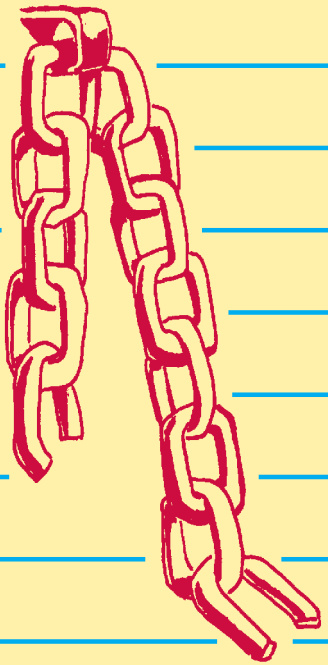
10 palabras clave sobre DERECHOS HUMANOS

Juan José Tamayo
Director



Concepto y fundamento

Dignidad humana

Libertad

Igualdad

Solidaridad

Universalidad e interculturalidad

Estado de derecho y democracia

Reconocimiento histórico

Ordenamiento jurídico

Religiones y derechos humanos

Juan José Tamayo
Director

10 palabras clave sobre derechos humanos

evd

Editorial Verbo Divino
Avenida de Pamplona, 41
31200 Estella (Navarra), España
Tfno: 948 55 65 11
Fax: 948 55 45 06
www.verbodivino.es
evd@verbodivino.es

Dibujo de tapa:
Miren Sorne

Juan José Tamayo Acosta
Director

© Editorial Verbo Divino, 2005
© De la presente edición: Verbo Divino, 2012

ISBN pdf: 978-84-9945-573-0
ISBN versión impresa: 978-84-8169-506-9

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita reproducir algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Contenido

Colaboradores 7

Presentación: 11
Juan José Tamayo

Concepto y fundamento de los derechos humanos 15
Rafael de Asís

Dignidad humana 55
Gregorio Peces-Barba

Libertad 77
María del Carmen Barranco

Igualdad 121
Antonio-Enrique Pérez Luño

Solidaridad y derechos humanos 149
Javier de Lucas

Universalidad e interculturalidad 195
María José Fariñas

Estado de derecho y democracia 233
Elías Díaz

Reconocimiento histórico de los derechos humanos 273
Ángel Llamas

Ordenamiento jurídico y derechos humanos 305
Javier Ansuátegui

Religiones y derechos humanos 349
Juan José Tamayo

Colaboradores

Francisco Javier Ansuátegui Roig. Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Jaén y director del Doctorado de Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid. Entre sus obras, cabe destacar *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión* (Madrid 1994); *El positivismo jurídico neoinstitucionalista (Una aproximación)* (Madrid 1996); *Poder, ordenamiento jurídico, derechos* (Madrid 1997).

Rafael de Asís Roig. Catedrático de Filosofía del Derecho y director del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas", de la Universidad Carlos III de Madrid. Es autor de *Deberes y obligaciones en la constitución* (Madrid 1991); *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho* (Madrid 1999); *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder* (Madrid 1992); *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista* (Madrid 2001).

María del Carmen Barranco Avilés. Profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Alcalá y directora de la Cátedra "Democracia y Derechos Humanos" de la Universidad de Alcalá y del Defensor del Pueblo. Es autora de *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual* (Madrid 1996); *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (Madrid 2000); *Derecho y decisiones interpretativas* (Madrid 2004).

Elías Díaz García. Catedrático emérito de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid y

director de la Revista de Ciencias Sociales *Sistema.* Autor de *Estado de derecho y sociedad democrática* (Madrid 1966, 1998); *De la maldad estatal y la soberanía popular* (Madrid 1984); *Ética contra política. Los intelectuales y el poder* (Madrid 1990); *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política* (Madrid 2003).

María José Fariñas Dulce. Profesora titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid y asesora del Departamento de Análisis y Estudios, del Gabinete de la Presidencia de Gobierno. Entre sus obras, cabe citar *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"* (Madrid); *Globalización, ciudadanía y derechos humanos* (Madrid 2004); *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal* (Madrid 2005).

Javier de Lucas Martín. Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valencia y director del Colegio de España en París. Entre sus publicaciones, cabe destacar las siguientes: *Europa: convivir con la diferencia* (Madrid 1992); *Puertas que se cierran*: *Europa como fortaleza* (Barcelona 1996); *El concepto de solidaridad* (México 1999); *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia en una sociedad plural* (Madrid 2004).

Ángel Llamas Cascón. Profesor titular de Filosofía del Derecho y vicerrector de la Universidad Carlos III de Madrid. Autor de *Los valores jurídicos como ordenamiento jurídico material* (Madrid 1993); *Curso de derechos fundamentales*, en colaboración con G. Peces-Barba, R. Asís y C. Fernández Liesa (Madrid 1998); coordinador de *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* (Madrid 1994).

Gregorio Peces-Barba Martínez. Catedrático de Filosofía del Derecho y rector de la Universidad Carlos III de Madrid. Alto Comisionado de Apoyo a las Víctimas del Terrorismo. Autor de *Los valores superiores* (Madrid 1984); *Derecho y derechos fundamentales* (Madrid 1993); *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo* (Madrid 1995); *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho* (Madrid 2003).

Antonio Enrique Pérez Luño. Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla y presidente de la Fundación Cultural Enrique Luño Peña. Autor de *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución* (Madrid [9]2005); *Los derechos fundamentales* (Madrid [8]2004); *¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?* (Barcelona 2003); *Dimensiones de la igualdad* (Madrid 2005).

Juan José Tamayo Acosta. Director de la Cátedra de Teología y Ciencias de las Religiones "Ignacio Ellacuría", en la Universidad Carlos III de Madrid, y profesor de la Cátedra de Tres Religiones, de la Universidad de Valencia. Autor de *Para comprender la crisis de Dios hoy* (Estella [2]2000); *Nuevo paradigma teológico* (Madrid 2004); *Fundamentalismos y diálogo entre religiones* (Madrid 2004), y director de *Nuevo diccionario de teología* (Madrid 2005).

Presentación

Vivimos inmersos en la cultura de los derechos humanos, una cultura que suele considerarse universal tanto en su fundamentación como en sus contenidos esenciales. Es una cultura de consenso que apenas tiene detractores, aunque sí críticos de su formulación conceptual, de su regulación jurídica y de su aplicación, a veces selectivamente excluyente.

A su vez, vivimos inmersos en una cultura que transgrede los derechos humanos de manera sistemática no sólo en el plano individual, sino también, y de manera muy acusada, en el estructural e institucional, a veces con el silencio –¿cómplice?– e incluso con la colaboración necesaria de organismos nacionales, regionales e internacionales encargados de velar por su cumplimiento, la mayoría de las veces para proteger intereses del Imperio y de las empresas multinacionales bajo el paraguas de la globalización neoliberal. Parece que los derechos humanos son todavía la asignatura pendiente o, en palabras de José Saramago, la utopía del siglo XXI.

El neoliberalismo niega toda fundamentación antropológica de los derechos humanos, los priva de su universalidad y establece una lógica puramente económica para su ejercicio, la del poder adquisitivo. En la cultura neoliberal, los derechos humanos tienden a reducirse al de propiedad. Sólo quienes detentan el poder económico son considerados sujetos de derechos.

Para que los derechos humanos dejen de ser esa asignatura pendiente, no pueden formularse ni construirse en abstracto e intemporalmente, sino que deben reubicarse en una temporalidad concreta y reinterpretarse en cada contexto histórico. El contexto en el que han de ser reformulados y reinterpretados hoy es el de la interculturalidad y del pluralismo religioso, que abre el horizonte y el contenido de los derechos humanos a los distintos escenarios culturales y religiosos, y no sólo al escenario de la cultura occidental y del cristianismo.

Es éste el horizonte en el que quiere moverse la presente obra, en la que colaboran algunos de los más cualificados especialistas en la materia, profesores todos ellos en distintas universidades españolas: Universidad Carlos III de Madrid, Universidad de Alcalá, Universidad de Jaén, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Valencia y Universidad de Sevilla.

En base a diez palabras clave desarrollamos los principales núcleos temáticos en torno a los derechos humanos. Es posible que no estén todas las palabras clave que son, pero sí son todas las que están. La obra se inicia con un estudio del Dr. Rafael de Asís Roig sobre el *concepto, la descripción y la fundamentación* –que es de tipo ético– de los derechos humanos, desde un planteamiento dualista, que tiene en cuenta la dimensión moral y la jurídica, más allá de un planteamiento puramente funcional, y sobre las razones de los derechos humanos.

Tras la fundamentación se suceden algunos de los conceptos fundamentales que conforman la teoría de los derechos humanos. El primero es el de *dignidad humana*, que está conformada por los valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica, y constituye un referente ético racional como presupuesto de la ética pública, como asevera el Dr. Gregorio Peces-Barba Martínez, que desarrolla este concepto. Es en el marco de la igual dignidad y de los valores y principios

que la desarrollan donde hay que reconocer la diversidad cultural.

Idea clave en la construcción de la teoría de los derechos humanos es la de *libertad*, hasta el punto de constituir uno de sus principales contenidos. La expone la Dra. María del Carmen Barranco Avilés, quien analiza la idea de la libertad desde la consideración de los derechos en el horizonte de los discursos en torno a la sociedad, el poder y los derechos humanos. Su reflexión se centra, por ende, preferentemente en la libertad política.

El Dr. Antonio Enrique Pérez Luño estudia el valor fundamental de la igualdad en sus dos dimensiones: la material y la formal, que mantienen una relación necesaria, están en continuidad y amplían el principio de igualdad en las sociedades democráticas y pluralistas. La dimensión jurídica de la igualdad debe plantearse en conexión con las condiciones políticas, económicas y sociales en que ha de realizase.

La Dra. María José Fariñas Dulce aborda una de las cuestiones más polémicas y vivas en el actual debate sobre los derechos humanos: cómo compaginar la pretensión de universalidad de los derechos humanos y la polifonía cosmovisional, cultural y religiosa de nuestro mundo. La respuesta no está en el enfrentamiento entre universalidad e interculturalidad, sino en mantener una tensión relacional mutuamente fecundante entre ambas, lo que lleva a replantear la cultura occidental de los derechos humanos.

En "tiempos de solidaridad", pero también de "irresistible demolición del Estado social", el Dr. Javier de Lucas Martín reflexiona sobre la *solidaridad* como principio político y jurídico, amén de moral, y como motor del Estado social de derecho, recuperando así el sentido originario del término. En respuesta a las críticas que suelen hacerse a la juridificación de la solidaridad y que ubican a ésta sólo en el plano moral, defiende la pertinencia de la noción de deberes y derechos de solidaridad.

El Dr. Elías Díaz García analiza la relación entre *Estado de derecho, democracia y derechos humanos*. Muestra que los derechos humanos son la verdadera razón de ser del Estado de derecho y que éste es la institucionalización jurídica de la democracia política y moral. Lo que define al Estado de derecho es el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular, la división de poderes, la fiscalización de la Administración y la protección de derechos y libertades fundamentales.

El proceso del *reconocimiento de los derechos humanos* debe partir de las doctrinas que construyeron la fundamentación de los derechos humanos. Ése es el sentido de la colaboración del Dr. Ángel Llamas Cascón, quien hace un detallado recorrido por la historia de los derechos humanos comenzando por el mundo antiguo, donde no pocos autores encuentran su origen, hasta llegar a su positivización en las constituciones modernas y al proceso de internacionalización.

La relación entre *ordenamiento jurídico y derechos humanos* es tratada por el Dr. Javier Ansuátegui Roig, quien reflexiona sobre la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales y sobre el tipo de propuesta moral y de poder político consiguiente a la juridificación de los derechos. A su juicio, la relación entre los derechos fundamentales y el ordenamiento jurídico es circunstancial y no necesaria.

La obra se completa con mi estudio sobre *Religiones y derechos humanos*, tema cada vez más actual ante las transformaciones socio-religiosas producidas durante las últimas décadas, sobre todo ante el fenómeno del retorno de la religión. Analizo el viejo contencioso entre derechos humanos y religiones, las diferencias en el terreno de la fundamentación y los obstáculos que las religiones ponen a los derechos humanos tanto en la teoría como en la práctica, pero también pongo de manifiesto las aportaciones que pueden llevar a cabo.

Concepto y fundamento de los derechos humanos

Rafael de Asís

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid

Introducción

Aunque todos sabemos a qué estamos haciendo referencia cuando hablamos de los derechos humanos, los problemas aparecen cuando alguien nos pide que llevemos a cabo su definición. En esos casos, en ocasiones nos encontramos con un tipo de respuesta como las que siguen:

> "Los derechos humanos son un conjunto de exigencias y pretensiones éticas que corresponden a todos los seres humanos".

> "Los derechos humanos son un conjunto de exigencias y pretensiones que corresponden a todos los seres humanos por el simple hecho de ser personas".

> "Los derechos humanos son un conjunto de exigencias y pretensiones éticas que favorecen la libertad y la igualdad de todos los seres humanos"

> "Los derechos humanos son un conjunto de exigencias y pretensiones éticas que condicionan la validez de toda actuación jurídica".

Si observamos las respuestas, veremos cómo la diferencia entre la segunda y el resto radica en que no sólo describe lo que son los derechos humanos, sino que también aporta razones relativas al por qué de su posesión. En todo caso, respuestas de este tipo seguramente serían insatisfactorias para quien nos planteó la pregunta. En efecto, entre otras muchas cosas quedaría cuál es

el mecanismo por el que se atribuyen esos derechos a las personas por el simple hecho de serlo, cuál es el catálogo de los derechos, qué significa seres humanos y personas, cuál es el papel del derecho y del Estado en relación con los derechos, etc.

La definición que demos de los derechos humanos está condicionada por la manera con la que resolvamos ese tipo de cuestiones, que constituyen así el núcleo central de temas a los que nos referimos cuando, desde un punto de vista teórico, hablamos del "concepto" y el "fundamento" de los derechos.

En efecto, plantearse el fundamento de los derechos es preguntarse por las razones o los motivos con los que se pretende afianzarlos y asegurarlos. Básicamente consiste en responder a la pregunta sobre el por qué de los derechos. El problema del concepto se refiere precisamente a la descripción de los derechos. Consiste, en nuestro caso, en responder a la pregunta ¿qué son los derechos? Se trata de dos cuestiones estrechamente relacionadas. En efecto, todo concepto de los derechos presupone una toma de postura sobre su justificación; por su parte, toda justificación parte de un concepto previo de los derechos.

Ahora bien, conviene subrayar cómo estas cuestiones, en ocasiones, se resuelven desde una perspectiva funcional, es decir, se contestan desde el "para qué". En este sentido, es habitual proceder a justificar y concebir los derechos por la función moral que realizan, así como también lo es concebirlos como normas que se caracterizan por una determinada estructura fruto de su función en el ordenamiento jurídico. Algunas de las respuestas anteriores se hacían desde esta perspectiva.

En todo caso, distinguir entre el concepto y el fundamento de los derechos humanos, implica necesariamente adoptar un determinado punto de vista sobre éstos que posee un sentido meto-

dológico, y que afecta principalmente a la propia configuración de su concepto. En efecto, este planteamiento, que más adelante describiré como dualista, implica considerar que los derechos poseen una doble dimensión: ética y jurídica. Entender así los derechos implica afirmar que la cuestión del fundamento es de tipo ético, esto es, el problema del fundamento de los derechos forma parte de una discusión que se desenvuelve en el ámbito de la ética; mientras que el problema del concepto de los derechos forma parte de una discusión que se desenvuelve tanto en el ámbito de la ética como en el del derecho.

Este enfoque de los derechos rechaza así aquellas posiciones que o bien pretenden justificarlos apelando a razones estrictamente jurídicas (por ejemplo, aquellas para las que los derechos humanos son los así denominados por el derecho), o bien manejan un concepto de derechos humanos completamente separado del mundo jurídico.

En todo caso, a la vista del sentido que poseen las cuestiones relativas al concepto y al fundamento de los derechos, se habrá ya advertido cómo se trata de un problema polémico y que no puede considerarse cerrado. Existen diferentes planteamientos y formas de resolver los problemas anteriores que dan lugar a distintas teorías sobre el concepto y el fundamento de los derechos. Difícilmente cabe así señalar que exista un único concepto o un único fundamento de los derechos humanos.

A pesar de ello, los problemas relativos al concepto y al fundamento de los derechos suelen ser dejados a un lado. En ocasiones se afirma que se trata de cuestiones imposibles de resolver, pero también hay quien opina que son problemas ya resueltos (máxime cuando existe una Declaración Universal de Derechos) o incluso que se trata de asuntos irrelevantes. Es habitual encontrarse con

pronunciamientos que subrayan que lo importante hoy, en el tratamiento de los derechos, es la cuestión de su protección. Sin embargo, la determinación de un concepto y de un fundamento de los derechos reviste gran importancia y afecta también al problema de su protección.

En efecto, es fácil advertir cómo todo sistema de garantías de los derechos está supeditado a la posición que se mantenga sobre su concepto y fundamento. Así, dependiendo de cuál sea el planteamiento que se maneje, se protegerán unos derechos y no otros o se protegerán especialmente unos derechos, cosa que no ocurrirá con el resto. Igualmente, la posición sobre su concepto determina el significado de los derechos y, por ende, la forma de garantizarlos. Normalmente, es al Parlamento a quien corresponde, en principio, el desarrollo de los derechos. Pues bien, qué duda cabe de que este desarrollo depende del concepto y del fundamento que se maneje, de la posición del Parlamento sobre las cuestiones que antes señalaba. Y algo muy parecido ocurre cuando de lo que se trata es de aplicar o interpretar los derechos.

Los derechos se presentan en los ordenamientos jurídicos como normas básicas materiales, esto es, como criterios o condiciones de validez de toda norma, acto o decisión jurídica. Esto, en relación con el problema de la aplicación y la interpretación, significa, de forma simple, que son la referencia que siempre hay que tener en la aplicación e interpretación de cualquier norma. Las normas que reconocen los derechos se encuentran en el nivel jerárquico superior del ordenamiento jurídico, por lo que son la referencia interpretativa y aplicativa del resto de las normas. Las decisiones jurídicas contradictorias con los derechos no pueden ser consideradas como válidas. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando de lo que se trata es de aplicar e interpretar los derechos? De nuevo aquí se deja

ver la importancia de los asuntos que nos ocupan. El intérprete no tiene normas superiores que sirvan de límite o de guía. Las normas relativas a los derechos no poseen otras normas de valor jerárquico superior, por lo que su interpretación y su aplicación expresan una forma de entender y justificar los derechos.

Señalaba antes cómo es difícil afirmar y defender que exista un único concepto y un único fundamento de los derechos. Pues bien, esta dificultad está también presente cuando nos planteamos el concepto y el fundamento de un derecho humano concreto. Así, por ejemplo, qué significa el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la protección de la salud son también cuestiones polémicas. Obviamente, para conocer su significado contamos con diferentes herramientas (estudios, normas, decisiones judiciales, etc.), pero es importante ser conscientes de que todas ellas son expresión de tomas de postura sobre el concepto y el fundamento de los derechos y que no cierran de manera completa lo referente al significado de estos instrumentos.

Sobre el fundamento de los derechos

La consideración de los derechos como instrumentos éticos es algo normalmente admitido. Adentrarnos en el significado que posee esta nota supone embarcarnos en la cuestión sobre el fundamento.

Los problemas del fundamento

La cuestión del fundamento de los derechos se enfrenta, al menos, con tres grandes problemas. El primero es la dificultad de lograr una fundamentación íntegramente racional; el segundo, la de lograr una fundamentación concluyente, y el tercero, muy relacionado con el anterior,

se traduce en la dificultad de lograr una fundamentación universal.

La primera de las dificultades se refiere a la fundamentación racional. La cuestión es sumamente importante, ya que, como vengo subrayando, fundamentar implica dar razones y, por tanto, exige elaborar una teoría susceptible de defender por vía racional. En este sentido, a la hora de elaborar una justificación racional de los derechos surgen una serie de dificultades derivadas de su propio carácter. Se trata de instrumentos éticos relacionados con concepciones morales, y, en este sentido, todas las posibles críticas referidas a la posibilidad de realizar justificaciones racionales de los juicios de valor cobran relieve.

La segunda de las dificultades es el logro de una fundamentación concluyente. Esta dificultad surge también del carácter de los derechos, pero más en concreto de los diferentes bienes que éstos intentan proteger. En efecto, los derechos, al menos sus categorías tradicionales (derechos individuales, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), protegen diferentes concepciones de la idea de libertad que, en ocasiones, puede ser difícil conjugar. Esta dificultad se acrecienta por lo que podríamos denominar carácter abierto de los derechos o, lo que es lo mismo, por la aparición de nuevas exigencias que pasan a ser consideradas como derechos, en relación con las cuales pueden surgir dificultades a la hora de integrarlas en esquemas de justificación relativamente consolidados. Así, muchas de estas nuevas exigencias se justifican en valores y presupuestos distintos a los que son utilizados tradicionalmente para fundamentar los derechos.

La tercera de las dificultades se refiere al problema de lograr una fundamentación universal, esto es, una fundamentación que sea válida con independencia del contexto espacial o temporal en el que nos situemos. El problema de la uni-

versalidad de los derechos es una cuestión que ha acompañado a éstos desde sus orígenes históricos, pero que presenta en la actualidad una serie de proyecciones de indudable importancia, entre las que destaca su posible presentación como criterios universales de justicia. Normalmente, la demanda de una justificación de los derechos no se va a satisfacer apelando a unos argumentos que sean sólo válidos para quien los propone. En este sentido, se exigen razones que trasciendan la dimensión individual y subjetiva, dándose entrada así a todos los problemas que aparecen cuando se trata de defender posiciones éticas de tipo universalista.

Junto a estos tres problemas, a la hora de plantear la cuestión sobre el fundamento, sigue estando presente el ya aludido sobre su relevancia o irrelevancia. Esta cuestión ha sido tratada al comienzo. Sin embargo, conviene retomarla en este punto, aunque desde otra perspectiva más acorde con los problemas que estamos tratando y de la mano de las llamadas posiciones pragmáticas. Las tesis de fondo de estas posiciones, que algunos relacionan con la primera de las dificultades antes aludida, pero que debe ser diferenciada, consiste en defender la necesidad de dejar a un lado no tanto la cuestión sobre el fundamento de los derechos, sino más bien los presupuestos que suelen acompañarla. En concreto, la crítica se dirige al papel preponderante que en las propuestas de fundamentación desempeña la razón como dato propio de la condición humana. La defensa de los derechos para este tipo de posiciones, el intento de hacer partícipes de su relevancia a los seres humanos, no se lleva a cabo desde la elaboración de una teoría moral racional y abstracta omnicomprensiva, sino más bien mediante la educación sentimental. La razón no es lo relevante, sino los sentimientos. Éste es el camino para lograr una justificación de los derechos.

Distintas teorías de fundamentación

A pesar de lo anterior, existen diferentes propuestas sobre la fundamentación de los derechos. No es posible aquí describir de manera íntegra y detallada cuáles son estas teorías. Me limitaré a diferenciar de manera genérica los rasgos básicos de las principales líneas de fundamentación de los derechos. Se trata, como se observará, de puntos de vista sobre el propio sentido de los derechos, desde los que se construyen luego diferentes teorías.

Así, puede hablarse de dos planteamientos en su justificación: el abstracto y el histórico. El primero relaciona los derechos con la dignidad, libertad e igualdad contempladas fuera de cualquier circunstancia histórica o espacial y vinculados a un sujeto ideal. Los derechos humanos se atribuyen a un sujeto universal e intemporal y derivan de unos rasgos y valores que sirven para caracterizar a ese sujeto. El segundo relaciona los derechos con las mismas ideas, pero atendiendo a circunstancias históricas y espaciales y vinculándolas a un sujeto real. Desde este enfoque, los derechos tienen que ver con sujetos sometidos a necesidades temporales y espaciales, y expresan demandas y pretensiones de individuos o grupos.

Igualmente, es posible distinguir entre posiciones que intentan justificar los derechos en un orden objetivo de valores y aquellas que lo hacen desde un orden intersubjetivo o desde un orden subjetivo. Las primeras defienden la existencia de valores válidos universalmente en todo tiempo y lugar, en determinados contextos espaciales o en determinados contextos temporales. La existencia de estos valores es independiente de los individuos, ya que pertenecen a la naturaleza de las cosas o son atribuidos a éstos por autoridades divinas. Los derechos se deducen o se identifican con este conjunto de valores. Para las posiciones intersubjetivas los derechos se basan en un con-

junto de valores expresión de un consenso entre sujetos. Este conjunto de valores, que sirven para dotar de contenido a los derechos, puede ser, dependiendo de las posiciones, absoluto e inmutable o relativo y variable. Por último, para las posiciones subjetivistas, los derechos se relacionan también con un conjunto de valores cuyo conocimiento y validez, en este caso, se circunscriben a la esfera individual.

Es posible diferenciar también entre planteamientos individualistas y comunitaristas. Los primeros parten del individuo; los segundos, de la comunidad en la que los individuos se insertan. Las posiciones individualistas toman como referencia, a la hora de justificar los derechos, una idea de ser humano que posee un valor singular y desde la que se destaca su autonomía e independencia. Se trata, pues, de una idea que se sitúa siempre por encima de cualquier entidad colectiva. Las posiciones comunitaristas se caracterizan por atribuir importancia al contexto en el que se desenvuelven los sujetos, hasta el punto de considerar que no es posible referirse a un ser humano haciendo abstracción de la comunidad en la que está inmerso. Se trata, pues, de un enfoque que subraya la relevancia de la dimensión comunitaria de los individuos a la hora de plantear la propia idea de los derechos. Una y otra posición dan lugar a diferentes formas de concebir el papel de los derechos, sus contenidos y sus orígenes.

Cercana a la diferenciación anterior es aquella que distingue entre planteamientos universalistas y particularistas. Las posiciones universalistas se caracterizan por manejar una idea de los derechos asociada a unos valores que se consideran válidos con independencia de contextos sociales e históricos y que se proyectan sobre un modelo de ser humano genérico caracterizado por compartir una serie de rasgos de los que deriva su dignidad. Los derechos se presentan como

instrumentos que derivan de esa ética común basada en unos valores universales y en una idea de ser humano también universal. Con carácter general, este tipo de posiciones se traducen en la defensa de una serie de derechos válidos de manera universal. Por su parte, las posiciones particularistas manejan una idea de los derechos asociada a unos valores presentes en contextos sociales e históricos y que se proyectan en un modelo de ser humano concreto y contextualizado. El fundamento de los derechos debe tener en cuenta los diferentes contextos sociales e históricos, la particularidad de cada contexto, por lo que no es posible referirse a la existencia de una ética común ni a la de un concepto de ser humano genérico desde las que fundamentarlos.

Otra clasificación de las propuestas de fundamentación de los derechos surge de la comparación de las posiciones liberales con otros tipos de posiciones. Ciertamente, resulta difícil en la actualidad caracterizar de manera general y sin matices lo que podríamos considerar como una propuesta estrictamente liberal. En todo caso, y siendo conscientes de ello, podríamos en este punto diferenciar entre posiciones liberales y republicanas, entre posiciones liberales e igualitarias, y entre posiciones liberales, democráticas y socialistas.

La distinción entre planteamientos liberales y republicanos radica, en relación con el tema que nos ocupa, en el diferente papel que se otorga al poder político. Para los primeros, los derechos cumplen la misión de limitar la actuación del poder. Los derechos se corresponden con un espacio de libertad de los individuos vedado para el poder que, en todo caso, tendrá como misión garantizar su disfrute frente a los ataques de los demás. Para el planteamiento republicano, el poder no es contemplado como el principal enemigo de los derechos, ni éstos deben ser construidos partiendo exclusivamente del individuo

aislado. Es importante contemplar la dimensión social de la persona y destacar el papel del poder a la hora de satisfacer ciertos derechos que se originan precisamente en esa dimensión.

La distinción entre planteamientos liberales e igualitarios radica, en este punto, en la diferente manera de jerarquizar los referentes éticos de los derechos y en las consecuencias que ello tiene en relación con la manera de estructurar las relaciones sociales. En efecto, las posiciones liberales se caracterizan por subrayar la importancia de la autonomía individual como rasgo fundamental de todo ser humano, que sólo puede ser cuestionado cuando entre en colisión con la propia autonomía de otro. Ello implica manejar una idea de derechos como instrumentos que favorecen una idea de libertad como no interferencia. Por su parte, las posiciones igualitarias, sin menoscabar la relevancia de la autonomía, centran su atención en la existencia de impedimentos reales que dificultan su uso y que justifican la imposición de límites a la autonomía de otros y, en general, el desarrollo de medidas que ayuden a paliar dichos impedimentos. La libertad como no interferencia necesita la satisfacción de una serie de necesidades, para que todos puedan alcanzarla, que sólo se logra desde la atención a la situación real de los sujetos.

Por último, es posible diferenciar las posiciones liberales de las democráticas y de las socialistas. Se trata de una diferenciación eminentemente histórica y que plantea la existencia de tres grandes corrientes de fundamentación de los derechos. La primera, la liberal, se caracteriza por la exaltación de la libertad como no interferencia, desde la que se fundamentan los derechos humanos como límites a la actuación del poder. Desde este tipo de planteamiento se justifican los derechos individuales y las garantías procesales. La segunda, la democrática, se caracteriza por la exaltación de la libertad como participación,

desde la que se justifican los derechos que permiten a los individuos participar en la formación de la voluntad del poder. La tercera, la socialista, se caracteriza por la defensa de la libertad real o promocional, desde la que se justifican los derechos que pretenden extender el disfrute de la libertad como no interferencia y de la libertad participación a todos, esto es, los derechos económicos, sociales y culturales.

Sobre el concepto de los derechos

Hay diferentes formas de concebir los derechos humanos, que pueden ser clasificadas utilizando criterios distintos. Uno de estos criterios, de índole metodológico, consiste en analizar el tipo de posición dependiendo de la relevancia que concede a los aspectos jurídicos y éticos de los derechos. A través de él, es posible diferenciar entre planteamientos monistas y dualistas.

Las concepciones monistas se caracterizan por considerar a los derechos como instrumentos de naturaleza moral o de naturaleza jurídica. Es decir, existen concepciones monistas de los derechos que podríamos denominar como morales y como jurídicas. Tradicionalmente se considera que las primeras se desenvuelven en el ámbito de teorías del derecho iusnaturalistas y las segundas en el ámbito de teorías del derecho positivistas.

