

Peter Häberle

la Imagen del
ser humano
dentro del
Estado
Constitucional

la Imagen del
ser humano
dentro del
Estado
Constitucional

La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL
FONDO EDITORIAL 2001

Desde mediados del siglo XX, la persona humana se ha convertido en el fundamento axiológico y jurídico del Estado democrático constitucional; en esa medida, para el Profesor Peter Häberle el ser humano es un *prius* lógico y ético imprescindible, ante los desafíos contemporáneos contra la imagen de la persona humana; provenientes no sólo desde el Estado, sino también desde la propia sociedad.

En ese sentido, plantea a la dignidad humana y a la democracia liberal como elementos constitutivos de ese nuevo orden constitucional que se expresan en la universalización de los derechos humanos. Sin embargo, es cuidadoso en no caer en un neousnaturalismo irrazonable, ni en un neopositivismo formalista; sino, que plantea incorporar el valor social de la justicia a la interpretación de las normas internacional y nacional relativas a los derechos de la persona.

Este postulado, propio de la teoría institucional, Häberle lo ve reflejado en las modernas constituciones democráticas y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que presenta reflexiva y críticamente en la presente obra.

La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional

LA IMAGEN DEL SER HUMANO DENTRO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Peter Häberle

Pontificia Universidad Católica del Perú
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL
FONDO EDITORIAL 2001

Título original : Das Menschenbild in Verfassungsstaat
Duncker & Humblot - Berlín, 1988

Traducción : Carmen Zavala (revisión César Landa)

*LA IMAGEN DEL SER HUMANO DENTRO
DEL ESTADO CONSTITUCIONAL*

Copyright (c) 2001 Fondo Editorial de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Universitaria, cuadra 18 San Miguel
Telefax: 460-0872
Teléfonos: 460-2870, 460-2291, anexos 220 y 356
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Derechos reservados, prohibida la reproducción de
este libro por cualquier medio total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Primera edición: abril de 2001

500 ejemplares

Impreso en Perú - Printed in Peru

Hecho el Depósito Legal, Registro N° 1501162001-1472
ISBN: 9972-42-395-6

Cuidado de la edición: Claudia Del Pozo
Diseño y diagramación: Fondo Editorial de la PUCP

ÍNDICE

PRESENTACIÓN de César Landa	11
PRÓLOGO	13
ABREVIATURAS	15
PRIMERA PARTE	
INTRODUCCIÓN Y TRES TESIS-PUENTE HACIA OTRAS DISCIPLINAS: EL PUNTO DE PARTIDA CIENTÍFICO-CULTURAL	17
Introducción	19
Capítulo 1	
La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional: un concepto interdisciplinario abierto a la reelaboración y, al mismo tiempo, un concepto específico del derecho constitucional	21
Capítulo 2	
La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional: un concepto-correlato dentro del espectro de los referentes: imagen de Dios, imagen del mundo e imagen del pueblo	25
<i>2.1. Imagen del ser humano e imagen de Dios</i>	25
<i>2.2. Imagen del ser humano e imagen del mundo</i>	27

<i>2.3. Imagen del ser humano e imagen del pueblo</i>	31
Capítulo 3	37
La imagen del ser humano: un concepto histórico abierto a la transformación dentro del Estado Constitucional en el campo de acción de la <i>tríada de imágenes</i>	
SEGUNDA PARTE	
TRES OBSERVACIONES: ASPECTOS DEL PENSAMIENTO «ESPECÍFICAMENTE JURÍDICO»	43
Introducción	45
Capítulo 1	
La diferenciación entre ser y deber, derecho constitucional y realidad constitucional	47
Capítulo 2	
La ciencia del derecho considerada como trabajo de interpretación intersubjetiva sobre textos positivos	53
Capítulo 3	
La orientación hacia los principios de la justicia	55
TERCERA PARTE	
LA IMAGEN DEL SER HUMANO COMO PRINCIPIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL	59
Capítulo 1	
Problema	61
Capítulo 2	
Elementos de una recopilación, primeras evaluaciones	67

2.1. <i>Clásicos: la imagen más bien pesimista y la imagen más bien optimista del ser humano</i>	67
2.2. <i>Elementos de la imagen del ser humano del Estado Constitucional en el ejemplo de las áreas del derecho positivo de acuerdo a la Ley Fundamental</i>	73
2.3. <i>Libertad religiosa, científica y artística como garantías de apertura y pluralidad de la tríada de imágenes dentro del Estado Constitucional</i>	99
2.4. <i>Consecuencias para la imagen del ser humano dentro del derecho constitucional de la economía</i>	103

Capítulo 3

La imagen del ser humano: ¿una imagen directriz, una máxima (de legalidad) o un principio de derecho positivo del Estado Constitucional? El intento de lograr una precisión teórico-jurídica

111

3.1. *El Problema y las preguntas*

111

3.2. *Respuestas provisionales*

112

CUARTA PARTE

**CONCLUSIÓN: VISIÓN RETROSPECTIVA Y
PERSPECTIVA**

119

Capítulo 1

La modestia propia de los juristas

121

Capítulo 2

La magnitud de sus tareas en el asunto de la imagen del ser humano

125

PRESENTACIÓN

La prolífica obra jurídica del profesor alemán Peter Häberle progresivamente adquiere sumo interés no solo en la comunidad científica europea, sino también latinoamericana y asiática; debido a que sus rigurosas tesis constitucionales basadas en la teoría cultural, se expanden a las diversas realidades continentales, que buscan desarrollar el Estado Constitucional.

Debido a que, los viejos y nuevos dilemas constitucionales encuentran en la persona humana el fundamento del orden social, estatal y económico que persiguen. Así, la promoción de los derechos humanos, el bienestar general, el medio ambiente, el derecho genético, la informática, la libertad informativa de los medios de comunicación el acceso a la información pública, la participación ciudadana, la libertad de investigación científica y tecnológica, entre otros desafíos constitucionales, demandan afirmar sus posibilidades y límites en función de la persona humana.

La imagen de la persona humana constituye así un canon valorativo del edificio constitucional, que se va construyendo o afirmando ante los dilemas de la política, la economía y la sociedad, que se presentan aceleradamente, en un horizonte cultural cada vez más mundializado. Perspectiva humanista que si bien parte de principios de raigambre iusnaturalista, avanza en el marco de la normatividad internacional y nacionales que la consagran; postura propia de la teoría institucional con que aborda su tesis el profesor de Bayreuth.

En efecto la concepción de la imagen de la persona humana que postula el autor es tributaria de la dignidad de la persona como su premisa

antropológica y, de la democracia liberal como su consecuencia organizativa. En esta medida se nutre tanto de la realidad y la normatividad constitucional, como también opera como una cláusula transformadora del quéhacer social. Sin embargo, la clave cultural que la inserta Häberle, permite percibir su eficacia vinculante en su desarrollo normativo y jurisprudencial, mediante la protección y el desarrollo de los derechos fundamentales.

De modo que, no se trata de un dogma constitucional válido en sí mismo, sino una regla jurídica producto de una lectura ética de la Constitución y la sociedad. En esa medida y en el marco por un lado de la postmodernidad y, de otro, de la descomposición de los estados autoritarios en el mundo, la validez de la tesis de Häberle adquiere toda su potencialidad en el fortalecimiento *ad-hoc* de un renovado orden constitucional y democrático mundial, que siempre se encuentra al acecho de la persona humana ante las nuevas y sofisticadas formas de ejercicio de poder público y privado, que pueden ser percibidos y controlados con mayor claridad en el marco de la imagen del ser humano.

Lima, marzo de 2001

César Landa

PRÓLOGO

El presente trabajo se enmarca dentro del punto de partida científico-cultural adoptado por el autor desde 1979 para su especialidad, que fue postulado de manera programática para la doctrina constitucional en 1982 en el folleto *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* y, desde entonces, ha sido continuado en ensayos y monografías (la última: *Wirtschaft als Thema neuerer verfassungstaatlicher Verfassungen*, JURA, 1987, pp.577-584. También, *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates* 1987). Una sección del trabajo aquí publicado fue puesta a discusión dentro del marco de la mesa redonda *Imágenes del mundo. Autointerpretación y experiencia de lo extraño*, realizada en Bayreuth, el 20 de febrero de 1988. Por ello, el autor agradece a algunos de los colegas que participaron en el evento de la Universidad de Bayreuth y al exdecano B. C. Funk, cuya invitación le permitió al autor exponer el 8 de junio de 1988 una *variante austriaca* de este estudio.

Este folleto está dedicado a los colegas de Bayreuth Wilfried Berg, Diether Gebert, Wolfgang Gitter, Walter Schmitt y Ulrich Sieber, en agradecimiento a su amable colaboración, mucho más allá de los estrictos marcos de nuestra Facultad de Derecho y Economía.

Bayreuth, 2001
Peter Häberle

ABREVIATURAS

Ab.	Abteilung (sección)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Socialphilosophie
BAG	Bundesarbeitsgericht (Tribunal Federal de Trabajo)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil)
BSG	Bundessozialsgericht (Tribunal Federal Social)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Federal Constitucional)
CDU	Christlich Demokratische Union
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung (decisión, sentencia)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festgabe für (homenaje para)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de Bonn)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
RGBl.	Reichsgesetzblatt
StVollzG	Strafvollzugsgesetz (Ley General Penitenciaria)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

PRIMERA PARTE
INTRODUCCIÓN Y TRES TESIS-PUENTE HACIA OTRAS
DISCIPLINAS: EL PUNTO DE PARTIDA CIENTÍFICO-
CULTURAL

INTRODUCCIÓN

Las artes y algunas ciencias suelen adelantarse al Derecho en el diagnóstico del desarrollo. Son más sensibles que nosotros, los juristas: piénsese en la Bella Literatura,¹ en la sociología y, en menor grado, en la teología. Esta *necesidad* de la especialidad se ha convertido en *virtud*: la primera parte desarrollará —en tres tesis— los vínculos con otras disciplinas y esbozará el contexto cultural de una *filosofía de la imagen*.² En la segunda parte, se tratará aspectos limitados del pensamiento específicamente jurídico; en la tercera parte, se tratará la imagen del ser humano en el Estado Constitucional, desde una perspectiva mucho más sistemática y de contenido; la cuarta parte pretende dar una visión panorámica de la autoreferencia y de la magnitud de las tareas de los juristas en relación con el asunto de la imagen del ser humano.

¹ Cf. HÄBERLE, Peter. *Das Grundgesetz der Literaten*. 1983; SCHNEIDER, P. «[...] ein einzig Volk von Brüdern». 1987.

² La metáfora *Bild* (imagen) tiene una *coyuntura* interdisciplinaria, cf., por ejemplo, el Simposio de las semanas celebratorias de Viena: *Kunstbilder - Weltbilder*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, FAZ del 1 de junio de 1987, p. 31; KORTE, K.R. *Deutschlandbilder - Akzentverlagerungen der deutschen Frage seit den siebziger Jahren, Aus Politik und Zeitgeschichte, Das Parlament vom 15.1.1988*, pp. 45 y ss. También los nuevos estudios de literaturas romances conocen la investigación de la imagen del mundo, por ejemplo, KRAUß, H. «Der Ursprung des geschichtlichen Weltbildes, die Herausbildung der opinion publique und die literarischen Achronien». En *Romanistische Zeitschrift für Literaturgeschichte*, 1987, pp. 337 y ss. Véase también RUSAM, R. «Kirche und Weltbild der Physik». FS Obermayer,

1987, pp. 305 y ss. Las reflexiones sobre las *imágenes directrices* han ocupado al autor desde sus inicios: cf. HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG* (La garantía de contenido esencial del artículo 19 sección 2 de la Ley Fundamental), 1.^a ed. 1962, pp. 104 y ss., 141, 148, 182, 185, 201, 210, 212, 235). Acerca de la problemática de la *imagen del ser humano*: *ibid.* pp. 5, 40, 46, 59, 106 y ss., 206 y s. (y en la 3.^a ed. 1983; pp. 288, 402, 419). Con respecto a las ideas de las imágenes directrices del interés público o imágenes directrices del bienestar común: HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem* (El interés público como problema jurídico). 1970, pp. 32, 123 y s. *ibid.*, pp. 425 y ss. (también acerca de figuras judiciales estilizadas como propietario sensato y razonable o empresario, juez objetivo, ciudadano comprensivo como imágenes directrices de la concretización pretoriana del bienestar común).

Capítulo 1

La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional: un concepto interdisciplinario abierto a la reelaboración y, al mismo tiempo, un concepto específico del derecho constitucional

Si bien la imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional necesita ser reelaborada con los métodos específicos y con los contenidos de la teoría del Estado, esta *autonomía* de la jurisprudencia, sin embargo, no significa un rechazo a una cooperación con otras ciencias. Precisamente, en el concepto *imagen del ser humano* confluyen —por ejemplo— conocimientos científico-naturales, filosóficos e incluso teológicos: así el derecho penal no puede dejar de lado los conocimientos médicos y criminológicos (piénsese, por ejemplo, en cuestiones de resocialización).³ Asimismo

³ Cf. *Strafvollzugsgesetz von 1976*. Selección de: BÖHM, A. En SCHWIND, H. D. y BÖHM A. (ed.). *Strafvollzugsgesetz, Studienausgabe*, 1986, circular n.º 10, 11 con respecto al § 2. Aquí se ofrece la explicación del concepto *objetivo de la aplicación*. «La ley califica como objetivo de la aplicación que el prisionero después del cumplimiento de la pena privativa de la libertad llegue a ser capaz de conducir una vida con responsabilidad social y sin cometer actos delictivos. [...]. Esto significa que obviamente el legislador asume que muchos internos de los establecimientos penales [aún] no tendrían la responsabilidad social de llevar una vida libre de actos delictivos; pero que esta capacidad podría lograrse con el cumplimiento de la pena privativa de la libertad» (así también aparece en la nota introductoria en la circular n.º 12). Véase, además, *ídem*. Circular n.º 1 al § 4 («[...] también el presidiario [es] un ciudadano para el que valen las garantías jurídicas de la Ley Fundamental. El solo está limitado en sus derechos fundamentales, en tanto lo permita la Constitución en forma y contenido»). Además, BÖHM, A. expone aquí, basándose en el Tribunal Constitucional alemán (E 33, 1 y ss.; 40, 276): «El tratamiento

—dentro del concepto de la *dignidad humana* en el sentido del artículo 1 sección 1 de la Ley Fundamental— continúa actuando la idea cristiana de unicidad y de indisponibilidad del individuo; además la filosofía de Kant constituye —hoy en día— el principio básico para nuestra comprensión de la dignidad humana y necesitamos de las ciencias económicas para delimitar las *necesidades económicas mínimas* (esto es, de aquello que el ser humano necesita como mínimo para vivir y que le es garantizado por el Estado Constitucional, según el artículo 1, sección 1, 20 de la Ley Fundamental).

Por otra parte, nos *remitimos* a otras disciplinas cuando queremos satisfacer las nuevas exigencias de acuerdo a un *mínimo ecológico para la existencia*.⁴ La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional es, pues, genuinamente de naturaleza de *derecho constitucional*; pero se desarrolla dentro del campo de la cooperación con otras ciencias: las *ciencias de la cultura*.⁵ Incluso la literatura diaria⁶ puede ser de utilidad. Stefan Heym formula en

de rehabilitación que se le debe al reo en compensación al perjuicio sufrido, de acuerdo a los principios del Estado Social [...] lo incluye positivamente como persona a la que hay que informar, hacer participar y poner en actividad».

⁴ Cf. Por ejemplo, RAUSCHNING, D. *Staatsaufgabe Umweltschutz*, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* 38 (1980), p. 167; HÄBERLE, Peter. *ibid.* (discusión), p. 340.

⁵ Con respecto al *programa* de una doctrina constitucional como ciencia de la cultura, mi libro de 1982 con el mismo título.

⁶ En la actualidad cotidiana, la imagen del ser humano también juega un papel. Así, el obispo evangélico Kruse, en referencia al caso Barschell / Pfeiffer, en Kiel instó a recordar la interpretación de Lutero del ser humano con las palabras: «La imperfección del ser humano no es solo un defecto que habría surgido recién con el pecado original. Esta imperfección es esencialmente suya». El ser humano tendría como misión «ser un colaborador» en su relación con los otros seres humanos. Pero «el ser humano es imperfecto, incompleto» también en su relación con Dios. Y él añade la cita de Pascal: «La perfección humana consiste en tener necesidad de Dios» (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 12 de noviembre de 1987, p. 4: «La Imperfección no es ninguna justificación»). Revisar también lo que sostuvo el canciller alemán H. Kohl en la asamblea Partidaria Regional de la CDU en el suroeste: «Luchar por una imagen cristiana del ser humano» (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 18 de enero de 1988, p. 14). Reciente-

Montenegro⁷ (1987): «Todas las constituciones democráticas han presupuesto seres humanos preparados y dispuestos a controlar sus pasiones y a hacer armonizar sus intereses y los de sus vecinos con criterios amplios y racionales y actuar en concordancia a este proceso». Por cierto que la popular frase acerca de los «juristas inoportunos», es decir, de los «juristas indeseables»⁸ no hace precisamente más fácil el diálogo interdisciplinario.

mente la CDU, 5 años después de asumir el gobierno en Bonn, y de acuerdo a un proyecto de la comisión del partido según su secretario general H. Geißer, quiere determinar su política futura sobre la «base de la imagen cristiana del ser humano» (FR del 20 de febrero de 1988, p. 1). Por último, el NZZ del 21 de marzo de 1988, p. 2: «M. Thatcher's Menschenbild: Der aggressive Aufsteiger als Idealtypus».

⁷ Cf. infra nota 75.

⁸ FORSTHOFF, E. *Der lästige Jurist* (1955). En *idem. Rechtsstaat im Wandel*, 1964. pp.57 y ss.; HEINZE, M. *Der ungeliebte Jurist*, 1981; WESTERMANN, H.P. *Über Unbeliebtheit und Beliebtheit von Juristen*, 1986.

Capítulo 2

La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional: un concepto-correlato dentro del espectro de los referentes: imagen de Dios, imagen del mundo e imagen del pueblo

2.1. *Imagen del ser humano e imagen de Dios*

El trabajo se concentra en la imagen del *ser humano*⁹ dentro del Estado Constitucional: un área de problemas que ya es en sí grande. Sin embargo, cabe señalar que, si bien es cierto que una constitución libre como nuestra Ley Fundamental pone —en el artículo 1— al *ser humano* como premisa antropológico-cultural del Estado, del derecho, de la democracia y del bienestar general, es cierto también que esta imagen del ser humano del derecho constitucional está en correlación con otros referentes que hay que reelaborar desde el punto de vista de las ciencias de la cultura; es más, esta imagen del ser humano no puede definir sus límites sin éstas. Tengo en mente referencias a la imagen de *Dios*, aspectos de una determinada imagen del *mundo* e, incluso, indicaciones para una determinada comprensión del *pueblo* (imagen del *pueblo* o comprensión de la comunidad). Estas

⁹ En Meyers *Enzyklopädischem Lexikon*, tomo 16, 1979, p. 64, bajo el término *imagen del ser humano* aparece: «una visión o tratado sobre el ser humano, que parte de determinados hechos y/o concepciones, es decir, que se enmarca dentro de determinados métodos o sistemas de pensamiento propios de la ciencia o de una concepciones del mundo». En Brockhaus *Enzyklopädie*, 17.^a ed., tomo 12, 1971, aparece bajo el término *ser humano* (pp. 398 y ss.) la diferenciación entre la «imagen del ser humano idealista, materialista y la de la filosofía existencialista» (*ibidem*, pp. 399 y ss.).

relaciones saltan a la vista al comenzar una análisis comparativo de los textos constitucionales. En la Ley Fundamental de 1949, el preámbulo¹⁰ empieza por colocar al ser humano, o a la fuerza del pueblo que promulga la Constitución, frente a la responsabilidad ante *Dios*, al afirmar literalmente: «Siendo consciente de su responsabilidad ante Dios y los hombres». El preámbulo de la Constitución de Baviera de 1946 formula con bastante plasticidad, en retrospectiva a la época nazi:

A la vista del campo en ruinas a un orden social y estatal sin Dios, sin conciencia moral y sin respeto por la dignidad humana, ha conducido a los sobrevivientes de la Segunda Guerra Mundial [...].

De modo semejante, el prólogo de la Constitución de Renania-Palatinado de 1947 se arriesga a decir:

Siendo conscientes de la responsabilidad ante Dios, fundamento original del derecho y creador de toda comunidad humana, inspirados por la voluntad de garantizar la libertad y la dignidad humana, y de ordenar la vida de la comunidad de acuerdo con el principio fundamental de la justicia social [...].

Una sinopsis de muchas constituciones antiguas y modernas muestra que el prototipo de Estado Constitucional presupone y se basa en una determinada imagen de *Dios*, teñida tradicionalmente por el cristianismo. Y en ella se refleja entonces también la imagen del ser humano. La imagen de Dios hoy en día es tan abierta y plural que, a causa de la Constitución, llega hasta el punto de ser negada y debe serlo a causa del pluralismo de las concepciones confesionales del mundo. Por ello, queda establecido que la imagen del ser humano del Estado Constitucional se correlaciona

¹⁰ Acerca de la estructura y función de los preámbulos, mi contribución en *FS Broermann*, 1981, pp. 211 y ss. Acerca del poder que da la Constitución, mis aclaraciones: *Archiv des öffentlichen Rechts* 112 (1987), pp. 54 y ss.

tradicionalmente con una imagen de Dios;¹¹ dicho de otra manera: la imagen del ser humano se encuentra dentro de su contexto *cultural*. Así, por ejemplo, el artículo 33 de la Constitución de Renania-Palatinado (1947),¹² formula como objetivo de la educación escolar, de un solo golpe, el «temor de Dios y el amor al prójimo».¹³

2.2. *Imagen del ser humano e imagen del mundo*

La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional de cierta manera toma también al *mundo* como un referente codeterminante y codeterminado. Esto solo nos sorprende en un primer momento. Ya la literatura especializada habla como cosa natural de la *imagen del mundo de los juristas*.¹⁴ Los mismos textos constitucionales son significativos. El artículo 1 sección 2

¹¹ Detalles en mi contribución: *Gott im Verfassungsstaat?* En FS W Zeidler, 1987, p. 3 y ss. El «Dios ha muerto» de F. Nietzsche impregna su imagen del ser humano en el *dictum* de C. Schmitt (*Politische Theologie*, 2.ª ed. 1934, p. 49), según el cual todos los conceptos significativos de la doctrina moderna del Estado serían conceptos teológicos secularizados; muestra la dialéctica entre el mundo político-jurídico y el mundo del *más allá*, así como la relación entre las imágenes del mundo y las imágenes de Dios.

¹² Citado por: PESTALOZZA, C. *Verfassungen der deutschen Bundesländer*, 3.ª ed., 1988.

¹³ La *perversion* de las relaciones entre el ser humano y Dios, el mundo y la comunidad de los pueblos ha alcanzado su grado más terrible con la consigna de J. Goebbels sobre la *guerra total*, en la que los alemanes se embarcaron como si se tratara de un *culto divino* (1944).

¹⁴ ENGISCH, K. *Vom Weltbild des Juristen*, 2.ª ed., 1965. En este texto, se ofrecen las secciones: El ser humano en el derecho, Acción y trabajo en el derecho, El espacio en el derecho, El tiempo en el derecho, La causalidad en el derecho, El asunto en el derecho. WEIMAR, R. *Rechtswissenschaft als Weltbild*, Festgabe für A. Troller, 1987, pp. 351 y ss. El paradigma del «ser humano en el derecho» de G. Radbruch ha dado lugar a mucha literatura secundaria: Cf., por ejemplo, ENGISCH, K. *Vom Weltbild des Juristen*, 1.ª ed. 1950, 2.ª ed. 1965, pp. 26 y ss.; HUBER, H. *Das Menschenbild des Rechts* 1960, ahora en *ídем*, *Rechstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, 1971, pp. 76 y ss. (para ello, MÜLLER, J. P. «Hans Huber: Der Mensch im Recht», en (segundo) FS H. Huber, 1981, pp. 1 y ss.). Probablemente la jurisprudencia de la imagen del ser humano de la BVerfG (para ello, ver infra nota 128 y ss.) regresa —en última instancia— al principio

de la Ley Fundamental dice: «El pueblo alemán se declara, por lo tanto, partidario de los derechos humanos —inviolables e inalienables— como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo».

La reivindicación *universal* de los derechos humanos —conocida desde 1789 y reafirmada en nuestra época en la Declaración de las Naciones Unidas de 1948, así como en los dos pactos sobre derechos humanos de las Naciones Unidas de 1966— supone que el *mundo* debe ser conformado de acuerdo a los derechos humanos.¹⁵ Hay otro pasaje más de la Ley Fundamental que «está orientado a la *imagen del mundo*»: en el artículo 24 sección 2, se toma en consideración una limitación de sus derechos de soberanía «que procuran y garantizan un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo» (la *paz mundial* como aspecto de la *imagen del mundo*).¹⁶ Si a esto se añade los objetivos de formación y educación de las constituciones de los estados federales alemanes después de 1945,

de Radbruch. Bastante material sobre el tema ofrece la tesis de Zürich de RAMSER, U. P. *Das Bild des Menschen im neueren Staatsrecht (Die Antinomie des Westens und des Ostens)*, 1958. Ver también WESEL, U. *Juristische Weltkunde*, 1984 y LAMPE, E.J. *Das Menschenbild des Rechts – Abbild oder Vorbild?*, ARSP - Cuaderno n.º 22, 1985, pp. 10 y ss.

¹⁵ Sin embargo, los dos pactos de derechos humanos de las Naciones Unidas subyacen —en muchos sentidos— al pacto sobre derechos *ciudadanos*, entre otros, que corresponde enteramente a los catálogos de derecho fundamental *clásicos* en Europa, desde 1789. El pacto sobre *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* está más fuertemente influenciado por los estados socialistas. Algunos disensos pueden conciliarse dentro del marco de las *teorías de convergencia*.

¹⁶ En el *Philosophischen Wörterbuch*, fundado por H. Schmidt, 21.^a ed., redactado nuevamente por G. Schischkoff en 1982, se dice en el artículo *Weltbild* (p. 743): «a diferencia de la concepción del mundo que, en conexión a ordenadas sumas del aparente saber del mundo, “la totalidad de los contenidos objetivos que un ser humano tiene” [...] (Jaspers)». También en la política cotidiana surge la *imagen del mundo* como argumento. Así, el presidente del sindicato de metalúrgicos IG Metall, F. Steinkühler, quiere *romper* con la *imagen del mundo centrada en la economía* propia de la coalición del gobierno de Bonn de la Democracia Cristiana, la Democracia Social Cristiana y el Partido Demócrata Liberal (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 20.2.1988, p. 11).

que le atribuyen a la «reconciliación entre los pueblos» el rango de constitucional,¹⁷ entonces se muestra que nuestro Estado Constitucional tiene ideas muy precisas del *mundo* y de cómo *debe* ser este. Y estas ideas son, al mismo tiempo, expresión de su imagen del ser humano.¹⁸

Si la Ley Fundamental reconoce determinados derechos fundamentales a todos los seres humanos (por ejemplo, en el artículo 3 sección 1 de la Ley Fundamental: «Todos los seres humanos son iguales ante la ley» o el artículo 2 sección 1: «Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad»), se está haciendo referencia aquí a todo ser humano, como se estableció en la cláusula de la dignidad del ser humano del artículo 1 sección 1 («La dignidad del ser humano es inviolable»). El *dictum* de la *humanidad*, cuya *dignidad* ha sido puesta en nuestras manos, se lo debemos a F. Schiller, quien confirma la aspiración clásica hacia el mundo ideal. Del mismo modo debemos leer la *ciudadanía del mundo* de Kant.¹⁹

¹⁷ Pruebas, en mi contribución «Los principios constitucionales como objetivo de la educación». Semestre de primavera, FS H. Huber, 1981, pp. 211 y ss. Existe, incluso, un ejemplo a favor de que los objetivos educativos tengan al *mundo* como objeto. Así, en el artículo 72 del párrafo 1 de la nueva constitución de Guatemala de 1985 (citado según *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* 35 (1987) pp. 555 y ss.): «Los objetivos pedagógicos son en primer lugar el desarrollo de la personalidad humana y el conocimiento sobre el universo y la cultura nacional e internacional».

¹⁸ De la «tensión recíproca entre la imagen del ser humano y la imagen del mundo» ahora también habla MEINBERG, E. *Das Menschenbild in der modernen Erziehungswissenschaft*, 1988, p. 416, nota 20. Recientemente en Dresden, la relación ser humano-Dios-mundo, en la coyuntura actual, ha sido por formulada el obispo de Berlín Mesner para la Iglesia Católica con las siguientes palabras: «En una sociedad en la que no es posible ninguna trascendencia porque el cielo ha sido suprimido, en la que no hay ningún ascenso, el desertar de la sociedad está ya preprogramado». Allí donde el cielo desaparece, el mundo sencillamente se vuelve *demasiado estrecho*. El ser humano no se deja *reducir a un ser-enrejado*. El ser humano necesita altura, necesita al Altísimo. Sin el cielo, la tierra estaría perdidamente «sobre-exigida sin esperanza y mortalmente amenazada» (FAZ del 23.2.1988, p. 4).

¹⁹ Para ello, véase nota 248.

A partir de la comunidad del derecho de las naciones, el preámbulo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948 formula una imagen determinada del ser humano y del mundo en armonía:

Puesto que el reconocimiento de la dignidad de todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables conforma el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo[...]. Justamente allí se proclama la creación de un mundo en el que a los seres humanos, libres del temor y la necesidad, se les conceda libertad de expresión y de creencia, como el más elevado anhelo de la Humanidad.

El Convenio de Ginebra sobre la pesca y la conservación de las riquezas vivas de alta mar,²⁰ del 29 de abril de 1958, declara en el prólogo la intención de «cubrir la demanda alimenticia de la población cada vez más creciente del mundo». También aquí se desarrolla una tarea normativa con miras al mundo. Este debe estar ordenado de acuerdo a determinados aspectos de bienestar común y de justicia (una especie de acto de *constitución del mundo*). Los textos jurídicos quieren dirigir el mundo normativamente: de acuerdo con las máximas de los derechos humanos, de la justicia, de la paz, etc.

De modo aún más explícito, el prólogo del Estatuto de la Unesco del 16 de noviembre de 1945 declara:²¹

[...] que la amplia difusión de la cultura y de la educación del género humano dirigida hacia la justicia, la libertad y el amor a la paz son imprescindibles para la dignidad del ser humano y representan una sagrada obligación que todos los pueblos deben cumplir en espíritu de ayuda y participación mutua.

El discurso trata de la «protección de la herencia del mundo en cuanto libros, obras de arte y monumentos de la historia y de la ciencia» (*Ibíd.* artículo

²⁰ Citado de acuerdo con los textos Beck, *Völkerrechtliche Verträge*, 2.^a ed. 1979, pp. 232 y ss.

²¹ Citado según BERBER, F. *Völkerrecht, Dokumentensammlung*, Colección de Documentos, tomo I, Friedensrecht, 1967, pp. 120 y ss.

1 sección 2c)²² y de los «métodos educativos más apropiados para preparar a los jóvenes de todo el mundo para enfrentar la responsabilidad que impone la libertad» (*Ibid*, inciso b).

El Estado sigue siendo el *sujeto* clásico en el *Derecho Internacional*, y no el ser humano. Recién se están abriendo paso poco a poco aquellas ideas que le adjudican al individuo también en esta área una posición propia frente al derecho, ya sea en el desarrollo del derecho internacional humanitario,²³ o en cualquier otro derecho. Este cambio es expresión de la imagen transformada del ser humano, del Estado y del mundo.

2.3. *Imagen del ser humano e imagen del pueblo*

El tercer y último referente, en cuyo campo de acción se encuentra la imagen del ser humano en el Estado de Derecho es el *pueblo*. Así, en el artículo 20 sección 2 de la Fey Fundamental, se dice: «Todo el poder del Estado surge

²² Una expresión del pensamiento según determinado paradigma del mundo es la lista de la UNESCO de 247 patrimonios culturales de la humanidad, digna de ser conservada. A esta pertenecen las pirámides de Egipto, la Gran Muralla de China y la República Federal Alemana con siete inscripciones; recientemente, la inclusión de la ciudad de Brasilia causó sensación (cf. la glosa «Ein neues Rom?». En *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 10.12.1987, p. 25). La fundación geográfica *Alfred Wegener* llega a incluir el yacimiento de aceite de esquisto en la fosa *Messel*, prevista para un depósito de basura, debido a un descubrimiento arqueológico único de restos de animales y plantas, considerándola «la más sobresaliente herencia natural y cultural de la humanidad» (FAZ del 20.11.1987, p. 29). Naturaleza y cultura son pensadas aquí conjuntamente con todo derecho. De la literatura: FIEDLER, W. *Rückführung und Schutz von Kulturgütern im geltenden Völkerrecht*, en *Politik und Kultur*, Cuaderno 5, 1987, pp. 19 y ss.

