros<sup>459</sup>. También hay aquí una decisión voluntaria de obtener una ganancia, aún a expensas de una pérdida ajena, y una decisión del poder público tendente a amparar y autorizar la realización de esa actividad nociva en razón del beneficio social (mayor) que genera.

---

avión secuestrado para cometer un atentado terrorista", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77, mayo-agosto 2006, pp. 257-372. En contra, con argumentos persuasivos que llevan a admitir la "instrumentalización" de la vida humana con la finalidad de salvar más vidas, vid. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, "¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea", en *Revista de Administración Pública* nº 170, mayo-agosto de 2006, pp. 389-425. Lo evidente es que, si se admite la instrumentalización de la vida, el sacrificio del derecho ha de llevar consigo la indemnización.

<sup>459</sup> GORDLEY, J. "Tort Law...", *cit.*, 1995, p. 155.

En España, por ejemplo, están autorizadas las instalaciones nucleares y radioactivas, que quedan sometidas, eso sí, a un fuerte régimen de intervención administrativa. Sólo cumpliendo requisitos muy excepcionales, y con sujeción a vigilancia administrativa, puede desarrollarse una actividad de este tipo (arts. 18 y ss. de la ley 25/1964, de 29 de abril). La responsabilidad en caso de consumación de ese riesgo extraordinario (accidente nuclear) es puramente objetiva. Hay una cobertura por seguro obligatorio pero también, en lo que ésta no alcanza y en relación con los daños personales, un compromiso del Estado de arbitrar “los medios legales para cubrir la diferencia” (art. 51). La propia regulación indica que estamos ante un riesgo completamente extraordinario (que no pertenece a los peligros recíprocamente generados entre iguales en la vida social). Aun cuando la instalación sea de titularidad y gestión privada, el riesgo intencionalmente desencadenado está orientado a la consecución de beneficios sociales mayores. La pervivencia del respaldo del poder está, además, sometida a debate democrático en el que las hipotéticas víctimas son un mal contemplado como posible que es, sin embargo, asumido como necesario.

Estamos, en este otro tipo de casos, ante *daños intencionales indirectos o hipotéticos*. El agente desarrolla deliberadamente una conducta o actividad que conlleva un riesgo cualificado, sometiendo los bienes ajenos a un peligro que excede del recíprocamente admitido (conforme a la idea de justicia conmutativa). En este caso, la decisión del agente de desencadenar ese riesgo no recíproco –esto es, un peligro que excede del generalmente aceptado como inherente a la convivencia entre iguales o, en términos kantianos, del que permite conciliar el libre arbitrio de uno con el libre arbitrio del otro– conlleva la injerencia intencional en la esfera de autodeterminación de los demás. Una injerencia que, como tal, genera, asimismo, un deber de indemnización.

Nuevamente (ya se trate de un riesgo permitido o de un riesgo prohibido) se realiza la voluntad del agente del daño sobre el bien ajeno, debiendo procederse, por razones de justicia conmutativa, a la indemnización. Aunque, en este caso, el daño no es deliberadamente buscado por el agente, la conducta determinada por su libre arbitrio somete unilateralmente los bienes ajenos a un riesgo cualificado, que supone sujetarlos –al menos potencialmente– a los designios de su voluntad. El daño así generado puede imputarse a la injerencia intencional del individuo que desarrolla la actividad *extra-arriesgada*. Cuando este riesgo extraordinario está autorizado por el poder público sigue presente, como razón última de la responsabilidad civil, la lógica del *sacrificio* impuesto por efecto de la cláusula social del Estado Constitucional. Al amparo de la misma, el

poder público tiene capacidad para autorizar la generación de estos riesgos extraordinarios en la medida en que produzcan una mayor utilidad o ventaja social. Pero el límite de la dignidad humana –y del Estado de Derecho- le impide eximir a quien los desarrolla –y se convierte en beneficiario directo de la decisión autorizativa del poder- del deber de indemnizar a los concretos individuos que sufren consecuencias nocivas en sus derechos individuales –esto es, los que se ven instrumentalizados-.