El primero de los planteamientos, el propio del tipo de aproximación iusnaturalista a los derechos, puede ser descrito por la defensa de dos tesis: una ética y otra jurídica. Según la primera, es posible conocer y defender una serie de principios morales; según la segunda, el derecho y las normas deben estar en conformidad con dichos principios morales. Para este modelo de aproximación, los derechos se identificarían con los principios morales, por lo que la validez

del derecho se haría depender de su reconocimiento.

Las teorías monistas morales se diferencian entre sí por la determinación de lo moralmente relevante, esto es, por la manera en la que se justifica aquello que se considera como valioso desde un punto de vista moral; en definitiva, por los principios morales que se defienden y por su origen.

Los derechos coincidirán para estas posiciones con esos postulados morales o serán deducción de ellos, no siendo necesaria, desde un punto de vista conceptual, su incorporación al derecho y presentándose además como criterios desde los que determinar la validez de las normas. De esta forma, tanto la defensa del carácter jurídico de los derechos naturales cuanto la de los llamados derechos morales, sin referencia a texto normativo jurídico, constituyen muestras de este tipo de posiciones.

El segundo de los planteamientos, el propio de algunas posiciones positivistas, se caracteriza por mantener que sólo es derecho el derecho positivo. En este sentido, y en relación con los derechos, una aproximación positivista de este tipo mantendría que, para hablar de derechos humanos, éstos tendrían que estar incorporados al ordenamiento jurídico, y ésta sería la única exigencia. Así, en general, esta aproximación no se pronunciaría en el ámbito ético, si bien existe un modelo que sí adopta una determinada postura en ese ámbito. Se trata del positivismo ético extremo, para el que el derecho, por el simple hecho de ser válido, es justo.

En todo caso, en relación con las teorías monistas jurídicas, es posible hacer referencia a dos grandes tipos de posiciones. Para la primera, los derechos humanos son los que así se denominan en un ordenamiento jurídico, haciendo abstracción de su justificación moral. Para la segun-

da, los derechos humanos son también los así denominados en un ordenamiento jurídico, pero considerando que se trata de figuras con justificación moral, si bien el problema de la justificación moral no es problemático.

Los planteamientos monistas presentan problemas a la hora de abordar el estudio de los derechos. El iusnaturalismo, que en la historia de los derechos ha desempeñado un papel crucial, no permite alcanzar un concepto integral de estas figuras. Además de las críticas que se pueden dirigir a este planteamiento en el ámbito de la teoría del derecho, el problema principal de esta posición en el ámbito del concepto de los derechos es que deja sin abordar el papel del derecho en la configuración de los derechos. Por su parte, la reducción del estudio de los derechos al plano exclusivamente jurídico, propia del positivismo jurídico, presenta también problemas. Aunque desde el punto de vista de la teoría del derecho difícilmente podrán negarse los postulados positivistas, conviene no separar de forma tajante derecho y sociedad, pero sobre todo en lo que afecta a los derechos difícilmente podrá desarrollarse un concepto integral sin tener en cuenta la cuestión de la justificación ética.

Las teorías dualistas, que son las que me parecen más acertadas, se caracterizan por considerar que no es posible comprender los derechos sin tener en cuenta que se trata de figuras que poseen una dimensión moral y una dimensión jurídica, es decir, sin tener en cuenta que se trata de instrumentos jurídicos que poseen justificación moral. Las teorías dualistas, normalmente apoyadas en una teoría del derecho positivista, conceden importancia al derecho, pero también a la justificación moral de los derechos. En este sentido, las teorías dualistas difieren entre sí por la toma de postura que adoptan en las cuestiones que afectan a los planos éticos y jurídicos de los derechos, si bien coinciden en señalar su impor-

tancia a la hora de manejar un concepto de los mismos.

En todo caso, el modelo dualista se caracteriza por manejar ambas exigencias. Y en este punto radica uno de sus principales problemas. Las exigencias de justificación ética e incorporación al ordenamiento jurídico pueden llevar consigo la necesidad de resolver si se trata de planos igualmente importantes o si prima alguno de ellos. El problema puede no tener sentido en relación con asuntos menores, pero sí lo tiene en cuestiones controvertidas. Un defensor de la aproximación dualista mantendrá que no basta con la justificación ética, sino que es necesaria la incorporación de la pretensión al derecho. Al mismo tiempo señalará que no basta con la mera incorporación al derecho, sino que es necesario que la pretensión posea una justificación ética. Esto significa que: a) sin justificación moral no hay derecho fundamental y b) sin incorporación al derecho no hay derecho fundamental. Así, por ejemplo, deberá afirmar que allí donde el derecho no reconoce derechos fundamentales los ciudadanos no los poseen. E igualmente deberá reconocer la relevancia de la moral en la determinación del significado y del sentido de los derechos y, por lo tanto, afirmar que aquellos derechos que el ordenamiento jurídico considera como fundamentales, y que no tienen una justificación moral, no deben ser así denominados. Ahora bien, independientemente de lo anterior, o tal vez mejor como consecuencia de lo anterior, en la posición dualista prima de alguna manera la perspectiva ética sobre la jurídica. En efecto, como veremos más adelante, el referente ético de los derechos desempeña en este planteamiento un importante papel no sólo en las cuestiones de fundamentación, sino también a la hora de alcanzar un concepto de los derechos.

Además del problema de la prevalencia de alguno de los ámbitos, al dualismo se le presenta

otro que igualmente tiene su origen en la utilización de dos perspectivas, en principio igualmente esenciales: la coherencia entre ambas. Así, no cabe describir los derechos desde un planteamiento ético a través de una serie de valores y luego abandonar éstos en el ámbito jurídico (salvo, claro está, que los valores abandonados no sean propuestos como identificadores de los derechos fundamentales). Es decir, uno de los problemas que se presentan a todo planteamiento dualista consiste en la necesidad de mantener las conclusiones que se originan en el ámbito de la reflexión moral cuando se aborda la perspectiva jurídica de los derechos.

El dualismo, por otro lado, puede ser permeable a alguna de las consideraciones del que podríamos denominar como modelo trialista o tridimensional. Este modelo exige tener en cuenta, además de los rasgos del dualismo, una tercera dimensión conectada con la realidad social. En este sentido se afirma que, para hablar de un derecho fundamental, no sólo es necesaria la justificación ética y la incorporación al derecho, sino también la efectiva posibilidad de satisfacer su contenido.

La visión trialista llama la atención sobre un aspecto relevante de los derechos. Sin embargo, no hay razón para diferenciarla de la dualista, ya que esa dimensión social puede estar presente bien en el ámbito ético, bien en el jurídico. En efecto, una pretensión imposible de satisfacer puede no estar justificada, al menos desde un punto de vista social, y de igual manera, si esa pretensión es imposible de garantizar desde el derecho, tampoco parece que pueda ser incluida en esta categoría. La cuestión afecta de lleno a los límites que incorpora el modelo dualista en relación con el concepto y la justificación de los derechos. Estos límites pueden ser formales y materiales. Los límites formales hacen alusión a la necesidad de que toda pretensión con vocación

de ser convertida en derecho fundamental debe ser susceptible de incorporación al derecho, es decir, de ser formulada y garantizada como derecho (perfecta o imperfectamente). Los límites materiales hacen referencia a la posibilidad material de que a través del derecho se satisfagan los bienes o necesidades que están detrás de los supuestos derechos. El problema de la escasez sirve para caracterizar de forma general estos límites. Así, en virtud de los límites materiales no cabría defender la existencia de un derecho fundamental que no pudiese ser reconocido con eficacia a todos los ciudadanos por razón, por ejemplo, de la escasez. Ahora bien, este tipo de límites no son consecuencia de una nueva dimensión que trascienda la ética y la jurídica. Al contrario, parece más bien que se trata de un criterio de indudable cariz ético. Por otro lado, el significado de la escasez como límite material de los derechos debe intentar ser completamente avalorativo, es decir, ser expresión de la escasez natural.

Un punto de vista integral

Como ya he señalado, la mejor manera de enfrentarnos a las cuestiones del concepto y del fundamento de los derechos consiste en adoptar un tipo de posición dualista. Las teorías dualistas se caracterizan por considerar que no es posible comprender los derechos sin tener en cuenta que se trata de instrumentos jurídicos que poseen justificación moral. Se trata así de un punto de partida metodológico que obliga, a quien se plantea estas cuestiones, a llevar a cabo consideraciones éticas y jurídicas.

Pues bien, una forma dualista de entender los derechos, que es la que aquí seguiré, se caracteriza, además, por manejar otras dos perspectivas, también de índole metodológica: la racional y la histórica.

Desde la perspectiva racional hay dos ideas claves para entender los derechos: la dignidad humana, como dato identificador del ser humano como sujeto moral del que es posible establecer ciertas consideraciones normativas, y el Estado de derecho democrático y social. Ambas ideas presiden, precisamente, las perspectivas moral y jurídica respectivamente, propias de este tipo de posiciones.

La historia se constituye, dentro de este modelo, como un instrumento más de conocimiento, que permite comprender la evolución de los derechos y dar cuenta también del marco moral en el que éstos se han ido desenvolviendo. Desde la perspectiva histórica hay también dos ideas claves para entender los derechos: su origen histórico y los procesos históricos que han seguido los derechos al hilo de diferentes movimientos ideológicos. En este sentido, conviene ser conscientes de que los derechos, tal y como hoy los entendemos, surgen en el tránsito a la modernidad, dentro de tres grandes tipos de reflexiones: la de los límites al poder, la de la tolerancia religiosa y la de la humanización del derecho penal y procesal. A partir de ahí, se ha hablado de cuatro grandes procesos históricos: la positivación, la generalización, la internacionalización y la especificación. En estos cuatro grandes procesos han participado tanto el pensamiento liberal como el democrático y el socialista.

Desde estas perspectivas metodológicas, el modelo dualista implica un punto de vista sobre el fundamento y el concepto de los derechos. En relación con el fundamento, sitúa a los derechos dentro de un marco moral atribuyéndoles la función del logro de una vida humana digna. En el ámbito del concepto, integra necesariamente el discurso de los derechos en un concepto de lo jurídico que pueda abrirse a ese marco moral y que sea capaz de garantizar dicha función.

La concepción de la moralidad: el fundamento de los derechos

El marco moral

El dualismo se caracteriza por manejar una idea de moral que se constituye así en presupuesto de este modelo. Para su descripción partiré de la delimitación de la idea de sujeto moral. Se trata, sin duda, de un término abstracto, con el que se pretende identificar a los seres dotados de libertad de elección y, por tanto, con posibilidad para elaborar planes de vida. Su comprensión puede ser facilitada de la mano de lo que G. Peces-Barba denomina dinamismo de la libertad.

El dinamismo de la libertad es utilizado por Peces-Barba para caracterizar la vida moral de los sujetos y constituye un presupuesto del discurso ético moderno. Hablar del individuo como sujeto moral supone considerar a los hombres y mujeres como elementos esenciales del discurso moral, como sujetos racionales capaces de elaborar y proponer planes de vida y de llevarlos a la práctica. Esto implica entender que los sujetos morales poseen fácticamente capacidad para elegir (libertad de elección) y que orientan su existencia hacia la consecución de determinados planes de vida (libertad moral).

La libertad de elección constituye un presupuesto de cualquier reflexión moral. Se trata de la capacidad de elección propia de la condición humana, que encuentra limitaciones sobre todo en lo que se refiere al medio social y cultural histórico en el que se desarrolla. En cualquier caso, debe ser contemplada como un aspecto formal que no se refiere a elecciones concretas y que posee un valor que se proyecta en todos los seres humanos de forma igual, por lo que incluso hace abstracción de ese marco social y cultural.

Por su parte, la libertad moral es un momento utópico en la vida de los individuos, ya que es

aquél en el que éstos ven realizado su proyecto vital. No se trata de un momento cerrado. El proyecto vital no se cierra en el tiempo, sino que es en su historia donde se va perfilando. Igual que en el caso anterior, la libertad moral debe ser en principio entendida sin contenidos, o mejor, con todos los contenidos posibles. En la libertad moral, como idea formal, puede ser incluido cualquier plan de vida. Por otro lado, esta idea de libertad moral posee un valor que se proyecta en todos los seres humanos de forma igual; esto es, en principio, no cabe establecer diferencias entre seres humanos en lo referente a la libertad moral.

El presupuesto que tomo como referencia se identifica con esta construcción del dinamismo de la libertad. Se trata en principio, como vengo subrayando, de un marco formal. En efecto, este dinamismo nada dice de elecciones posibles ni, por tanto, mucho menos de derechos. Sin embargo, es importante advertir que la propia construcción y su identificación con el marco de la moralidad poseen ciertos contenidos sustanciales.

En efecto, el dinamismo de la libertad parte de una determinada consideración del individuo de carácter mínimo, que se traduce en la idea de dignidad y que puede entenderse a través de la relación del concepto de individuo con la libertad de elección. La libertad de elección lleva aparejada una serie de condicionantes sin los cuales no es posible su desarrollo y que constituyen requisitos previos de toda discusión moral. La posibilidad de elegir exige el reconocimiento de la realidad de la persona y, por tanto, la posibilidad de su existencia, lo que implica la satisfacción real de ciertas necesidades básicas (que pueden ser distintas dependiendo de la situación real del sujeto). Estos requisitos previos afectan exclusivamente a la posibilidad de subsistir, lo que se traduce en el reconocimiento de la integridad física.

La integridad física es, pues, una dimensión objetiva del marco moral y se encuentra así en su misma noción, ya que toda actuación moral va a requerir la existencia de los seres humanos. Este carácter objetivo se traduce en una exigencia sustantiva delimitadora de lo moral: si la integridad física es precondición del discurso moral, no parece lógico permitir un ejercicio de la libertad de elección que vaya en contra de ella.

De esta forma, el discurso moral, descrito a través del dinamismo de la libertad, pasa a tener un componente sustantivo en el sentido de apartar de la discusión moral toda actuación dirigida a acabar con la vida humana, esto es, con la libertad de elección. Y con ello, lógicamente, se restringen posibles contenidos de libertad moral. No cabe integrar en el discurso moral planes de vida que acaben con la libertad de elección de otro sujeto.

En todo caso, la construcción del dinamismo de la libertad trae consigo también otro componente que se deduce igualmente de la relevancia que se concede a la libertad de elección. Valorar la libertad de elección implica valorar su uso (autonomía) y su posibilidad (independencia). Al igual que el componente anterior se traducía en la exigencia de respeto a la integridad física, este puede traducirse en la exigencia de respeto a la integridad moral (autonomía e independencia).

Estos componentes se proyectan de forma igual en todos los sujetos morales. Y en este sentido, en este marco moral en el que se sitúa el discurso sobre los derechos, la idea de igualdad desempeña un papel crucial. La construcción de los derechos que se origina desde lo que he denominado dinamismo de la libertad parte de una idea de igualdad que se traduce en la consideración igual de todo ser humano, lo que implica proyectar las exigencias que de ella se deducen en todo sujeto moral.

La idea de dignidad y los componentes procedimentales y sustantivos que la acompañan implica en todo caso la necesidad de contemplar la vida humana en comunidad, no ya en el sentido de entender que sólo tiene sentido en ella y se ve, en ocasiones, predeterminada por ella, sino más bien en el sentido de que es necesario situar el discurso sobre los derechos en ese ámbito también. Pero, además, implica mantener un compromiso con la defensa de la integridad física y moral y, por tanto, la responsabilidad moral en la defensa de la idea de sujeto moral.

Tal vez sea importante subrayar que el componente sustantivo se refiere a la libertad de elección y no a las posibles elecciones resultado de esa libertad. Es decir, lo que limita es la actuación de otros dirigida a acabar con la libertad de elección de un sujeto, pero no la elección concreta de un sujeto dirigida a acabar con su propia libertad. Lo primero es un presupuesto de la posibilidad de elección; lo segundo, una consecuencia. Esto último forma parte ya de la discusión histórica sobre los contenidos y decisiones posibles en el camino hacia la libertad moral y en el camino hacia el logro de una vida humana digna, que es algo que se desarrolla en lo que denominaré como marco moral público.

El marco moral implica, pues, la defensa de una idea de individuo como sujeto moral, lo que supone considerar a éste como ser dotado de libertad de elección y con una vida orientada hacia el logro de planes de vida (libertad moral) únicamente limitados por el respeto a la integridad física y moral del resto de los sujetos (por el respeto a la libertad de elección de los otros).

De esta forma, existe un núcleo básico de los derechos, en cuanto figuras con relevancia ética, en el que éstos se insertan, que constituye el marco de lo moral y que está compuesto por cinco ideas: libertad de elección, autonomía individual, inde-

pendencia, satisfacción de necesidades básicas y consecución de planes de vida. A pesar de que es posible afirmar que los derechos se justifican por la función que desempeñan en la evolución y desarrollo de la humanidad para el logro de una vida humana digna, existe un contenido mínimo delimitador. El discurso de los derechos se mueve desde el reconocimiento en los seres humanos de su posibilidad de elegir diferentes planes de vida, limitada sólo por su incidencia en la efectiva posibilidad de elección de otros, esto es, por su incidencia en la satisfacción de necesidades básicas de otros. Un discurso que se sale de estos parámetros no puede estar relacionado con los derechos. Se estará hablando de otra cosa, pero no de derechos.

Se trata de un presupuesto abstracto, que sirve para identificar la idea de dignidad humana –en un sentido mínimo y negativo (es contrario a la dignidad aquello que provoca que el ser humano no pueda ver satisfechas sus necesidades básicas o aquello que impida que pueda mantener su capacidad de elección)– y que vale para todo momento relacionado con los derechos, en tanto que establece los límites de lo moral. Su relevancia es fundamental: tanto en el plano doctrinal como en el legislativo, como en el judicial, toda referencia a los derechos debe respetar esos mínimos para poder ser considerada compatible con su discurso.

Ahora bien, aunque vengo subrayando el carácter abstracto de esta idea de sujeto moral y de sus consecuencias, se trata de una idea necesariamente histórica, es decir, fruto de una determinada evolución histórica de la humanidad. La idea de sujeto moral y sus consecuencias, presupuestos abstractos del discurso dualista de los derechos, puede ser apoyada así desde una reconstrucción de la historia de la humanidad entendida en clave de los derechos. Desde este punto de vista, esta reconstrucción permite, por

un lado, apoyar esos rasgos abstractos y, por otro, dar cuenta de la evolución de los instrumentos que, en la actualidad, son denominados derechos humanos.

Los derechos como expresión de la ética pública

El punto anterior nos ha permitido situar el discurso de los derechos dentro de una específica forma de considerar la moral. El logro de la libertad moral necesita una serie de instrumentos, algunos de los cuales no tendrán otra misión que la de sentar las bases para que los individuos puedan alcanzar esa libertad, es decir, sentar las bases para el logro de una vida humana digna. Entre estos últimos es posible diferenciar los que poseen una proyección individual, es decir, varían dependiendo del sujeto (libertad individual), de los que poseen una proyección social y pública fruto de acuerdos entre individuos que una vez establecidos llegan a independizarse de sus autores (libertad social). Ahora bien, en esta categoría hay instrumentos no juridificados (libertad ético-social) e instrumentos juridificados (libertad jurídico-social). Existen así instrumentos de carácter individual y social que facilitan el logro de una vida humana digna pero que no tienen cabida en el derecho. Los derechos son instrumentos juridificados.

Los derechos constituyen uno de los contenidos de la libertad y, en este sentido, se presentan a la vez como límite de determinados planes de vida, pero también como promotores de otros. La identificación de la libertad jurídica con los derechos supone añadir contenidos a ese marco moral e implica, por tanto, caracterizar y limitar los contenidos posibles de la libertad moral y, con ello, algunas expresiones de la autonomía individual.

Los diferentes contenidos de libertad en los que se desenvuelven los derechos han ido apare-

ciendo en la historia fruto de consensos y disensos. Independientemente de su vigencia en un momento determinado, son el resultado de una evolución que se proyecta en el tiempo y que está conectada con la tradición y con el contexto espacial. La reflexión histórica facilita elementos fiables y esclarecedores de la aparición y evolución comprensiva de los valores, pretensiones, deberes y necesidades humanas y de su incorporación a textos positivos; permite ver cómo no sólo el tiempo, sino también el espacio influye en la discusión moral. Por otro lado, permite asimismo tomar conciencia del momento cultural en el que nos encontramos y circunscribir la reflexión a éste. Por último, se constituye en un criterio esencial a la hora de atribuir significado a los derechos.

En todo caso, conviene no confundir estos contenidos de la libertad instrumental, los derechos, con la libertad moral. Ésta es un fin mientras que los derechos son instrumentos o medios. Por otro lado, tampoco hay que confundir los derechos con la libertad de elección y con las consecuencias de su valor, que se traducen en la idea de dignidad humana. Ésta constituye un presupuesto de su discurso, mientras que los derechos son instrumentos para proteger el desarrollo y la posibilidad de esa libertad, esto es, instrumentos para el logro de una vida humana.

Los derechos van a servir para definir cómo debe ser el marco público de la moralidad, esto es, para establecer cómo debe ser una estructura de moralidad y de juridicidad que garantice y respete la proyección pública del marco moral y sus componentes. Y así, en este punto, no debe confundirse tampoco lo que he denominado marco público de la moralidad con el marco moral. Este último se identifica con el dinamismo de la libertad y sus presupuestos, mientras que el primero aparece ya con unos contenidos determinados representados por los derechos, poseyendo una

dimensión pública y social. Es decir, el modelo presupone una determinada idea de lo moral, que he llamado marco moral, representado por el recurso al dinamismo de la libertad y sus presupuestos. E igualmente maneja una idea de moralidad circunscrita al ámbito público que se conecta con el derecho, en donde tienen cabida los derechos y la libertad ético-social, y que he denominado marco público de moralidad. Este último marco –y por tanto, los derechos– presupone el primero, pero es en el marco público de moralidad, esto es, en la ética pública, donde los derechos se desenvuelven.

La determinación de aquello que puede constituir un plan de vida aceptable en la sociedad desde el presupuesto de la libertad de elección y sus exigencias derivadas exige su puesta en discusión, y esta discusión requiere una estructura que sirve de justificación a los derechos. En este aspecto, el marco moral público se abre a las teorías del discurso en el sentido de adoptar procedimientos ideales para la deliberación y la toma de decisiones, apoyadas en la idea del consenso (no entendido como un consenso fáctico, que se realiza en un determinado momento y no evoluciona, sino como un consenso dinámico y abierto).

Pues bien, en este punto aparece otra proyección de la igualdad, que no es otra que la igual consideración de los sujetos morales en el discurso sobre los derechos. La exigencia del respeto a la libertad de elección en el ámbito del dinamismo de la libertad exige situar a todos los sujetos en iguales condiciones para la determinación de los instrumentos que permitan el logro de una vida humana digna.

La existencia de un marco moral general y de un marco moral público específico en los que se desenvuelve la idea de los derechos repercute indudablemente en la idea de derecho capaz de

acoger el modelo que estamos esbozando. En efecto, estas dimensiones de la concepción de los derechos se proyectan de forma clara en el tipo de derecho y de poder político capaz de asumirlas y en las características de esa asunción. Se trata de problemas que el modelo dualista aborda desde el punto de vista del concepto de los derechos.

La concepción de la juridicidad: el concepto de los derechos

Como se habrá advertido, esta idea de los derechos parece exigir una determinada estructura estatal y jurídica. Se trata de una serie de características que derivan del marco moral genérico y del marco moral público que presumen el modelo. Estas características se traducen en una determinada forma de entender la relación entre el derecho y el Estado, identificable con lo que denominaré Estado de derecho exigente y en la señalización de una serie de rasgos que identifican el papel de los derechos en el derecho. Se trata de rasgos que pueden ser considerados conceptuales y que poseen, al igual que aquellos que tienen que ver con el fundamento, un carácter predominantemente procedimental.

El Estado de derecho exigente

La necesaria incorporación de los derechos al derecho, defendida por el modelo dualista, obliga a tener en cuenta al poder, dada la relación entre derecho y poder. Pero, además, la misma idea de los derechos parece aludir a un determinado tipo de poder.

En efecto, desde el modelo dualista se afirma que todo poder político es poder jurídico. Entre el Estado y el derecho hay una circularidad. En este sentido, la posición dualista que aquí se sustenta, a la hora de adoptar un modelo de relación

entre derecho y poder, asume en principio lo que puede ser denominado modelo de conexión, que significa defender dos planteamientos: la consideración del poder como fundamento de validez del derecho y la de éste como elemento racionalizador del poder. A lo primero se le puede denominar *conexión externa,* y a lo segundo, *conexión interna.*

Desde la conexión externa, el poder se presenta como fundamento de validez del derecho. En este sentido, la validez del derecho descansa en último término en un hecho, que podríamos denominar con Peces-Barba como "hecho fundante básico" y que se identifica con el poder. Se trata del poder entendido en sentido amplio, donde se incluyen, como ha señalado Peces-Barba, no sólo las instituciones del Estado, los tres poderes clásicos y los restantes poderes públicos, sino también los que detentan la fuerza al servicio de estos poderes, los operadores jurídicos y funcionarios en general y los ciudadanos en cuanto participan en la formación de los poderes y en el normal funcionamiento de la maquinaria jurídica en sus diversos niveles.

Por su parte, la conexión interna matiza la consideración anterior. El poder, que en principio puede ser identificado con la fuerza, estructura y organiza su actuación por medio del derecho. Por este camino, y sin atender a los contenidos del derecho, se produce ya una racionalización del poder, que tendrá que ajustarse a lo que él mismo ha dictado o apoyado, esto es, a unas normas. Pero es que, además, el modelo maneja una concepción del derecho que asume la idea de sistema y que integra en su estructura una serie de principios constitutivos de lo jurídico (principio de publicidad, de jerarquía, de seguridad, de legalidad, de prohibición de la arbitrariedad, etc.), que sin duda sirven también de límite y racionalización de la actuación del poder.

Ahora bien, desde los presupuestos de moralidad que caracterizan el discurso de los derechos, el dualismo va a transformar el modelo de conexión con el objeto de hacerlo permeable a dichas dimensiones. El modelo de conexión se enriquece ahora de estos contenidos de moralidad que presupone el modelo dualista y que se sitúan como límites al poder, afectando tanto a la conexión externa como a la interna. Con ello se da entrada a lo que he denominado *Estado de derecho exigente*.

En términos muy genéricos cabe identificar esta fórmula como la de un Estado de derecho que se caracteriza por defender una serie de contenidos de moralidad en forma de derechos individuales y sociales, protección del pluralismo y participación. Un derecho que no reconoce estos contenidos o un poder que no los respeta no pueden ser considerados como correctos desde un punto de vista moral que integre la idea de los derechos.

El modelo, a través de la relevancia que se concede a la participación, se conecta con la idea de democracia proyectada hacia un modelo de Estado de derecho. Esta idea de democracia parte del marco de moralidad ya fijado y añade, además de dimensiones igualitarias, una serie de condicionantes de tipo formal, que delimitan el ámbito de la discusión pública moral en el que se insertan los derechos. Así, su descripción se mueve en torno a tres ejes igualmente importantes: la exaltación del valor del diálogo y, por ende, de la protección de un marco para el desarrollo de la opinión pública; la existencia y protección del pluralismo, y la defensa del consenso como criterio básico determinante del significado de los contenidos de moralidad.

Los derechos se entienden como condicionantes de la estructura de la democracia desde el presupuesto de la libertad de elección. En efecto, el modelo asume, como conexión necesaria entre

el Estado de derecho y la moral, la idea de autonomía individual y, a partir de ella, el procedimiento democrático. Estos contenidos de moralidad se presentan no como derechos, sino como guías y límites de la producción normativa en todos sus planos. En otros términos, lo que el modelo exige para hablar de Estado democrático de derecho es la existencia de un ordenamiento jurídico cuyas normas sean resultado del procedimiento democrático desde el respeto a la autonomía y la independencia, manejándose a partir de aquí una idea de democracia como proceso abierto e inacabado.

La democracia que defiende el modelo debe ser capaz de integrar los contenidos de la libertad. Primar un tipo de libertad u otro, y por lo tanto proteger unos derechos u otros, dependerá del tipo de poder y de derecho, y, de esta forma, de la política normativa que se mantenga en relación con los derechos. Y es precisamente en este punto en el que, de nuevo, el discurso sobre la igualdad adquiere especial importancia.

En efecto, la igualdad en el derecho se presenta como criterio de distribución de los contenidos de libertad proyectándose básicamente en sus titulares.

El principio de igualdad en el derecho trata de establecer cuándo está justificado crear diferencias normativas y cuándo no, que es precisamente lo que vienen a expresar esos dos tipos de igualdad que pueden reconducirse a la diferenciación negativa y a la diferenciación positiva. En este sentido, el problema fundamental en el tratamiento de la igualdad reside en el alcance de las ideas de relevancia y razonabilidad, esto es, en el análisis de cuándo es razonable establecer diferencias negativas o positivas. Se trata de una cuestión de indudable contenido valorativo.

En la explicación del modelo dualista he estado haciendo referencia a una serie de presupues-

tos que deben estar presentes en el discurso de los derechos. Desde ellos, y siendo conscientes de que el problema de la igualdad debe ser resuelto principalmente desde el examen del caso en cuestión, es posible no obstante establecer un marco genérico en el que desenvolver las exigencias de razonabilidad y relevancia. Se trata en definitiva de apuntar ciertos rasgos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de operar con la idea de razonabilidad en lo referente a medidas de igualdad.

Siendo coherentes con la idea de sujeto moral destacada al principio, parece que el examen de lo razonable tiene una serie de límites que son abstractos e históricos. Los límites abstractos se deducen de las exigencias que consideramos como presupuestos de la moralidad; los históricos, por su parte, obligan a atender las circunstancias contextuales de los sujetos y a los contenidos morales que expresan en la actualidad los derechos. En este sentido, lo aceptable y por tanto razonable es aquello que puede ser justificado desde estos límites.

La discusión sobre la igualdad debe así utilizar al menos dos criterios guía, que se presentan como condiciones previas de la distribución y que fueron ya aludidas. Desde esa perspectiva, el juicio de la relevancia y razonabilidad en el ámbito de los derechos está presidido, en primer lugar, por la exigencia de atención al problema de la libertad de elección y de las necesidades básicas o, dicho de otra forma, el principal criterio de relevancia es el respeto a la libertad de elección (autonomía e independencia) y la satisfacción de necesidades básicas. Se trata de un presupuesto de la discusión moral y, por lo tanto, de un requisito previo de toda medida de igualdad.