²³ Cf. KIMMINICH, O. *Schutz der Menschen in bewaffneten Konflikten, Zur Fortentwicklung des humanitären Völkerrechts*, 1979. Véase, además, el Protocolo de Ginebra para la prohibición de las armas químicas de 1925 («Genfer Protokoll über das Verbot der Verwendung von ersticken, giftigen oder ähnlichen Gasen sowie von bakteriologischen Mitteln im Kriege» del 17.6.1925. RGBI. 1929 II, pp. 174 y ss.), impreso en HINZ, J. y RAUCH, E. *Kriegsvölkerrecht. Textsammlung mit Erläuterungen, Übersichten und Stichwortverzeichnis*, 3.^a ed. 1984, numeral 1519, en cuyo preámbulo se dice que el uso de estas armas «ha sido condenado, con todo derecho, en la opinión generalizada del

del pueblo». Este postulado democrático, surgido de los textos clásicos de J. J. Rousseau, contribuye a constituir el Estado Constitucional.

La imagen del *pueblo soberano*, por cierto, ha sido modificada hoy y clasificada normativamente por las ideas de derecho natural y por las tradiciones culturales. Una prueba textual la conforman, por ejemplo, el artículo 79 sección 3 de la Ley Fundamental, la cláusula de eternidad de la mencionada ley.²⁴ Sin embargo, se mantiene una tensión difícilmente superable hacia la imagen del ser humano.

Esta se reduce gracias a la idea de que la forma estatal de la democracia es hoy en día *consecuencia* del concepto de dignidad humana. A partir del artículo 1 sección 1 de la Ley Fundamental se sigue hacia *un derecho fundamental a la democracia*, como *paradigma*.²⁵

Dicho de otra manera: a la imagen del ser humano dentro del *Estado Constitucional*, le corresponde que el ser humano, en tanto ciudadano del Estado, pueda elegir y votar; esto es, que tenga derechos de participación democrática. En contraposición a esto, el pueblo ya está relacionado desde un principio al ser humano en tanto poseedor de derechos fundamentales inalienables. Es solo sobre la base que «todo poder del Estado surge del pueblo». Esta *relativización* de los derechos humanos, o, normativización

mundu civilizado». Cf. además, SEIDL-HOHENVELDERN, I. *Völkerrecht*. 4.^a ed. 1980, circular n.^o 1314-1316 y circular n.^o 1323c y DÄUBLER, W. *Stationierung und Grundgesetz*, 1982, pp. 36, 39 y ss.

²⁴ Comparativamente a esto está mi contribución en el FS Haug, 1986, pp. 81 y ss.

²⁵ Para ello, mi ensayo: «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft». En ISENSEE y KIRCHHOF (editores). *Handbuch des Staatsrechts*, tomo 1, 1987, p. 815 (848). A. Baruzzi nos proporciona el más impresionante y reciente proyecto filosófico en *Europäisches Menschenbild und das Grundgesetz für die BR Deutschland*. 1979. Aquí es descubierta (históricamente) la referencia a Dios de la dignidad humana y la libertad, en *Pico della Mirandola* (p. 11) y se exponen las actuales teorías de la democracia y la ciencia, en su relación con la cuestión de la imagen del ser humano (pp. 95 y ss.); asimismo, la *inviolabilidad* de los derechos humanos decretada por la Ley Fundamental, se interpreta como hincapié a la imposibilidad de constituir una imagen del ser humano (p. 100); cf. la apropiada frase (p. 109): «El ser humano se ve a sí mismo como el ser que es indefinible, libre y abierto».

de la soberanía del pueblo implica una transformación fundamental de la imagen del ser humano en el marco de nuestra Ley Fundamental y de su imagen del pueblo alemán.

Pero también hay objetivos pedagógicos que remiten al concepto de pueblo en tanto comunidad tal como en el artículo 26 numeral 1 de la Constitución de Bremen de 1947: *Espíritu comunitario*, y en el artículo 131 sección 2 de la Constitución de Baviera de 1946: *Sentido de responsabilidad*. Aquí, pedagógicamente, se les hace asumir sus obligaciones a los jóvenes seres humanos.

Por lo demás, la metáfora de *imagen* se aplica a otros objetos jurídicos. Así se habla, por ejemplo, de la *imagen del Estado*,²⁶ la cual adquiriría los rasgos de la cláusula del Estado social y del *Estado cultural*,²⁷ se debate sobre la *imagen* de matrimonio y familia de acuerdo al artículo 6 de la Ley Fundamental.²⁸ Sin embargo, lo que sigue a continuación no profundiza en esta *filosofía de las imágenes* ni en una *jurisprudencia de las imágenes*. Más bien, que sea válido todo lo enmarcado en la *imagen del ser humano* del Estado Constitucional, expuesto en esta nota preliminar. Hay que suponer que nosotros, en tanto juristas, operamos (estamos permitidos de operar) con *imágenes* (directrices) para ordenar la pléthora de materia jurídica y elaborar *principios fundamentales* superpuestos con *metáforas*, que sirven para objetivos heurísticos y, a su vez también, revelan y racionalizan

²⁶ Por ejemplo, BEUTLER, B. *Das Staatsbild in der Länderverfassungen nach 1945*, 1973. IMBODEN, M. *Staatsbild und Verwaltungsrechtsprechung* 1963. Véase también VOGEL, H. J. *Elisabeth Seibert und das Richterblind unserer Zeit*, FS H. Simon, 1987, pp. 71 y ss.

²⁷ Para ello, STEINER, U. y GRIMM, D. *Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler 42 (1984), pp. 7 y ss; HÄBERLE, Peter. En *ídem* (ed.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, 1982, pp. 1 y ss.

²⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Verfassungsschutz der Familie, Familienpolitik im Verfassungsstaat*. 1984. CAMPENHAUSEN, A. y STEIGER, H. *Verfassungsgarantie und sozialer Wandel*. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler 45 (1987), pp. 7 y ss. Véase ahora Ley Constitucional Alemana JZ 1988, p. 347 (348): «La imagen directriz de la unidad de matrimonio y familia [...]».

precomprensiones, dicho desde un punto de vista teórico-sistemático: se trata de la reducción de la complejidad, se trata de orientación.

Estas *imágenes* gobiernan el pensamiento y la práctica jurídica como *pre-juicio* o *pre-comprensión* (J. Eser), *ex-post* en tanto *post-comprensión*.²⁹ En el uso jurídico, todas las imágenes de este tipo son siempre el intento de nombrar una *totalidad* que en gran parte de los casos subyace de modo inconsciente detrás de las normas, conceptos, principios, etc. *positivos* y a menudo difusos y fragmentarios.³⁰

Las *imágenes* cumplen una tarea de interpretación finalista con la que el jurista está muy bien familiarizado a través del método *teleológico*.³¹ Estas imágenes quieren *dirigir* la interpretación sobre sí mismas y poseen una función propulsora de consenso. Sirven a la integración de lo nuevo en las imágenes antiguas, una tarea corriente para los juristas; esta tarea puede

²⁹ Con respecto de esto, mi contribución «Zeit und Verfassung» (1974), ahora en *idem. Verfassung als öffentlicher Prozeß*. 1978, p. 59 (78 y ss.).

³⁰ Según TENBRUCK, F.H. *Die unbewältigten Sozialwissenschaften*. 1985, p. 55, una *imagen del mundo* «resalta aquellos hechos y ordenamientos de la realidad que le son importantes a los seres humanos y dignos de ser conocidos, es decir, que significan algo para él». Para ZIPPELIUS, R. *Die Bedeutung kulturspezifischer Leitideen für die Staats- und Rechts-gestaltung*, 1987, p. 8 la «concepción del mundo» y la *imagen del mundo* se refieren a ideas con las que se intenta reunir al sujeto pensante, al mundo experimentable y al fundamento último, que trasciende a la experiencia, en una relación de pensamiento y representarlas en un todo pleno de sentido». En la enciclopedia Brockhaus, 17.^a ed., tomo 20, 1974, pp. 180 y ss., se encuentra un artículo singular, *weltblind*, con la perifrásis introductoria: «La idea del todo de la realidad experimentable esbozada tomando una distancia espiritual frente a la multiplicidad de una realidad no reflejada que comprende en sí más que la mera suma de experiencias aisladas y, con ello, puede formar el fundamento de una cultura histórica que impregne todos los ámbitos de la vida. Frecuentemente, la *imagen del mundo* es expresión de la religión, en la medida que esta le plantea al mundo presente la pregunta por el fundamento trascendental de sentido y también de la concepción del mundo. La *imagen del mundo* se transforma en el curso de la historia con sus presupuestos histórico-espirituales [...]».

³¹ Cf., por ejemplo, LARENZ (*infra* nota 45).

resolverse gracias al carácter público de muchas de estos elementos de las imágenes. El peligro consiste en una posible *ideologización*.

En la mayoría de los casos, particularmente, el jurista debería reconocer recién a posteriori la transformación de los *elementos de las imágenes* que le son relevantes. Justamente en la normatividad del derecho probablemente se entrelazan más frecuentemente las *diferentes imágenes* (fragmentos) de *diferentes épocas* unas sobre otras y entre sí, a causa de la estática y dinámica específicas de los procesos de desarrollo del derecho (palabra clave no simultaneidad, pluralidad de las imágenes del ser humano, del mundo y de otros tipos conformados dentro del derecho).³²

³² Así, la Constitución de Weimar de 1919 se había adelantado al Código Civil Alemán de 1900 en asuntos tales como la *vinculación social de la propiedad* (cf. artículo 153 sección 3 Constitución de la República de Weimar), también artículo 14 sección 2 de la Ley Fundamental por un lado y § 903 del Código Civil alemán por otra); lo mismo vale para la equiparación de los hijos extramatrimoniales (artículo 121 Constitución de la República de Weimar, además, 6 sección 5 de la Ley Fundamental). Por otra parte, también se pueden imponer elementos de la imagen del ser humano transformados dentro del derecho simple antes que en el derecho constitucional (por ejemplo, en el derecho del medio ambiente).

Capítulo 3

La imagen del ser humano: un concepto histórico abierto a la transformación dentro del Estado Constitucional en el campo de acción de la *tríada de imágenes*

Hasta ahora, hemos tratado reiteradamente de la transformación de las *imágenes* que constituyen un conjunto armónico de relaciones y de efectos recíprocos. Nos acordamos del cuestionamiento del carácter teonómico de la imagen del ser humano, del Estado y del mundo por parte del Renacimiento y de la Reforma, por las guerras religiosas, y del desarrollo de la imagen del ser humano y del Estado de la Ilustración, es decir, de los derechos humanos tal como los fundamentó el Estado de Derecho occidental en las grandes fechas de 1776, 1787 y 1789. La doctrina del Derecho Público no puede deslindar sus *imágenes* de estos procesos de la dinámica de la cultura occidental. Esto se esboza en el ejemplo de la *imagen del ser humano*. Los procesos preconstitucionales, que condujeron a la imagen del ser humano de nuestra Ley Fundamental, son históricos: la filosofía del Idealismo Alemán, ante todo, y la contribución de I. Kant a la comprensión actual de la dignidad humana como principio jurídico confirman esto. Establecer la subjetividad humana como punto arquimédico del Estado Constitucional es el resultado de un largo proceso hasta el umbral de la Ley Fundamental. Pero no es que la imagen del ser humano de la Ley Fundamental se haya *enfriado* en el año 1949, sino que también se transforma *dentro* de su Estado Constitucional. No se ha congelado en una constante ahistorical, y esto inhibe el desarrollo de las otras ciencias y la transformación de la cultura en su totalidad, en resumen, inhibe el desarrollo de los *tiempos*.

Los últimos acontecimientos confirman que la imagen del ser humano de nuestra Constitución y la imagen del mundo permanecen *abiertas* al desarrollo.

Esto se revela, sobre todo, en las nuevas interrogantes acerca de los *principios ecológicos fundamentales*: el universo, que ha sido convertido en objeto por el ser humano y, junto a la naturaleza, ha sido tratado de acuerdo a ello, ha sido concebido por este ser humano como *medio ambiente* y como *mundo compartido*. La naturaleza ha sido concebida por él como un *jardín* que se le ha encomendado. El ser humano lucha por una «paz con la naturaleza» (K. M. Meyer-Abich) y pregunta por los derechos *propios* de la naturaleza.³³

Para la *problemática de la imagen*, todo esto significa lo siguiente: El ser humano lima autocriticamente la imagen hasta ahora excesivamente egoísta de sí mismo, convirtiéndola en un antropocentrismo *ilustrado*. Observa a la naturaleza nuevamente como parte de la creación.³⁴

No solo piensa en el medio ambiente de hoy sino también, dando fe de ello, en el mundo de mañana,³⁵ es decir: el ser humano, esto es, la doctrina del Derecho Público, frente a los peligros que surgen del átomo, descubre

³³ MEYER-ABICH, K. M. *Wege zum Frieden mit der Natur*, 1984.

³⁴ Por cierto, estas iniciativas no deben conducir a una nostalgia romántica *adornada con filosofía natural* por un *paraíso verde*. Una imagen meramente biológica *natural* de la naturaleza y del ser humano contradeciría la imagen de la dignidad humana del Estado Constitucional como una etapa determinada del desarrollo de la *cultura*. No puede haber una despedida de la ética *antropocéntrica*, dentro del Estado Constitucional. Por eso es que hay que rechazar la creación de una subjetividad de derecho para los animales o para la naturaleza considerada como un todo. Esto no excluye que lleguen a expresarse más efectivamente asuntos del medio ambiente dentro del proceso político y dentro del sistema de protección del derecho (por ejemplo, a través de encargados del medio ambiente, de la facultad de reclamo de las asociaciones de protección del medio ambiente, etc.). Hay que tomar en serio ética y responsablemente, así como dogmáticamente en lo que respecta los derechos fundamentales (limitaciones sociales más intensivas del derecho fundamental), el reconocimiento de la inserción del ser humano, de su economía y de su cultura dentro de ámbitos relacionados a lo ecológico. Obviamente opina de manera distinta la propuesta significativa de SITTER, B. «Aspekte der Menschenwürde. Zur Würde der Natur als Prüfstein der Würde des Menschen». En *Manuskripte*, 23 (1984), pp. 93 y ss.

³⁵ Por tanto, vemos que la imagen del *mundo* proporciona una determinada imagen del *ser humano* y viceversa. Quizá se pueda, incluso, utilizar la metáfora de la *imagen espejo* para ilustrar la relación entre la imagen del mundo y la imagen del ser humano y también entre la imagen de Dios, la imagen del pueblo y la del Estado.

la categoría de responsabilidad³⁶ respecto a las generaciones futuras. Los nuevos textos constitucionales suizos logran aquí algo ejemplar.³⁷

Así, la imagen del ser humano, la imagen del mundo y la imagen de Dios actúan conjuntamente de un nuevo modo, incluso la imagen de pueblo (nacional) ha sido repensada: desde una perspectiva *generacional*. Se vuelve característico el elemento del preámbulo: «Responsabilidad ante Dios frente al ser humano, la comunidad y el medio ambiente» (así, por ejemplo, la Constitución de *Aargau* de 1980). El cambio de Constitución de *Baviera* de 1984 ha encontrado en el artículo 141 sección 1 parágrafo 1 un hermoso giro: «La protección de los fundamentos vitales naturales ha sido encomendada al especial cuidado de cada individuo en particular y de la comunidad del Estado, tomando en cuenta también la responsabilidad para con las generaciones futuras». La *doctrina del derecho internacional* habla en referencia a determinados bienes —como el mar y sus riquezas del subsuelo— pero también en relación con el espacio exterior o a los bienes culturales sobresalientes de la «herencia común de la humanidad».

La doctrina del derecho de las naciones se refiere también al *common heritage of mankind*, respecto a determinados bienes, como el mar y los recursos naturales, así como también, al universo o a los grandes monumentos históricos de la humanidad. Por otra parte, existe un *preámbulo* al texto de un gran convenio, el así llamado *Convenio del espacio exterior*, del

³⁶ Para ello, HOFMANN, H. *Rechtsfragen der atomaren Entsorgung*, 1981. HÄBERLE, P. *Zeit und Verfassungskultur*. En MOHLER, A. y otros (eds). *Die Zeit*, 1983, p. 290 (335 y ss.). SALADIN, P. *Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984.

³⁷ Cf. KÖLZ y MÜLLER (1984), cit. según *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 34 (1985), p. 551. Preámbulo: «En nombre de Dios, el todopoderoso! [...] en la conciencia de la responsabilidad para la preservación de un medio ambiente sano y digno de ser vivido también por las generaciones venideras; en la disposición de colaborar en el alivio del hambre y la pobreza mundiales y en la paz entre los pueblos». La VE federal de 1977 (cit. según la JÖR 34 (1985), p. 536) formula asimismo en el preámbulo, una misión en el *mundo*: «El deber de colaborar con la paz mundial». La Constitución de *Solothurn* (1985) dice en su preámbulo: «De la conciencia de su responsabilidad (es decir, de la del pueblo) ante Dios por el ser humano, la comunidad y el medio ambiente».

27.1.1967³⁸ para el que ha formulado, de manera casi patética, la imagen líder apropiada, con las siguientes palabras:³⁹

Incitado por las espectaculares perspectivas que se abren a la humanidad con el avance del ser humano en el espacio exterior; en reconocimiento del interés común de toda la humanidad en el progreso de la investigación y utilización del espacio exterior para fines pacíficos; convencidos de que es deseable continuar la investigación y el aprovechamiento del espacio exterior para el bienestar de todos los pueblos independientemente de su estadio de desarrollo económico y científico[...].⁴⁰

Uno por uno se están repensando nuevamente algunos conceptos jurídicos, se norman valores fundamentales transformados y se empiezan a *medir* jurídicamente nuevos ámbitos, como el del espacio exterior: porque y en la medida que el ser humano se redefine nuevamente dentro del mundo de su *planeta azul*, en su relación con la naturaleza y quizás también en relación con sus congéneres (Desmantelamiento de *imágenes enemigas* en el campo de la política) se produce una nueva definición. El *Estado Constitucional* está tan abierto a todas estas transformaciones que da libertad para fundamentar social y éticamente la imagen del ser humano y la imagen del mundo en base a determinada imagen de Dios o abstenerse a hacerlo. Esto es lo que constituye lo que frecuentemente se menciona como una concepción del mundo confesionalmente neutral:⁴¹

³⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltsgarantie des Art.19 Abs.2 GG* (*La garantía del contenido esencial del artículo 19 sección 2 de la Ley Fundamental*), 3.^a ed. 1983, pp. 382 y ss.: «comprensión del derecho fundamental orientado generacionalmente».

³⁹ Citado según los Textos de Beck (nota 20), pp. 24 y ss. Otros textos en WELCK, S. y PLATZÖDER, R. *Weltraumrecht Law of Outer Space*, 1987. De la literatura: CLASSEN, C.D. *Fernerkundung und Völkerrecht*, 1987.

⁴⁰ Es cierto que en la colonización del espacio exterior también juega un papel importante las cuestiones de prestigio de las potencias mundiales —cada cual quiere colocar *sus satélites*—, la estructuración legal del espacio exterior hasta ahora ha estado llevándose exitosamente por buen camino (por ejemplo, el principio de cooperación, etc.). Pero véase también WOLF, D. y otros. *Die Militarisierung des Weltraums*, 1983.

⁴¹ Para la Ley Fundamental: *Constitución de la República Federal Alemana* 12, 1 (4); 19, 206 (216); 27, 195 (201); 74, 244 (255); HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland*, 20.^a ed. 1995, pp. 62 y s. (ed. 20.^a, 1955, p. 72).

No existe ninguna *religión del Estado* pero quizás sí una *religión civil*. Por lo tanto, puede volver a pensarse el mundo desde un punto de vista más bien cosmológico, como en tiempos antiguos, o, continuar pensándolo antropocéntricamente, como correspondía antes. Pero, pese a la multiplicidad de imágenes de Dios y de las imágenes del mundo, el jurista constitucional como tal siempre tiene que volver a trabajar sobre el consenso (mínimo) en cuanto a la imagen «jurídicamente vinculante» de su Estado Constitucional propia del ser humano, en determinado momento histórico. A pesar de lo cambiante y abierta que es esta imagen del ser humano, como se ha mostrado, el jurista tiene que pronunciarse *bis et nunc* [aquí y ahora] con respecto a *su* imagen del hombre como elemento de lo que es jurídicamente vinculante. Con ello, el profesor de teoría del derecho político se plantea las preguntas de Kant: «¿Qué es el ser humano?»,⁴² ¿cómo debe ser?, ¿qué puede ser?». Asociamos estas preguntas con la frase de Sófocles: «Existen muchos seres poderosos, pero no existe nada más poderoso que el ser humano» (*Antígona*) y pensamos en el *zoon politikon* de Aristóteles o en la comprensión *judeo-cristiana* del ser humano como a *imagen y semejanza de Dios*. También podemos pensar en el *dictum* de Goethe «La humanidad en su conjunto es recién el ser humano verdadero y el individuo solo puede estar alegre y ser feliz si tiene el valor de sentirse dentro de la totalidad» (*Poesía y verdad*, IX) —una crítica a la filosofía del sujeto de Kant— o el ser humano *suprasensible* (inteligible) en nosotros en tanto seres racionales que cobran su validez a partir del imperativo categórico.⁴³

- ⁴² La pregunta *¿qué es el ser humano?* ocupa hoy muchas disciplinas y gremios: Cf. por ejemplo, los simposios de la Academia Papal en noviembre de 1987 con respecto al tema: *La ciencia y el ser humano total* y la fundación de una *casa de los vínculos para el ser humano*, en Roma (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 11.11.1987, p. 7).
- ⁴³ Las cuatro últimas indicaciones se encuentran también en el Eislers Handwörterbuch der Philosophie, 2.^a ed. 1922, artículo Mensch, pp. 393 y ss. La cita de Sófocles está recogida en el Diccionario Filosófico de Brugger, 16.^a ed. 1981, artículo Mensch, p. 241 (por Lotz).

SEGUNDA PARTE
TRES OBSERVACIONES: ASPECTOS DEL PENSAMIENTO
«ESPECÍFICAMENTE JURÍDICO»

INTRODUCCIÓN

Las tres *tesis-puente* buscaban los *puntos comunes* entre la ciencia del derecho y las disciplinas restantes. Pero la imagen estaría incompleta si no se expusiera aquello que se diferencia de los juristas. Solo partiendo de lo específicamente jurídico, se puede captar lo que es común a todas las ciencias, solo desde el trasfondo de tal *autoverificación* se puede tratar y reconocer la problemática de la imagen del ser humano tal como el jurista ve el mundo, su mundo. Mi segunda parte no puede ofrecer más que algunos conceptos claves.

Esbocemos las *especificidades* del pensamiento jurídico dentro del Estado Constitucional bajo tres aspectos:

- (1) En cuanto a la *diferenciación de ser y deber*; esto es, *derecho* (constitucional) y *realidad* (constitucional),
- (2) Jurisprudencia como *trabajo* intersubjetivamente transmitible a *textos positivos* (ciencia de textos y de cultura jurídicos),
- (3) Orientándose sobre la base de los *principios de justicia*, tanto en aquellos que explícitamente *están* y tienen efecto en los textos positivos, como en aquellos que los preceden *prepositivamente*.

Muchos de estos aspectos de lo jurídico pueden haberse desarrollado desde la filosofía del derecho y del Estado de la antigüedad; esto es, desde hace más de 2000 años: en el *Estado Constitucional* cuya historia, como es sabido, es más reciente, estos aspectos están integrados en la misma medida

en que en la actualidad logren fusionarse la filosofía del derecho y la doctrina del Estado Constitucional.

Capítulo 1

La diferenciación entre ser y deber, derecho constitucional y realidad constitucional⁴⁴

El jurista solo ve *partes* del mundo, ve —y ordena— la realidad bajo *sus* puntos de vista. Ya las *situaciones de hecho*⁴⁵ de sus normas han sido adaptadas valorativamente a determinadas circunstancias, a las que luego se ciñen las consecuencias jurídicas: ante todo, en el sentido del esquema *si-entonces* (en el que la relevancia de los efectos finales solo se mencionaría lateralmente).⁴⁶

⁴⁴ RÖHL, J. C. G. *Kaiser, Staat und Hof*, 1987, pp. 50, 52 y ss., 59 y ss., 77, 116-140 (en especial, pp. 124 y ss.), sobre la base de la explicación del sistema de gobierno en el imperio alemán bajo Guillermo II y del régimen personal no previsto en la constitución del imperio, nos muestra un ejemplo histórico interesante de la *discrepancia* entre el derecho constitucional y la realidad constitucional.

⁴⁵ LARENZ, K. *Kaiser, Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Edición de estudio, 5.^a ed. 1983, pp. 130 y ss., acerca de la doctrina del principio de derecho, en especial, 130-136 acerca de la estructura lógica del principio de derecho y pp. 139 y ss. y 150 y ss., acerca de la *situación de hecho* y la *consecuencia legal* como *elementos* de un principio legal o con respecto a un esquema lógico de la aplicación de la ley; véase también HOLZHAMMER, R. y ROTH, M. *Grundbegriffe, Bürgerliches Recht und Methodenlehre*, 3.^a ed. 1986, pp. 226 y ss. con respecto a la formación del principio del derecho y, además, ZIPPELIUS, R. *Juristische Methodenlehre*. 4.^a ed., 1985, pp. 25-27 con respecto a la relación entre situación de hecho y consecuencia legal; con respecto a lo mismo, MÜLLER-FOELL, C. *Einführung in das Recht*. 1983, pp. 73-75.

⁴⁶ Cf. H. LUHMANNS, Unterscheidung zwischen «Konditional» und «Zweck Programmen», *Lob der Routine* (1964), en *idem, Politische Planung*, 1971, p. 113 (118 ss.).

Es cierto que la discusión sobre la relación entre ser y deber⁴⁷ y derecho y realidad ha sido polémica a través de los siglos hasta la actualidad (recuérdese el dualismo kantiano de ser y deber; pero también los *paradigmas de conciliación* como *la naturaleza de la cosa*⁴⁸ (G. Radbruch), el *pensamiento*

⁴⁷ En detalle RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*, 8.^a ed. 1973, ante todo: p. 93 («Los principios de deber, juicios de valor y enjuiciamientos no pueden ser fundados inductivamente sobre constataciones de ser sino solo deductivamente sobre otros principios del mismo tipo. La consideración del valor y la consideración del ser yacen una junto a la otra como círculos autónomos encerrados en sí mismos. Esta es la esencia del *dualismo de los métodos*»); p. 96 («Los principios del deber solo son fundamentables y demostrables a través de otros principios de deber. Justamente por ello estos últimos principios de deber son indemostrables, y axiomáticamente no pueden servir para el conocimiento, sino solo para la confesión»); véase también pp. 103, 107, 114, 203, 284. Cf. además, *idem Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12.^a ed., 1969. p. 12 acerca de la independencia del deber con respecto a la realidad en el campo de la ética; WOLF, E. *Gustav Radbruchs Leben und Werk, Einleitung zu G. Radbruchs Rechtsphilosophie*. 8.^a ed. 1973, p. 33 acerca del significado del *dualismo de los métodos* para las ideas fundamentales de la filosofía del derecho y p. 70 y ss. acerca del dualismo de valor y realidad, de ser y deber y de su «relajamiento» al tomarse en cuenta la «realidad» del derecho. ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, p. 228 y ss. acerca del dualismo de ser y deber y GRÖSCHNER, R. *Theorie und Praxis der juristischen Argumentation*, JZ, 1985, pp. 170 y ss. (171) acerca del dualismo lógico de ser y deber y del dualismo filosófico y metodológico de teoría y praxis y de la argumentación teórico-ideal y práctico-real constituido simultáneamente. LOOS, F. *Max Webers Wissenschaftslehre und die Rechtswissenschaft*, JuS, 1982, pp. 87 y ss. Aquí se trata la separación de ser y deber desde el punto de vista del relativismo de los valores y del postulado de la libertad de los valores de las ciencias sociales empíricas (p. 88) explica la diferenciación del conocimiento de la realidad y de los valores y se ocupa del escepticismo de los valores (p. 89).

⁴⁸ RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*, 8.^a ed. 1973, pp. 94 y ss., 116, 123, 244; *idem, Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12.^a ed. 1969, pp. 34 y ss.; *idem, «Rechtsidee und Rechtsstoff»*. En *Archiv f. rechts- u. Wirtschaftsphilosophie*, t. 17, 1923/24, pp. 343 y ss.; *idem «Die Natur der Sache als juristische Denkform»*. En *FS R. Laun*, 1948, pp. 157 y ss.; WOLF, E. (nota 47), pp. 69 y ss.; SCHNEIDER, H.P. «Gustav Radbruchs Einfluß auf die Rechtsphilosophie der Gegenwart». Epílogo a Radbruch, G. *Rechtsphilosophie*, 8.^a ed. 1973, pp. 359 y ss., 362 y ss. (acerca del agotamiento del dualismo metodológico por la idea de Radbruch de la *naturaleza de la cosa*).

*institucional*⁴⁹ la *función social*⁵⁰ y todos los esfuerzos por lograr una *interpretación de las constituciones orientada a la realidad*⁵¹ o la relación entre *programa normativo* y *ámbito normativo*.⁵²

La *diferenciación* entre derecho y realidad constituye la ciencia del derecho, justamente porque el derecho reclama el status de *validez*. Esto no cambia en nada todos los intentos para lograr una ciencia del derecho *como ciencia social*, tampoco el establecimiento de la sociología del derecho como especialidad.⁵³ Lo normativo reclama y tiene *autonomía* frente a la realidad, así el derecho, en parte, la dirija o, en parte, sea *transformado* por ella. Aquí entran a tallar los instrumentos y procedimientos diferenciados en los que el orden jurídico responde al problema del tiempo⁵⁴ (desde la cláusula general en el derecho civil hasta el cambio de Constitución). Pues la *relación práctica* del derecho y de su ciencia es siempre vuelve a resaltarse⁵⁵ y el «test

⁴⁹ Especialmente elaborado para los derechos fundamentales en mi tesis de Friburgo: «Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG». 1962, 3.^a ed. 1983, pp. 8 y ss.

⁵⁰ Para el *ámbito* del derecho civil, véase BOEHMER, G. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 1954, pp. 249-263: «Die soziale Pflichtgebundenheit der Privatrechte»; cf. también acerca de la «tarea social del derecho de deudas», por ejemplo ESSER, J. y SCHMIDT, E. *Schuldrecht*. t. I, parte general, 6.^a ed. 1984, p. 6 y pp. 29 y ss. acerca de las correcciones del Estado social a la autonomía privada.

⁵¹ Para ello, mi recensión de C Böckenförde (Die sog. *Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, 1966), en DÖV 1966, pp. 660 y ss. y la crítica de KLEIN, H. *Bundesverfassungsgericht und Staatsräson*, 1968, pp. 15 y ss., 29.

⁵² MÜLLER, F. *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik*, 1966.

⁵³ RÖHL, K. F. *Rechtssoziologie*. 1907; RAISER, TH. *Rechtssoziologie*, 1987.

⁵⁴ Para ello, mi contribución: «*Zeit und Verfassung*» (1974). En *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1998, pp. 59 y ss. y su continuación en *Die Zeit* (edit. por A. Mohler y otros), 1983, pp. 289 y ss.

⁵⁵ LARENZ, K. *Methodenlehre* (nota 45), pp. 114 y ss., acerca del significado de la jurisprudencia para la práctica del derecho, en especial, con vista a la ayuda de la ciencia del derecho que esta asegura a legislación (pp. 115 y ss.); véase también GRÖSCHNER, R. *Theorie und Praxis der juristischen Argumentation*. JZ 1985, pp. 170 y ss. (172 y 174); por último, SENDLER, H. *Richterrecht – rechtstheoretisch und rechtspraktisch*, NJW 1987, pp. 3240 y ss.

de la confrontación con la *praxis*», que las teorías jurídicas tienen que aprobar, las diferencia claramente de la filosofía.⁵⁶

Para nuestra problemática de la *imagen*, esto significa que el jurista trabaja con la imagen del ser humano y de la comunidad, así como con la imagen del mundo, al nivel del *deber*, pero en perspectiva a un *ser*. El «establecimiento de los hechos»,⁵⁷ junto a la obtención de la norma⁵⁸ es el ámbito central de la concepción jurídica del mundo,⁵⁹ siendo el caso, que ya aquí al procedimiento diferenciado (por ejemplo, el de las normas procesales) le corresponde una fuerza determinante.

