

El dilema de la libertad en el Estado de Derecho

Das Dilemma der Freiheit im Grundrechtsstaat

Prof. Dr. Dr.h.c Josef Isensee¹

Catedrático de «Staatsrecht»
Universidad de Bonn

SUMARIO: I. EL ENTENDIMIENTO DE LA LIBERTAD EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—II. LA DIVERGENCIA FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD PRIVADA Y DE LA COMPETENCIA PÚBLICA: 1. *El concepto fundamental de la libertad negativa*. 2. *Fundamento del bien común en el uso de la libertad*.—III. ¿REDUCCIÓN A LIBERTAD «VERDADERA»?—IV. CAMINOS EQUIVOCADOS DEL CONSTITUCIONALISMO: LAS OBLIGACIONES FUNDAMENTALES Y LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO.—V. EXPECTATIVAS PRECONSTITUCIONALES Y PREJURÍDICAS SOBRE EL USO DE LA LIBERTAD.—VI. VIRTUD E INTERÉS. VEHÍCULO EXTRAJURÍDICO DEL BIEN COMÚN: 1. *El modelo de virtud*. 2. *El modelo de intereses*. 3. *El modelo mixto de la Constitución*: a) *Derechos fundamentales como legitimación del provecho propio*. b) *La corrección del modelo de intereses en el Estado social*. c) *Inevitable recurso —también— al modelo de virtud*. d) *¿Privilegios de derechos fundamentales para la virtud?* e) *El privilegio constitucional del modelo de virtud: la función estatal*. 4. *Ejemplo explicativo de la teoría de la constitución*: a) *Compatibilidad de la virtud y del interés*. b) *El interés como categoría de la teoría constitucional*. c) *Rehabilitación de la virtud*.—VII. RESPONSABILIDAD ÚLTIMA DEL ESTADO CON MEDIOS LIMITADOS.—VIII. LAS EXPECTATIVAS CONSTITUCIONALES EN LAS IGLESIAS.—IX. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO RETO Y ESPERANZA.

¹ El Prof. Dr. Dr.h.c. Josef Isensee es autor de varios manuales de Derecho Público y Dr. Honoris causa por la Universidad de Varsovia. La traducción la ha realizado D. José Carlos Cano Montejano, Dr. Europeo por la UCM y Profesor Colaborador del Departamento de Derecho Constitucional (UCM).

I. EL ENTENDIMIENTO DE LA LIBERTAD EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

«La libertad no constituye nada». La frase de Mazzini se cita por Carl Schmitt como prueba de que los principios burgueses de la libertad, el reconocimiento de los derechos fundamentales y la separación de poderes pueden modificar y atemperar un Estado, pero por sí mismos no pueden constituir una forma política, al revés que ocurre con el principio democrático —o con cualquier otra forma de Estado—. Los elementos del Estado de Derecho Constitucional, en sí mismos considerados, contienen un sistema de garantías de las libertades civiles y de relativización del poder del Estado, el Estado mismo, que debe ser controlado, las presupone. «La libertad no constituye nada» —la afilada tesis sienta como una astilla en la carne de la doctrina constitucional actual alemana, que está inclinada a apoyar la Constitución en los derechos humanos reducidos a su función de defensa, y que no se conforma sólo con llevar el derecho fundamental al individualismo hasta sus últimas consecuencias, mientras que niegan tal condición al derecho a la libertad, de manera que al final se llega a la imagen paradójica de que del Estado Constitucional se puede derivar la negación del Estado mismo.

De tal manera se vislumbra ya la cuestión de si, y en qué medida, el derecho fundamental a la libertad puede constituir el Estado. No se trata aquí de hacer una interpretación jurídico-positivista de los derechos fundamentales, sino de un problema de teoría constitucional, que provoca que el sistema constitucional se analice no desde la perspectiva del afectado real o hipotético sino desde la del observador exterior. No actúa como la Filosofía del Estado acudiendo a una imaginaria situación arcaica y a un supuesto especulativo que sería el contrato social, sino que más bien su objeto sería el Estado constitucional.

La libertad de la que aquí se trata es el bien jurídico protegido por los derechos fundamentales de origen liberal, como la mayoría de los que se recogen en la Constitución de la RFA: la libertad de culto y de conciencia, la li-

bertad de expresión y de prensa, la libertad artística y científica, el derecho al matrimonio y a la familia el derecho a la educación de los padres, el derecho a la propiedad. La Constitución acoge estos derechos, en primer lugar, como prevenciones para el aseguramiento de la libertad frente a los ataques del Estado. Recoge la propuesta de libertad del siglo XVIII y la dirige —bajo la influencia de la amenaza totalitaria— hasta el siglo XX. La libertad se presenta como la ausencia de regulación estatal. Los derechos fundamentales aseguran al particular zonas de autoafirmación y le protegen contra las injerencias del poder público. Sitúan al Estado en la obligación de justificarse en el caso de que quiera intervenir en estos ámbitos, y limitan su capacidad de intervención. De tal manera que los derechos de libertad sirven de base al *status negativus* del particular, convirtiéndose éste en señor de una esfera en la que se niega el imperio del Estado, siguiendo la descripción de Jellinek; acorde a su definición en el estatuto negativo encuentran su satisfacción los fines estrictamente personales a través del libre obrar del individuo².

El *status negativus* es el único tema de la siguiente consideración, es decir, es el único aspecto de las relaciones Estado/ciudadano que nos interesa. Todas las demás quedan fuera del punto de mira: la situación del individuo como ciudadano, al que se atan de manera compensatoria la validez de los derechos fundamentales (*status passivus*), el favorecimiento a través de las prestaciones estatales, que pueden ser objeto de los mismos derechos (*status positivus*), la colaboración democrática del ciudadano activo en la formación de la voluntad en la asociación soberana estatal —*staatlichen Herrschaftsverband*— (*status activus*).

La garantía fundamental del *status negativus* favorece al particular no sólo en su individualización, sino también y esencialmente en sus relaciones humanas, en su participación en el tráfico jurídico y comercial, en la vida cultural

² GEORG JELLINECK: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*,

y eclesial, en resumen: en la actividad social. De tal manera que los derechos fundamentales hacen referencia tanto al fuero externo como interno. Protegen la esfera privada, y comprenden el espacio público. La libertad fundamental no se limita únicamente a las personas naturales. También participan de ella las personas jurídicas, en la medida que las mismas deriven de la autonomía privada y en que los derechos humanos conforme a su esencia sean aplicables. Por ello se demuestra que las asociaciones de intereses, las sociedades y empresas, tanto culturales como lucrativas, los partidos políticos e iglesias tienen capacidad de ser titulares de derechos fundamentales.

Los límites que la Constitución marca para señalar los criterios de capacidad vinculante y autorizante de los derechos fundamentales respecto al Estado y a la sociedad, no separan los asuntos privados de los públicos. El Estado tiene la responsabilidad última de la definición y alcance del bien común. Pero no tiene ningún monopolio sobre el mismo. Su capacidad de actuación está limitada por la Constitución. El uso del mandato y de la coacción encuentra en los derechos fundamentales unas barreras y una resistencia. Pero allí donde se excluyen manifestaciones estatales o donde no pueden alcanzar las mismas, el bien común se convierte en cuestión de la libertad como derecho fundamental. El sí y el cómo ésta pueda realizarse, dependen de decisiones y actos, de un número de detentadores de derechos fundamentales descordinados. ¿Pero cómo puede surgir del libre albedrío de muchos particulares el bien del conjunto? ¿No se produce una contradicción entre la concepción del *status negativus* en la que los fines individuales tienen que satisfacerse a través de la actuación del libre individuo, y las expectativas de prestaciones supraindividuales? ¿Son aptos los derechos fundamentales en su aspecto de defensa jurídica para servir de fundamento a una república que busque el bien común en su faceta general o contractual? ¿De qué fuerzas dispone el bien común para la defensa de aquellos derechos fundamentales que escapan a la fuerza coactiva del Derecho?

Aquí se muestra el dilema de los derechos de libertad, que al mismo tiempo que legitiman el libre albedrío del particular, despiertan las exigencias objetivas derivadas del bien común, y se sitúan de manera defensiva frente al legítimo libre albedrío, cuando el Estado intenta a través de la coacción jurídica imponer los intereses del bien común que entran en colisión con aquellos. Las constelaciones en las que el Estado finaliza el dilema, porque se encuentra una solución legal, que puede legitimarla por delante de los derechos fundamentales, se acaban abandonando. El tema de fondo es la consecución del bien común con los condicionamientos de los derechos fundamentales, ya que el Estado sólo puede de manera parcial y con sus medios limitados regular o sustituir las prestaciones derivadas de los derechos fundamentales autónomos.

La consideración de si se puede constituir el Estado a través de la defensa contra el mismo Estado suena paradójica. Pero la paradoja radica en la utilización de la palabra Estado, que cuenta con muchos significados. Estado como receptor de las obligaciones de los derechos fundamentales es aquél en sentido estricto, el Estado fuerza. El Estado constitutivo es la esencia común, el portador de derechos fundamentales que protegen la esfera particular, y comprende el espacio público. La libertad no se restringe a las personas físicas. De ella también participan las personas jurídicas, en la medida en que derivan de la autonomía privada y se les pueden aplicar los derechos fundamentales de acuerdo a su esencia. De manera que se demuestran capaces de ser titulares de derechos las asociaciones de intereses, las empresas y las instituciones culturales, así como los partidos políticos y las iglesias.

