

## PRESENTACIÓN

La revolución francesa insertó en la organización de los poderes estatales una vértebra que llevaba en su seno el designio de lo jurídico. Declarar un derecho pasó a significar un acto determinador de un logro.

La comprensión de los ordenamientos constitucionales —de entonces a hoy— es imposible sin atender a esta suerte de motor permanente. Hasta el punto de que una gran parte de las transformaciones de la idea de constitución se explican desde la evaluación del rendimiento de los poderes estatales en la realización de aquel designio. O, de otro lado, como cambios orientados a remover los obstáculos —o paliar los fracasos— en una lucha por los derechos que carece de final.

En la secuencia histórica de tales conquistas parece indudable que hay un momento especialmente determinante. Aquel en que la idea de derecho fundamental se confirma como un derecho en el estado, no fuera del estado; y como un derecho sobre el legislador de quien a su vez depende en gran medida la suerte del derecho que, sin embargo, se le impone.

Todo lo anterior nos lleva a un dato que se mantiene todavía dentro de lo obvio. La apología o defensa, la lucha incluso, por el derecho fundamental lo es en el campo jurídico. Al menos en los estados dignos del nombre de estado de derecho. Nos desempeñamos pues en un espacio jurídico que ha ido adquiriendo una sofisticación técnica y dogmática inusitada. Los constitucionalistas de hoy somos constantemente interpelados por dilemas que nos demandan un conocimiento muy profundo y depurado de la ciencia del derecho. De toda la ciencia del derecho, pues ningún terreno en que se desarrolle la lucha de los ciu-

dadanos libres en los estados democráticos de derecho deja de presentarnos retos.

Pero el instituto jurídico del derecho fundamental, razonablemente joven si lo confrontamos con otras piezas clásicas de las constituciones democráticas, presenta evidentes síntomas de fatiga, de desgaste, de sobrecarga de trabajo. Lo que está resultando en una deformación de la categoría jurídica iusfundamental más allá de lo verosímil, lo imaginable y, sobre todo, más allá de lo soportable por los sistemas constitucionales.

Todo ello se explica, muy principalmente, por su éxito en la profundización del estado de derecho en las democracias avanzadas, en su doble prestación de garantía y de límite al legislador. De ahí esa compulsiva pero humana tendencia a *fundamentalizar* todos aquellos componentes que se juzguen como determinantes en la conquista de nuevos espacios de seguridad jurídica o confort existencial para los ciudadanos. Una dinámica que, como es lógico, carece de límites cuantitativos; antes bien, está garantizada su continua expansión asociada a la propia dinámica del estado social y democrático de derecho.

Como consecuencia de ello se ha inaugurado una seductora vía de ampliación y extensión del espacio de protección iusfundamental. Bien dilatando objeto y contenido de tales derechos, bien incorporando a las *listas* de derechos fundamentales nuevos constructos o espacios dignos de una protección óptima o máxima por parte de los poderes públicos. En la bondadosa creencia de que la ampliación protectora del instituto a nuevos espacios es posible *ultra vires*.

Pero el término derecho fundamental alude a una categoría extremadamente restrictiva, es decir, a un elenco de facultades que tienen por objeto el reconocimiento de espacios de actuación libre por parte de los ciudadanos. No de cualquier espacio. El concepto de derecho fundamental encontró la clave de su éxito, de su eficacia protectora, precisamente en su carácter restrictivo. Pues fundamental, en la acepción propia del derecho constitucional, alude a aquellos derechos cuyo reconocimiento como superiores a los poderes constituidos —pues resultan de la voluntad constituyente— configuran el único y último fundamento o *ratio* del poder democrático legítimo. Un poder limitado; claro que no ilimitablemente limitado.

Insertar un nuevo derecho fundamental en una constitución normativa preexistente no supone solo un acto de reconocimiento en favor de los dominados. Significa también —inexorablemente— un cambio

sustancial en la posición de los poderes constituidos: supone un cambio constitucional determinante. E incluso puede llegar a alcanzar la naturaleza de una reforma —material o formalmente— total. La transformación constitucional es tanto mayor cuando se trata de lo que, simplifícadamente, denominaremos derechos *sociales*: una habilitación suplementaria para acciones de redistribución de recursos con cargo a las competencias constitucionales de los poderes constituidos, que resultan así considerablemente ampliadas. Esto es posible; y hasta puede verse como necesario. Siempre que tomemos conciencia del alcance real de la acción de ampliación que ello supone; sin que el juicio deba ser tamizado ni condicionado, ni mucho menos determinado, por la mejora del espacio de libertad o protección existencial del ciudadano.

En resumen, el sistema de derechos fundamentales resulta siempre interpelado de modo nuclear; no de modo parcial. Y su modificación o alteración supone la transformación del orden constitucional básico. Un asunto, pues, de fondo.

\* \* \*

Según sabemos los derechos fundamentales son eso, derechos. Derechos que, mediante un conjunto de técnicas y principios, han conquistado una posición de naturaleza muy especial en el sistema de fuentes ordinamental.

Los derechos, entendidos como poderes o facultades, han recibido un tratamiento y un desarrollo dogmático en la cultura occidental destacadísimo. Aunque no podría decirse lo mismo de los derechos *frente* a los poderes estatales. Y no digamos ya de la concepción de los poderes públicos como guardas o garantes de aquellos derechos.

Eso explica el dato de que, cuando los iuspublicistas recurrimos a la dogmática de los derechos frente al estado —de más joven trayectoria—, utilizamos la categoría jurídica de derecho subjetivo reconociéndole, quizá un tanto precipitadamente, su naturaleza universal. Prescindimos así del dato de que el derecho subjetivo nació y se desarrolló como una categoría *inter privatos*: con todas sus consecuencias. Y hoy constatamos, a pesar de los esfuerzos de la ciencia jurídica, que el derecho subjetivo que manejamos los constitucionalistas denuncia, cada vez de modo más frecuente, sus limitaciones como instrumento jurídico regulador de determinadas relaciones de derecho público de naturaleza iusfundamental. Es, evidentemente, una categoría que nos proporciona enormes prestaciones y ha contribuido a desarrollar la

dogmática de los derechos fundamentales. Pero en los últimos tiempos parece como si se nos quedara atrás: ya no nos ayuda tanto frente a las nuevas vicisitudes y problemas. O, al menos, no tan satisfactoriamente.

Quizá no nos da más de sí. Mas, en todo caso, esas limitaciones se han terminado por ubicar en el núcleo mismo de varios derechos fundamentales.

\* \* \*

Como sabemos, determinados derechos fundamentales están sufriendo en las últimas décadas sobrecargas funcionales, inadecuaciones en su configuración y otras incidencias que explican la emergencia de espacios de inconsistencia.

Así, asistimos a una especie de recidiva sobre el carácter del elenco de derechos fundamentales acogidos en la constitución. En definitiva, se trata de preguntarse si es una *lista* y, caso de serlo, si esta es cerrada, abierta, o *entreambierta*. La existencia de respuestas constitucionales nacionales diversas y variadas aviva aún más el problema. Y la afirmación de algunas cortes constitucionales asegurando haber descubierto nuevos derechos fundamentales en un texto formalmente inalterado, introduciendo así un nuevo equilibrio en aspectos centrales del sistema constitucional material, ha añadido un elemento complementario de debate.

Pero, por otro lado, el espacio nacional de derechos fundamentales está expuesto, de modo cada vez más intenso y generalizado, a un debilitamiento del concepto estatal de derecho fundamental. Ello es consecuencia de una apertura, o mejor de un sometimiento de las diversas construcciones nacionales a propuestas que, no queriéndolo, acaban funcionando como *alternativas*. El problema no está en el hecho de que los estados nacionales adopten como propios pronunciamientos de cortes supranacionales en materia de derechos fundamentales. Se trata más bien del modo de construcción del derecho aplicable a aquellas resoluciones. Y ello porque es realmente dificultoso que una corte supranacional pueda acudir a un sistema de *ratio decidendi* respetuoso simultáneamente con las diversas formas y culturas iusfundamentales que han aceptado someterse a su jurisdicción. Este tipo de novedosa interrelación *sistémica*, que ha sido motejado con el mediático pero confuso término de *diálogo entre tribunales*, no debería verse como un dato positivo; ni negativo; aunque para todo haya motivos: es, en todo caso, un nuevo factor de complejidad.

Mientras tanto, es decir, mientras alcanzamos un estándar supranacional común, si hablamos desde el optimismo, estamos soportando un proceso de *babelización* de los derechos fundamentales. Rosoux ha hablado de *desmaterialización*<sup>1</sup>.

Esta lucha por la universalización de los espacios iusfundamentales presenta aspectos positivos. Aunque esa *babelización*, más un uso frecuente del margen de apreciación, o técnicas de flexibilización similares de los estándares iusfundamentales, está teniendo unas consecuencias sobre los sistemas nacionales que no podríamos dejar de medir y valorar con cierto reposo.