El hecho de que hoy en día a las regulaciones normativas se les hagan muchos cambios, puede apreciarse en la discusión actual en torno al problema de la *desjuridización*,⁶⁰ *desnormativización* y, también de la *desburocratización* y la *desestatización*.⁶¹

El jurista conoce *sus* normas y la realidad *aludida* en ellas a partir de otros fenómenos culturales como, por ejemplo, la moral y las costumbres, asimismo sabe diferenciar sus demandas y realidades aunque su paulatina diferenciación a partir de una unidad e identidad previas representa un

⁵⁶ NAUCKE, W. *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 1982, p. 39. Aquí se señala, sin embargo, que la relación entre la filosofía del derecho y la práctica del derecho representa un *tema eterno* dentro del ámbito empírico y valorativo de la filosofía del derecho.

⁵⁷ LARENZ, K. *Methodenlehre* (nota 45), pp. 181 y ss. Aquí se trata la importancia de los hechos ocurridos para el juicio legal por parte del juez y expone, sobre todo, acerca de la constatación de los hechos dentro del proceso (pp. 182 y ss.) y acerca de la diferenciación entre «cuestión de hecho» y «cuestión de derecho» (pp. 184 y ss.).

⁵⁸ KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1967 (2.ª ed. 1976).

⁵⁹ WEIMAR, R. «Rechtswissenschaft als Weltbild». En FS Troller, 1987, p. 351 (366); acerca de los problemas metodológicos, véase KOCH, H. J. y RÜBMANN, H. *Juristische Begründungslehre*, 1982, pp. 271 y ss.

⁶⁰ Para ello, el volumen de VOIGT, R. (ed.), *Verrechtlichung*, 1980; KÜBLER, F. (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Sicherheit*, 1985.

⁶¹ WAGENER, F. (ed.). *Regierbarkeit? Dezentralisation? Entstaatlichung?*, 1976; ídem (ed.), *Verselbständigung von Verwaltungsträgern*, 1976; VOIGT, R. (ed.), *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, 1983; SEIBEL, W. *Entbürokratisierung in der Bundesrepublik Deutschland*, *Die Verwaltung* 19 (1986), pp. 137 ss.

gran logro de la cultura jurídica occidental: lo cual ha traído la libertad individual y ha hecho posible el pluralismo ideal y real. Los movimientos contemporáneos en forma de fundamentalismo islámico, se muestran de manera penosa y plena de contrastes contrarios a esta visión.

Por más que se acentúe la *autonomía de lo normativo* frente a estos sistemas extrajurídicos, para ésta la relación sigue siendo (aunque finalmente, no se la pueda concebir del todo): La transcrita por H. Heller como correlación de *normatividad* y *normalidad*,⁶² y la señalada por D. Schindler como *ambiance* (fr. ambiente),⁶³ y actualizada por K. Hesse en la idea de la *realización de la Constitución*.⁶⁴

⁶² *Staatslehre*, 1934, pp. 250 y ss.

⁶³ Verfassungsrecht und soziale Struktur, 3.^a ed. 1950, pp. 92 y ss.: «El orden jurídico positivo del derecho presupone con ello un ambiente (fr: *ambiance*)» (p. 93); «Importancia de lo extrajurídico para el derecho» (p. 93); «Importancia de lo extrajurídico para el derecho» (p. 96). Véase también pp. 70 y ss.: «Relación paralela y complementaria entre el derecho y lo extrajurídico».

⁶⁴ HESSE, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland, 20.^a ed. 1995.

Capítulo 2

La ciencia del derecho considerada como trabajo de interpretación intersubjetiva sobre textos positivos

El manejo y el trabajo con textos *positivizados* predeterminados⁶⁵ (incluyendo sentencias) caracteriza a los juristas. Aquí prevalecen las afinidades (electivas) con respecto a la teología, cuyos textos supremos obviamente descansan en la revelación, lo que no puede afirmarse ni siquiera de las leyes fundamentales citadas constantemente. Lo jurídico tampoco se agota en la *interpretación* de textos (piénsese en la política del derecho así como en el desenvolvimiento del así llamado derecho no escrito, esto es, del derecho de creación judicial),⁶⁶ pero en esta interpretación de textos se expresa desde hace siglos algo muy típico.

La doctrina clásica del método, con sus cuatro cánones, desde F. C. v. Savigny —palabras en contexto, historia sistemática, y telos—⁶⁷ pertenecen a la indispensable herramienta cotidiana del jurista.⁶⁸ Por más insegura que sea

⁶⁵ Acerca de las características específicas del *lenguaje del derecho* véase, por ejemplo, RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie* (nota 48), pp. 202 ss. e *ídem*, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12.^a ed. 1969, pp. 43 y ss.; cf. también F. HAFT. «Recht und Sprache», en A. KAUFMANN / W. HASSEMER (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 3.^a ed. 1981, pp. 112 y ss.

⁶⁶ Para ello el volumen *Richterliche Rechtsfortbildung*, FS Facultad de Derecho para la celebración de los 600 años de la Universidad de Heidelberg, 1986.

⁶⁷ De la literatura: LARENZ, K. *Methodenlehre* (nota 45), pp. 195 y ss.; REHFELDT, B. / REHBINDER, M. *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 4.^a ed., 1978, pp. 72 y ss.

⁶⁸ Para ello, ESSER, J. *Bemerkungen zu Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkzeugs*, JZ 1975, pp. 555 y ss.

la interrelación casuística —raramente se da un control de resultados practicado abiertamente y orientado hacia la justicia—.⁶⁹ La técnica interpretativa de analogía y *a sensu contrario* vienen al caso aquí, al igual que los esfuerzos más recientes por la orientación en base a las *consecuencias*,⁷⁰ así como la actualización del *bienestar común*⁷¹ y la indagación del *contexto*.⁷²

Por más que el jurista siempre sepa sobre la posibilidad del derecho suprapositivo y de vueltas en torno a su conocimiento, ya sea en forma de derecho natural, de derecho racional o meramente sobre la base de una cultura europea común, esto es, de una tradición de derecho en el sentido de unos *principios fundamentales de derecho general*:⁷³ ante todo, tendrá que trabajar sobre los textos dados —por más que su contenido sea meramente *law in action* (ley en acción)—.⁷⁴ El jurista tiene que tratar de partir de *textos* de derecho positivo, si está trabajando con imágenes, de lo contrario podría *desprenderse* del contexto. A estas imágenes puede captarlas por una visión de conjunto de las normas particulares, por ejemplo, de la Ley Fundamental, como ya ocurre en la trascipción de la *imagen del ser humano*.⁷⁵ También y sobre todo, al jurista se le plantea el problema de la *comprensión* con relación a los textos que son específicamente vinculantes —en estos casos, se ayuda con *imágenes* a manera de *patrones* omniabarcantes que incluyen representaciones de la *totalidad*—.

⁶⁹ Acerca de este postulado, mi ensayo de debate en DVBl. 1988, p. 262 (276 ss.).

⁷⁰ Para ello, LÜBBE-WOLFF, G. *Rechtsfolgen und Reaefolgen*, 1981.

⁷¹ HÄBERLE, P. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, pp. 528-535.

⁷² Para ello, HÄBERLE, P. *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung* 1979, pp. 44 y ss. En cuanto a la relevancia de los escenarios revisar *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1983, pp. 58 y ss.

⁷³ Acerca de la judicatura de la Corte Europea en asuntos de derechos fundamentales como *principios de derecho general*: PERNICE, I. *Grundrechtsgehalte in Europäischen Gemeinschaftsrecht*. 1979, pp. 27 y ss., 44 y ss.

⁷⁴ Cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, 4.^a ed. 1990, pp. 19 y ss., 287, 311.

⁷⁵ Para ello, véase por ejemplo, KOPP, F. *Das Menschenbild im Recht und in der Rechtswissenschaft*. FS K. Obermayer, 1986, p. 53 (54 y ss.). Un ejemplo proveniente de la literatura de las bellas letras para mostrar cómo se toma en cuenta la imagen del ser humano en la creación de un proyecto de constitución republicano para un «nuevo territorio del Estado» surgido «accidentalmente» en 1945 a consecuencia de la posguerra, lo ofrece Stefan Heym en su novela *Montenegro* (1984), que descansa sobre un hecho histórico real (edición de bolsillo, 1987, pp. 124 y ss., en especial, la p. 125).

Capítulo 3

La orientación hacia los principios de la justicia

En todo trabajo con derecho *positivo*, el jurista no puede desenvolverse sin conocer o pelearse en torno a máximas de *justicia*. Más de dos milenios se han reunido aquí verdaderos *tesoros* en el *arte de los juristas*. Inclusive el Estado Constitucional, su imagen del ser humano, del pueblo y del mundo se nutren de esto. Aquí se tienen en mente las doctrinas de la justicia de Aristóteles, la diferenciación *aristotélica* entre la *justicia distributiva* y la *comunitativa*,⁷⁶ esto es, el descubrimiento de la conexión de la justicia y de la igualdad (considerada en el siglo XVII como «universal»), pasando por los tres elementos de la idea del derecho de G. Radbruch (la justicia, la seguridad jurídica, la que frecuentemente ha sido tachada de «formalismo» y la conveniencia),⁷⁷ hasta las doctrinas contemporáneas de justicia de

⁷⁶ *Nikomachische Ethik* (Libro V, Edición de la Editorial Reclam 1969, pp. 125 y ss.). acerca de esta diferenciación, cf. también RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*, 8.^a ed. 1973, pp. 121 y ss.; *ídem*, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, p. 36 y ss. Acerca del Concepto de Justicia véase, además, COING, H. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 4.^a ed. 1985, pp. 149 ss. y, especialmente, pp. 192 y ss. Una breve problematización histórica se encuentra en KAUFMANN, A. *Theorie der Gerechtigkeit*, 1984. En el ámbito del Derecho Civil, por ejemplo, surge la idea de la justicia bajo el aspecto de la autonomía privada, ante todo, en el concepto de la «justicia contractual», cf., por ejemplo, LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, parte general, 14.^a ed. 1987, pp.76 y ss. («ausgleichendre Vertrags-gerechtigkeit»).

⁷⁷ RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie* (nota 76), pp. 164 y ss., 192; *ídem*, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (nota 76), pp. 35 y ss.

J. Rawls.⁷⁸ A esto se le agregan hoy en día una serie de elementos esenciales del Estado Constitucional: por ejemplo, la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia, el Estado social de derecho, el Estado cultural, la división de poderes. La idea angloamericana del *due process* sirve de fundamento para los intentos más recientes de lograr justicia a partir de los procesos.⁷⁹ La justicia como *fairness* (atenerse a las reglas del juego) es una palabra clave conocida.⁸⁰ El hecho de que en la jurisprudencia cada vez se piense más en términos de *procedimiento*⁸¹ indica un claro cambio en la *imagen jurídica del mundo*: alejándose de contenidos preconcebidos fijados a priori y, más bien, hacia contenidos abiertos creados recién a posteriori.⁸²

Habría todavía que aclarar a los no juristas algunos *paradigmas*, que, en el fondo, vienen a ser *vehículos* de la justicia y, con los cuales, nosotros los juristas trabajamos todo el tiempo, aunque en la mayoría de los casos sin cuestionárnoslos mayormente: me refiero a las típicas ideas de *unidad*, esto es, de *totalidad* y de *sistema*, captables en el dogma de la *unidad de la constitución*,⁸³ también en la doctrina de H. Kelsen de la *formación gradual del orden jurídico*⁸⁴ (en el que la

⁷⁸ *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1971, trad. al alemán 1979; cf. ahora HÖFFE, O. *Politische Gerechtigkeit*, 1987.

⁷⁹ Especialmente «transferido» para los derechos fundamentales en forma de «status activus processualis»: Derechos fundamentales en el Estado basado en el rendimiento *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer* 30 (1972), p. 43 (86 y ss., 121 y ss.).

⁸⁰ Para ello, SALADIN, P. «Das Verfassungsprinzip der Fairness». En *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, 1975, pp. 41 y ss.

⁸¹ En vez de muchos otros LERCHE, P., SCHMITT GLAESER W. y SCHMIDT-ASSMANN, E. *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984.

⁸² Para la comprensión del bienestar general en adhesión a E. FRAENKEL: P. Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970.

⁸³ Para ello, HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland*, 16.^a ed., pp. 10 y ss.; acerca del pensamiento sistemático: CANARIS, C.W. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.^a ed. 1983.

⁸⁴ Para ello, véase por ejemplo, KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*, reimpresión de la 1.^a ed. de 1934, 1985, pp. 62 y 73-75; SCHILD, W. «Die Reine Rechtslehre» en KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 3.^a ed. 1981, pp. 103 y ss. (pp. 103-105 acerca de la construcción gradual del orden[amiento] jurídico); ÖHLINGER, TH. *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, 1975; DREIER, H. *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1986, pp. 129 y ss.

lógica pasa a tener solo un significado limitado, puramente instrumental). A esto pertenecen la ficción del *contrato social* (¿profesionalmente necesaria?), es decir, el modelo de *contrato* desde *Hobbes* o *Locke* hasta *Rousseau* y *Kant*, los más recientes representantes de la doctrina del derecho de Estado⁸⁵ y, por último, todas las teorías del consenso y de la aceptación, en tanto paradigmas al servicio de la justicia,⁸⁶ al igual que la *eterna* pregunta por la relación entre libertad y orden (derecho como solución de conflictos, esto es, como regulación de intereses) así como por la relación entre libertad e igualdad o entre interés individual y bien común.

Muchas veces se transfiere la tensión entre derecho positivo y justicia a otros ámbitos.⁸⁷ También se mantiene en el Estado Constitucional (citado en el artículo 20 sección 3 «Ley y Derecho»). Pero este ha desarrollado procedimientos y contenidos mínimos que hacen soportable la tensión. Ante todo se legitima como forma de Estado de la *evolución* y de la *reforma de una obra en partes*: el racionalismo crítico de la *sociedad abierta* de Popper⁸⁸ es, por ello, también para los juristas, el fundamento filosófico apropiado (de la tolerancia).⁸⁹

⁸⁵ De la literatura: P. SALADIN, *Verfassungsreform und Verfassungsverständnis*, Archiv des öffentlichen Rechts 104 (1979), p. 345 (372 ss.); HÄBERLE, P. *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, pp. 438 y ss.; SCHULZE-FIHLITZ, H. *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1987, pp. 213 y ss. acerca de la validez legal y consenso, JAKOBS, G. (ed.) *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976.

⁸⁶ Cf. acerca del renacimiento estadounidense del pensamiento contractual, últimamente, KOLLER, P. *Neue Theorien des Sozialkontrakts*, 1987.

⁸⁷ Para ello, por ejemplo, el volumen editado por MAIHOFER, W. *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, 3.^a ed. 1981; *idem* (ed.), *Begriff und Wesen des Rechts*, 1973; FORSTHOFF, E. *Rechtsstaat im Wandel*, 1964, pp. 176 y ss.

⁸⁸ POPPER, R. *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, 2 t, 4.^a ed. 1975 (t. I: *La magia de Platón*, 6.^a ed. 1980, pp. 233 y ss.).

⁸⁹ El Autor se ocupa de ello desde 1971: *Grundrechte im Leistungstaat*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer* 30 (1972, p. 43 (72 s.); *Verfasung als öffentlicher Prozeß*, 3.^a ed. 1998, *passim* por ejemplo especialmente pp. 107 ss., 171 s.; finalmente como complemento de contenido a partir de lo cultural: *Archiv des öffentlichen Rechts* 110 (1985), p. 577 (590 ss.). Literatura adicional, por ejemplo: «R. Zippelius, Rechtsgewinnung durch experimentierendes Denken», en *FS H. Huber*, 1981, pp. 143 y ss.

Interrumpamos aquí el esbozo de esta delimitación de lo jurídico separándolo de otras disciplinas. Valdría la pena dedicarle un espacio propio.⁹⁰ Aquí solo nos tocaba exponer *cómo*, es decir, con qué instrumentos, procedimientos, contenidos, modelos de pensamiento y paradigmas trabaja el jurista, de modo específicamente jurídico, en *su mundo y subterráneamente* también en la caracterización de la imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional. El diálogo interdisciplinario,⁹¹ por ejemplo, sobre las imágenes del mundo, debe tener en cuenta esto. Por supuesto que el Estado Constitucional como tal ofrece un foro único de comunicación e integración. Tal vez se pueda hablar de la «posición del ser humano en el mundo del Estado Constitucional».

⁹⁰ A la literatura de los fundamentos de este cuestionamiento pertenece, por ejemplo, SCHMITT, C. *Über die drei Arten rechtswissenschaftlichen Denkens*, 1934; véase también el Ensayo del autor acerca del «pensamiento de posibilidad, realidad y necesidad» en la teoría constitucional, en *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, pp. 17 y ss.

⁹¹ (91) Cfr. GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, t. 1, 1973; t. 2, 1976.

TERCERA PARTE
LA IMAGEN DEL SER HUMANO COMO PRINCIPIO DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

Capítulo 1

Problema

El tipo *Estado Constitucional* no establece ninguna *imagen unitaria del ser humano*; más bien, presupone un ser humano que es tan complejo como contradictorio y lo capta solo en aspectos *parciales*. Además, en cada caso, de acuerdo a un campo particular de problemas, lo capta en un sentido *valedero*. Quiere tomar al ser humano tal como es, o tal como se ha vuelto en la naturaleza y la cultura (quizá también hasta cierto punto gracias al desarrollo del Estado Constitucional como tipo). El Estado Constitucional, con su imagen del ser humano, rechaza implícitamente todas las ideologías⁹² de la creación de un *nuevo hombre*, sea como fuera este. Ese objetivo es el fun-

⁹² Alrededor de 1847, ENGELS, F. escribe en sus *Grundsätzen des Kommunismus*, formulados al estilo de un catecismo: «Del mismo modo que los campesinos y los obreros manufactureros del siglo pasado transformaron por completo su modo de vida e, incluso, se convirtieron en hombres distintos cuando fueron integrados a la gran industria; la explotación colectiva de la producción por la sociedad en su conjunto y el consiguiente nuevo desarrollo de la producción necesitará y también creará hombres completamente distintos», impreso en MARX, Karl y ENGELS, Friedrich. *Manifest der kommunistischen Partei*. Edición de 1977, p. 78; acerca de la imagen del ser humano en Karl Marx, cf. además FETSCHER, I. *Von Marx zur Sowjetideologie*, 16.^a ed., 1971, pp. 15 y ss. El significado del *trabajo* como «modo de existencia propiamente humano» y la «liberación del ser humano dentro de una sociedad sin clases» encuentran aquí especial énfasis; ver acerca de esto también METZKE, E. «Mensch und Geschichte im ursprünglichen Ansatz des Marxschen Denkens». En *Der Mensch im kommunistischen System, Tübinger Vorträge über Marxismus und Sowjetstaat*, editado por W. Markert, 1957, pp. 3-23.

damento de los estados socialistas en la línea del marxismo-leninismo⁹³ (por ejemplo, el artículo 32, sección 1 de la Constitución de Albania de 1976). El Estado Constitucional no quiere instrumentalizar, *remodelar* o *mejorar* al ser humano, no conoce ni a un *superhombre* ni a *seres humanos nacidos para ser amos*. No considera que sea asunto suyo el *transformar* al hombre: ni a través de objetivos pedagógicos ni de ninguna otra manera (ni, mucho menos por razones de Estado). El Estado Constitucional cuenta con el hombre como un *ser imperfecto*,⁹⁴ aunque tampoco conoce ningún hombre *inhumano* o *infrahumano*. Todo esto convierte a la democracia pluralista en la forma de Estado con *rostro humano*. Sin embargo no *libera* de ninguna manera a los seres humanos de ciertas exigencias éticas respecto a sus deberes o, incluso, *obligaciones fundamentales*,⁹⁵ detrás de las cuales muchas veces se queda rezagada la realidad del ser humano. Si ni siquiera el arte consigue captar al *ser humano* en sus diversos contextos y variantes (en su particularidad con respecto a la totalidad) y las disciplinas parciales como la sociología o la psicología a menudo solo ofrecen *visiones contradictorias* y *parciales* del ser humano, entonces, menos aún, lo puede lograr la ciencia del derecho, que es más limitada todavía, incluyendo a la doctrina constitucional. Solo puede *ocuparse* del ser humano en tanto que esboce una *imagen normativa* de este y en la medida en que esto se exija por parte del tipo de *Constitución del Estado Constitucional*. Si bien esta es una fórmula

⁹³ Acerca de la imagen del ser humano dentro de la filosofía marxista de corte más antiguo: RAMSER, U.P. *Das Bild des Menschen im neueren Staatsrecht* 1958, pp. 253 y ss., con afirmaciones como: «El ser humano solo desempeña un papel en tanto sea miembro de una clase determinada, de un colectivo determinado» (pp. 235 y ss.), «El ser humano de Karl Marx es el *homo oeconomicus*, el *esclavo determinado por la economía*» (p. 237). Ver también la cita de BERDIAJEW, N. *ibid.*, pp. 238 y ss.: «El ser humano se convierte para Marx en imagen y semejanza de la sociedad. De comienzo a fin, el ser humano es el producto del medio social, de la economía de su tiempo y de la clase a la que pertenece». Véase también infra nota 213.

⁹⁴ Acerca de esto, por ejemplo, KOPP, F. (nota 75), pp. 62 y ss.; GEIGER, W. FS Faller, p. 3 (13).

⁹⁵ Para la relación entre el servicio militar obligatorio y la imagen del ser humano: B Verf GE 12, 45 (50 s.). Véase, sin embargo, también el voto singular del Juez Hirsch en FS Hirsch 48, 185 (196).

muy vaga, está, sin embargo, delimitándose cada vez con mayor claridad dentro del espectro de los diversos tipos de imágenes del ser humano que la teoría política y la doctrina del Estado,⁹⁶ la filosofía del derecho⁹⁷ y, en

⁹⁶ En la doctrina de derecho de Estado, el tratamiento de la *imagen del ser humano* suele estar ligado a la referencia a la dignidad humana y a la protección de los derechos fundamentales; véase acerca de esto, por ejemplo, STERN, K., *Das Staatrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. 1, 1977, pp. 727 y ss.; STEIN, E., *Staatsrecht*, 10.^a ed. 1986, pp. 186 y ss.; MAUNZ, T. / ZIPPELIUS, R., *Deutsches Staatsrecht*, 26.^a ed. 1985, pp. 178 y ss. La categoría «imagen del ser humano» se encuentra frecuentemente en la literatura actual, por ejemplo SCHEUNER, U., artículo «*Staat*», en *ídem, Staatstheorie und Staatrecht*, 1978, p. 19 (25.): «Es evidente que la aparición de Estado se determina de manera distinta a partir de otra imagen del ser humano y de una visión del mundo diferente». *Ídem, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat*, p. 732 (753): «Tanto la conformación como la interpretación de los derechos fundamentales depende de la concepción general del derecho, de la imagen del ser humano, que sirve de base a una época [...]. Un tratamiento diferenciado de la imagen del ser humano de la ley fundamental en DENNINGER, E. *Staatsrecht*, t. I, 1973, pp. 11 y ss., con una crítica a las «imágenes líderes» del Tribunal Constitucional Alemán (p. 25: «fórmulas vacías»). Las afirmaciones acerca de la imagen del ser humano de KRÜGER, Herb. *Allgemeine Staatslehre*, 1964, dicen: «Puesto que el Estado moderno no tiene, por cierto, una imagen determinada del ser humano, es decir, que no lo considera ni bueno ni malo [...]» (p. 210); «Pues tal como corresponde a la esencia del Estado [...] estar listo para enfrentar cualquier situación, así también el Estado tiene que prescindir de una *imagen rígida y cerrada del ser humano* que pretendiese tener validez para siempre» (p. 620); «[...] todo Estado hace bien en contar con el ‘viejo Adán’» (p. 814). Esta imagen del carácter del Estado está más influenciada por Hobbes que por Locke y no está pensada dentro de la tradición de *Constituciones* de los Estados Constitucionales.

⁹⁷ Acerca de la concepción de que el Estado y el derecho no benefician a los seres humanos particulares reales ni pueden orientarse a una imagen ideal del ser humano perfectamente moral y racional, ver RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, editado por WOLF, E. y SCHNEIDER, H.P., 1973, pp. 154 y ss. En sus escritos *Der Mensch im Recht* en el tomo de la colección del mismo nombre, 3.^a ed. 1969, pp. 16 y ss. y «*Sozialismus und Recht*». En *Kulturlehre des Sozialismus*, 1970, pp. 57 y ss., RADBRUCH, G. expone la importancia de la idea de que el ser humano hace su aparición en el derecho como *socializado*, o como *hombre colectivo*. Apelando a Aristóteles, a H. Grocio y a S. Pufendorf, también R. Zippelius. En *Das Wesen des Rechts*, 4.^a ed. 1978, p. 82, remite a la naturaleza del ser humano en su socialización y al significado de su *instinto de asociación*.

parte también, la teología⁹⁸ desde hace mucho han venido produciendo y que en el programa contrastante de los otros tipos de Estado, por ejemplo, el del marxismo-leninismo, se concretizan más; basta comparar los textos constitucionales entre sí.

⁹⁸ Cf. infra acerca de M. Lutero, nota 103 y, acerca de la *doctrina social de la Iglesia Católica*, nota 110. La *doctrina social católica* elabora a lo largo de sus grandes textos una *imagen del ser humano*. Si bien este concepto apenas aparece, los *elementos* particulares de su imagen del ser humano son concretos y múltiples. Además, en estos textos se muestra según corresponde en cada caso un pensamiento en el sentido de *filosofía de las imágenes* o de *teología de las imágenes*. Las siguientes citas han sido extraídas de: *Texte zur katholischen Soziallehre*, 5.^a ed. 1982: En la encíclica *Rerum novarum* de 1891, se dice en el numeral 9 (pp. 36 y s.): «Consideremos desde ahora, al ser humano como un ser social y, por supuesto, ante todo en relación a su familia[...]. Si aceptamos que todo ser humano [...] en tanto individuo tiene por naturaleza derecho a poseer propiedad privada[...].» En el *mensaje de Pentecostés* de 1941, se dice (*ibid.*, p. 158): «De hecho, todo ser humano en tanto ser viviente dotado de razón tiene por naturaleza el derecho fundamental de aprovechar los bienes materiales de la tierra[...].» En el *mensaje de Navidad* de 1944, se pregunta (*ibid.*, p. 170): «¿Qué propiedades deben caracterizar a los seres humanos 1. que viven dentro una democracia y bajo un régimen democrático, 2. que ejercen el poder dentro de una democracia?». Luego, sigue el gran principio (p. 172): «La dignidad del ser humano reside en su carácter de ser imagen y semejanza de Dios, la dignidad del Estado en la comunidad moral deseada por Dios y la dignidad de las autoridades políticas en su participación en la autoridad de Dios». En la *Carta de Pío XII a la KAB* de 1956, ¿*Por qué sindicatos católicos?*, se dice —en discusión con el pensamiento marxista— (p. 197): «Se quiere, pues, poner a la sociedad productora en el lugar de Dios [...] hay que decir que una tal imagen del ser humano prepara al trabajador —en el mundo occidental del trabajo— para la concepción similar del ser humano propia de las ideas que afluyen de Oriente». En la encíclica *Pacem in terris* de 1963, están las frases (bajo el numeral 9, p. 273): «Toda convivencia humana que quiera estar bien ordenada y ser fructífera, debe tener como base el principio de que todo ser humano es, de acuerdo a su esencia, persona. Tiene una naturaleza que está dotada con razón y con libre albedrío; por ello, tiene derechos y obligaciones[...].» En la encíclica *Gaudium et Spes* de 1965 (numeral 12, p. 331), se dice: «[El ser humano de acuerdo a la imagen de Dios] Es una concepción casi unánime de los creyentes y de los no creyentes de que todo sobre la tierra debe estar ordenado teniendo al ser humano como punto central y supremo[...]. Pues las Sagradas Escrituras enseñan que el ser humano ha sido creado “a imagen de Dios”[...].» Nr. 13 (*ibid.*, p. 332): «[El pecado...] Así pues, el ser humano mismo es ambiguo en sí mismo. Por eso toda la vida del ser humano se presenta[...].»

Existen elementos esenciales de la formación de la imagen del ser humano, dentro del Estado Constitucional, que son la base de los *dos principios* que la constituyen: la *dignidad humana* (y los derechos humanos que la concretizan) como su *premisa antropológica* y la *democracia liberal* como su consecuencia *organizativa*.⁹⁹ Si la dignidad del ser humano se refiere a la imagen del *ser humano*, de la misma manera, la democracia liberal se refiere a la imagen del Estado. Obviamente, la imagen del ser humano y la imagen del Estado Constitucional corresponden a una unidad.¹⁰⁰

como una lucha [...] entre el bien y el mal». Numeral 29 (*ibid.*, p. 346): «Puesto que todos los seres humanos [...] han sido creados a imagen de Dios, [...] se debe reconocer la igualdad fundamental de todos los seres humanos». En la encíclica *Populorum progressio* de 1967, se dice en el numeral 15: «De acuerdo al plan de Dios, todo ser humano está llamado a desarrollarse [...]. En el numeral 17 (p. 441): «Pero el ser humano es también miembro de la comunidad. Pertece a la humanidad entera». En el numeral 42 (p. 451): «El ser humano no es de manera alguna la última norma de sí mismo y es a través de su trascendencia de sí mismo, que llega a ser aquello que debe ser, según la profunda expresión de Pascal: “el ser humano se supera a sí mismo de manera incommensurable”». La encíclica *Laborem exercens* de 1981 formula bajo el numeral 2 (p. 567): «El ser humano es imagen de Dios, entre otras cosas, porque ha recibido de su creador la misión de someter a la tierra y dominarla». *Ídem*, bajo el numeral 6 (p. 573): «ante todo, “el trabajo está allí para el ser humano y no el ser humano para el trabajo”».

⁹⁹ Acerca de esto, mi contribución: «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft». En *Handbuch des Staatsrechts*. Tomo 1, 2.^a ed. 1993, p. 815 (845 y ss.).

¹⁰⁰ Cf. también FLEINER-GERSTER, T. *Allgemeine Staatslehre*, 1980, pp. 32 y ss. con citas de textos clásicos. Un panorama histórico sobre la «imagen del ser humano como idea conductora jurídica y política»; finalmente en ZIPPELIUS, R. *Die Bedeutung kulturspezifischer Leitideen für die Staats- und Rechtsgestaltung*, 1987, pp. 17 y ss.

Capítulo 2

Elementos de una recopilación, primeras evaluaciones

2.1. Clásicos: *la imagen más bien pesimista y la imagen más bien optimista del ser humano*

Tengamos presentes algunos textos clásicos de grandes autores y su reflejo en los textos constitucionales:¹⁰¹

El pensamiento sobre el ser humano, el Estado y el derecho a través de los siglos siempre ha vuelto a marcarse por las tendencias de una *variante más bien pesimista* y una *variante más bien optimista* de la imagen del ser humano, lo que ha llevado a las respectivas consecuencias en lo que respecta la comprensión del Estado y del derecho y también en su *construcción*: para unos, cítese la famosa frase de T. Hobbes, según la cual, el ser humano «se encuentra en un estado llamado guerra y, esto es, una guerra de todos contra todos».¹⁰² Encontramos correspondencias en la teología de M.