Los límites derivados de la Constitución, que se basan en la distinción entre legitimación y acatamiento a los derechos fundamentales, no diferencian entre los asuntos privados y los públicos. Es más, los límites se trazan a través de las materias que tienen contenido público. El Estado tiene la responsabilidad última para la definición y la consecución del bien común. Pero sobre esto no posee ningún monopolio. Su capacidad de actuación está limita-

da por la Constitución. El uso del poder y la coacción encuentra en los derechos fundamentales un obstáculo y una resistencia. Allí donde no puede llegar la actuación estatal porque es insuficiente o queda excluida, el bien común se convierte en una cuestión de la libertad como derecho fundamental. El sí y cómo se realice esto depende de variadas decisiones y actos de un amplio número de particulares que ostentan derechos fundamentales. ¿Cómo puede derivar del libre albedrío de muchos particulares el bien de toda la comunidad? ¿No se produce aquí una contradicción entre la concepción del *status negativus* en el que los fuertes fines particulares encuentran su satisfacción a través de la actuación del individuo? ¿y qué ocurre con las prestaciones supraindividuales? ¿Son apropiados los derechos fundamentales en su faceta defensiva para servir de fundamento a una República dirigida hacia el bien común o al menos hacia su tolerancia? ¿Con qué fuerzas cuenta el bien común para la defensa de aquellas parcelas de algunos derechos fundamentales, en los que la coacción estatal está más o menos excluida?

Aquí se pone de manifiesto el dilema de los derechos de libertad, que sirven para legitimar el libre albedrío del individuo y al mismo tiempo despiertan las exigencias objetivas del bien común, que se sitúan de manera defensiva delante de la legítima discrecionalidad, si el Estado pretende imponer a través de la coacción los contenidos opuestos aunque derivados del bien común. Constelaciones en las que el Estado acaba con el dilema serán en lo sucesivo descuidadas, ya que éste encuentra una solución legal que puede justificar por delante de los derechos fundamentales. El Estado no puede con sus medios limitados ni sustituir ni regular prestaciones derivadas de la autonomía de los derechos fundamentales. Si intenta conseguir esto en plenitud fracasará en los derechos. Estamos aquí ante el tema de la consecución del bien común bajo los condicionamientos de los derechos de libertad.

La consideración de si el Estado puede ser constituido a través de la defensa contra sí mismo suena paradójica. Pero la paradoja radica en el uso de la palabra Estado. El

Estado como receptor de obligaciones es el Estado fuerza (Estado en sentido estricto). El Estado constitutivo es el espíritu común, el soporte de los derechos fundamentales y el destinatario de los mismos, que comprende autoridad y ciudadanía (Estado en sentido lato). El espíritu común es el parámetro que sirve para medir el bien común, y cuya realización compete tanto a la fuerza estatal como a los particulares receptores de derechos.

La teoría de los derechos fundamentales no necesita acabar aquí en especulación y provocar una utopía. Encuentra en realidad al Estado constitucional, que distribuye las competencias del bien común entre el poder del Estado y el de los ciudadanos, y esto en su mejor momento, después del fracaso de la alternativa que supuso el socialismo totalitario. La realidad muestra cómo el Estado constitucional puede vivir con el dilema de la libertad y puede hacer reposar el espíritu común y servir de fundamento para el mismo con éxito. El resultado positivo del problema está anticipado en cierto modo por la práctica inmediata aun cuando la solución se encuentra una y otra vez, y el resultado histórico se mantiene abierto. Por el momento no hay ningún motivo para volver una vez más a desenterrar las profecías y teorías de crisis y caídas propias de la era socialista. Pero sí se encuentra fundamento para buscar el secreto del éxito del Estado constitucional.

II. LA DIVERGENCIA FUNDAMENTAL DE LA LIBERTAD PRIVADA Y DE LA COMPETENCIA PÚBLICA

1. *El concepto fundamental de la libertad negativa*

La libertad fundamental se garantiza en la relación entre el ciudadano y el Estado: aquí el legitimado, allí el obligado. Con ello la dicotomía del Estado de Derecho penetra en el espíritu común: aquí la vida privada y social como desarrollo de la libertad fundamental, allí la organización estatal como receptora de las obligaciones derivadas de los derechos fundamentales, que a su vez no tiene

parte en los derechos, y de difícil manera podría ser sujeto de derechos fundamentales: garante necesaria de los derechos, al mismo tiempo su virtual adversario. La perspectiva reguladora tanto de los derechos fundamentales como de la Constitución se dirige unívocamente al poder del Estado, no al de los particulares ni al de la sociedad. El Estado se organiza constitucionalmente como sujeto de responsabilidades y obligaciones para la regulación, dirección, aseguramiento y para las necesidades expiatorias de la sociedad. La unilateralidad tiene su lógica liberal. El Estado se ve encuadrado entre una trama de obligaciones constitucionales con el fin de que el ciudadano sea libre. Y a través de él, el conjunto de la sociedad. El principio de la separación de poderes, que subyace en toda Constitución, descansa en el primado de la libertad. La libertad se presupone ilimitada originalmente, mientras que el Estado de poder, artificialmente creado, y necesariamente limitado en contenido y alcance, tiene que legitimarse cuando quiere limitar la presupuesta libertad.

Esto no significa que la libertad fundamental en cierto modo haya sido trasplantada desde el *status naturalis* en el *status civilis*. Como objeto de la Constitución está condicionada tanto en validez como en contenido por el derecho estatal. Los ámbitos de defensa en el campo de los derechos están precauñados de una manera múltiple por la ley. La ley dispone las premisas del ejercicio de los derechos fundamentales. La libertad encuentra su concreta figura en los volátiles ordenamientos jurídicos. La necesidad de legitimación de los derechos fundamentales se adecúa al cambiante substrato y prevalece continuamente, también cuando el Estado quiere cambiar la posición jurídica determinadora, transmisora y originadora en perjuicio de su titular.

En el sistema de normas de los derechos fundamentales la libertad es sólo objeto de garantía exterior. Se representa como cáscara jurídica: respecto del Estado apartada y cerrada, respecto de quien la ostenta abierta, puede rellenarla como él quiera. El tipo de derecho fundamental liberal se corresponde con un concepto negativo y vacío de

contenido. No contiene ninguna instrucción para el recto uso de la libertad. No predetermina ni el contenido ni el objetivo de la libertad. Los derechos fundamentales dicen de donde procede la libertad, y dejan que su titular decida cual es su contenido, para qué sirve e, incluso, si sirve para algo.

La libertad como derecho fundamental representa una arbitrariedad subjetiva que se corresponde con la designada por Kant como la autorización al ciudadano para no obedecer a ninguna otra ley más que a la que él mismo haya dado su determinación. El Estado, en su forma legítima de Estado de Derecho, garantiza que el albedrío de uno con el del otro pueda subsistir en la ley general de la libertad. Garantiza las condiciones externas de la libertad individual. Dentro de estos límites la libertad jurídica no está dirigida hacia su uso razonable y justo. Es indiferente a las costumbres. Resiste tanto al bien como al mal, abre el camino tanto al obrar bien como al mal. La libertad es una condición del actuar correcto y adecuado a los usos. La posibilidad de actuar de mal modo también se garantiza. El sol de los derechos de libertad brilla tanto para justos como para injustos.

Imperativos inevitables del espíritu común y de la justicia se acercan desde fuera a la libertad fundamental. Tienen que ser articulados por el Estado, de manera que alcancen eficacia jurídica vinculante. Como tales se muestran como limitaciones de la libertad y no como ayudas para encontrar su determinación interior y su sentido. Los imperativos objetivos de la razón, en la medida en que se transmiten a través de la ley, aparecen como limitaciones externas de la libertad, no como indicación para su correcta utilización.

El concepto negativo formal de la libertad se define de manera prototípica en la francesa Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «La libertad consiste en poder hacer lo que no daña al prójimo»³. Este concepto se corresponde con la determinación de sus lími-

³ Art. 4 y 5 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

tes y de su condicional limitación: De tal manera que el ejercicio de los derechos naturales de un hombre sólo tiene aquellos límites que los otros miembros de la sociedad aseguran al disfrute de derechos similares. Estos límites sólo pueden ser fijados por la ley. Más claro todavía: sólo la ley tiene el derecho de prohibir aquellos actos que puedan ser dañinos para la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley, no puede ser impedido, y nadie puede ser impedido a hacer lo que aquella prohíba. De la misma manera que las prohibiciones que no han adoptado la forma de ley, como las de la moral, la religión, de la convención, no pueden limitar la libertad, aunque su actuación sea reprochable y socialmente dañina, la libertad comprende la posibilidad del bien y del mal, del buen y mal uso. El concepto negativo de la libertad de la tradición es tan fuerte que todavía hoy domina la interpretación de los derechos fundamentales, allí donde la dicción literal de la Constitución nos ofrece un derecho de libertad positivo e interiormente estructurado, como en el art. 2.1 GG⁴: Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, en la medida en que no se atente contra los derechos de los demás, contra el orden constitucionalmente establecido o las buenas costumbres. El libre desarrollo de la personalidad se extiende y se vacía hoy por la razón dominante en la general libertad de actuación formal. Esto significa tanto para uno como para toda organización social, el poder hacer todo lo que no esté prohibido a través de una ley dictada válidamente y conforme a la Constitución. De los tres límites a la libertad que establece la Constitución, solamente uno será eficaz, aquel derivado del orden constitucional, que de manera global hace referencia al conjunto de las normas estatales vigentes, en la medida que sean compatibles con la Constitución. La particularizada mención a los derechos de los demás parece superflua, porque ésta, como parte del ordenamiento jurídico general, queda cubierta por la limitación global que se expresa con el ordenamiento constitucional. Actúa como una anomalía ya

⁴ NOTA DEL TRADUCTOR: GG es la abreviatura de Grundgesetz: Constitución

que al estar concebida de una manera individualista sin la dimensión del prójimo y, por lo tanto, el derecho de éste se conforma como una limitación a la propia libertad, no aparece como su condición. La categoría de las buenas costumbres —que la Constitución ha hecho propia— queda totalmente fuera del esquema de regulación dualista, el de la alternativa entre la libertad como derecho fundamental y el de la ley formal. La ley de las costumbres no se adecúa a la lógica liberal. En la medida y en tanto en cuanto pertenezca al mínimo ético, será salvaguardada formalmente por la ley, de tal manera que el constitucionalista no necesita apoyarse más que en la ley y no recurrir a su transfondo ético. Cuando está ausente la sanción del Derecho positivo, se queda en nada la limitación constitucional.