\* \* \*

Inicialmente, los derechos fundamentales en las constituciones de posguerra adquirieron, como después en el Convenio de Roma, una naturaleza básica asociada a un cierto *background* compartido. De modo que, en su esencia, y prescindiendo de algún rasgo epocal o singular, reunían un conjunto de estándares asociados a una idea concreta de sociedad, de cultura política y de dominación estatal legítima.

Los compromisos asociados al *welfare* no formaron parte, al menos de modo central, del elenco de estándares.

Pero casi setenta años después nos encontramos con una situación muy distinta.

Los avances científico tecnológicos han percutido seriamente sobre espacios iusfundamentales considerados inamovibles. Hasta producir auténticas transformaciones de elementos centrales como objeto, contenido o titularidad. Este es el caso, indudablemente, de la idea de vida humana y del poder de disposición sobre ella; tanto desde la parte de los poderes públicos como del sujeto individual. Evidentemente ello guarda relación con transformaciones valorativas en las sociedades, pero, sobre todo, se ve afectada por cambios de fondo, de base científica, en la idea de vida y de vida humana. De todo ello hay pruebas sobradas en la ineficiencia para tratar jurídicamente este tipo de problemas del derecho a la vida. Un perfil de similares dificultades, aunque menos visible, plantea la idea de integridad personal, o física y moral según nuestra constitución. De nuevo cambios valorativos y hallazgos científicos han subvertido irreversiblemente la base material que funda-

---

<sup>1</sup> ROSOUX, G eraldine, *Vers une «d emat erialisation» des droits fondamentaux?*, Bruylant, Bruselas, 2015.

mentaron en su día estos derechos. Y lo mismo sucede con el concepto de autodeterminación individual, del que se usa a veces con alguna *elasticidad* que se explica por el agobio del aplicador del derecho fundamental en eso que llamamos *hard cases*.

Y lo mismo con el secreto de las comunicaciones, o el dominio de la propia historia personal, del propio yo en definitiva, cuyo control parece hoy imposible de asegurar por ningún poder en los nuevos escenarios comunicacionales de base tecnológica, que no es que estén en permanente cambio, sino que son, por esencia, cambio constante en sí mismos.

Este libro trata de todos esos aspectos, con las limitaciones del caso. Pero algunas preguntas —o dudas— han devenido inevitables. ¿Pueden los tribunales *descubrir* (reconocer, inferir, identificar,...) nuevos derechos fundamentales en el texto constitucional? ¿Podemos valernos de una planta universal de derecho según el patrón tradicional iusprivatista de nuestros ordenamientos que *resista* la fatiga funcional que afrontan los derechos fundamentales e incluso la misma categoría iusfundamental?

Problemática tan dificultosa —áspera a veces— nos ha resultado más llevadera incorporando una descripción, con el sesgo metodológico adecuado al caso, de las peripecias de nuestros dos grandes *espejos*: los sistemas alemán e italiano de derechos fundamentales.

El factor que proporciona cierta cohesión, desde este enfoque, a nuestra investigación es decididamente externo: los problemas que agrietan inquietantemente las fronteras, los límites y en algún caso la propia delimitación de algunos derechos. Los operadores jurídicos delimitamos; y limitamos, pero ya no a ciencia cierta en demasiados casos.

\* \* \*

Todo este conjunto de circunstancias ha provocado una intensificación del recurso a los tribunales constitucionales y supranacionales. No ya para revisar pronunciamientos o interpretaciones, sino para forzar a una suerte de reconstrucción o rediseño de derechos ante objetos de decisión que expresan nuevos escenarios, y frente a los que las reglas iusfundamentales terminan sumiendo a juristas y tribunales en auténticas simas de perplejidad.

El recurso a la hermenéutica ha producido todo un arsenal metodológico de gran utilidad. Pero ninguna respuesta a los límites o fronteras que no deben ser rebasadas. Cuándo sea posible reconstruir un

derecho fundamental para enfrentar nuevos escenarios y cuándo, al operar así, se está reformando el orden constitucional, es cosa sobre la que no disponemos de reglas ciertas. Y, en algunos casos, ni siquiera de reglas. Al menos expresas.

En estos supuestos, en los casos *difíciles*, ya sabemos cómo son las decisiones...

\* \* \*

Una ojeada a la doctrina científica y la jurisprudencia pone de manifiesto una tendencia mayoritaria a la dilatación y ampliación del espacio iusfundamental, tanto estatal como supranacional.

Pero el lector no encontrará acompañamiento alguno en esa dirección en las páginas en que hemos plasmado nuestro esfuerzo investigador. Antes bien lo contrario.

El sistema de protección de los derechos fundamentales creemos más bien que debe responder a un criterio selectivo. Solo así es posible la protección que merecen espacios determinantes para una existencia libre. Porque el sistema de derechos fundamentales no puede morir de éxito. Debe ajustarse a un criterio de eficacia frente a todo tipo de poder y, así, identificarse con la legitimidad del sistema político.

Incluir nuevos derechos fundamentales, o ampliar el margen de apreciación de las cortes constitucionales o su potencial hermenéutico, es cosa que debe hacerse con especial contención. Y quizá combinándolo con una recuperación de la capacidad protectora del legislador mayoritario. Especialmente en aquellos espacios de derechos, fundamentales o no, donde sea precisa una adaptación a las circunstancias y a la voluntad e intereses de los ciudadanos. Un recurso, este del legislador, que es imprescindible en la intervención normativa de espacios jurídicos, cuya transformación por razones tecnológicas o científicas alcanza una velocidad que amenaza con convertir cláusulas de circunstancias dotadas de rigidez constitucional máxima en obstáculos para facilitar el despliegue de libertad de los ciudadanos.

\* \* \*

Este libro es fruto de la investigación que, al amparo del Proyecto DER2014-52817 financiado por el Plan Nacional de I+D+i, hemos realizado un grupo de investigadores cuya composición ha ido ampliándose a lo largo de quince años con ocasión de sucesivos retos dentro

de una línea de investigación que hemos querido —e intentado— coherente.

Al igual que en los anteriores Proyectos Nacionales sobre la libertad de investigación científica, o sobre la relación entre dignidad humana y derecho fundamental, y, todavía antes, sobre los nuevos escenarios de la biomedicina y la genética y los problemas iusfundamentales asociados, nos hemos dejado llevar por la secuencia que sucesivamente nos presentaban los problemas que afrontábamos.

Pero en esta ocasión hemos sido duramente conscientes de que hemos topado con problemas mayores. Tenemos una sensación de haber llegado al final de una vía. No es que haya —o no— un más allá que siempre hay, sino que creemos que hay que reconsiderar el derecho fundamental como algo más que un poder jurídico. Que debemos de unir a ello su naturaleza de institución, acomodada definitivamente en el seno de la constitución normativa, cuyo rendimiento depende del acierto en su diseño y de la exacta conciencia de los límites que, como todo instituto jurídico, posee.

\* \* \*

Todo lo anterior quizá explique el limitado esfuerzo de las investigaciones desarrolladas en el libro, pues el problema es mayor. De un lado la dificultad de problemas metodológicos basilares ha aconsejado la máxima concreción en la selección y el tamaño de los problemas a abordar. De otro, el elenco de derechos cuestionados en su misma esencia compone una lista mayor de los que aquí tratamos, aunque es totalmente seguro que cada uno de estos capítulos enfrentará al lector a problemas ciertos y actuales. Y quizá contengan el esfuerzo y el tino preciso para alcanzar una descripción del problema que, junto a otros esfuerzos, terminen por contribuir a renovar y consolidar el pilar constitucional de los derechos fundamentales.

Los autores de esta monografía hemos quedado muy convencidos de que los derechos fundamentales tienen, como categoría jurídica, unas nítidas fronteras. Y, además, son más eficaces cuanto más ciertas sus limitaciones, entendidas aquí no como negaciones sino como construcciones hermenéuticas sólidas que mantienen el derecho fundamental constantemente vivo.

Todo derecho posee unos límites resultado de su construcción misma. Estos no son los que pudo haber en la voluntad constituyente. Son los que resultan de su arquitectura técnico-jurídica y de la interpretación

constitucionalmente conforme en cada momento, según lo entiende la ciencia del derecho y los órganos que la formalizan.

En cada momento histórico, todo derecho fundamental sugiere que no hay un más allá. Incluso como invitación a la transgresión, a la ruptura del orden constitucional existente. Pero mientras llega el cambio constitucional, todo derecho tiene, no solo un contenido esencial, sino que muestra también al operador jurídico un confín, una frontera, que es también esencial, pues es la clave de la eficacia del propio derecho.