¹⁰¹ En el sentido del método de mi contribución de Berlín: *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

¹⁰² HOBBES, T. *Leviathan*, cit. según N. Hoerster (ed.), *Klassische Texte der Staatsphilosophie*. 4.^a ed. 1983, p. 111. También se encuentran múltiples pasajes probatorios para la imagen *negativa* del ser humano de Hobbes en el *Leviathan*: «La naturaleza ha creado a los seres humanos tan iguales con relación a sus capacidades corporales y espirituales que, a pesar del hecho de que a veces uno posea un cuerpo evidentemente más fuerte o un espíritu más ágil que el otro, la diferencia entre los seres humanos no es, sin embargo, tan considerable como para que sobre la base de ello pueda proclamarse

Lutero, por supuesto, relacionadas a la pecaminosidad del ser humano,¹⁰³ o en la filosofía de G. W. F. Hegel.¹⁰⁴ El clásico del pesimismo, Arturo

una ventaja que alguien más no pudiera reclamar también para sí [...]. A partir de esta igualdad de capacidades surge una igualdad de esperanza de poder alcanzar nuestros propósitos. Y si, por ello, dos seres humanos ambicionan el mismo objeto, que no pueden disfrutar juntos, entonces se convierten en enemigos y se esfuerzan en la consecución de su propósito que fundamentalmente es la autoconservación y, hasta ahora, solo el placer; de aniquilarse o someterse mutuamente» (*Leviathan, op. cit.*, pp. 109 y ss.). Consecuentemente, la concepción de Hobbes del derecho natural del ser humano es: «El derecho natural que en la literatura ha sido llamado comúnmente *ius naturalis* es la libertad de todos de imponer su poder personal de acuerdo a su voluntad, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida y, consecuentemente, hacer todo aquello que, a su juicio personal y a su propia razón, le parezca el medio más apropiado para lograr su propósito». Hobbes continúa: «Y porque los seres humanos [...] se encuentran en un estado de guerra de todos contra todos, [...] entonces se sigue de allí que en un estado semejante todos tienen derecho a todo, incluso sobre el cuerpo de algún otro» (*Leviathan, op. cit.*, p. 114). Por cierto que M. Kriele, en su introducción a la doctrina del Estado (1975) discute detenida y críticamente la *leyenda*, como él la ha calificado, de que la teoría política de Hobbes parte de un pesimismo antropológico, véase pp. 133 y ss. especialmente pp. 136 y ss.

¹⁰³ LUTERO, M. *Grundexte christlichen Glaubens*, editado e introducido por H. Schulze, 1982, p. 44, presupone, en cierto modo, una pecaminosidad previamente dada del ser humano cuando le escribe a su hermano de orden G. Spenlein el 8.4.1516: «[...] por ello, mi querido hermano, estudia a Cristo, al crucificado, aprende a cantarle y a decirle desesperando de ti mismo: “Tú, señor Jesús, eres mi justicia, pero yo soy tu pecado; tú has asumido lo mío sobre ti y me has dado lo tuyo; tú has aceptado lo que no eras y me has dado lo que yo no era”. Cúidate de nunca anhelar tan grande pureza que no aparezcas como pecador y no quieras ser en absoluto un pecador. Pues Cristo vive sólo dentro de los pecadores». Esta concepción se encuentra de nuevo en los *Prólogos al Nuevo Testamento* de 1552, donde se dice: «Pecado se llama en la Escritura no solo a la obra exterior del cuerpo, sino a todo quehacer que se mueva y se dirija hacia la obra exterior, a saber, del fondo del corazón con todas las fuerzas, de modo que la palabrita se refiera al momento en que el ser humano caiga y se dirija hacia el pecado. Pues ocurre también que puede no haber ninguna obra exterior del pecado, que el ser humano sigue por completo en cuerpo y alma y, especialmente, ve la Escritura en el corazón y en la raíz y fuente principal de todos los pecados, que es la incredulidad en el fondo del corazón. De modo que, como solo la creencia justifica al espíritu y lleva el placer a las obras exteriores, por tanto solo peca la incredulidad y levanta la carne y

Schopenhauer, describe la naturaleza del ser humano de la siguiente manera: «[...] gobernar a los seres humanos, quiere decir, mantener la ley, el orden, la tranquilidad y la paz entre millones de seres de un género que en su gran mayoría es infinitamente egoísta, injusto, inicuo, desleal, envidioso, malvado y, por eso mismo, muy limitado y testarudo [...]»,¹⁰⁵ y Maquiavelo

el placer a las malas obras exteriores así como ocurrió con Adán y Eva en el Paraíso (Gen 3)» (Citado de: M. Lutero, Seleccionado por K.G. Steck e introducido por H. Gollwitzer, 1955, p. 118); también R. Friedenthal señala en su Biografía de Lutero, «Todos los seres humanos son pecadores».

¹⁰⁴ Acerca de G.W.F. Hegel «Bild vom Staat». En Fleiner-Gerster (Nota 100), pp. 44 y ss.

¹⁰⁵ SCHOPENHAUER, A. *Über die Universitäts Philosophie*. Editado por O.A. Böhmer bajo el título: *Corruptor de cerebros*, 1982, pp. 22 y ss. Schopenhauer hace reconocer que la imagen del *Estado* es dependiente de la respectiva imagen del *ser humano*. Según su *dictum* (cit. por R. Safranski, *Verdades vivibles y no vivibles*, con motivo del 200 aniversario del nacimiento de A. Schopenhauer, FR del 20.2.1988, p. ZB 3) el Estado pone un *bozal* a los *animales de rapiña*, de ese modo, ellos (es decir, los seres humanos) no se vuelven moralmente mejores, pero sí se vuelven «afnofensivos como un animal herbívoro». La afinidad electiva con respecto a Hobbes es evidente, cf. también SCHOPENHAUER, A. *Die Welt als Wille und Vorstellung*. Tomo 2, Libro Cuarto § 62, Edición de 1910, pp. 204 y ss., 209. Expresamente, Schopenhauer contradice todas las teorías que esperan un mejoramiento o una moralización del ser humano a partir del Estado (Fichte, Schiller, Hegel) o que ven románticamente en el Estado una especie de organismo humano superior (Novalis, Schleiermacher, Baader). El Estado es para Schopenhauer la «máquina social» aborrecida por los románticos que, en el mejor de los casos, refrena los egoísmos y los acopla al egoísmo colectivo del interés de supervivencia. Schopenhauer previene contra un Estado con alma, que luego probablemente eche mano al alma de sus ciudadanos (Safranski *ibid.*). Extremadamente *pesimista* es la imagen del ser humano de SEUME, J. G. *Mein Sommer 1805. Reisejournal*, Reproducción de la primera impresión de 1806, 1987, p. 158: «Por cierto que lo más seguro en las relaciones públicas, es contar siempre más con lo malo dentro del hombre. Pues en estos casos la historia casi siempre enseña que todo lo malo, para lo cual el poder está presente ocurre bajo la máscara de la filantropía universal y en nombre de la legalidad». Véase también *ibid.*, p. 135: «En las relaciones entre el derecho internacional y el derecho constitucional debe haber lamentablemente un principio de seguridad: el mal, que un ser humano puede hacer, probablemente lo haga. La historia tiene más confirmaciones que refutaciones de ello».

se plantea una imagen parecida del ser humano cuando expresa «que nadie puede darle una Constitución o una ley a una república si no presupone a los seres humanos como malvados». ¹⁰⁶ ¹⁰⁷

A favor de una variante más bien *optimista* está el pensamiento de J. Locke,¹⁰⁸ quien no por mera casualidad se convirtió en uno de los padres del Estado Constitucional, o la convicción de J. J. Rousseau de que «el ser humano es bueno por naturaleza y se vuelve malvado solo por nuestras

¹⁰⁶ Machiavelli, N., citado por RADBRUCH, G. *Der Mensch im Recht*. 3.^a ed., 1969, p. 12. Cf. también la cita de Machiavelli: «Así se llega la conclusión de que los seres humanos no son capaces de ser malos con decencia ni completamente buenos, y que no pueden cometer una mala acción, si para ello se requiere una cierta grandeza o un corazón entero» (Discursos, I., 27, citado según N. Machiavelli en testimonios propios y documentos gráficos de Edmond Barincou, 2.^a ed. 1985, p. 114.).

¹⁰⁷ Por supuesto que se la doctrina constitucional en asuntos de imagen del ser humano va a entrar en debate con el libro de FERNÁNDEZ DE LA MORA, G. *Der gleichmacherische Neid*. 1987. La naturaleza envidiosa del ser humano, en su inclinación tanto universal como negativa con respecto a la envidia, es seguida por de la Mora desde la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos hasta los dogmas del comunismo y los proyectos constitucionales contemporáneos. Ya el español Unamuno había caracterizado a la envidia como «Madre de la Democracia». De la literatura: SCHOECK, H. *Der Neid. Eine Theorie der Gesellschaft*. 1966.

¹⁰⁸ En contraposición a T. Hobbes, J. Locke, citado de acuerdo con los *Klassische Texte der Staatsphilosophie*, editados por N Hoerster, 1976, pp. 133 y s., concibe el estado natural, en el cual se encuentran los seres humanos, como un estado de «total libertad de regular sus acciones dentro de los límites de las leyes de la naturaleza y, de ese modo, disponer de su propiedad y de su personalidad como mejor les parezca sin pedir permiso a nadie, ni depender de la voluntad de algún otro. [...]. Sin embargo, aunque éste sea un estado de libertad, no es un estado de desenfreno. El ser humano en este estado dispone de libertad irrestricta con respecto a su persona y su propiedad. Sin embargo no tiene la libertad de eliminarse a sí mismo o a algún otro ser viviente que se encuentre en su propiedad, si es que no persigue otro fin más noble que su mera conservación. En el estado de naturaleza rige una ley natural, que obliga a todos. La razón que corresponde a esta ley, le enseña a la humanidad, si ésta [la humanidad] —quiere preguntarle— que nadie debe ocasionar daños a otro ni a su vida, ni a su propiedad, ni a su salud, ni a su libertad puesto que todos son iguales e independientes».

instituciones»¹⁰⁹ así como la doctrina social de la Iglesia¹¹⁰ Católica. La concepción idealista clásica del ser humano es presentada por F. Schiller en las siguientes palabras: «Se puede decir que cada ser humano es titular de una concepción y disposición de una imagen pura de sí mismo cuya permanencia unitaria y armoniosa es el gran objetivo de su ser».¹¹¹ Comparando con el esbozo de F. M. Dostoyevski en su obra «*Aufzeichnungen aus dem Untergrund*», éste es sarcástico y desilusionado; pero en todo caso respaldado en una finalidad del hombre: «Yo creo incluso, que la mejor denominación del hombre sería: la de un ser que se sostiene en dos piernas y es desagradecido».¹¹² F. M.

¹⁰⁹ ROUSSEAU, J. J. *Brief an de Malesherbes* (citado de acuerdo con J. J. Rousseau en testimonios propios y documentos gráficos presentados por Georg Holmsten, 1972, p. 64).

¹¹⁰ Cf. acerca de la imagen del ser humano de la doctrina social católica NELL-BREUNING, O. V. *Gerechtigkeit und Freiheit, Grundzüge katholischer Soziallehre*. 1980, pp. 14 y ss., 22 y ss. y, en especial, pp. 25 y ss. y p. 29, donde NELL-BREUNING, O., en contraposición a expresiones *puras* del individualismo o del colectivismo, caracteriza a la «imagen del ser humano solidario» como «la única, verdadera, completa y equilibrada imagen del ser humano», a la que «la doctrina social católica [...] se adhiere». Según esto, la imagen individualista y la colectivista del ser humano van juntas, y solo las dos juntas pueden captar y apreciar al ser humano tal como él es. O. V. Nell-Breuning continúa: «Si queremos expresar con una sola palabra que para el ser humano son igualmente esenciales su autonomía como ser individual y su disposición social esencial, entonces diremos que: es persona; *individualitas* y *socialitas* juntas constituyen su *personalitas*. A la persona le corresponde, claro está, la *individualitas*, la autonomía del ser provisto de capacidad racional y con voluntad capaz de autodeterminación. Pero la persona significa más que el individuo, *también* más que un individuo dotado de razón y voluntad; incluso esto último no basta aún para dar un concepto total de persona; a la persona le pertenece, por otra parte, la *socialitas*, el estar abierto frente a otros y el intercambio con otros en el dar y el recibir o, al menos, la capacidad para ello». NELL-BREUNING, O. *Op. cit.*, p. 30. Acerca del concepto de personalidad y de persona ver también DÜRIG, G. «Die Menschenauffassung des Grundgesetzes». En *Gesammelte Schriften*, 1952-1983, editado por SCHMITT GLAESER, W. Y HÄBERLE, P. 1984, pp. 31 y ss.

¹¹¹ SCHILLER, F.V. *Vierter Brief über die ästhetische Erziehung*, Werke in 4 Bden., Tomo 4, 1966, p. 199.

¹¹² DOSTOYEVSKI, F. M. *Aufzeichnungen aus dem Untergrund*, traducido del ruso por E. K. Rashin, 1985, p. 35.

Dostoyevski también se ocupa apasionadamente del conflicto entre razón y vida, en el relato mencionado.¹¹³

Dignidad humana y democracia, los dos principios del Estado Constitucional presuponen una imagen relativamente *buena* del ser humano, que tiene dignidad y que puede ser libre, pero que también reconoce la misma dignidad y libertad de su conciudadano y que *trata* literalmente con este en el sentido del imperativo categórico¹¹⁴ de I. Kant.¹¹⁵ Por más que ese *Estado Constitucional* tenga un tono tan optimista en su imagen de dignidad humana, de libertad y de democracia y por más que parta de un pedazo del *principio*

¹¹³ «La razón, mis señorías, es una buena cosa. Eso nadie lo discutirá. Pero la razón es y seguirá siendo solo razón y satisface únicamente a la parte racional del ser humano. El querer, por el contrario, es la revelación de la vida total o de toda la vida humana, incluyendo a la razón y todas sus tribulaciones. Y aunque nuestra vida se muestre en esta revelación como una cosa miserable, de todas maneras se trata de una vida y no de la extracción de la raíz cuadrada» (F. M. Dostoyevski, nota 112, p. 34, véase además en la parte I, el capítulo VII, pp. 25 y ss.; VIII, pp. 31 y ss.; IX, pp. 38 y ss.).

¹¹⁴ Una formulación del *imperativo categórico* de I. Kant dice: «Actúa de modo que la máxima de tu voluntad pueda valer en todo momento igual que el principio de una legislación universal». Citado de acuerdo con la Obra Completa, t. IV, editado por W. Weischedel, 1964, p. 140. Ambivalencia con respecto a la *naturaleza humana* en I. Kant, *Zum ewigen Frieden* (1795), citado de acuerdo a la obra en seis tomos, editada por W. Weischedel, VI, 1964, p. 194 (203): «El estado de paz entre los seres humanos que viven uno al lado del otro, no es ningún estado natural (*status naturalis*), el cual más bien es un estado de guerra o aunque no siempre signifique un inicio de hostilidades, sí una amenaza permanente de las mismas. Por lo tanto, la paz tiene que ser *instituida*».

¹¹⁵ El modelo contractual se encuentra ahora también en BAIER, H. *Totentrauer - die Frömmigkeit unserer Republik*. FAZ del 14.11.1987, contribución de la Imagen y el Tiempo, con frases como: «La república es, por tanto, un pacto de derecho y de utilidad del pueblo», «la república moderna ilustrada, en el sentido de la república cultivada de Kant», «su tarea es la autosuperación activa y diaria de los individuos en y con la comunidad de los ciudadanos», «Sobre el fundamento autodeterminado y bien fundado del contrato social —tal como para Kant, Rousseau lo había proyectado de manera ejemplar en el *Contrato Social* de 1762— se elevan y despliegan las esbeltas columnas de muchas individualidades, ligadas por los arcos abovedados aunque siempre resistentes» y «Autoconstitución republicana de los ciudadanos» junto con «autorresponsabilidad moral de los individuos».

de esperanza,¹¹⁶ emparejado con el *principio de responsabilidad*¹¹⁷ (en el ejemplo de la Ley Fundamental: artículos 1 y 20):¹¹⁸ ese Estado Constitucional no sobreexige al ser humano, por doquier le hace concesiones a sus faltas, perjuicios y peligros (por ejemplo, a su *provecho personal*, a su equívoco, a sus *contradicciones*) y trabaja en las diferentes áreas problemáticas de manera ampliamente diversificada. Esta especificación de principios y procedimientos particulares, de instrumentos e instituciones del Estado Constitucional, teniendo a la vista la problemática de la imagen del hombre solo es posible mostrando algunos pocos casos. El hecho de que se haya intentado realizar esta especificación prácticamente sin relación a los clásicos y sin acompañarla paralelamente de los textos de derecho positivo, constata nuevamente cuán poco la doctrina constitucional ha llegado a dialogar con la filosofía del derecho y del Estado.

2.2. *Elementos de la imagen del ser humano del Estado Constitucional en el ejemplo de las áreas del derecho positivo de acuerdo a la Ley Fundamental*

Los aspectos de la imagen del ser humano del Estado Constitucional, desarrollados por la ciencia y la legislación a partir de textos clásicos, textos constitucionales y principios de derecho, se expresan en:

- (1) El principio fundamental de la división de poderes (cf. artículo 1 sección 3, artículo 20 sección 3 de la Ley Fundamental), que debe su fisonomía

¹¹⁶ Así el título del escrito de BLOCH, E. *Das Prinzip Hoffnung*. 4.^a ed., 1977.

¹¹⁷ Cf. al título del libro JONAS, H. *Das Prinzip Verantwortung*. 1979; *ídem, ibid.*, p. 385: «La “naturaleza” del ser humano, está abierta para el bien y el mal». Véase también BURCK-HARDT, J. *Staat und Kultur*. Editado por H. Helbling, 1972, p. 317: «[...]a la naturaleza humana, que está mezclada de bien y de mal».

¹¹⁸ Esta imagen del ser humano «controladamente optimista» tiene su correspondencia en una imagen del mundo similarmente optimista, la cual le debemos, desde la perspectiva filosófica, a la ilustración de Kant y, desde la perspectiva del Estado Constitucional, a Locke. Sin embargo, aumenta las exigencias con respecto a la responsabilidad del ser humano, a su conciencia de libertad.

constitucional moderna a la imagen *realista* del ser humano de Montesquieu. Su visión, convertida ya en parte del pensamiento clásico, nos dice: «Sin embargo, una experiencia infinita nos enseña que todo ser humano que tiene poder es impulsado a malutilizarlo. [...]. Para que el poder no pueda ser mal utilizado, es necesario lograr mediante el ordenamiento cosas de modo que el poder frene al poder». ¹¹⁹ En la misma dirección apunta la expresión de Lord Acton: «El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente». ¹²⁰ En la medida en que la división de poderes se ha convertido de principio de *Estado* a máxima *universal*, que también estructura al ámbito *social*, especialmente con respecto a la economía, se observa que el Estado Constitucional impone aquí una determinada imagen, más bien escéptica, del ser humano. Evidentemente el mal uso del poder no solo es una amenaza que parte de los «hombres con puestos en el Estado» sino a los seres humanos en general, también a los que actúan en ámbitos parciales de la sociedad, como el ámbito de la economía. La *Constitución* liberal debe confiar en el ser humano pero necesita también que haya una buena disposición y métodos para los casos desconfiables. ¹²¹

- (2) La misma imagen realista del ser humano está en la base de algunos *principios de la democracia liberal*: piénsese en la comprensión de la democracia como «dominio sobre el tiempo» y, también, en muchas instituciones del derecho constitucional positivo, que controlan el poder o absuelven de responsabilidad a los empleados públicos (por ejemplo

¹¹⁹ MONTESQUIEU DE, C.L. *Von Geist der Gesetze*, libro XI, capítulo 4, citado a partir de la traducción de K. Weigandt, 1984, p. 211.

¹²⁰ Citado de acuerdo a M. Kriele (nota 102), p. 140.

¹²¹ Escéptico con respecto a si se puede tratar la interpretación de nuestra Constitución con *métodos antropológicos* (esto es, con una *imagen de derecho positivo* del ser humano); IPSEN, H. P. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtlehrer* 37 (1979), pp. 129 y ss. (Discusión). HERZOG, R. *Allgemeine Staatslehre*, 1971, p. 121 formula el «reconocimiento de que el ser humano no es, en principio, un ser racional», sin embargo, quiere poner la libertad del ser humano «en el centro del pensamiento actual de la teoría del Estado».

el artículo 43 sección 1 de la Ley Fundamental); la posibilidad de la prohibición de partidos (artículo 21 sección 2 de la Ley Fundamental)¹²² tiene un tono pesimista.

- (3) Los *objetivos de la educación* en las constituciones de los estados federados alemanes abarcan sobre todo aspectos parciales concentrados en la *imagen* que el Estado Constitucional se hace del ser humano.¹²³ El *joven* es considerado como susceptible de ser educado, pero también se lo considera como necesitado de educación e instalado sobre valores fundamentales,

¹²² Cf. también Tribunal Constitucional Alemán 5, 85 (Sentencia del Partido Comunista), donde el Tribunal Constitucional a falta de la posibilidad de prohibición de un partido en la República de Weimar y en la Constitución de Italia de 1947 dice (p. 137): «Debe haberse basado en la concepción optimista de que el ánimo de los ciudadanos constituye la mejor garantía de un Estado democrático liberal» y continúa: «En la época de la República de Weimar, se había producido en Alemania la imagen que los partidos podían sostenerse de modo incólume[...].». En E 47, 130 (141) el Tribunal Constitucional Alemán también se sirve del lenguaje de las imágenes: «Esta imagen marcada por el derecho constitucional de la relación de los partidos políticos con respecto a los ciudadanos es regularmente incompatible con una actividad de parte de los miembros y seguidores de un partido, que esté dirigido a realizar los objetivos políticos del partido transgrediendo el marco de las leyes que se ajustan a la constitución, mediante el ataque a importantes bienes jurídicos ampliamente protegidos». Aguda crítica al respecto en RIDDER, H. «Das Menschenbild des Grundgesetzes. Zur Staatsreligion der Bundesrepublik Deutschland». En *Demokratie und Recht*, 7, 1979, p. 123 (131 y ss.). Acerca de ello, infra nota 130.

¹²³ Véase también EVERS, H. U. *Verfassungsrechtliche Determinanten der inhaltlichen Gestaltung der Schule, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*. Tomo 12 (1977), p. 104 (116), que considera a la fórmula de la imagen del ser humano del Tribunal Constitucional Alemán como una fórmula «de gran ayuda» para poder evaluar los objetivos pedagógicos. TOMUSCHAT, C. «Der staatlich geplante Bürger». En FS E. Menzel, 1975, p. 21 (32), ve en la jurisprudencia de la imagen del ser humano del Tribunal Constitucional Alemán un «recurso de argumentación de alcance objetivamente limitado, y funcionalmente determinable con precisión exacta». Sin embargo, el autor rechaza esta interpretación como objetivo pedagógico en el sentido de las constituciones de los Estados federados al igual que la actualización de los derechos fundamentales (pp. 33 y s.). Sin embargo, véase también pp. 36 y ss. *ibid.*: *Einsatz der schulischen Mittel zur Förderung des verantwortlichen Staatsbürgers* (con indicación al artículo 1 sección 1 artículo 2 sección 1 de la Ley Fundamental).

como la dignidad humana y la libertad, la buena disposición hacia la responsabilidad y la tolerancia sobre los que el Estado está basado en su totalidad. Algunos de sus principios fundamentales son accesibles incluso a una «interpretación constitucional pedagógica».¹²⁴

Dentro de los *objetivos pedagógicos* se ocultan aspectos de una determinada imagen del ser humano, del mundo, de la comunidad e incluso de Dios. Formulan y norman un consenso fundamental de nuestra democracia liberal, es decir, ellos lo inscriben y lo prescriben para la educación de los *jóvenes*. El profesor de Derecho Público tiene que ver, también, en los asuntos concernientes a los objetivos de la educación, con obligaciones normativas. Para los «ciudadanos de mayoría de edad», se convierten, en parte, en «valores de orientación»¹²⁵ pluralistas, que no pueden ser impuestos a la fuerza. A pesar de toda la *apertura*: también el Estado Constitucional pluralista requiere de un *hogar* común de valores fundamentales, es decir, de una cultura —en lugar de una «civilización hipotética» (R. Spaemann)— en la que se disuelva toda obligatoriedad. Además, debemos considerar lo siguiente: lo que es normativamente obligatorio nos *obliga* también, por lo menos, en la comunidad de derecho de una democracia liberal. El hecho de que el equilibrio, la tolerancia y el respeto a la individualidad de los demás pertenezcan también al canon de nuestros objetivos pedagógicos es un resultado específico del Estado Constitucional. Estos objetivos pedagógicos ponen en práctica ese estar-uno-con-el-otro que es indispensable para toda convivencia en *sociedades abiertas*. Aparte de eso, estos objetivos abren la

¹²⁴ Acerca de esto, mi contribución en FS HUBER, 1981, p. 211 (228 y ss.). Qué tan *limitados* deben ser los objetivos del cumplimiento de la pena dentro de un Estado Constitucional, se muestra también en contraste con respecto a los Estados islámicos: Así, los malhechores sentenciados en Arabia Saudita necesitan cumplir solo la mitad de su pena, si aprenden el Corán de memoria. (*Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 25.2.1988). Al ciudadano mayor de edad que incurre en delito y se encuentra por ello bajo arresto, no se le podría exigir entre nosotros ni siquiera la lectura de la Ley Fundamental.

¹²⁵ Con respecto a esta diferenciación, HÄBERLE, P. *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*. 1981, *passim*, especialmente pp. 14 y ss., 87 y ss.

oportunidad de una coexistencia pacífica mundial del Estado Constitucional con otros tipos de Estado, por ejemplo, con los de los países en desarrollo o con los países socialistas. La muy citada *inviolabilidad* de los derechos humanos no surge por sí misma; también tiene que ser *enseñada*.¹²⁶ Lo mismo vale para la fiabilidad de contratos tanto en las relaciones internas como en las externas de los Estados Constitucionales. El *pacta sunt servanda* [los pactos deben ser respetados] de Hugo Grocio sigue siendo hasta hoy una contribución de los juristas para un mundo pacífico.

También un orden liberal como la Ley Fundamental, esboza fragmentariamente los elementos de la imagen del ser humano, así, por ejemplo, una imagen directriz para la educación del ciudadano del Estado en los artículos 1, 20, 20, 38, 21 de la Ley Fundamental, o en los objetivos pedagógicos de las constituciones de los Estados federales y un mínimo ético-social en la convivencia social (tolerancia, solidaridad y trabajo).

La fórmula de la imagen del ser humano del Tribunal Constitucional Alemán es un lugar común¹²⁷ en el buen sentido: ella abarca un *bien común* que no sobre exige al ser humano pero que tampoco confiere al Estado Constitucional ninguna competencia ilimitada para la formulación y o la imposición de una ética social.

«Los elementos residuales de ética social» se encuentran en la temprana judicatura de la imagen del ser humano universal E 4, 7 (15 y siguientes).

- (4) *La imagen del ser humano del Tribunal Constitucional Alemán: lograda de manera pretoriana a partir de una visión panorámica total de la Ley Fundamental. La*

¹²⁶ Véase ahora MEINBERG, E. *Das Menschenbild der modernen Erziehungswissenschaft*. 1988 y su programa de una «investigación de la imagen del ser humano orientada pedagógica-mente», pp. 307 y ss., con palabras claves como *homo mundanus*, *homo oecologicus*, así como con la cita de K. Jaspers: «La absolutización de un conocimiento siempre particular con respecto al conjunto de un conocimiento del ser humano conduce al abandono de la imagen del ser humano» y con el resumen propio: «La imagen del ser humano no lo es todo para el ser humano pero, sin la imagen del ser humano, no todo se convierte en nada» (*op. cit.*, p. 318).

¹²⁷ Críticamente ISENSEE, J. *Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik*. Coloquios de Essen acerca del tema Estado e Iglesia. Tomo 11 (1977), p. 92 (113).

imagen del ser humano de la ley fundamental ha encontrado su texto constitucional (federal) clásico en la decisión previa de los pioneros de la Tribunal Constitucional Alemán del 20.7.1954. En la sentencia sobre la ayuda a la inversión (Tribunal Constitucional Alemán 4, 7 (15 y siguientes)), que toca medularmente el derecho constitucional de la economía, se dice de modo muy general y de modo constatado una y otra vez en la posterior judicatura de la imagen del ser humano para las interrelaciones más diversas:¹²⁸

La imagen del ser humano de la Ley Fundamental no es la de un individuo soberano aislado. La Ley Fundamental ha sido más bien decisiva para la tensión individuo-sociedad en el sentido de la referencia y la unión del individuo a la comunidad, sin tocar con ello su individualidad. Esto resulta especialmente de una visión general de los artículos 1, 2, 12, 14, 15, 19, 20 de la Ley Fundamental. Sin embargo esto significa: lo individual tiene que aceptar sin más aquellas barreras de su libertad de acción que el legislador coloca para el cuidado y la promoción de la convivencia social dentro de los límites de lo que es generalmente admisible dentro del estado de cosas dado, suponiendo que, con esto, siga estando garantizada la autonomía de la persona.

Este texto se ha irradiado en muchos ámbitos del derecho. Se ha vuelto una especie de *texto primigenio* para la cuestión de la imagen del ser humano.¹²⁹

¹²⁸ Tribunal Constitucional Alemán 33, 303 (334); 50, 166 (175). La legislación (cambiante) del Tribunal Constitucional Alemán con respecto a las «ímágenes profesionales» dentro del marco del artículo 12 de la Ley Fundamental (desde E 7, 377 (397), cf. por ejemplo E 59, 302 (305 y s.)) es también un ejemplo para la *judicatura de imágenes* o la *jurisprudencia de imágenes*.

¹²⁹ En el Tribunal Constitucional Alemán, 1 (64) se dice que el individuo es «más bien una personalidad dependiente de la comunicación que se realiza dentro de la comunidad social». La fórmula de la imagen del ser humano del Tribunal Constitucional Alemán se ha impuesto en la literatura: por ejemplo DÜRIG, G. En MAUNZ y DÜRIG. Con respecto a la Ley Fundamental, artículo 1 sección 1 inciso 46 con el añadido «Línea media del personalismo», en un deslinde con respecto al individualismo y al colectivismo (*ibid.*, inciso 47). De manera semejante, HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der*

Resumiendo: La categoría *imagen del mundo* ha servido, en manos del Tribunal Constitucional Alemán en el 4.º tomo (E 4, 7 (15 y s.)), para extraer, a partir de la Constitución, barreras no explícitas para las libertades de derecho fundamental. Esto es legítimo y correcto. Pero la imagen del ser humano no debe ser entendida de manera unilateral a partir de esta *situación primigenia*: puede y debe, en los casos dados, ser aplicable también para la *ampliación*, es decir, la *intensificación* del ámbito de las libertades y la seguridad ciudadanas.¹³⁰ Caso contrario debería hablarse de una *falla primigenia* que habría que corregir a partir de la teoría.

BR *Deutschland*. 16.ª ed. 1988, pp. 47 y s.; MÜNCH, I. En *ídem*. (ed.), GGK. Tomo 1, 2.ª edición, 1981, artículos 1-19; la crítica solo se hace escuchar individualmente: por ejemplo HAMANN y LENZ. *Das Grundgesetz Kommentar*. 3.ª ed. 1970, artículo 1 nota B1a; LERCHE, P. *Werbung und Verfassung*. 1967, pp. 139 y ss.; DENNINGER, E. *Staatsrecht*. Tomo 1, 1973, p. 25: «Fórmulas de vacío». Crítica parcial en BLECKMANN, A. *Allgemeine Grundrechtslehren*. 1979, p. 57: «Este punto de partida [es decir, el del Tribunal Constitucional Alemán] solo me parece ser incorrecto en tanto que no toma en cuenta la imagen histórica del legislador, sino a los conocimientos actuales sobre el ser humano y sus riesgos». Véase también la nota 130.

Diferenciado: DENNINGER, E. En AK GG (1984), artículo 19 sección 2 Rz. 14: «Aquí la elasticidad y la apertura, pero también la relativa vacuidad de la fórmula de la imagen del ser humano del Tribunal Constitucional (cf. E 4, 7, 15 s.) resultan ser provechosas: hacen posible un adecuado énfasis y despliegue de la eventual solución de conflictos a través de la legislación».