2. *Fundamento del bien común en el uso de la libertad*

Esto no significa que el uso de la libertad como derecho fundamental sólo fuese de alcance privado y que el bien común, es decir, la rica vida del conjunto del espíritu común, no fuese afectado. Al contrario: el espíritu común se levanta y cae, y los ciudadanos tomados como un conjunto, realizan los derechos fundamentales de acuerdo al bien común. El desenvolvimiento de la libertad como derecho fundamental constituye el espíritu común (en parte con y en parte sin la intromisión mediadora del poder del Estado).

El concepto negativo de la libertad de los derechos fundamentales está en claro contraste con el significado de la utilidad de la libertad para la vida del espíritu común. La Constitución reserva a los particulares importantes tareas en los derechos fundamentales y referentes a la consecución del bien común: la producción e inversión económica, la regulación de las condiciones económicas y del trabajo, la formación de la voluntad política y su información, la cultura y la ciencia, el diseño de la familia, el cuidado y educación de los hijos. El ejercicio anticipa efectos sobre el

producto social y sobre el equilibrio del conjunto económico, sobre las fuentes religiosas y morales, sobre el desarrollo de la población. Los derechos fundamentales se demuestran de este modo como competencia de la ciudadanía para el establecimiento del *bonum comune*. Aquí subyace una posibilidad del uso de la libertad. El espíritu común se apoya en que los detentadores de los derechos, ya que no todo es individual, actualicen la posibilidad para el conjunto en número suficiente y con intensidad. El bien común no se realiza por sí mismo entre los condicionamientos de la libertad como derecho fundamental.

La existencia jurídico-constitucional de los derechos fundamentales no ofrece por sí sola ninguna garantía de que el potencial que le subyace de bien común se vaya a realizar. El derecho fundamental a la libertad de trabajo no asegura el pleno empleo, la garantía de la propiedad no conlleva el bienestar, ni el derecho de sindicación una política laboral que tenga en cuenta las exigencias derivadas del equilibrio del conjunto económico. La libertad de expresión artística como derecho no implica un florecer necesario de la poesía. La libertad científica no asegura ningún descubrimiento exitoso. La libertad de prensa no hace buenos los periódicos. La libertad de conciencia no ofrece ninguna garantía frente a un trato despiadado. La libertad de culto no defiende de la desertización religiosa de la sociedad. Las óptimas instituciones del Derecho eclesial no pueden asegurar la relajación interior de algunas iglesias, una débil orientación espiritual, la inclinación hacia la autosecularización y su abandono en manos de ideologías políticas. No está escrito en ningún sitio el que religión e Iglesia prosperen mejor bajo las condiciones de la libertad como derecho fundamental que bajo las condiciones de la persecución estatal. A la Iglesia católica en Polonia al sentir la presión de la resaca ideológica del régimen socialista le afloraron fuerzas tanto espirituales como institucionales (algo similar no es predicable de la Iglesia evangélica bajo la presión de la DDR). Ahora, después del hundimiento del socialismo, es para la Iglesia mucho más difícil el afirmarse frente a las ofertas competidoras vita-

listas. Algo similar se puede observar en el campo del Arte. Friedell⁵ escribió: «... ninguna presión es peor para el arte, ya venga de la izquierda o de la derecha, que la tibia temperatura del liberalismo», aunque ahí no subyace ningún reproche contra la salvaguarda del derecho a la libre expresión artística (*mutatis mutandis*, a la libertad religiosa). Ya que los derechos fundamentales se mantienen en el nombre de la libertad, que no es más que un flujo de la dignidad del ser humano, la libertad no necesita de su ejercicio para legitimarse.

Al mismo tiempo está sometida a expectativas de ejercicio. Las bases tanto físicas como espirituales, económicas como culturales de la vida del bien común están en el ámbito de la defensa de los derechos fundamentales. Escapan fundamentalmente del poder de disposición del Estado y son accesibles sólo con reservas a su influencia. El espíritu común depende de la iniciativa, del trabajo, del ímpetu, de la habilidad y del Ethos de sus ciudadanos. Estos básicamente no siguen una planificación estatal sino que dependen de la propia decisión y planificación.

La libertad como derecho fundamental se manifiesta en su sentido positivo: como posibilidad jurídica de participar en la constitución del espíritu común, de colaborar en la causa de la comunidad. Los derechos fundamentales aparecen no como una libertad frente al Estado, sino como una libertad para el bien común. Ambos conceptos de la libertad no casan *a priori*. No pueden mantenerse cerca sin unirse. Uno no puede optar por éste o aquél, ya que son el mismo derecho fundamental; se trata de su contenido y su alcance. La garantía legal formal y la necesidad de justicia material del espíritu común deben encontrar un equilibrio práctico. Este se completa en la vida diaria del espíritu común. El uso, la garantía y la defensa de la libertad como derecho fundamental consiste en la activa interpretación de los derechos fundamentales. Pero ya que no todo el Derecho por el hecho de serlo es razonable y que no todo

⁵ EGON FRIEDEL: *Kulturgeschichte der Neuzeit* (1927-1931), Ausgabe 1974, p. 1319.

lo real es razonable, se mantiene la pregunta de cuál será la compensación que el concepto de libertad exigirá de la Constitución.

III. ¿REDUCCIÓN A LIBERTAD «VERDADERA»?

En el *Egmond* de Goethe, el duque de Alba enseña a los holandeses, cuando estos exigen libertad de la dominación española: «¿Libertad? Una hermosa palabra ¡quién pudiese entenderla bien! ¿qué tipo de libertad quieren? ¿cuál es la libertad del más libre? ¡Hacer lo correcto! Y esto no se lo va a impedir el Rey.» La libertad se reduce aquí a la libertad positiva, y ésta consiste para los súbditos en el sometimiento al orden definido por el Estado, a la obediencia. Este entendimiento de la Libertad es un ejemplo de la legitimación de la autoridad monárquica, que determina por sí misma qué es lo recto y con ello cuál es el recto uso de la libertad. El entendimiento de la libertad se encuentra también en el contexto democrático de Rousseau, que intenta derivar al Estado de la libertad, donde la posible cooperación del ciudadano individual en el procedimiento se convierte en una aceptación de su resultado material, es decir, la legislación estatal considerada como autolegislación dirigida a todos los individuos y en la que el regido y el regente se identifican de manera forzosa. La doctrina de Rousseau parte de la libertad negativa del ciudadano individual y desemboca en aquella libertad positiva que consiste en asentir a la voluntad general como propia.

A la propuesta de la libertad negativa de los derechos humanos que se abrió camino durante la Revolución francesa, opusieron los Papas durante el siglo XIX la imagen de la verdadera libertad: como la libertad para el credo verdadero y para la actuación moral. La libertad sólo se puede pretender para lo Verdadero, lo Bueno y lo Recto. En este sentido no habría ninguna libertad para el error, por lo tanto ninguna libertad de culto para las religiones que no tengan parte en la verdad cristiana, ninguna libertad para la libertad de cátedra para las doctrinas falsas,

ninguna libertad de prensa para el mal libro que estropea la moral. El que pretende que la Libertad sólo como libertad verdadera se pueda aceptar, tiene que estar seguro de conocer la verdad. Sólo los Papas estaban seguros.

Pero este presupuesto no se da en el Estado desde el momento que se produce una separación debida a las guerras de religión y a la reforma protestante. El Estado moderno renuncia al mandato de las últimas verdades y se limita a las tareas mundanas de la convivencia práctica. Se ha conformado de manera inevitable con esa quiebra social y se conforma con la salvaguarda de la Paz y de lo Justo, como condiciones marco para la vida social. La Unidad en la que se apoya el Estado constitucional no se basa en la verdad de la fe, sino en la libertad, que comprende toda la posibilidad de creencia. Persevera en la pregunta de Pilato.

Es acaso que han desaparecido o menguado en el Estado moderno las certezas sobre los criterios de rectitud del individuo en la actuación social. La determinación de aquello que tanto para el individuo como para el conjunto es lo correcto, parece que está menos presupuesto que abandonado a la libre determinación del particular, del proceso político y de la sociedad. La Constitución regula de esta manera de un modo menor el contenido del bien común y más el proceso y la competencia para determinar el mismo. Pero con esto no se soluciona el problema de cómo del anárquico libre albedrío de los individuos se puede desarrollar un espíritu común capaz de dar vida y de ser vivido.

La postura de Kant por la cual es suficiente que el Estado lance sobre la arbitrariedad de los particulares una red formada por un ordenamiento jurídico externo y coactivo, que sólo coordine sin acabar con la arbitrariedad, encuentra la más firme oposición en Hegel. Definir la libertad de prensa como la libertad para hablar y escribir lo que uno quiera, significa que éste hablar pertenece a la primera rudeza y superficialidad de las ideas. Cuando la voluntad del individuo particular en su propio albedrío debe ser la base sustancial y la primera, puede pensarse

que lo razonable sólo se puede entender como lo limitativo para esa libertad, pero tampoco como lo razonable inmanente, sino que se muestra como un genérico externo y formal. La libertad abstracta de estar junto a sí y de referirse a sí conduce al terror y al fanatismo cuando hace aparición en la realidad. Pero el espíritu subjetivo del individuo lleva en sí mismo la ley de la razón, se deduce del yo responsabilidad, en el encuentro en los otros de lo necesario, se encuentra de este modo a sí mismo y demanda una concreta libertad. La idea de lo moral se encuentra más allá del horizonte de los derechos fundamentales. La subjetividad no será oprimida por el Estado de Hegel, sino llevada a su culmen, y al mismo tiempo reconducida a su unidad sustancial, en la que se puede mantener. Los particulares intereses del individuo, de la familia, de la sociedad burguesa serán elevados en el conjunto estatal, en parte absorbidos y en parte conservados. La libertad concreta que se realiza en el Estado, consiste en el ajuste del individuo al todo y en su mantenimiento en el conjunto, de tal manera que obligación y derecho se confunden. El individuo, en sus obligaciones, súbdito, encuentra como ciudadano la defensa de su persona y de la propiedad, la toma en consideración de sus bienes particulares y la satisfacción del ser sustancial, la conciencia y el sentimiento de pertenecer al todo, y en esta consecución de obligaciones, servicios y cuestiones para el Estado encuentra aquel su mantenimiento y su subsistir.