\* \* \*

Los autores del libro han atacado, con la contención científicamente exigible, los problemas que aquí se describen y de acuerdo a una selección que ha pretendido ser coherente, pero respetando las circunstancias, tamaño y especialización del grupo de investigadores. Por tanto, el libro trata tan solo de una parte, no podría ser de otro modo, del problema metodológico de fondo. Y también y por lo mismo, contempla tan solo la problemática para un reducido grupo de derechos fundamentales. Hubiera sido imposible acometerlos todos. Además de pretencioso.

Todo libro, como producto, es colectivo. En este caso lo es todavía más, si cabe, por razones obvias. Hemos pretendido que, en lo más importante y decisivo, tuviera un cierto perfil de obra coral, como expresión de la continuidad de gran parte de los investigadores que hemos discutido y debatido problemas constitucionales desde hace más de quince años y desde pertenencias científicas distintas y grupos académicos de procedencia varia. Una experiencia impagable que hacen fácil los abnegados esfuerzos que degradan frecuentemente la noble actividad investigadora.

El libro es también colectivo en otro sentido. Nuria Sangüesa, ya brillante doctora, y Juan Ocón, nuestro más joven investigador doctoral, fueron minuciosos y pacientes relatores de todas las reuniones del grupo e hicieron fácil lo difícil muchas veces.

La importancia actual de los servicios de biblioteca y documentación para la realización de actividades investigadoras es evidente. Con todo, los servicios de biblioteca y documentación de la Universidad de La Rioja no dejan de sorprendernos con cotas de excelencia cada vez más elevadas. Una vez más su ayuda constante ha sido imprescindible.

Esther González y Emilio Pajares, sucesivos Subdirectores Generales de Publicaciones y Documentación del Centro de Estudios Políticos

y Constitucionales acompañaron este original y los Directores de la Colección de Estudios Constitucionales la acogieron en su seno. Eulalia Castellanos, tan amable como eficaz Jefa del Servicio de Publicaciones, ha facilitado mucho llegar hasta estas páginas tal y como el lector las ve ahora.

De acuerdo a los procedimientos editoriales este original fue revisado por dos evaluadores. Sus indicaciones contenían sabias y rigurosas apreciaciones y han sido atendidas y consideradas. Y, desde luego, han mejorado el original, por lo que todos los autores les transmitimos nuestro agradecimiento.

Ricardo CHUECA  
Logroño, 3 de febrero de 2019

# DEBILIDADES ESTRUCTURALES DEL DERECHO FUNDAMENTAL

RICARDO CHUECA

SUMARIO: I. DERECHO Y COMPLEJIDAD. —II. PERSONA. —1. Persona y derecho. —2. Persona y cosa. —3. Persona y ser humano. —4. Persona y cuerpo humano. —5. Persona y derecho subjetivo. —III. EL DERECHO FUNDAMENTAL. —1. El proceso de dilución del derecho subjetivo como soporte del concepto de derecho fundamental. —2. El problema de los efectos objetivos del derecho subjetivo-fundamental. —3. Un nuevo, y debilitado, concepto de derecho fundamental. —IV. CONCLUSIÓN. —V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. Derecho y complejidad

El ordenamiento jurídico se construye en torno a una idea que lo vertebra: la seguridad jurídica. Podríamos llegar a pensar incluso que esa sería su razón de ser.

Los derechos fundamentales desempeñan un papel central en ese logro en las constituciones normativas. En ellas no solo garantizan un elenco de poderes jurídicos a las personas, sino que los enunciados así formalizados cumplen una serie de funciones esenciales en el equilibrio estructural y funcional del ordenamiento y del sistema político que regula, según precisaremos más adelante.

Tal y como hoy la concebimos en los ordenamientos, la seguridad jurídica requiere satisfacer tres requisitos<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sigo las consideraciones —excelentes— de DELMAS-MARTY, Mireille, «Preface. *La tragédie des trois C*», *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Sous la

En primer lugar, los enunciados contenidos en el ordenamiento, como en cualquier otro sistema, deben contener un conjunto de proposiciones que satisfagan la condición de demostrables. Es la garantía de completud del ordenamiento como sistema.

En segundo lugar, las normas jurídicas deben superar un test de validez axiológica. O de otro modo, deben satisfacer un contraste de legitimidad por relación a los valores ordinamentales.

Finalmente, las normas deben superar de modo razonablemente satisfactorio un juicio de validez empírica. Debe tratarse de normas que satisfagan requisitos de efectividad y eficacia.

Este conjunto de exigencias técnicas se expresa en los ordenamientos bajo el modo de sistemas complejos. La complejidad es, sin embargo, una característica común a todo sistema formal que pretende replicar —siempre fragmentaria y parcialmente— la realidad.

Ahora bien, complejidad como característica de los sistemas no se opone a simple: simple es lo opuesto a complicado. Lo contrario a complejo es unidimensional, elemental. Y lo unidimensional, lo elemental, falsea la realidad. Pero la falsea por renuncia formal a someterla, dominarla o actuar sobre ella.

De otro modo dicho, la aceptación de la naturaleza compleja de los procesos sociales como punto de partida es expresión directa de una determinación de la voluntad de comprender la realidad.

De modo que la aceptación de la complejidad ambiental, y de su carácter ubicuo y perenne, es una precondition para un derecho efectivo y eficaz. Es un prerequisite para poder conseguir —a ciencia cierta— un grado razonable de validez empírica del ordenamiento.

Pero bien entendido que el reto de la complejidad solo se satisface de modo verosímil si se atiende a los tres componentes de la seguridad jurídica aludidos: enunciados demostrables, validez axiológica y validez empírica. De modo que la complejidad afronta simultáneamente la coherencia y, desde luego, la presencia en el ordenamiento de postulados valorativos.

---

direction de DOAT, Mathieu, LE GOFF, Jacques et PÉDROT, Philippe, Presses Universitaires de Rennes, Rennes, 2007, p. 7.

Sobre los problemas asociados a la seguridad jurídica y la complejidad de los modernos ordenamientos sigue siendo muy válido el informe contenido dentro del *Rapport public* anual del *Conseil d'Etat* francés correspondiente al año 2006, «Sécurité juridique et complexité du droit».

La complejidad forma pues parte esencial de la realidad tal y como la percibimos. Los sistemas, y entre ellos el jurídico, persiguen el dominio de lo real a través de un modelo de reducción de complejidad. Un artefacto o constructo que, previa selección del conjunto de elementos de la realidad objeto de intervención normativa, los reconstruye y formaliza con la pretensión de subsumirlos en él. Se trata en definitiva de oponer una complejidad formal y organizada a la complejidad real del entorno. *Variety can destroy variety*<sup>2</sup>. De momento los juristas no estamos en condiciones de ofrecer mucho más.

Sin embargo, como construcción formal, todo sistema tiene un *rango*, una capacidad limitada de reducción de la complejidad real.

Cuando un sistema es llevado más allá de las posibilidades y potencialidades que proporciona su diseño, el rendimiento deviene insatisfactorio con pérdida de sus prestaciones más valiosas: su capacidad de adaptación y gestión de las diferencias.

Complejidad formal, completud y coherencia se ven así dañadas de tal modo que el sistema termina manifestando su incapacidad para gestionar la complejidad real.

Un tema de especial interés y relevancia, sobre el que solo podemos advertir, es que, en la medida en que el derecho sigue a la realidad, la complejidad real se manifiesta de modos y con tiempos muy diversos frente al sistema jurídico ordinamental, de acuerdo a una gama de factores de respuesta que, solo *a posteriori*, nos permite explicarnos los términos del fracaso. La realidad juega siempre con ventaja frente al jurista.

Los sistemas de derechos fundamentales, o equivalentes, responden a este modelo analítico básico, con las apreciaciones complementarias que iremos incorporando.

Dentro de los ordenamientos jurídicos, los sistemas de derechos fundamentales revisten una complejidad formal muy depurada que, en nuestra opinión, se ha ido sofisticando, pero también desnaturalizando, a lo largo de su trayecto histórico, ideológico y constitucional.

La diana que vertebra estas páginas gira en torno a una pregunta que ya anticipo desmedidamente ambiciosa. Se trata de construir una respuesta a la pregunta central: el modelo complejo de sistema de derechos fundamentales tal y como hoy lo conocemos, ¿es capaz de adaptarse a los cambios de modo razonablemente satisfactorio superando un juicio de validez empírica (efectividad y eficacia)? ¿posee la capa-

---

<sup>2</sup> ASHBY, W. R., *An Introduction to Cybernetics*, N. York, 1963, 11/7, pp. 206-207.

cidad para ensanchar sus límites de modo que afronte problemas que ponen de manifiesto transformaciones de fondo en las sociedades que contribuyeron a su establecimiento?

Visto de otro modo. ¿No estará el sistema de derechos fundamentales —como tal sistema— manifestando una especie de crisis definitiva o transformadora? Al cabo, si un sistema formal se ve exigido más allá de sus posibilidades estructurales o funcionales, termina por defraudar su rendimiento en términos de completud (previsibilidad) o de coherencia (contradicciones). Y todo indica que nos encontramos ya en esa situación por relación a los sistemas de derechos fundamentales tal y como los venimos entendiendo.