¹³⁰ La judicatura de la imagen del ser humano del Tribunal Constitucional Alemán no se ha podido liberar de este yugo ni siquiera en la sentencia del censo poblacional: la autocita de E 4, 7 (15), por otra parte, se encuentra solo dentro del contexto de los límites posibles (E 65, 1 (44)). Crítica a «la así llamada imagen del ser humano de la Ley Fundamental» en LERCHE, P. *Werbung und Verfassung*. 1967, pp. 139 y ss. por ejemplo en el *passus* (*ibid.*, p. 140): «De hecho puede cuestionarse si, para empezar, la Ley Fundamental descansa sobre una “imagen del ser humano”, que pueda captarse de algún modo más detallado». En vista de la constante apertura ideológica y la neutralidad de la Ley Fundamental, hasta ahora han fracasado todos los intentos de fijar de algún modo una imagen de manera más concreta dentro de ella y, así, achacarle una determinada ideología. *Ibid.*, p. 141: «Más bien podría entonces solo aparecer una imagen del ser humano tal, que asuma como obvio a un individuo autodeterminado y libre en su desarrollo personal, de un individuo que recién se realiza como personalidad dentro de su entorno social y en relación a él[...]». Otra corriente persigue BLECKMANN, A. *Allgemeine Grundrechtslehren*,

El Tribunal Constitucional Alemán siempre ha sido representado por su legislación¹³¹ variándose las fórmulas, por ejemplo, en las decisiones acerca del derecho de patria potestad,¹³² acerca del rehusamiento al servicio militar,¹³³ o en la decisión sobre el servicio militar obligatorio,¹³⁴ en la que la noción de que se tiene obligaciones (fundamentales) se convierte en un elemento de la imagen del ciudadano de la Ley Fundamental. Y el giro lingüístico «de la personalidad con obligaciones frente a la comunidad» nos recuerda los momentos de la imagen del ser humano en los objetivos pedagógicos (escolares): los objetivos pedagó-

1979, p. 57, quien no quiere que se adecuen a la imagen histórica del legislador constitucional sino al conocimiento actual sobre el ser humano y sobre sus riesgos. En *ibid.*, p. 39 se evalúa desarrollar la imagen del ser humano de la Ley Fundamental «sobre la base de los nuevos resultados en el campo de las letras y relacionar los derechos fundamentales a esta imagen del ser humano». Tal vez la *crítica* más dura al pensamiento de la imagen del ser humano en el Tribunal Constitucional Alemán se encuentra en RIDDER, H. «Das Menschenblind des Grundgesetzes». En *Demokratie und Recht* 7 (1979), pp. 123 y ss., con pasajes tan polémicos como: «La imagen del ser humano de la Ley Fundamental no es de ninguna manera aquella de la Ley Fundamental sino una imagen hecha a partir de los pensamientos de los jueces del primer senado del Tribunal Constitucional Alemán, incluso uno celebrado por ellos y cantado por el coro que acompaña al sendero pisoteado circular de la política —uno totalmente impío—[...]» (*op. cit.*, pp. 123 y ss.). Contra el pasaje del Tribunal Constitucional (E 4, 7 (16)), «Esto resulta sobre todo a partir de una visión panorámica de los Artículos 1, 2, 12, 14, 15, 19 y 20 de la Ley Fundamental». RIDDER formula argumentos contra todo tipo de pensamientos omniabarcantes (*op. cit.*, p. 129), para formular finalmente la tesis: (*op. cit.*, p. 129): «Por ello, a través de una denominación equivocada es un Dios falso que debe aparecer además como bisexual, el hermafrodita que prevalece a partir de la “imagen del ser humano de la ley fundamental” y del “concepto de democracia de la ley fundamental”; y que sale del falso taller doble, rojo y negro del Tribunal Constitucional Alemán[...]». Por más exagerada que parezca la polémica de Heinrich Heine en torno a la doctrina del Estado alemana (HÄBERLE, P. DÖV 1977, p. 90 (92)) debe ser tomada en serio como advertencia contra toda *ideologización*.

¹³¹ Cf. E 7, 305 (323); 33, 303 (334); 45, 187 (227); 50, 166 (175).

¹³² Tribunal Constitucional Alemán 7, 305 (323).

¹³³ Tribunal Constitucional Alemán 12, 45 (51).

¹³⁴ Tribunal Constitucional Alemán 48, 127 (161) con indicación a E 38, 154 (167).

gicos y la imagen del ser humano van juntos.¹³⁵ Son concebidos a partir de la imagen del ser humano¹³⁶ y viceversa, los objetivos pedagógicos impregnán también la imagen del ser humano de la Ley Fundamental. Por cierto, si bien el Tribunal Constitucional Alemán solo ha establecido una vez una relación explícita entre los objetivos pedagógicos y la imagen del ser humano,¹³⁷ ofrece, sin embargo, el material de construcción para la elaboración científica de esta relación cultural.¹³⁸

La judicatura de la imagen del ser humano ha desarrollado consecuencias vinculantes sobre todo dentro del contexto de la legislación de los sistemas de valores, los cuales no son solo vinculantes: la judicatura de la imagen del ser humano también conduce a la *libertad*. En la sentencia

¹³⁵ Captable en el Tribunal Constitucional Alemán 24, 119 (114): «El reconocimiento de la patria potestad de los padres —y del derecho ligado con ello— encuentra su justificación en que el niño requiere de ayuda y protección para que se desarrolle una personalidad auto responsable dentro de la comunidad social, tal como ella corresponde a la imagen del ser humano de la Ley Fundamental». Cf. también E 30, 415 (424). El Tribunal Constitucional Alemán 47, 46 (72) formula una imagen directriz pedagógica para la escuela, que muestra referencias inmanentes a la «imagen del ser humano».

¹³⁶ Véase también la indicación de SCHEUNER, U. en *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, t. 12 (1977), p. 91 (Discusión), la educación no sería nada sin sus *imágenes regulativas*; las imágenes usadas en la actualidad estarían demasiado dirigidas hacia lo racional y científico y demasiado poco a la *imagen del ser humano*.

¹³⁷ Cf. El Tribunal Constitucional 7, 320 (323): el legislador «solo puede intervenir en su criterio educativo (es decir, de los padres), hasta donde su instancia de vigilancia lo justifique[...].». Esto resulta a partir de que el ser humano individual de acuerdo al ordenamiento constitucional de la Ley Fundamental, no es concebido como un ser individual soberano aislado, sino como miembro vivo y responsable de la comunidad (BVerfGE 4, 7 (15 s.)). Sigue siendo válido en la actualidad que el niño y los jóvenes deban ser educados en sus capacidades corporales, anímicas y sociales (cf. artículo 120 WRV; § 1 RJWG y las correspondientes determinaciones de las Constituciones de los Estados Federados). Pero crítica en BÖCKENFÖRDE, E. W. *Elternrecht* [...]. En *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, t. 14 (1980), p. 54 (65 nota 51).

¹³⁸ En la decisión acerca del derecho de los no casados (E 25, 167 (196)) se traslucen una imagen directriz pedagógica a partir del artículo 6 sección 1 de la Ley Fundamental; cf. también E 24, 119 (144).

de Lebach¹³⁹ también se deduce a partir de la imagen del ser humano de la Ley Fundamental la «garantía de un clima de vida libre», que no sería concebible «en la actualidad sin comunicación libre»; los objetivos de la resocialización abarcan formulaciones típicas de la imagen del ser humano, cuya relación con los objetivos pedagógicos es innegable.¹⁴⁰

Aunque la fórmula de la imagen del ser humano, por motivos *tácticos*, le sirva mayormente al Tribunal Constitucional Alemán para fundar *obligaciones* y *delimitar libertades*, es el aspecto *orientado a la libertad*¹⁴¹ el que debe pasar decididamente al primer plano: la libertad de desarrollo de la juventud como objetivo dentro del marco de los límites y las obligaciones. Este es el objetivo pedagógico que debemos alcanzar a través de la «imagen del ser humano».

- (5) La literatura de la imagen del ser humano de W. Geiger,¹⁴² un juez de larga trayectoria del Tribunal Constitucional Alemán, prueba un perfil propio a pesar de toda la cercanía a la judicatura de la imagen del ser humano del Tribunal Constitucional Alemán. Geiger esboza la imagen del ser humano de la Ley Fundamental en las siguientes palabras claves: el ser humano es el ser dotado de razón y el ser moral, el ser religioso; además, es característica la *fundamental igualdad de todos los seres humanos*, su dimensión como *animal social*, como *homo politicus* y su *imperfección*.¹⁴³

¹³⁹ Tribunal Constitucional Alemán 35, 202 (225).

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 235 y ss.; reforzado en E 45, 187 (239).

¹⁴¹ El Tribunal Constitucional ha declarado en E 22, 180 (219 y ss.) como *inconstitucional* internar a un ciudadano solo para proceder a su *mejoramiento*: «El Estado, sin embargo, no tiene la tarea de «mejorar» a sus ciudadanos y, por ello, tampoco tiene el derecho de privarles su libertad sólo para «mejorarlos», si estos no ponen en peligro su vida o la de otros en caso de permanecer en libertad». Aquí se ha trazado un claro límite en lo que respecta a la labor *pedagógica* de la Constitución con respecto a los adultos como también para el empleo de medios.

¹⁴² GEIGER, W. *Menschenrecht und Menschenbild*. FS H. J. Faller, 1984, p. 3 (8 y ss.); le sigue, sobre todo, KOPP, F. *Das Menschenbild im Recht und in der Rechtswissenschaft*. FS Obermayer, 1986, p. 53 (60 y ss.).

¹⁴³ También las ciencias naturales describen al ser humano ocasionalmente como un ser *incompleto*; es señalado como un *ser defectuoso* por GEHLEN, A. cf. *ídem*, *Der Mensch*,

Si bien esta *summa* puede verse casi como una *adición* y metodológicamente puede ser, más bien, imparcial, logra algunas cosas para el conocimiento de los problemática del ser humano dentro del Estado Constitucional, no solo de la Ley Fundamental, y está enmarcada dentro de las grandes líneas de la tradición filosófica.

- (6) La figura del *ciudadano activo* muy utilizada por la ciencia abarca *un* elemento de la imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional. Nos referimos aquí al ciudadano que participa activamente en la formación de la vida política dentro de la democracia. Desde la imagen directriz del *homo politicus* y del *ciudadano* (Bürger) (en contraposición al *bourgeois* [burgués])¹⁴⁴ hasta las doctrinas de *status* de derecho fundamental que toma al *status activus* como punto de *partida*,¹⁴⁵ se extiende el arco de una tradición que se puede captar especialmente hasta en las cuestiones dogmáticas particulares en la República Federal Alemana: piénsese solo en la sobrevaloración de la libertad de expresión y de prensa, igualmente en la libertad de manifestaciones públicas con su punto más álgido en el juicio de Brokdorf del Tribunal Constitucional Alemán (E 69, 315).¹⁴⁶ Puede ser que aquí se pueda explicar algunas *exageraciones* de la teoría del derecho fundamental, debido a que la Ley Fundamental ha descuidado, en la parte organizativa, los componentes plebiscitarios de la democracia, en lugar de vincular entre sí equitativa-

12.^a ed. 1972, pp. 20, 33, 83 y 354. La teología cristiana ha anticipado esto en la forma de la *imperfección* del ser humano.

¹⁴⁴ Acerca de esto, SMEEND, R. «Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht» (1933). Ahora en *Staatsrechtliche Abhandlungen*. 2.^a ed., 1968, pp. 309 y ss. Acerca del *homo politicus*: KOPP, F. (nota 75), p. 62, bajo la referencia a Geiger, en FS Faller, 1984, p. 3 (13).

¹⁴⁵ Acerca de esto, en vista del *status activus* processualis, HÄBERLE, P. Grundrechte im Leistungsstaat. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* 30 (1972), p. 43 (86 y ss.).

¹⁴⁶ Ante todo, la discusión en torno a la *desobediencia civil* plantea la cuestión de hasta qué punto la obediencia al derecho es una *virtud primaria* en las democracias liberales (con protección a las minorías), porque la obediencia representa el respeto del ciudadano por la libertad de sus conciudadanos y forma el correlato con respecto al monopolio estatal de poder. De la literatura: LAKER, T. *Ziviler Ungehorsam*, 1986.

mente la democracia representativa y la directa (por ejemplo, siguiendo el modelo de la democracia suiza de referéndum).¹⁴⁷ Pero se constata, que el Estado Constitucional, organizado como democracia, *apuesta* al ciudadano activo. A partir de la dignidad del ser humano del artículo 1 sección 1 de la Ley Fundamental se puede incluso deducir un «modelo de derecho fundamental a la democracia».¹⁴⁸ Claro que esto no significa que lo *privado* y sus zonas de protección indispensables no sean tomados en cuenta en su debida magnitud.¹⁴⁹ Una *politzación* y una *apertura* generales del ser humano y de su acción habrían tocado el punto central del Estado Constitucional —espantando a las contra-imágenes totalitarias del Estado—. Justamente, a partir de la posibilidad del retorno del ciudadano a su esfera privada (*privacy*), surgen a menudo fuerzas creadoras insospechadas a partir del Estado Constitucional (piénsese solo en los científicos y los artistas o en determinadas *reservas* de la vida familiar. M. a W.). Si bien a la imagen del ser humano del Estado Constitucional le corresponde el momento del *ciudadano activo*, es decir, la posibilidad para la participación política activa. Esta participación, a su vez, *también* se nutre de las fuerzas del sector privado, de la libertad individual (me da miedo hablar de ciudadanos pasivos, ya que estos tergiversarían lo que he pretendido decir).

La *vita activa* (H. Arendt) es solo una de las formas en las que aparece lo *eternamente humano*, enarbolado por el Estado Constitucional; la *vida contemplativa* constituye el otro lado. La fórmula del *ciudadano activo*, productiva hasta en las cuestiones de detalle del derecho procesal,¹⁵⁰ solo abarca *un*

¹⁴⁷ La literatura que también entre nosotros sale en defensa de un fortalecimiento de la democracia directa (por ejemplo PESTALOZZA, C. *Der Popularvorbehalt*. 1981, etc.), sigue siendo hasta la fecha numéricamente minoritaria. Tanto antes como ahora, se considera a la democracia representativa como la *verdadera* forma de la democracia, por ejemplo, BÖCKENFÖRDE, E. W., FS EICHENBERGER, 1982, pp. 301 y ss.

¹⁴⁸ Con respecto a ello, mi contribución «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft». En HdB des Staatsrechts, t. 1, 1987, p. 815 (848 y s.).

¹⁴⁹ Acerca de la protección de la privacidad: SCHMITT GLAESER, W. Beitrag in HdbStR, t. 6, i.E.

¹⁵⁰ Véase, por ejemplo, para la fundamentación de la relación de derecho administrativo, mi contribución: «Das Verwaltungsrechtsverhältnis». En *Die Verfassung des Pluralismus*, 1980, p. 248 (256 y s.)

momento de la plenitud de lo humano que el jurista, esto es, el profesor de Derecho Público capta bajo el término clave *imagen del ser humano* y conduce, con las posibilidades y los límites de su disciplina, hacia un concepto o principio constitucional.¹⁵¹ La autorresponsabilidad del ser humano debe ser tomada en serio, incluso allí donde esto cuesta gran esfuerzo: por ejemplo, en el caso de la alimentación forzada.

(7) También al *derecho privado*¹⁵² subyace una determinada imagen del ser humano¹⁵³ y, por cierto, una imagen tal que se ha ido transformado

¹⁵¹ La famosa pregunta de Kant «¿Qué es el ser humano?» debe ser respondida hoy por cada disciplina en particular, puesto que no existe ninguna «ciencia conductora» (como antes pudieron ser la teología o la filosofía). Ella puede buscar el diálogo con las otras ciencias particulares, pero apenas es capaz de integrarlas. Esto vale también y precisamente para la imagen del ser humano, de Dios, del mundo, del Estado y de la comunidad que se refleja a través de éste.

¹⁵² La imagen más bien optimista del ser humano se expresa —dentro de los muchos ordenamientos de derecho privado— en la frase común extraída de la ZGB suiza de 1911: § 3 sección 1: «Allí donde la ley ha vinculado una acción de derecho a la buena fe de una persona, hay que sospechar de su existencia».

¹⁵³ Cf. con respecto a la imagen del ser humano y de lo social del Código Civil, concisos argumentos en BOEHMER, G. *Einführung in das bürgerliche Recht*, 1954, p. 78 - 83 (p. 78: «El tipo ser humano en el que se orienta y que impregna su estilo, no es aún el individuo de la masa del siglo XX —ligado a la comunidad, socialmente condicionado y con obligaciones— sino que todavía es el *ser humano particular abstracto*, que tiene sus raíces en la época de la Ilustración y es —en la medida de lo posible— libre e igual, por un lado racional, y por otro lado egoísta; el *homo oeconomicus*, mezclado a partir del sentido del ciudadano y del comerciante»). *Idem*, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*. Primer Libro, 1950, p. 11: «Se muestra que el “espíritu” del derecho privado originado en el siglo “burgués” ha sido fuertemente influenciado por la concepción del mundo de un *liberalismo* —aunque moderado por los rasgos conservadores del derecho alemán [...]— y de una mentalidad fundamentalmente *materialista* —incluso podría decirse *mercantilista*— que dominó el siglo XIX, y casi no ha sido tocado por el ascendente mundo de ideas del *socialismo*. El tipo ser humano, que imagina esta época del derecho [...] no es ya más el ser humano comunitario del medioevo, ligado a obligaciones por la moral y la religión [...].» Véase, además, ESSER, J. y SCHMIDT, E. *Schuldrecht*. Tomo I, Parte General, 6.^a ed. 1984, p. 2 «Acerca de la versión clásica del mercado del liberalismo económico como imagen directriz para el legislador del código civil» y p. 3 «La figura de referencia [...] es el ciudadano pensado desde el punto de vista social y

notoriamente «en el curso del tiempo». El Código Civil de 1900 apostó conscientemente al ciudadano libre e igual que regula, percibe e *impone* sus asuntos, derechos e intereses *autónomamente*, por ejemplo, gracias a la libertad contractual y a la autonomía privada,¹⁵⁴ y puede proceder «como quiera» con su propiedad hasta los límites más extremos del § 903 del Código Civil Alemán. De este modo, el desarrollo que conduciría al Estado de Derecho Social¹⁵⁵ desde la república de Weimar (1919) y la Ley Fundamental (1949) a un nivel constitucional,¹⁵⁶ el surgimiento de

jurídico —como independiente, que participa, en cuanto *homo oeconomicus*, en la valoración racional de sus necesidades, de acuerdo a un plan, en el intercambio y dispone, en responsabilidad personal, tanto sobre las oportunidades de ganancia como sobre los riesgos de responsabilidad».

¹⁵⁴ Con respecto a los conceptos de libertad de contrato y de autonomía privada, cf. LARENZ, K. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. 6.^a ed. 1983, p. 1 (Hay que entender al derecho privado como la parte del ordenamiento jurídico, «que regula las relaciones de los particulares entre sí sobre la base de su igualdad ante la ley y autodeterminación (*autonomía privada*)»). STAUDINGER y DILCHER. *Kommentar zum BGB*. 12.^a ed. 1979, Rdnr. 5 y ss. y Rdnr. 8, Introducción a los §§ 104 - 185, bajo la cita de HECK, P. *Schuldrecht*. 1929, p. 6: «punto de partida para el otorgamiento de la autonomía privada es el “[re]conocimiento de que ningún legislador hoy es capaz de captar en su totalidad la multiplicidad de la vida”». PALANDT y HEINRICH, 44.^a ed. 1985, sumario antes del § 104, Nota 1 a («El derecho ciudadano parte del principio de la autonomía privada. Se deja a los particulares el configurar sus relaciones vitales dentro del marco del ordenamiento jurídico con cargo a su propia responsabilidad»).

¹⁵⁵ Con respecto a los «déficits sociales» del Código Civil, véase —por ejemplo— KÖHLER, B.H. *BGB-Allgemeine Teil*, Parte General, 18.^a ed. 1983, p. 13 («La concepción liberal extrema no ha justificado las urgentes cuestiones que plantea el tránsito a la sociedad industrial [...]», ante todo, el Código Civil no ha tocado, desde un punto de vista de principio, el problema del abuso de la libertad de contrato y de propiedad por parte de los poderes económicos y la necesidad de protección a los económicamente débiles. Se intenta volver justa la ‘cuestión social’ mediante reglamentos de protección puntual [...]». H. Köhler emplea aquí también la conocida formulación: «El código civil ha sido consagrado con una gota del óleo social»). BOEHMER, G. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 1954, p. 80 trata —en este contexto— muy intuitivamente de «mancha(s) ético-sociales».

¹⁵⁶ Véase por ejemplo, ESSER, J. y E. SCHMIDT. *Schuldrecht*. Tomo I. Parte general, 6.^a ed. 1984, por ejemplo, pp. 8 y ss. (acerca de la aplicación de la situación de hechos del derecho de obligaciones de acuerdo al Estado social), pp. 29 y ss. (La obligación social

nuevos ámbitos de derecho como los del derecho del trabajo,¹⁵⁷ el derecho social o los derechos de alquiler¹⁵⁸ y de competencia,¹⁵⁹ y también la interpretación del § 242 del Código Civil¹⁶⁰ y la mayor limitación de la libertad contractual y de propiedad (por ejemplo, en el

de la propiedad de acuerdo al artículo 14 sección 2 de la Ley Fundamental conduce «a una limitación directa de la libre voluntad [del propietario] concedida en el § 903 del Código Civil, porque el artículo 14 de la Ley Fundamental piensa justamente en la propiedad privada»); H. Brox (nota 153), Rdnr. 28 (acerca de la influencia de la Ley Fundamental sobre el código civil y, en especial, con respecto al fortalecimiento de la idea del acuerdo social sobre la base de los derechos fundamentales y del *principio del Estado Social*). LARENZ, K. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. 6.^a ed. 1983, pp. 63 y 64, con respecto a la comprensión variable de la propiedad fundamental y de la propiedad de los medios de producción y con respecto a la idea de la *obligación social* de la propiedad en la WRV y en la Ley Fundamental.

¹⁵⁷ KÖHLER, H. (nota 155), p. 19, hace alusión a la continuación del derecho ciudadano en la época de la República de Weimar, en la que la penuria económica y social obligó a hacer cambios en el ámbito del derecho del trabajo y, a consecuencia de ello, el derecho al trabajo se independizó en un ámbito autónomo de derecho.

¹⁵⁸ ESSER, J. y WEYERS, H. L. *Schuldrecht*. Tomo II - Parte especial, 6.^a ed. 1984, pp. 149 y s., 151 («Acerca de la problemática especial de los alquileres de vivienda y de locales bajo el aspecto de su significado *social* y con respecto a los principios de solución —*et al.*— a través de la multiplicación de prescripciones de protección obligatoria»), p. 169 («En la protección de desalojo de los inquilinos existe desde hace tiempo un importante punto clave del —así llamado en tiempos recientes— *derecho social de arrendamientos*»); FIKENSTSCHER, W. (nota 154), p. 444 con respecto a la protección del inquilino: «La prescripciones de protección legal son inalienables y solo pueden ser cambiadas a favor del inquilino. Esto significa una considerable limitación de la autonomía privada en el ámbito del derecho de inquilinato. Pero esta limitación está justificada por la obligación del Estado Social (artículo 20 de la Ley Fundamental)».

¹⁵⁹ KRAMER, E. En *Münchner Kommentar zum BGB*. Tomo 1, Parte General, 2.^a ed. 1984, Rdnr. 21. Advertencia preliminar al § 145 del Código Civil con respecto a los controles para el abuso del derecho de competencia de las empresas que dominan el mercado. RÜTHERS, B. (nota 153), Rdnr. 44 se concibe detalladamente con el derecho de competencia y sobre la «Ley contra las limitaciones de la competencia».

¹⁶⁰ Cf., por ejemplo, ESSER, J. y SCHMIDT, E. *Schuldrecht*. Tomo I. Parte general, 6.^a ed., 1984, pp. 29 y ss. acerca de la interpretación del § 242 del Código Civil, para legitimar las obligaciones secundarias que sirven a la protección social.

artículo 14 sección 2 de la Ley Fundamental)¹⁶¹ conducirían simple y legalmente a más que a una *corrección* meramente superficial de la imagen *liberal* del ser humano (al respecto G. Boehmer¹⁶²). La discusión en ese momento en torno a un «derecho privado social [¿o de tipo social-estatal?]» (por ejemplo, Eßer-Schmidt¹⁶³ y también F. Kübler¹⁶⁴), muestra cómo la ciencia gira aquí en torno a la comprensión del derecho privado conforme a la Constitución.¹⁶⁵ Son característicos los efectos recíprocos:

¹⁶¹ ESSER, J. y E. SCHMIDT (nota 153), pp. 29 y s. LARENZ, K. (nota 156), pp. 63 y s. BOEHMER, G. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 1954, pp. 249 y ss., explica detenidamente la obligatoriedad social del derecho privado; juzga al concepto individualista de propiedad del § 903 como anticuado (p. 250) y [lo] concibe detalladamente con la obligación social dentro del cambiante derecho al patrimonio (pp. 251 y ss.) y a la propiedad inmuebles (p. 258).

¹⁶² BOEHMER, G. *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, 1954, p. 12 («El nombre 'derecho ciudadano' tiene la amplitud necesaria para acoger una orden de vida entremezclada con las obligaciones comunitarias. Sólo dentro de esta tendencia social está hoy todavía justificado moralmente un derecho privado [...]»), pp. 12 y ss. tratan el significado ético-social del derecho ciudadano.

¹⁶³ La tarea social del derecho de obligaciones se muestra según ESSER, J. / SCHMIDT, E. *Schuldrecht*, t. I, Parte general, 6.^a ed. 1984, pp. 6 y ss. —con vista a la idea del Estado Social— como cumplimiento del mandato confiado al sistema jurídico referido a la «implantación de la justicia social y esto significa siempre y ante todo: dedicado a la protección de los más débiles» (p. 7) se ocupa con la solución de la relación tendencialmente tensa entre Estado Social y Estado de Derecho, pp. 29 y ss. explicaciones contenidas en las «correcciones de Estado Social» del Código Civil.

¹⁶⁴ KÜBLER, F. *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, 1975, p. 17, expone —aludiendo a F. Wieacker (El modelo social de los libros clásicos de derecho privado, 1953, en especial la p. 4 y pp. 10 y ss.)— que el fomento del derecho civil atribuye al Código Civil de 1900 un nuevo modelo social sin valorar su tradición; F. Wieacker, *op. cit.*, p. 18 realiza además: «Bajo la conducción del tribunal del Reich, la legislación —apenas tomada en cuenta por la opinión pública, en el último medio siglo— la ética formal de la libertad que subyace al ordenamiento del derecho privado alemán se reconvierte en una ética material; *se reconvierte* porque —con eso— ella regresa —de modo mayormente inconsciente— a los fundamentos éticos del más antiguo derecho comunitario y natural europeo».

¹⁶⁵ Cf. en general, con referencia a las *exigencias sociales* y al derecho privado, por ejemplo LARENZ, K. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 6.^a ed. 1983, p. 51: «Con respecto a los [...] principios de autonomía privada, de protección de la confianza y de

por un lado, la imagen del ser humano de la Constitución irradia lazos sociales más fuertes al derecho privado en comparación con el siglo XIX; por otro lado, lo *propio* de este ámbito del derecho impregna, a su vez, con sus métodos clásicos de interpretación y sus elementos de la imagen del ser humano, a la imagen del ser humano de la Constitución, relevante para el derecho privado; por ejemplo la autonomía privada continuaría fundamentalmente descolorida como parte (no escrita) del artículo 2 sección 1 de la Ley Fundamental, si es que no ganara color y contorno *desde abajo*, a partir de las propias estructuras del derecho privado. Si tomamos el total, se puede hablar incluso de una cierta *desigualdad temporal* y, con ello, de una diversidad de los contenidos de imagen del ser humano de los ámbitos particulares de derecho: la nueva concepción contrasta, en parte, con las masas de derecho encontradas previamente. La adaptación mutua resulta recién dentro de un proceso más largo.

- (8) *La imagen del ser humano en el derecho penal, social y del trabajo.* También tienen como base a determinada imagen del ser humano, los campos particulares tomados en consideración por el Estado Constitucional y en parte los campos del derecho *simple*, normados conjuntamente por el Estado Constitucional, como el *derecho penal*,¹⁶⁶ con su protec-

la justicia contractual compensatoria, se ha añadido algo adicional que se puede caracterizar —en un cierto sentido— como *principio social*. RÜTHERS, B. (nota 153), Rdnr. 24 (acerca de la «base liberal-individualista» del derecho privado y al principio del Estado Social: «El Estado es “el más poderoso” también en lo social» (Hermann Heller) y asume la responsabilidad de que el desarrollo social permanezca orientado hacia los ideales democráticos de libertad e igualdad»). Ver ulteriormente SÄCKER, F. J. Münchner Kommentar (nota 154), introducción Rdnr.: «El derecho de contratos de obligaciones —estrictamente individualista y concebido liberalmente— fue corregido por el fortalecimiento de la estructura obligatoria de los dos lados del contrato por medio del reconocimiento no solo de un ámbito de efectividad sino también de un ámbito de confianza del contrato, que está caracterizado por la obligación de lealtad, consideración, diligencia, protección y confianza en los contratos».

¹⁶⁶ En el núcleo de la explicación de la imagen del ser humano en del derecho penal, está la pregunta por la libertad de la voluntad y la capacidad de responsabilidad del ser humano: JESCHEK, H. H. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 3.^a ed. 1978, pp.

ción de los bienes de derecho¹⁶⁷ que nos vuelven a conducir, en último término, al derecho constitucional. Esta imagen del ser humano es de naturaleza *mixta*: la existencia del derecho penal, conforme a la Constitución, cuenta con que el individuo puede ser incurrir en delito y en tanto tal merece desconfianza; por otra parte está la suposición de inocencia. Los objetivos penitenciarios de la *resocialización*,¹⁶⁸ por

327 y ss. se las arregla detalladamente con las bases antropológicas del concepto de culpa (pp. 328 y ss.: «El principio de culpa tiene a la libertad de decisión como presuposición lógica, pues solo si —en principio— existe la capacidad de actuar de manera distinta, el agente puede ser responsabilizado por aquello en que ha incurrido en delito, en lugar de dominar los impulsos criminales». En la p. 330: «La determinabilidad del obrar descansa sobre la capacidad del ser humano de controlar los impulsos que influyen en él y de orientar su decisión de acuerdo a contenidos de sentido, valores y normas». En las pp. 330 y ss. (Acerca de la conciencia moral como fuente de la conciencia de lo legal y lo ilegal); p. 333: «El principio de culpa no presupone solo que el ser humano particular pueda decidir *libremente*, sino que pueda decidir *correctamente*»).

¹⁶⁷ Acerca de la función del derecho penal como medio de protección de los bienes jurídico, ver en la literatura de derecho penal, por ejemplo, JESCHECK, H. H. *Strafrecht*. AT, 3.^a ed. 1978, pp. 5 y ss.; OTTO, H. *Strafrecht*. AT, 2.^a ed. 1982, pp. 6 y ss., 107; SCHÖNKE y SCHRÖDER. *Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 22.^a ed. 1982, p. 109; BAUMANN, J. *Strafrecht*. AT, 9.^a ed. 1985, p. 8 y ss., p. 16. «[...] La obligación del Estado de proteger los bienes jurídicos [de la vida] es objeto, por ejemplo, de la BVerfGE 39, 1 (42), 68 (93 y s.); 46, 160, (164). Véase, además, acerca de la obligación de aclaración efectiva de los delitos penales BVerfGE 33, 367 (382) y acerca de la obligación de protección como misión de un ser comunitario de derecho de Estado BVerfGE 34, 238 (248). En E 64, 261 (270 s.), el Tribunal Constitucional Alemán ejecuta la pena privativa de la libertad de por vida para los delitos de homicidio más graves: «El legislador considera esta sanción como necesaria para satisfacer la obligación impuesta a él dentro del Estado de derecho de la Ley Fundamental, para proteger de manera efectiva la vida de cada ser humano también con los medios del derecho penal». El BVerfGE 66, 39 (61) contiene argumentos para la realización de protección del derecho objetivo por parte del Estado en relación con los derechos fundamentales dentro del ámbito de la política exterior y de la política de defensa frente a Estados extranjeros.

¹⁶⁸ El *conocimiento de la ejecución de la pena y la ley de ejecución de la pena* asumen que el ser humano vuelto delincuente es «susceptible de educación y mejoramiento». También aquí hay que ver la fundamentación de una determinada imagen del ser humano

el contrario, parten de la esperanza¹⁶⁹ de que se puede mejorar¹⁷⁰ e incluso *resocializar*¹⁷¹ a un ser humano adulto. La *criminología*, en tanto ciencia, lucha por su imagen de ser humano.¹⁷² El *derecho*

como punto de partida para las regulaciones legales de la ejecución de las sanciones penales dentro de un ordenamiento legal. Esto se expresa en el § 2 p. 1 StVollzG, en donde se dice: «[T]areas de la ejecución. En la ejecución de la pena [privativa] de la libertad, el recluso debe ser capaz de llevar —en el futuro— una vida sin [cometer] delitos dentro de la responsabilidad social» (meta de la ejecución); cf. también SCHÖCH, H. en KAISER, G., KERNER, H. J. y SCHÖCH, H. (ed.). *Strafvollzug*, 3.^a ed. 1983, p. 78 que indica que el concepto *resocialización* está puesto como caracterización de la meta de la ejecución en lugar de la temprana expresión usual *educación y mejoramiento*.