Se pueden distinguir aquí dos niveles en el Estado. Como Institución, que sirve a determinados fines, como son la defensa de la persona y de la propiedad del ciudadano, o como Estado de la razón en el que se dibuja el opuesto de los ciudadanos y de la sociedad con sus necesidades y representa un volumen particular. Pero el interés del individuo no es el fin último del Estado y tampoco es algo discrecional el formar parte del mismo. Más bien es la asociación estatal como tal el objetivo verdadero, y la determinación de los individuos consiste en que puedan llevar una vida integrada en el seno del Estado. Todo se reconduce a una unidad sustancial, en la que se acaba con

todas las diferencias de Estado y sociedad, y se alcanza la identificación del Estado con la idea moral, en la que se encuentra el espíritu objetivo y subjetivo y la libertad y la necesidad encuentran su reconciliación. En esta cima el Estado encuentra su máximo derecho en la libertad de la autodeterminación, ya que el Estado es espíritu objetivo e incluso el mismo individuo no es más que objetividad, verdad y moralidad, como miembro que de él es.

Sin embargo, el Estado de Kant no demanda todas estas funciones. En él se mantienen la idea de albedrío y moralidad, de lo justo y de lo virtuoso, la ley heterónoma del Estado y la autonomía de la conciencia se encuentran separadas una de otra. El Estado exige del ciudadano solamente legalidad, no moralidad. El empleo de la convicción le está prohibido. El imperativo categórico hace referencia al actuar moral del hombre, no a su *status* de ciudadano. Por el contrario se convierte el imperativo categórico en un principio del Derecho para el Estado, en la medida en que éste tiene que limitar y coordinar el albedrío del particular de acuerdo a criterios de imposible generalización. De acuerdo a la lógica del Estado de Derecho sólo el Estado está sometido para que el ciudadano sea libre. Ya que a éste no se le debe ninguna moralidad, se mantiene en el ámbito de la ética del estado de naturaleza, en el que cada uno se dota a sí mismo de su propia ley y es su propio juez, sin que haya una autoridad pública que llevase a cumplimiento las leyes externas. Kant se esfuerza en salir del estado de naturaleza. Pero, a diferencia de Hegel, no encuentra la solución en el Estado, sino en la Iglesia. Esta no es entendida como la de la religión cristiana sino la Iglesia revelada del Reino de Dios en la tierra, en la que la religión toma forma dentro de los límites de la pura razón, una especie de república mundial de la virtud, en la que se erige la situación ética de la ciudadanía y donde los hombres se encuentran unidos por unas leyes de virtud no coactivas.

El Estado constitucional se niega a alcanzar tales alturas en las que el Estado moral y unitario de Hegel se entroniza. Y tampoco quiere ser una Iglesia civil de las vir-

tudes de los ciudadanos. Persevera en el nivel menor del Estado de razón y necesidad y se conforma con ser un estado sectorial, donde sólo un aspecto —aunque relevante— de la existencia ciudadano importa. No puede ni quiere quitar la tensión que se da entre el principio objetivo y subjetivo, tampoco retirar los conflictos surgidos entre el interés individual y el general, ni tampoco dejar trasnochada la división del hombre en particular y ciudadano. No intenta, por lo tanto, dar una solución al dilema de la libertad. Se esfuerza en que la libertad negativa del individuo se garantice y, expresado en terminología hegeliana, se reconozca la base sustancial y primaria.

IV. CAMINOS EQUIVOCADOS DEL CONSTITUCIONALISMO:
LAS OBLIGACIONES FUNDAMENTALES Y
LA PROHIBICIÓN DEL ABUSO

Cabe preguntarse si la Constitución, que hace suyo el concepto de la libertad negativa en los derechos fundamentales, no podría ya en las fuentes tomar precauciones para que los peligros que acechan al bien común se pudiesen evitar.

Una precaución de este tipo representa la asunción de los derechos fundamentales en el mismo texto constitucional, a los que pertenecen la obediencia a la ley, el deber fiscal y el de participación en la defensa militar del Estado, y a los que más recientemente se les han sumado la obligación paterna de educar, la obligación de defensa del bien común, la solidaridad, la defensa del medio ambiente, el respeto mutuo y la conmiseración con el prójimo. De tal manera se puede ver cómo ya en la Constitución directorial francesa de 1795 se contraponen —*contrepoisson*— al potencial anárquico de los derechos fundamentales, el contrapeso de las obligaciones básicas. Pero éstas no se dejan enfrentar simplemente a aquellos, porque la Constitución en el Estado de Derecho conoce algunos derechos que son directamente oponibles por el particular, pero no hay obligaciones que sean directamente oponibles. Para éstas rige

la reserva de ley, es decir, la necesidad de autorización dentro del texto constitucional, para que se satisfaga la exigencia de certeza en la medida en que pueden afectar al ámbito de fuerza legitimatoria de los derechos. Esto se manifiesta de manera ejemplificativa en el artículo 14.2 GG, en el que se reconoce la vinculación social de la propiedad: el mandato lapidario, la propiedad obliga, no dice al propietario a qué queda obligado. Y esto no se deduce de la explicación de que el uso de la propiedad tiene que servir —aparte de a la satisfacción del uso privado— para el bien del conjunto. De manera que de nuevo queda abierta la cuestión de en qué consiste este servicio. Es la ley la que explicará y determinará en qué queda esta obligación. De manera que la Constitución se abstiene de manera sabia de pronunciarse explícitamente sobre la problemática de las obligaciones fundamentales.

El dilema tampoco se resuelve si al abuso de los derechos fundamentales se le niega el reconocimiento, como la Constitución, separándose del relativismo de la Constitución de Weimar, que en el artículo 18 establece como el hecho de que los derechos no pueden ser en ningún momento utilizados para atacar el orden constitucional, es decir, no hay una garantía constitucional del abuso del derecho contra sí misma. Pero este artículo no indica cuál es el camino para el uso correcto del derecho, solamente deja claro lo que no se puede llegar a pretender hacer con el mismo. Incluso en este estrecho ámbito le es difícil a la Constitución constatar un mal uso o abuso del derecho.

V. EXPECTATIVAS PRECONSTITUCIONALES Y PREJURÍDICAS SOBRE EL USO DE LA LIBERTAD

Aun cuando la vinculación social de la propiedad de acuerdo al art. 14.2 GG no significa ninguna obligación inmediata para el que detenta ese derecho fundamental, sin embargo sí que contiene una expectativa constitucional, de manera que el uso del mismo reporte no sólo un beneficio para el particular sino también de carácter público, de

modo que se encuentre un equilibrio entre el contenido privado y el público del derecho. El texto de la Constitución contiene sólo un pequeño número de expectativas de este tipo. Aunque la mayoría de las veces no escritas, se corresponden todos los derechos de libertad con expectativas constitucionales derivadas de su ejercicio de acuerdo con el bien común. No significan un sistema predeterminado. Es más, se actualizan en cada circunstancia del espíritu común. En general éste depende de que sus ciudadanos utilicen las opciones de los derechos de una manera coherente y responsable con el bien común. A la libertad de los derechos se corresponden las expectativas generales de la actividad, la ética y la eficiencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Las expectativas constitucionales respecto al ejercicio de los derechos tienen una naturaleza prejurídica. No tocan el ámbito de la libertad negativa, sino que sitúan a su lado ejemplos realizables. Las expectativas constitucionales hacen que el dilema de la libertad de los derechos sea visible, y que se muestre como podría dársele una solución. Si las expectativas son defraudadas, así parece lógico que el Estado abra brecha con base en su responsabilidad última respecto del bien común. Pero sus medios son limitados gracias a la libertad. Tiene el derecho y, dependiendo de las circunstancias, el deber de regular el uso de los derechos fundamentales. Pero su poder regulador alcanza en la medida que aquellos se mantienen abiertos a esta intervención, más allá de sus barreras predeterminadas y de sus reservas limitativas. Aquí hay que distinguir según los ámbitos de defensa. Relativamente accesible es la propiedad, en menor medida el derecho a un trabajo, el derecho de asociación, en tanto en cuanto que el derecho estatal ya regula la autonomía de la negociación colectiva. Se resisten asimismo a la regulación campos de la ciencia, de los medios de masas, de la educación de los hijos. En general se puede decir que la intervención a través del Estado no suele ser una alternativa a la autoregulación. Subyace una diferencia esencial en el hecho de que juegue un papel importante en el modo del cumplimiento a través de la ac-

tividad pública, la autonomía del derecho fundamental o de que se realice a través de una manera heterónoma, es decir, con la intervención del Estado. El Estado tiene respecto de algunos ámbitos de la vida afectada por derechos fundamentales menos competencias para regular de manera soberana y más para apoyar, motivar fomentar, señalar, como es el caso de la familia o de la economía y de la ciencia. De ningún modo podría sustituir de manera efectiva un eventual fallo de estos últimos respecto del bien común. Si lo intentase la expansión del Estado sería tan amplia que conllevaría la pérdida de la calidad de Estado de libertades. En los derechos fundamentales toma cuerpo el principio de solidaridad. En la medida que tanto el que ostenta un derecho fundamental como el Estado tiene una función pública, le corresponde la primacía al primero. El Estado debe legitimarse si pretende inmiscuirse en el ámbito del detentador del derecho. El principio constitucionalmente sancionado de la subsidiariedad defiende la consecución descentralizada del bien común.