Pero, lamentablemente, el modelo analítico que propongo no alcanza a proporcionarnos mucha más utilidad que la de brindarnos la posibilidad de una primera aproximación.

Porque la relación entre complejidad sistémica o formal y complejidad real, en lo que al derecho se refiere al menos, incorpora una dificultad añadida. Complejidad real y sistémica están fuertemente entrelazadas, interrelacionadas y por ello mixtificadas. Hasta el punto de que no siempre resulta fácil discernir entre ellas. Según sabemos, el derecho acaba formando parte de lo real, «lo que se dice se produce». O, de otro modo, la norma jurídica, lingüísticamente formalizada, posee frecuentemente una inesperada eficacia performativa: configuradora de la realidad<sup>3</sup>. De ahí la enojosa jungla de interacciones, discontinuidades, interdependencias, imprevisibilidades...

A este escenario característico de un enfoque analítico debemos agregar factores externos que contextualizan, y cuestionan profundamente, el modelo.

Todas ellas pueden verse como vectores de incremento de la complejidad del metasisistema complejidad formal-complejidad real. Y configuran un entorno de especial incidencia en los sistemas de derechos fundamentales.

Entre los de mayor y más amplia transcendencia mencionemos, al menos:

1. La aparición de un tipo de relaciones que no son subsumibles en los paradigmas o categorías de la doctrina jurídica clásica

---

<sup>3</sup> CADIET, Loïc, «Penser et connaître le droit dans un système complexe», *Droit et complexité*, cit., pp. 135-137.

- que modeliza las relaciones en torno al binomio unilateral-bilateral, como el caso de los denominados derechos *colectivos*.
2. La crisis de la lógica que diferencia —y somete— los procesos sociales a dos esferas: la pública y la de la autonomía individual. (Derecho a la vida, dignidad humana...).
  3. El debilitamiento de las regulaciones nacionales frente a una mundialización que subvierte contundentemente los sistemas regulativos estatales, pero también supraestatales. (Políticas de *sostenibilidad* de recursos colectivos).
  4. La crisis, más intensa y profunda de lo que parece, de las nociones jurídicas clásicas basilares: persona, cosa... (Caso de los avances tecnológicos, biomédicos..., pero no solo).
  5. La emergencia de universos alternativos: Internet, biotecnologías..., que proponen una visión global que conmueve fundamentos de las sociedades actuales. Como la idea compartida de intimidad, de identidad individual...
  6. Cambios sociales universalizados por procesos como la inmigración y la terciarización de las sociedades. Con ruptura de nodos clave de los sistemas de derechos: *nacionalidad, ciudadanía*.
  7. También, cambios ideológicos, que pueden verse como inferidos, motivados o catalizados desde esos procesos: concepto de *comunidad política*.

Todo ello ha producido un efecto que podríamos llamar quizá de deconstrucción del concepto —o concepción— de concepto jurídico. Un empeño en el que todos, conscientemente o no, nos desempeñamos.

El *décalage* entre concepto jurídico y realidad, entre palabra y cosa, es tal que los conceptos jurídicos están pasando, llamativamente en demasiados derechos fundamentales, de artificio formal para afrontar la realidad a artilugios sospechosos; poco fiables: ficciones que solo sobreviven al precio de falsear/ignorar la realidad que pretenden explicar o someter.

Hoy el concepto jurídico está sometido a una presunción de sospecha con carácter previo a su uso. Y con razón.

Estamos ante una pérdida de confianza en una serie de componentes del sistema jurídico como consecuencia de los indicios de incapacidad para gestionar la complejidad emergente. El sistema jurídico, y su capacidad de adaptación, no alcanza a ofrecer una solvencia para encarar los nuevos retos. Y la seguridad jurídica se acerca a niveles de insu-

ficiencia inquietantes. Porque una seguridad jurídica débil potencia la emergencia de poderes alternativos ilegítimos.

Uno de esos conceptos jurídicos, el de *persona*, que ha acompañado a los ordenamientos jurídicos durante siglos, está hoy requerido de revisión. Y profunda. Seguramente concentra en sí toda la gama de problemas que hemos anticipado.

Probablemente no haya en todo ordenamiento un concepto central que haya probado su capacidad de adaptación tanto como el de persona. Hasta llegar a acoger en su seno no solo al individuo, sino a su ausencia; e incluso a grupos de individuos. Y, por supuesto, al mismo Estado.

Hoy se trata de un concepto en manifiesta quiebra, o quizá crisis, pero profunda en cualquier caso. Su capacidad de abstracción y formalización, de réplica de la complejidad, ha sido mucha; y está probada. Pero no su capacidad —en su actual formato— para afrontar y gestionar nuevos problemas. Pareciera que no da más de sí.

Y sin embargo se trata de un componente esencial del concepto mismo de derecho fundamental...

## II. Persona

### 1. PERSONA Y DERECHO

La persona, también en el derecho, es un artificio técnico producto de una construcción de naturaleza representativa. La acción de personificación crea el sujeto: un doble *sesgado* del sujeto real<sup>4</sup>.

Ya se comprenderá que el concepto de persona está por tanto muy lejos de la incolumidad. Se trata, como es lógico, atendida su textura conceptual, de un concepto especialmente sensible a cualquier cambio ético-valorativo de las sociedades que a él recurren y, también, a los avances científicos y tecnológicos que percuten en su estructura y naturaleza. Muy expuesto pues a las cambiantes *concepciones* del concepto.

Por tanto, qué sea y en qué consista una persona, no es pregunta que acampe en los territorios del postulado o la tesis, sino en el de la acción humana individual o colectiva. Y es, por tanto, un producto

---

<sup>4</sup> THOMAS, Yan, «Le sujet de droit, la personne et la nature», *Le Débat*, 1998/3, n.º 100, pp. 85-107, doi: 10.3917/deba.100.0085.

histórico. La persona se determina en cada momento desde una determinada convivencia entre realidad material y concepciones formales: un proceso lábil, pero extremadamente flexible y capaz de soportar tensiones de contrarios de gran intensidad.

Las prestaciones del concepto de persona son, según sabemos, extremadamente valiosas. Posee una capacidad instantánea para expresar la materialidad de las relaciones, que convive con una sólida textura abstracta (persona jurídica). La persona, con su máscara, diluye las características del individuo concreto y homogeneiza formalmente a todos los sujetos, induciendo una igualdad formal que impide aquellas estigmatizaciones o discriminaciones disfuncionales para el ordenamiento. Al menos hasta el momento de la aplicación del derecho al caso concreto, en que el mismo ordenamiento es capaz de recuperar la persona real «concreta» si así se requiere<sup>5</sup>. Esta ductilidad proporciona una gran potencialidad en forma de valiosas prestaciones<sup>6</sup>. Rodotá destacó cómo el sujeto de derecho, trasunto de la persona, no ofrece una imagen compacta o unitaria, sino más bien la de un *enigma*, capaz de fragmentar la realidad y descomponerla para nomadear entre ella<sup>7</sup>.

Tan variable y cambiante grado de formalización jurídica explica en gran parte la historia del concepto de persona.

Más allá de su nacimiento —o no— en el derecho romano, el concepto de persona se forja, como tantos otros, en el *laboratorio medieval*. Y se depura como centro de imputación patrimonial, asociado inicialmente a las necesidades de la organización monástica. En este momento la persona se concibe como unidad *moral*, un *nodo* soporte de poderes jurídicamente atribuidos: este será cabalmente el paradigma de los futuros derechos subjetivos. Ahora bien, en su nacimiento medieval la idea de derecho subjetivo no se vincula a la existencia «natural» de un sujeto<sup>8</sup>.

El artificio jurídico —persona— prosperará poderosamente como catalizador del desarrollo del tráfico mercantil, junto a otras figuras

---

<sup>5</sup> Por todos, RODOTÁ, Stefano, *Il diritto di avere diritti*, Laterza: Roma, 2012, pp. 140 y ss.

<sup>6</sup> Un ejemplo reciente en *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S., 30-VI-2014, que establece el derecho de libertad religiosa en favor de empresas privadas, incluidas determinadas corporaciones mercantiles. Casi una suerte de prueba suprema de la flexibilidad y capacidad de adaptación del concepto de persona...

<sup>7</sup> La idea es de BRAIDOTTI, R., *Soggetto nómade. Femminismo e crisi della modernità*, Donzelli, Roma, 1995. En RODOTÁ, cit., p. 147.

<sup>8</sup> Por todos, THOMAS, Yan, cit., p. 102.

jurídicas presentes en el germen del primer capitalismo. Un concepto de persona, todavía de perfil aristotélico-tomista, que se mantiene enhiesto hasta un iusnaturalismo que propondrá «otro» sujeto<sup>9</sup>.