Pero, además, existe otro criterio guía que se deduce de nuestra perspectiva originaria y, en definitiva, del igual valor que se concede a la liber-

tad de elección de los sujetos morales. En virtud de ello, el juicio de relevancia y de razonabilidad está limitado por la necesidad de contemplar –y en su caso, situar en el presupuesto de toda discusión moral– a los sujetos morales en igual situación de poder para la determinación de aquello que puede ser considerado como correcto. Es decir, el marco de justificación de los derechos exige entender a éstos como el resultado de la puesta en común de diferentes demandas vinculadas al logro de planes de vida y que tienen como resultado el establecimiento de un marco en el que desarrollar una vida humana digna. Y en este sentido, presupone una idéntica participación de todos los agentes morales, sin que ello suponga, claro está, que finalmente todas las exigencias sean tenidas en cuenta.

Ambos criterios son previos a la cuestión sobre la distribución de los derechos, en el sentido de presentarse como condición de cualquier tipo de reconocimiento real de los mismos. Más allá de estos dos criterios guía, cuando no se trata de posibilitar la libertad de elección, de satisfacer necesidades básicas o de poner en idéntica situación de poder a los sujetos morales, el problema de la justificación de la diferenciación debe atender y operar desde la atención a los distintos tipos de igualdad y desde la atención a las circunstancias que están en juego. Y en este punto, con carácter general, está justificado llevar a cabo medidas de diferenciación siempre y cuando éstas sean aceptadas por aquellos colectivos o personas a los que van dirigidas.

En resumen, lo anterior se traduce en la defensa de dos postulados dentro del modelo que aquí estamos defendiendo, y que se traducen en la justificación de la diferenciación que:

a) Pretenda satisfacer necesidades básicas de los individuos y su capacidad de elección.

b) Pretenda situar a los individuos en idénticas condiciones en el ámbito de la discusión moral pública.

A partir de aquí se maneja otro principio que afecta a su distribución y que sigue condicionando la idea de razonabilidad, siempre bajo el presupuesto de los anteriores:

c) El disfrute de los derechos debe estar abierto a todos, si bien pueden establecerse diferencias que, en virtud de los diferentes tipos de desigualdad, atendiendo al contexto en el que éstos se desenvuelven, y teniendo en cuenta diferentes criterios de distribución en ellos presentes, sean aceptados por la mayoría de sujetos racionales implicados.

Así, el examen de la razonabilidad debe ajustarse a estos límites, lo que significa que siempre será razonable aquella medida que aun diferenciando pretenda satisfacer una necesidad básica y mantener la capacidad de elección o que pretenda situar en igual situación de poder a unos determinados individuos que no lo están. Y a partir de aquí, también será razonable aquella medida que, atendiendo a circunstancias que provocan desigualdad, al contexto y a los criterios posibles de distribución, sea aceptada por los sujetos implicados.

Es precisamente este tercer requisito el que obliga a incluir en el discurso actual de los derechos al Estado social y, con ello, convierte el modelo de lo jurídico en lo que denominamos Estado de derecho exigente. El sentido y significado del Estado democrático exige un poder que considere a todos los individuos a él sometidos como personas provistas de necesidades, pretensiones, etc., suficientemente justificadas y en relación con los demás sujetos. El poder democrático se caracteriza, pues, por ser expresión de la

soberanía popular dentro de un marco tolerante de libertad e igualdad, y en él tienen que reconocerse los valores y pretensiones básicas de los seres humanos, el pluralismo, la tolerancia y la participación popular tanto en su constitución como en su ejercicio. En este sentido, uno de los fines, quizás el más importante, de un Estado democrático es el de proteger y promocionar la libertad. Si, además, se añade al Estado el calificativo de "social", la protección y promoción de la libertad tendrá que ir acompañada de una determinada distribución de los contenidos de libertad, de una actuación política redistributiva de los bienes y, por tanto, interventora en el ámbito social, siempre desde el discurso de los derechos.

Esta política distributiva de los bienes, que afecta indudablemente al catálogo y a la titularidad de los derechos, tiene que ser real y efectiva, lo que repercute en el establecimiento de un sistema de garantías precisas y se proyecta en las dimensiones objetiva y subjetiva de los derechos, ampliándose además el ámbito de los sujetos obligados.

En efecto, la incorporación al discurso de los derechos de la idea del Estado social, y con ella la posibilidad de establecer políticas de diferenciación negativa y positiva en materia de derechos, no puede ser considerada como un ejercicio retórico. Se trata de un postulado que debe manifestarse en el establecimiento de sistemas eficaces que acompañen y garanticen la realización de esas medidas y que, en definitiva, permitan encuadrarlas dentro de un concepto amplio de derecho subjetivo. A su vez, y dada la naturaleza de dichas medidas, deben pasar a formar parte de las normas básicas materiales del sistema y así, condicionar toda la creación e interpretación jurídicas.

Ahora bien, en este punto, el encargado de la satisfacción de los derechos deja de ser únicamente el poder público, desempeñando así tam-

bién el poder privado un importante papel. En efecto, el Estado social que demanda el modelo a la hora de incluirlo en el marco jurídico histórico, no tiene por qué identificarse sólo desde la implicación del Estado, entendido como poder público, en la satisfacción y promoción de los derechos. Esta satisfacción y promoción puede ser llevada a cabo por privados, aunque al Estado le corresponde la dirección y el control de quienes llevan a cabo esas actuaciones (esto es, la configuración del marco jurídico en donde llevar a cabo esa actuación).

En este sentido, el modelo de Estado social que defiende esta forma de entender el dualismo hace que los privados adquieran relevancia en el discurso de los derechos, en el sentido de presentarse como instituciones que facilitan el logro de la libertad moral, y, por lo tanto, su importancia es clara para el normal desenvolvimiento de la dignidad humana. Incluso, este papel de las instituciones privadas en la satisfacción y protección de los derechos provoca a su vez una importante conexión entre éstas y los poderes públicos, hasta el punto de que puede afirmarse que entran a formar parte de éstos. Todo ello, en definitiva, provoca que ciertas instituciones privadas pasen a formar parte del discurso sobre los derechos, pero no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también desde el punto de vista moral. Las instituciones privadas adquieren sentido en el progreso de los individuos hacia la consecución de sus planes de vida y, por tanto, adquieren responsabilidad en el ámbito ético.

El papel de los derechos en el derecho

En relación con el papel de los derechos en el derecho, el marco de referencia impone también su consideración como figuras especialmente protegidas que desempeñan una función objetiva y subjetiva.

En efecto, el valor de estos instrumentos exige una protección especial que no se reduzca al ámbito de un Estado, sino que posea proyección internacional o universal. Esta protección, además de una estructura de Estado como la aludida anteriormente, debe proyectarse en el plano jurídico, pero no afectar sólo a la relación entre los individuos y el Estado, sino también entre los individuos entre sí. En todo caso, exige hacer fuertes estos instrumentos no sólo en lo referente a su aplicabilidad directa, sino también en lo referido a su desarrollo legislativo (mediante tipos especiales de leyes en lo referente a su aprobación), a su posibilidad de reforma (estableciendo mecanismos rígidos), a su interpretación y aplicación en problemas concretos (mediante la señalización de la atribución de esta tarea a poderes que de alguna manera responden a su sentido) y a la señalización de instrumentos de garantía específicos, ya sea de carácter jurisdiccional, ya de control y fiscalización.

En este sentido, los derechos se muestran como resistentes frente a todo poder y desde sus diferentes contenidos imponen exigencias al sistema jurídico-político. Entre éstas destacan la idea de protección del espacio de libertad que podemos identificar como libertad como no interferencia; la creación, promoción y protección de estructuras participativas, y la elaboración de políticas distributivas de los bienes necesarios para el disfrute de esas libertades.

Otro de los rasgos que sirven para caracterizar a los derechos es el de su función subjetiva. Desde esta perspectiva, los derechos se contemplan como instrumentos que protegen una determinada concepción de los individuos. Esta protección se lleva a cabo a través de su consideración como derechos subjetivos. Ahora bien, esta consideración presenta una serie de dificultades derivadas de la propia construcción dogmática de estas instituciones. No aludiré aquí a esta proble-

mática. Sólo incidiré en la idea de que el acercamiento de los derechos humanos a los derechos subjetivos implica, de alguna manera, establecer algunas limitaciones a las exigencias y pretensiones con vocación de ser consideradas como tales. Toda pretensión con vocación de ser convertida en derecho fundamental debe ser susceptible de ser integrada en el derecho, es decir, poder ser formulada y garantizada como derecho (perfecta o imperfectamente). En todo caso, desde esta consideración, aunque sea mediante un manejo amplio de la concepción de los derechos subjetivos, los derechos se constituyen en límites a la actuación tanto de los poderes públicos como del resto de los individuos.

Por función objetiva de los derechos se entiende su constitución en normas básicas materiales, esto es, en criterios de validez normativa en lo referente al contenido. Desde esta nota los derechos se caracterizan por presidir todo el proceso de elaboración de normas, pero también la actividad interpretativa. Los derechos se constituyen así en límite y guía de la producción normativa y de la interpretación jurídica. Y en este punto, como ya he señalado, el conocimiento de su historia desempeña un papel especial.

En efecto, decir que los derechos son normas básicas materiales implica situarlos en lo más alto de la jerarquía de normativa de un sistema jurídico, con lo que el resto de las normas no podrán contradecir su significado. Ahora bien, qué duda cabe de que el significado de los derechos es un asunto controvertido, como lo es el de cualquier instrumento jurídico. Esta posible controversia es aún mayor en el caso de los derechos, ya que los criterios interpretativos que están siempre presentes en toda interpretación jurídica, a saber, el literal y el sistemático, difícilmente pueden ser utilizados. Por ello, la interpretación de los derechos en el derecho se hace principalmente desde la utilización de otros dos criterios que, aun sien-

do utilizados para la atribución de significado de cualquier institución jurídica, revisten en el caso de los derechos una mayor relevancia. Se trata de los criterios teleológico y sociológico. En virtud del primero, el intérprete debe justificar su decisión teniendo en cuenta la finalidad del precepto, mientras que el segundo exige prestar atención a la realidad social. Todo ello implica, como ya fue subrayado al comienzo, incluir esta actividad dentro de una determinada concepción de los derechos y, en el caso del modelo dualista, utilizar también otro de los criterios interpretativos clásicos como es el histórico.

En efecto, manejar una posición sobre el concepto y el fundamento de los derechos que pretende combinar razón e historia implica subrayar la relevancia que posee en el derecho y, en lo que ahora nos atañe, en los derechos un criterio interpretativo presente en la tradición jurídica y, además, también en nuestro sistema jurídico, como es el criterio histórico. En la atribución de significado de cualquier instrumento jurídico y, claro está, también de los derechos, la historia desempeña un papel crucial. No debe ser pasado por alto que el derecho es obra humana y que se expresa a través del lenguaje, es decir, a través de convenciones que poseen y han venido poseyendo un significado, aunque sea plural y variable.

De esta forma, y a pesar de que la decisión jurídica válida sobre los derechos es la adoptada por el órgano competente, los referentes que deben ser tomados para que además ésta pueda ser calificada como correcta exigen atender a la forma histórica en la que éstos se han desarrollado y operar desde ella. Evidentemente, esto no implica defender la existencia de un significado unívoco e inalterable de los derechos, sino más bien la existencia de un marco en el que deben desenvolverse las diferentes opciones interpretativas de éstos para que puedan se calificadas como

correctas. Por otro lado, la atención a la historia no debe hacerse de forma acrítica, sino todo lo contrario. Es decir, el marco histórico de referencia debe ser aquel compatible con los elementos racionales y abstractos del propio concepto y fundamento de los derechos.

Bibliografía

AA. VV., *Historia de los derechos fundamentales, T. I. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid 1998.

R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997.

F. J. Ansuátegui, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 2, Dykinson, Madrid 1997.

M. J. Añón Roig, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994.

Mª. C. Barranco Avilés, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 1999.

R. de Asís Roig, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 17, Dykinson, Madrid 2001.

J. González Amuchastegui, *Autonomía, dignidad y ciudadanía*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.

G. Peces-Barba, *Ética, poder y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995.

——, *La dignidad humana desde la filosofía del derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 26, Dykinson, Madrid 2003.

—— y otros, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 1995.

A. E. Pérez-Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid 1984.

L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990.

J. Rodríguez Toubes, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid 1995.

Dignidad humana

Gregorio Peces-Barba Martínez
Catedrático de Filosofía del Derecho
y rector de la Universidad Carlos III
de Madrid

La dignidad humana es el fundamento de la ética pública. Ésta, como paradigma político y jurídico de la modernidad, está conformada por cuatro grandes valores: la libertad, la igualdad, la solidaridad y la seguridad jurídica. La idea de dignidad humana, para su realización a través de la vida social, inseparable de la condición humana, se plasma en esos cuatro valores, cuyo núcleo esencial lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica.

La ética pública configura una organización jurídica y política donde cada uno puede establecer libremente sus planes de vida o elegir entre aquellos proyectos de planes de vida institucionalizados, por un grupo social, por una Iglesia o por una escuela filosófica, que parte de la libertad inicial o de elección, como dato propio de la condición humana, y que se inspira y se fundamenta en el valor de la libertad social, de la seguridad, de la igualdad y de la solidaridad.

En este sentido, la dignidad humana se presenta como el referente principal de los valores políticos y jurídicos de la ética pública de la modernidad y de los principios y derechos que de ellos derivan. Por tanto, la idea de dignidad humana constituye, igualmente, el fundamento de los derechos humanos.

La dignidad humana: una construcción de la modernidad

El sentido actual de dignidad humana, con algún precedente en el mundo antiguo, arranca del tránsito a la modernidad, donde surge el concepto de ser humano centrado en el mundo y centro del mundo, es decir, donde esa dignidad es acompañada por la idea de laicidad.

En la Edad Media, la única dignidad existente, al menos hasta los siglos XIII y XIV, es de origen externo, basada en la imagen de Dios o en el honor, cargo o título, como apariencia o como imagen que cada uno representa o se le reconoce en la vida social. En ambos casos, la progresiva influencia del elemento externo puede incluso difuminar u oscurecer las dimensiones personales de la dignidad haciéndola depender en exceso de esos elementos exógenos. La hipertrofia del rango y de la jerarquía privará de dignidad a los inferiores, por eso en las sociedades muy jerarquizadas u organizadas en estamentos, en castas o en órdenes, no es posible la igual dignidad, si ésta pretende ser un mínimo de autonomía personal, un coto vedado a las intromisiones externas. Esta idea no desaparece totalmente en el mundo moderno. Es oscurecida por la idea de dignidad de los humanistas, en los siglos XV y XVI, pero reaparecerá en el siglo XVII, el siglo del barroco, no tan entusiasta con la idea de dignidad, que recuperará su impulso en el siglo XVIII.

Por otra parte, el llamado agustinismo político producirá el mismo efecto al negar la autonomía del individuo en el uso de su razón y en la búsqueda de la verdad. La luz del ser humano no será propia, sino sólo derivada de la luz de Dios. Sin ella no cabe nada, ni tampoco la dignidad. La modernidad producirá como reacción el proceso de liberación de esas ataduras, como humanización y racionalización, que tendrán como objeto principal la devolución de la autonomía de la

dignidad humana. De ahí que al siglo que culminará la primera fase de ese proceso, el siglo XVIII, se le denominará siglo de las luces. El movimiento ilustrado pretende que el individuo pueda brillar con luz propia. Es el siglo de la devolución de la luz al ser humano, así como de su dignidad propia.

Por eso, el concepto de dignidad humana es propio del mundo moderno, con unos antecedentes en otras culturas, como la china o la clásica greco-romana. La dignidad medieval de origen externo, heterónoma o derivada, no es propiamente dignidad humana porque no es autónoma, ni impulsa el desarrollo individual de la condición humana, y no arranca del propio individuo.

La dignidad humana en el tránsito a la modernidad comienza a adquirir su perfil moderno y a abandonar progresivamente las dos dignidades dependientes derivadas o heterónomas que se constatan en la Edad Media. Empieza, en este tiempo de cambio, a señalarse que el valor de una persona debe medirse por su capacidad para desarrollar las virtualidades de su condición humana. Comienzan así a edificarse los cimientos de una gran construcción intelectual con vocación de realización social, donde esa nueva idea de dignidad va a convertirse en el fundamento de la ética pública de la modernidad y del sistema jurídico que deriva de ella.

La modernidad se plantea desde el humanismo, es decir, desde una idea del ser humano que es el centro del mundo y que se distingue de los demás animales, con unos rasgos que suponen la marca de su dignidad. Y ese ser humano que es el centro del mundo aparece también centrado en el mundo, es decir, es un individuo secularizado, independiente, que decide por sí mismo, que piensa y crea por sí mismo, que se comunica y dialoga con los demás y decide libremente sobre

su moralidad privada. La vocación mundanal es inseparable de la idea de dignidad que se dibuja tras el tránsito a la modernidad, por lo que las ideas del ser humano, centro del mundo y centrado en el mundo, son igualmente inseparables, o, dicho de otra manera, la dignidad humana es el fundamento de una ética pública laica, que se va construyendo a lo largo de los siglos, a partir del XVI, con una especial relevancia para el modelo de la gran aportación de la Ilustración. Kant reunirá bien esa doble vertiente al contestar a la pregunta ¿qué es la Ilustración?, donde vincula al ser humano, que para él es un fin en sí mismo y que no tiene precio, con la idea de su autonomía en el sentido de que no necesita andaderas y puede caminar por sí mismo.

La dignidad humana en la modernidad y también en este siglo XXI aparece, pues, en un contexto intelectual que arranca del tránsito a la modernidad, que ha superado avatares históricos y confrontaciones intelectuales y que se sitúa en lo que llamo el proceso de humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad, en los diversos procesos de liberación que conducen, a la primera, a la mayoría de edad y, a la segunda, a una organización bien ordenada que contribuye al desarrollo de las dimensiones de esa dignidad. La dignidad de la persona y la dignidad de la humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y de la laicidad, dos coordenadas que encuadran todo el proceso.

De esta forma, la dignidad humana es hoy un referente del pensamiento moral, político y jurídico, y para este último se presenta como criterio de fundamentación de los valores, los principios y los derechos. De ahí su abundante presencia en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia.

El derecho internacional impulsó la reflexión sobre la dignidad humana a partir de los horrores totalitarios que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial, con el holocausto provocado por los nazis y los fascistas, y en las matanzas colectivas propiciadas por el estalinismo. El debate sobre el terrorismo y otras violaciones de los derechos que se convierten en delitos contra la humanidad, contra el derecho de gentes o en genocidios, con la necesidad de impulsar la puesta en marcha del Tribunal Penal Internacional y con la realidad ya de tribunales *ad hoc*, como el de la ex Yugoslavia, o la persecución internacional de los delincuentes, evocan constantemente el tema de la dignidad. En ese contexto, la referencia a la dignidad humana aparece como una garantía de objetividad. La encontramos en muchos instrumentos internacionales, empezando por la Declaración Universal de 1948, que la recoge en el preámbulo y en el artículo primero, donde se vincula con la libertad y la igualdad. Asimismo, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, se señala en su preámbulo que los derechos derivan de la dignidad inherente a la persona humana. El artículo 10-1 de la Constitución española vincula los derechos del detenido con la dignidad inherente al ser humano. Asimismo, una referencia aparece en el preámbulo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la misma fecha. También encontramos la referencia, entre otras, en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, que afirma tajantemente que "todos los derechos humanos tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana".

En el derecho administrativo, tanto en el ámbito de la seguridad, de los controles de identidad de los extranjeros, como en el control de los progresos científicos o tecnológicos, o en los

derechos del enfermo y del moribundo, la referencia a la dignidad es constante en la doctrina y también a veces en la jurisprudencia. En el ámbito social aparece, ya desde hace tiempo, en la discusión sobre las condiciones de trabajo, sobre el empleo, sobre las personas con discapacidad o sobre el derecho a la vivienda. Y, por citar un último ejemplo, en el derecho penal muchas de las reflexiones científicas, y también jurisprudenciales, se refieren o se fundan en la idea de dignidad de la persona, puesto que lo humano, tanto físico como espiritual, es objeto de protección, porque la dignidad no sólo de la víctima, sino también del delincuente, está presente en el pensamiento de los penalistas desde la Ilustración. Un campo específico, el de los medios de comunicación, tiene una gran importancia científica legal y jurisprudencial en la preocupación por la dignidad humana, en relación con el honor, con la intimidad o con la propia imagen.

El concepto de dignidad humana

Cuando reflexionamos sobre la dignidad humana, referencia ética radical, y sobre el compromiso justo que corresponde a las sociedades bien ordenadas, no estamos describiendo una realidad, sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada. Se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública. Por eso, la dignidad humana es más un *prius* que un contenido de la ética pública con vocación de convertirse en moralidad legalizada o, lo que es lo mismo, en derecho positivo justo. Es fundamento del orden político y jurídico. Para enjuiciar si estamos ante una sociedad justa y bien ordenada, hay que analizar si

contribuye a la efectiva realización de la dignidad humana.

J. Rawls, en *El liberalismo político*, aunque se refiere al ser humano y al ser humano moral, no arranca de la idea de dignidad, sino del concepto de ciudadano libre, aunque llega al concepto de autonomía: "La plena autonomía la conciben los ciudadanos: es un valor político, no ético. Quiero decir con ello que se realiza en la vida pública con la afirmación de los principios políticos de la justicia y con el disfrute de las protecciones de los derechos y libertades básicos; también la realiza la participación en los asuntos públicos de la sociedad y su autodeterminación colectiva a lo largo del tiempo. Esta autonomía plural de la vida política ha de distinguirse de los valores éticos de la autonomía y la individualidad que pueden abarcar a la vida entera, tanto social cuanto individual, al modo como lo expresan los liberalismos comprensivos de Kant y Mill. La justicia como equidad hace hincapié en ese contraste: afirma la autonomía política para todos, pero deja a los ciudadanos por separado la decisión de ponderar la autonomía ética a la luz de sus respectivas doctrinas comprehensivas...".

Aunque las consecuencias prácticas no son muy lejanas, la teoría es la contraria; para mí, la autonomía moral y su género la dignidad humana son el deber ser básico del que emanan los valores y los derechos que sostienen la democracia, es decir, la autonomía política. La dignidad humana tiene un puesto relevante, aunque prepolítico y prejurídico.

Es obvio que éste es el motivo de decisiones basadas en valores, principios y derechos, que alcanzan su desarrollo pleno en el derecho positivo, pero no es contenido del derecho, aunque muchas veces sea referencia en las argumentaciones o en la interpretación jurídica. Por eso, la línea seguida por el Consejo de Estado francés

(en el conocido "caso del lanzamiento de enanos" tramitado por el Pleno del Consejo de Estado de 27 de octubre de 1995) de considerar la dignidad como un componente del concepto de orden público, concepto jurídico administrativo muy elaborado, me parece empequeñecerle y privarle de su papel central, fundamental y básico.

En su origen, dignidad humana no es un concepto jurídico como puede serlo el derecho subjetivo, el deber jurídico o el delito, ni tampoco político, como democracia o parlamento, sino más bien una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo. La persona es un fin que ella misma decide sometiéndose a la regla, que no tiene precio y que no puede ser utilizada como medio, por todas las posibilidades que encierra su condición que suponen esa idea de dignidad humana en el punto de partida. Estamos ante un deber ser fundante que explica los fines de la ética pública política y jurídica al servicio de ese deber ser. Por eso, la dignidad no es un rasgo o una cualidad de la persona que genera principios y derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse. Genera a lo largo de la historia, sobre todo a partir del tránsito a la modernidad, una reflexión sobre los medios para ser alcanzada, y de esa reflexión surgirán los contenidos de la ética pública. No se puede reprochar la falacia naturalista, porque sus preceptos no derivan de la naturaleza o condición humana, sino de una mediación racional que estipula un deber ser para convertir esos proyectos de dignidad en dignidad real.

La dignidad humana se formula desde dos perspectivas, una más formal, de raíz kantiana, y otra más de contenidos, de carácter humanista y renacentista. Por la primera, la dignidad deriva

de nuestra decisión de mostrar capacidad de elegir, de nuestra autonomía; por la segunda, la dignidad consiste en el estudio de los rasgos que nos diferencian de los restantes animales. Son dos perspectivas complementarias, casi podríamos decir la forma y el contenido de nuestro valor como personas.

La vinculación de la dignidad con la idea de autonomía tiene dos momentos, y ambos forman parte del concepto que estamos analizando. En uno, autonomía significa capacidad de elección, libertad psicológica, el poder de decidir libremente, pese a los condicionamientos y limitaciones de nuestra condición. No está garantizado que elijamos bien, también podemos equivocarnos, pero ése es un riesgo que debemos correr si queremos ser seres humanos dignos que escogen el camino a seguir. En el segundo momento, autonomía significa libertad o independencia moral, que es la situación de la persona que ha elegido bien, es decir, que sigue las reglas que ella misma se ha dado como consecuencia del ejercicio de la libertad de elección.

Los contenidos de la autonomía que proceden del análisis de la diferencia con los restantes animales se refieren a rasgos esenciales de nuestra condición, que sólo poseemos los humanos. La autonomía es también un rasgo, tanto en lo que he llamado la autonomía inicial como la autonomía final, que se puede situar en esta misma perspectiva de la diferencia de la condición humana, puesto que los animales no poseen una capacidad de elección, precedida de una deliberación racional sobre aquello que procede hacer o decidir. Tampoco poseen una condición moral que les lleve a buscar su autonomía o independencia a través de la búsqueda del bien, de la virtud, de la felicidad o de la salvación, que es también signo de distinción de los seres humanos. Este último signo de nuestra dignidad, que constituye nuestra personalidad moral, lo que llamamos nuestra

ética privada, matiza las ideas del ser humano centrado en el mundo, es decir, del sentido de nuestra laicidad, como hemos visto, puesto que éste no es incompatible con la fe religiosa alcanzada libremente, es decir, aceptada por decisión de la persona.

Para los creyentes, su dignidad, que les hace también centro del mundo, sería incompatible con su laicidad si su diálogo con Dios se realizase por el intermedio de una Iglesia que impidiese con sus dogmas y sus cánones el ejercicio de la autonomía. Históricamente, destaca el protestantismo, donde cabe, aunque no siempre, el individualismo espiritualista y la interpretación individual de la Biblia, y donde la salvación no exige el cumplimiento de reglas que imponen las Iglesias, sino que está predeterminada, y el hombre predestinado se ha distinguido por una vocación mundanal y por una idea de la distinción Iglesia y Estado, por ejemplo en Estado Unidos, compatible con un profundo sentimiento religioso. Por supuesto que laicidad y ser humano centrado en el mundo también existen en el no creyente, cuya dignidad como persona moral no se plantea sus objetivos últimos en relación con Dios, aunque tampoco lo niega rotundamente.

Además de estos dos rasgos que identifican nuestro valor tanto en la perspectiva kantiana como desde el análisis renacentista de las diferencias con los demás animales, existen otros que se mencionan de una u otra manera en los textos sobre la dignidad humana a partir del tránsito a la modernidad.

En primer lugar, podemos hablar de nuestra capacidad de construir conceptos generales y de razonar. Esta capacidad de superar los conocimientos que recibimos por los sentidos a través de la reflexión, dará lugar al pensamiento filosófico, científico y técnico, expresión de la superioridad de nuestra condición, que nos permite

alcanzar conclusiones sobre nosotros mismos, sobre los demás, sobre nuestro entorno, sobre lo infinitamente pequeño o lo infinitamente grande, sobre nuestro pasado con la historia, sobre el bien y el mal, sobre lo útil y lo necesario, sobre el número, sobre el espacio y sobre el tiempo, sobre la materia, sobre el propio pensar y sobre la abstracción. Podríamos seguir, porque los ámbitos del saber son ilimitados o, al menos, no los hemos agotado todavía. Son un escaparate de nuestra grandeza, pero también pueden emplearse no para el progreso, sino para la destrucción, y de ahí los esfuerzos de racionalización y lo improcedente de un optimismo ingenuo sobre la necesidad del progreso humano.

En segundo lugar, aparece la reproducción de sentimientos, de afectos y de emociones a través de valores estéticos, o simplemente lo que los clásicos y los ilustrados llaman la imitación de la naturaleza, con la libre acción de la imaginación. Obras humanas en ese sentido aparecen con la pintura, la escultura, la literatura, la poesía, la música y lo que llamamos el arte o las bellas artes.

La evidencia, la probabilidad y el sentimiento se desprenden de estas dos grandes dimensiones de nuestra dignidad, pero quedarían aisladas, sin posibilidad de relación, sin la tercera de las dimensiones de la dignidad, que es nuestra capacidad de dialogar y de comunicarnos, que potencia los efectos de las creaciones de la razón y las estéticas, y permite un recorrido histórico, su recepción por otros seres humanos, su crítica, su reelaboración y su proyección hacia el futuro. Como dice D´Alambert contemplando al conjunto de la humanidad, la comunicación de las ideas es el principio y el sostén de esta unión y demanda necesariamente la invención de los signos: "Tal es el origen de la formación de las sociedades con la cual han nacido las lenguas...". El lenguaje es una condición necesaria de la comu-

nicación y también del razonamiento y se expresa a través de algunas expresiones artísticas, como la literatura y la poesía. Combina racionalidad, expresividad, abstracción y capacidad descriptiva, y es una de las más altas dimensiones de nuestra dignidad, que pone de relieve la insuficiencia de una aproximación formal como la kantiana, que no tiene en cuenta este aspecto. Por eso, a mi juicio, es más comprensivo el punto de vista que vincula la dignidad con nuestra condición de centro del mundo que nos distingue de los restantes animales. Es, sin embargo, muy certera la consecuencia que deduce Kant de la noción de dignidad, es decir, nuestro valor, que impide que seamos objeto de cambio, que podamos ser utilizados como medio y que tengamos precio. La consecuencia de la dignidad es que somos seres de fines sin precio y fuera del comercio de los hombres.