Las competencias del Estado se ven no sólo desde el punto de vista constitucional. Su virtual omnipresencia choca también con unas barreras apriorísticas que derivan del principio de neutralidad. Prestaciones derivadas de la autonomía de los derechos fundamentales están acuñadas desde un punto de vista religioso y fundamentadas desde una visión ideológica, y no pueden ser sustituidas por el Estado neutral. En todo caso podría desarrollar sucedáneos. Qué precario para los derechos fundamentales es esto, se demuestra en los intentos de sustituir de algún modo la clase de religión impartida por las Iglesia por una asignatura estatal denominada «Determinación vital, Ética, o Ciencia de la Religión».

De manera que sigue pendiente la pregunta de si las expectativas constitucionales de los derechos pueden ser alcanzadas a través de la actividad del legislador, es decir, a través de leyes en las que queden claramente fijados tanto las obligaciones jurídicas como los límites y el contenido de las mismas. Esta parece ser la solución conforme con el Estado de Derecho: ya que éste solamente puede exigir la le-

galidad y no la moralidad. ¿Es posible tener legalidad sin moralidad? Las normas jurídicas exigen la obediencia jurídica. Esta es la obligación jurídica. Pero la capacidad coactiva del Estado sólo alcanza a que se cumpla en casos individualizados. En su conjunto depende de que el ciudadano obedezca por sí mismo. La obediencia jurídica es la prueba de la eficacia del libre asentamiento del ciudadano y de la observación en su conjunto. El Derecho no pretende sustituir al Ethos ya que él mismo depende de él. La obediencia jurídica es más un fundamento del Derecho que su objeto, antes de nada está la obligación ética. Esto también es válido para la obligación pacífica del ciudadano de abstenerse del uso de la fuerza en la lucha para que prevalezcan sus intereses. Esta apriorística obligación fundamental y que es base del Estado moderno como unidad de paz, constituye asimismo el núcleo de la obediencia jurídica que referido a las correspondientes normas, representa una obligación formal fundamental, y como tal una de las condiciones de la eficacia de la democracia del Estado de Derecho, para la cual la ley constituye la base, el límite y el medio más importante de su actuación. En el cumplimiento de las obligaciones fundamentales apriorísticas se actúa la disponibilidad del individuo para su existencia estatal como ciudadano. Precisamente en esta necesaria disposición es donde se quiebra en muchos lugares, y no en menor medida por el hecho de que se quieran sustituir el servicio ético de las leyes a través de utopías democráticas, y esto es así porque la interpretación subjetiva no concuerda con el contenido legal objetivo.

El alcance de la regulación estatal se mantiene por detrás de las necesidades del bien común. Esta divergencia no se puede eliminar sino es sacrificando la libertad. El espíritu común es absolutamente dependiente de la prestación libre del ciudadano. Vive de fundamentos que no son disponibles por el Estado constitucional, y se confía en que sus servicios produzcan, sabiendo que aquel no es dueño de los presupuestos en los que se fundamenta. Este es el riesgo de la libertad, para el que no hay ningún aseguramiento posible.

VI. VIRTUD E INTERÉS.
VEHÍCULO EXTRAJURÍDICO DEL BIEN COMÚN

La confianza básica del Estado constitucional en la libertad no se deja asegurar por el Estado mismo. Siempre se encuentran en la Teoría del Estado bases en las que se puede apoyar. Estas bases son la virtud o el interés. Actúan como vehículo del bien común.

1. *El modelo de virtud*

Para Montesquieu es la virtud del ciudadano, la que en el Estado libre realiza el bien común. Es la fuerza que pone en movimiento el espíritu común, y que significa para la república lo que fue la codicia para la monarquía, o el miedo para la dictadura. La virtud, y en concreto, la virtud política, como antes la *virtus* romana, es la pasión del republicano, que ni puede ser impuesta por la fuerza ilegal ni por la coacción legal. Virtud significa: satisfacción, falta de provecho propio, disponibilidad para el sacrificio, devoción por el Estado, amor por la patria y por las leyes⁶. Un ideal espartano, que requiere que el ciudadano se aparte de sus intereses particulares, para que así pueda dedicarse con más ímpetu a los de la colectividad. La república empieza a tomar así caracteres monacales, el republicano se convierte en un monje laical. ¿Por qué aman tanto los monjes a su orden? Por la misma razón por la que la esencia monacal se les hace tan difícil de soportar. Su regla les roba de todo aquello a lo que normalmente se encuentra inclinada la sensualidad. De este modo sólo les queda el amor a su regla, a pesar de la presión que ejerce. Cuanto más estricta, con más fuerza les separa de sus inclinaciones, y también les da la fuerza para poder afrontar los retos que les supone. La Revolución Francesa se apropió del ideal de virtud. De acuerdo a la Constitución jacobina de 1793 confía la República francesa el bien de su

⁶ MONTESQUIEU: *De l'esprit des lois*, 1748, Libros III, V.

Constitución a la guarda de todas las virtudes (*la garde de toutes les vertus*). Para Robespierre es el medio, afirmar la virtud, para así encontrar a la virtud como sustentadora del terror mismo. Sin la virtud el terror es funesto, y sin el terror la virtud carece de fuerza. La palabra virtud quedará tan desacreditada por la autoridad del miedo que ha desaparecido del vocabulario político y ha quedado proscribida y sin reemplazo semántico posible.

Sin embargo sí sobrevive el modelo de ciudadano republicano de Montesquieu, que se entrega por entero a la causa de la generalidad y que deja detrás el provecho particular que es propio del burgués. En este punto es donde Karl Marx arremete con su crítica de los derechos humanos liberales de 1789, que tomaban como paradigma más que al ciudadano al burgués como el verdadero ser humano, y que utiliza el espíritu común como puro medio para desacreditar el mantenimiento de los derechos humanos, y que declaraban al ciudadano como siervo del hombre egoísta. El modelo de virtud sirvió al Estado socialista para crear una dictadura de la educación y para declarar a los súbditos que en la medida en que no pudiesen superar su burguesa conciencia de clase, serían incapaces de tomar parte en la libertad que por primera vez el comunismo atribuía al ciudadano redimido.

Para Rudolf Smend, este par de conceptos sirve para salvar a los derechos fundamentales de la Constitución de Weimar del peligro del individualismo y del pluralismo. El burgués que quisiera traer la ofrenda de sus propios intereses al calor de la Constitución jugará con el ciudadano para ser el modelo de la misma, a quien los derechos fundamentales confieren su particular derecho de clase en el marco del conjunto que se diseña, y sobre el que se apoya el pensamiento básico de la Constitución de Weimar: conformar un pueblo tomado como un todo y en el que la misión histórica que le está encomendada puede llegar a cumplirse, ser la forma en la que todos nosotros juntos podamos realizar nuestra común llamada histórico-moral de ser una nación. En la ética de los derechos fundamentales de Smend se refleja, aunque lejos y pálidamente, el mode-

lo de Estado de Hegel, claro está, con muchas diferencias ya que no se limita a los esfuerzos centrípetos, sino que más bien encuentra un equilibrio con los centrífugos. Aunque detrás y con claridad se puede observar detrás del modelo de Smend el ideal del funcionario prusiano. La quintaesencia de la teoría de los derechos de Smend se encuentra ya en la propuesta romántica del Estado en Novalis: Todo ciudadano es un funcionario del Estado.

2. *El modelo de intereses*

El modelo de intereses no parte del ciudadano sino del burgués: del particular como detentador de intereses particulares, por lo tanto, de hombres como hoy y ahora. El Pathos moral, el heroísmo, no es requerido. El ciudadano no necesita negar sus necesidades particulares y se somete a su disciplina republicano-monacal. El egoísmo no será maldecido por el Estado, sino legitimado y animado. Justo esto es lo que crea la aprobación del orden estatal, porque prepara las condiciones del egoísmo. El provecho propio bien entendido como beneficio en sentido amplio defiende los fundamentos del Estado. Se limita a corto plazo en lo que a largo plazo puede salir airoso.

El aristócrata francés Tocqueville contempló hace un siglo y medio la fuerza de la doctrina del provecho propio bien entendido en la masa democrática de América, en la que sus defensores se ven movidos a sacrificar parte de sus ventajas particulares para preservar lo restante, de modo que case una buena conciencia la ponderación de utilidades. Reconoce el nuevo y vital Ethos, y constata que la época de la devoción ciega y de las originales virtudes ha quedado muy atrás. La doctrina del provecho propio bien entendido no se sitúa particularmente alto, pero es claro y seguro. No persigue ningún objetivo muy importante, pero sin demasiado esfuerzo alcanza aquellos a los que está dirigido. Debido a que está maravillosamente acomodado a las debilidades humanas, consigue un gran influjo sobre todos, ya que vuelve el provecho propio con-

tra sí mismo y le sirve de esta manera como timón de las pasiones de su aguijón punzante. Los americanos no ponían en tela de juicio que cada hombre debe buscar su propio beneficio, pero se esforzaban con ahínco en probar el que la honorabilidad a todos alcanza ventajas.

El modelo de intereses se demuestra superior en varios aspectos al modelo de virtud. Despliega la creatividad ciudadana sin la presión del esfuerzo continuado de la moral, sin tener que poner obligación al particular, sin total politización. El ciudadano entra enseguida en el disfrute de la libertad que la Constitución le ha prometido, sin que tenga que ser animado a ascender a la montaña purificadora de la educación política. El bien común no significa para el ciudadano el fin subjetivo del actuar sino el efecto objetivo. El particular no debe pensar en el horizonte del conjunto, una exigencia que ha fracasado reiteradamente en la práctica, sino sólo en el horizonte de su personal interés. Todos los implicados se dirigen de la mejor manera. De forma seca constata Adam Smith: «No es el bien querer del carnicero, del cervecero o del panadero lo que esperamos y lo que nosotros necesitamos para comer, sino que perciban sus propios intereses. No nos dirigimos hacia su caridad, sino hacia su amor propio, y no mencionamos las necesidades propias sino que hablamos de su ventaja. Nadie querría depender de la buena intención de sus compatriotas, mas que el mendigo, y ni siquiera éste puede confiar en aquella.»