Estamos, por ello, ante una modalidad hipotética de daño sacrificial. El poder público opta, una vez más, por romper el equilibrio recíproco en la delimitación de las esferas de libre realización individual, autorizando, por razones de interés social, actividades extraordinariamente peligrosas y permitiendo, con ello, que el sujeto que las realice someta a determinados individuos a los riesgos unilateralmente generados por su propio arbitrio. Los daños que, al concretarse el referido riesgo, se producen en los bienes de estos terceros no son, desde luego, deseados –ni por el poder público ni por el particular que desarrolla la actividad autorizada- pero sí han sido contemplados –y asumidos- desde un primer momento como sacrificios que pueden llegar a materializarse para que pueda obtenerse el beneficio (individual y social) correspondiente. La ordenación normativa que rompe con el equilibrio recíproco basado en la justicia conmutativa, permite, así, que un individuo someta a otros a los designios de su voluntad por razones de utilidad social. La cláusula *social* del Estado admite que esa ordenación sea adoptada. La cláusula de *Estado (material) de Derecho* y, más concretamente, la cláusula de salvaguarda del *contenido esencial*, exige, no obstante, la paralela indemnización de las consecuencias dañosas verificadas en la esfera de derechos fundamentales de las víctimas. La aplicación conjunta de ambas reglas (autorización basada en la utilidad social e indemnización fundada en la titularidad de derechos), lejos de constituir una contradicción (como pretendían la *Ciencia* del Derecho Natural y la *Ciencia* positivista que siguió sus pasos), da coherencia plena a la idea de un *Estado social de Derecho*. Se recupera, así, la vieja lógica personalista moderada conciliando el *bien común* con la idea sustancial de *persona* (y, en consecuencia, la *justicia distributiva* con la *justicia conmutativa*).

### **3.5. La tipología particular de riesgo sacrificial: su carácter extraordinario e instrumental**

Hay que notar, en cualquier caso, que la dimensión sacrificial solo alcanza a los riesgos que podemos calificar de *extraordinarios* o *no recíprocos* y que tienen carácter *instrumental*, fuera de los cuales la evaluación de los riesgos sociales como título de

imputación depende de la discrecionalidad legislativa, siempre que ésta se ejerza de forma no arbitraria (art. 9.3 CE). Así:

(i) Son *ordinarios* o *recíprocos* los riesgos que pertenecen al normal desenvolvimiento de la vida social<sup>460</sup>. La conducción de vehículos de motor fue, probablemente, en un momento dado, un riesgo no recíproco. En la actualidad es una actividad completamente estandarizada. No puede decirse que alguien nos someta unilateralmente a un riesgo extraordinario por el mero hecho de que circule con su coche por las vías públicas. De ahí que el legislador, para regular la responsabilidad por accidentes de tráfico, pueda optar por utilizar reglas de responsabilidad basadas en la culpa o por realizar distribuciones de riesgos que considere más equitativas. Otro ejemplo de riesgo ordinario que no tiene significado sacrificial sería el de los daños generados por los menores, como peligro inherente a la vida social en el que el legislador también puede optar libremente por una responsabilidad de índole subjetiva (basada en la culpa de los padres) u objetiva (que distribuya equitativamente ese riesgo, cargando en todo caso los padres del menor con el importe de los perjuicios). Estamos, en este ámbito recíproco de riesgos, ante un puro ejercicio de política legislativa, sometido a debate democrático.

(ii) De otro lado, solo tiene dimensión sacrificial el riesgo que, además de *extraordinario*, tiene naturaleza *instrumental*, esto es, que es intencionalmente generado para obtener determinados beneficios sociales. Así, no es un riesgo instrumental el que se materializa en el seno de una actividad prestacional, como por ejemplo, un servicio público sanitario, al que el ciudadano acude porque ya sufre una enfermedad. La atención sanitaria prestada en un hospital, público o privado, ha de cumplir, por supuesto, con la *lex artis*. En caso de negligencia médica puede existir, por ello, responsabilidad civil de la administración o del particular que gestiona el hospital. Pero el legislador también puede optar legítimamente por contemplar supuestos de riesgo sanitario en los que, no existiendo negligencia alguna por parte del prestador del servicio (público o privado), este pueda ser considerado objetivamente responsable. Estamos, en todos estos casos, ante el juego de la discrecionalidad legislativa, que permite fundar la traslación de la carga económica del daño en razones diversas. El canon constitucional para analizar este tipo de reglas de responsabilidad civil será, pues, el de la posible

---

<sup>460</sup> Vid. FLETCHER, George P., "Fairness and utility in tort theory", *Harvard Law Review*, vol. 85, enero 1972, pp. 537 a 573.

arbitrariedad del legislador (art. 9.3 CE), lo que obligará a examinar la razón en que se funda la atribución del deber de resarcimiento.