Finalmente, otro rasgo de nuestra dignidad es la sociabilidad, que algunos iusnaturalistas habían colocado como norma básica material de su sistema. Supone el reconocimiento del otro como tal otro y el de la imposibilidad de alcanzar en solitario el desarrollo de la dignidad. "Un corazón solitario no es un corazón", decía hermosamente Antonio Machado para explicar la radical necesidad de la convivencia. En este caso, la sociabilidad en sí no nos diferencia de los demás animales, que viven en muchos casos bajo formas de sociabilidad primaria. Lo que nos diferencia son las formas de racionalidad que adquiere nuestra sociabilidad y las formas de comunicación que llevan a la cultura, que es el ámbito relacional de nuestros conocimientos y de nuestras expresiones estéticas. Es también una forma de cooperar, de satisfacer las necesidades ante medios escasos, de superar nuestro egoísmo con la aplicación de valores solidarios, de organizar nuestra igualdad básica, de respetar nuestras diferencias lícitas y de superar los conflictos que pro-

ducen violencia a través de la organización de instituciones imparciales. Es la dignidad que deriva de nuestra condición relacional y de esa racionalidad que actúa a través de la ética pública política y jurídica, para realizar el deber ser de nuestra dignidad, desde la autonomía que supone la libertad de elección hasta la autonomía que alcanza la libertad moral, desarrollando nuestra capacidad racional, estética, comunicativa y convivencial. Así se cierra el círculo y nuestra sociedad permite que la dignidad humana sea real y efectiva desde la propia dignidad.

Ahora bien, la sociabilidad puede no ser digna si no es respetuosa con la persona. Por eso, todo el esfuerzo de la modernidad ha consistido en ayudar a humanizar a través de una racionalización adecuada, que supone la Ilustración y su despliegue posterior que representan la democracia y el socialismo, a través del valor eminente de la libertad social política y jurídica, que es un concepto instrumental que guía los restantes valores de la ética pública para favorecer los objetivos señalados, vinculados al deber ser de la dignidad humana. Así podemos hablar de libertad igualitaria, libertad segura y libertad solidaria, a través de la relación con la libertad de los valores de igualdad, seguridad y solidaridad. Desde el punto de vista objetivo, el imperio de la ley es la dimensión institucional de la dignidad y primer efecto de la sociabilidad. Sirve a los valores superiores que acabamos de señalar y expresa la realización efectiva de la igualdad y de la seguridad.

A los efectos del desarrollo de la dignidad humana, el proyecto ilustrado no sólo no ha perdido su valor, sino que se trata de rehabilitarlo y llevarlo a sus últimas consecuencias. Este proyecto se opone a las diversas perspectivas del antihumanismo, tanto del más clásico del XIX, con el romanticismo antiliberal, como de los más actuales marxistas, freudianas, nietzchianas o heideggerianas, que han tenido tanto seguimiento en Francia

en los últimos años con Althusser, Foucault o Derrida y que también han tenido en Francia debida respuesta. En la misma línea de rechazo de que el humanismo siga siendo una solución, aunque no propugne la vuelta al pensamiento teológico preilustrado, Marcel Gauchet dirá que asistimos, a pesar de todo, a un naufragio del proyecto humanista que consistía en buscar en el ser humano los principios de su propia conducta. Creo, sin embargo, que esa conclusión no es exacta y que la idea de dignidad humana es un buen camino de mantenimiento del proyecto humanista e ilustrado. Para eso, si tenemos en cuenta las seis grandes dimensiones de la dignidad que hemos expuesto, el proyecto de la ética pública tiene que organizar la sociedad, producto de nuestra vocación de vivir juntos en dimensiones institucionales y favoreciendo las pretensiones subjetivas que ayuden a que cada persona pueda decidir libremente, pensar y expresarse libremente, crear y desarrollar su imaginación libremente, comunicarse y dialogar libremente, y vivir en sociedad libremente.

La igual dignidad de todos los seres humanos permite abordar desde otras perspectivas los conceptos de desigualdad, discriminación y diferencia. La desigualdad es incompatible con la dignidad. Es una situación de hecho que hace imposible la dignidad de quien se encuentra en ella. Para atajarla son necesarios comportamientos de igualdad, como diferenciación, es decir, el trato desigual a favor de los colectivos que se encuentran en esa situación, por medio del derecho. En ella se basa la justificación del Estado social, porque sin esas medidas no existe igual dignidad, y una sociedad que la impida o la haga imposible no es una sociedad bien ordenada.

La discriminación es igualmente incompatible con la dignidad. Es una situación normativa, es decir, de desigualdad no fáctica, sino regulada jurídicamente, derivada de mandatos jurídicos

que establecen estatus y deberes distintos, sin razón justificada. La acción del derecho en este caso debe ser derogatoria de las discriminaciones y tener el objetivo de restablecer la igual dignidad, es decir, la igualdad. Sin embargo, no siempre la supresión de la discriminación restablece la igualdad, y son necesarias acciones normativas complementarias. Es el supuesto del sufragio universal, que suprimió la discriminación del derecho a voto, superando la exclusión de los trabajadores manuales o de los parados, y de las mujeres, y abriendo el derecho subjetivo a todos los ciudadanos mayores de edad. La dimensión de sufragio activo –el derecho a votar– se resolvió de plano con esa decisión, pero no, sin embargo, el sufragio pasivo –el derecho a ser votado–. En efecto, después de muchos años de vigencia efectiva, se constata una menor presencia de la mujer tanto en las candidaturas y entre los representantes efectivamente elegidos. No estamos ante un derecho efectivo, casi automático, como en el sufragio activo, donde todo depende de la decisión del titular, que puede o no votar, pero sin que nadie pueda impedirle actuar. Es una situación compatible con la igual dignidad.

En el sufragio pasivo hay un escenario más complejo, con mediaciones económicas y culturales que hacen depender la decisión de terceros, o de los órganos directivos de los partidos que eligen el candidato, o del censo de votantes que decide entre los candidatos por el principio de las mayorías. En este supuesto tenemos que pensar si la igual dignidad sufre con el mantenimiento de la desigualdad. La respuesta tiene que ser matizada y medida, porque no siempre la preferencia obedece a criterios erróneos, a comportamientos descalificadores que niegan la igualdad de la mujer, aunque otras muchas veces sí. Por eso hay que sopesar si en una determinada sociedad esa menor presencia obedece a prejuicios culturales o a desigualdades económicas profundas. Si se llega

a una conclusión positiva, estamos ante una clara violación de la igual dignidad, y el derecho deberá actuar en una segunda instancia para reparar lo que ya no es una discriminación, puesto que ha desaparecido el apoyo normativo, sino una desigualdad de hecho. La reflexión se facilita porque en el supuesto contrario, es decir, la elección de una mujer frente a un hombre, estamos siempre ante supuestos individuales que deben ser tratados de manera singular, en una comparación del caso concreto para ponderar la adecuación y la racionalidad de la elección acorde con los principios de mérito y capacidad. En las elecciones políticas sólo es posible esto cuando se elige un órgano unipersonal. El ámbito más habitual es el de las oposiciones, a las que se presentan varios candidatos. En esos supuestos, la norma que puede resolver la desigualdad de una resolución injusta es una norma singular que decida el litigio que se presente a instancia de parte.

El escenario normal de desigualdades mantenidas después de la supresión de discriminaciones es el pluridimensional, donde la desigualdad no es individual, sino colectiva, y es en ese supuesto donde puede estar racionalmente justificada una segunda acción normativa para restablecer la igualdad, es decir, la dignidad de las mujeres. Estamos ante el supuesto de las cuotas, que no sirven en los casos individuales. ¿Se puede imaginar un sistema de oposiciones a cátedra donde se estableciese una cuota para que fuera propuesto un número de mujeres o de hombres, con independencia del principio constitucional de mérito y capacidad?

Si nos referimos ahora al tercer concepto, al de diferencia, estamos ante unas desigualdades naturales o culturales que no afectan a la dignidad humana y que no exigen un tratamiento normativo para corregirlas. Las diferencias son desigualdades irrelevantes para el principio de igualdad, y deben ser todas ellas equiparadas a

efectos de su regulación normativa. Las diferencias naturales, como el sexo o la raza, son tratadas desde el principio de no discriminación, es decir, desde la igualdad como equiparación. Los sujetos de derecho que participen de una u otra posición diferente son iguales ante la ley, y eso preserva su igual dignidad. No es necesaria ninguna acción normativa complementaria. La igual dignidad se respetó a partir de que se derogase el tratamiento discriminatorio de las diferencias, con la igualdad de la mujer o con la desaparición de las situaciones de *apartheid* que consolidaban la desigualdad de las razas.

En relación con las diferencias culturales, como la religión, la cultura, la lengua o la opción sexual, que en algunos supuestos puede ser también diferencia cultural, puede no bastar con considerarlas interesantes y protegidas por el principio de no discriminación desde la igualdad como equiparación. Aquí puede entrar en juego la situación minoritaria de esas diferencias, con lo que puede ser necesaria una protección específica desde los derechos de las minorías: al uso oficial de la lengua, al reconocimiento de la libertad religiosa y de cultos, a los efectos jurídicos de las parejas homosexuales, etc.

En todo caso, en relación con todas las diferencias, es importante la tolerancia, y no sólo la negativa, sino también la positiva de reconocimiento del otro, del diferente y de sus razones para poder situarse en la igual dignidad. Esta política del reconocimiento, como la denomina Ch. Taylor, es especialmente necesaria para poder comprender el fenómeno de la emigración. El reconocimiento supone la comprensión de la identidad propia. La identidad es la interpretación que hace cada uno de quién es y de los rasgos que le definen como ser humano, en la apreciación de Taylor. Entre los colectivos más necesitados de reconocimiento, porque su identidad es también muy plural, están los emigrantes. Este

reconocimiento de los emigrantes y de sus diferencias debe tener una reciprocidad en el reconocimiento por parte de los emigrantes de la cultura o de las culturas de los países de acogida y de los valores, de los principios y de los derechos de su ética pública.

Desde esta idea de la igual dignidad, y teniendo en cuenta estas últimas reflexiones sobre la desigualdad, la discriminación y la diferencia, se puede abordar la polémica entre universalismo y multiculturalismo, superando la dialéctica contrapuesta entre las éticas naturalistas y culturalistas, según la visión de la naturaleza humana y el papel de las diferentes culturas en las teorías éticas. También debe tenerse en cuenta la distinción entre ética pública y ética privada.

Así, la dignidad humana es un referente ético racional como presupuesto de la ética pública. La diversidad cultural será reconocida en ese marco de la igual dignidad y de los valores, principios y derechos que la desarrollan. La desigualdad y la discriminación no podrán ser amparadas por ese multiculturalismo, que debe situarse en el ámbito de la diferencia. El multiculturalismo de las razas y de los sexos es perfectamente compatible con la igual dignidad, y no choca con la ética pública ni con el universalismo de sus valores, principios y derechos. El multiculturalismo de las diferencias culturales, en principio, tampoco choca si respeta el límite de la igual dignidad. Pero puede traspasarlo con usos culturales excesivos, irracionales o extravagantes, como la ablación del clítoris, el derecho a castigar y golpear a las mujeres reconocido en algunas culturas, la lapidación de las adúlteras o la mutilación de la mano para los ladrones. Carece de sentido la argumentación del representante de Arabia Saudita en el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, en el mes de mayo de 2002, al sostener que no pueden suprimir esa pena porque deriva directamente del Corán. La distinción

entre pecado y delito no ha entrado en esa cultura, y eso no se puede aceptar sobre la base del multiculturalismo.

Además, junto a los excesos de contenido que imponen actos, también deben ser rechazadas las manifestaciones o las expresiones que, defendiendo esas tesis excesivas, traspasan los límites de la libertad de expresión creando un claro y presente peligro de favorecer el paso de las palabras a los hechos. El reconocimiento del multiculturalismo no puede justificar el apoyo ni el amparo jurídico de esas prácticas.

Finalmente, existen dimensiones procedimentales en las instituciones y en su funcionamiento, que permiten la dinámica del sistema, que deben ser reconocidas y aceptadas por todos los que se benefician del propio sistema, frente a las cuales no se pueden esgrimir alternativas apoyadas en el multiculturalismo si éstas no han superado esas reglas y han sido asumidas por ellas. Son prácticas que permiten la existencia y el desarrollo de la igual dignidad, y deben ser obedecidas por todos los que reciben los resultados de la existencia de esa sociedad bien ordenada. No caben *ghettos* diferenciados, por ejemplo, para castigos de tribu o de raza, ni ceremonias religiosas para crear estatus no reconocidos, como lo ha sido durante un tiempo el matrimonio gitano, ni tampoco procedimientos para que un fragmento de Estado, en la feliz terminología de Jellinek, tome decisiones políticas que en esas reglas procedimentales están reguladas y atribuidas a las instituciones estatales en su conjunto. Se trata de evitar que las diferencias apoyadas en una filosofía multiculturalista se encierren en un espacio acotado y reservado, mantenido sobre agravios ficticios, y tomen decisiones autónomas y parciales que pretendan imponer al resto de la sociedad de la que forman parte. En este caso, no estamos ante cotos vedados para proteger las minorías, sino ante claras violaciones del principio de las

mayorías y de los espacios reservados a la constitución y a la ley.

La igual dignidad es un referente sólido para afrontar estos temas, tan presentes hoy en el debate intelectual y académico, y también para esclarecer las dimensiones de organización política.

Desde el punto de vista institucional, la dignidad humana, que es igual para todos, se ve favorecida por la existencia de un poder legítimo en su origen, es decir, a partir del consentimiento de los ciudadanos a través del sufragio y de otras formas de participación, legítimo en su ejercicio, es decir, limitado, sometido al derecho, separado en sus funciones y abierto a la cooperación, a la solución pacífica de los conflictos en el ámbito internacional y a la creación de instituciones supranacionales. La vocación de ese poder debe ser también contribuir a la igualdad real y efectiva que satisfaga las necesidades de aquellas que no puedan satisfacerlas por sí mismas. Son las necesidades básicas radicales y de mantenimiento, y con la regla del mérito y la capacidad, las de mejora.

Desde el punto de vista de las dimensiones subjetivas, la organización racional de la sociedad debe favorecer la existencia de derechos que faciliten la libre elección de las opciones. Así, el derecho a la educación que permite a todos unos conocimientos para elegir mejor y disponer de los criterios adecuados para esa elección, la libertad de enseñanza para escoger el centro más acorde con sus convicciones más profundas, la libertad ideológica para poder escoger entre el pluralismo de opciones filosóficas o políticas, la libertad religiosa para decidir libremente la adscripción o no a una determinada confesión o escuela filosófica o moral, la libertad de cátedra para poder enseñar libremente, la libertad de pensamiento y de opinión, etc.

Alguno de estos derechos sirve también para desarrollar el deber ser de la dignidad, vinculado

a la capacidad de razonar y de construir conceptos generales, que se potencia con la libertad de la ciencia y de la investigación.

La dignidad como capacidad de comunicarse y de dialogar se facilita con los derechos de asociación y de reunión, con la libertad de expresión y de información y con los derechos lingüísticos, y, cuando se trata de la capacidad de creación artística, con las libertades y derechos culturales. Por fin, la dignidad como expresión de la sociabilidad humana se potencia con los derechos de participación política, con el sufragio universal o con el derecho a referéndum, con las garantías procesales y con los derechos de asociación y reunión. Estamos con estos planeamientos que relacionan a la dignidad humana con los fines y contenidos de la ética pública de la modernidad ante un gran esfuerzo de construcción, que sitúa a la dignidad humana como fundamento del deber ser, raíz del deber ser de la norma básica material que son los cuatro grandes valores de la ética pública política que se convierten en valores de la ética pública jurídica: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, que a su vez se desarrollan en principios de organización del sistema institucional democrático y como derechos fundamentales de los individuos y de los grupos formados por éstos, y que tienen como objetivo la realización de dimensiones del individuo que no se pueden realizar aisladamente. Estos individuos y estos objetivos de realización colectiva de los individuos son los titulares de ese deber ser básico y fundamental que es la dignidad humana, que sirve de referente axiológico a los cuatro valores de la norma básica material.

Bibliografía

E. Fernández, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 21, Dykinson, Madrid 2001.

I. Kant, *Filosofía de la historia*, Fondo de Cultura Económica, México 1941.

J. S. Mill, *Sobre la libertad,* Alianza, Madrid 1990.

G. Peces-Barba, *Ética, poder y derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995.

—, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 26, Dykinson, Madrid 2003.

J. Rawls, *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona 1996.

J. J. Rousseau, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos*, estudio preliminar y traducción de A. Pintor Ramos, Tecnos, Madrid 1987.

Q. Skinner, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, ed. castellana de J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México 1985.

Ch. Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de Cultura Económica, México 1993.

Libertad

Mª del Carmen Barranco Avilés
Profesora titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alcalá

La libertad protegida por el derecho

Es prácticamente unánime, en las reflexiones sobre los derechos humanos, que se establezca una vinculación entre éstos y el valor de la libertad. Sin embargo, el acuerdo falla cuando se trata de determinar qué queremos decir con libertad y qué lugar ocupa con respecto a otros bienes, intereses o valores protegidos.

Si nos fijamos en la primera cuestión, esto es, si lo que nos interesa es el significado de la libertad relevante en relación con los derechos fundamentales, conviene tener en cuenta que el ámbito al que quede referido el concepto de libertad depende, a su vez, del concepto de derechos que se maneja. En este trabajo, el concepto de derechos que se ha presentado adopta una perspectiva dualista, es decir, se opera con la idea de que los derechos constituyen exigencias éticas de dignidad que reclaman acomodo a través del derecho positivo y que, precisamente, la atención a estas exigencias constituye un requisito de legitimidad del poder político. De este modo, el enfoque que se ha adoptado sitúa a los derechos en el ámbito de los discursos sobre la sociedad, el poder y el derecho y es a este mismo contexto al que hay que entender referida la idea de libertad. En cualquier caso, quisiera precisar que la expresión "libertad política" se utiliza aquí para hacer referencia al con-

cepto de libertad adecuado para el lenguaje político.

Entre todas las reflexiones sobre la libertad y entre todas las propuestas de comprensión, interesarán aquí aquellas que adoptan un punto de vista político. Quedan fuera de este análisis, por lo tanto, las aproximaciones filosóficas o psicológicas (o de cualquier otro tipo) a la noción de libertad. Sin embargo, es posible encontrar implicaciones entre los distintos ámbitos, de forma que, por ejemplo, N. Bobbio observa que, mientras la libertad como autonomía se relaciona con un planteamiento antideterminista en el ámbito filosófico, la reivindicación de la libertad negativa no tiene por qué arrancar de un presupuesto de este tipo[1].

No conviene olvidar, por otra parte, que la libertad se presenta como un valor, de tal modo que en torno a la reflexión sobre su significado como, por otra parte, en torno a la cuestión entera de la legitimidad, se hace patente la relación entre el estudio del derecho, de la política

---

[1] N. Bobbio, *Igualdad y libertad,* traducción de P. Aragón, Paidós, Barcelona 1993, p. 107: "A pesar de que las disputas sobre libertades civiles y políticas no se presentan habitualmente como el reflejo de la disputa teleológica y filosófica entre deterministas e indeterministas, e incluso se desarrollan prescindiendo de ella, se puede observar que, de un lado, las demandas de libertad negativas han sido sostenidas basándose en el argumento según el cual es necesario dar libre curso a la naturaleza (humana), no obstaculizar con procedimientos artificiosos y constrictivos el libre desenvolvimiento de las fuerzas naturales (por ejemplo, en las relaciones económicas), y han hecho que el valor de la libertad consista en el reconocimiento y en la aceptación de la necesidad natural contra las deformaciones provocadas por leyes civiles; y que, de otra parte, la demanda de libertad positiva corresponda a la exigencia, si no al postulado, de los indeterministas, acerca de que la voluntad sea puesta en condiciones de autodeterminarse". Para un mayor desarrollo de esta cuestión, ver Ph. Pettit, *A theory of freedom. From the Psychology to the Politics of Agency,* Oxford University Press, Oxford-Nueva York 2001.

y de la ética. En este sentido, es importante considerar que situar la libertad como objetivo de la organización política condiciona la decisión sobre los contenidos morales del derecho. En los extremos se sitúan el liberalismo y el moralismo legal.

Por último, es posible diferenciar entre aquellos discursos que equiparan el contenido de la libertad política al contenido de la libertad natural y definen ambas fundamentalmente como libertad de acción, y aquellos otros desde los que se mantiene que la libertad política es algo distinto de la natural. De este modo, para algunos, la libertad protegida por el derecho y construida mediante derechos es mayor cuanto menores son las interferencias de terceros (incluido el Estado) en la esfera de libertad. Las libertades concretas (libertad ideológica, libertad de expresión...) constituyen especificaciones de la libertad protegida, en general, por el derecho. En este marco, cualquier interferencia en las posibilidades de elección y actuación del individuo supone un límite a la libertad, y como tal debe justificarse. El conflicto se resolverá en función de los valores en juego y de la jerarquía que se atribuya a cada uno de ellos. Además, no todos los derechos se fundamentan en la libertad; por el contrario, los catálogos obedecen a la necesidad de articular exigencias de la libertad, la igualdad, la seguridad y, en su caso, la solidaridad.

Para otros, sin embargo, la libertad política es distinta de la libertad natural. En este caso no existe un concepto único de libertad y entran en juego los discursos sobre la libertad positiva (frente a la libertad negativa), la libertad de los antiguos (frente a la libertad de los modernos) y la libertad republicana (frente a la libertad liberal) o la libertad real o material (frente a la libertad formal). En todos los casos, de lo que se trata es de resolver, desde el mismo concepto de liber-

tad, los conflictos que se plantean entre la libertad y otros bienes, principios o valores que también se consideran dignos de protección.

Además, todos ellos coinciden en que el compromiso con la libertad es uno de los requisitos fundamentales de la legitimidad del poder y se convierte en un rasgo definitorio del Estado de derecho. De tal modo, la comprensión se complica porque con los distintos usos del término "libertad" se cruzan las distintas acepciones de Estado de derecho.

En lo sucesivo, y tras un pequeño apunte sobre las relaciones entre libertad, ética y política, voy a tratar de presentar algunas de las acepciones de libertad en el contexto de la fundamentación de los derechos, así como algunas de las consecuencias que la opción por una u otra de estas acepciones tiene para la conformación conceptual del Estado de derecho (que es, en definitiva, el tipo de poder adecuado para la garantía de los mismos derechos).

Ética, poder, derecho y libertad

La opción política que coloca a la libertad en la cúspide del sistema de valores es el liberalismo. Éste, como se ha señalado, "una concepción del ser humano que no es otra que la del individuo racional que actúa a partir de sus propias decisiones tomadas libremente sin la coacción de terceros, y regulan la conducta de las personas autónomas disponiendo sus normas de modo que garanticen al individuo un amplio espacio de no intervención"[2]. Este punto de partida lleva a la defensa de la neutralidad del Estado como con-

[2] Ver S. Álvarez, "La autonomía personal", en E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Alianza, Madrid 2002, pp. 153-175.

dición para que cada individuo pueda elegir sin coacción entre opciones –también morales– diversas[3]. Precisamente, en la reflexión histórica, la neutralidad del poder se ha justificado como una necesidad de respeto a la libre conciencia individual.

Después de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, se vuelve a reclamar una "moralización del Estado", pero no se abandona la necesidad de respeto a las conciencias. Muy al contrario, el liberalismo asume como un hecho que "las luchas más enconadas... se libran confesadamente por las cosas más elevadas: por la religión, por concepciones filosóficas del mundo y por diferentes doctrinas morales acerca del bien"[4]. En este contexto, cobra sentido la referencia a unos valores específicos de lo político que son distintos de los propios de las doctrinas religiosas, filosóficas o morales[5].

De este modo, el liberalismo político asume como presupuesto la distinción entre la justicia (como valor político) y las concepciones de lo bueno. De forma genérica, se puede afirmar que la incorporación al derecho de determinadas condiciones de justicia es la que hace posible la convivencia entre distintas concepciones de lo bueno.

Pero para poder mantener esta dicotomía es necesario que se cumplan dos condiciones: la primera es aceptar que no existen condicionantes

---

[3] La neutralidad se fundamenta en la primacía de la justicia; en este sentido, uno de los críticos de este aspecto del liberalismo, M. Sandel, describe así el liberalismo: "La sociedad se ordena mejor cuando es gobernada por principios que no presuponen ninguna concepción particular de lo bueno, ya que cualquier otro ordenamiento no lograría respetar a las personas en tanto seres capaces de elección". Ver M. Sandel, *El liberalismo y los límites de la justicia,* traducción de Mª Luz Melón, Gedisa, Barcelona 2000, p. 23.

[4] J. Rawls, *El liberalismo político,* traducción de A. Doménech, Crítica, Barcelona 2004, p. 34.

[5] *Ibíd.,* pp. 68-69.

para la libertad de elección; la segunda supone mantener la perspectiva del individualismo ético (esto es, la defensa de que el agente moral es el individuo)[6].

La reflexión sobre los condicionantes a la libertad de elección pone en relación la discusión que se está presentando con la reflexión sobre la obediencia al derecho y con la justificación del paternalismo.

Cuando se cuestiona el individualismo ético nos introducimos en la polémica entre el comunitarismo y el liberalismo, que, de momento, dejo de lado. Sí me interesa, sin embargo, y a propósito de esta cuestión, reflexionar brevemente sobre la polémica que mantienen, en torno a los contenidos del derecho, los liberales y los defensores del moralismo legal.

La libertad de elección y la justicia

Como se ha indicado, a pesar de que la representación del Estado como una organización neutral constituye un rasgo característico de la mentalidad liberal, tras la Segunda Guerra Mundial comienza a formarse la idea de que la falta de compromiso ético por parte de las instituciones políticas deja desarmados a los tolerantes frente a los intolerantes[7]. Un cumplido ejemplo de esta crítica lo encontramos en G. Radbruch[8], y la correlativa defensa en H. L. A.

---

[6] Ver la crítica en M. Sandel, *El liberalismo y los límites de la justicia,* o. c., pp. 217-227.

[7] N. Bobbio, "Las razones de la tolerancia", *El tiempo de los derechos,* traducción de R. de Asís, Sistema, Madrid 1991, pp. 243-256.

[8] G. Radbruch, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal,* traducción de M. I. Azareto, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1962, p. 35: "El positivismo ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo".

Hart[9]. Lo cierto es que es precisamente a partir de la segunda postguerra cuando las constituciones comienzan a incluir una parte material que se considera jurídicamente vinculante[10], de forma que se introducen contenidos de moralidad en el sistema. De algún modo, en nuestra cultura jurídica se desarrolla la idea de que para que el poder político sea legítimo debe comprometerse con la moralidad del Estado de derecho, de la democracia y de los derechos fundamentales. Sin embargo, también se considera que hay determinados contenidos que el derecho en ningún caso puede legítimamente realizar (son las concepciones de lo bueno). Para explicar esta situación, G. Peces-Barba propone la distinción entre ética pública y ética privada[11]. La ética pública son aquellos objetivos morales con los que debe comprometerse el poder político, y la ética privada serían las opciones éticas que en ningún caso deben ser legalizadas.

La ética pública, se ha dicho, está constituida por los fines que se propone realizar el poder político a través del derecho. En nuestro ámbito, sólo se considera legítimo este conjunto cuando no supone imposición de ningún modelo de "ética privada". Por otra parte, es preciso tener en cuenta la función promocional del Estado social en este aspecto, con lo que la ética pública supondrá el establecimiento de las condiciones para que cada sujeto pueda realizar libremente su opción por un modelo de ética privada.

---

[9] H. L. A. Hart, El *concepto de derecho,* traducción de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires [2]1990, pp. 256-261.

[10] Ver G. Peces-Barba y otros, *Textos básicos de derechos fundamentales,* Aranzadi, Madrid 2001.

[11] G. Peces-Barba, *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995, pp. 75-79.

La ética privada, por su parte, constituye un plan de vida o un modelo de virtud que debe ser autónomamente elegido y realizado. Normalmente, el individuo asume alguna de las ofertas presentes en la sociedad en que se desarrolla, pero constituye un requisito la aceptación. El poder público debe favorecer y proteger la opción libre del individuo siempre que ésta sea generalizable.

Hay que tener en cuenta la reiterada idea de que en el Estado social de derecho el compromiso es también positivo, de forma que el Estado sólo puede comprometerse con la libre realización de planes de vida en la medida en que pueda garantizar la generalidad del compromiso. Si el plan de vida resulta extravagante, por ejemplo, porque sea muy costoso o de imposible contenido igualitario, los principios de la ética pública no exigen que el poder público se comprometa con su "promoción".

Por otra parte, desde la relación entre ética pública y ética privada propuesta por G. Peces-Barba, no resultan opciones legítimas de ética pública aquellas que impidan la posibilidad de modificar el modelo de desarrollo elegido o cuya realización impida la opción de otro sujeto. En este caso, estamos ante opciones de ética privada no permitidas[12].

En definitiva, parece que se exige que a través del derecho se impongan aquellas condiciones que hacen posible la libre elección entre planes de vida y la posibilidad de actuar de acuerdo con el plan de vida elegido (siempre que éste sea generalizable y no perjudique la posibilidad de optar de un tercero o del propio sujeto[13]).

---

[12] G. Peces-Barba y otros, *Curso de derechos fundamentales,* Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E, Madrid 1995, p. 233.

[13] Esta restricción sería aceptada por G. Peces-Barba, "El condicionamiento de la libertad moral", *Curso de dere-*

A pesar de que en la teoría la distinción parece clara, en determinados supuestos se producen dificultades. Algunas de ellas tienen que ver con las situaciones en las que se produce un conflicto entre la obligación de obedecer el derecho y los deberes asumidos en el ejercicio de la libertad de conciencia.

Se distingue, en relación con el derecho, entre la obligación moral y la obligación jurídica de obediencia. La obligación moral de obediencia es aquella que se justifica cuando se mantiene que hay que obedecer al derecho porque éste es justo. La obligación jurídica, sin embargo, hace referencia al carácter no voluntario del cumplimiento del derecho que se apoya en que éste es un orden coactivo. En este caso, quien incumple el derecho puede estar actuando correctamente desde el punto de vista moral.

La coincidencia entre la obligación jurídica y una obligación moral favorece la eficacia de los sistemas jurídicos; por esta razón, los estudiosos de estos temas reflexionan sobre los caracteres que deben tener los derechos vigentes para que sea moralmente obligatorio obedecerlos. En general, se dice que es moralmente obligatorio obedecer al derecho producido por un poder legitimo[14]. La exigencia de respeto a las minorías es también una condición de la legitimidad del poder, desde el momento en que constituye un rasgo esencial del pluralismo desde el que se favorece la crítica al sistema.