En la competencia económica los egoísmos de muchos se ponen en movimiento, pero se controlan y limitan mutuamente —una efectiva separación de poderes con base en la competencia leal— y finalmente también para el bien del conjunto se demuestra fructífero, ya que promueven, sin que se esfuerzen por lograrlo y sin que se den cuenta de su efecto, la esperanza de que la competencia de intereses al final produzca lo mejor para el conjunto, y esto no provoca sólo la idea de la libertad económica, sino también de la libertad político-democrática, que vive de la competencia de las elites más fuertes. Comprende ciencia, técnica y arte, cuya innovación y avance se completan en

la libre discusión. No para en reparos delante de la religión, así la parábola de Natán, en la que su verdad debe demostrarse en la competencia con las demás religiones. En todos los ámbitos actúa el optimismo, que Adam Smith representa clásicamente en la vida nacionaleconómica: que, donde la subjetividad y los intereses se despojan de las tradicionales ataduras y pueden así entrar en el Agon abierto, provocan de una manera tanto objetiva como indirecta un servicio para el conjunto, llevado por una mano invisible, que es más inteligente que los más preclaros planificadores estatales, hacedores y detentadores de autoridad.

3. *El modelo mixto de la Constitución*

a) *Derechos fundamentales como legitimación del provecho propio*

El modelo de intereses se ofrece desde su principio como modelo explicativo para el ordenamiento de derechos fundamentales de la Constitución. Los derechos fundamentales defienden y legitiman el provecho propio. Por lo tanto presuponen la garantía de la propiedad como evidencia, el hecho de que la propiedad pueda ser utilizada para el bien privado, siempre que se le añada el que al mismo tiempo debe servir al bien de la comunidad. El derecho fundamental de elegir profesión defiende los esfuerzos por el beneficio. La libertad de asociación justifica el egoísmo organizado de grupo en el que se divide la lucha del reparto de la sociedad. La libertad de expresión, de prensa, de partidos políticos, artística y científica desatan codicia, necesidad de afirmación y esfuerzo de perfilación, vanidad en el esfuerzo por alcanzar reconocimiento, publicidad, fama, influencia, poder, apetito. Con estas pasiones se activan energías de servicio, de las que difícilmente se podría predicar que es puro altruismo como del empleo del orden estatal para poner en juego el bien de la comunidad. La libertad como derecho fundamental se realiza en los

mercados y en la sociedad competitiva. Desata y asegura los elementos de la economía de mercado en la libertad contractual y laboral, en la libertad de asociación, de propiedad y herencia. Pero también necesita de los cimientos de la economía de mercado para desenvolverse de manera óptima.

El modelo de intereses se corresponde con el principio agonal, que subyace en los derechos de libertad. Más ampliamente se refieren al mercado y a la sociedad competitiva. El empresario, la redacción del periódico, el publicitario, el científico, la asociación de intereses, la comunidad religiosa, todos encuentran en los derechos fundamentales la defensa frente a la regulación injustificada y la intervención del Estado. Pero no encuentran ninguna defensa frente a sus competidores, que a su vez disfrutaban de la libertad fundamental. Los derechos fundamentales abren así la oportunidad a la competencia, pero también a su riesgo, es decir, a la débil demanda. El Estado de Derecho garantiza las condiciones marco de la competencia, pero no el éxito en la competencia. Aquí se muestra la dureza del concepto de derechos fundamentales liberales, a los que tienen que ir acostumbrándose las sociedades del Este y del Centro de Europa después de la caída del comunismo. La sociedad de los derechos vive de la lucha competitiva de los intereses económicos, sociales, políticos, culturales e incluso religiosos. Las elecciones democráticas presuponen partidos en competencia. El influjo político, la fama literaria, la reputación científica, la autoridad moral sólo son alcanzables en un ámbito de concurrencia; tienen y necesitan ser continuamente adquiridos. Es una fuente de energía para el bien común, ya que el ostentador de derechos trabaja, lucha y compite por sus intereses.

El modelo de intereses subyace al Estado fiscal. Presupone la legitimidad del esfuerzo del particular por alcanzar el beneficio, permite que se desenvuelva en libertad, para que al final sea útil, al participar del éxito económico. De esta manera adquiere los medios para desempeñar sus funciones públicas, y poder financiar sus prestaciones sociales. El Estado fiscal es un parásito de la sociedad

económica. Pero no debe de extender su cuota fiscal hasta el punto de que el provecho propio no pueda esperar verse satisfecho y así anulada la voluntad de prestación, de modo que la fuente de energía del Estado fiscal se pueda llegar a secar. Una desproporción en su imposición destruiría su propia base vital.

Los impuestos solamente se aplican cuando los ciudadanos consiguen rentas, se persiguen volúmenes de venta, se poseen patrimonios o cuando cualquier otro hecho del éxito económico se cumple, al que la ley ata la obligación de pago. De modo que queda a disposición del particular la facultad de rechazar sus posibilidades de enriquecimiento, de enterrar su talento, de decidirse por la existencia del retirado y situarse en el bando contrario, en el de los receptores de las prestaciones del Estado socialista a través de tomar parte en su sistema de reparto. Sin embargo, el Estado fiscal construye sobre la esperanza de que un número suficiente de los que pertenecen a esta sociedad asuman sus expectativas económicas. La garantía de la esperanza fiscal sirve para el provecho económico particular. Gracias a este ardiz de la razón liberal, aquél sirve al bien común de varias maneras: cubre una demanda y contribuye al producto social. Sirve para cubrir las necesidades del que obtiene el beneficio y las de su familia. Finalmente consigue que se obtenga el substrato impositivo de acuerdo a su capacidad impositiva y de manera que el Estado cubra sus necesidades financieras.

Estas determinaciones permiten ser generalizadas: la capacidad de servicio y la disponibilidad para el mismo de los ciudadanos pertenece a los fundamentos vitales del espíritu común libre. Son anteriores a la capacidad de disposición del Estado. De esta manera el provecho propio se convierte en vehículo del bien común, que mueve a los ciudadanos para que se aperciban de las libertades que los derechos fundamentales les otorgan.

A esta actividad de derechos fundamentales, cuyo estimulante esencial —aunque no el único— es el provecho propio, subyace una expectativa elemental de la Constitución. Donde el brío no juega ningún papel en la realización

de los derechos fundamentales, estos quedan vacíos de contenido. Se evita el matrimonio y no se tienen niños, así ocurre con la defensa del derecho al matrimonio, a la familia y a la educación de los hijos. En la medida en la que la iniciativa empresarial, el ímpetu periodístico o la pasión por el trabajo científico se agotan, desaparece el significado del derecho al trabajo, a la investigación o a la libertad de prensa. Los derechos fundamentales presuponen al hombre activista, tal y como se desarrolló en la época moderna, de tal manera que algunas instituciones jurídicas despiertan la duda de si sin más se dejarán injertar en otras culturas fuera de Europa.

El modelo de interés corresponde a los sucesos que se han desarrollado en la sociedad moderna. Consigue que de la miseria de las oposiciones y conflictos sociales se pueda derivar una virtud plural. Las contradicciones con las que el hombre actual tiene que convivir se convierten en fructíferas, la discrepancia se aprehende como curativa.

b) *La corrección del modelo de intereses en el Estado social*

La confianza ingenua del liberalismo en una mano invisible, que dirigiría los intereses en competencia de la sociedad, hoy se ha roto. La experiencia muestra como para aquel que no posea las capacidades para enfrentarse a esa competencia hay vía libre para la privación de libertad, de la independencia y para la humillación. Y la libertad económica no sólo pone al descubierto egoísmos contrapuestos y en competencia, sino que también puede suscitar intereses concurrentes que tienden a agruparse y fusionarse, con la consecuencia de que la libertad económica se convierte en un poder que puede atacar y estrechar otras libertades. Estos desafíos se encuentran para el Estado constitucional en los objetivos sociales del mismo. Su mano visible corrige los resultados de la autorregulación social de acuerdo al criterio de la justicia social y con el fin de asegurar la existencia del conjunto de la población.

El escepticismo generalizado que hoy en día se encuentra tanto en los sucesos de la lucha de intereses sociales como de la autonomía privada se salva en un ámbito: la autonomía en la negociación de los convenios colectivos. Aquí descansa el impulso regulador del Estado social, y esto no porque no haya ningún poder social eficaz, sino porque no se quiere someter a ninguna prueba de fuerza.

c) *Inevitable recurso —también— al modelo de virtud*

El modelo de intereses descarga de presiones morales, pero no hace superfluo al Ethos. Produce una necesidad ética. La competencia, ya sea política, económica o espiritual sólo es posible dentro de unas reglas, como en el deporte, que sean aceptadas previamente por todos los participantes. A ellas pertenecen la exigencia de la igualdad de oportunidades y del *fair play*, la capacidad de saber ganar y perder con decencia. Sin la apelación a algunos presupuestos éticos no puede sostenerse un espíritu común. Esto se muestra también en el objetivo estatal social, en el que toma cuerpo un determinado Ethos del Estado, que hace referencia al de los ciudadanos. La redistribución que el Estado social hace según las capacidades, diferenciando entre miembros necesitados de prestaciones y aquellos que pueden hacerlas, provoca un problema de legitimación por el lado de los afectados por la carga de realizarlas y por el lado de su aceptación. Redistribución presupone solidaridad entre el tomador y el receptor. La solidaridad es un presupuesto ético del espíritu común y desde el punto de vista del ciudadano, una virtud. La solidaridad no consiste únicamente en la aceptación de la prestación que se determina por el legislador del Estado social, sino también y esencialmente por la activa disponibilidad para realizar servicios en favor tanto de la comunidad como de un individuo concreto. Se deja constatar como la garantía jurídica del libre albedrío se corresponde con la prejurídica expectativa constitucional de la moral.