¹⁶⁹ La introducción de la problemática de la imagen del ser humano en las metas de la ejecución de la pena es recomendada por HOFFMEYER, C. *Grundrechte im Strafvollzug*, 1979, pp. 93 y ss. («artículo 1 sección 1 de la Ley Fundamental como garantía de la potencial capacidad de educación del ser humano»), pp. 125 y ss. («La imagen del ser humano de la Ley Fundamental como ideal educativo»).

¹⁷⁰ Véase también, sin embargo, la nota 141.

¹⁷¹ Cf. KAISER, G., KERNER, H. J. y SCHÖCH, H. *Strafvollzug*, 3.^a ed. 1983, p. 78: «[...] en la literatura y la legislación se ha realizado el concepto de resocialización como concisa caracterización de la meta de la ejecución en lugar de la temprana expresión usual *educación y mejoramiento*. La capacidad del ser humano para la modificación y resocialización es tomada en cuenta también por el Tribunal Constitucional Alemán en su cálculo legislativo así, por ejemplo, en la BVerfGE 35, 202 (235): «La capacidad y la voluntad para llevar una vida responsable deben ser conciliadas por el recluso, él debe aprender a afirmarse bajo las condiciones de una sociedad libre sin delitos, a percibir sus oportunidades y a asumir sus riesgos». Cf. acerca del mismo planteamiento del problema BVerfGE 36, 174 (188); 45, 187 (238 s.); 64, 261 (271, 273 ss.); 66, 337 (360); 69, 161, (170). El BGH expresa la resocialización de modo mayormente conciso e indirecto bajo la indicación o con referencia a la meta de la ejecución del § 2 p. 1 StVollzG: así, por ejemplo, en BGHSt 29, 33 (36) y 30, 320 (326); § 2 p. 1 StVollzG dice: «En la ejecución de la pena privativa de la libertad, el recluso debe ser capaz de llevar —en el futuro— una vida sin [cometer] delitos dentro de la responsabilidad social (meta de la ejecución)». En BGHSt 24, 40, (42 s.) el BGH ve la meta de la ejecución de la pena en la «*Influencia* sobre los perpetradores desocializados a través de una ejecución plena de sentido. [...]. La ejecución de la pena no debe agotarse en un cumplimiento de condena sin sentido sino que debe ser tratamiento dentro de la ejecución» (subrayados por el autor).

¹⁷² Acerca de las teorías de la criminalidad, véase SCHNEIDER, H. J. *Kriminologie*, 1987, p. 359: «Las teorías de la criminalidad influyen y transforman las representaciones

*social*¹⁷³ sería otro ejemplo de un campo que ha sido impregnado por la imagen del ser humano; lo mismo vale para el *derecho del trabajo*.¹⁷⁴

sociales de los valores y la opinión pública sobre la condena del delincuente»; p. 360: «A partir de un punto de partida pragmático, surgen los elementos indeterministas y deterministas de las teorías de la criminalidad. Ellos —dentro del marco de las causas sociales, psíquicas, y corporales de la criminalidad— no niegan la libre voluntad del criminal». Con respecto a la imagen del ser humano dentro de la criminología, cf. GÖPPINGER, H. *Kriminologie*. 4.^a ed., 1980, p. 1. Aquí la criminología es considerada como una *ciencia experimental del ser humano*.

¹⁷³ El *derecho social* perfila para su ámbito aspectos de la imagen del mundo de la Ley Fundamental en las palabras del § 1 sección 1 p. 2 Código Social, Parte General como sigue: «Él [es decir, el Código Social] debe contribuir a asegurar una existencia humana, debe crear la misma presuposición para el libre desenvolvimiento de la personalidad, especialmente también para los jóvenes, debe proteger y promover a la familia, debe posibilitar la adquisición de una subsistencia a través de un actividad libremente elegida y de especiales cargas de vida, debe también prevenir o compensar a través de la ayuda para la autoayuda». El Tribunal Social Alemán asume la concepción del Tribunal Constitucional Alemán, la Ley Fundamental «habría decidido la tensión individuo-comunidad en el sentido de la referencia y la ligazón de la persona a la comunidad, sin tocar allí su valor propio» (BSGE 6, 213 (236)). Con respecto a los límites del derecho fundamental que resultan a partir de allí, BSGE 20, 169 (178); véase también BSGE 42, 178 (182). La referencia a la imagen del ser humano muestra también la orientación del Tribunal Social Alemán en la «imagen conductora del ser humano sano» para la determinación de una enfermedad en el sentido del § 182 Orden de las garantías del Imperio; así, por ej., el BSGE 26, 240 (242); 35, 10 (12); 39, 167 (168). Véase acerca del sentido del tratamiento de los enfermos BSGE 39, 78 (81). Críticamente acerca de si esta «imagen conductora del ser humano sano» ha sido tomada de la imagen del ser humano de la Ley Fundamental: WILKE, Dieter y SCHACHEL, Jens. *Die Grundrechte in der Rechtsprechung*, VSSR Tomo 6, 1978 (Revista trimestral de derecho social), p. 272 (277).

¹⁷⁴ El *derecho del trabajo* —que se emancipa del derecho civil clásico— puede quizá ser entendido como un ámbito del derecho en el que el empleado, a pesar de la «relación de trabajo», es decir, del *status* de «dependiente», es protegido como libre e igual: incluso esta es la imagen rectora de la Ley Fundamental. En la jurisprudencia del Tribunal Federal del Trabajo no se encuentra comparación —por cierto— con el Tribunal Federal Constitucional; asimismo, con su sentencia 4, 7 (15 s.), o bien en la referencia que asume expresamente la imagen del ser humano en la Ley Fundamental. Pero existen determinados ámbitos de problemas en los que el *asunto de acuerdo* a los

- (9) La imagen del ser humano así caracterizada dentro del Estado Constitucional es —como muchos principios constitucionales— un principio de cláusula general, un *concepto que sirve de marco*: tanto en cuanto *tipo* en el Estado Constitucional como en su *ejemplo* actual de la Ley Fundamental. Este concepto tiene que ser tan general porque la democracia pluralista, en tanto tal, abre espacio para múltiples configuraciones y concreciones variables —un procedimiento en el que participan muchos, en especial, los partidos políticos (estos ya de acuerdo con sus programas¹⁷⁵), otros

elementos de la imagen del ser humano se vuelve efectivo: Así se dice en BAGE 1, 185 (195): «Por lo tanto, es inadmisible un mal uso de la posición de poder del empleador con respecto al injusto y no objetivo amordazamiento de la libertad de opinión; así, falta —en una limitación ilegal semejante o patrón de medida—, entonces —desde el punto de partida de un ser humano que piensa razonable y tranquilamente— la otra parte de un interés fundado y demasiado barato por su medida». En BAGE 5, 159 (163) se dice: «Preguntas indiscretas —por ejemplo— pueden ser inadmisibles —en cuanto irrupción en la esfera individual del empleado que hay que proteger legalmente— y, por ello, su contestación contraria a la verdad no es dolosa». En la *literatura* acerca del derecho se dejan filtrar *elementos* de la imagen del ser humano: a partir de la calificación del derecho del trabajo como *derecho de protección del trabajo* (HUECK, A. / NIPPERDEY, H. C. *Lehrbuch des Arbeitsrechts*. Tomo I, 1959, p. 25, *ídem, ibid.*, acerca de la dependencia personal y económica del empleado), a partir de la inclusión [?] de la idea de la protección del trabajo en base al *interés general* (*ibid.*, p. 26), a través del postulado de una «valoración del empleado como *personalidad*» (*ibid.*, p. 27) y a través de la reminiscencia del «antiguo problema de la demarcación entre *individualismo* y *colectivismo*», que aparece en una nueva forma dentro del moderno derecho del trabajo (*ibid.* p. 29). Acerca del postulado de la «humanización de la vida laboral» y de la «constitución del lugar de trabajo de acuerdo a los derechos humanos», por ejemplo, ZÖLLNER, W. *Arbeitsrecht*, 2.^a ed. 1979, p. 22.

¹⁷⁵ También los *programas de los partidos políticos occidentales* (cit. según KUNZ, R., MAIER, H. y STAMMEN, T. *Programme der politischen Parteien in der BR Deutschland*. Tomo I y III, 3.^a ed., 1979. Tomo suplementario, 1983) son un filón para las imágenes o para los elementos del ser humano. Esto se vuelve reconocible en parte literalmente, en parte a través de la valoración [implícita en ellos]. Cf., por ejemplo: *Consignas del partido demócrata-cristiano (CDU) en Renania y Westfalia de 1945. 2.^a versión (Kunz y otros, op. cit., p. 67)*: «El ser humano es valorado como persona autorresponsible, no como mero miembro de la comunidad». El *programa de Ahlen de 1947* (*op. cit.*, p. 69): «La economía tiene que servir al despliegue de las fuerzas creadoras del ser humano de la comunidad».

grupos, iglesias, asociaciones y la opinión pública e incluso la ciencia—. Todos ofrecen contribuciones muchas veces opuestas dentro del proceso

- *Declaración de Manheim* del CDU de 1975: (*op. cit.*, p. 111): «Nuestra política para la R. F. Alemana surge de la imagen del ser humano, que está en la base de la Ley Fundamental y de la programática demócrata-cristiana». *Programa de principio del CDU* de 1978 (*op. cit.*, p. 128): «La política del CDU descansa sobre la comprensión cristiana del ser humano y de su responsabilidad frente a Dios[...] Su [es decir, del ser humano] libertad descansa sobre una realidad que trasciende el mundo humano[...]. Configurar —en responsable libertad— su vida y el mundo, es el don [*gabe*] y la tarea [*aufgabe*] para el ser humano. Unión-social cristiana (CSU), *Programa de principio* de 1946 (citado por Kunz entre otros, *op. cit.*, p. 213): «El ser humano es la imagen de dios de más alta dignidad». *Ibíd.*: «Los pueblos son parte orgánica de la humanidad» (*op. cit.*, p. 216). *Programa de principio* del CSU de 1976 (*op. cit.*, p. 231): «El CSU ve el fundamento de su trabajo político en una imagen del imagen del humano que está impregnada por las ideas cristianas de valor. La imagen conductora del ciudadano responsable» (*op. cit.*, p. 232). «El CSU no entiende al ser humano como un ser socializado ni como un ser independiente de la comunidad humana y de la política[...]. Puesto que el CSU no descuida la naturaleza individual ni social del ser humano[...]» (*op. cit.*, p. 233): «Patrón de medida de las instituciones de formaciones el ser humano que se forma interiormente en su libertad y responsabilidad[...]» (*op. cit.*, p. 241). «Para el CSU, el antiguo ser humano es un ciudadano del Estado que ha hecho su contribución para la sociedad, continúa haciéndolo y que sigue siendo útil para la sociedad» (*op. cit.*, p. 259). «La ciudad regulada humanamente es —para el CSU— la imagen conductora de su política de ciudades y de construcción de viviendas» (*op. cit.*, p. 262). El SPD (Partido Social Demócrata) no emplea expresamente el concepto de *imagen del ser humano* pero trabaja con ella de acuerdo al asunto, por ej., Preámbulo al *programa de Godesberg* de 1959 (citado por Kunz et al. Tomo II, p. 325): «[...]. Que el ser humano se someta a los espacios de esta tierra[...], que el ser humano pueda garantizar la paz mundial[...]». El FDP (Partido Demócrata Liberal) formula en sus *Tesis de Friburgo* de 1971 (citado por Kunz et al., *op. cit.*, p. 421): «El ser humano no existe por el Estado, el derecho o la sociedad, sino por el ser humano mismo considerado como su último y más alto fin» (explicación a la tesis 1). En la explicación a la tesis 2 (*op. cit.*, p. 422) se cita incluso a Kant: «La “salida del ser humano de su autoculpable minoría de edad” (Kant) no es posible bajo tutela ideológica ni bajo conducción moral del ser humano». En la tesis 1 se dice acerca de la codeterminación (*op. cit.*, p. 443): «La tarea de la codeterminación es la humanización del mundo del trabajo para los seres humanos que trabajan». En el *programa eleccionario* de la coalición CDU/CSU de 1980 (cit. por Kunz et al., Tomo supl. 1983, p. 47): «El futuro no pertenece al colectivo de la coerción sino al ser humano

de conformación *jurídica* de imágenes del ser humano o de los *elementos* de la imagen del ser humano (también en la teoría constitucional influyen diversos principios en asuntos de imagen del ser humano). Por eso es que el (simple) ordenamiento legal en asuntos que competen a la imagen del ser humano muchas veces está *mezclado* muy heterogéneamente. Lo que cada partido en particular quizás pretende haber esbozado a partir de una *visión total* del ser humano sólo se transforma (por suerte) fragmentariamente en Derecho: en el plano del derecho simple fundamentalmente de modo completamente *provisional*. La imagen del ser humano normada por el derecho constitucional es lo suficientemente flexible como para hacer espacio a la pluralidad y a la competencia de muchas imágenes diferentes del ser humano.

He aquí algunos ejemplos: la Ley Fundamental no dicta en detalle *qué tan intensiva* deba ser la obligación de la libertad del derecho fundamental —salvo los límites *últimos* de la garantía esencial del artículo 19 sección 2 de la Ley Fundamental, a saber, la prohibición de excesos,¹⁷⁶ etc.—. Le queda espacio al proceso político, para variar y concretizar el elemento de *referencia a la comunidad* de la imagen del ser humano del Tribunal Constitucional Alemán, según los respectivos programas de cada partido político. O bien; el conflicto contemporáneo entre la economía y la ecología, dicho en términos de la *ciencia de la imagen del ser humano* y el conflicto entre el *homo oeconomicus* y el *homo oecologicus* transcurre dentro del marco de la imagen del ser humano (y, por lo tanto, de la imagen del mundo) de la Ley Fundamental. Ejemplos adicionales a favor

como imagen de Dios en libertad con orden». El *programa eleccionario del SPD* de 1960 (cit. *ibid.*, p. 84) anuncia: «El SPD es el partido de los seres humanos que trabajan». El *Programa federal de los Verdes* de 1980 (*ibid.*, p. 157) describe al ser humano en las siguientes palabras: «Los seres humanos están siempre acosados y no son libres»; ve a la crisis de la sociedad industrial caracterizada por «la creciente destrucción de los fundamentos de la vida del ser humano y, por otro lado, por la explotación del hombre por el hombre» (*op. cit.*, p. 159). Por último, el borrador de Irsee del SPD (1986): «El ser humano no está determinado por el bien ni en el mal. Porque tiene capacidad de aprendizaje y de raciocinio, es que es posible la democracia».

¹⁷⁶ Acerca de este tema: HÄBERLE, P. «Wesensgehaltgarantie» (nota 167).

de que los aspectos de la imagen del ser humano de la Ley Fundamental dejan mucho espacio de juego, pero *requieren* también de una concreción dentro del establecimiento y la búsqueda de derecho son aspectos tales como el *homo politicus* o el *ciudadano maduro*. Por una parte, puede ser exigido con más fuerza por las constituciones particulares y por los legisladores individuales, por ejemplo, en la democracia de referéndum de Suiza, o bien con menos fuerza, como en la democracia representativa de la Ley Fundamental alemana. Finalmente el conflicto en torno a los objetivos pedagógicos (líneas directrices marco del Estado federado de Hesse de los años 70¹⁷⁷) es el campo de problemas para diferentes imágenes del ser humano, además, en la línea del límite entre el derecho y la pedagogía.

La frase de R. Dahrendorf: «La educación es el derecho del ciudadano», formula a su vez de modo conciso una imagen del ser humano, desde la perspectiva del derecho la *creencia* optimista en la ciencia y en la educación como *ilustración* y en la fuerza humanizadora de su cultura es, ciertamente, un elemento de la imagen del ser humano esencial al Estado Constitucional. La lucha en torno a la mayoría parlamentaria con la cual el derecho simple puede ser *reformado* o *contrarreformado* es, vista así, una lucha por la competencia de *cumplir con llenar* legalmente la imagen *relativamente abierta* en lo que se refiere al ser humano de la ley fundamental.¹⁷⁷

La imagen del ser humano de la Ley Fundamental vive, por tal motivo, de la competencia en asuntos de imagen del ser humano. Dicho de otro modo, en el ordenamiento legal cambiante, se han asumido en el curso del

¹⁷⁷ A partir de la *imagen abierta del ser humano* de la Ley Fundamental —artículo 1 sección 1 de la Ley Fundamental— habla HÖFLING, W. *Offene Grundrechtsinterpretation*. 1987, pp. 116 y ss.. Él concretiza el objeto formal de Dürig con respecto a la afirmación (pp. 117 y ss.): «El ser humano no puede ser convertido en un mero objeto, tiene —más bien— el derecho a estar-en-contra [*gegen-stand*] frente a la impregnación de la imagen del ser humano determinada desde lo externo, frente al condicionamiento funcionalista, frente a la determinación *esencial* uniformizadora que se muestra simultáneamente a la interdependencia de la comprensión de la libertad formal y la del derecho fundamental —por un lado— así como la de la imagen del ser humano por el otro».

tiempo y de las generaciones, los elementos de la imagen del ser humano de orígenes muy diversos y tipos de forma (parcial) y le han otorgado sentido, lo que, marca al ser humano en su autocomprensión. La pluralidad de imágenes del ser humano se refleja en el *orden legal pluralista* y justo por eso es posible el consenso y la coexistencia en la sociedad abierta con sus *múltiples* imágenes del ser humano (y del mundo). La imagen del ser humano sigue siendo *mixta*.

Aquí se pueden reconocer las *simultaneidades*: Vivimos simultáneamente con diferentes imágenes del ser humano o segmentos productos de procesos jurídicos, es (por ejemplo, dentro del derecho como profesor, como ciudadano políticamente comprometido o como miembro de una asociación y dentro de una *sociedad Mozart*), como *homo religiosus*. Esta simultaneidad transmite *libertad*; pero también vivimos dentro de *asimultaneidades*: en la medida en que nos encontramos dentro un orden legal que (también) subyace al *nivel* de la Constitución y que puntualmente ha sido y es constituido por imágenes totalmente distintas.

La imagen del ser humano del Estado Constitucional es, por su parte incluso, en el nivel *constitucional* un *concentrado*, un *conglomerado* bastante heterogéneo de elementos propios de las imágenes del ser humano de aquellos que participaron en la constituyente, realizada *por acuerdo*.¹⁷⁸ De ese modo, se encuentran en la Ley Fundamental, las huellas de una imagen cristiana del ser humano y del mundo,¹⁷⁹ pero también las de otras *concepciones del mundo* (por ejemplo en el artículo 15 de la Ley Fundamental de socialización). En ese sentido es más correcto no hablar, incluso en el ámbito *constitucional*, de la imagen del ser humano sino de *los elementos* de la imagen del ser humano, es decir, hablar en plural; también aquí la imagen del ser humano es mixta.

¹⁷⁸ Con respecto a esta comprensión de la legislación constitucional, mi contribución, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*, AÖR 112 (1987), pp. 54 y ss.

¹⁷⁹ Cf. el preámbulo de la Ley Fundamental y algunos objetivos pedagógicos en las Constituciones de los Estados federados. Véase también el artículo 1 sección 1 de la Constitución de Baden-Württemberg (1953).

Dentro del Estado Constitucional no se da ninguna imagen *abarcante* del ser humano a nivel legalmente vinculante. El derecho constitucional solo norma aspectos *aislados* de la imagen del ser humano, trabaja de manera puntual, incluso fragmentaria, toca afirmaciones *parciales*, no proyectos totales. Una imagen cerrada del ser humano, el proyecto del ser humano en su totalidad, pervertiría al Estado Constitucional, convirtiéndolo en un Estado totalitario, contradiciendo tanto la idea de la libertad y la de apertura de la Ley Fundamental, así como la idea de que el derecho dentro del Estado Constitucional siempre es solo un orden *limitado*. Justamente, las imágenes son *susceptibles de ideologización*.¹⁸⁰ Tampoco la imagen del ser humano de la Ley Fundamental adquirida a partir de la visión conjunta de muchas normas constitucionales debe convertirse en una puerta falsa para permitir la entrada a visiones unilaterales del mundo y del ser humano. El orden democrático liberal del Estado Constitucional es un rechazo normativo de todos los tipos de imágenes omniaabarcantes prescritas del ser humano y el abandono del Estado como concepción del mundo.¹⁸¹

Sin embargo, la *pluralidad* que ha tomado forma en el ordenamiento jurídico e incluso la *heterogeneidad* de los elementos de la imagen del ser humano no pueden cerrar los ojos al hecho de que existen órdenes *complementarios* de moralidad, ética, usos y costumbres que siguen siendo indispensables para mantener un orden de derecho liberal, así estos

¹⁸⁰ Acerca de este tema, HOLLERBACH, A. «*Ideologie und Verfassung*». En MAIHO-FER, W. (ed.). *Ideologie und Recht*. 1969, p. 37 (42, 58). Justamente, la legislación debe plantearse siempre la pregunta de si se mantiene suficientemente libre de las ideologizaciones. Un temprano estudio crítico de la judicatura de la corte suprema lo ofrece —sobre el trasfondo de la pregunta por la imagen del ser humano— WEISCHEDEL, W. *Recht und Ethik, Zur Anwendung ethischer Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundergerichtshofs*. 1955. Acerca de Weischedel, también BARUZZI, A. *Europäisches Menschenbild und das Grundgesetz für die BR Deutschland*. 1979, pp. 86 y ss.

¹⁸¹ Cf. también SCHLAICH, K. *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, 1972, p. 263: «El Estado no existe *in politicis* en asuntos de política sin una idea del ser humano y del ciudadano, sin embargo, él no tiene la plenitud de una imagen del ser humano lograda a partir de una visión de valores».

no puedan ser impuestos legalmente. Por su parte, estos órdenes están impregnados por una pluralidad de elementos de la imagen del ser humano que dan *orientación* al ser humano: en parte en analogía a los elementos de la imagen del ser humano y, ocasionalmente, también compitiendo o, incluso, en contra del derecho: piénsese en cuestiones de aborto o vientres de alquiler. La imagen que el ser humano se hace de sí mismo sólo está incluida de manera limitada en el ordenamiento de derecho vigente y esto es bueno así: Las posibilidades y la realidad del ser humano son demasiado ricas, incluso dentro del Estado Constitucional y, precisamente dentro de él, como para que pudiesen o debiesen ser definidas por los juristas.

2.3. *Libertad religiosa, científica y artística como garantías de apertura y pluralidad de la tríada de imágenes dentro del Estado Constitucional*

Los derechos fundamentales particulares, sobre todo los *espirituales*, como la libertad de opinión y de prensa, son, por un lado, una parte de la configuración de los principios fundamentales a los que se hace referencia en la *dignidad humana* (artículo 1 sección 1 de la Ley Fundamental)¹⁸² con respecto a la *imagen del ser humano* del Estado Constitucional; pero estos derechos aún tienen otro *aspecto* y otra función; en tanto derechos de *libertad*, garantizan, en contra del Estado y los grupos, la libertad *individual en asuntos* de imagen del ser humano, de imagen del Estado, imagen del mundo e imagen de Dios. Crean espacios de configuración para imágenes del ser humano, del mundo y de Dios discrepantes, *alternativas* para el bien de la dignidad humana. La práctica del derecho fundamental entendido también

¹⁸² Con respecto a la referencia a la dignidad humana de las libertades individuales: HÄBERLE, P. Die Menschenwürde (nota 25), pp. 820 y ss., 843 y ss. Tocante a este tema: Tribunal Constitucional 30, 173 (195): «La imagen del ser humano que está en la base del artículo 1 de la Ley Fundamental, está tan impregnada por la garantía de libertad en el artículo 5 sección 3 parte 1 de la Ley Fundamental, tal como esta —a la inversa— está influenciada por la idea de valor del artículo 1 sección 1 de la Ley Fundamental».

como *orientado a resultados concretos*,¹⁸³ hace posible el surgimiento de *nuevas imágenes* de nuestra tríada que le sirvan al ser humano de una ayuda orientadora. A partir de su «ámbito de protección» material, por lo menos tres grandes derechos fundamentales tienen, dentro del Estado Constitucional, una relación específica con respecto a nuestra tríada de imágenes antropológico-cultural «Dios, ser humano y mundo»: la libertad de culto o la libertad de concepción del mundo¹⁸⁴ del artículo 4 secciones 1 y 2 de la Ley Fundamental y la libertad de arte y ciencia, de acuerdo al artículo 5 sección 3 de la Ley Fundamental. En las religiones, las ciencias y las artes las cuestiones concernientes a las imágenes son *negociadas*. El ser humano en el Estado Constitucional trabaja en el campo de estos tres derechos fundamentales en sus tres imágenes y en sus variantes. Con esto subsisten relaciones inestables de competencia y complementariedad entre religión, ciencia y arte.¹⁸⁵ La posición del ser humano dentro del mundo y *ante* Dios, sin Dios o *en contra* de Dios, la autocomprensión del ser humano frente al Estado y al pueblo, todo esto está temáticamente cubierto en la Ley Fundamental por sus artículos 4 y 5.

Esto se esboza más detalladamente con el ejemplo del artículo 4. El Tribunal Constitucional Alemán (E 30, 415 (423)) ve asegurado en el artículo 4 secciones 1 y 2 de la Ley Fundamental un «espacio libre de la influencia estatal, dentro del que cada uno puede darse la forma de vida que corresponda a su convicción religiosa y a su concepción del mundo»

¹⁸³ Con respecto a este tema, HÄBERLE, P. *Wesensgehaltgarantie*. Nota 167, pp. 401 y ss., 405 y ss.

¹⁸⁴ El *Philosophische Wörterbuch*, editado por W. Brugger, 16.^a ed. 1981, anota acerca de la *concepción del mundo* (bajo el nombre de Vries): «La concepción total de la esencia y el origen, el valor y la meta del mundo y de la vida del ser humano. Concepción del mundo quiere decir —esencialmente— más que “imagen del mundo”; bajo imagen del mundo se entiende el resumen de resultados de las ciencias de la naturaleza con respecto a la visión científica total; ésta sigue siendo puramente teórica y no plantea las preguntas últimas, metafísicas, por el ser y el sentido del mundo como un todo».

¹⁸⁵ Cf. la cita de Goethe: «Quien posee la ciencia y el arte, tiene también religión; quien no tiene aquellos dos, que tenga religión».

(Tribunal Constitucional Alemán 12, 1 (3)). Ha desarrollado el mandato obligatorio de la neutralidad religiosa y de concepción del mundo para el Estado (por ejemplo, E 24, 236 (246) y E 33, 23 (28))¹⁸⁶ y habla, a la vista del artículo 4 sección 1 de la Ley Fundamental, del derecho a la libertad encarnado en este, de no ser afectado por las coerciones del Estado y permanecer inmune en cuestiones relativas a asuntos de religión y de concepción del mundo.¹⁸⁷ En el fallo sobre la plegaria escolar (E 52, 233 (237)) se dice que la escuela «también debería estar abierta para otros valores y contenidos religiosos y de concepción del mundo [es decir, distintos al cristiano]». Además, K. Hesse a la vista de la libertad de *conciencia* del artículo 4 sección 1 de la Ley Fundamental, habla del «rechazo que también reside allí a una interpretación determinante de lo verdadero y de lo correcto planteada como modelo por el Estado».¹⁸⁸ Con esto estamos ya en las libertades de *ciencia y arte* (artículo 5 sección 3 de la Ley Fundamental). La enseñanza e investigación científicas «no deben estar ligadas en sus métodos y en sus resultados por objetivos trascendentes a la ciencia o por concepciones universales de una concepción del mundo».¹⁸⁹ Lo mismo corresponde para la libertad en el arte¹⁹⁰ o para el concepto de arte *amplio y abierto* del Tribunal Constitucional Alemán.¹⁹¹

¿Qué significa todo esto para nuestra problemática de las imágenes? Nada más ni nada menos que lo siguiente: dentro del Estado Constitucional reside la *libertad individual* para (y de) *todas* las imágenes de los seres humanos, del mundo y de Dios, dentro del marco de los *límites* del derecho constitucional de estos tres

¹⁸⁶ Y, por cierto, a partir del artículo 4 secciones 1, 3 y 33 de la Ley Fundamental, así como a partir del artículo 136 secciones 1, 4 y 137. 1 WRV i. V. m. artículo 140 de la Ley Fundamental (cf. E 19, 206 (216)).

¹⁸⁷ E 35, 356 (376), incluso con un detallado argumento de protección a las minorías: ninguna «negociación bajo la cruz».

¹⁸⁸ HESSE, K. Grundzüge des Verfassungsrechts der BR Deutschland. 20.^a ed. 1995, p. 150.

¹⁸⁹ *Ibid.* p. 156. Cf. también BVerfGE 5, 85 (145); 35, 79 (112 y ss.); 47, 327 (367 y ss.).

¹⁹⁰ Con respecto a esto, en general, HÄBERLE, P. *Die Freiheit der Kunst im Verfassungstaat*. AÖR 110 (1985), pp. 577 y ss.

¹⁹¹ Cf. E 30, 173 (188 y ss.); 67, 213 (224 y ss.).

derechos fundamentales. El punto específico, el *substrato* de estos tres derechos fundamentales que alcanzan al núcleo del Estado Constitucional y a su imagen del ser humano que configura las libertades culturales reside, justamente, en nuestra tríada abierta de imágenes «Dios-mundo-ser humano». ¹⁹² A partir de que se asuman estos derechos fundamentales como libertades culturales, el individuo puede desarrollar sus valores de orientación referidos a dios, al mundo y al ser humano, puede modificar y revisar los valores *predominantes* y hacer pacíficamente propaganda a todo esto dentro de la sociedad abierta. Los ámbitos vitales de la religión o de las concepciones del mundo, de la ciencia y del arte, están protegidos de manera óptima dentro del Estado Constitucional desde el punto de vista del derecho fundamental; son el *tema* y el campo de acción en el que nuestra tríada de imágenes Dios, mundo y ser humano, *negocia* abiertamente y continúa su desarrollo dentro del marco de la *tolerancia*, como principio constitucional. Dicho de otra manera: los tres derechos fundamentales son expresión y respuesta legal a la *pluralidad* de imágenes del ser humano, del mundo y de Dios dentro del Estado Constitucional, una pluralidad que en el caso de la imagen de Dios, llega hasta la negación (hasta el ateísmo); también ella está protegida por el artículo 4 sección 1 y 2 de la Ley Fundamental. ¹⁹³ El Estado Constitucional y la democracia occidental, incluso, viven de las libertades culturales «en lo que respecta asuntos de la tríada de imágenes».

¹⁹² Cf. BVerfGE 32, 98 (107): (en el deslinde del artículo 4 y del artículo 5 sección 1 de la Ley Fundamental): «Frente a ello, la libertad de creencia tiene una certeza asociada con la persona del ser humano sobre la existencia y el contenido de determinadas verdades con respecto al objeto». MANGOLDT, KLEIN y STARCK. *GG*. 3.^a ed. 1985, artículo 4 secciones 1 y 2, incluso el 3 dice —en relación a la existencia del derecho fundamental de las libertades mencionadas en el artículo 4 secciones 1 y 2— que él «presupone un sistema de pensamiento metafísicamente abarcante o referido al mundo como un todo[...]».

¹⁹³ Cf. BVerfGE 12, 1 (3): «concepción del mundo irreligiosa, enemiga de la religión o libre de religión».

2.4. *Consecuencias para la imagen del ser humano dentro del derecho constitucional de la economía*

Echemos una mirada a las ciencias económicas: éstas, desde hace mucho, tiempo trabajan con la imagen (¿o la ficción?) del *homo oeconomicus*, esto es, con el ser humano que toma sus decisiones económicas de manera racional y se rige por el beneficio personal.¹⁹⁴ La cuestión es cómo el «derecho constitucional en asuntos de economía»¹⁹⁵ ve al ser humano, cómo esta imagen del ser humano se refleja ya en los textos constitucionales y en su interpretación y dado el caso, si la doctrina constitucional debería proyectar, a partir de estos textos positivos, aspectos discrepantes de una imagen de ser humano para el futuro: como patrón de medida para la política constitucional en asuntos de economía. La *multidimensionalidad* o la *poliestratificación* del ser humano, la idea de un «tanto estro como lo otro» de la libertad individual y el lazo a la comunidad, del beneficio personal y la unión comunitaria, de la racionalidad y la emotividad; también tienen que ser tomadas en cuenta aquí.