Un riesgo *extraordinario e instrumental* no responde, sin embargo, a la misma etiología ni está sujeto a un escrutinio constitucional tan laxo. Si el poder público decide autorizar normativamente la generación de energía nuclear y coloca una instalación nuclear en un determinado lugar, a sabiendas del alto peligro para la salud que esto comporta para los que allí habitan, los que resulten dañados no habrán sido víctimas de un evento estandarizado de la vida social sino de una decisión instrumental del poder, en la que se contemplaba la probable causación de este tipo de daños a concretos individuos, que se ven sacrificados para alcanzar un bien mayor. No indemnizar los daños causados en la integridad física (art. 15 CE) de estas personas es tanto como desconocer su derecho fundamental, que parte de su condición de fines en sí mismos, no de meros siervos del poder o de instrumentos de la utilidad común.

Del mismo modo, la Administración genera un riesgo instrumental de tipo sacrificial cuando realiza campañas de vacunación obligatoria o cuasiobligatoria, en las que decide no informar de los riesgos individuales (residuales pero ciertos) que esto entraña, a sabiendas de que solo así conseguirá que la vacunación sea masiva y se eviten, con ello, males mayores<sup>461</sup>. Los daños sufridos en la integridad física (art. 15 CE) de quien sufre una reacción adversa a la vacuna sin haber sido informado de los riesgos (por la deliberada decisión del poder, tendente a no frustrar, con dicha información, los fines de la campaña), también son sacrificiales y exigen la equidistribución del coste del bien común. La institución misma de la prisión preventiva, que autoriza a acordar lícitamente el encarcelamiento cautelar del investigado cuando aún no se ha procedido a determinar su responsabilidad criminal, es otro riesgo instrumental (el de privar de libertad a un inocente) deliberadamente creado por el poder público en un derecho fundamental (art. 17 CE) para dar mayor eficacia a los procesos penales (con el beneficio social que ello comporta), pero esa decisión lícita del poder no exime de resarcir el daño instrumentalmente causado a quien, celebrado el correspondiente juicio, resultó que no había cometido delito alguno<sup>462</sup>. En todos estos casos, la indemnización se revela como

---

<sup>461</sup> Sobre las claves jurídicas que presentan las alternativas administrativas entre distintos procesos de vacunación, con mayor o menor grado de voluntariedad, vid. CIERCO SIERA, César, "Vacunación obligatoria o recomendada: acotaciones desde el Derecho", en *Vacunas: investigación y práctica*, vol. 21, Nº. 1 ! (enero-junio), 2020, pp. 50-56. !

<sup>462</sup> Un análisis completo de los elementos determinantes de la indemnización en este supuesto particular ! de prisión provisional no indemnizada puede encontrarse en MEDINA ALCOZ, LUIS, y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ,

una exigencia de la eficacia del derecho constitucional que se ve comprometido, esto es, como una derivación necesaria de la cláusula material de Estado de Derecho. Alguien se ve lícitamente privado de lo suyo (su salud, su libertad, su propiedad) en utilidad de los demás y debe, por ello, ser resarcido, consiguiéndose, así, la equidistribución del coste del bien común y haciéndose realidad la idea de un *Estado social de Derecho*.

Todas estas manifestaciones de la responsabilidad llamada *objetiva* se revelan como una misma modalidad de injusticia conmutativa, auspiciada por el poder público por razón de su utilidad social. Se permite utilizar la esfera de realización de otro para obtener un beneficio mayor. No obstante, solo la indemnización –que debe satisfacer el beneficiario directo del sacrificio– devuelve al individuo singularmente sacrificado a la condición de fin en sí mismo. El pago de la indemnización hace que la decisión del poder público de autorizar la injusticia conmutativa sea adecuadamente equidistribuida entre los directamente beneficiados y los directamente sacrificados. El marco constitucional de conciliación de la cláusula social y la cláusula de Estado de Derecho llega, de este modo, a la solución de la necesaria equidistribución (indemnización) de cualquier forma de daño intencional de tipo instrumental (lícito o ilícito, cierto o hipotético).

La exigencia constitucional de resarcimiento abarca, de ese modo, el daño intencional, ilícito (doloso) o lícito (sacrificial), en cuanto en él se produce la situación constitucionalmente proscrita: una actuación por la que un individuo (o el poder público mismo) convierte a otro en siervo de sus fines. Más allá de ese daño constitucionalmente relevante, el legislador ha de establecer su propio sistema resarcitorio en el seno del debate democrático, recurriendo a la culpa o a criterios alternativos que sirvan de razón suficiente para atribuir el daño. En ese ámbito de libre disposición del legislador han de entenderse, a mi juicio, preceptos constitucionales que, como los arts. 106.2 y 121 CE, establecen derechos resarcitorios de configuración legal<sup>463</sup>.