Los derechos fundamentales desatan el provecho propio, pero no se agotan ahí. La garantía de la propiedad defiende también el aprovechamiento para la colectividad. La libertad profesional engloba la capacidad de obtener beneficio. Pero se cierran al servicio puramente caritativo. La libertad como derecho fundamental engloba al egoísmo y la renuncia al mismo como posibilidad. Y se otorga tanto al burgués como al ciudadano. No fuerza a éste a ir por debajo de su nivel moral, y no anima a aquél a desdecirse. De esto se deducen consecuencias jurídico-prácticas. Los derechos fundamentales garantizan el comportamiento altruista. Cuando el legislador quiere reclutar a un particular para una actividad pública, por ejemplo, el empresario que tiene que ofrecer puestos de aprendices o el propietario de un inmueble que tiene que ceder terreno para un monumento público, esto ataca al derecho a la libertad y, en esa medida, tiene que legitimarse. Cuando el empleador o el propietario asumen estas tareas no significa que, de acuerdo a la libertad como derecho fundamental, pudiesen oponerse a eventuales obstáculos que pudiesen interponerse por las correspondientes autoridades competentes.

d) *¿Privilegios de derechos fundamentales para la virtud?*

Sería erróneo conceder a una entidad sin ánimo de lucro, que disfruta de exenciones fiscales, los mismos derechos que a un empresario que desarrolla su actividad bajo las condiciones del libre mercado, ya que al empresario le cubre la necesidad de ese mercado. El beneficio asegura el mantenimiento del negocio y el desarrollo de la empresa, cuida de los ingresos personales y de los empleados y sus familias. Contribuye así a los impuestos y a las necesidades financieras de la generalidad estatal.

El Tribunal Constitucional alemán⁷ muestra una inclinación a considerar más digna de protección la posición

⁷ NOTA DEL TRADUCTOR: en el original se utiliza la abreviatura habitual para designar a esta institución: BVerfG.

del ciudadano que la del burgués. La activación política de la libertad de expresión y de reunión, que tan importantes son para la democracia, tienden a prevalecer frente a derechos fundamentales de corte más individual como son la libertad de movimiento y el honor personal. De manera que bloquear el tráfico por motivos políticos escaparía a las consecuencias penales que normalmente se producirían en otro caso, y esto porque hay una diferencia sustancial entre el aprovechamiento propio y los actos motivados por el bien común: los bloqueadores que buscan no un beneficio propio sino asuntos con un significado general esencial, como los de la paz mundial, y no puros intereses financieros o de grupo, deben disfrutar del derecho de poder impedir el paso a los transeúntes y automovilistas que —también protegidos en su derecho— no pueden prevalecer, en nombre de ese interés superior. De tal manera que el modelo de virtud del siglo XVIII aparece en el lugar erróneo. La preferencia del ejercicio del derecho fundamental de corte político está separado por muy poco de la preferencia política, es decir, de lo que se podría calificar como ejercicio más agradable del derecho. Aunque la mera diferenciación ya conlleva un ataque a la igualdad, y toma cuerpo en cada derecho fundamental, además de constituir un ataque a la libertad en sí misma considerada, ya que pertenece al detentador por el hecho de serlo, y no por serlo en una estructura democrática. De manera que la máxima aceptada por el Tribunal Constitucional alemán por la que el bien común prevalece sobre el bien particular, no es compatible con una concepción liberal de los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista de la ventaja sobre el uso acorde con el bien común de los derechos fundamentales, no evita la necesidad de legitimación de aquél, ya que se impondrá el bien común sobre el sistema político y esencialmente en los ámbitos privados y sociales. El mero desinterés no garantiza ningún provecho social. No sustituye tampoco ninguna atribución competencial. Los intereses particulares se demuestran como un buen medio para encontrar soluciones que puedan generalizarse en

un proceso plural. Según Adam Smith el mejor camino para alcanzar el bien común pasa por la búsqueda del bien particular.

e) *El privilegio constitucional del modelo de virtud: la función estatal*

Todavía hay un ámbito en el que el modelo de virtud mantiene su validez: en la organización funcionarial del Estado. Está prototípicamente acuñada en el status del funcionario. También en la era del pluralismo y de la democracia de partidos el funcionario está exclusivamente obligado a la generalidad, y esto se manifiestan a través de la democrática separación de poderes en obligaciones jurídicas y del puesto particular. La función pública se defiende frente a intromisiones de los intereses particulares, y especialmente contra el beneficio en provecho propio del puesto. La función es servicio, no autorealización. La libertad como derecho fundamental debe detenerse ante la organización funcionarial del Estado, que es quien establece las condiciones marco de carácter vinculante, y que no puede autoliberarse de las mismas. La autoridad únicamente es legítima cuando se convierte en gobierno leal. Esta es la idea republicana del servicio público, que no deriva del principio democrático y que le precede temporalmente. El dominio democrático a través del pueblo se basa en el Ethos republicano del gobierno para el pueblo. El principio objetivo de función se opone en el Estado constitucional al principio de libertad subjetiva, es su condicionamiento pero no su alternativa. Esto no excluye el que el detentador del oficio público en su vida privada pueda participar de la libertad como ciudadano. Pero no pueden comportarse como actores que cambian según les interesa de papel, porque la cuestión pública se ha convertido en la suya propia de manera definitiva. Por lo tanto el uso de la libertad fuera de servicio no tiene por qué producir efectos colaterales negativos en la integridad ni en la confianza en la misma.

El modelo de virtud presupone que el Estado retribuya de manera conveniente a sus funcionarios para evitar que estos tengan que participar en la vida económica con sus luchas de intereses. De aquí se perfila una diferencia fundamental con los demás trabajos aunque tengan alguna repercusión sobre la colectividad, como es el caso de los médicos y de los abogados. El Ethos de estas profesiones que conlleva un acercamiento a las funciones públicas, sin embargo, no pueden ser equiparados en la misma medida. El Ethos republicano se reduce a los funcionarios públicos. Aquí se hace valer la diferenciación entre Estado y sociedad, que constituye una condición precisa de la libertad. A través de esta diferenciación se distancia el Estado constitucional del modelo de virtud, que solamente sería predicable de la función pública pero no del conjunto de los ciudadanos. Por el contrario el Estado socialista a su manera ha intentado reactivar este modelo, apartando a los hombres de su naturaleza burguesa e implantando una mentalidad de servicio común en el ciudadano activista. Pero ha sido un intento fallido.

4. *Ejemplo explicativo de la teoría de la constitución*

a) *Compatibilidad de la virtud y del interés*

Los conceptos de virtud e interés son desiguales. En un caso se trata de un objetivo externo del actuar, en otro se trata de una actitud interior, que se manifiesta en el actuar. La primera categoría —el interés— corresponde al punto de vista de la economía nacional, la segunda a la ética. La teoría de los derechos fundamentales puede adoptarse en ambos casos. De modo que no son excluyentes sino que iluminan respectivamente aspectos diferentes.

b) *El interés como categoría de la teoría constitucional*

El modelo de intereses muestra el ejemplo explicativo más accesible a la vez que más capaz de aclarar. Sin pre-

tensión filosófica satisface al utilitarismo pragmático corriente. Se construye sobre la capacidad del hombre de afirmarse en la sociedad y de cuidar de sus intereses, pero también sobre las leyes naturales del mercado que son buenas para el hombre en su conjunto; por lo tanto cree que —sin la ayuda filosófica de Hegel— más allá de los esfuerzos subjetivos está en funcionamiento un ardiz de la razón. Aquí encuentra afirmación la confianza en la autoregulación de la sociedad, así como el sistema de economía de mercado y el principio de la división de poderes. Aquí se explica también la influencia que la economía social de mercado ha tomado para el entendimiento de los derechos fundamentales. El liberalismo político económico se demuestra como una teoría indirecta y latente de los mismos derechos. En las dos primeras décadas de la República Federal alemana influyó mucho sobre los intérpretes de los derechos. Desde la revolución cultural con su ímpetu antiliberal se puso un poco en tela de juicio su predominio. Con la reunificación se aprehendió tanto en el Este como en el Oeste el que la economía social de mercado constituía una parte importante de la identidad republicana federal. Con anterioridad a que la unidad estatal fuese un hecho y de que se ampliase el radio de acción de la Constitución, encontraron ambos Estados respecto a la unión monetaria económica y social el punto de partida en la economía social de mercado; en esta se aceptaron los objetivos del Estado en cuanto a derechos humanos y una parte importante de la unión constitucional se anticipó con ello.

La teoría del Estado trabaja con un concepto plural y compatible de interés, que no se limita a la utilidad propia, porque puede designar al provecho del otro y al de la comunidad. Los intereses no tienen porque ser de naturaleza económica y se pueden referir a todos los ámbitos de la vida: la cultura, la religión, la política y la moral. La manera de hablar de los intereses religiosos y temporales, al principio chocante, ahora es común. Una teoría del Estado en la que las Iglesias quedan calificadas como asociaciones de intereses, no se pregunta por el encargo trascen-

dental que tengan, sino por su función social y por el significado que puedan tener en el sistema constitucional secular. Si se reduce la complejidad social a los intereses, esto permite distinguirlos en constitucionalmente relevantes o irrelevantes, y en último término como intereses dignos de ser defendidos a través de un derecho fundamental, y aquellos que pueden legitimar la limitación derivada de la consideración debida a los derechos fundamentales.

La teoría constitucional puede no sin reserva hacer suyo el modelo de intereses, del que se deriva un determinismo social y de legalidad. Acaba en una contradicción del Derecho constitucional, que presupone y calcula la posibilidad del fallo del mercado y confiere un papel compensador al Estado, y subsidiario por su responsabilidad por la seguridad social y del conjunto del equilibrio económico. En general la Constitución no confía ciegamente en el ejercicio de los derechos fundamentales conforme al bien común, sino que más bien encomienda al Estado ponderar cuando y en qué medida el interés público debe prevalecer sobre el del ostentador del derecho, de manera que ejerce una labor de dirección y de limitación.

c) *Rehabilitación de la virtud*

La virtud, que fue proscrita de la teoría política y de la retórica, conoce hoy una rehabilitación. El primer impulso lo dio el debate en Alemania sobre los valores básicos, que a la luz del entendimiento anarquista de la libertad de la revolución cultural y de su esfuerzo por emancipación despertó la pregunta sobre las bases comunes éticas de la sociedad pluralista y de la responsabilidad del Estado para el mantenimiento de tales intereses ante la opinión pública.