La persona que inaugura el pensamiento moderno nace, de un lado, en Descartes. Su *cogito ergo sum*, inaugura una escisión —*res cogitans/res extensa*— que forzará ineludiblemente una comprensión alternativa de la persona. Mente y cuerpo como sustancias distintas e independientes, paralelas, que convergen del modo que fuere, pero que no se definen por interacción. La otra gran propuesta, mucho más explícita, de concepto moderno de persona la encontraremos en John Locke. Persona es «[...]un ser pensante e inteligente, provisto de razón y reflexión, y capaz de considerarse asimismo como una misma cosa pensante en tiempos y sitios distintos; lo que es solo posible porque posee conciencia; es algo inseparable del pensamiento, y que a mi juicio es esencial, pues es imposible que uno perciba sin ser consciente de que lo hace<sup>10</sup>».

Lo importante de ambas aproximaciones, que fundan nuestra moderna idea de persona, es la escisión entre pensamiento y soporte físico pues, por lo demás, es evidente que ambas definiciones van mucho más allá de lo que los ordenamientos requieren para fundamentar la asignación de personalidad jurídica a un individuo.

Pero ello no sería posible sin sostener que la persona humana dispone de capacidad para desplegar formas complejas de conciencia<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Sobre el sentido de las modificaciones en la idea de sujeto, y de persona, en la nueva concepción iusnaturalista, remite RODOTÁ, y nosotros con él, a COSTA, P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, V. IV, Laterza, Roma-Bari, 2002.

<sup>10</sup> *Ensayo sobre el conocimiento humano*, II, 27, § 9. «[...] I think, is a thinking intelligent being, that has reason and reflection, and can consider itself as itself, the same thinking thing in different times and places; which it does only by that consciousness which is inseparable from thinking, and, as it seem to me, essential to it: it being impossible for anyone to perceive, without perceiving that he does perceive».

<sup>11</sup> Esta es la tesis de David DeGrazia, que acepta por tanto el planteamiento de Locke. Pero que luego desarrolla de forma mucho más compleja en términos de identidad. Sobre ello volveremos más adelante. En *Human Identity and Bioethics*, Cambridge U.P.: Cambridge, 2005.

## 2. PERSONA Y COSA

Ya desde Roma el derecho viene utilizando una taxonomía que, en la técnica jurídica, posee una poderosa capacidad de formalización de las relaciones y negocios jurídicos. Pero se trata de una división —*summa divisio* en la jerga iusprivatista clásica— que puede verse como trasunto de una concepción determinada de sociedad y ser humano. No es, desde luego, un postulado sencillo a pesar de su simplicidad formularia, y contiene un elenco —todo un universo— de sutilezas.

Más allá de las inercias históricas, el estatuto de persona es, en los ordenamientos actuales, resultado de una intervención normativa. Pero es, también, producto de una serie de concepciones y convenciones que, como decimos, religan la idea de persona a una concepción antropológica concreta, con sus correspondientes determinaciones ideológicas.

Aquella escisión clásica se construye sobre una idea de ser humano como «centro de la creación». Así está descrito —con intensidad variable— en todas las concepciones religiosas y filosóficas dominantes en nuestro entorno cultural. O lo estaba hasta ahora.

El ser humano posee una dignidad inherente, un don, y esa característica se proyecta en la igualdad esencial de todos los miembros de la especie. Pero no se trata de una especie más. Está compuesta por seres aptos para dominar los objetos ajenos mediante un conjunto de capacidades y acciones. Este dominio, el dominio de lo externo, incoa o induce el dominio de sí<sup>12</sup>.

El derecho subjetivo, tal y como lo conocemos, surge, nace y se alimenta de esa escisión. Y de ella nace también una diferencia importante entre derecho real, por naturaleza contingente, frente a los derechos personales siempre inconcebibles sin su titular<sup>13</sup>.

Los problemas que plantea este modelo que denominaremos tradicional, también en crisis, pero quizá no en quiebra, son de dos órdenes.

El primero guarda relación con el hecho de que la distinción persona-cosa, en su fórmula actual, impide la disposición del cuerpo por su propio titular en clave de derecho real. O, dicho de otro modo, el

---

<sup>12</sup> MARZOCCO, Valeria, *Dominium sui. Il corpo tra proprietà e personalità*, Ed. Scientifica, Napoli, 2012, p. 138.

<sup>13</sup> GOOLD, I., SKENE, L., HERRING, J. and GREASLEY, K., «The human body as property? Possession, control and commodification», *J Med Ethics*, Jan, 2014, vol. 40, n.º 1, p. 1, doi: 10.1136/medethics-2013-101945.

titular de derechos subjetivos no puede constituir un derecho real sobre su propio soporte físico-material.

Nótese que no se trata tanto de una prohibición, cuanto de una imposibilidad. Tal posibilidad queda vedada por el concepto ordinamental de persona y su *background* subyacente. Un muro lógico difícilmente superable, si consideramos que la coherencia del concepto de persona la proporciona el concepto de cosa<sup>14</sup>.

En realidad, se trata, inicialmente, de un problema de carácter formal, de lógica formal: no puede utilizarse un paradigma que propone la alteridad como condición para una relación binaria y, al tiempo, pretender que tal relación es inexistente<sup>15</sup>.

En la última década se ha abierto paso una seria crítica a las limitaciones que plantea esta división clásica en determinados escenarios biomédicos. No se trata, como deducirá el lector, de un escenario futuro. Los ordenamientos están dando síntomas de incapacidad para gestionar escenarios biomédicos complejos en donde están en juego bienes jurídicos de máxima transcendencia y, desde luego, derechos fundamentales de la máxima relevancia.

Las posiciones actuales tienden a confluir en el mantenimiento de la división clásica —*summa divisio*— pero proponiendo algún tipo de categoría intermedia entre persona y cosa; un *tertium genus* capaz de gestionar escenarios novedosos ya consolidados y plenos de potencialidades, por ejemplo en prácticas terapéuticas de vanguardia. En todo caso, —se acepte esa u otra propuesta— hace falta como propone Marzocco, una «solución técnica» para esta escisión clásica<sup>16</sup>. Una posi-

---

<sup>14</sup> Como de modo muy agudo indica THOMAS, cit., pp. 100 y 102.

<sup>15</sup> Se trata de un problema advertido, con carácter estrictamente jurídico, por SANTORO-PASSARELLI. En MARZOCCO, cit., p. 178.

<sup>16</sup> Además de MARZOCCO, cit., p. 130, se consultará con fruto el excelente libro de PIETRZYKOWSKI, Tomasz y STANCIOLI, Brunello (eds.), *New Approaches to the Personhood in Law. Essays in Legal Philosophy*, Peter Lang, Frankfurt, 2016. Especialmente, de PIETRZYKOWSKI, «Beyond Personhood: From Two Conceptions of Rights to Two Kinds of Right-Holders», p. 157.

Sobre los problemas de propiedad de partes o fragmentos del cuerpo humano, resulta útil, QUIGLEY, Muireann, «Property in Human Biomaterials-Separating Persons and Things?», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32, n.º 4, 2012, pp. 659-683, doi: 10.1093/ojls/gqs018. HERRING, Jonathan, and CHAU, P.-L., «My body, your body, our bodies», *Medical Law Review*, 15, Spring 2007, pp. 34-61, doi: 10.1093/medlaw/fwl016. Es todavía aleccionador, NAFFINE, Ngairé, «The Legal Structure of Self-Ownership: Or

ción defensora del modelo clásico, aunque parcialmente y con matices, pero que ofrece una excelente descripción del problema en los modernos escenarios biojurídicos, aunque con propuestas no siempre convincentes, en la reciente aportación de Britta van Beers<sup>17</sup>.

El problema está muy bien sintetizado por Herring y Chau en el siguiente enunciado: «*There may also be a logical problem in saying that we own ourselves. That is, there needs to be a clear separation between “the owner” and “the owned”. We can only say we own our bodies if we see a clear distinction between “us” and “our bodies”*»<sup>18</sup>.

### 3. PERSONA Y SER HUMANO

La persona, en el ordenamiento, es la persona *social*. Se trata por tanto no de un ser humano, sino de su representación en el desenvolvimiento de las relaciones sociales en su más amplio sentido. El ordenamiento jurídico no opera sino con la persona así formalizada.

Este es un patrón universal. La persona como *máscara* que expresa, en clave social, al sujeto individual físico que la soporta. Precisamente esta dualidad introduce un espacio, el de la distancia entre persona y ser humano, en donde se anclan las diversas construcciones antropológicas orientadas a explicar e interpretar los términos de la relación de esa dualidad/alteridad. Las representaciones ideológicas que subviene a ello son las finalmente responsables de proporcionar una explicación, una concepción al cabo, de persona social y ser humano; y de las relaciones congruentes con dicha concepción.