Con ello, la teoría del sacrificio de derechos queda completamente desarrollada desde su fundamento constitucional, situado en el ámbito de la dogmática constitucional sobre las restricciones de derechos fundamentales, hasta el deslinde de su efecto

---

Ignacio, “Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio”, *REDA*, Nº 200, 2019, pp. 147-190.

<sup>463</sup> Y en ese ámbito de libre disposición, sujeta al escrutinio constitucional derivado de la interdicción de la arbitrariedad, se encontraba, a mi modo de ver, la hipótesis legal enjuiciada en al STC 112/2018, de 17 de octubre. Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad...”, *cit.*, pp. 188-190.

característico (la indemnización del daño) del instituto de la responsabilidad patrimonial del poder público.

## BIBLIOGRAFÍA

---

ALEX, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.

ARAGÓN REYES, Manuel, "Constitución española: economía de mercado y Estado social", en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed), *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 105-120.

ARAGÓN REYES, Manuel y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, "La libertad de empresa", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, 2014, pp. 17-39.

ARISTÓTELES, *Política*, Alianza Editorial, Madrid, 2012.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 2004.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., "Concepto y modelos históricos de derechos fundamentales" en BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. (dir.), *Teoría de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 17-44.

BEAUD, Olivier, *Los últimos días de Weimar. Carl Schmidt ante el ascenso del nazismo*, Escolar y Mayo, Salamanca, 2017.

BELADÍEZ ROJO, Margarita, *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo*, Tecnos, Madrid, 1997.

BENDA, Ernst, "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en BENDA, Ernst, MAIHOFFER, Werner, VOGEL, Hans-Jochen., HESSE, Konrad, HEYDE, Wolfgan (et. al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2001, pp. 117-144.

BENDA, Ernst "El Estado social de Derecho", en BENDA, Ernst, MAIHOFFER, Werner, VOGEL, Hans-Jochen., HESSE, Konrad, HEYDE, Wolfgan (et. al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2001, pp. 487-560.

BERNAL PULIDO, Carlos *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

BIGLINO CAMPOS, Paloma, "Acerca del significado jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, y GARCÍA REGUEIRO, José Antonio (dir.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 69-76.

BIGLINO CAMPOS, Paloma, "Constitución y contrato social", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 47, enero de 2019, pp. 7-24.

BOCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993.

BOROWSKI, Martin, "La restricción de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, mayo-agosto 2000, pp. 29-55.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

BURKE, Edmund, *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, “¿Qué es una Constitución? (A propósito de la reciente lectura del libro Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 58, Enero-Abril, 2000, pp. 353-359.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, “Los vértices de la desconfianza: Constitución, ley y juez (Releyendo Justicia Constitucional y democracia, de Víctor Ferreres Comella)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, 2002, pp. 387-396.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco, *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO, FRANCISCO, *La cabeza de Jano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Chiclana, 1989.

CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO, *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*, Editorial Actas, Madrid, 1993.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, “Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo político”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXV, Valparaíso, 2003, pp. 341-373.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*, Encuentro, Madrid, 2008.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *La crisis del Derecho en la escolástica española del siglo XVI*, Sínderesis, Madrid, 2018.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1998.

CASTAÑO, Sergio Raúl, “La *Summa Potestas* como *Superiorem non recognoscens* en el plano temporal. La cuestión en Francisco de Vitoria y en su entorno doctrinal y epocal inmediato”, en CRUZ CRUZ, Juan (ed), *Ley y dominio en Francisco de Vitoria*, Eunsa, Pamplona, 2008.

CIERCO SIERA, César, “Vacunación obligatoria o recomendada: acotaciones desde el Derecho”, en *Vacunas: investigación y práctica*, vol. 21, Nº. 1 (enero-junio), 2020, pp. 50-56.

COVARRUBIAS, Diego, *Textos jurídico-políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 25, enero-abril 1989, pp. 35-62.

DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 93-172.

DÍEZ DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2013.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “¿Puede el Estado abatir un avión con inocentes a bordo para prevenir un atentado kamikaze? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal

alemán sobre la Ley de Seguridad Aérea”, en *Revista de Administración Pública* nº 170, mayo-agosto de 2006, pp. 389-425.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

EPSTEIN, Richard Allen, *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, 1975.