Sobre el problema de los valores básicos están pendientes las representaciones y las ideas del patriotismo constitucional: la sociedad es un ente abierto en la idea constitucional. Y esto no puede variar con el Derecho Constitucional vigente, y tampoco con sus expectativas prejurídicas. La Constitución es un símbolo sin vinculación, en parte

extracto de lo existente y en parte visión de todas las constituciones por venir de todo el mundo. En la etapa de la división alemana el concepto de patriotismo constitucional sirvió para compensar la falta del Estado nacional. Después de la reunificación sirve para diluir el contenido del Estado nacional en lo postnacional, en lo multicultural, la sociedad supranacional. El patriotismo constitucional está por encima de las gentes y de la tierra, de la nación y de la historia, de la tradición y de la cultura, por encima de cualquier realidad concreta, y se sitúa en una abstracción cosmopolita. Se intenta designar el patriotismo constitucional como si de una virtud republicana de nuevo cuño se tratase. Solo no contribuye para la solución del dilema de la libertad, ya que es pobre en contenido, más pobre que el Derecho Constitucional, cuyos espacios vacíos podrían ser rellenados. El concepto no tiene por qué contener sustancia alguna ni atraerla, sino ser sustituido por sucedáneos.

Temáticamente pertinentes son, sin embargo, sus esfuerzos para situar a la corrección política como código de conducta y para introducir la igualdad de trato y la igualdad de obligaciones y para amenazar con ejecutar represalias intrasociales. *Political correctness* del feminismo, del antiracismo y de cualquier otra observancia que quiere ocupar el vacío que la convención burguesa de la destrucción revolucionario-cultural ha dejado atrás. El celoso moralismo sucede a la celosa emancipación. Es un nuevo ropaje, pero la antigua intransigencia devuelve la virtud de los jacobinos. Su victoria significaba el fin de la civilización humana, de la tolerancia y de la imparcialidad. *Political correctness* es la autodestrucción de la libertad con el signo de la moral de izquierdas.

El vacío de la libertad y del terror de la *Political correctness* ha llamado desde los años ochenta en los EE.UU. al comunitarismo, que se irradia de una manera creciente hacia Alemania. Con él ha entrado una introspección sobre cuáles son los elementos de una buena sociedad, de la necesidad de ejemplos de conducta, de la necesidad de una orientación moral, de los presupuestos morales y culturales de una convivencia perdurable. Estos presu-

puestos no se *localizan à la Rawls* en abstracciones jurídicas pensadas para una sociedad mundial imaginaria, mientras que el mundo verdadero tiene que mantenerse escondido tras un velo con sus diferentes religiones, culturas y naciones, sus preferencias valorativas incompatibles. El comunitarismo busca una ayuda para su orientación en primer lugar en el concreto mundo vital, en sus instituciones y tradiciones. De manera que la autonomía gana en profundidad sustancial. De esta manera el comunitarismo ha vuelto a poner en el candelero de la Teoría del Estado a la virtud de los ciudadanos.

La pérdida de los modelos de conducta y de la seguridad moral instintiva —consecuencias del avance tecnológico— despierta la demanda de una ética fundada científicamente: eco-, bio-, medi-, sport-ética. Aquí se muestran de una manera prometedora algunos indicios de que las respectivas necesidades de orden que demandan las personas pueden ser cubiertas por la teoría y la práctica, sin que sea necesaria la intervención del Estado. Al mismo tiempo se dibuja el peligro de que la competencia técnica y la ética se separen y que el especialista —empresario, científico, médico, etc.— se tenga que someter al régimen laical, en el que las nociones filosóficas y teológicas se consideran como *Inkompetenzkompensationskompetenz*, para establecer un diletantismo globalizante.

De todos modos la tarea de desarrollar una ética ajustada a los tiempos y a las circunstancias está reconocida hoy en general y no sólo en sectores particulares de la sociedad, sino también para la ciudadanía en su conjunto. Una ética del ejercicio de los derechos fundamentales no se apoya en el ideal honorable y subsistente de ciudadano. Parte de la noción de hombre, como es, con sus necesidades e inclinaciones, si se deja la posibilidad abierta de que los interesados tomen partido más allá de sus individuales puntos de vista. La Constitución delimita el modelo de ciudadano: no significa el autoabandono en la cosa pública, sino el libre desarrollo de la personalidad en consideración al prójimo, en disposición de autovinculación, de actuar con responsabilidad honesta.

VII. RESPONSABILIDAD ÚLTIMA DEL ESTADO CON MEDIOS LIMITADOS

Ninguna expresión de un profesor de Derecho del Estado se cita con más frecuencia fuera de su disciplina que aquella de Böckenförde que dice que el moderno Estado de libertad vive de presupuestos que ni siquiera él puede garantizar sin poner en tela de juicio su propia libertad. Con esta cita los políticos tranquilizan su conciencia cuando contemplan inactivos los delicados compromisos sociales, e incluso cuando las bases éticas del espíritu común y de los bienes jurídicos de la Constitución se ponen en peligro. De hecho los derechos fundamentales limitan los medios del Estado. Pero no le juzgan por fatalismo, sino más bien se mantiene su responsabilidad última por el bien común. Los derechos de defensa se levantan contra el ataque estatal. Pero no se pueden defender de las actividades indirectas del Estado, que tienen lugar y ocurren sin coacción ni orden alguno.

Hay una serie de medios legítimos que el Estado puede utilizar para poder influir en el ejercicio de los derechos fundamentales como son la información, el consejo, la recomendación, el compromiso, el aviso, transmitido a través de la palabra, el debate, el trabajo de la publicidad, la cooperación. En la medida que la política es buena voluntad, puede pretender con este instrumentario alcanzar una eficacia. Esto se observa en su empleo para la dirección coyuntural y el equilibrio del conjunto económico, para la prevención del Sida, para la defensa contra las tendencias xenófobas o para la equiparación de la mujer. Por el contrario no tienen lugar algunos esfuerzos comparables en la defensa de la vida no nacida —una tarea que el Tribunal Constitucional alemán ha declarado expresamente que tiene que ser exigida como mandato constitucional— porque se juzgan políticamente inoportunos. El mandato educacional del Estado está limitado constitucionalmente a través de la neutralidad y la tolerancia, pero dentro de estos límites se nos muestran un gran número de posibilidades para preparar a la juventud para el uso

responsable de su libertad. Pero la educación estatal parte no sólo de la legalidad, al revés que la pretensión de la ley, sino también de la moral burguesa-estatal.

El funcionario de manera apropiada considera la esperanza de que él podría dar cuerpo a un «yo mejor»; aquí se ofrece la posibilidad de poner una señal pública. Pero en la democracia esta expectativa de un yo mejor choca con que el detentador de la función pública no es un ser elevado intelectual y moralmente a un status de superioridad. Si la impresión no engaña, el defecto moral (el síndrome Clinton) puede anticipar una consecuencia de aceptación.

Un medio garantizado de influencia es la promoción estatal del uso de los derechos fundamentales (sub especie del bien común) ya sea a través de subvenciones o de estímulos fiscales o de bonificaciones. El estado no está obligado a vaciar sus prestaciones como si se tratase de un cervecero, sino que más bien tiene que discernir y distinguir entre qué agentes privados son dignos de promoción, ya que los medios públicos son limitados. Los derechos de defensa que previenen la intromisión del Estado, y que distinguen entre un ejercicio correcto e incorrecto de los derechos fundamentales, no se interponen en el camino de la prestación estatal. El principio de economicidad y de eficiencia del presupuesto exige una tal diferenciación.

El Estado puede también servirse del particular mediador en la prestación, y cooperar con aquél que, como él mismo, ligado por obligaciones neutrales, presenta una propuesta de vida global. Los prototipos de mediadores de prestaciones son las Iglesias.

VIII. LAS EXPECTATIVAS CONSTITUCIONALES EN LAS IGLESIAS

Cuando las Iglesias cumplen sus misiones espirituales en el servicio divino, en la enseñanza, diaconía, también ayudan, lo quieran o no, al provecho del espíritu común estatal. Conservan y renuevan sus fundamentos religiosos y morales y aseguran una continuidad cultural. Por esa

razón las Iglesias no deben ser instrumentalizadas por el Estado o apartadas de su orientación trascendente. Más bien se trata de efectos colaterales del genuino actuar eclesial. El Estado es muy dueño de que desde su punto de vista pueda honrar estos buenos servicios a través del ofrecimiento de presupuestos institucionales favorables para su obrar. En esto encontramos (claro está no es la primera ni la única) la legitimación de algunas instituciones favorables a las Iglesias que se encuentran en la Constitución.

IX. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO RETO Y ESPERANZA

El Estado de los derechos fundamentales puede activar fuerzas que pueden servir para el recto uso de la libertad y también para cooperar en la solución del dilema que ni jurídica ni institucionalmente se deja de sentir. Las fuerzas que se transmiten a través de la concepción negativo-formal de la libertad de los derechos fundamentales y de la necesidad de rectitud derivada del bien común, pueden influir en el uso de la libertad, pero no pueden determinarlo. Eliminan algunos riesgos, pero no garantizan la seguridad. Donde se impone la libertad puede darse un aseguramiento de la rectitud. Pero la libertad se mantiene como un riesgo. La sociedad, que se deja guiar por el riesgo, no debe cerrar los ojos delante del peligro. Y para dominarlo necesita de todos los medios legítimos para huir del escepticismo, además de un suficiente quantum en esperanza, esperanza que reposa en la capacidad de bien común que conlleva la libertad que toma en cuenta a los demás. La esperanza en la solubilidad del dilema de la libertad es la condición indispensable para su resolución práctica.