Este es, como venimos diciendo, un escenario sensible a cambios. Y, por tanto, a transformaciones tanto del entorno como de las concepciones básicas sobre las que se construyó. Y ahí es donde nos encontramos.

---

the Self-Possessed Man and the Woman Possessed», *Journal of Law and Society*, vol. 25, n.º 2, June, 1998, pp. 193-212.

<sup>17</sup> VAN BEERS, Britta, «The Changing Nature of Law's Natural Person: The Impact of Emerging Technologies on the Legal Concept of the Person», *German Law Journal*, vol. 18, 2017, n.º 3, pp. 559-594.

<sup>18</sup> En HERRING, Jonathan and CHAU, P.-L., cit., p. 43, recogiendo a NAFFINE, Ngai-re, cit., pp. 195 y ss. Pero se trata de un argumento recurrente entre los expertos en bioderecho.

Los ordenamientos actuales están emitiendo regularmente mensajes nítidos de que aquellas bases del ordenamiento ofrecen síntomas inequívocos de inconsistencia: sus prestaciones no proporcionan lo necesario para mediar los nuevos procesos de la realidad social. Y, en gran medida, ello es debido al debilitamiento o inconsistencia creciente del nexo tradicional persona-ser humano en los estados de derecho.

El sujeto de derecho que manejamos ya no proporciona, en determinados escenarios, la coherencia precisa para garantizar la seguridad jurídica. Como decimos, ello guarda relación con la pérdida de validez de ciertos enunciados ideológicos sobre la idea misma de ser humano: una antropología parcialmente desvelada —o falsa— que sin embargo ha soportado eficazmente hasta ahora la idea de estado de derecho. Pero en la actualidad, la referencia *eidética* subyacente de ser humano se ha revelado incongruente con los cambios experimentados y, en cierto modo, *falsa*, al no ser ya capaz de soportar el concepto de persona asociado<sup>19</sup>. Y, como es tan evidente como imprescindible, el concepto de persona solo es viable si asociado siempre a una determinada idea de ser humano y de su estatus moral<sup>20</sup>.

Por otro lado, el concepto de persona de los ordenamientos jurídico presenta perfiles muy imprecisos; hasta borrosos. Una borrosidad creciente que quizá afecte a todas las ramas del conocimiento humano involucrado.

El concepto de persona está acusando de modo históricamente insólito los efectos de los avances iniciados en la segunda mitad del pasado siglo. Especialmente en aquellos que tienen que ver con la naturaleza misma de la identidad humana. Es decir, con el conjunto de reglas que hasta ahora nos servían para denominar a un ser vivo como ser humano. Y este tipo de cambios, ya se comprenderá, poseen un alcance transformador de largo aliento, especial transcendencia y alcance universal. Un cambio pues de fondo que, en definitiva, se está produciendo bajo nuestros pies y del que desconocemos su alcance definitivo. Todo invita pues a la prudencia; pero a una prudencia atenta<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> CHAUVIN, Tatiana, «Philosophical Anthropology as a Model of Human Legal Subjectivity», pp. 111-126, en *New Approaches...*, cit., p. 122.

<sup>20</sup> DEGRAZIA, cit., p. 4.

<sup>21</sup> De entre la inmensa bibliografía que se ha ido acumulando durante el último cuarto de siglo, puede obtenerse una visión global, pero también pormenorizada en una

Con la reserva del caso, podríamos cifrar el origen del proceso en el descubrimiento de la «doble hélice»<sup>22</sup>. Con ello se inicia un proceso que transforma la idea de ser humano aceptada hasta entonces. Es, como afirma Rodotá, el momento de nacimiento de una nueva idea de vida; probablemente la primera con capacidad unificadora de la existencia humana individual. El ser humano, y la vida individual de cada uno, incoan un cambio que poco a poco nos ha ido advirtiendo de su radicalidad. La idea de vida natural, tan vinculada al iusnaturalismo, ha entrado probablemente en quiebra definitiva. Y alternativamente nace la idea de ser humano dotado de una vida única y singular<sup>23</sup>.

Todo ello subvierte de modo irreversible la idea de identidad individual y abre escenarios impensados que conmueven la idea de ser humano, tan necesaria a la idea de persona. Con efectos sensibles, como se comprenderá, en los ordenamientos jurídicos.

El conocimiento alcanzado de las estructuras biológicas esenciales del ser humano obliga a revisar el de identidad individual de que nos valemos. De un lado, el ser humano individual posee una identidad asociada a las características, definitivamente biológicas, que le identifican como perteneciente a la especie humana. Un criterio de pertenencia objetivo y cierto. Aunque no tanto, como veremos más adelante. Esta sería, por así decir, una identidad *numérica*<sup>24</sup>. Una identidad, claro está,

---

serie de aspectos, en OHLIN, Jens David, «Is the Concept of the Person Necessary for Human Rights?» (2005), *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 434. <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/434> (a. 5-11-2016).

<sup>22</sup> Por todos, RODOTÁ, cit., p. 251. Watson y Crick, junto con otros científicos, identificaron las cadenas proteínicas (ADN) que contienen la información completa, genoma, que identifica la especie humana como tal, pero simultáneamente a cada ser humano singular e irreplicable y, por ello, definitivamente individual.

<sup>23</sup> Revisando la última versión de estas líneas, se produce la publicación de resultados de una investigación que descubre, junto a la doble hélice, un modo simultáneo de asociación de información genética en forma de «nudo», cuya finalidad se desconoce por el momento, pero que pone de manifiesto la velocidad a la que está cambiando la base misma del conocimiento empírico-biológico sobre nuestra idea misma de especie humana. ZERAATI, Mahdi, LANGLEY, David B., SCHOFIELD, Peter, MOYE, Aaron L., ROUET, Romain, HUGHES, William E., BRYAN, Tracey M., DINGER, Marcel E. and CHRIST, Daniel, «I-motif DNA structures are formed in the nuclei of human cells», *Nature Chemistry*, 2018, doi: 10.1038/s41557-018-0046-3.

<sup>24</sup> Pretendo seguir en todo esto, aunque no sé si lo hago bien, a DEGRAZIA, cit., *passim*.

con base en la continuidad biológica siempre contrastable empíricamente.

Pero, junto a ella, cada ser humano individual posee un conjunto de experiencias mentales complejas que configuran su autoconcepción como individuo e integran su acervo existencial. Se trata de la identidad que podemos denominar *narrativa*. O quizá también conciencia de sí mismo.

La consecuencia de esta propuesta de escisión es que somos esencialmente *animales humanos*, pues solo los elementos biológicos asociados a tal cohorte específica garantizan la persistencia del ser humano. De este modo, el ser humano está dotado de una identidad *humana*. Humana, no *personal*.

La identidad personal, ya lo vimos en Locke, asegura una similitud sustancial de conciencia en el tiempo: la identidad *narrativa*.

El problema es que ambas identidades ya son, en la actualidad, potencialmente —o incluso realmente— modificables en determinados supuestos<sup>25</sup>.

Todo ello invita a una revisión profunda del concepto de persona que manejamos. Si, en el ámbito del derecho, el concepto de persona se fletó para, entre otras cosas, subvenir a los supuestos en que no cabía la identidad persona-ser humano, ahora podemos decir que el concepto de persona tampoco resulta congruente con la idea de ser humano adquirida en el último medio siglo. Los efectos de las nuevas ideas han tardado en llegar, pero ya están aquí.

La cuestión es si podemos plantearnos considerar la posibilidad de abrir el concepto de persona a seres vivos que no serán, porque no son, personas humanas. O, de otro modo, si ha llegado el momento de escindir persona y subjetividad. Si no poder incluir un ser en el concepto de persona significa, irrevocablemente, incluirlo en el grupo de las cosas...

Como indica Pietrzykowski, el problema requiere una revisión de las bases antropológicas de la idea contemporánea de personalidad y,

---

<sup>25</sup> Sobre el tema, más recientemente, la excelente monografía de TIEDEMANN, Paul (ed.), *Right to identity. Proceedings of the Special Workshop «Right to Identity»*, Franz Steiner Verlag-Nomos, Stuttgart, 2016. Para el tema de las dos identidades hay un buen desarrollo analítico y conceptual en TIEDEMANN, Paul, *Identity and Human Rights. Considerations on Human Right to Identity*, pp. 11-41.

por consiguiente, de personalidad jurídica. Una tarea más o menos inminente; pero seguro que inevitable.

El ser humano centro de la creación, el excepcionalismo humano, se aproxima a un colapso que no será parcial; y se hace precisa su revisión. Quizá debamos considerar la posibilidad de que el mundo era más complejo de lo que creíamos y que la *summa divisio* no resulta ya, en su expresión clásica, una propuesta útil de complejidad formal.

Quizá nos tengamos que ver obligados a fletar una categoría de personas no humanas. Pero bien entendido que esto no resolverá los problemas. Quizá los incremente<sup>26</sup>.