EPSTEIN, Richard Allen, *Simple Rules for a Complex World*, Harvard University Press, 1995.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 139, septiembre-diciembre 1993, pp. 195-247.

FERRER BELTRÁN, Jordi, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

FIGGIS, John Neville, *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius 1414-1625*, Cambridge University Press, Cambridge, 1956.

FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 2016.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, Civitas, 1984 (edición facsímil de la publicada en 1956 por el Instituto de Estudios Políticos).

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Civitas, Madrid, 2001.

GARCÍA MARTÍN, Javier, “*Auferre rem privati* o título versus *potestas*. La expropiación en los juristas castellanos del *ius commune*”, en DE DIOS, S., INFANTE, J., ROBLEDO R. y TORIJANO, E. (Coords.), *Historia de la Propiedad. La expropiación*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2010.

GARCÍA TORRES, Jesús, “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, en *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, vol. II, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 1031-1063.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

GIERKE, Otto, *Teorías políticas de la Edad Media*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

GILSON, Étienne, *El espíritu de la filosofía medieval*, Gredos, Barcelona, 2009.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, *Acción y norma en G. H. Von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

GORDLEY, James, “Tort Law in the Aristotelian Tradition”, en D. G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

GORDLEY James, *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford ! University Press, Oxford, 2006. !

GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006. !

GROCIO, Hugo, *La libertad de los mares*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979. !

GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Marcial Pons, Madrid, 1997. !

HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y ! Constitucionales, Madrid, 2011. !

HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2003. !

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Filosofía del Derecho*, Universidad Autónoma de Méjico (Dirección General de Publicaciones), Méjico D. F., 1975. !

IHERING, Rudolph *El fin en el Derecho*, Comares, Granada, 2011. !

Vid. IHERING, Rudolph, *Jurisprudencia en broma y en serio*, Maxtor, Madrid, 2017. !

INFANTE, J. y TORIJANO, E, "Propiedad privada y expropiación forzosa: los entresijos de un binomio ! (1812-1931)", en De Dios, S., Infante, J., Robledo R. y Torijano, E. (Coords.), *Historia de la Propiedad. La expropiación*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2010. !

JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2005. !

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999. !

KANT, Immanuel, *Lecciones de ética*, Crítica, Barcelona, 1988. !

KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres*, TECNOS, MADRID, 1989. !

KANT, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbre*, Ediciones Encuentro, Madrid, 2003 !

KANT, Immanuel, *La Paz Perpetua*, Alianza Editorial, Madrid, 2016.

KELSEN, Hans, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base a la doctrina de la proposición jurídica)*, Editorial Porrúa, Méjico D. F., 1987. !

KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Ediciones Coyoacán, Méjico D. F., 2015. !

KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, Marcial Pons, Madrid, 2018. !

LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2008.

LEGUINA VILLA, Jesús, "Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración", *REDA*, núm. 136, 2007, pp. 669-681. !

LLORENS Y CLARIANA, Eduardo, *La igualdad ante la Ley. El estado y sus órganos*, Athenaica, Sevilla, 2015. !

LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1980. !

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Comares, Granada, 1996.

MARIANA, Juan, *La dignidad real y la educación del rey (De rege et regis institutiones)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

MARTÍN REBOLLO, Luis, *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1977.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1982.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*, Thompson-Civitas, Cizur Menor, 2005.

MEDINA ALCOZ, Luis, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (I). Sintagma. Fundamento. Función", en CANO CAMPOS, Tomás (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, IV, 2009.

MEDINA ALCOZ, Luis, "Mitos y Ficciones en la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. A propósito de la STS, Sala 3ª, de 27 de septiembre de 2011", *REDA*, núm. 153, 2012, pp. 152-181.

MEDINA ALCOZ, Luis, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

MEDINA ALCOZ, Luis, y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, "Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio", *REDA*, Nº 200, 2019, pp. 147-190.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, MacGraw-Hill, Madrid, 1996.

MICHELMAN, Frank, "Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of 'Just Compensation' Law," 80 *Harvard Law Review*, pp. 1165-1258.

MIR PUIGPELAT, Oriol, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.

MIR PUIGPELAT, Oriol, "Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (y no sanitaria)", *REDA*, núm. 140, 2008, pp. 629-652.

MOLINA, Luis, *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*, J. L. Cosano, Madrid, 1941.