¹⁹⁴ Con respecto al modelo del *homo oeconomicus* y con respecto al principio racional, véase HEINRICHSMAYER, GANS y EVERS. *Einführung in die Volkswirtschaftslehre*. 6.^a ed. 1985, pp. 38, 166; MEINHOLD, W. *Grundzüge der allgemeinen Volkswirtschaftslehre*. 1972, pp. 31 y ss.; JAECK, J. J. (ed.). *Volkswirtschaftslehre*. 1984, p. 211; GUGGENBERGER, B. «Von Sinn menschlichen Handelns jenseits der Ökonomie». En *Grundprobleme der politischen Ökonomie*. Editado por M. Hereth, 1977, pp. 159 y ss.; SCHMÖLDERS, G. «Das Bild vom Menschen in der Wirtschaftstheorie». En *Neue Antropologie*. Tomo 3 «Sozialanthropologie». Editado por H.G. Gadamer y P. Vogel, 1972, pp. 134 y ss. En general, acerca de la imagen del ser humano: SCHACK, H. «Das Menschenbild in der Geschichte der Volkswirtschaftslehre». F. Bülow, editado por O. Stammer y Tahlheim, 1960, pp. 301 y ss. KIRSCH, W. *Einführung in die Theorie der Entscheidungsprozesse*. Tomo 1, 2.^a ed., 1977, p. 27, concluye que el modelo del *homo oeconomicus* expone el prototipo de un modelo cerrado de decisión individual: «El intento de precisar este principio racional (puesto en una imagen sensible a través del *homo oeconomicus* - añadido del autor) y de hacerlo aplicable a la información incompleta para las situaciones predominantes en la vida económica, son consideradas como el origen de la moderna teoría de la decisión». Con respecto a los conceptos racionales dentro de la teoría de la decisión, véase *ídem, op. cit.*, pp. 62 y ss.

¹⁹⁵ Con respecto a esto, mi ensayo de sistematización: *Wirtschaft als Thema nuerer verfassungsstaatlicher Verfassungen*. JURA 1987, pp. 577 y ss.

Antes que nada con respecto a la palabra clave «referencia a la comunidad y lazos con la comunidad por parte de la persona».¹⁹⁶ Con esto, a pesar de toda la libertad (económica) del individuo (en concreto, ante todo, la del empresario)¹⁹⁷ pueden legitimarse vínculos y obligaciones sociales. Por más general que sea este aspecto, no se deja clasificar inmediatamente dentro del clásico dualismo *optimista* o *pesimista*, esto es, *menos bueno* o *bueno*. Dicho de otra manera: tanto la imagen del ser humano más bien pesimista, como la imagen optimista pueden unirse abstractamente a la referencia a la comunidad y su relación con la persona. Solo deberían ser diferentes las *consecuencias*, ante todo, en la cuestión de la intensificación gradual del lazo.

Para el derecho constitucional de la economía, son necesarias más apreciaciones teniendo en la mira el modelo del *homo oeconomicus*: ¿La imagen del ser humano del Estado Constitucional en el ámbito de la economía está caracterizada por los criterios de «beneficio personal o maximización de la ganancia, en lugar del beneficio común y renuncia personal», lo «racional en lugar de lo irracional»?

¹⁹⁶ Acerca de la *referencia y de la ligazón a la comunidad* del ser humano, véase RADBRUCH, G. «Der Mensch im Recht». En el volumen mixto del mismo nombre, 3.^a ed. 1969, pp. 16 y ss.; *ídem*, «Sozialismus und Recht». En *Kulturtheorie des Sozialismus*. 4.^a ed. 1970, pp. 57 y ss.; NELL-BREUNING, O. (nota 110), pp. 15 y ss., 26 y ss., 33 y 171; STERN, K. (nota 96), pp. 727 y ss.; BVerfGE 12, 45 (51); 28, 175 (189); 33, 1 (10 ss.): la imagen del ser humano de la Ley Fundamental «no es la del individuo autosuficiente sino la de la personalidad que existe en la comunidad y está comprometida con ella de múltiples maneras»; véase, además, BVerfGE 4, 7 (15); 8, 274 (329); 27, 1 (7); 27, 344 (351 y ss.); 33, 303 (334); 45, 187 (227); 50, 290 (353); 56, 37 (49); 65, 1 (44); HÄBERLE, P. *Wesensgehaltsgarantie* (nota 167), pp. 206 y ss.

¹⁹⁷ Acerca de la *ligazón social*, de las *obligaciones* del empresario, véase SALADIN, P. *Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft*. VVDStRL 35 (1977), pp. 15 y ss.: «El status de la empresa y del empresario de acuerdo con la Constitución». P. Saladin introduce también aquí una crítica al concepto de la responsabilidad social del empresario contraria a una «óptica extrema de economía de mercado»; cf. en el mismo informe, pp. 22 y ss. (El principio del Estado Social como fundamento para un planteamiento de las obligaciones de la empresa), pp. 26 y ss., 33 y ss., y 40 y ss., (El poder empresario en tanto poder *responsable*), 47 y ss.; véase además la comunicación de H. J. Papier, VVDStRL 35 (1977), pp. 55 y ss., 66 y ss. (La empresa como unidad social).

Si bien es cierto que el Estado Constitucional presupone que se proceda de acuerdo con el beneficio personal en la forma de sus libertades económicas. Este rasgo característico del ser humano es *realista*. No merece el predicado de negativo o pesimista. Pues un ordenamiento *descentralizado, plural y abierto* de la economía; una Constitución que reconoce las libertades económicas, justamente está estableciendo el beneficio personal como uno de sus fines *más altos*: este orden promete una mayor producción *social total* a partir de las decisiones económicas *particulares* de millones de ciudadanos. El principio fundamental de la competencia, en tanto *proceso de selección* de reglas que han mostrado ser útiles para lograr determinados objetivos (F. A von Hayek)¹⁹⁸ con sus éxitos en la búsqueda de productos y procedimientos de producción que aumentan el bienestar apuesta al comportamiento *egoísta* de los participantes en el mercado y, gracias a la *mano invisible* (A. Smith),¹⁹⁹ logra una gran *rentabilidad*, y está demás decirlo, una gran eficiencia.²⁰⁰ Pero la imagen más bien pesimista del ser humano logra

¹⁹⁸ VON HAYEK, F. A. *Die Verfassung der Freiheit*. 2.^a ed. 1983, p. 46; *ídem*. *Recht, Gesetzgebund und Freiheit*. Tomo 3, «Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen», 1981, pp. 100 y ss. (Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren).

¹⁹⁹ A. Smith emplea este concepto en su obra «La riqueza de las naciones —una investigación de su naturaleza y de sus causas— [...] pero de esta manera se fomenta indirectamente también la productividad de la economía política de la mejor manera posible. Cada cual cree tener a la vista solo su propio interés pero, en realidad, el bienestar general de la economía política experimenta también —de ese modo indirecto— la mejor promoción. El particular es aquí llevado “por una mano invisible” a seguir un fin del cual él mismo no es consciente de ninguna manera. Tampoco es lo peor para la economía política que él no sea consciente de este fin. Efectivamente, él persigue su propio interés y, así, promueve con ello de manera indirecta el bienestar general mucho más duradero, como si la persecución del interés general hubiese sido su fin inmediato. Nunca he visto muchas cosas buenas de aquellas personas que presuntamente activaron para la mejoría general». Citado según SCHNEIDER, E. *Einführung in die Wirtschaftstheorie*. 1.^a tomo, 3.^a ed. 1970, p. 92; véase también JAECK, H. J. (nota 194), pp. 59 y ss., RECKTENWALD, H. C. En *Einführung in A. Smith, Der Wohlstand der Nationen*. 1974, p. XLII, y HEINRICHSMAYER, GANS y EVERS (nota 194), pp. 24 y ss.

²⁰⁰ Acerca del *comportamiento económico* del ser humano, véase también BUCHANAN, J. M. *Die Grenzen der Freiheit*. 1984: aquí, el autor desarrolla «un esbozo teórico de cómo es

imponerse en aquellos sitios donde la libertad y la apertura de los mercados tienen que ser garantizados por las normas de la competencia (normas contra el abuso del poder del mercado, prohibición de cárteles, etc.). Los Estados Constitucionales actúan sobre la base de este criterio en tanto sus constituciones proveén las competencias correspondientes (cf. artículo 74 numeral 16 de la Ley Fundamental: «Ley de prevención del abuso de la posición de poder económico»); en el fondo, jaquí y ahora se está expresando la imagen clásica del ser humano de Montesquieu dirigida contra la amenaza del abuso de poder! en el ámbito especial de la economía.

Puntualmente dentro de la libertad económica clásica se está expresando un elemento de carácter de beneficio personal en lo que respecta la comprensión de la garantía de la propiedad del artículo 14 de la Ley Fundamental por parte del Tribunal Constitucional: así, se considera como positiva la fórmula del *mérito propio* como un motivo especial de protección para la posición de propietarios²⁰¹ o en la figura dogmática de la utilidad privada de la propiedad.²⁰² La *obligación social* de la propiedad de los particulares, según el artículo 14 sección 2 de la Ley Fundamental, norma el principio limitador contrario en todas las facetas de una *solidaridad ciudadana* con los económicamente débiles (los inquilinos o los asalariados); siendo de competencia del Estado Constitucional el insistir en dicha solidaridad:²⁰³ porque

que puede surgir —entre los individuos que maximizan racionalmente la utilidad— un orden social convenido contractualmente» (p. 106). Véase especialmente pp. 30 y ss., 50 y ss., 80 y ss., y 86 y ss.

²⁰¹ Por ejemplo, BVerfGE 50, 290 (349) m. w. Epílogo.

²⁰² Por ejemplo, BVerfGE 52, 1 (30); 53, 257 (290); 58, 300 (345); 69, 272 (300). Con referencia a la utilidad privada de la propiedad, habría aún que remitirse a mi conferencia de Basilea: *Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff*, AÖR 109 (1984), pp. 36-76, especialmente la p. 47. Acerca de la garantía de la utilidad privada de la propiedad a través de la autonomía privada, véase PAPIER, H.(nota 197), pp. 82 y ss.

²⁰³ Especialmente plástico acerca de esto en vista del artículo 12 del empleado como no propietario es el juicio de codeterminación del BVerfGE 50, 290 (341, 349). Cf. acerca de la *referencia social* y acerca de la *función social* de la propiedad HÄBERLE, P. *Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff* (nota 202), pp. 47 y s., 67 (El lado personal de la propiedad es correlativamente balanceado por la *función social*), 69, 76. Por último, BVerfGE 68, 361 (368); 70, 191 (202, 212 y s.).

se trata de la protección de la dignidad humana. El ser humano no puede ser degradado a un mero factor económico. Los *factores económicos*, muy citados, deben incluirse específicamente en la vida económica. El mundo del trabajo y el mundo de la economía debe ser o debe volverse humanamente digno. Lo mismo vale para el medio ambiente para el que a largo plazo conviene proteger incluso desde el punto de vista del interés económico.

La doctrina constitucional hace bien en no considerar al ser humano en su totalidad, ni al *homo oeconomicus* en particular como siendo *solo* ser *racional*, que actúa *razonablemente*. El ser humano, cuya dignidad es la base del Estado Constitucional es ciertamente el ser *racional* de la Ilustración en el sentido de Kant;²⁰⁴ pero esto no excluye verlo *también*, a la luz de experiencias históricas, como ser *irracional-emocional*. El Estado Constitucional se ensarta en este *nivel*²⁰⁵ del ser humano: por ejemplo, allí donde usa *fuentes de consenso emocional* (por ejemplo, en forma de banderas, himnos, otros valores culturales ricos en simbología y días feriados),²⁰⁶ para considerar como Estado cultural a este otro lado del ser humano comunitario. ¿Acaso el Estado Constitucional, interpretado cultural y científicamente, no se nutre en última instancia de la

²⁰⁴ En el modo *clásico*, la convicción de Kant de que el dominio de la razón encuentra su expresión en la cita: «Ahora cada ser humano encuentra en su razón la idea con respecto a la obligación y tiembla al escuchar su broncinea voz, si en él se originan tendencias que lo llevan a la desobediencia contra ella. Está convencido de que, aunque las últimas se reúnan en su totalidad, se conjuran contra aquellos a quienes la majestad de la ley —que le prescribe su propia razón— ella debería, no obstante, prevalecer sobre todo sin dificultad y su voluntad sería también poderosa con respecto a él». Obras en seis tomos, Editada por W. Weischedel, tomo III, 1964, p. 392.

²⁰⁵ El ser humano abarca —según la doctrina de la construcción del mundo real desarrollada por N. Hartmann— los *cuatro niveles del ser*: el mundo de lo inorgánico (la materia) y de lo orgánico (la vida vegetativa), el mundo de lo psíquico (de lo animal, de la conciencia sensible) así como la vida espiritual (conciencia espiritual); no está orientado racionalmente en un solo nivel. Cf. a esto A. Kaufmann, en KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (eds.). *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. 3.^a ed. 1981; ZIPPELIUS, R. *Das Wesen des Rechts*. 4.^a ed., 1978, p. 57.

²⁰⁶ Con respecto a esto, mi contribución: *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 1987.

libertad artística y de sus *resultados*,²⁰⁷ por lo tanto, también extrae aquí la consecuencia antropológica, a partir de lo irracional-emocional. La imagen del *homo sapiens*, del ser humano gobernado por la razón, está en el centro de la Ilustración; es *un aspecto* de la imagen del mundo dentro del Estado Constitucional, en la medida en que la Ilustración ha dado lugar al Estado Constitucional; pero, junto a la *ratio*, la *emotio* no es de menor importancia para la constitución del orden jurídico y ha sido tomada en cuenta por este.

Para el Estado Constitucional el ser humano no es solo *homo oeconomicus*, sino también *homo ludens*, *homo faber*, etc. Hay que advertir especialmente del peligro de las unilateralizaciones de un *economicismo* en la medida en que *hace una lectura* del ser humano restringida a sus intereses económicos particulares.

La idea de que el ser humano no solo *administra* racionalmente está ganando terreno incluso en las mismas ciencias económicas. La doctrina constitucional debería integrar este conocimiento²⁰⁸ dentro de su campo.^{209, 210}

²⁰⁷ Con respecto a esto: HÄBERLE, P. *Die Freiheit der Kunst im Verfassungstaat*. AöR 110 (1985), pp. 577 y ss.

²⁰⁸ Discusiones críticas con el principio racional de la teoría económica, las encontramos en SCHMÖLDERS, G. (nota 194), pp. 134 y ss., quien —de modo orientador— ha dotado a su tratado con el subtítulo «Von dem Modell des homo oeconomicus zur empirischen Verhaltensforschung». GUGGENBERGER, B. (nota 194) pp. 159 y ss.; SCHÜNEMANN, W.P. «Der homo oeconomicus im Rechtsleben-Bermeckungen zu juridistischen Bedeutungen des Rationalprinzips». En AESP 1986, pp. 504 y s., así como ejemplos extraídos de la literatura de manuales MEINHOLD, W. (nota 194), p. 32; Heinrichsmeyer, Gans y Evers, plantean, en su *Einführung in die Volkswirtschaftslehre*. 6.^a ed. 1985, pp. 164 y ss., principios de pensamiento psicológico referidos a la explicación del comportamiento decisivo del ser humano como polo opuesto al principio de racionalidad (ver *ibid.*, pp. 166 y s.). Véase, además, VON HAYEK, F. A. «Die Verfassung der Freiheit» (nota 198), *ídem*, en *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, tomo 1, Reglas y Orden, 1980, pp. 50 y ss.: «¿Por qué las formas extremas del racionalismo constructivista conducen regularmente a una revuelta contra la razón?». También KIRSH, W. (nota 194), pp. 64 y ss. se las ve con los límites de la racionalidad.

²⁰⁹ A la vista de la concepción del ser humano o del Estado de H. Heller en su doctrina del Estado de 1934: Ya NIEMEYER, G. *ibid.*, p. XI: «Tanto el *homo oeconomicus* como el *homo politicus* son ficciones propuestas para fines del conocimiento científico. Pero

a ellas no corresponde la realidad del individuo, sino sólo la existencia de uno de los factores de su existencia». Cf. Heller mismo, *ibid.* p. 19 o bien p. 214: «El *homo oeconomicus* que actúa racionalmente orientado hacia fines es una ficción teórica justificada. Pero el ser humano realmente existente vive en compromiso con su situación natural y cultural, sobre las que, por cierto, influye fuertemente la *ratio económica*, pero que nunca puede resolver del todo».

- ²¹⁰ Esta visión de conjunto sobre la cuestión de la imagen del mundo en la Constitución para asuntos de economía permanece incompleta, en tanto él no incluya también la pregunta de la *ética de la economía*. ¿Existe —en la constitución de esta disciplina parcial— una modificación del modelo del *homo oeconomicus*? ¿Ocurre aquí una corrección del idealista, del *buen hombre*? Con respecto a ello, por lo pronto, mi contribución: *Wirtschaft als Thema neuerer verfassungsstaatlicher Verfassungen*. JURA 1987, p. 577 (582 y s.). RICH, A. *Wirtschaftsethik*. 1984.

Capítulo 3

La imagen del ser humano: ¿una imagen directriz, una máxima (de legalidad) o un principio de derecho positivo del Estado Constitucional? El intento de lograr una precisión teórico-jurídica

3.1. *El Problema y las preguntas*

Hasta el momento, se ha dejado abierta la clasificación precisa de la teoría del derecho de la imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional. ¿Es solo una máxima, es una *imagen directriz*, ya es un principio constitucional o, acaso es, incluso un principio de derecho positivo? ¿Tiene solo validez programática o pertenece ya al derecho positivo? ¿Solo posee una función heurística o (también) una función jurídica? ¿Pertenece al plano del deber normativo o también al del ser social? ¿Dónde está ubicada dentro de la jerarquía de fuentes del derecho: ¿en el plano de la Constitución? ¿O se trata, incluso, de *una imagen total* del legislador constituyente previa al derecho constitucional,²¹¹ ¿acaso penetra todos los planos de la construcción escalonada del orden jurídico hasta la más baja *fuente del derecho*? ¿Pertenece al derecho escrito y tiene, al mismo tiempo, calidad de una máxima de justicia no escrita?

La escritura existente hasta el momento tiene grandes dificultades en siquiera reconocer puntualmente la una o la otra de estas cuestiones.²¹²

²¹¹ En el sentido de Nawiasky; además por último GRAMLICH, H. *Abschied vom vorverfasungsrechtlichen Gesamtbild*, DVBl. 1980, pp. 531 y ss.; crítica al BVerf GE 2, 380 (403) en HESSE, K. *Grundzüge*. 20.^a ed. 1995, p. 14, nota 40.

²¹² Cf., por ejemplo, GEIGER, W. (nota 142), p. 8: «[...] pido retener, que aquí no se trata de una concepción de derecho. La imagen del ser humano de la Ley Fundamental es la fórmula breve con la que se denomina un principio estructural de nuestra Constitución, que

3.2. *Respuestas provisionales*

Arriesguemos la tesis de que la categoría *imagen del ser humano* enlaza específicamente muchas de las propiedades mencionadas y no se deja reducir al dilema de *o esto / o lo otro* del pensar tradicional en alternativas. Solo podemos esbozar la complejidad solo puede ser esbozada:

- (1) La imagen del ser humano es un *concepto formal*, en tanto se refiere solo a afirmaciones sobre el ser humano. También los Estados totalitarios tienen una *imagen del ser humano*. Por supuesto que el Estado Constitucional enlaza esta imagen a contenidos completamente determinados, los nuestros, cuyas facetas han venido siendo elaboradas en parte.
- (2) La imagen del ser humano es una *categoría cultural*. Plantea una pregunta a la comprensión del ser humano y nos da a ella una respuesta determinada, históricamente variable: los elementos recopilados, por ejemplo, desde Aristóteles hasta Dostoievski, confirman esto.
- (3) Como categoría cultural, la imagen del ser humano pertenece junto con las artes a *todas* las ciencias que se ocupan de la *cultura* ya sea explícitamente, o por su contenido: las letras, las ciencias sociales y las ciencias naturales.

Incluso, es capaz de unir las disciplinas parciales, sobre la base de un mismo problema, a saber, el problema de la idea y la realidad del ser humano, sin quitarles su autonomía. Es el *concepto puente interdisciplinario*, integrador. Esto es lo que también se deduce de la recopilación.

- (4) La imagen del ser humano considerada como concepto interdisciplinario abierto es un *concepto-síntesis*, en especial, de la jurisprudencia y de la doctrina constitucional. Como tal, debe ser elaborado con sus

constituye la unidad interna de esta constitución». KOPP, F. nota 75, pp. 53 y ss., habla de la imagen del ser humano como «punto de orientación del derecho vigente», de un «concepto central del derecho alemán vigente». De la concepción de «la imagen del ser humano como referencia de unidad legitimadora de todo derecho» trata PERNTHALER, P. *Grundrechtsreform in Österreich*. AÖR 94 (1969), p. 31 (39 y ss.).

métodos y procedimientos, paradigmas y contenidos específicos: en retrospectiva y, al mismo tiempo, abierto al desarrollo.

- (5) El ser humano dentro del Estado Constitucional considerado como *tipo* y la imagen del ser humano dentro de las democracias occidentales *particulares* como *ejemplo* del tipo se diferencian, así como se diferencian la constitución y la cultura constitucional desde una perspectiva individual-nacional. En las líneas fundamentales se encuentra la identidad, pero también, en muchos aspectos se encuentra variabilidad, que se explica a partir de la particularidad de la historia de la cultura y de las constituciones de los países particulares. Por ejemplo, la intensidad de la referencia a la comunidad y de los límites de la libertad o la asunción del ciudadano como *homo politicus*, es a veces mayor (en la democracia semi-directa como en Suiza), y a veces menor (en la representatividad como en la Ley Fundamental). Quizá se puede decir en general: Cuanto más optimista es la imagen del ser humano, tanto más énfasis se hace en el discurso en aumentar la libertad y la democracia lo que hoy en día, sin embargo, no significa automáticamente una disminución en lo que respecta al Estado: en el Estado Constitucional la libertad no es idéntica a la libertad del Estado y la democracia no es idéntica a la antiestatalidad. Inversamente formulado: cuanto más pesimista es la imagen del ser humano, tanto más limitaciones, intervenciones y ataduras a la libertad.
- (6) Como *categoría clave* del tipo Estado Constitucional, la imagen del ser humano reúne a las disciplinas jurídicas *parciales*: desde el derecho civil clásico hasta el nuevo derecho de protección del medio ambiente, desde el derecho penal hasta el derecho al trabajo, desde el derecho a la educación hasta el derecho social, en los que no faltan las fricciones y contradicciones (y también las *desigualdades temporales*), por ejemplo, entre partes del Código Civil y la Ley Fundamental.
- (7) Como concepto central del Estado Constitucional, la *imagen del ser humano* vincula en una situación de conjunto a una multitud de dimensiones y niveles, funciones y modos de validez que, de otro modo, habría que pensar separadamente. Hay que mencionar aquí especialmente:

- (a) La «imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional» es, por una parte, una imagen directriz que ha «influenciado» a los legisladores, por ejemplo, de la Ley Fundamental de 1949 —ha *fluido* a partir de la historia cultural y de muchas disciplinas y ámbitos desde la filosofía pasando por la Teología cristiana y también por la doctrina social católica y por programas de partidos hasta llegar a fragmentos del derecho positivo, y sigue quedándose en un *estado físico* en parte prejurídico, en parte jurídico—. Por otra parte, el legislador constitucional ha *recibido* y *positivado* esta imagen, por ejemplo, en los artículos 1, 3, 20 y 28. Correspondientemente, hay que interpretarla de manera total y también continuarla.
- (b) La *imagen del ser humano* no aparece, por cierto, (hasta donde puede verse) en ninguna parte de manera expresa en ningún texto constitucional positivo de un Estado Constitucional o en algún otro texto jurídico pero, es parte del derecho y del principio constitucional *en vinculación* con tales textos positivados, a los que, en cada caso, hay que volver a interpretar. Es, incluso, una máxima de justicia con los contenidos mencionados y en tanto se encuentra en esta calidad de vínculo, es *vinculante*. Es *inmanente* y simultáneamente *trascendente* a la ley fundamental. Se requiere de una garantía por parte del Estado, no hay pues, por lo tanto, ninguna grandeza pre-estatal o extraestatal, ninguna grandeza que sea meramente social.
- (c) La imagen del ser humano no es todo el tiempo manifiesta y evidente, en la mayoría de los casos debe *abrirse* primero por una pléthora de operaciones de pensamiento jurídico o ser sacada a la luz. Incluso el mismo legislador a menudo no es plenamente consciente sus imágenes, sean estas imágenes de Dios, del ser humano o del mundo, porque se han vuelto históricas y no siempre han sido reflejadas (como tradiciones culturales inconscientes).
- (d) La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional actúa como concepto vinculante con el derecho positivo en todos los niveles de la así llamada *estructura gradual del orden jurídico*: desde el

derecho constitucional hasta el derecho de estatuto. No está vivo en un solo plano de validez e impregna consigo la realidad social.

- (e) La *imagen del ser humano* vive en dos planos: en cuanto proyecto de cómo el ser humano *debe* ser (lo normativo) y, al mismo tiempo, cómo él *es en realidad* el jurista tiene presentes a ambos. Una imagen solo ideal del ser humano ayudaría demasiado poco al jurista, de no ser que encontrase una correspondencia a ella en la realidad social. Inversamente, el jurista faltaría a su tarea si es que se basara solo en realidad para delimitar la imagen del ser humano. Se convertiría, más bien, en un *mal sociólogo*.
- (f) La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional se despliega dentro de la tensión de H. Heller y la dialéctica de *principio y norma* de J. Esser. Esta imagen tiene muchas funciones y modos de validez simultáneos: actúa, por un lado, como *principio programático*, y en parte, conjuntamente con principios de derecho positivo actúan como directamente obligatorios. Sobre todo, el artículo 1 de la Ley Fundamental, la dignidad del ser humano, le transmite a esta imagen la idea de un «tanto esto como lo otro» de *múltiples* planos de validez y de grados de positivación o de grados de concretización: desde las máximas político-jurídicas y el postulado de la «política humana» hasta el punto de vista o el *topos* de la interpretación jurídica.
- (g) El círculo de participantes en los asuntos de concretización de la imagen del ser humano o de definición de la imagen del ser humano, está *abierto*: a partir del ámbito de las funciones del Estado, nombró al constitucionalista, al legislador, al ejecutivo y a la legislación; además a los partidos y asociaciones y a la opinión pública científica y no científica, es decir, nombró a todos los que en aquella *acción concertada* podrían haber sido tomados en serio por el paradigma de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución. No olvidemos al *ciudadano* mismo dentro del Estado Constitucional. La *contribución ciudadana* a la comprensión y a la realidad de la imagen del ser humano es ayuda a constituirlos a corto, mediano y largo

plazo. Toda ciencia no puede ni debe querer *reemplazarlo* (tampoco todas las ciencias que se han reunido en el *forum* de esta serie de clases magistrales de Bayreuth). Dentro del Estado Constitucional pluralista, una multiplicidad de imágenes del ser humano diferentes y, a menudo, contradictorias entre sí, son *experimentadas* por el ciudadano maduro como *valores de orientación* o forman parte de sus experiencias fallidas. De acuerdo con procedimiento específico del establecimiento y la aplicación del derecho, o en última instancia, de acuerdo al disenso y el consenso, se decide qué *partículas* de contenido de estas imágenes presentes del ser humano dentro de una sociedad abierta se vuelven *vinculantes en el modo del derecho*, y continúan siendo obligatorias o se transforman. Así el Estado Constitucional crea hoy, a partir de grandes *reservas* de *diversas* imágenes de ser humano, aquello que determina su riqueza y garantiza la apertura de desarrollo de la «constitución del pluralismo». Solo sobre la base a esta medida se puede hablar de la *imagen del ser humano* de la Ley Fundamental: es *abierta y mixta*.

- (h) Lo que el jurista, especialmente el profesor de Derecho Público, puede decir, desde el punto de vista del *contenido*, acerca de la imagen del ser humano jurídicamente vinculante en el caso del ejemplo de la Ley Fundamental y cómo trabaja en esto, ha sido esbozado en las reflexiones hechas hasta aquí. Hay que verlo, ahora, *en conjunto con* las reflexiones metodológicas y teórico-conceptuales. Hay que subrayar el hecho de que, para los juristas, la imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional, de acuerdo a las *limitadas* pretensiones del derecho o de sus ciencias no puede ser ninguna ciencia completa, abarcante, total.²¹³ El derecho es el ordenamiento limitado

²¹³ Los *Estados socialistas* cultivan —en este sentido negativo— una imagen del ser humano ideológicamente instrumentalizada. Representativo de esto es, por ejemplo, el artículo 25 sección. 2 de la constitución de la RDA de 1968/1974, cit. según BRUNNER, G. y MEISSNER, B. (editores), *Constituciones de los Estados comunistas*, 1979: «La República Democrática Alemana garantiza el progreso del pueblo hacia la comunidad socialista

de la justicia, pero, es obligatorio en cuanto tal, en el sentido de mi diferenciación. También, lo que por tanto es lo *fragmentario* de todo el trabajo de los juristas pertenece a la esencia del Estado Constitucional Liberal. En último término, en este tipo de Estado o en su sociedad abierta de intérpretes constitucionales, el ser humano mismo influye él mismo, sobre la base de una discusión espiritual libre, en el proyecto, en la ejecución, o si se da el caso, en el desacuerdo con respecto de la imagen del ser humano: en el sentido de Hölderlin «lo que somos aquí, puede completarlo un Dios allá» (una advertencia para permanecer modesto).

de los seres humanos armónicamente desarrollados y formados de modo universal, que están penetrados del espíritu del patriotismo e internacionalismo socialista y disponen de una alta formación general y de una alta especialización». Véase también la constitución de la U.R.S.S. de 1977 (cit. según G. Brunner y B. Meissner, *ibid.*): «Las principales tareas del Estado socialista de todo el pueblo son: [...]la educación del ser humano de la sociedad comunista» artículo 32, sección 1 de la constitución de *Albania* (1976): «El Estado desarrolla una amplia actividad ideológica y cultural dirigida a la educación comunista de los trabajadores, a la formación del Nuevo Hombre». artículo 54 sección 1 de la constitución de *Cuba* de 1976: «El Estado socialista, que apoya su actividad sobre la imagen del mundo científica del materialismo, educa al pueblo en el sentido de ésta[...].».

CUARTA PARTE
CONCLUSIÓN: VISIÓN RETROSPECTIVA Y PERSPECTIVA

Capítulo 1

La modestia propia de los juristas

El jurista, con *su* ciencia, solo puede concebir aspectos *parciales* de aquello que los filósofos y los científicos de la naturaleza pueden tener a la vista como *imagen del mundo*. Ciertamente que, también el jurista tiene una determinada concepción del *mundo* y, también, una exigencia a este, captables, por ejemplo, en las declaraciones *universales* de los derechos humanos y sus pactos, desde 1948 hasta 1966. En realidad, ya desde 1789, el jurista también reflexiona, con N. Luhmann, sobre aspectos de la *sociedad mundial*.²¹⁴ En las primeras épocas de la historia del derecho, el jurista se formó una imagen *eurocentrica* del mundo²¹⁵ y absolutizaba de esa manera su punto de partida personal, completamente *regional*. Hoy lucha por más universalidad. Como jurista, me parecería apropiado tratar el tema de la *imagen del mundo* en su totalidad.²¹⁶

²¹⁴ Acerca de esto, la referencia en SUHR, D. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler* 36 (1978), p. 164 (Discusión) y HÄBERLE, P. *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 3.^a ed. 1998, pp. 407 y ss.

²¹⁵ También en la enumeración eurocentrica de *primer, segundo, tercer y cuarto mundo*, existe una secuencia jurídico-política y una medición ético-social de nuestro planeta tierra: con consecuencias tardías para los juristas. A partir de las ideas de los derechos humanos, se adelanta la diferenciación eurocentrica entre «pueblos naturales» y «pueblos culturales».