#### 4. PERSONA Y CUERPO HUMANO

La persona cartesiana se fundaba en la existencia de una dualidad mente-cuerpo como substancias distintas e independientes, según dejamos ya dicho. Dos componentes del ser humano paralelos, que convergían, pero no interactuaban.

Esta idea hoy está absolutamente en retirada. Los estudios de neurociencia, las tecnologías informáticas y, sobre todo, las investigaciones lingüísticas proponen, con base empírica, un modelo de relación cuerpo-mente distinto. Ambos se consideran hoy materialmente entrelazados, pero son —además— esencialmente diferentes.

De modo que los comportamientos humanos racionales resultan de procesos *híbridos* producto de la interacción de ambos elementos. Y los avances neurocientíficos están probando irrefutablemente la *elasticidad* del cerebro en respuesta a implantes de nanochips. Todo un horizonte demostrativo de un nuevo avance en el conocimiento del cuerpo humano y su funcionamiento.

Como ha señalado Marzocco, esto trae como consecuencia que el problema del cuerpo requiere ya un planteamiento diferenciado atendiendo al escenario jurídico relacional concreto. No hay pues un cuerpo, sino muy distintos cuerpos humanos en función del supuesto concreto y el tipo de interrelación cuerpo-mente involucrado<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> PIETRZYKOWSKI, cit., p. 157. Este tipo de propuestas están avanzando como oferta dogmática para los defensores, por ejemplo, de los derechos de los animales no humanos.

<sup>27</sup> MARZOCCO, cit., p. 128. A quien seguimos en planteamiento y propuestas.

Ello abre la vía, una vía nueva de la que ya hay pruebas en los ordenamientos, de la capacidad de disposición del ser humano sobre su cuerpo de modo distinto a los modelos de decisión vigentes. Algo radicalmente nuevo en nuestra cultura jurídica y valorativa.

Pero el ordenamiento jurídico se encuentra aquí con limitaciones instrumentales y conceptuales difícilmente superables. El carácter originariamente dominical del derecho subjetivo ha impregnado cualquier relación individuo-cuerpo con un patrón o paradigma jurídico que, como vimos, no resulta capaz de atender estas nuevas situaciones de modo coherente. Especialmente la asimilación o confusión entre propiedad y pertenencia del cuerpo o partes del cuerpo.

Es precisa una nueva forma de patrimonialización del cuerpo que supere las limitaciones del derecho de propiedad y del modelo persona-cosa. Una propuesta de «gobierno de uno mismo» que se orienta más a un modo de poder supremo sobre sí. A un poder sobre el propio ser: una forma de ser y no de tener<sup>28</sup>. Algo más, aunque quizá en la línea, de la idea de autodeterminación individual. Pero se trata de un reto por explorar para el que carecemos de recursos específicos que quizá deberán ser novedosos.

La idea clásica de cuerpo en todo caso es ya historia. Seguramente a partir del momento en que en la segunda mitad del siglo xx se acuña el concepto de identidad somática, vinculado a los avances espectaculares en genética general y humana. Y, en definitiva, como dejamos dicho, al surgimiento de una idea unificada de vida individual. De ahí que se haya podido decir con mucho fundamento que «la vida es un invento reciente»<sup>29</sup>.

Y es precisamente eso lo que nos está acercando a un «momento constitucional» en los modernos estados de derecho, en donde el poder de disposición de los seres vivos personificados alcance no solo al cuerpo o sus partes, sino también a su vida misma, que es, ya, una vida desconocida hasta ahora para el derecho.

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 176.

<sup>29</sup> TARIZZO, Davide, *La vita, un'invenzione recente*, Laterza, Roma-Bari, 2010. En RODOTÁ, cit., p. 251.

## 5. PERSONA Y DERECHO SUBJETIVO

El nexo persona-derecho subjetivo resulta de la imputación de una relación formulada por una norma jurídica. La persona, en derecho, es un centro de imputación de relaciones jurídicas que se activan en el sujeto mediante el apoderamiento que le proporciona el derecho subjetivo asociado.

La persona, como centro de imputación, confiere la unidad al sujeto jurídico al concentrar un haz de relaciones. Por tanto, el sujeto jurídico no preexiste al apoderamiento por la norma, cuando le atribuye los poderes jurídicos en que el derecho subjetivo consiste<sup>30</sup>.

El cuerpo físico, como se dijo, ha perdido —si es que alguna vez la tuvo— su virtualidad unificadora, quedando así el ordenamiento jurídico desvinculado del nexo persona-cuerpo humano al modo clásico.

De hecho, sabemos que nunca fue del todo así, aunque las dificultades se superaban mediante diversas figuras jurídicas, ficciones u otras técnicas como la de las personas jurídicas (*universitas*) cuya función probaba definitivamente aquellas dificultades<sup>31</sup>.

El derecho subjetivo nace, pues, como efecto del derecho objetivo. El derecho objetivo, y su capacidad de coerción, imponen un conjunto de deberes y obligaciones que inducen, como contrapartida, poderes jurídicos individualizados que denominamos por ello subjetivos<sup>32</sup>.

La idea, iusnaturalista, de que el ser humano individual es soporte de unas facultades asociadas a una determinada concepción de la naturaleza de la especie humana y, a su través, la creencia en que esa idea de ser humano —característica de la concepción ilustrada— habilita una subjetividad asociada, resulta hoy profundamente cuestionada<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Siguen siendo muy sólidas las apreciaciones de MAX WEBER sobre el concepto, incluidos los elementos sociológicos, de derecho subjetivo en las sociedades y sus sistemas jurídicos. *Economía y Sociedad*, I, § 3. *Las formas de creación de los derechos subjetivos*, FCE, México, 1964. Especialmente pp. 532-533. Sobre su solidez, importancia y actualidad, COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine, *Études wébériennes. Rationalités, histoires, droits*, PUF, Paris, 2001, especialmente pp. 259 y ss.

<sup>31</sup> Recuérdese la figura jurídica de la ausencia, que establece que un muerto permanece vivo, mientras no se pruebe su fallecimiento, y por tanto existe como ser vivo sujeto de derecho y, en su caso, titular patrimonial.

<sup>32</sup> De nuevo aquí THOMAS, cit., p. 102, junto con una sólida tradición jurídica.

<sup>33</sup> Por todos, VILLEY, Michel, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983. En COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine, «Après la souveraineté: que reste-t-il des droits subjectifs?», *Ius Politicum*, 1, déc. 2008.

El derecho subjetivo necesita, al menos, de una redefinición que revise ese vínculo que no proporciona ya una idea unificada de ser humano sujeto de derechos. O, que, aun proporcionándola, ha dejado de soportar eficazmente los retos jurídicos asociados a los procesos individuales y sociales de las sociedades actuales.

Lo que está en cuestión —de modo subyacente normalmente— es la línea de división individual-colectivo. Y, a su través, el trasunto jurídico que soporta la escisión entre derechos subjetivos y derecho objetivo. Cuando, por ejemplo, el grado de alteración de la esencia de una vida humana individual —tan contundentemente evidenciados por los recientes avances neurológicos— es posible en términos impensables hace unos años, es evidente que hace falta revisar los espacios de decisión individual y colectiva. Y lo mismo en relación con toda una serie de objetos de derecho formalizados como fundamentales<sup>34</sup>.

El concepto de derecho subjetivo a que nos aferramos no soporta ya de modo solvente unos sistemas de relaciones jurídicas que exceden su potencial de reducción de complejidad. Ya no posee la capacidad de integrar relaciones jurídicas que involucran seres humanos, sus cuerpos, grupos familiares, líneas genéticas, relaciones con otras especies animales y, siempre, con las instituciones y los poderes públicos. Ohlin propone una conceptualización que asume la complejidad en el propio concepto: «[...] *the concept of the person is a cluster concept, an umbrella term that clusters together diverse and sometimes contradictory notions*<sup>35</sup>».

En la práctica eso significa que acudimos al término persona para aludir a uno o algunos de los componentes del racimo que lo integran. Y, en tal caso, será la tesisura, el supuesto de hecho, en definitiva, el vector que activará uno u otro de aquellos componentes. Persona puede ser un actor racional, o simplemente la declaración de la existencia o permanencia de un mismo sujeto, o incluso un mero ser humano biológico. Pero también adaptamos el término, en su caso, a la suma de dos o más de esas características.

Normalmente, en un uso tópico, la diferenciación de los diversos componentes no se hace precisa. El término persona define un *espacio jurídico* al servicio de nuestras diarias necesidades, en donde la distinción entre cuerpo, mente o actor individual no es precisa, pues para todo

---

<sup>34</sup> JASANOFF, Sheila (ed.), *Reframing rights. Bioconstitutionalism in the genetic age*, pp. 22, 207.