MÜLLER, Friedrich, *La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2016.

NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, Inisfree, 2018.

OEHLING DE LOS REYES, Alberto, "El concepto constitucional de dignidad de la persona. Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero-abril, 2011, 135-178.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", *Documentación Administrativa*, 237-238, 1994, pp. 239-254.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 169-190.

PUFENDORF, Samuel, *Le Droit de la Nature et de Gens ou Système Général des principes les plus importants de la moral, de la jurisprudence et de la politique*, Presses Universitaires de Caen, 2009.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

REBOLLO PUIG, Manuel, "Sobre la reforma del régimen de responsabilidad de la Administración", en SÁINZ MORENO, Fernando (dir.), *Estudios para la Reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.

RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México D.F., 2013.

REYNOLDS, Susan, *Before Eminent Domain. Towards a History of Expropriation of Land for the Common Good*, The University of North Carolina Press, 2010.

RIDOLFI, Giorgio, "Lo Stato di Diritto Cristiano. Riflessioni sulla filosofia giuridica di Friedrich Julius Stahl", en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 45, Giuffrè Editore, 2016

RODRÍGUEZ ARANDA, Luis, "Introducción" a LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1980.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Barcelona, 2000.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, "Una cuestión de principios. La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de febrero de 2006, sobre la Ley de Seguridad Aérea, que autorizaba a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77, mayo-agosto 2006, pp. 257-372.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María y MEDINA ALCOZ, Luis, "Social Rights in Spain", en *Social and Economic Rights as Fundamental Rights. XIXth International Congress of Comparative Law*, Eleven International Publishing, Portland, 2015.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio, "Justicia conmutativa y derecho de daños: los orígenes escolásticos de la responsabilidad civil". *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013, pp. 252-276.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio "La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, 2018, pp. 155-192.

ROTHBARD, Murray Newton, "Robert Nozick and the Immaculate Conception of the State", en E. P. Stringham (ed), *Anarchy and the Law. The political Economy of Choice*, Transaction Publishers, New Brunswick y Londres, 2006.

ROTHBARD, Murray Newton, *Hacia una nueva libertad. El manifiesto libertario*, Unión Editorial S.A., 2013.

ROSS, Alf, *Lógica de las normas*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, Taurus, Barcelona, 2012.

SCHMITT, Carl, *Teología Política*, Trotta, Madrid, 2009.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2015.

SPECHT, Reiner, "Die Spanische Spätscholastik im Kontext ihrer Zeit", en GRUNERT, Frank y SEELMANN, Kurt (eds.), *Die Ordnung der Praxis. Neue Studien zur Spanischen Spätscholastik*, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 2001.

SOTO, Domingo, *De la Justicia y del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1967-68.

SAVIGNY, F., *De la Vocación de nuestro siglo para la jurisprudencia y para la ciencia del Derecho*, Comares, Granada, 2008.

SMEND, Rudolf, "Constitución y Derecho Constitucional", en SMEND, Rudolf y Kelsen, Hans, *La controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado en la República de Weimar: Constitución y Derecho Constitucional versus El Estado como integración*, Tecnos, Madrid, 2019, pp. 1-168.

SUÁREZ, Francisco, *Defensa de la fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

SUÁREZ, Francisco, *De Legibus*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1971-1974.

TIERNEY, Brian, *Religion, Law and the growth of constitutional thought*, Cambridge University Press, 1982.

TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150-162*, William B. Eerdmans Publishing Company, Grand Rapids, Michigan/Cambridge, U.K. , 1997.

TIERNEY, Brian, *Liberty & Law. The idea of permissive natural law 1100-1800*, The Catholic University of America Press, Washington D. C., 2014.

TRUYOL SERRA, Antonio, "Presentación", en KANT, Immanuel, *La Paz Perpetua*, Alianza Editorial, Madrid, 2016

TUCK, Richard, *Natural rights theories. Their origin and development*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981.

UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores, *Expropiación forzosa y beneficiario privado. Una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015

VÁZQUEZ DE MENCHACA, Fernando, *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Talleres tipográficos "Cuesta" Macías Picavea, Valladolid, 1931.

VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, "Los límites a los derechos fundamentales", en BASTIDA FREIJEDO, F. (dir.), *Teoría de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 120-150.

VITORIA, Francisco, *Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra*, Tecnos, Madrid, 2007.

VON MÜNCH, Ingo, "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, pp. 9-33.

VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.