Desde esta idea, se producen, de hecho, situaciones en las que la distinción entre ética

---

chos fundamentales, o. c., pp. 232-240. También por C. S. Nino, *Ética y derechos humanos,* Ariel, Barcelona 1989, desde el punto de vista de la inviolabilidad. Las situaciones límites enfrentan la inviolabilidad con la dignidad.

[14] Ver, sobre estos temas, E. Fernández, *La obediencia al derecho,* Civitas, Madrid 1987.

pública y ética privada (o, si se prefiere, entre la justicia y las concepciones de lo bueno) quiebra y se plantea la necesidad de considerar si en estas circunstancias prevalece el respeto a la conciencia o el respeto a la ley. En definitiva, nos encontramos ante los problemas de la desobediencia civil y la objeción de conciencia.

La desobediencia civil es una situación que se produce cuando una persona o un grupo desobedecen el derecho para expresar su desacuerdo con una norma o una determinada política pública que consideran contradictoria con los principios de la ética pública. Con la desobediencia se pretende expulsar del sistema la norma que se considera ilegítima o poner fin a la política pública que se considera contraria con los principios éticos en los que se basa la convivencia social. El desobediente civil no pretende cambiar el sistema en su totalidad. Por otra parte, y como consecuencia, el desobediente acepta la reacción adversa que el ordenamiento jurídico prevé para el caso de incumplimiento (es el caso de la insumisión).

El ordenamiento jurídico no puede incluir un derecho general a la desobediencia civil; sin embargo, también es cierto que el tratamiento a la desobediencia civil no puede equivaler al tratamiento de una desobediencia "no cualificada". Especialmente cuando ésta se utiliza para poner de manifiesto quiebras en el funcionamiento del Estado democrático de derecho que de otro modo no pueden ser subsanadas.

La objeción de conciencia, por su parte, se configura como un derecho a dejar de realizar un determinado deber que el ordenamiento atribuye, sobre la base de un enfrentamiento entre la ética pública y la ética privada. Algunos autores consideran que únicamente cuando esta situación está juridificada se puede hablar de objeción de conciencia. En nuestro derecho sólo se reco-

noce como derecho para el personal sanitario en relación con las intervenciones abortivas y en relación con el servicio militar –hasta cierto punto, queda vacío de contenido desde el momento en que queda suprimido el servicio militar obligatorio–. Para otros autores, la objeción de conciencia es la situación que se produce cuando un sujeto justifica su desobediencia amparándose en razones de conciencia.

Las diferencias básicas entre objeción de conciencia y desobediencia civil pueden sintetizarse en tres aspectos. En primer lugar, en el caso de la objeción de conciencia se produce un enfrentamiento entre ética pública y ética privada; por el contrario, en el caso de la desobediencia civil, se enfrentan dos versiones de la ética pública.

Como segundo aspecto, se puede decir que en el caso de la objeción de conciencia no se persigue cambiar el derecho, sino tan sólo que el sujeto pueda quedar inmune ante la exigencia de realización del deber contrario a su conciencia; sin embargo, en el caso de la desobediencia civil, se pretende cambiar con efectos para todos la norma o la política considerada ilegítima.

Por último, en el caso de la objeción de conciencia, la norma que no se cumple es la que causa los problemas éticos. No así en el caso de la desobediencia civil, que puede suponer la desobediencia de una norma distinta de la que se quiere cambiar.

En una y otra situación, aceptar una norma general de libertad como clausura del sistema de libertades, en los términos en los que más adelante veremos, condiciona la respuesta sobre el tratamiento al "desobediente".

Otra de las cuestiones que resultan problemáticas desde la distinción entre ética pública y ética privada es la del tratamiento del paternalismo, por cuanto las medidas paternalistas tam-

bién suponen un límite a las posibilidades de elección protegidas por el derecho. El Estado paternalista protege a los individuos contra actos u omisiones que considera contrarios a sus propios intereses (problemas como los que plantea la legalización del consumo de drogas o la regulación del uso del cinturón de seguridad o, en otro orden de cuestiones, las restricciones al pacto en el ámbito laboral... pueden abordarse desde este punto de vista)[15]. Por ejemplo, cuando se establece como restricción a las concepciones del bien protegidas por el derecho, que no impidan elecciones futuras del sujeto, nos encontramos ante una justificación del paternalismo.

En buena medida, el problema de la justificación del paternalismo se resuelve en coherencia con el concepto de libertad que se entiende protegida por el derecho, por lo que también tendremos ocasión de volver sobre la cuestión más adelante.

Paso a abordar ahora el segundo bloque de cuestiones, la polémica entre el liberalismo y el moralismo.

Liberalismo y moralismo legal

Parece un lugar común aceptar que la convivencia social sólo es posible si existen ciertos valores compartidos. No resulta sencillo, sin embargo, encontrar el equilibrio adecuado entre el pluralismo y ese mínimo de "homogeneidad" que permite la convivencia. La polémica sobre estos temas nos remite, una vez más, a la necesidad de reflexionar sobre las condiciones en que está justificado que el derecho se utilice para imponer contenidos de moralidad. En esta ocasión, la

---

[15] Ver C. S. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación,* o. c., pp. 413-446, así como el monográfico sobre "El paternalismo": *Doxa* 5 (1988).

polémica enfrenta a los partidarios del moralismo con quienes se mantienen en el liberalismo legal[16].

El liberalismo supone, a grandes rasgos, que los límites a la libertad natural de los sujetos sólo se justifican para evitar el daño a otros sujetos. Se trata del modelo coherente con este principio de J. Stuart Mill: "La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo" [17].

El moralismo, por su parte, afirma que la libertad puede limitarse para evitar comportamientos contrarios a las pautas de la moral social. La pornografía, la prostitución o la homosexualidad reciben un tratamiento diferente desde uno y otro planteamiento.

Tanto perfeccionismo como paternalismo aluden a situaciones en las que el derecho se utiliza para imponer la realización de comportamientos al margen de la autonomía de los sujetos, aunque no se trate de proteger a terceros. Ya hemos visto que el paternalismo supone que la libertad del sujeto se limita por "su propio bien, físico o moral". Estamos ante una medida perfec-

---

[16] Ver los argumentos que enfrentan a H. L. A. Hart y Lord P. Devlin, en R. M. Dworkin (comp.), *Filosofía del derecho,* traducción de J. Sáinz, Fondo de Cultura Económica, México 1977. A propósito de esta polémica ver F. Laporta, *Entre la moral y el derecho,* Fontamara, México 1993.

[17] J. Stuart Mill, *Sobre la libertad,* traducción de P. de Azcárate, Alianza, Madrid 1992, pp. 65 y 66.

cionista cuando el Estado se reserva la posibilidad de determinar cuáles son los ideales de felicidad que se pueden perseguir. Mientras el paternalismo puede ser compatible con algunas versiones de la idea de libertad, un régimen perfeccionista no es justificable desde el valor de la libertad.

Conceptos de libertad y prioridades

A finales de los años setenta, Norberto Bobbio consideraba que los significados más relevantes de la libertad hacían referencia a la libertad negativa y a la libertad positiva. Hoy, la polémica sobre el uso de "libertad" se sitúa también en otros frentes, pero la definición que lleva a cabo Bobbio de la libertad negativa constituye el concepto básico al que se contraponen las restantes alternativas. Así, pues, todas las otras propuestas pretenden que la libertad en el lenguaje político es algo distinto de "la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan los otros sujetos"[18].

De este modo, libertad se ha utilizado también para hacer referencia a la situación en la que los individuos pueden participar en la adopción de decisiones públicas –en este caso, se reclama como libertad positiva–, para señalar que la auténtica libertad es del gobierno –libertad de los antiguos–, para reivindicar que el poder esté bien ordenado –en la discusión sobre la libertad republicana– y para aludir a la situación en la que la colectividad se compromete con la satisfacción de necesidades básicas –en la discusión sobre la libertad real–[19]. Como los problemas a los que se

---

[18] N. Bobbio, *Igualdad y libertad,* o. c., p. 97.

[19] Ver, en sentido similar, F. Laporta, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político": *Sistema* 52 (1983), p. 32.

enfrentan las distintas formulaciones son diferentes, prefiero también utilizar una denominación diferente para el otro polo de la discusión, que aparecerá configurado como libertad negativa, libertad de los modernos, libertad liberal y libertad formal[20].

Libertad positiva y libertad negativa

La disputa entre quienes contraponen la libertad positiva y la libertad negativa y quienes consideran que la libertad no se entiende sino como un concepto provisto de ambas dimensiones ha sido, por muchos años, el núcleo de la discusión sobre el significado de la libertad en los contextos políticos y jurídicos[21]. Quizá el desarrollo más célebre de esta tipología podamos encontrarlo en el trabajo de Isaiah Berlin *Dos conceptos de libertad*. Para Berlin, es preciso deslindar adecuadamente los ámbitos de uso de la libertad positiva y de la libertad negativa. En su opinión, existen dos tradiciones de pensamiento que sitúan a la libertad en un lugar central, pero que, a partir de esta opción inicial, llegan a conclusiones diferentes sobre el modelo adecuado de organización política. Fundamentalmente, ello se debe a que detrás de cada una de estas tradiciones existe una idea distinta del sentido de la libertad política. De modo que, para la tradición de la libertad positiva, la libertad supone autodomi-

---

[20] No obstante, la terminología a veces difiere de la aquí propuesta y, por ejemplo, la referencia a la libertad positiva se utiliza también para aludir a lo que aquí se llama libertad real. M. La Torre, "Libertà", en M. La Torre y G. Zanetti, *Seminari di Filosofia del Diritto,* Rubbettino, Soveria Mannelli 2000, pp. 35, también considera los otros significados como reinterpretaciones posibles de la distinción entre libertad positiva y libertad negativa.

[21] Ver P. Badillo O'Farrell, *¿Qué libertad? En torno al concepto de libertad en la actual filosofía política británica*, Tecnos, Madrid 1991.

nio. El autor que se suele citar como modelo es J. J. Rousseau[22] y, según I. Berlin, en este sentido "la libertad es autodominio, la eliminación de los obstáculos que se oponen a mi voluntad, cualesquiera que sean estos obstáculos: la resistencia de la naturaleza, de mis pasiones no dominadas, de las instituciones irracionales o de las opuestas voluntades o conductas de los demás"[23].

Frente a lo que sucede con la libertad positiva, la libertad negativa supone la existencia de una tensión entre el individuo y la colectividad que se soluciona estableciendo una serie de ámbitos de soberanía del primero en los que las interferencias de lo colectivo son ilegítimas. Este ideal consiste "en que otros hombres no me impidan decidir como quiera"[24]. El ámbito de libertad es, por lo tanto, aquel en el que cada sujeto tiene la oportunidad de actuar sin que otros sujetos puedan oponerle obstáculos.

---

[22] Efectivamente, J. J. Rousseau, *Del Contrato social,* traducción de M. Armiño, Alianza, Madrid 1998, p. 44, distingue claramente entre tres ideas de libertad: la libertad natural, la libertad civil y la libertad moral, en los siguientes términos: "Reduzcamos todo este balance a términos fáciles de comparar. Lo que pierde el hombre por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo cuanto le tienta y que puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo cuanto posee. Para no engañarnos en estas compensaciones, hay que distinguir bien la libertad natural, que no tiene límites más que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general, y la posesión, que no es más que el efecto de la fuerza o el derecho del primer ocupante, de la propiedad que no puede fundarse sino sobre un título positivo. Según lo precedente, podría añadirse a la adquisición del estado civil la libertad moral, la única que hace al hombre auténticamente dueño de sí; porque el impulso del simple apetito es esclavitud, y la obediencia a la ley que uno se ha prescrito es libertad".

[23] I. Berlin, "Dos conceptos de libertad", en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de J. Bayón, Alianza, Madrid 1998, p. 249.

[24] *Ibíd.,* p. 232.

En la obra de este autor, la libertad positiva adquiere un significado peyorativo. A su modo de ver, la idea del autodominio –con la que la hace coincidir– sólo resulta comprensible si se tiene la imagen de un sujeto escindido entre su razón y sus pasiones. Desde esta perspectiva, el autodominio consistiría en la imposición del "yo racional" sobre el "yo pasional", y los mecanismos que se utilizan para conseguirlo conducen a resultados que podríamos considerar "absurdos" desde la lógica del liberalismo, puesto que suponen que alguien puede ser obligado a ser libre.

En todo caso, se produce, como consecuencia de esta distinción, una minusvaloración de la libertad positiva que lleva a despreciar un uso de la noción de libertad que también se encuentra en la construcción del Estado de derecho y que utiliza un concepto de libertad política que no es exclusivamente autodominio, pero que tampoco puede hacerse coincidir con la no interferencia.

Además, la distinción entre libertad positiva y libertad negativa supone adscribir la libertad como participación al primer ámbito. Con ello, la participación en los asuntos públicos es manifestación de la libertad positiva; en consecuencia, su valor resulta postergado en el texto de Berlin. En este sentido, afirma el autor, "el sentido 'positivo' de la libertad sale a relucir no si intentamos responder a la pregunta 'qué soy libre de hacer o de ser', sino si intentamos responder a 'por quién estoy gobernado' o 'quién tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que ser o hacer'. La conexión que hay entre la democracia y la libertad individual es mucho más débil de lo que les parece a muchos defensores de ambas. El deseo de ser gobernado por mí mismo o, en todo caso, de participar en el proceso por el que ha de ser controlada mi vida, puede ser tan profundo como el deseo de un ámbito libre de acción y,

quizá, históricamente, más antiguo. Pero no es el deseo de la misma cosa"[25].

En definitiva, en esta presentación de Isaiah Berlin, la libertad positiva es difícilmente compatible con la idea de derechos tal y como ha sido caracterizada a lo largo del presente volumen. Sin embargo, la incompatibilidad no es necesaria[26] y sólo se produce cuando la noción de "autodominio", que de por sí no es política, se sitúa en el contexto de una determinada concepción del Estado. Efectivamente, sólo cuando además de definir la libertad como autodominio se atribuye a la organización política la función de establecer cuáles son las pasiones que pueden entorpecer la libertad, la libertad positiva adquiere dimensiones totalitarias. Con todo, y aunque no en todos los usos históricos se produce esa vinculación[27], una traslación del concepto de libertad como autodominio a la política podría llevar a situar a la comunidad por encima del individuo, y, ahora sí, en una concepción de la libertad de este tipo no queda espacio para los derechos individuales[28].

No obstante, sólo si se produce una ruptura del dinamismo de la libertad, la libertad positiva

---

[25] I. Berlin, "Dos conceptos de libertad", o. c., pp. 230-231.

[26] N. Bobbio, *Igualdad y libertad,* o. c., p. 104: "Que las dos libertades sean diferentes como para poder ser independientes la una de la otra no quiere decir que sean incompatibles y que por tanto no puedan integrarse reíprocamente".

[27] D. Miller, "Introduction", en D. Miller (ed.), *Liberty*, Oxford University Press, 1991, p. 4.

[28] Desde el punto de vista de la filosofía política, sería un concepto propio del "comunitarismo" y que, en todo caso, implica una concepción organicista de la sociedad a la que son ajenas tanto la concepción liberal cuanto la libertad republicana. Ver al respecto Q. Skinner, "The republican idea of political liberty", en *Machiavelli and Republicanism,* Cambridge University Press, 1993, pp. 296-298.

y la libertad negativa se presentan como incompatibles. En este sentido, se puede traer a colación el esquema desde el que G. Peces-Barba articula las distintas dimensiones de la libertad. La libertad que, desde este modelo propuesto, constituye el fundamento de los derechos es la "libertad social, política y jurídica", que hay que distinguir de la "libertad psicológica o de elección" y de la "libertad moral o autonomía moral"[29]. La libertad social, política y jurídica impone construir los cauces adecuados para configurar individualmente los planes de vida y satisfacer esos planes de vida o ideas de virtud. Existen, no obstante, límites a las elecciones, que guardan relación con la distinción entre ética pública y ética privada, y sobre los que conviene reflexionar: la ética pública sólo impone la protección de planes de vida siempre que éstos sean generalizables y no perjudiquen la posibilidad de optar de un tercero o del propio sujeto[30]. Se trata, con ello, de salvaguardar el dinamismo de la libertad, por lo que una restricción de la libertad de elección no jus-

---

[29] Conviene señalar el paralelismo que se establece con la propuesta de J. J. Rousseau, a la que se ha hecho referencia con anterioridad, J. J. Rousseau, *Del contrato social,* traducción de M. Armiño, Alianza, Madrid 1998, p. 44.

[30] Esta restricción sería aceptada por G. Peces-Barba, "El condicionamiento de la libertad moral", *Curso de derechos fundamentales,* o. c., pp. 232-240. También por C. S. Nino, *Ética y derechos humanos,* Ariel, Barcelona 1989, p. 476, desde el punto de vista de la inviolabilidad. Recordemos que el esquema de fundamentación de los derechos que presenta C. S. Nino es diferente, cuando menos parcialmente, del propuesto en este trabajo. Se construye, fundamentalmente, desde la pretensión de distanciar la concepción liberal de la sociedad –única compatible con el establecimiento de un sistema de derechos– de una concepción totalitaria en la que la protección jurídica de los derechos no es posible. En la teoría de los derechos de C. S. Nino, éstos se fundamentan a partir del juego de los principios de autonomía frente al perfeccionismo, de la inviolabilidad frente al holismo y de la dignidad frente al determinismo normativo (o. c., p. 199).

tificada en la necesidad de proteger el propio dinamismo de la libertad, o a terceros o en el carácter no generalizable de la opción, serían ejemplos de perfeccionismo o paternalismo injustificado.

Con todo, he de insistir en la necesidad de recuperar la tradición de la libertad positiva como una aportación histórica de indudable relevancia en la articulación de las claves en las que se hace reposar la legitimidad del poder en nuestro entorno.

Junto a esta concepción que presenta Berlin, existe en el pensamiento político-jurídico una visión más amable de la libertad positiva que la vincula con la idea de democracia. Efectivamente, a partir del "autodominio" también se ha tratado de "encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes"[31]. Esta versión más amable de la libertad positiva y una interpretación más benevolente de Rousseau ha sido la vía de desarrollo de la concepción democrática de la política. Por esta razón, no se puede rechazar sin más la posibilidad de hablar con sentido de la libertad positiva sin correr el riesgo de minusvalorar una importante tradición política –precisamente la que lleva al establecimiento de límites internos al poder–. En el caso del discurso sobre la libertad negativa, se trata de delimitar qué excepciones a la libre actuación del individuo son ilegítimas; cuando se recurre a la libertad positiva, se trata de armonizar la autonomía individual con el establecimiento de límites a la libertad de querer del mismo sujeto, y ambas reflexiones pueden producir resultados compatibles.

---

[31] J. J. Rousseau, *Del contrato social,* o. c., p. 38.

Por ello, a pesar de las anteriores reflexiones, el conflicto entre la legitimidad que suministra la libertad negativa y la que descansa en el compromiso con la libertad positiva se pone de manifiesto, por ejemplo, al hilo de la reflexión sobre el Estado constitucional en la tensión entre la legitimidad, en última instancia, basada en derechos y la legitimidad, en última instancia, democrática[32].

Libertad de los antiguos y libertad de los modernos

La distinción entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, que se atribuye a B. Constant (1819), se cruza frecuentemente con la distinción entre la libertad positiva y la libertad negativa. Sin embargo, conviene advertir que se trata de una tipología diferente. De este modo, la crítica de Constant frente al modelo que llama de "libertad de los antiguos" tiene sentido como rechazo de una concepción de la sociedad basada en lo que hoy llamaríamos "solidaridad". En el caso de Constant se trata de rechazar las propuestas de Rousseau. En cierto modo, la defensa que lleva a cabo Constant de la libertad de los modernos es la defensa del individualismo. Pero antes de prestar atención a esta discusión, conviene precisar qué significado tiene cada una de estas libertades.

Efectivamente, cuando Benjamin Constant distingue la *libertad de los antiguos* y la *libertad de los modernos,* habla de "libertad de los modernos" para hacer referencia al "derecho de cada uno a

---

[32] L. Laporta, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", o. c., p. 38, "libertad negativa *versus* libertad positiva no es sino una forma polémica de mencionar la difícil adaptación recíproca de dos criterios diferenciados de justificación de las normas jurídicas: los derechos humanos y el principio mayoritario o contractual".

no estar sometido más que a las leyes, a no poder ser ni arrestado, ni detenido, ni muerto, ni maltratado de manera alguna a causa de la voluntad arbitraria de uno o de varios individuos. Es el derecho de cada uno a expresar su opinión, a escoger su trabajo y a ejercerlo, a disponer de su propiedad y abusar incluso de ella; a ir y venir sin pedir permiso y sin rendir cuentas de sus motivos o de sus pasos. Es el derecho de cada uno a reunirse con otras personas, sea para hablar de sus intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran, sea simplemente para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones, a sus caprichos. Es, en fin, el derecho de cada uno a influir en la administración del gobierno, bien por medio del nombramiento de todos o de determinados funcionarios, bien a través de representaciones, de peticiones, de demandas que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración". Como se desprende del texto transcrito, la idea de la libertad de los modernos excede del concepto de libertad negativa de Berlin. La finalidad de Constant no es tanto el rechazo del totalitarismo cuanto mantener la defensa de la privacidad como una condición de la legitimidad del poder en el modelo liberal.

Por su parte, la libertad de los antiguos consiste "en ejercer de forma colectiva pero directa distintos aspectos del conjunto de la soberanía, en deliberar, en la plaza pública, sobre la guerra y la paz, en concluir alianzas con los extranjeros, en votar las leyes, en pronunciar sentencias, en examinar las cuentas, los actos, la gestión de los magistrados, en hacerles comparecer ante todo el pueblo, acusarles, condenarles o absolverles". De este modo, en la tipología de Constant, la libertad de los antiguos aparece como la posibilidad de intervenir directamente en los asuntos públicos, y supone "la participación activa y continua en el poder colectivo", en tanto que la libertad de

los modernos se traduce en la existencia de un ámbito de privacidad y, por tanto, "en el disfrute apacible de la independencia privada"[33].

No se puede establecer sin más la vinculación entre libertad de los antiguos y la libertad como participación; antes bien, la libertad de los modernos adquiere una dimensión participativa. Efectivamente, según se desprende del texto citado, forma parte de la libertad de los modernos "el derecho a influir en la administración del gobierno" en todo aquello en lo que esta influencia se manifieste en una mayor protección de ese ámbito de independencia privada.

En este caso, el concepto de libertad de los modernos de Constant es más amplio que el de libertad negativa de Berlin. Para Constant, la participación política también puede ser entendida como manifestación de la libertad adecuada para los modernos; en el caso de Berlin, por el contrario, forma parte de la libertad positiva. De este modo, las teorías de la libertad negativa que comparten el concepto de I. Berlin son teorías de "la maldad estatal"[34] y en todas ellas se produce una cierta pérdida de dignidad de la política.

Es bien cierto, y se trata de un argumento fundamental en los trabajos de Benjamin Constant, que si la libertad no es del individuo, sino del grupo, el discurso se hace difícilmente compatible con la idea de derechos. Sin embargo, la crítica comunitarista al liberalismo ha contribuido a poner de manifiesto que la pertenencia condiciona el modo de disfrute de los derechos, por lo que algunas características culturales

---

[33] B. Constant, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", en *Escritos políticos,* traducción de M. L. Sánchez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, p. 268.

[34] Parafraseando a E. Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular,* Debate, Madrid 1984.

deben tenerse en cuenta en la configuración de su contenido. El comunitarismo ha tenido éxito en tanto que trata de llamar la atención sobre el hecho de que en algunas ocasiones la identidad cultural es relevante para el ejercicio de los derechos (también de los "derechos del hombre") y para el disfrute de la libertad y de la igualdad (que también son principios de la tradición liberal). Por ello algunas características culturales deben tenerse en cuenta, precisamente, en la configuración jurídica de la libertad y de la igualdad, del mismo modo que se tiene en cuenta la condición de mujer o de niño a partir del proceso de especificación.

Por otro lado, la distinción entre derechos del hombre y del ciudadano que acompaña a la libertad de los modernos produce una sociedad fracturada entre los ciudadanos y los que no lo son. En este marco, el republicanismo se presenta como un planteamiento que viene a terciar en los problemas de articulación de los cuatro conceptos de libertad hasta aquí presentados.

Libertad republicana y libertad liberal

A partir de la tipología de I. Berlin, Q. Skinner propone el concepto de libertad republicana. Para este autor, el elemento definitorio de esta otra idea de libertad es su contraposición con la esclavitud, por lo que habría que entender que conforman el republicanismo todas aquellas aportaciones que hacen coincidir la libertad con la ausencia de dominación. Con independencia de la discusión a propósito de si la libertad republicana es una manifestación de la libertad negativa o constituye un concepto independiente[35], lo

[35] En este sentido, Skinner, "The republican idea of political liberty", o. c., considera que la libertad positiva puede ser referida al autodominio, y la libertad negativa a la

cierto es que resulta adecuado para una relectura de la historia de las ideas políticas.

Si se presta atención, se pone de manifiesto que la libertad negativa no sirve, por sí misma, como ideal en el marco de lo político[36]; al contrario, se trata de una idea que resulta tendencialmente contradictoria con la existencia de

---

no interferencia, mientras la libertad republicana aparece como manifestación de esta última, puesto que la salvaguardia de la libertad como no dominación exige que otros sujetos se abstengan de la realización de determinadas conductas. Otro autor que ha prestado especial interés a esta noción es Ph. Pettit, quien considera que no forma parte de la libertad negativa, ni de la libertad positiva. Frente a la caracterización de Skinner, el concepto republicano de libertad se mueve, según Pettit, en otro ámbito. De esta forma, la libertad positiva se utiliza para hacer referencia a aquellas posiciones desde las que la reivindicación de la libertad se orienta a conseguir el autodominio. La libertad negativa, por su parte, es el modelo que mejor da cuenta de aquellas otras para las que con "libertad" se alude a una situación de hecho –es la libertad natural–. Por último, la libertad como no dominación arbitraria será, desde el punto de vista de este autor, el concepto de libertad más adecuado para el lenguaje político. Conforme se ha visto, con la estipulación de Skinner la libertad republicana queda a salvo de las críticas al comunitarismo. Por su parte, Pettit intenta, a partir del concepto de libertad como no dominación, diseñar un tipo de Estado capaz de escapar a las críticas al liberalismo. Para ello, incide en la desvinculación de este concepto y el de libertad negativa. Ver Ph. Pettit, *Republicanismo,* traducción de T. Domènech, Paidós, Barcelona 1999.

[36] F. Laporta subraya las insuficiencias de la idea de libertad negativa. El autor señala la presencia de tres conceptos de libertad en el lenguaje político, cuyo uso conviene depurar: el concepto descriptivo o de libertad negativa (que haría referencia a la "ausencia de impedimentos externos"), el ideal político de libertad negativa (que surge cuando se traslada a la política el concepto descriptivo proponiendo esta idea como un valor a conseguir –la organización política se orienta a evitar que las conductas particulares sean obstaculizadas–) y la libertad positiva (cuyo sentido es el mismo que propone Berlin). Ver F. Laporta, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", o. c., p. 33.

alguna forma de regulación. Por otra parte, la libertad negativa alude a hechos, no a valores, por lo que sus defensores deberán justificar por qué es, amén de una cuestión fáctica, un valor. Además, tampoco es posible encontrar criterios sobre cómo debe estructurarse el poder político, con lo que aquel esfuerzo a través del cual la ausencia de impedimentos se nos representa como una situación deseable no basta para explicar por qué, a pesar de todo, es necesario el Estado. Para satisfacer este otro objetivo, es preciso recurrir a otros argumentos distintos de la libertad.

Conforme se ha señalado, desde la libertad negativa, tal y como la define Berlin, resulta imposible pensar en la política como en una empresa digna. Es difícil, desde esa concepción, encontrar criterios sobre cómo debe funcionar el poder –más allá de la idea de que debe realizar cuantas menos intromisiones mejor en la esfera de la libertad– y a qué objetivos debe tender –salvo el de la salvaguardia de los derechos individuales (una vez más, como ámbito de no interferencia)–. Como también se apuntó con anterioridad, si se intenta poner en relación esta concepción con un modelo político, el Estado debe limitarse a su función de defensa del orden público y difícilmente va a ser algo más que un mero "policía".

Así, pues, la libertad política no puede ser entendida –o, al menos, no exclusivamente– como libertad negativa, y la libertad positiva resulta un concepto problemático cuando se tratan de extraer implicaciones en relación con el poder político y el derecho. Pero en el discurso generalizado sobre los derechos, éstos se vinculan con la libertad. En nuestro ámbito cultural, además, la construcción de los derechos se realiza sobre la base de la libertad, aun cuando no siempre el Estado aparece como un mal necesario (esta valoración negativa constituye un pre-

supuesto de la defensa de la libertad negativa[37]) y aun cuando se atribuye a los derechos civiles y políticos[38] un lugar esencial en la configuración del orden político.

Ciertamente, el concepto negativo de libertad no supone el rechazo necesario de bienes y valores ajenos a esta idea. Sin embargo, la actuación del Estado se considera, en cualquier caso, una interferencia en el ámbito de libertad que requiere de justificación sobre la base de aquellos otros bienes y valores distintos de la libertad misma. Ésta no parece ser la concepción que está detrás de la configuración de los derechos que, en términos generales, llevan a cabo la dogmática y la jurisprudencia constitucionales. Muy al contrario, en la cultura jurídica contemporánea, los derechos asumen una función que va más allá de esta idea de libertad para convertirse en elementos que estructuran el poder político. Por otra parte, en esta versión alternativa de los derechos, parece haber desaparecido la tensión entre el individuo y el Estado que subyace a la libertad negativa. Por estas razones, el concepto republicano me parece más adecuado para explicar el uso de la libertad en relación con los derechos. En mi opinión, la reconstrucción de la teoría de los derechos desde esta plataforma permite en mayor medida explicar y criticar el modelo constitucional. Esta propuesta resulta menos extraña si se considera que la libertad republicana está presente en algunas de las aportaciones más destacables del liberalismo y también en las más olvi-

---

[37] H. Arendt, "Freedom and Politics", *Liberty,* o. c., p. 61, o Q. Skinner, "The republican idea of political liberty", o. c., p. 296. Pero también F. Oppenheim, *Conceptos políticos. Una reconstrucción,* traducción de M. D. González Soler, Tecnos, Madrid 1987, p. 48.