²¹⁶ *Imágenes del mundo*, entendidas como modelos de interpretación, esquemas de interpretación, en los cuales se acumulan las experiencias, se dirigen las acciones y se reúnen precomprensiones para interpretaciones tardías, también de los juristas.

Más apropiado aún sería debatir sobre *secciones* en las que el jurista se suele ejercitar específicamente y en las cuales se siente *como en su casa* para así proporcionar *lo mejor de sí* a las otras ciencias. En un mundo cambiante, también estas secciones siguen siendo transformables e, incluso, un *espíritu del mundo* puede reconocer las coordenadas y determinantes de estos procesos. Sin embargo, el *espíritu del mundo* (Hegel) difícilmente es un jurista y el jurista es aún menos un espíritu del mundo. El hecho de que se haya formulado alguna vez —sobre la base de una famosa cita de Hegel— «la historia del mundo no es un juzgado de turno», según E. Eppler, dentro de la zona neutra y el campo de acción de la decisión del Tribunal Constitucional Alemán con respecto a la constitucionalidad del acuerdo de principio firmado entre la R. F. A. y la R. D. A. en 1972 (Tribunal Constitucional Alemán 36, 1),²¹⁷ permite que esta cita exprese la modesta relación de magnitudes en la que estamos nosotros, los juristas. Nuestro saber acerca de la *fuerza normativa de lo normativo*²¹⁸ o esta fuerza normativa ella misma, es menor aún en las dimensiones de la historia universal, que en la dimensión intraestatal.

Las citas clásicas acerca de la «fuerza normativa de lo fáctico» (G. Jellinek) o la *uctoritas non veritas facit legem* (la autoridad —y no la verdad— hace la ley) de Hobbes nos instruyen pronto sobre los límites de aquello que la jurisprudencia (y la doctrina del Estado) es capaz lograr: tanto dentro del conocer como del configurar.

La modestia propia de los juristas *en asuntos de imagen del mundo* no es ninguna coquetería frente a las supuestas *supraciencias* y a las que realmente lo son y que creen poder esbozar o ensamblar las imágenes del mundo,²¹⁹

²¹⁷ Cit. en JZ 1973, p. 1973, p. 451 (452 nota 16), o en mi tratado de jurisprudencia constitucional comentado de derecho constitucional, 1979, pp. 410 y ss.

²¹⁸ Acerca de la *Fuerza normativa de la Constitución*, véase el escrito del mismo nombre de K. Hesse, 1959.

²¹⁹ Las ciencias particulares pueden captar solo ámbitos *parciales*, aspectos *parciales* a partir de su competencia con respecto al tema de la *imagen del mundo* o de la *imagen del ser humano*, etc. Cada una ofrece —quizá— una piedra que forma parte de un mosaico, una *intuición* del todo difícilmente nos resultará exitosa.

como, por ejemplo, la filosofía o la sociología. Pues el trabajo posible para los juristas sigue siendo grande y difícil. Ya conceptos como *dignidad humana*, *justicia y bien común* ocultan en sí *un mundo de problemas* y plantean exigencias que alcanzan lo universal: piénsese en el *Tratado acerca de la paz perpetua* de Kant, que, hasta hoy, ha seguido siendo una utopía²²⁰ concreta, o en el establecimiento de la ONU y en sus representaciones del orden universal, es decir, aquello que los juristas se han planteado aquí como tareas.

Nuevos ámbitos de derecho como el del *derecho del espacio sideral*, que abarca mucho más que nuestro *planeta azul*, las discusiones en torno a un nuevo *ordenamiento de la economía mundial*²²¹ o la controvertida discusión actual sobre el derecho del medio ambiente también requieren de *elementos* de una imagen del mundo que el jurista contribuye a configurar. El *mundo* es aquí, desde puntos de vista ideales y materiales *objeto* de su ciencia. A pesar de todo, en el presente trabajo solo se ha tratado un *elemento* de aquello que forma parte fundamentalmente a la imagen del mundo de los juristas: la *imagen del ser humano*.

Esta imagen, en la actualidad, asume de manera explícita o implícita un lugar tan central en todas las preguntas fundamentales de los juristas, que aparece casi como una especie de *punto arquimédico* de la imagen del mundo e, incluso, la configura. Es cierto que, dentro del contexto de los derechos fundamentales, se ha hablado también recientemente de la imagen del Estado²²² pero, más bien, en el sentido de un complemento de la *imagen del ser humano* o de una consecuencia de la *imagen del ser humano*, establecida, sobre todo, como premisa antropológica.

Si se llegara a perfilar con mayor precisión la imagen del ser humano de los juristas o la imagen del *ser humano* del Estado Constitucional, es

²²⁰ Acerca de las utopías como género literario del Estado Constitucional, mi contribución en GED-SCHRIFT W. MARTENS, 1987, pp. 73 y ss.

²²¹ Con respecto a esto, el tomo de BRYDE, B.O., KUNIG, P. y T. OPPERMANN, *Neuordnung der Weltwirtschaft?*, 1986.

²²² HESSE, K. Bestand und Bedeutung der Grundrechte, Europäische Grundrechte Zeitschrift 1978, p. 427 (437 y ss.); HÄBERLE, P. Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19, Abs 2 GG, 3.^a ed. 1983, pp. 363 y ss.

decir, si se llegase a precisarlos más diferenciadamente y se lograra delimitarlos dentro del campo de tensión del optimismo y del pesimismo, entonces esto podría convertirse en una contribución al amplísimo tema de la *imagen del mundo*. Todavía el jurista en la actualidad piensa al mundo a partir del ser humano, tanto en lo que se refiere al ser como al deber; incluso justamente en lo que se refiere precisamente a la problemática de la protección del medio ambiente, en momentos en que la controversia en torno a los *derechos propios de la naturaleza* aspira llegar a un antropocentrismo *equilibrado* y también aspira hacia un *optimismo de la creación*. La limitación del tema *imagen del mundo* al elemento *imagen del ser humano* de los juristas, sin embargo, probablemente se deba a los siguientes fundamentos:

- (1) Con respecto al tema de la *imagen del ser humano*, existen afirmaciones de los clásicos desde Hobbes hasta Locke, entre otros, que ya sea por su contenido o su forma son fundamentales; la *dimensión espiritual, social o histórico-cultural*, que ha determinado una serie de consiguientes problemas de la actualidad ha llegado a determinar así su derecho, la historicidad del ser humano, de su derecho, de su *naturaleza* y de su cultura.
- (2) La *imagen del ser humano* es el denominador o el foro en el que se hace posible un diálogo con *otras ciencias* y forma parte de la *dimensión interdisciplinaria*.
- (3) La *imagen del ser humano*, en tanto materialización del principio fundamental de la dignidad humana, preexiste ya desde el punto de vista del derecho positivo, dentro de un Estado Constitucional como el nuestro (artículo 1 sección 1 de la Ley Fundamental). Y, poniendo en paréntesis la constitución y el derecho, es el concepto fundamental establecido por todas las áreas parciales de la jurisprudencia. Es, por lo tanto, la *dimensión del Estado Constitucional*, que recién se despliega en su totalidad en el camino de la comparación jurídica entre textos constitucionales antiguos y nuevos y dentro de la judicatura de la imagen del mundo del Tribunal Constitucional es *concreta*, especialmente para la Ley Fundamental.
- (4) La idea de los *derechos humanos* es, quizá, la expresión más impresionante de una imagen del ser humano determinada, por más multívoca, abierta y urgida de ser concretizada en cada caso particular.

Capítulo 2

La magnitud de sus tareas en el asunto de la imagen del ser humano

La jurisprudencia, es decir, la doctrina del Derecho Público, ve al *individuum* en su especificidad en el centro del derecho. Si bien el sujeto ha sido introducido escalonadamente en los ámbitos de la solidaridad, sigue siendo el *punto arquimédico*. Lo colectivo es secundario. Ciertamente, existen corrientes contrarias en el arte. En parte, se duda de la capacidad de autodeterminación del ser humano. Aparece como obsoleto en tanto individuo. La búsqueda se dirige hacia lo transindividual. Recuérdese el cubismo²²³ y, quizás, también algunas tesis de S. Freud. Por su parte, C. G. Jung buscaba el *inconsciente colectivo*.

Sin embargo, todas las disciplinas jurídicas que dentro del Estado Constitucional, gracias a su premisa de *autonomía privada*,²²⁴ trabajan sobre éste ya sea directamente, como el Derecho Público o, indirectamente, como el Derecho Privado; apuestan sin pestañar y sin el menor signo de dudas, al

²²³ Es característico que una apreciación del gran escultor H. Hrdlicka con motivo del 60 aniversario de su nacimiento, bajo el lema «contra la expulsión del ser humano del arte moderno» pueda —o deba— sostenerse (así GORSEN, P. En FAZ del 27.2.1988, p. 27). De modo sintomático, también MAUR, K. *Léger und das Ideal des «neuen Menschen»*. NZZ del 19./20.3.1988, p. 69. Por último, el simposio de Zürich, *Zum Menschenbild der europäischen und buddhistischen Kunst* (FAZ del 19.4.1988, p. 31).

²²⁴ Acerca de esto, VON HIMPEL, F. *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*. 1936. Acerca de la autonomía privada en el marco de la historia del derecho privado de la república de Weimar, ahora NÖRR, K. W. *Zwischen den Mühlsteinen*. 1988, pp. 42 y ss.

individuo como sujeto: como valor primero y último.²²⁵ Ante todo, el Estado está allí para el ser humano, no al revés (cf. artículo 1 sección 1 HCHE).²²⁶

La libertad de las ciencias y del arte, tal como la garantiza el Estado Constitucional (por ejemplo, en el artículo 5 sección 3 de la Ley Fundamental), da espacio para el pluralismo e, incluso, para el antagonismo de *muchas* imágenes del ser humano, por parte de la ciencia, el arte y la religión, diferentes y no simultáneas entre sí (el artículo 4 sección 1 de la Ley Fundamental garantiza también la libertad de «confesión de la concepción del mundo»). Piénsese solo en el redescubrimiento actual de la imagen del ser humano profundamente escéptica de F. Galiani, el crítico contemporáneo de Rousseau,²²⁷ y su *dictum* «El ser humano es un animal absurdo» o en la conferencia de J. B. Metz, *Contra la segunda minoría de edad*.²²⁸ Pero el Estado Constitucional se aferra, como mencionamos, a su imagen del ser humano para sus problemas y relaciones normativos. De hecho, hoy en día, con K. Prange y W. Vossenkuhl, se puede hablar de una *pluralidad* de imágenes del mundo. Pero, ya que el orden jurídico en el Estado Constitucional tiene que organizar la *convivencia* entre los seres humanos y los grupos, pone a disposición del pueblo los procedimientos y los contenidos mínimos con los que el pueblo está de acuerdo o, en todo caso, debería estar de acuerdo. Estos sostienen al Estado Constitucional «en lo más profundo de su ser». Solo así puede cumplirse e implantarse la exigencia de *obligatoriedad* del

²²⁵ La posición de sujeto propia del ser humano es la producción cultural específica de Europa. Ella ejerce hoy una gran fascinación en el mundo entero. El éxito, al menos a nivel de programa, de los derechos humanos universales lo demuestra. Sin embargo, es razonable pensar que sobre la *dependencia cultural* de los derechos humanos o sobre las modificaciones de la imagen del ser humano llegan a *la imagen*. Los derechos humanos son *universalmente* exigidos, pero pueden ser vistos y vividos de modo más preciso justamente solo en el *contexto* de diversas *culturas* (esto es, *regionalmente*). La cultura de Asia y de África no puede simplemente ser *deletreada* a partir de los derechos humanos.

²²⁶ Acerca de esto: Entstehungsgeschichte der Artikel des GG, JÖR 1 (1951), p. 1 (48).

²²⁷ Acerca de esto, FELLMANN, F. Tief und schmutzig. Erinnerung an einen großen Skeptiker: Ferdinando Galiani, FAZ del 19.12.1987, p. 21.

²²⁸ FAZ del 15. 12. 1987, p. 23.

derecho para el ser humano o para los seres humanos. Aquí se termina la variedad y las alternativas de acuerdo a las normas del derecho vigente.

Se habrán preguntado ¿por qué el Estado Constitucional se sujet a y se tiene que atener a su imagen del ser humano, es decir, a la firme posición del sujeto y la responsabilidad del individuo en tanto tal, a la libertad e igualdad en oposición a imágenes del ser humano, en parte, completamente distintas de las disciplinas no jurídicas y en oposición a muchas corrientes artísticas? (¿O es que aquí se trata solo de la postergación temporal de una fase?). La respuesta: porque el Estado Constitucional tiene que temer que las imágenes transubjetivas del ser humano de las artes o de las ciencias humanas traigan como consecuencia el comienzo de una relativización, que terminarán siendo «callejones sin salida» que conduzcan hacia sistemas totalitarios (en el sentido del *road to serfdom* de von Hayek). Esta imagen del Estado es rechazada por el Estado Constitucional, tanto como el *fundamentalismo* que se practica en sectores del Islam actual. El reconocimiento mundial de los derechos humanos²²⁹ es un estímulo incluso allí donde, por ejemplo. Estados totalitarios o autoritarios han ratificado los pactos de derechos humanos solo de manera verbal.

De alguna manera, el jurista que es consciente de que la imagen del ser humano es el centro de su ciencia es, al mismo tiempo, un *ciudadano del mundo*, porque el cuidado y el desarrollo de esta imagen del ser humano le es familiar en tanto es abogado defensor de los derechos humanos. Esto no excluye las diferenciaciones culturales cautelosas.²³⁰ Ciertamente el

²²⁹ Por cierto, este reconocimiento de los derechos humanos se ve recientemente en concurrencia con los *derechos de los pueblos*: cf. la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y los Derechos de los Pueblos de la OAU del 21.10.1986, llamada *Carta de Banjú*; acerca de esto, H. G. Steinmann, NJW1987, pp. 3058 y ss., con el derecho de todos los pueblos a su existencia, a la disposición sobre sus recursos naturales, el derecho de todos los pueblos al desarrollo económico, social y cultural, el derecho a la paz y seguridad internacionales así como el derecho a un medio ambiente satisfactorio.

²³⁰ Acerca de la «pretensión de validez supracultural de los derechos humanos», por ejemplo, KÄLIN, W. *Die Vorbehalte der Türkei zu ihrer Erklärung gem. Art 25*. EMRK, EuGRZ1987, p. 421 (422 y ss.) con el añadido de que la pretensión de validez universal descansaría —tomando en consideración a la multiformidad cultural del mundo—

rechazo a una imagen fija del ser humano y del mundo, hace posible *un solo mundo* de nuestra tierra. Por ello, el derecho internacional ha sido y sigue siendo un orden de coordinación, un *orden de coexistencia*. Pero, en las declaraciones universales de los derechos humanos sí se hallan elementos de la imagen del ser humano considerados *universalmente* vinculantes, aunque —todavía— falte una instancia central de ejecución.

El *Estado Constitucional*²³¹ que hasta el momento es la única unidad normativa que sabe garantizar (internamente) de manera efectiva la dignidad humana y la libertad, prescribe y establece jurídicamente los elementos de una determinada imagen del *ser humano y dentro de esta* también aquellos elementos de una determinada imagen del *mundo*: porque son condiciones para la individualidad e identidad humana y en tanto son elementos son justamente eso. Esto simultáneamente hace posible, además, un pluralismo de imágenes del mundo en general. Sobre la base de la imagen del ser humano del derecho constitucional, queda espacio para un pluralismo de

sobre una *situación de base precaria*; las tradiciones extraeuropeas descansan sobre una imagen del ser humano, que sería *radicalmente diferente de la nuestra*, aunque no se quisiera ir tan lejos como el etnólogo norteamericano GEERTZ, C. *Local Knowledge*, 1983, p. 59, quien piensa que nuestra concepción individualista del ser humano se tomaría —en comparación a otras culturas mundiales— de modo bastante extraño.

²³¹ Por cierto, el Estado Constitucional debe, en muchos aspectos, pensar en *un mundo*, por ejemplo, en las cuestiones de protección del medio ambiente (el mundo [*Welt*] se convierte en el medio ambiente [*Umwelt*] de todos, es nuestra *casa*), en las relaciones de responsabilidad entre paz mundial y economía mundial, también en el objetivo pedagógico de *Bremen* («colaboración pacífica con otros seres humanos y pueblos», o la «participación en la vida cultural del pueblo propio y de los pueblos extranjeros»: artículo 26 numeral 1 y 4 de la Constitución de Bremen de 1947), la «ciudad puerto del mundo» de Hamburgo declara como tarea —ya en el prólogo de su constitución de 1952— estar dentro del «espíritu de paz mediador entre todas las partes de la tierra y los pueblos del mundo». Sin embargo, sigue siendo el *Estado Constitucional* de un territorio determinado y en el que la sociedad que fusiona fija a sus seres humanos a una cultura individual. El *Estado mundial*, solo podría ser alcanzado al precio de un aplanamiento de la multiplicidad de las culturas y, precisamente, por aquello que la libertad realiza. Esto no significa un menosprecio del punto de vista cosmopolita de Kant, al contrario: es su fundación (con respecto a esto, véase *infra* la nota 248).

otras imágenes (líderes). Gracias a las libertades culturales y a los *resultados* culturales surgidos a partir de ellas, se llega también a aquella multiplicidad de los valores de orientación,²³² de la que el ser humano requiere para encontrarle sentido a su existencia. El ser humano no puede simplemente *programarse* a sí mismo: perdería piso. La posibilidad y la realidad de una *multitud* de imágenes sobre Dios, el mundo, el ser humano y la comunidad, *sobre la base* de un consenso fundamental jurídicamente orientado a la dignidad humana y a la democracia con división de poderes, libertad e igualdad, tolerancia y solidaridad así como con los contenidos culturales de las respectivas naciones caracterizan al Estado Constitucional. No existe en este Estado Constitucional ninguna imagen *concordante* del mundo, ni tampoco ninguna imagen unitaria de la imagen del ser humano.

La identidad del sujeto, a la que muchas veces se apela y cuya dignidad humana es protegida por el Estado Constitucional, por ejemplo en el artículo 1 sección 1 de la Ley Fundamental²³³ no es, sin embargo, ninguna abstracción, ni ninguna mónada aislada que se establece a sí misma de manera absoluta en una nueva isla *utopía*: todos y cada uno debe poder conformar *su* identidad gracias a los derechos humanos y ciudadanos, pero estando en coexistencia y en contexto con otros, cosa que requiere de *solidaridad*. El foro que hasta hoy le da más espacio legal al imperativo categórico de Kant es el Estado Constitucional.²³⁴ Sin embargo, su *imperativo* se basa en contenidos proce-

²³² En el sentido de mi libro: *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*. 1981, pp. 87 y ss.

²³³ Con respecto a este tema, mi contribución: «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft». En *Handbuch des Staatsrechts*, tomo I, 2.^a ed. 1995.

²³⁴ «Puesto que hoy en día, el mundo conforma una unidad *interdependiente* desde el punto de vista económico y ecológico, la continuación de un sistema político de *Independencia* de estados soberanos es un anacronismo», así TUGENDHAT, E. «Überlegungen zum Dritten Weltkrieg». En *Die Zeit* [El Tiempo], n.º 49 del 27.11.1987, p. 76). Mientras tanto, los *Estados soberanos* están hoy más fuertemente ligados al derecho internacional que lo que este concepto clásico de soberanía puede reconocer (a propósito de esto, HÄBERLE, P. *Verfassung als öffentlicher Prozeß*. 1978. 3.^a ed., 1998, pp. 364 y ss. y 407 y ss.). Y la alternativa de TUGENDHAT «Estado mundial o decadencia del mundo» pasa por alto que la *multiplicidad* de Estados sigue siendo la mejor forma de organización,

sales o formales; y en ciertos temas con contenidos de fondo y contenidos materiales, como por ejemplo, la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la tolerancia,²³⁵ la justicia, la paz, etc.²³⁶ El momento de la imagen del ser humano, del que se es cada vez más consciente hoy en día, la *solidaridad* y la *referencia al tú* con respecto a los conciudadanos, tiene un referente a nivel de los pueblos: en forma de los objetivos pedagógicos de *comprensión entre los pueblos*, en el futuro quizá también en el sentido de la *ayuda al Tercer Mundo*.

En todo caso, cabe que preguntarse, frente a los peligros del *medio ambiente*, si podemos atenernos a la posición de sujeto del ser humano, la cual hasta ahora ha sido casi *absoluta*. ¿Acaso el hombre tendría que limitarse estrictamente a la cadena generacional? ¿Debería estar más ligado a los deberes fundamentales?²³⁷ Ciertamente, el vínculo a la comunidad se fortalece y la responsabilidad crece.

La llamada *ética ecológica* refleja las variaciones en la imagen del ser humano o nos conduce hacia ellas, así como todas las especulaciones e hipótesis últimas que interpretan al universo como un proceso que es parte de un *desarrollo*, en el que el ser humano es solo el eslabón de una cadena en el camino hacia otro mundo distinto (H. v. Ditzfurth). Su responsabilidad aumenta de acuerdo a ello: el mundo es solo un *préstamo*, teniendo también en perspectiva a las generaciones venideras. El orden legal tiene que extraer las consecuencias de ello, por ejemplo, en el derecho de protección al medio ambiente o en la prohibición de la manipulación genética.²³⁸

relativamente hablando, para albergar la multiplicidad de las *culturas*. ¿Acaso no debería ser posible un mundo pacífico, sobre todo, considerando que el tipo *Estado Constitucional* es atractivo en sus elementos en el ámbito mundial tanto en su totalidad como en su particularidad y lo es cada vez más?

²³⁵ Ante todo, es para el Estado Constitucional, el rechazo a todas las imágenes totalitarias del tipo amigo-enemigo (con respecto a este tema: GRAF VON KROKOW, C. *Politik und menschliche Natur, Dämme gegen die Selbstzerstörung*. 1987, especialmente, pp. 74 y ss., 80 y ss., 110 y 159 y ss.).

²³⁶ Acerca de esto, mi escrito: *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 1982.

²³⁷ Acerca de esto, mi contribución: *Zeit und Verfassungskultur* (nota 36), pp. 330 y ss.

²³⁸ La imagen del ser humano del Estado Constitucional se encuentra hoy frente a las posibilidades y peligros de la tecnología genética o la fecundación artificial; con respecto a este tema: HÄBERLE, P. «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen

Por más que tantas preguntas hayan quedado sin resolver aquí, también preguntas interdisciplinarias: la imagen del ser humano es el concepto clave de la solución del problema. La *dignidad* humana, núcleo actual de la *imagen* jurídica dentro del Estado Constitucional²³⁹ (sin llegar a agotarla) prohíbe retroceder más *atrás de 1789* y de Kant, y ha ofrecido avanzar cuidadosamente sobre esta base: pese a toda la relatividad y apertura de la historia.

Por cierto: los juristas hablan del *homo religiosus* (W. Geiger y F. Kopp) y con ello, le dan cabida al *mito* hasta en la configuración del orden legal mismo dentro del Estado constitucional (libertad religiosa y artística, días feriados religiosos,²⁴⁰ juramentos con connotaciones religiosas). También la cultura jurídica del Estado Constitucional *cuenta* hasta cierto punto con el *mitos* no solo con el *logos*. De *alguna* manera, los textos jurídicos son manifestaciones culturales como la *literatura*, y las *imágenes* jurídicas incluyen ordenamientos del pensamiento y de la acción, así como también imágenes lingüísticas con las que trabaja la jurisprudencia y en las cuales capta determinados temas dentro de las imágenes. Todos los tipos de textos, incluso las obras jurídicas, así como obras de arte son *cristalizaciones* culturales. Con esto se hacen accesibles y necesarios al *mundo de imágenes* cultural.

Los elementos de la imagen del ser humano *fijados* en el estado físico del derecho sin dejar, sin embargo, de ser transformables, no son todos conscientes para el ser humano. A menudo los experimenta de manera *inconsciente*: no todo el orden jurídico ha sido *interiorizado* de modo racional.

Además, la jurisprudencia occidental muestra que las *imágenes* no cambian de un solo golpe, sino que, más bien, se transforman *lenta y sutil*-

Gemeinschaft». En *Handbuch des Staatsrechts*. Tomo 1, 1987, p. 815 (854 y ss.). También el «derecho del ser humano a morir dignamente/con dignidad/» hay que definirlo en la situación concreta solo a partir de la imagen del ser humano que se concretiza aquí y ahora (con respecto a esto, mi contribución, *ibid.*, pp. 859 y ss.). Tomando en consideración la discusión en torno a los «derechos propios de la naturaleza» hay que preguntar de una nueva manera por la «imagen» que el ser humano puede y debe hacerse de *su* naturaleza y de la naturaleza *que lo rodea*.

²³⁹ La *imagen* del ser humano va más allá de la *dignidad* humana.

²⁴⁰ Cf. mi estudio: «Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates», 1987.

mente (excepción: 1789). Gracias a la libertad de religión, de arte y de ciencia, el ser humano siempre vuelve a preguntarse por su naturaleza, por la naturaleza y por la cultura que lo envuelve y lo impregnan:²⁴¹ en forma de imágenes y teniendo en perspectiva las imágenes creadas por él, gracias a la *realización* de la libertad. La revisión de las *imágenes jurídicas* ocurre más en la forma de una evolución (con muchas *no-simultaneidades*) que en la revolución, que de todos modos el jurista con sus categorías e instrumentos no es capaz de *captar*. La dialéctica de pregunta-respuesta y los *desplazamientos* captados hoy en día de una manera válida para los juristas a través del racionalismo crítico de Popper, siempre sobrepasa los contenidos y funciones de la *imagen jurídica*.²⁴² El concepto jurídico de la *imagen del ser humano*, de este modo, se mantiene *abierto* y, gracias a los derechos fundamentales, es revisable, de modo que pueda asumir paulatinamente los contenidos transformados y puede deshacerse gradualmente de los antiguos.

Precisamente, en las sociedades pluralistas, en cuanto se pretenda (re)construir idealmente el proceso de socialización se aceptará el paradigma del *contrato* ficticio en el sentido de la tradición desde Kant hasta Rawls.²⁴³ Las palabras guía de la teoría del derecho constitucional o de la teoría del derecho fundamental dicen acerca de esto: la Constitución como el constante llevarse bien (*Sich-Vertragen*) y soportarse (*Sich-Ertragen*) de todos los ciudadanos,²⁴⁴ libertad de derecho fundamental «a través de la organización y los procedimientos», *status activus procesualis*:²⁴⁵ porque este modelo procesal

²⁴¹ La mejor transcripción de la conexión de *naturaleza* y *cultura* y su relación con el ser humano la ofrece el *dictum* de Arnold Gehlen, según el cual el ser humano «es, por naturaleza, un ser cultural». Esto domina también la discusión subsiguiente, por ejemplo en LORENZ, K. *Der Abbau des Menschlichen*. 4.^a ed., 1986, p. 146.

²⁴² El jurista —frente al proceso de configuración de las *imágenes* del ser humano y del mundo— no actúa solo receptivamente: él también la configura.

²⁴³ RAWLS, J. *Eine Theorie der Gerechtigkeit*. 1975.

²⁴⁴ Acerca de esto, mi escrito: mi reseñada conferencia de derecho constitucional, 1979, pp. 438 y ss.

²⁴⁵ Cf. el Informe secundario de Regensburg de la constitución. En VVDStRL 30 (1972), p. 43 (86 y ss.).

(que al mismo tiempo es una ética social) vincula el óptimo en libertad con un mínimo (por cierto, indispensable) de contenidos de consenso normativo. Sigue siendo indispensable un mínimo de *exigencias normativas* en el sentido de una *vinculación a la comunidad* del individuo de acuerdo con la imagen del ser humano del Tribunal Constitucional. A esto hay que añadir hoy el mandamiento universal de libertad y la exigencia mundial de un medio ambiente *aceptable*. Para mayores detalles, remitirse a los intentos propios sobre el enriquecimiento cultural y científico del racionalismo crítico de Popper.²⁴⁶

Dentro de la tríada de imágenes del Estado Constitucional, y gracias a ella, se pueden cuestionar todas las limitaciones del ser humano en el sentido de las imágenes simplistas del enemigo y de las imágenes religiosas y ateas del mundo y del ser humano, contrapuestas entre sí de modo dualista: son cuestionables dentro de la perspectiva del pluralismo. Por más que el Estado Constitucional deba trazarle a los enemigos de la «sociedad abierta» con firmeza y decisión, los límites (de la tolerancia): de Popper deberíamos aprender también a «hacer morir a nuestras teorías por nosotros y no a morir nosotros por ellas». Esto también vale en relación a los diversos²⁴⁷ sistemas en el Este, el Oeste, el Norte y el Sur.

I. Kant, en su tratado *Idea para una historia general desde un punto de vista cosmopolita* (1784),²⁴⁸ plantea la pregunta: «¿Cómo nuestros futuros descendientes van a empezar a afrontar el peso de la historia que estamos pensando dejarles después de algunos siglos?». Según Kant, la perspectiva de sus intereses será «lo que los pueblos y los gobiernos, hayan producido o dañado dentro de una perspectiva cosmopolita». *Cosmopolita* significa aquí en asuntos de libertad, justicia y disposición para la paz. La imagen del ser humano, la imagen del Estado y la imagen del mundo son vistas

²⁴⁶ Acerca de esto, HÄBERLE, P. *Die Freiheit der Kunst im Verfassungsstaat*. AÖR 110 (1985), p. 577 (590 y ss.).

²⁴⁷ POPPER, K. R. *Auf der Suche nach einer besseren Welt*. 1984, p. 40.

²⁴⁸ Cit. según KANT, I. *Werke in sechs Bänden*. Editadas por W. Weischedel, tomo VI, 1964, p. 32 (50).

aquí en su conjunto. Quizá el *punto de vista cosmopolita* de Kant sea para nosotros un llamado a hacer una *pequeña contribución científica* dentro de la perspectiva cosmopolita y gracias a la imagen *abierta* del ser humano dentro del Estado Constitucional.²⁴⁹

²⁴⁹ No toda variante *nacional* del Estado Constitucional necesita, dentro de la dogmática *concreta* del derecho de Estado o de la *legislación* constitucional, una literatura y una judicatura sutiles de la imagen del ser humano, que corresponda y esté completamente constituida según el modelo de la R. F. Alemana. Depende de las experiencias históricas y de las tradiciones de la cultura constitucional, así como de la situación del *texto* de derecho fundamental, si y como la cuestión de principio de acuerdo a la imagen del ser humano ingresa en el trabajo *cotidiano* concreto de los juristas constitucionales. Después de 1945, la R. F. Alemana hizo bien —a causa de las experiencias con la república de Weimar y con la época totalitaria del Nacional socialismo— en buscar *fundamento* y *posición* directamente en el paradigma de la imagen del ser humano. Dentro de los Estados constitucionales con tradiciones ininterrumpidas de derechos humanos y democracia así como cultura diferenciada de derecho fundamental, la dogmática concreta del derecho de Estado puede querer rechazar o trabajar restringidamente sobre las cuestiones de principio de acuerdo a la imagen del ser humano; así, por ej., en los países anglosajones y en Suiza: reminiscencias —no obstante— en MÜLLER, J. P. *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*. 1982, pp.1 y ss., 4 y ss. y 7 y SALADIN, P. *Grundrechte im Wandel*. 3.^a ed., 1982, pp. 428 y ss. (en el que habría que buscar «equivalencias funcionales», por ej., la dignidad humana, la libertad personal, los derechos fundamentales no escritos); acerca de esto, MASTRONARDI, P. A. JöR 28 (1979), pp. 469 y ss.

IMPRESO EN
PERU OFFSET

E.I.R.L.

PROLONGACIÓN LUCANAS 278.
LA VICTORIA. TLF: 854 83 46
LIMA - PERÚ

Peter Häberle (1934) es Profesor de Derecho Público, Derecho Constitucional y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania) y Profesor invitado de las mismas materias en la Universidad de St. Gallen (Suiza).

Su prolífica obra constitucional ha sido traducida a diversos idiomas, destacando en castellano sus libros: *Retos actuales del Estado Constitucional* (Oñati, IVAP, 1996), *La libertad fundamental en el Estado Constitucional* (Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1997), y *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* (Madrid, Tecnos 2000). Asimismo, tiene numerosas publicaciones en castellano en libros colectivos y revistas especializadas, como *Pensamiento Constitucional*, anuario de la Maestría en Derecho Constitucional de esta casa de estudios.

FONDO EDITORIAL

Av. Universitaria cuadra 18, s/n, San Miguel
Telfs. 460-2870 anexos 220-356 y 460-0872