<sup>35</sup> OHLIN, Jens David, cit., p. 22.

ello usamos el mismo vocablo. Pero en los momentos determinantes, cuando el estatus define ya una posición estricta propia del ámbito jurídico, la persona pasa de ser un racimo de propuestas a un molesto erizo lleno de problemas. Porque no tenemos un concepto preciso, cierto, sólido, al que ceñirnos. Y ello porque el concepto de conceptos, el racimo, es una agrupación de naturaleza contingente. Válida; útil; pero contingente<sup>36</sup>.

La persona, y su versión jurídico-positiva, la personalidad, se configura en los ordenamientos como un contenedor donde, entre otros componentes, encuentran encaje las concepciones socialmente dominantes sobre los derechos en general y los derechos fundamentales en particular. Y aquel *background* tiñe valorativamente el derecho proclamado, o proclamable, en términos que los ordenamientos no siempre están en condiciones de satisfacer. Especialmente cuando nuevos escenarios obligan a rebuscar nuevos elementos de réplica o respuesta.

Todo un problema para el derecho. Y todavía más para los derechos fundamentales formalizados en las constituciones normativas.

Y sin embargo el concepto de persona tiene, tiene que tener, un largo futuro. Especialmente ahora que no podemos contar con la unidad que proporcionaba una cierta idea de cuerpo humano. Porque, en el derecho, solo la persona —y no las concepciones sobre ella— confieren unidad al sujeto<sup>37</sup>.

### III. El derecho fundamental

Deberemos comenzar por lo obvio.

El análisis que hemos realizado pone de manifiesto que el poder jurídico en que el derecho fundamental consiste, se soporta en un conjunto de conceptos heredados de la cultura jurídica, que han resultado imprescindibles para su configuración. Y, como hemos visto, en la actualidad muestran limitaciones para encarar los problemas que retan a los sistemas de derechos fundamentales.

No es posible, ni preciso, realizar ahora una descripción de los diversos modos en que los estados de derecho han ido articulando históricamente posiciones iusfundamentales, o de equivalente naturaleza.

---

<sup>36</sup> Sigo las lúcidas apreciaciones de OLIN, cit., p. 231.

<sup>37</sup> THOMAS, cit., p. 103.

Pero sí es necesario constatar que no tenemos un modelo universal de derechos frente al estado.

En lo que sigue adaptaremos el análisis en gran parte al patrón de nuestra CE de 1978, trasunto parcial del sistema constitucional alemán. Trasunto parcial y, parcialmente, formal. Téngase en cuenta que la construcción dogmática que subyace es resultado de una evolución que, en partes significativas, responde a características políticas y constitucionales no superponibles a las españolas. Lo que no siempre tenemos en cuenta en su exacta dimensión.

La fundamentalidad de un derecho es sin embargo producto exclusivo —bien que solo inicialmente— de su proclamación y tratamiento constitucional. Es, por tanto, una formalización delimitada espacial y temporalmente. Pero dicho tratamiento, reiterémoslo, se produce con auxilio de los institutos jurídicos e instrumentos técnico-jurídicos antes descritos.

Pues bien, el derecho fundamental, tal y como hoy lo conceptualizamos, se construye sobre la textura conceptual del derecho subjetivo. Y, para nuestro caso, de un concepto de derecho subjetivo que proviene parcialmente, en su armadura teórica, de la dogmática alemana. Lo que, como es natural, no resulta siempre en su desenvolvimiento congruente con la fuerte influencia del concepto iusprivatista de derecho subjetivo de origen francés que colonizó nuestro proceso codificador contemporáneo.

Los derechos subjetivos frente al poder público son, en su origen, resultado reflejo de las obligaciones de acción u omisión contenidas en el derecho objetivo, originalmente administrativo. Se trata evidentemente de un origen vinculado a la dogmática iuspublicista del imperio alemán. Un patrón no ajeno a los derechos públicos administrativos en la propia dictadura franquista; y aun antes. Son derechos estatales que generan una facultad frente al poder público. Un modelo de derecho público subjetivo opuesto a la idea misma de derecho humano, entendido como característica asociada al ser humano individual y del que trae razón.

Lo que, en esta concepción evolucionada para el momento constitucional de Weimar, exige que las libertades individuales, en proceso de convergencia con una determinada idea de ser humano, requieren de un reforzamiento ordinamental en clave de sistema de fuentes.

Los derechos públicos subjetivos escalarán hacia su supremacía en el ordenamiento objetivo, desde la ley dirigida a someter a la adminis-

tración, hasta la constitución normativa dotada de rigidez y, necesariamente, a una compleja implementación de procedimientos específicos de control.

La constitución de Weimar produjo contundentes enseñanzas en materia de derechos constitucionales. En primer lugar, que la técnica de la reserva de ley no es bastante para lograr una sólida garantía de derechos para las minorías. Y que el derecho, en su perfil contramayoritario, requiere de un cambio en la posición y los límites al legislador. Y enseñó también que un sistema de libertades no puede construirse contra el poder público. Ni siquiera puede imponerse como una suerte de contrafuerte frente al poder constituido, pues requiere y exige para su efectividad de una poderosa acción intervencionista del conjunto de todos los poderes públicos estatales<sup>38</sup>.

#### 1. EL PROCESO DE DILUCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO COMO SOPORTE DEL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho subjetivo, en que originalmente consiste todo derecho fundamental, inicia su primera transformación al registrar jurídicamente en su seno un vínculo ideológico. La dimensión clásica del derecho subjetivo formalizado no exige, para su virtualidad, vincularlo a una determinada concepción ideológica o valor. Pero ya desde las primeras declaraciones de derechos, que no por tanto regulación estatal de derechos, el vector legitimador de aquellas estaba asociado a determinadas visiones del ser humano y la sociedad. Dicho de otro modo, los derechos y las ideas que los soportaban incoaban una determinada fundamentación del poder político. Esa fue por lo demás la clave de su éxito histórico. Con diferente formalización en la trayectoria singular de las respectivas culturas jurídicas.

Ello explica, por ejemplo, la distinta idea de derecho como instrumento defensivo, típico de la idea de libertad negativa, soportado por un recurso accionable en sede judicial, que se desarrollará inicialmente en Inglaterra. Y, de otro lado, la dimensión que estamos aquí describiendo de derecho frente al poder, soportado en una dimensión proyectiva, institucional y dependiente de la actividad del legislador democrático

---

<sup>38</sup> Una idea ya nítidamente central en Hermann Heller.

mayoritario. Ambos modelos tienen, como sabemos, sus propias limitaciones funcionales y de prestaciones<sup>39</sup>.

Lo que produce un cambio sustancial en la idea misma de derecho fundamental, como anticipamos, y de forma diferente en sistemas equivalentes, es la inserción en el derecho subjetivo de un contenido valorativo que se incorpora al derecho mismo. La consecuencia de todo ello puede verse de modo magistral en la aproximación al concepto de contenido esencial de nuestra doctrina constitucional replicando tesis equivalente del *BVG*. En resumen, ello supone al menos, una *doble vía*, de determinación de dicho contenido<sup>40</sup>. Toda esta riqueza, o complejidad creciente, del derecho fundamental desborda obviamente la sencillez de la estructura del derecho subjetivo clásico.

No es este el momento de abundar en los motivos históricos que justificaron conectar —en clave normativa— ordenamiento jurídico constitucional y sistema de valores. Ni siquiera emitir un juicio sobre su oportunidad o acierto. Ahora nos toca solo avizorar los efectos que ha transferido a los sistemas jurídicos de derechos fundamentales. Un escenario general, un modelo o patrón, lo compondría perfectamente el principio de dignidad humana y su función en la interpretación, o recreación, de algunos derechos fundamentales.

La creación de una relación jurídica material derecho-valor abre el derecho subjetivo a una permanente reconsideración material. La averiguación de los *auténticos intereses* subyacentes al derecho sirve, junto a la continua reiteración del *tótem* de la «cultura jurídica», para una demolición parcial —o un desgaste insoportable— del instituto jurídico clásico del derecho subjetivo. Y para lo contrario.

Una transgresión jurídicamente argumentada de modo convincente a veces. Pero una demolición, en cualquier caso. Un caso límite lo podrá corroborar el lector en la cadena de conexiones teóricas que lleva a nuestro TC hasta *Edwards c. Attorney General for Canada*, de 1930, seducido por la idea (canadiense pero *british*) del derecho en general y el

---

<sup>39</sup> DI MARTINO, Alessandra, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, Relazioni per il Convegno dell'Associazione Gruppo de Pisa, Cassino, 10-11 giugno 2016, p. 4. <http://www.gruppodipisa.it/%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F06%2F1.-rel.-GdP-DiMartino-corr-1.pdf&usg=AFQjCNEgNenZE5oO1x0HIH-yKyw8DKIQ> (a. 2-9-2016).

<sup>40</sup> Por todas, STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.