[38] En este punto, la referencia a los derechos civiles y políticos lo es a los derechos de segunda generación o "de inspiración democrática". En general, se trata de los derechos vinculados a la formación y expresión de la opinión pública.

dadas por la descripción antiliberal de aquellas teorías[39], pero incluso por Berlin.

Efectivamente, esta otra idea de libertad escapa a su caracterización. El ideal republicano no corre el riesgo presente si se aceptan determinadas implicaciones de la libertad positiva, de justificar una subordinación del valor del individuo al valor del grupo. Pero, frente a la idea negativa de libertad, la participación desempeña un papel esencial, que se justifica desde el punto de vista de introducir criterios de racionalidad en la dominación Ya no es, pues, una manifestación del "autodominio", porque no se trata tanto de que el individuo se domine a sí mismo como de que el dominio no sea arbitrario. A partir de la concepción de la libertad como libertad negativa se puede llegar a justificar el Estado absoluto –el ejemplo por excelencia lo constituye Hobbes[40]–,

---

[39] S. Holmes, *Anatomía del antiliberalismo,* traducción de G. del Puerto, Alianza, Madrid 1999. Así, la estrategia de Stephen Holmes para poner en cuestión los argumentos antiliberales consiste en contraponer los rasgos que desde las posiciones críticas se atribuyen al liberalismo a "la postura política que adoptó un grupo selecto de teóricos liberales modernos: Spinoza, Milton, Locke, Montesquieu, Hume, Voltaire, Beccaria, Blackstone, Smith, Kant, Madison, Bentham y John Stuart Mill". En relación con la afirmación de que el liberalismo es una teoría atomista, este autor realiza una serie de consideraciones de sumo interés para el objeto que me ocupa. Así, afirma que Locke, "al incidir en la independencia natural de los individuos, no pretendía atomizar la sociedad..., sino simplemente socavar las formas inmemoriales de dependencia personal" (p. 239). En esta línea, "el harén es el símbolo que Montesquieu emplea para referirse a la comunidad absolutamente no liberal, una comunidad sin derechos, basada exclusivamente en la dependencia personal y en la degradación de los inferiores. Mujeres y eunucos se rebajan del mismo modo, se envilecen y buscan abyectamente el favor de sus señores. Montesquieu y otros liberales no deseaban pulverizar la sociedad. Querían impedir la humillación del serrallo, que consideraban horrenda e inmoral" (p. 240).

[40] Ver, por todos, F. Laporta, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", o. c., p. 33: "Se puede man-

y son precisamente los autores que se suelen considerar representantes de la tradición republicana quienes realizan el esfuerzo de justificar el sometimiento del poder a límites que, como se verá, presentan como límites jurídicos.

Cuando estos modelos de libertad –no interferencia y no dominación– son trasladados al discurso político, dan lugar al liberalismo y al republicanismo. Para explicar qué se entiende hoy por liberalismo y republicanismo, resulta de utilidad la propuesta de J. Habermas que sitúa la clave de esta dicotomía a la que vengo refiriéndome en la comprensión de la política. Desde su punto de vista, "conforme a la concepción 'liberal', el proceso democrático cumple la tarea de programar el Estado en interés de la sociedad, entendiéndose por Estado el aparato de la administración pública, y por sociedad el sistema del tráfico de las personas privadas y de su trabajo social, estructurado en términos de economía de mercado. La política (en el sentido de formación de la voluntad política de los ciudadanos) tiene aquí la función de agavillar y hacer valer los intereses sociales privados frente a un aparato estatal que está especializado en el empleo administrativo de poder político para fines colectivos. Pero conforme a la concepción republicana, la política no se agota en tal función; antes bien, es ingrediente esencial del proceso de 'sociación' (¿socialización?) considerado en conjunto. La 'política' se entiende como forma de reflexión de un contexto de vida ético, como el medio en el que las comunidades solidarias más o menos cuasi naturales se percatan de su mutua dependencia y, como ciudadanos, desarrollan y configuran con voluntad y conciencia las relaciones de reconocimiento recíproco, con las que se encuentran,

---

tener el concepto empírico de libertad y, simultáneamente, no considerar injusto que se anule la misma por un poder ilimitado. Ése es el caso de Hobbes".

convirtiéndolas en la asociación de miembros iguales y libres en que consiste la comunidad jurídica"[41].

En la descripción de Habermas, se puede sustituir proceso democrático por "política" sin más, puesto que de lo que se trata es de dar cuenta de un ideal político –el de la libertad– que en la historia no es exclusivamente democrático. En relación, precisamente, con las distintas aportaciones históricas a la construcción del concepto político de libertad, puede resultar ilustrativa la comparación de Harrington y Hobbes. El propio J. Harrington realiza una contraposición entre su propia idea del sentido de la política y la que se atribuye a Hobbes. Sin embargo, esta comparación tiene limitaciones, por cuanto Hobbes es considerado un teórico del Estado absoluto y en *La república de Océana* de Harrington se contiene una teoría de los límites al poder y, desde este punto de vista, es ya un autor del Estado de derecho.

En la obra de estos autores se aprecia la diferencia entre dos versiones de la política que, en definitiva, van a traducirse en teorías desde las que el Estado se ve como un bien o como un mal necesario[42]. Como Habermas, J. Harrington, en

---

[41] J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* traducción de J. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid 1998, p. 342. En otros términos, se puede decir que "existe una diferencia básica de opinión aquí entre los teóricos que ven la participación política como un coste en el que el individuo que participa debe incurrir en orden a asegurar beneficios, y aquellos que ven la participación como una actividad beneficiosa en sí misma". Ver A. H. Birch, *The Concepts and Theories of Modern Democracy,* Routledge, Londres 1993, p. 88.

[42] Ver esta tipología en N. Bobbio, "Estado, poder y gobierno", en *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, traducción de J. F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México 1994, pp. 176-187. Sobre la comparación entre las ideas de libertad de Th. Hobbes y de J. Harrington, ver Ph. Pettit, *Republicanismo,* o. c., pp. 58-61.

los "Preliminares" de *La república de Océana*[43], se fija en el sentido de lo político al contraponer la "prudencia antigua" –sobre la que se construye el gobierno *de iure*– a la "moderna prudencia" –base del gobierno *de facto*– como las dos posibles concepciones que históricamente han existido. La "prudencia antigua" remitirá a una concepción republicana de la política, en tanto que la "prudencia moderna" desemboca en lo que podemos denominar una concepción liberal. Para evitar un uso anacrónico de los términos, me parece adecuado hablar, en relación con esta dicotomía, de la tradición de la libertad como no dominación arbitraria y de la tradición de la libertad como no interferencia para referirme a estas concepciones. Y son estos dos conceptos de libertad los que parecen estar detrás de cada una de las concepciones de la política que describe Habermas.

Libertad real y libertad formal

Otra de las distinciones habituales que se formulan alrededor de la idea que aquí se aborda es aquella conforme a la cual se puede hablar de libertad en sentido formal y en sentido real o material. En relación con ella, la polémica sobre el significado de la libertad se refiere a los resultados del proceso político, mientras que en las que nos han ocupado hasta el momento la discusión hace referencia al sentido mismo de lo político. En cierto modo, podemos decir que la discusión sobre la libertad real pretende vincular las nociones de libertad y de capacidad. El argumento que esgrimen quienes contraponen la

---

[43] J. Harrington, *La república de Océana,* traducción de Enrique Díez-Canedo, Fondo de Cultura Económica, México 1987, pp. 49-108. Ver, sobre este punto, M. Virolli, "Machiavelli and the republican idea of politics", *Machiavelli and Republicanism,* o. c., p. 144.

libertad real a la libertad formal es que "si la ausencia de un mínimo de condiciones económicas y de estatus social supone la inexistencia de la libertad para el individuo, es lógico pensar que es la presencia de la capacidad económica la que da contenido a la idea de libertad"[44].

En relación con esta propuesta, las críticas se refieren, fundamentalmente, a dos cuestiones. La primera tiene que ver con la utilidad de la noción de libertad real y se basa en el argumento de la estrategia. Los mismos objetivos pueden conseguirse mejor sin oscurecer aún más el ya de por sí opaco discurso de la libertad[45]. Para estos autores, cuando se limita la libertad de un sujeto con la finalidad de situar a otro sujeto en condiciones de poder actuar, no se está favoreciendo la "libertad real", sino priorizando otros bienes, valores o intereses que en determinadas ocasiones deben prevalecer para que la organización sea más justa[46].

La segunda cuestión, sin embargo, tiene que ver con la legitimidad del contenido del discurso de la libertad real. Es el argumento del "neoliberalismo", desde el que se considera que la capacidad o el poder no están lógicamente relacionados con la libertad y que, además, es ilegítimo que el poder político asuma como propia la competencia de poner a los individuos en situación de elegir entre cauces de acción alternativos. F. Hayek puede citarse como uno de los principales repre-

---

[44] F. Laporta, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político", o. c., p. 30.

[45] Es el caso de F. Laporta, *ibíd.,* pp. 29-31. Pero también de H. L. A. Hart, "Rawls on liberty and its Priority", en N. Daniels (ed.), *Reading Rawls,* Stanford University Press 1989, pp. 230-252.

[46] Precisamente, la crítica de Hart a Rawls se construye a partir del dato de que no tiene en cuenta esta idea. H. L. A. Hart, "Rawls on liberty and its Priority", o. c., p. 249.

sentantes de este tipo de planteamientos desde los que se afirma que "la libertad resulta seriamente amenazada cuando se confieren al gobernante poderes exclusivos para prestar ciertos servicios; poderes que, si han de alcanzar los deseados objetivos, forzosamente suponen coactivas imposiciones sobre los individuos arbitrariamente acordadas por la autoridad"[47].

Para los llamados neoliberales, la libertad queda suficientemente asegurada si se establecen garantías frente a las posibles interferencias "artificiales" en la libre actuación del individuo. En eso consiste la libertad que se construye a través de derechos, en "aquella condición de los hombres por la que la coacción que algunos ejercen sobre los demás queda reducida, en el ámbito social, al mínimo"[48]. De forma que el problema de la libertad se vincula con el problema de la coacción, y esta polémica cobra todo su sentido en la discusión sobre el Estado de derecho. No es, en modo alguno, competencia estatal el enfrentar los obstáculos naturales o sociales que puedan suponer una limitación a las posibilidades de elección entre cauces de acción diversos.

Antes de abordar las relaciones que se establecen entre los conceptos de libertad y Estado de derecho, quisiera señalar que es un hecho que la reivindicación de la libertad real hace referencia a condiciones de realización de la dignidad distintas de las que presupone la libertad formal. Sin embargo, si se acepta que éste de la dignidad es el principio vertebrador de la organización política, hay que incorporar ambas al discurso de los derechos. La propuesta de la libertad real se resume en la idea de que de nada sirve que los

---

[47] F. A. Hayek, *Los fundamentos de la libertad,* traducción de J. Vicente, Unión Editorial, Marid 1998, p. 387.

[48] *Ibíd.*, p. 31.

individuos no encuentren obstáculos cuando tratan de elegir entre alternativas distintas de actuación si, de hecho, no tienen posibilidad de actuar de forma distinta a como lo hacen. La reflexión sobre esta dimensión de la libertad ha llevado a la fundamentación de los derechos sociales, económicos y culturales, pero también ha significado que todos los derechos (incluso los liberales) asuman una faceta promocional. Por último, los argumentos de la libertad real forman parte de una de las justificaciones del Estado social de derecho.

Las alternativas, frente a la incorporación de los derechos sociales económicos y culturales a los catálogos de derechos fundamentales, suponen adoptar como punto de partida el neoliberalismo o el totalitarismo. De este modo, la crítica a veces se construye desde la concepción del Estado como un mero árbitro entre intereses que concurren; en el otro extremo, el Estado es una entidad portadora de un interés superior y distinto a la realización del ser humano. Cualquiera de estas premisas resulta incompatible con el programa de emancipación encerrado en los derechos, que se resume en los ideales de libertad, igualdad y fraternidad.

Libertad y coacción: el Estado de derecho

Todos los modelos de libertad aludidos presentan al Estado como garante de la libertad[49]. En el esquema del contractualismo liberal y democrático, el Estado de derecho aparece como la fórmula que permite evitar los perjuicios que para la

[49] E. Fernández, "El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales" y "Neocontractualismo, Estado y derechos humanos", en *Teoría de la justicia y derechos humanos,* Debate, Madrid 1987, pp. 127-174 y 175-241.

libertad puede suponer la existencia del Estado[50], que constituye, a su vez, la condición de posibilidad de la libertad misma. Sin embargo, puesto que la idea de libertad que se maneja es diferente, por fuerza ha de ser distinto también el concepto de Estado de derecho. Así, pues, desde un determinado punto de vista, la historia del Estado de derecho puede ser reconstruida como una historia de la mutación del concepto de libertad.

Esta vinculación entre las vicisitudes del concepto de libertad y las vicisitudes de la justificación del Estado se aprecia de forma sumamente pedagógica si tenemos en cuenta los distintos contenidos de los que se ha ido proveyendo históricamente el esquema contractualista. Efectivamente, la legitimidad contractualista, cuyo valor reside en presentarse como la primera fórmula histórica de justificación racional del Estado, se ha adaptado para dar acogida a distintos modelos mediante la modificación de las condiciones que se incorporan al pacto. Así, la misma estructura, con un cambio en los términos del acuerdo, acoge la justificación absolutista, la democrática y la liberal[51].

---

[50] Para J. Raz, "El Estado de derecho y su virtud", en *La autoridad del derecho*, traducción de R. Tamayo, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1982, pp. 263-285, "el Estado de derecho es esencialmente un valor negativo. El derecho inevitablemente crea un gran peligro de poder arbitrario –el Estado de derecho está hecho para minimizar el peligro creado por el propio derecho– De forma similar, el derecho puede ser inestable, oscuro, retroactivo, etc., y, así, infringir la libertad y la dignidad de las personas. El Estado de derecho está destinado, también, a impedir este peligro. Así, el Estado de derecho es una virtud negativa en dos sentidos: la conformidad con él no causa bien, salvo impidiendo el mal, y el mal que se evita es el mal que únicamente pudo haberse producido por el propio derecho".

[51] E. Fernández, "El contractualismo clásico (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales", en *Teoría de la justicia y derechos humanos,* o. c., pp. 127-174.

En el caso del contractualismo absolutista, lo que persiguen los individuos que se someten al pacto y que ofrecen toda la libertad que tienen en el Estado de naturaleza, es la seguridad. Por su parte, el contractualismo liberal permite justificar el Estado de derecho en su forma originaria, que es la del Estado liberal de derecho. En uno y otro caso, de lo que se trata es de establecer condiciones al uso de la coacción; y a partir del Estado liberal de derecho, la condición es que el poder político proteja la libertad sin vulnerarla. En la evolución posterior del Estado de derecho, las condiciones cambian, en parte, porque se introducen nuevos conceptos de libertad.

Conceptos de Estado de derecho y conceptos de libertad

Al vincular el Estado de derecho con la libertad, estamos optando por un concepto prescriptivo del Estado de derecho, esto es, dejamos de lado ese uso kelseniano conforme al cual "cualquier Estado es un Estado de derecho". Aun así, existen autores que dan razones a favor de un concepto estricto y otros que prefieren un concepto amplio[52], y, una vez más, detrás de una y otra acepción podemos encontrar referencias a modelos distintos de libertad.

El concepto estricto es el que manejan autores como J. Raz[53], en el que las características del Estado de derecho hacen referencia a la garantía de la previsibilidad en relación con la actuación del poder y con la presencia del derecho. Conceptual-

---

[52] Utilizo la terminología de R. de Asís, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho,* Dykinson, Madrid 1999.

[53] J. Raz, "El Estado de derecho y su virtud", o. c., 1982, pp. 263-285. Expresamente, Raz se sitúa en la línea del concepto de libertad defendido por Hayek, p. 265.

mente, que el Estado sea de derecho sólo supone que se protege la libertad a condición de que "libertad se identifique con la efectiva posibilidad de escoger entre el mayor número de opciones posibles", dado que "la predecibilidad de nuestro entorno incrementa efectivamente el poder de acción"[54]. Sin embargo, frente a los planteamientos del neoliberalismo –que, conforme se ha apuntado, entenderían la libertad como posibilidad de elección y primarían esta posibilidad sobre cualquier otro valor, bien o principio que pudiera perseguir legítimamente el derecho–, desde el concepto de libertad que maneja J. Raz[55], el Estado de derecho es compatible con algunas formas de poder arbitrario y de vulneraciones a la libertad.

Por otra parte, no existe un único, sino diversos conceptos amplios, cada uno de los cuales considera que las condiciones para que la libertad se asegure en la convivencia social son distintas. Así, desde algunas versiones se justifica una determinada forma de entender la democracia como requisito de la libertad vinculado al Estado de derecho[56] (en este caso, la libertad se entiende

---

[54] J. Raz, "El Estado de derecho y su virtud", o., c., p. 275.

[55] "Libertad política consiste en: 1) Prohibición de ciertas formas de conducta que interfieren con la libertad personal y (2) los límites impuestos a las facultades de las autoridades públicas de forma a minimizar la interferencia a la libertad personal. Los delitos penales contra las personas son un ejemplo del primer modo de protección de la libertad personal; la incompetencia del gobierno para restringir la libertad de movimiento es un ejemplo del segundo. Se encuentra en relación con la libertad política en el sentido de que los derechos constitucionalmente garantizados son de gran importancia. El Estado de derecho puede ser, sin embargo, otro modo de protección de la libertad personal. Pero no tiene nada que ver con la existencia de esferas de actividades libres de la interferencia gubernamental y es compatible con amplias violaciones a los derechos humanos". J. Raz, "El Estado de derecho y su virtud", o. c., p. 275

[56] R. de Asís, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho,* o. c., pp. 64-78, atribuye este planteamiento a J. Habermas. Ver, de este último autor, *Facticidad y validez,* o. c.

fundamentalmente como libertad positiva). Para otros autores, el Estado de derecho, además de los requisitos de previsibilidad y certeza, debe comprometerse con la protección de los derechos individuales y civiles para asegurar la libertad en sociedad[57]. Por último, interesa prestar atención a los planteamientos desde los cuales, en el estado actual de la cultura jurídica occidental, la libertad sólo se asegura suficientemente si, además de los requisitos anteriores, el Estado asume como objetivo la realización de derechos económicos, sociales y culturales[58].

La evolución del Estado de derecho

Pero, además, existe otro modo en el que las ideas de libertad y Estado de derecho están relacionadas. Recordemos la evolución del Estado de derecho que describe Elías Díaz, en el trabajo ya citado, desde el Estado liberal de derecho al Estado social de derecho[59]. Recordemos también las distintas formas de concebir el Estado democrático de derecho[60] y, por supuesto, las críticas y alternativas sobre las que se discute a partir de la llamada "crisis del Estado social". Veremos que la historia del Estado de derecho puede verse también como la historia de las condiciones para la libertad en sociedad. Especialmente en las refle-

---

[57] E. Fernández, "Hacia un concepto restringido de Estado de derecho", en J. A. López y A. del Real (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho,* Dykinson, Madrid 2000, pp. 103-122.

[58] E. Díaz, "Derechos humanos y Estado de derecho", en *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho,* o. c., pp. 123-146.

[59] E. Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática,* Taurus, Madrid [9]1998. El punto de partida ahora lo constituye un concepto amplio de Estado de derecho.

[60] Para E. Díaz, *ibíd.*, es superación del Estado social. Para otros autores, es fórmula de transición.

xiones sobre la crisis del Estado social se hace sentir una recuperación del concepto estricto del Estado de derecho y, como no podía ser menos, un cambio en la idea de libertad que se considera articulable jurídicamente.

Pues bien, cada una de las fases en la evolución del Estado de derecho puede ser presentada como una distinta forma de concebir la libertad protegida a través del derecho, de modo que se puede decir que el Estado liberal del derecho se corresponde con la libertad entendida como no interferencia; el Estado democrático, por su parte, incorpora la dimensión participativa de la libertad y, por último, la construcción del Estado social parte de la idea de que la libertad como no interferencia y la libertad como participación se vacían de contenido si el individuo no tiene satisfechas determinadas necesidades básicas que se construyen en forma de derechos como libertad promocional[61]. Desde este punto de vista, las críticas al Estado social se producen desde distintas formas de entender las condiciones que hacen posible la compatibilidad de la coacción y la libertad y, como he señalado, desde distintas formas de concebir la libertad misma.

Con E. Fernández[62] podemos decir que las críticas al Estado social pueden reconducirse a tres cuestiones: la incompatibilidad entre el Estado de derecho y el Estado social, la insuficiente democratización de este último y la merma de libertad que supone.

---

[61] G. Peces-Barba, "Los derechos económicos, sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto", en *Derechos sociales y positivismo jurídico,* Dykinson, Madrid 1999. Ver también, del mismo autor, en colaboración con R. de Asís, C. Fernández Liesa y A. Llamas, *Curso de derechos fundamentales,* o. c., pp. 215-227.

[62] E. Fernández, "El Estado social: desarrollo y revisión", en *Filosofía política y derecho,* Marcial Pons, Madrid 1995, pp. 111-124.

La primera de estas objeciones podemos leerla en los trabajos de E. Forsthoff[63], para quien la reducción del espacio vital dominado, que inevitablemente supone el Estado social, resulta incompatible con el objetivo del Estado de derecho de proteger la libertad del individuo frente al poder. Se dirige, por tanto, frente a los fundamentos más específicamente "socialdemócratas" de esta fórmula.

El segundo bloque forma parte de la crítica de "izquierdas" a esta fórmula política. Encontramos una ilustración de este tipo de propuestas en los trabajos de Abendroth[64], para quien, fundamentalmente, la igualación que se produce con el Estado social no se refiere tanto a la libertad cuanto a la posibilidad de acceso al consumo. Elías Díaz reclama, junto con la democracia en la adopción de decisiones, la democracia en el reparto de los resultados de las decisiones. En el mismo sentido apunta la crítica que desarrolla E. Fernández, que señala que en el Estado social el ciudadano ha quedado reducido a consumidor.

Por último, E. Fernández se refiere a aquellas críticas que proceden de los sectores neoliberales y que señalan que el Estado social supone una limitación injustificada de la libertad, en los términos en los que aquí se ha explicado. Como he tenido ocasión de señalar, las divergencias a propósito del mejor modo de utilizar el concepto "Estado de derecho" pueden reconducirse, en cierta forma, a divergencias a propósito del con-

---

[63] E. Forsthoff, "Problemas constitucionales del Estado social" y "Concepto y esencia del Estado social de derecho", en *El Estado social*, traducción de J. Puente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 43-68 y 69-106.

[64] W. Abendroth, "El Estado de derecho, democrático y social como proyecto político", en *El Estado social,* traducción de J. Puente, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, pp. 9-42.

cepto de libertad[65]. De este modo, parece que la idea de libertad desde la que se construye el Estado liberal es la de la libertad como no interferencia (o libertad negativa), mientras que el Estado democrático se construye desde la defensa de la libertad como autodeterminación (en algunos discursos, libertad positiva), y el Estado social obedece a la reivindicación de la "libertad material o real"[66].

Como puede apreciarse, toda la discusión sobre la libertad protegida por el derecho puede reconducirse a dos grandes polémicas que guardan una estrecha relación con la legitimidad en el Estado de derecho. Así, por un lado, cabe situar el debate entre los partidarios de la libertad negativa y aquellos autores que consideran que el disfrute efectivo de esta libertad como no interferencia también compete al Estado –llámesele o no libertad, en este caso, real–. Este debate se traslada a la polémica sobre el Estado social.

Pero, por otro lado, se produce la discusión entre aquellos que consideran que la libertad protegida por el derecho es la libertad como no interferencia o libertad liberal y otros que cuando apelan a la libertad como valor a realizar a través del derecho están haciendo referencia a la libertad como no dominación arbitraria o libertad republicana[67]. Recordemos que ambos modelos de representación de lo político parten de una

---

[65] F. J. Ansuátegui, "Las definiciones del Estado de derecho y los derechos fundamentales": *Sistema* 158 (2000), pp. 91-114, reconduce esta cuestión a la relación entre Estado de derecho y derechos fundamentales.

[66] Ver G. Peces-Barba, "La libertad social, política y jurídica", en *Curso de derechos fundamentales,* o. c. Aparecen como libertad protectora, libertad participación y libertad promocional.

[67] Mª. C. Barranco, "Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder", *Derechos y Libertades* 9 (2000), pp. 65-91.

distinta concepción del individuo (como egoísta racional o como capaz de solidaridad, respectivamente), así como de sus relaciones con lo político (como mercado o como contexto de realización). De forma que, para la concepción liberal, el Estado es un mal necesario en relación con la libertad, en tanto que para la concepción republicana el Estado ordenado adecuadamente es la condición de realización de la libertad.

Pues bien, a partir de uno y otro modelo se producen distintas comprensiones del sistema de derechos. De este modo, la concepción liberal resulta compatible con la concepción de la libertad como norma de clausura del sistema de libertades que proponen algunos autores[68]. Esta forma de plantear las relaciones entre el ciudadano y el Estado lleva a afirmar que, en materia de derechos fundamentales, lo que no está prohibido está permitido; de tal modo que debe considerarse que el comportamiento es libre allí donde no ha sido contemplado jurídicamente. De esta forma, las interferencias normativas en el ámbito de la libertad deben estar justificadas en la misma medida en que debe estarlo cualquier limitación de derechos. En definitiva, en el modelo liberal, a través de los derechos, se trata de establecer las condiciones adecuadas que eviten el abuso del poder; éste, por su parte, permanece neutral en cuanto al contenido con el que se ejercite la libertad en el ámbito en el que ésta se protege.

Desde la concepción republicana de la libertad, por el contrario, los derechos son los mecanismos que permiten hacer compatible el interés general y el interés individual; el poder no es neutral en relación con el ejercicio de la libertad, que se protegerá más cuando sea más imprescindible para el mantenimiento del sistema político, con-

---

[68] L. Prieto, "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades": *Derechos y Libertades* 8 (2000), pp. 429-468.

dición de la libertad. En este modelo, no hay auténtica contraposición entre la existencia del poder y del derecho (si el poder es un Estado de derecho) y libertad, que sólo se protege en la medida en que forme parte del contenido constitucionalmente delimitado de derechos[69].

Para concluir, no quisiera dejar de llamar la atención sobre el hecho de que la claridad conceptual es absolutamente necesaria en el ámbito de la política y del derecho; sin embargo, es igualmente necesario evitar que la delimitación del uso de los términos sirva para privar de protección jurídica a exigencias éticas plenamente justificadas.

Bibliografía

Mª. C. Barranco, "Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder": *Derechos y Libertades* 9 (2000), pp. 65-91.

I. Berlin, "Dos conceptos de libertad", en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, traducción de J. Bayón, Alianza, Madrid 1998, pp. 21-280.

N. Bobbio, *Igualdad y libertad,* traducción de P. Aragón, Paidós, Barcelona 1993.

B. Constant, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", *Escritos políticos,* traducción de M. L. Sánchez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pp. 257-285.

J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de J. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid 1998.

---

[69] Mª. C. Barranco, "El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales", *Anuario de Filosofía del Derecho,* XVIII (2001), pp. 205-226.

F. Hayek, *Los fundamentos de la libertad,* traducción de J. Vicente, Unión Editorial, Madrid 1998.

F. Laporta, "Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político": *Sistema* 52 (1983).

J. Stuart Mill, *Sobre la libertad,* traducción de P. de Azcárate, Alianza, Madrid 1992.

D. Miller (ed.), *Liberty,* Oxford University Press, Oxford 1991.

G. Peces-Barba, "El condicionamiento de la libertad moral", en G. Peces-Barba y otros, *Curso de derechos fundamentales,* BOE-Universidad Carlos III, Madrid 1994, pp. 232-240.

Ph. Pettit, *Republicanismo,* traducción de T. Domènech, Paidós, Barcelona 1999.

Igualdad

Antonio-Enrique Pérez Luño
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Sevilla

Planteamiento del problema

El valor de la igualdad, si bien puede considerarse como una exigencia constante de la vida colectiva, ha variado en lo referente a su significación, contenido y relevancia social a lo largo del proceso histórico. Así, se comprueba que en distintas épocas se ha dado preeminencia a diferentes aspectos de la igualdad al conectarse esta idea con exigencias religiosas, políticas, jurídicas, raciales o socioeconómicas. Por ello, es imprescindible partir de la multiplicidad de esferas en las que incide la igualdad y del carácter histórico de su realización. A este fin se dirige, en primer término, la referencia a la pluralidad significativa de la igualdad, que servirá de sucinta introducción para el análisis de sus dimensiones, así como de su relevancia en la esfera de los derechos y libertades.

La noción de igualdad, como casi todos los grandes valores fundamentales, presenta estrechas concomitancias con otros principios ideales (libertad, justicia, bien común...) dirigidos al desarrollo ético-social de la comunidad humana. Esta condición, junto con la diversidad de planos y etapas históricas en los que ha venido utilizada, ha sido motivo de su diversidad significativa.

Con el término "igualdad" se ha pretendido aludir a realidades o esperanzas, a verdades de la naturaleza o programas revolucionarios, a expli-

caciones racionales de la condición humana o pretensiones arbitrarias. En ocasiones, la igualdad ha sido considerada como una realidad histórica y otras veces como una fantasía utópica, por lo que ha sido punto de partida o meta de llegada. Muchas veces ha revestido el papel de un símbolo: derecho, deber, reivindicación u obediencia de una ley suprema. En todo caso, es fácil advertir tras el término "igualdad" la alusión a ideas, valores y sentimientos muy dispares, producto de concepciones del mundo frecuentemente antagónicas.

Existen evidentes diferencias significativas respecto a lo que el término "igualdad" ha evocado en la historia y representa hoy a tenor de las perspectivas teóricas e ideológicas desde las que puede venir asumido. Desde la Grecia clásica, la expresión *isonomía,* equivalente a la igualdad ante la ley de nuestro tiempo, aparece ligada a otras modalidades de igualdad, como la *isegoría,* igual derecho a expresar oralmente el pensamiento, y la *isotimia,* igual derecho de los ciudadanos para acceder a los cargos públicos.

Desde un punto de vista *lógico*, el concepto de *igualdad* significa la coincidencia o equivalencia parcial entre diferentes entes. Esta categoría es distinta de la *identidad*, que entraña la coincidencia absoluta de un ente consigo mismo, y de la *semejanz*a, que evoca la mera afinidad o aproximación entre diferentes entes.

La dimensión lógica de la igualdad se desglosa en tres caracteres básicos:

a) Se trata de una noción que exige partir, constitutivamente, de una *pluralidad* de personas, objetos o situaciones; alude siempre a dos o más entes entre los que se manifiesta la condición de ser iguales. Predicar unilateralmente la igualdad de algo para consigo mismo equivale a confundir la igualdad con la identidad.

b) El concepto de igualdad implica una dimensión *relacional*. La pluralidad de su alcance se explicita en relaciones bilaterales o multilaterales. No existe igualdad donde no se establece un determinado nexo entre varios entes. En un supuesto de entes aislados e incomunicados no cabe establecer juicios de igualdad.

c) La relación de igualdad se explicita en la *comparación* entre los entes de los que se predica. Se precisa contar, por ello, con un elemento que haga posible la comparación: un *tertium comparationis*. Esto equivale a decir que dos o más entes son iguales, es decir, pertenecen a una misma clase lógica, cuando en ellos concurre una cualidad común, el *tertium comparationis*, que opera como elemento definitorio de la clase, y son desiguales cuando tal circunstancia no se produce. La determinación de este término de comparación es básica para calificar a dos o más entes como iguales. La exigencia de un juicio comparativo se explicita en la necesidad de establecer qué entes y qué aspectos de los mismos van a considerarse relevantes a efectos de la igualdad.

La dimensión plural, relacional y comparativa de la igualdad se traduce, por tanto, en la concreción de aquel o aquellos aspectos en los que dos o más entes coinciden, así como en el discernimiento de aquellos otros en los que no se produce tal coincidencia. El razonamiento de igualdad opera, por tanto, a partir de procesos relacionales y comparativos de los que se infieren las equivalencias, pero también, paradójicamente, de las diferencias que se dan entre los entes de los que se predica la igualdad.

Los presupuestos lógicos del concepto de igualdad poseen incuestionable relevancia para precisar y clarificar la dimensión formal de la

igualdad, que es la que más directamente opera en el seno de las relaciones jurídicas.

La igualdad formal: el principio de la igualdad ante la ley y sus manifestaciones

La igualdad formal suele identificarse con la exigencia jurídico-política sintetizada en el principio de la igualdad ante la ley. Dicho principio supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho.

El principio de la igualdad ante la ley anticipado ya en la *isonomía griega* o en la *aequabilitas romana* asume una importancia decisiva en la revolución burguesa, que se propuso, entre sus principales objetivos, terminar con el sistema de inmunidades y privilegios propios del mundo feudal. En la lucha contra la arbitrariedad y el despotismo, las revoluciones burguesas del siglo XVIII proclamaron la igualdad jurídica de todos los seres humanos.

Así, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 proclamaba como "verdad evidente" "que todos los hombres son creados iguales" *(all men are created equal)*, mientras que en el *Bill of Rights* de Virginia promulgado también en 1776 se asocia la igualdad a la libertad al señalar que "todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres" *(all men are, by nature, equally free)*. En todo caso, son los textos surgidos en la Revolución francesa los que de forma expresa hacen hincapié en el principio de la igualdad ante la ley, que es recogido en el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 con una formulación que se ha hecho clásica: "La ley expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por

medio de sus representantes a la formación de aquélla. La ley... deberá ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga". Por su parte, la Declaración de 1793 proclamaba como derechos fundamentales del hombre, en su artículo 2, "la igualdad, la libertad y la seguridad", al tiempo que en el artículo 3 especificaba que "todos los hombres son iguales por naturaleza y ante la ley". También la Constitución de 1795 se hacía eco, en su artículo 3, de esta exigencia de reconocimiento del principio de la igualdad ante la ley: "La igualdad consiste en que la ley es igual para todos, lo mismo si protege que si castiga. La igualdad no admite ninguna distinción de nacimiento, ni ninguna herencia de poder".

En la evolución del constitucionalismo liberal, la invocación del principio de la igualdad ante la ley aparece como una constante, ya que se produce un condicionamiento mutuo entre este principio y el dogma de la soberanía popular. Ya se ha visto cómo ambas ideas aparecen enlazadas en el artículo 6 de la Declaración de 1789, pues sólo puede hablarse de la ley como producto de la voluntad general, cuando todos pueden concurrir en situación de igualdad, esto es, sin ningún tipo de subordinación política o vínculo social de dependencia, a la formación de la voluntad estatal; mientras que la igualdad ante la ley presupone la noción de soberanía popular como principio inmediato de legitimación. La igualdad ante la ley resulta así el producto histórico de la confluencia de la tradición iusnaturalista democrática, en la que la reivindicación de la igualdad como principio o valor de la convivencia política solía ir asociada con la reivindicación de la libertad y que en el Medievo y el Renacimiento tomó cuerpo en las teorías sobre el derecho de resistencia y la soberanía popular, con las exigencias operativas del Estado moderno. Así, desde una perspectiva marxista, se ha indicado que para que exista el Estado, para que se realice

el fenómeno de concentración y monopolización del poder propio de esta forma política, es necesario que se den unas condiciones sociales en las que los individuos intervengan como seres libres e iguales. Ya que de existir vínculos de subordinación personal, la relación de los individuos con el Estado se hallaría mediatizada y el Estado no podría concentrar y monopolizar todas las relaciones políticas. De ahí que los dos principios básicos que los teóricos del Estado de derecho resaltan frente a la teoría política anterior sean los principios de *libertad* e *igualdad.* En el Estado moderno, la organización del proceso productivo es "el resultado de relaciones consensuales efectuadas a través del mercado por individuos que se enfrentan en cuanto personas con el mismo estatus jurídico formal". Así, pudo afirmar Karl Marx, en *El capital,* que el ámbito de la circulación o del cambio de mercancías era el verdadero edén de los derechos humanos, en su práctica burguesa, en el que la igualdad se reflejaba en el principio de que los individuos sólo se relacionan como propietarios de mercancías, cambiando equivalente por equivalente. Siendo los individuos iguales, en cuanto propietarios de mercancías, se elimina cualquier tipo de dependencia política que hubiera podido interponerse a la exigencia de concentración y monopolio de las relaciones políticas inherentes al funcionamiento del Estado moderno.

Ahora bien, el principio de la igualdad ante la ley que sintetiza los caracteres de la igualdad formal comprende una serie de exigencias e incide en una diversidad de planos que no siempre han sido debidamente matizados.

Nuestro Tribunal Constitucional (TC) ha insistido en *el doble significado* que entraña la exigencia de la igualdad ante la ley que se desprende del artículo 14 de la Constitución española de 1978. A tenor de una de sus primeras decisiones, "la regla general de la igualdad ante la ley... con-

templa, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable" (STC 49/ 1982, FJ 2). En una sentencia posterior, el propio TC ratifica y perfila esas dos dimensiones básicas de la igualdad ante la ley. El principio de igualdad que garantiza la Constitución –en palabras del TC– opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.

En otro plano, en el de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma (STC 144/1988, FJ 1; en análogo sentido, las SSTC 73/1989, FJ 3; 68/1991 FJ 4; 114/ 1992 FJ 6; 84/1993, FJ 3; 90/1994 FJ 3).

Ese doble significado de la igualdad se corresponde con las dos exigencias básicas de la seguri-

dad jurídica. Como he tenido ocasión de indicar, en un volumen monográfico sobre su concepto y manifestaciones, la seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado al Estado de derecho que se concreta en exigencias *objetivas* de: *corrección estructural* (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y *corrección funcional* (cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación).

La igualdad ante la ley como exigencia de generalidad

La noción de igualdad ante la ley aparece, ante todo, como la exigencia de que todos los ciudadanos se hallen sometidos a las mismas normas y tribunales. La igualdad ante la ley implica el reconocimiento de que la ley tiene que ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento, o sujetos a potestad legislativa o jurisdiccional distinta de la del resto de los ciudadanos.

El principio de la igualdad ante la ley se identifica, en este plano, con los requisitos de generalidad y abstracción de la norma jurídica; esto es, con la exigencia de una tipificación en términos impersonales y universales de los supuestos que han de servir de base para la atribución de determinadas consecuencias jurídicas. Ello excluye, como regla, la aceptación de inmunidades y privilegios o la predeterminación en la disciplina de las situaciones jurídicas.

La exigencia de la generalidad fue una aspiración constante en la teoría iusnaturalista de la norma jurídica. Así, por boca de san Isidoro, en sus *Etimologías*, se preceptuaba como requisito intrínseco de la ley el que no se dirigiera a la consecución de intereses privados, sino a la utilidad común de todos los ciudadanos. Esta condición

fue reafirmada siglos más tarde por Suárez, en su *De legibus*, quien aludió como *telos* de la norma jurídica a la *communi omnium utilitate*. También en Grocio se halla expresa referencia a las exigencias de generalidad y universalidad de la ley, así como en Locke y en Montesquieu, quienes insistieron en su necesaria regularidad.

En nuestros días, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales han tendido en Alemania a utilizar esta acepción del principio de la igualdad ante la ley como una prohibición expresa de cualquier forma de arbitrariedad legislativa. Si bien, para que el *Bundesverfassungsgericht* estime que se ha producido violación del postulado de la igualdad formal, por contravenir las exigencias de generalidad y abstracción del precepto jurídico, se precisa que la reglamentación legal sea evidente y notoriamente arbitraria, supuestos en los que se alude a una arbitrariedad objetiva. En Francia, la jurisprudencia, de modo especial la del *Conseil d'Etat,* ha tendido a englobar bajo el concepto de discriminación aquellos supuestos de disposiciones legales y administrativas en los que se infringe el principio de igualdad ante la ley por falta de generalidad. Por lo que respecta a Italia, se han considerado atentados contra el principio de la igualdad ante la ley por falta de generalidad aquellos supuestos de leyes que persiguiendo los mismos valores constitucionales introducen una disparidad de trato, sin que *prima facie* se justifique su necesidad. Se entiende que en dichos casos se da un exceso de poder por parte del legislador, al haber traspasado los límites de sus facultades discrecionales.

Nuestra vigente Constitución proclama en su artículo 14 que "los españoles son iguales ante la ley...". La idea de la igualdad ante la ley entendida como generalidad de la norma se halla estrechamente vinculada a los principios de legalidad y seguridad jurídica, que se verían directamente conculcados de admitirse normas *ad personam*.

Estos principios se hallan expresamente recogidos en los párrafos 1° y 3° del artículo 9 de la Constitución. Aquél, al establecer el principio fundamental de la sumisión de todos los ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; éste, al hacer alusión inmediata a la garantía de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

La igualdad ante la ley como exigencia de generalidad se manifiesta también en todas aquellas disposiciones destinadas a tutelar la igualdad de trato jurídico para situaciones sustancialmente iguales. De ahí que, por ejemplo, en el disfrute de los derechos fundamentales se haga hincapié en el carácter general de su titularidad con fórmulas tales como "todos (artículos 15, 17, 28, 31.1, 45.1...), "toda persona" (artículos 17. 1 y 3), "todas las personas" (artículo 24.1), "nadie" (artículos 16.2, 17.1, 25...).

La igualdad ante la ley como exigencia de equiparación

Si el principio de generalidad establece la exigencia de un trato igual de situaciones que se consideran iguales, el de equiparación supone un trato igual de circunstancias o de situaciones no coincidentes que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa.

Este principio históricamente es corolario del anterior, ya que ambos suponen una garantía frente a cualquier trato discriminatorio o privilegio. Ahora bien, desde el punto de vista lógico, su significación es distinta, ya que mientras la generalidad entraña el trato igual de lo igual, la equiparación supone el trato igual de lo que no lo es en el plano fáctico pero se estima que jurídicamente debe serlo. Debe advertirse que tan sólo en

la relación de identidad de un objeto consigo mismo se da un supuesto de igualdad absoluta (a=a) en todos los aspectos. Pero, en la mayor parte de las ocasiones, la igualdad implica un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas en un determinado aspecto, aun admitiendo su disparidad en otros (a=b). De ahí que cuando la igualdad no se traduce en pura identidad, suele suponer un juicio de equiparación de objetos que presentan rasgos o características comunes. Todo juicio de equiparación implica, a su vez, un proceso discursivo relacional cuyas condiciones son: a) la *determinación* y *homogeneidad,* en cuanto que debe ser referido a una relación particular o a un criterio específico; nunca puede hablarse de igualdad en relaciones indeterminadas o absolutamente heterogéneas. b) ello, sin embargo, no impide el que la equiparación, basada en la existencia de rasgos comunes, deje de entrañar una cierta *abstracción* de determinadas diferencias que van a considerarse irrelevantes para la relación de igualdad que se establece. Con razón indicaba Radbruch que "la igualdad no se da en la realidad; es siempre una abstracción desde cierto punto de vista de una desigualdad dada". De ahí que la evidencia de que los seres humanos no son jamás enteramente iguales haya obligado a los defensores históricos del valor de la igualdad a hacer abstracción (que no significa negación) de los rasgos diferenciales caracterizadores de las distintas personalidades, para insistir en la igualdad fundamental de su dignidad (Santo Tomás), de su racionalidad (Locke, Kant), de sus pasiones (Bentham, Mill) o de su pertenencia a la esencia genérica humana *Gattungswesen* (Marx). Mientras que desde premisas irracionalistas, conservadoras o románticas se ha enfatizado el dato empírico de las desigualdades interhumanas para impugnar la autenticidad del valor de la igualdad, sea en el plano ético (Nietzsche) o en el jurídico-político (Savigny, De Maistre).

En todo caso, lo que importa al llevar a cabo cualquier tipo de juicios de equiparación es establecer el *criterio de relevancia* a tenor del cual se van a estimar los datos como esenciales o irrelevantes para predicar la igualdad entre una pluralidad de objetos, situaciones o personas. Se trata, en suma, de no equiparar arbitrariamente aquellas cosas entre las que se dan diferencias relevantes o, por el contrario, de no establecer discriminaciones entre aquellas cuyas divergencias deban considerarse irrelevantes. El criterio de relevancia no siempre aparece claro y unívoco; de ahí las dificultades que entraña su aplicación a supuestos concretos. La doctrina alemana alude al criterio de las "relevancias racionales" al tratar de las pautas orientadoras de la legislación para establecer las equiparaciones normativas en que, eventualmente, tiene que traducirse la igualdad. Si bien tal racionalidad no puede desprenderse de fórmulas universalmente válidas para todas las ocasiones, sino que debe responder al ámbito vital subyacente a la reglamentación jurídica a la que tiene que incorporarse el principio de igualdad, dependiendo, por tanto, de la evolución de la propia conciencia jurídica.

En España el ya mencionado artículo 14 de nuestra ley básica, tras proclamar la igualdad ante la ley, especifica que no serán relevantes como principios discriminatorios las diferencias "por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Como concreciones especificadoras de este principio pueden considerarse, entre otros, los artículos 32.1, que proclama la plena igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio; el 35.1, que prescribe la igualdad de condiciones laborales para el hombre y la mujer, o el 39.2, que atribuye a los poderes públicos la garantía de la igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación.

Puede también considerarse como manifestación del principio equiparador el reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles, sea cual fuere su región o nacionalidad de origen, en todo el territorio del Estado (artículo 139.1). Disposición corroborada por el artículo 149.1, que define como competencia exclusiva del Estado "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

La aplicación de estos artículos de la Constitución española (CE) a circunstancias concretas ha generado una amplia y prolija jurisprudencia de nuestro TC. Especial relevancia y profusión revisten sus decisiones tendentes a equiparar, a efectos de las condiciones laborales, las diferencias derivadas de la distinción de sexo entre el hombre y la mujer. Como muestra de estos modelos argumentativos del TC, se puede reseñar la sentencia en que se afirma que " dado el carácter social y democrático del Estado de derecho que nuestra constitución exige... debe entenderse que no puede privarse al trabajador de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional" (STC 81/1982, FJ 3). En el mismo sentido 98/1983, 103/1983...). Asimismo, una decisión posterior del propio TC proclama como principio general y postulado-guía de su práctica jurisprudencial en materia de igualdad que "ante la desigualdad de trato normativo, cabe, en principio, equiparar por arriba, suprimiendo las restricciones o exclusiones injustificadas establecidas por el legislador, con la consiguiente extensión del beneficio a los discriminados" (STC 3/1993, FJ 3).

También el artículo 13 constituye un ejemplo del principio de equiparación que aquí opera atribuyendo a los extranjeros los mismos derechos que a los españoles, aunque no en todos los casos y siempre en relación con lo que dispongan los tratados y la ley. Por lo que, en gran medida, el estatuto de los extranjeros puede aparecer como una modalidad de la incidencia del principio de diferenciación, que va a ser analizado a continuación (ver, sobre ello, entre otras, SSTC 107/1984 y 115/1987).

La igualdad ante la ley como exigencia de diferenciación

La igualdad ante la ley implica, en ocasiones, el tratamiento diferenciado de circunstancias y situaciones semejantes, pero de acuerdo con presupuestos normativos que excluyan la arbitrariedad o la discriminación. El postulado de la diferenciación evita que el principio de la igualdad ante la ley se traduzca en un uniformismo que supondría tratar todo de la misma manera, cuando los supuestos de hecho que se producen en la vida son tan distintos entre sí que no permiten medirlo todo por el mismo rasero.

La exigencia de diferenciación entraña el no considerar la igualdad formal en sentido estático, sino dinámico. La igualdad no puede ser concebida, en todas las ocasiones, como una absoluta identidad de trato. En cualquier sector de la experiencia jurídica que deba ser objeto de la norma inciden una serie de igualdades y desigualdades que no pueden ser soslayadas. Si no tuviera presentes esas condiciones estructurales de la realidad vital, la igualdad sería una noción vacía, inútil e injusta. Es más, la igualdad entendida mecánicamente y aplicada de manera uniforme como un criterio formal y abstracto podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales.

Advertía Ortega y Gasset, refiriéndose a la *Democracia morbosa*, con tanta razón que hasta le sobraba, que "el amigo de la justicia no puede detenerse en la nivelación de privilegios, en asegurar igualdad de derechos para lo que en todos los hombres hay de igualdad. Siente la misma urgencia por legislar, por legitimar lo que hay de desigualdad entre los hombres". De esta premisa infiere Ortega un criterio para discernir dónde el sentimiento democrático degenera en plebeyismo: "Quien se irrita al ver tratados desigualmente a los iguales, pero no se inmuta al ver tratados igualmente a los desiguales, no es demócrata, es plebeyo".

La concepción moderna de la igualdad ante la ley en un Estado de derecho de una sociedad pluralista y democrática no pueda prescindir de las exigencias concretas de la experiencia jurídica para discernirlas y valorarlas en su específica peculiaridad. La idea de diferenciación supone, por tanto, un complemento y un apoyo de las de generalidad y equiparación y permite una operatividad racional del principio de la igualdad ante la ley. En cierto modo, podría afirmarse que la exigencia de diferenciación actúa en la esfera legislativa de forma análoga a como lo hace la dimensión hermenéutica de la equidad en el plano de la aplicación judicial del derecho.

Se debe advertir también que la diferenciación no tiene que degenerar en una casuística, que menoscabaría el principio de la certeza de cualquier experiencia legislativa, sino que se traduce en la formulación de unos criterios o *standards* que asumen las situaciones peculiares a través de unas pautas normativas aplicables a una pluralidad de situaciones comunes típicas.

Puede advertirse la incidencia de este principio en el ya mencionado artículo 13 de nuestra Constitución, que si bien mantiene, para determinados supuestos y bajo determinadas condi-

ciones establecidas en los tratados o la ley, la equiparación de derechos entre españoles y extranjeros, actúa al propio tiempo como principio diferenciador. Así, el párrafo segundo de dicho artículo indica que "solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales". Frente al carácter omnicomprensivo que, como aplicación del principio de generalidad, poseen las fórmulas constitucionales dirigidas a insistir en la garantía y disfrute de los derechos fundamentales por "todos", "toda persona", "todas las personas" a lo que se ha aludido, la referencia restrictiva a "los españoles" (artículos 14, 19 y 30.1) o a "todos los españoles" (artículos 29.1, 35.1 y 47) parece encaminada a perfilar el principio de diferenciación entre españoles y extranjeros que se contiene en el artículo 13.

El artículo 31.1, al prescribir que "todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad...", está aplicando el principio de igualdad ante la ley fiscal conforme a la exigencia de diferenciación, al hacer alusión expresa a la adecuación progresiva del impuesto a la respectiva capacidad económica de los contribuyentes. Este artículo de nuestra Constitución vigente prosigue una tradición que arranca del artículo 13 de la Declaración francesa de 1789, que proclamaba: "Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de la administración, es indispensable una contribución común. Ésta deberá ser repartida por igual entre todos los ciudadanos, de acuerdo con sus posibilidades". El principio de la diferenciación jurídica opera aquí como instrumento para una política de nivelación económica.

El principio de diferenciación se trasluce también en el reconocimiento del acceso de los ciudadanos "en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos", prescrito en el artículo 23.2 de nuestro texto constitucional. Dicha norma se halla matizada significativamente en el artículo 103.3, que señala que la ley regulará "el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad...". Este precepto recuerda el postulado establecido en el párrafo final del artículo 6 de la Declaración de 1789 a tenor del cual "todos los ciudadanos, siendo iguales ante los ojos (de la ley), serán igualmente admisibles para todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otras distinciones que las de sus virtudes y sus inteligencias".

Aquí la igualdad ante la ley utiliza el principio de diferenciación, condicionando la habilitación genérica de todos los ciudadanos para el ejercicio de la función pública a su capacidad. Con ello se reconoce implícitamente que no todos los ciudadanos poseen los mismos conocimientos, méritos o competencia para desempeñar los cargos y empleos públicos, por lo que la igualdad genérica de sus posibilidades para acceder a ellos se ve supeditada de hecho a sus específicas condiciones personales.

La jurisprudencia del TC español ha puesto especial énfasis en justificar la plena constitucionalidad de las normas que acogen la dimensión diferenciadora que dimana del principio de igualdad ante la ley, tendente a mejorar la situación de colectivos que han sufrido una marginación o postergación históricas. Especial relieve asumen, en este ámbito, las decisiones que interpretan como conformes a lo prescrito en el artículo 14 CE determinadas medidas diferenciadoras a favor de la mujer. Esas opciones normativas no se promulgan, según la doctrina del TC, a pesar, sino en función de la igualdad ante la ley en su

pleno y cabal sentido. Son ilustrativos de la actitud de nuestro máximo intérprete de la Constitución los argumentos en los que señala que "no puede deducirse sin más... que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo o categoría definidos... por el sexo, resultará vulneradora (del artículo 14). Sin duda, la presencia de ese elemento diferenciador debe llevar a un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes... pero ello no debe hacer olvidar que... no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad... y que el tratamiento diverso de situaciones distintas puede venir incluso exigido en un Estado social y democrático de derecho... La actuación de los poderes públicos para remediar la situación de determinados grupos sociales definidos por el sexo y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos arraigados en la sociedad, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aunque establezca para ellos un trato más favorable" (STC 128/1987, FFJJ 6, 7 y 8).

La igualdad ante la ley como exigencia de regularidad del procedimiento

Los requisitos de la igualdad ante la ley hasta aquí analizados responden a exigencias *estructurales* que afectan a determinadas condiciones o cualidades que deben concurrir en la formulación de las leyes. Junto a esas exigencias, tal como se tuvo ocasión de indicar *supra*, la igualdad ante la ley entraña también la garantía *funcional* de regularidad en los procedimientos de aplicación de las normas. Dicha garantía implica, a su vez, que los ciudadanos se hallarán sujetos a unos mismos procedimientos, que su posición en el desarrollo de los procedimientos será la misma y que los órganos jurisdiccionales aplicarán las normas según pautas de coherencia o regularidad.

Esta última garantía ha sido reiteradamente proclamada por nuestro TC, que en alguno de sus fundamentos jurídicos no ha dudado en expresar que "a través de numerosas resoluciones, entre las que pueden destacarse las SSTC 63/1984 y 78/1984, este Tribunal ha establecido una constante y uniforme doctrina según la cual el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, protegido por el artículo 14 de la Constitución y conectado al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la propia Constitución, significa, en relación con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que un mismo juez o Tribunal no puede modificar el sentido de las decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos, a no ser que se aparte conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio por desprenderse así de la propia resolución judicial, o por existir otros elementos de juicio externos que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por la sentencia impugnada" (STC 108/1988, FJ 2).

La igualdad jurídica se manifiesta, muchas veces, en los ordenamientos modernos como exigencia de sometimiento a las mismas reglas procedimentales para todos los ciudadanos. "Todos son iguales ante el procedimiento", ha escrito Niklas Luhmann en la conclusión de su libro *Legitimation durch Verfahren,* donde trata de poner de relieve el valor actual del procedimiento como instrumento de legitimación basado en el principio de la igualdad formal. La igualdad que se obtiene a través del procedimiento, esto es, del tratamiento reglamentado normativamente e imparcial de las distintas relaciones y conflictos sociales, no constituye una forma de igualdad natural o moral. No es expresión de un presupuesto natural (todos los seres humanos *son* iguales), ni

expresión de un valor ético a realizar (todos los seres humanos *deben ser tratados* como iguales), sino un principio de imparcialidad que exige que todas las distinciones puedan o deban ser ignoradas, excepto aquellas que se consideren razonables en un determinado sistema.

El procedimiento en cuanto tal es neutro respecto a los contenidos de la experiencia humana, ya que obedece sólo a sus propias reglas funcionales. Se ha indicado al respecto que el procedimiento no legitima las decisiones que son tomadas mediante él, sino que legitima la igualdad a cuyo servicio se encamina. Es el instrumento adecuado para la instauración de una dignidad formal entre los seres humanos. Para la igualdad ante el procedimiento carece de relevancia si los seres humanos son iguales o desiguales por naturaleza u otras causas. Son tratados como si fueran iguales, del mismo modo que podrían ser tratados desigualmente si se les aplicara un principio de desigualdad funcional. La igualdad ante el procedimiento puede, por tanto, prescindir de la legitimación de un derecho natural que parta de la igualdad de todos los hombres por naturaleza. De este modo, el derecho positivo que se legitima como procedimiento se identifica con el principio de la igualdad formal (Luhmann).

Un paso más en el análisis de la significación y modalidades de la igualdad como procedimiento han supuesto las investigaciones de John Rawls sobre la *Teoría de la justicia*. El profesor de Harvard ha distinguido tres subespecies de operatividad del principio de la igualdad como procedimiento, a las que ha denominado justicia procesal perfecta, justicia procesal imperfecta y justicia puramente procesal. La primera se basa en la utilización de una norma independiente para lograr un resultado justo (igual). Para ilustrar este tipo de procedimiento, Rawls alude al caso de una división justa. "Un pastel habrá de dividirse entre un número de personas: supo-

niendo que una división justa sea una división igualadora, ¿cuál es el procedimiento, si lo hay, que dará este resultado?... La solución obvia es la que una persona divida el pastel y tome la última parte, permitiendo a los otros que escojan antes. Dividirá el pastel en partes iguales, ya que de este modo estará seguro de obtener la mayor porción posible". Este supuesto recoge los dos rasgos más característicos de la justicia procesal perfecta: en primer término, porque existe un criterio independiente de lo que es una división justa; y en segundo lugar, porque es posible hallar un procedimiento que produzca el resultado deseado. La justicia procesal imperfecta es aquella en la que existe un criterio independiente para el resultado correcto, pero no hay ningún procedimiento que pueda garantizar su consecución con seguridad. Se halla ejemplificada por el juicio penal. El resultado perseguido es el del establecimiento de la culpabilidad o inocencia del acusado, y el procedimiento se dirige al esclarecimiento de la verdad, "pero parece imposible diseñar normas jurídicas tales que conduzcan siempre al resultado correcto".

Por último, la justicia puramente procesal se da cuando no existe un criterio específico para llegar a un resultado correcto, sino un procedimiento imparcial que asegura, a su vez, un resultado imparcial, sea cual fuere su contenido, siempre que dicho procedimiento haya sido respetado debidamente. Los juegos de azar ilustran esta situación. Si un grupo de personas realiza una serie de apuestas imparciales de acuerdo con un procedimiento de juego libre e imparcialmente aceptado, deberán aceptar también como imparcial el resultado a que se llegue, sea éste cual fuere, si se han observado las reglas de procedimiento del juego. John Rawls se inclina por las ventajas de la justicia puramente procesal, ya que permite soslayar la consideración casuística de la variedad infinita de circunstancias y posiciones

cambiantes de los particulares. Se evita, de este modo, el tener que definir principios que respondan a las enormes complejidades que podrían surgir de considerar tales detalles como relevantes. Se elude también el tener que descender al análisis concreto de todas las relaciones y transacciones de los individuos, para examinar su justicia; lo único que habrá que juzgar es la configuración de la estructura básica del procedimiento desde una perspectiva general. De ahí que para la justicia puramente procesal la distribución de ventajas sociales no se evaluará confrontando los beneficios disponibles con los derechos y necesidades de individuos concretos. La asignación de los beneficios se llevará a cabo según el procedimiento, que determinará qué es lo que se produce, en qué cantidad y por qué medios. Determinará también cuáles son las demandas legítimas que van a satisfacerse. En este tipo de justicia la corrección de la distribución se encuentra en la justicia del procedimiento del que surge y en la satisfacción imparcial de las demandas de los individuos participantes. "Una distribución –señala expresamente Rawls– no puede ser juzgada con independencia del sistema del cual resultó o de lo que los individuos han hecho de buena fe a la luz de las expectativas establecidas". Ahora bien, conviene advertir que para Rawls el funcionamiento correcto de la justicia puramente procesal implica como requisito previo un sistema justo de instituciones: "Solamente teniendo como trasfondo una estructura básica justa, que incluya una constitución política justa y una justa configuración de las instituciones políticas y sociales, puede decirse que exista el procedimiento justo requerido".

Este planteamiento constituye una contribución muy valiosa para perfilar el alcance del principio de igualdad ante la ley como igualdad de procedimiento. Sin embargo, ello no implica el que no se deban consignar ciertos aspectos discu-

tibles en dicha argumentación. Así, respecto a la garantía de que con el procedimiento de la justicia procesal perfecta se llega a resultados justos, hay que advertir que tal garantía reposa en una mera probabilidad subjetiva. Esto es, presupone que las divisiones realizadas por aquel a quien corresponde la última elección van a ser iguales por el propio interés del repartidor en no resultar perjudicado. Pero ello no garantiza que objetivamente el reparto sea igual. En el ejemplo que propone Rawls lo único que existe, en función de un criterio utilitarista que el propio Rawls combate en otras partes de su obra, es la probabilidad razonable de que quien realice la división, por propio interés, va a tender a una repartición equitativa, pero en ningún caso supone una garantía incontrastable de exactitud. Por lo que se refiere al supuesto que ejemplifica la justicia procesal imperfecta, entiendo que la "imperfección" reside más que en el procedimiento en las condiciones que caracterizan el razonamiento del juez como un tipo de razonamiento jurídico en el que no puede descartarse la componente tópica o retórica; por ello, no puede garantizar la exactitud de sus resultados, sino su mera pretensión de racionabilidad. En suma, como en el caso del supuesto utilizado para ilustrar la justicia procesal perfecta, aquí son las condiciones subjetivas las que determinan, con independencia del procedimiento, la falta de garantía absoluta en la exactitud del resultado.

En cuanto a la tesis de Rawls sobre la justicia puramente procesal, tiene la virtud de poner de manifiesto cómo el principio más depuradamente formal de la igualdad ante la ley, encarnado en la igualdad o imparcialidad del procedimiento, no puede contemplarse totalmente aislado de las circunstancias materiales. En otros términos, que la igualdad ante la ley o la igualdad de procedimiento no constituye en sí un valor, si no hacen referencia a elementos conexos con la igualdad

material. La justicia puramente procesal sólo tiene sentido, en cuanto forma de justicia, cuando se apoya sobre un orden de instituciones sociales, políticas y económicas justas.

Igualdad formal e igualdad material

La conexión necesaria de la igualdad de procedimiento con los presupuestos materiales sobre los que el procedimiento opera permite apuntar, como consecuencia de estas reflexiones, la continuidad entre las dimensiones formal y material de la igualdad. Ambos aspectos de este valor fundamental no pueden concebirse como compartimentos estancos o como ideales contradictorios (tesis paralela a la que traza una fractura insalvable entre las libertades y los derechos sociales). Frente a dicho planteamiento cuando se ha tratado de los criterios racionales que sirven de base al requisito de generalidad, al analizar los datos que deben ser considerados relevantes para la equiparación o al aludir a las argumentaciones que justifican la diferenciación, se ha puesto de relieve la incidencia inmediata de las situaciones reales en cualquier tentativa de resolver la tensión entre las distintas modalidades de la igualdad ante la ley. Es más, la respectiva aplicación de estos postulados responde a determinadas opciones o valoraciones que, en mayor o menor medida, guardan relación con la igualdad material. Se ha indicado, al respecto, que la igualdad formal y limitada de la sociedad capitalista hizo nacer la exigencia socialista de la igualdad real y general.

Robert Alexy ha planteado la cuestión de si la fórmula "hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual" implica o no una obligación estatal a crear igualdad fáctica. Alexy, que prefiere optar por la denominación de "igualdad *de iure* e igualdad de hecho" frente a la distinción

más usual de igualdad formal e igualdad material, advierte esa inevitable decantación de determinados aspectos de la igualdad formal hacia la igualdad material. A tenor de su exposición resulta complejo y, en ocasiones, contradictorio y paradójico conjugar las dos dimensiones básicas de la igualdad. No obstante, una concepción general del principio de igualdad conduce a la necesaria integración de esas tensiones que subyacen a sus aspectos formal o jurídico y material o fáctico.

La concepción omnicomprensiva de la igualdad ha encontrado reflejo normativo en algunos textos constitucionales como el de Italia de 1947 (artículo 3) o el español de 1978 (artículos 9.2 y 14). En ellos se consagra la igualdad en sus dimensiones material y formal, sin que quepa, en dichos sistemas, restringir el ámbito operativo de la igualdad a una sola de sus dimensiones. Es importante al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional de nuestro país de 20 de julio de 1981 en relación con la constitucionalidad de la disposición adicional quinta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1981. En uno de sus fundamentos jurídicos se afirma, entre otras cosas, que "el acto del Legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3, cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación –que ésta concierne al artículo 14–, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley" (STC 27/1981, FJ 10). En una sentencia posterior, el TC corrobora y propugna expresamente la exigencia de conjugar lo dispuesto en los artículos 9.2 y 14 de la CE, es decir, de integrar en la concepción constitucional de la igualdad sus dimensiones formal y material. Es significativo al respecto cuanto se expresa en el

fundamento jurídico del TC que sostiene: "El artículo 9.2 puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el artículo 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material..." (STC 98/1985, FJ 9). En algunas decisiones el TC invocará, de modo explícito, el artículo 9.2 para legitimar la exigencia de tratamientos jurídicos diferenciados en función de determinadas desigualdades fácticas. "Debe admitirse como constitucional –en palabras del TC– el trato distinto que recaiga sobre supuestos de hecho que fueran desiguales en su propia naturaleza, cuando su función contribuya al restablecimiento de la igualdad real a través de un diferente régimen jurídico, impuesto precisamente para hacer posible el principio de igualdad, lo que indudablemente acontece con la desigualdad originaria que mantienen el empresario y el trabajador, debida a la distinta y generalmente profunda condición económica de ambos y a 1a posición de primacía y respectiva dependencia o subordinación del uno respecto al otro, que precisamente trata de equilibrar el derecho laboral con su ordenamiento jurídico compensador e igualitario, lo que tiene el fundamental apoyo del artículo 9.2 de la Constitución" (STC 14/1983 FJ 3; ver también SSTC 46/1983, 109/1983, 114/1983 y 20/1984).

En definitiva, la distinción entre igualdad formal e igualdad material, más que una alternativa implica un proceso de ampliación del principio de igualdad en las sociedades pluralistas y democráticas. En dicha concepción material-formal de la igualdad (que, como se ha visto, auspiciaba Bloch), su dimensión jurídica no puede desconectarse de las condiciones políticas, económicas y sociales que gravitan sobre su realización, al tiempo que su dimensión material no puede abordar su programa de equilibrio en la distribución de las oportunidades y los bienes sin contar

con los cauces formales que, en el Estado de derecho, garantizan a los ciudadanos de los abusos de quienes desempeñan el poder.

Bibliografía

R. Alexis, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1986. Existe traducción castellana de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

M. J. Añón, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México 2001.

M. A. Barrete Unzueta, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres,* Civitas, Madrid 1997.

R. de Asís Roig, "La igualdad en el discurso de los derechos", en *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho,* edición a cargo de J. A. López y J. A. del Real, Dykinson, Madrid 2000.

E. Eusebio Fernández, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid 2003.

F. Laporta, "Problemas de la igualdad" en A. Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad,* Editorial Pablo Iglesias, Madrid 1994.

N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren,* Luchterhand, Neuwied-Berlín 1969.

R. Martínez Tapia, *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española,* Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería 2000.

A. Ollero, A. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.

G. Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid 1984.

A. E. Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson – Universidad Carlos III, Madrid 2005.

L. Prieto Sanchos, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México 2000.

J. Rawls, *Teoría de la justicia*, traducción castellana de María D. González, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires 1978.

M. Rodríguez-Piñero y Mª F. Fernández, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid 1986.

A. Ruiz Miguel, "Concepto y concepciones de la igualdad", en *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel,* Servicios de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, tomo I, 2002.

Solidaridad y derechos humanos

Javier de Lucas

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

Introducción: Sobre el "ritornello" de la idea de solidaridad

Parece inevitable, históricamente, el recurso a la idea de solidaridad ("tiempos de solidaridad", se dice) cada vez que se agudiza la conciencia de la amenaza o la presencia de barbarie –conflictos étnicos y nacionales, desastres naturales o humanos, retorno del racismo y la xenofobia, etc.–. Más en concreto, la visibilidad de grupos que son víctimas de esos desastres naturales o la toma de conciencia de la respuesta de odio o exclusión hacia los otros (los inmigrantes, las minorías) hacen surgir dialécticamente la apelación a la solidaridad. Pero habría que saber si la solidaridad a la que parecemos regresar hoy –el penúltimo ejemplo, los afectados por el tsunami– es una muestra del viejo alegato "humanista", en realidad retórico, más o menos trasunto secularizado de la caridad, o es más bien la solidaridad como principio fuerte, hasta el punto de que puede permitir incluso apoyar la existencia de deberes o exigencias de solidaridad que lleguen a ser exigibles jurídicamente, esto es, con un respaldo coactivo. Para concluir de una u otra forma, es preciso despejar algunos equívocos difundidos en torno a la idea de solidaridad y, más bien, plantearse la posibilidad misma de tal recuperación en un contexto como el nuestro, definido por la irresistible

demolición (más que revisión) del Estado social[1].

Ése es el contexto, a mi juicio, en el que debe encuadrarse una reflexión contemporánea sobre solidaridad y derechos humanos, que no puede ignorar las características de un mundo frágil a la par que globalizado, aquel que se abrió al final del siglo corto, con la caída del Muro, y que despertó de su optimismo (el fin de la historia) al entrar en el siglo XXI por las "puertas del infierno" –según la expresión de Rudolph Giuliani, el entonces alcalde de Nueva York– que fueron los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 y las recientes repeticiones de tragedias (genocidios en Ruanda, Bosnia, Chechenia o Darfur, o guerras que masacran a la población civil en Chechenia, Afganistán, Irak) que nos acercan a lo que creíamos haber superado, el holocausto que mancilló el siglo XX: matanzas genocidas en el continente africano, pero también en el europeo, desastres naturales que alcanzan proporciones bíblicas, éxodos humanos que nos hablan de la desigualdad más radical que haya conocido la humanidad. Todo eso, sin duda, son motores de la reaparición del *leit-motiv* de la solidaridad. Pero ¿de qué solidaridad?: ¿de una cierta virtud, próxima al altruismo y, por tanto, no exigible, por admirable que sea?, ¿de un principio que se puede y debe imponer mediante el derecho? ¿Debemos reconocer el principio de solidaridad más allá del orden ético, en el ámbito jurídico y político, al menos como "virtud pública", mejor, como un principio de lo que se ha

[1] Que no es exactamente lo mismo que el Estado de bienestar, por más que este último sea presentado las más de las veces como su encarnación histórica, pese a que el origen del Estado de bienestar, ligado al capitalismo renano y al keynesianismo, muestra a las claras que se trata de un instrumento de supervivencia del mercado y un factor de relegitimación, más que un salto cualitativo en el modelo de legitimidad.

denominado "ética pública" (Peces-Barba), como un valor que puede comportar exigencias en el ámbito jurídico-político, lo que, *a fortiori,* exige una fundamentación más rigurosa si se pretende caracterizar como principio/valor constitucional? Para obtener algo de luz acerca de la conveniencia de hablar de la solidaridad como principio jurídico y aun de "derechos de solidaridad", que es el objeto de mi contribución a este libro dirigido por el profesor Tamayo, es preciso analizar algunas críticas formuladas a la pretensión de dar dimensión jurídica y política al concepto de solidaridad, objeciones que no son necesariamente siempre del mismo signo.

Así, en primer lugar, la crítica a lo que se entiende como concepto "juridizante" de la solidaridad, a la imposición de la solidaridad como un deber jurídico. Se trata de subrayar la aparente contradicción entre solidaridad e imposición. En efecto, se ha escrito que la solidaridad es incompatible con la coacción y que, por tanto, cualquier intento de incorporar consecuencias jurídicas desde la solidaridad (deberes exigibles en última instancia por coacción) significaría destruir la noción misma de solidaridad: el derecho no sería el ámbito apropiado para la solidaridad, que sería un asunto de la sociedad civil, de la espontaneidad ciudadana. Hay que reconocer que la noción de solidaridad, que cuenta con precedentes doctrinales de enorme alcance que nos llevan al derecho romano, en la filosofía de la historia de Ibn-Jaldún e incluso en humanistas como Vives[2], ha sido utilizada de forma abrumadora –si no casi exclusivamente, ignorando esos

[2] Ver J. de Lucas, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México [2]2002. Sobre el antecedente que supone la obra de Vives, en particular su *De subventione pauperum*, ver, además, G. Peces-Barba, "Humanitarismo y solidaridad social como valores en una sociedad avanzada", en *Derecho y derechos fundamentales*, p. 130.

precedentes– en su acepción de principio moral o político, carente de virtualidad jurídica. Es más, se sostiene comúnmente que la juridificación de la solidaridad comportaría su aniquilación, en la medida en que los comportamientos de solidaridad, *qua* expresiones de altruismo, no pueden imponerse y, por tanto, no soportan el lenguaje y las exigencias del derecho. En particular, se subraya, la idea de solidaridad es incompatible con la presencia de coacción, un elemento imprescindible en la estructura jurídica. Por tanto, la solidaridad no podría traducirse en derechos (en sentido estricto, en derechos legales si se prefiere la formulación contrapuesta a la idea muy discutible de derechos morales, *moral rights*) y no cabría hablar ni de derechos ni de deberes jurídicos de solidaridad. Como arquetipo de este modelo de análisis de la solidaridad puede examinarse el trabajo de Victoria Camps[3], para quien "la solidaridad es una virtud sospechosa porque es la virtud de los pobres y de los oprimidos", contrapuesta a la justicia o, mejor, entendida como un plus de la justicia en tanto que condición y complemento de la misma, e incluso a veces un mal sucedáneo de ella: "una práctica que es una compensación, un complemento y una condición de la justicia... la fidelidad al amigo, la comprensión del maltratado, el apoyo al perseguido, la apuesta por causas impopulares o perdidas, todo eso no puede constituir propiamente un deber de justicia, pero sí de solidaridad". En mi opinión, este primer problema obedece a una insuficiente comprensión de la solidaridad misma, pero también del derecho y aun del Estado, y trataré de abordarlo específicamente más adelante.

Esta argumentación se refuerza con la idea de que el modelo "juridizante" de solidaridad sería propio de la ideología del Estado social y, por

---

[3] V. Camps, "La solidaridad", en *Virtudes públicas,* Espasa-Calpe, Madrid 1990, pp. 33-54.

tanto, esa pretensión quedaría devaluada por el fracaso de aquel, entendido como modelo estatalista, una crítica que coincide con la ideología que propone como remedio a todos nuestros males la recuperación de la "hegemonía de la sociedad civil" (por lo que habría que entender la recuperación de la libertad de mercado como premisa básica) frente a la maldad intrínseca del Estado. Además, esa descalificación se completaría con otras dos objeciones, a su vez contradictorias. De un lado, la crítica al abuso de una noción de solidaridad por cuanto supondría la contradicción con las exigencias de justicia. De otro, las tesis que denuncian que la solidaridad no añadiría nada a la igualdad, sino que en realidad pretendería sustituirla, al modo en el que las visiones paternalistas propias de modelos no democráticos tratan de paliar la injusticia con la caridad.

Un segundo tipo de crítica a la juridificación de la solidaridad provendría de la tesis que insistiría en lo que algunos (Rorty) han podido denominar *conflictos de solidaridades* o círculos de distintos vínculos de solidaridad, y que mostraría a la solidaridad como un impulso propio de sociedades cerradas y, por tanto, evidenciaría los límites de la solidaridad como virtud o, al menos, las paradojas de la solidaridad. Es decir, que nos vemos solicitados por las exigencias contrapuestas de solidaridad con grupos o instancias distintos, solicitaciones que se presentan como incompatibles y requerirían un criterio superior que no puede ser sino el de la proximidad: mi familia, mi pueblo, mi nación..., es el ejemplo del *right or wrong, my country* o la idea de "uno de los nuestros" característica del comportamiento de los grupos criminales con el arquetipo de la mafia (hasta en el título de una de las obras maestras del tratamiento en el cine: *Goodfellas*, de Scorsese, aquí traducida precisamente así, *Uno de los nuestros*).

Todas esas objeciones confluyen en la defensa de otro modelo, una versión que calificaré como "edulcorada" o "retórica" de la solidaridad, que la reduce a su consideración sobre todo como virtud personal, pese a su indudable proyección social. En efecto, hay que reconocer que quienes optan hoy por la centralidad del mercado como institución *sine qua non* de una sociedad abierta, de las libertades, del progreso, no renuncian a la solidaridad, sino que se apresuran a advertir que se trata de entenderla bien, es decir, recuperarla como motor de la sociedad civil, restituirle su hogar natural, que no sería otro sino el de la espontaneidad social, de las virtudes cívicas, lejos de las imposiciones coactivas. Solidaridad sería lo contrario de deber y, por ende, de derecho y de derechos. El reino de la solidaridad debería ser, en el mejor de los casos, el de la ética, el de la virtud, no el de las instituciones, no el del derecho y el Estado.

Por continuar con la cortesía de esclarecer las propias hipótesis, añadiré que el planteamiento que sostendré, contrario al anterior, no supone un alegato meramente "humanitario" sobre la solidaridad, o al menos no en el sentido lamentablemente peyorativo que ha alcanzado –también– este término. Para dejarlo muy claro, no trato de sostener una más de las postmodernas tentativas de "superación" de la modernidad que tienen como objetivo un funambulesco salto atrás, la reivindicación de supuestos premodernos, al socaire de los consabidos alegatos acerca de la destrucción de la naturaleza, de la perversión de los valores (¿de cuáles?) y de los otros males que acompañan indefectiblemente a aquélla y a su heraldo economicista, agentes infecciosos que habrían provocado los azotes que hoy padecen la humanidad y el planeta todo, desde la hambruna y el desequilibrio entre el Norte y el Sur al consabido y misterioso agujero de la capa de ozono y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, la peste moderna de la que tanto se benefician los fundamentalismos que

hoy pululan como carroñeros de ese cadáver que tuvo por otro nombre la Ilustración. Por consiguiente, y creo que es necesario advertirlo, el sentido de esta reflexión no coincide en absoluto con el proyecto de sustitución solapada de las exigencias político-jurídicas de la igualdad por un más o menos vaporoso alegato en pro de la solidaridad que las más de las veces oculta una mentalidad que trata de retrotraerse al modelo de la beneficencia o en todo caso al del asistencialismo, en los que la solidaridad, digámoslo claramente, es un sucedáneo laico de la caridad o, para ser más exactos, de la limosna, porque la caridad en sentido estricto es mucho más exigente para el creyente. No pretendo arrimar el ascua a la hoguera en la que parece consumirse hoy el principio de igualdad, y en ese sentido me parece justo denunciar que una parte considerable de los conversos de la solidaridad se encuentra próxima a tales incendiarios, los mismos que claman contra la asfixia producida por el Estado clientelar. Ésa es una de las perversiones de la solidaridad, de sus trampas, que es preciso estudiar y criticar.

En efecto, es cierto que el actual retorno a la solidaridad tiene mucho de religión inmanente, como versión secularizada de la caridad, como nueva fe en la que pueden comulgar tanto quienes desde la trascendencia buscan una mayor "encarnación", un mayor arraigo en el mundo, como los que perdieron su fe en las iglesias en las que habían creído (desde las tradicionales guardianas de lo sagrado a las iglesias del "progreso", del "hombre nuevo", de la "sociedad sin clases" o cualesquiera otras del género). Muy al contrario, el recurso a la solidaridad que aquí se propondrá no arranca de concebirla como una más de las manifestaciones del regreso a la dimensión religiosa, a lo sagrado, al misterio, como vuelta hacia la necesidad de la magia y los mitos tras el fracaso del empeño de desencantamiento (de "racionalización", Weber *dixit*) en el que habría conjurado

su esfuerzo la era de la historia que los libros llamaban "contemporánea", que arranca de la Ilustración, la que tratamos de enterrar sin que aún haya nacido otra nueva. Es cierto que, de todos los grandes protagonistas de esa etapa (el Estado nacional, la revolución industrial, la Ilustración y la Revolución francesa, el comunismo y el capitalismo), sólo este último habría sido capaz de comprender esa derrota, y por eso suma ahora toda su capacidad en gestionar las diversas modalidades de la desesperanzada y penúltima retirada a una ilusión a la que algunos de los padres de este período (Marx, Freud) habían negado legitimidad y porvenir. Parecerían haberse revelado más certeros los diagnósticos de aquellos que aseguraron que el siglo por venir sería religioso o no sería nada, o al menos los de quienes de muy diferente forma (como Nietzsche o Bergson) vaticinaron el retorno de los mitos. Pero, insisto, no es esa solidaridad sucedáneo de la caridad, de la fraternidad más o menos pasada por la pila bautismal, de la que trataré en lo que sigue.

La pregunta clave es el alcance de la solidaridad o, en otros términos, quién debe hacerse cargo de la respuesta de solidaridad. Por mi parte, propondré la recuperación de la noción de solidaridad en su sentido más original, que, de acuerdo con la evolución histórica de este principio, supera la versión voluntarista –o, si se prefiere, como virtud, como exigencia moral– para reconocerse en calidad de principio jurídico y político, en el motor (junto con la igualdad) del Estado social de derecho, que, como recuerda Peces-Barba[4], es quien convierte ese "valor moral,

[4] Como se ha señalado, es una tesis que ha tenido como máximo avalista, entre nosotros, a Peces-Barba, 1993, 315, para quien la solidaridad como valor superior es característica del Estado social; a diferencia de los valores formales (como la seguridad jurídica o la igualdad formal) y de los materiales (como la libertad o la igualdad material), la solidaridad sería un valor relacional: *ibíd.*, 319.

asumido como valor político específico... en valor jurídico, a través de su ordenamiento jurídico". Y, por tanto, sostendré la pertinencia de la noción de derechos de solidaridad.

¿Qué solidaridad? Del concepto de solidaridad como principio jurídico a la existencia de derechos de solidaridad

El punto de partida es la recuperación de un concepto de solidaridad que desde su origen ha sido entendido como un principio jurídico. En efecto, la noción de solidaridad no es sólo una idea ajena al mundo del derecho, sino que constituye en cierto modo uno de sus principios o ideas fuerza y, lo que resulta más interesante aún, aparece unida a otra noción básica en el progreso jurídico, la ficción de las "personas jurídicas" como sujetos de derechos y deberes. El origen del sentido estrictamente técnico-jurídico de la noción de solidaridad estaría en el genio romano, que elaboró una figura jurídica estrechamente vinculada con la noción de solidaridad, las *obligationes in solidum*[5], una ficción (como la misma noción de persona jurídica) que supera ampliamente el límite estricto del individualismo que constituye el dogma de la tradición liberal dominante (con algunas notables excepciones) en la teoría del derecho y en la de los derechos humanos, tal y como subrayaron en diferentes contextos Condorcet, Gierke, Duguit o Gurvitch.

---

[5] Concretamente, en el *Digesto* aparece la noción de relaciones solidarias (D. 13, 6, 5, 15, itp). La expresión latina *in solidum esse* es equivalente a la noción del todo, la totalidad, con carácter indivisible. Esa indivisibilidad a la hora de cumplir con una deuda y, al mismo tiempo, la pluralidad de sujetos obligados a ello y/o legitimados para exigir su cumplimiento son las características de las obligaciones solidarias (D. 45, 2, 9) por parte de los deudores (solidaridad pasiva) o de los acreedores (solidaridad activa).

De ahí arranca la idea de solidaridad que puede servir para actuar como principio jurídico y político, la que la define como conciencia conjunta de derechos y obligaciones, que surgiría de la existencia de necesidades comunes, de similitudes (de reconocimiento de identidad), que preceden a las diferencias sin pretender su allanamiento. En ese sentido, la solidaridad no supone en absoluto uniformidad, como pretenden los que confunden toda reivindicación de la solidaridad con los alegatos holistas, que sustantivizan lo colectivo, la objeción que vimos más arriba.

A ese respecto, es útil la distinción propuesta por Peces-Barba[6] entre dos conceptos diacrónicos de solidaridad, paralela a las dos nociones de libertad enunciada por Berlin, la solidaridad de los antiguos y la solidaridad de los modernos y también, en mi opinión, a la distinción establecida por Durkheim entre solidaridad mecánica, propia de sociedades cerradas, homogéneas, no democráticas, y solidaridad orgánica, característica de las sociedades diferenciadas por la división del trabajo, abiertas, plurales. Según Peces-Barba, esa evolución sería "el paso de lo que podríamos llamar el concepto de solidaridad de los antiguos al concepto de solidaridad de los modernos, mucho más distanciada de su raíz religiosa, más político, usando instrumentos públicos, y más abierto considerando la extensión de su acción desde los pobres a los que aun trabajando no tenían cubiertas las necesidades básicas"[7]. La solidaridad de los antiguos sería cemento de la cohesión del grupo y supone una concepción, si no holista, sí de dependencia, supeditación y pertenencia del individuo respecto a la comunidad

---

[6] Ver G. Peces-Barba, "La solidaridad", en *Curso de derechos fundamentales. Teoría general,* o. c., pp. 261-282.

[7] Ver igualmente G. Peces-Barba, "Humanitarismo y solidaridad social como valores en una sociedad avanzada", en *Derecho y derechos fundamentales,* p. 134.

(próxima a lo que hoy postulan ciertas concepciones comunitaristas), difícilmente compatible con la autonomía individual y el reconocimiento de la diferencia. La solidaridad de los modernos parte de la constatación de la diferencia, de la pluralidad, que no niega el vínculo social, sino que lo reformula (pluralidad social en lugar de uniformidad, homogeneidad), pero también de la real desigualdad que obliga a pasar de la igualdad formal como equiparación a la igualdad formal como diferenciación y exige tratar desigualmente a los desiguales, para abocar a la igualdad material. De ahí arrancaría el mandato de esta otra solidaridad como principio jurídico.

Por tanto, esa idea de solidaridad como principio jurídico moderno, al tiempo que implica la noción de comunidad e interdependencia, supone en no menor medida arrancar de la heterogeneidad, del reconocimiento de la diferencia[8], lo que parecería permitir una primera distinción respecto al principio de igualdad. Sin embargo, esa aparente distinción es errónea, puesto que en la noción de igualdad (que no en el igualitarismo), mejor, en el moderno principio jurídico de igualdad, está suficientemente prevenida la tentación de Procusto. Por esa razón no considero posible defender la validez de la solidaridad como tal principio jurídico-político si ésta no significa otra cosa que "asumir los intereses del otro como propios" (ni siquiera añadiendo "sin quebrar su propia identidad"); para eso no nos hace falta la solidaridad. Sin embargo, la idea de vinculación entre el individuo y la comunidad que la subyace, noción que permite a Durkheim pensar que la solidaridad es la esencia misma de la moralidad, el ideal moral, porque conjugaría autonomía e

[8] Tal y como Durkheim concibe la solidaridad "orgánica", que surge de la división del trabajo; ver el análisis de Hart sobre las relaciones entre solidaridad y moral, Hart 1983, pp. 253ss; asimismo, De Lucas, 1989.

integración[9], sí permite ofrecer otras exigencias del principio de solidaridad que supondrían algo distinto de la igualdad: la solidaridad requiere asumir una perspectiva especial, que podríamos denominar la propia de la acción colectiva, o, mejor, asumir también como propios los intereses del grupo, es decir, de lo público, lo que es de todos, y esa titularidad común acarrea asimismo el deber de contribuir, de actuar positivamente para su eficaz garantía, en la medida en que se trata de una responsabilidad de todos y cada uno.

Ése es el fundamento de la noción de *derechos de solidaridad*, enunciada como tal –como categoría nueva de derechos humanos– por Vasak y Lener. En efecto, pese a que frecuentemente se asegura que del tríptico revolucionario de 1789 –libertad, igualdad, fraternidad–, sólo el tercer principio parece carecer de consecuencias en el proceso histórico de reconocimiento (más exactamente, de positivación) de los derechos humanos, sostendré que no es así. Es verdad que incluso si admitimos el nexo conceptual entre fraternidad y solidaridad, la argumentación de un vínculo conceptual entre solidaridad y derechos humanos ha sido objeto de indiferencia o rechazo y aún más la existencia de una categoría básica de derechos humanos, *derechos de solidaridad*, que todavía hoy aparece envuelta en la polémica. Pero no faltan argumentos para sostener su pertinencia.

Volvamos a la invocación de la solidaridad como principio en el orden jurídico[10]. Apoyándose en el origen romano, no constituye una novedad: en el ámbito del derecho privado, se abre paso gracias a la obra de Gierke, que recurre a ese

---

[9] Aunque en Durkheim acabe prevaleciendo la perspectiva holista, la tradición organicista que subyace a buena parte de la concepción funcionalista.

[10] Como mostró D. Grimm, 1973.

concepto como clave de bóveda de su crítica del modelo jurídico occidental, enclavado en la tradición individualista del *Ius Quiritium*, para hacer ver que la clave del derecho no está en la noción de dominio o soberanía de la voluntad, sino en la conciencia social de obligatoriedad que tiene su origen en el vínculo de solidaridad. Como es sabido, esas tesis están en el origen de la doctrina del pluralismo jurídico y de la noción de derecho social mantenida por Gurvitch. Al mismo tiempo, según es obvio, a través del desarrollo que de ellas ofrece Duguit, darán lugar a una concepción organicista (o más aún, corporativista) que hará de los cuerpos intermedios el núcleo de la organización política y permitirá las construcciones antidemocráticas del fascismo[11].

Desde el punto de vista técnico-jurídico, el concepto de solidaridad como base de la teoría de las obligaciones, tal y como anticipara ya Bonfante, designa hoy, más que la obligación

---

[11] Consideración especial merece la atención prestada a la noción de solidaridad por parte del movimiento de los *Critical Legal Studies*, como parte de la crítica a los supuestos individualistas sobre los que se edifica el derecho y el Estado modernos, particularmente en la obra de R. Unger y, en menor medida, D. Kennedy o K. Klare. Es Unger quien destaca cómo en el debate acerca de la solidaridad se advierten las contradicciones fundamentales de la condición humana, contradicciones que habrían estallado en el modelo del liberalismo económico, en el que el proyecto de autoafirmación heredado del iluminismo resulta incompatible con la condición fundamental de igualdad, lo que exige una redefinición de ese proyecto (en la que, como ha subrayado Carrino, Unger se aproxima a las posiciones del teleologismo de MacIntyre). Por su parte, Kennedy ha puesto el acento en la necesidad de replantear el problema del altruismo y del individualismo como paradigmas en la praxis jurídica (que traduce en la primacía de *standards* o reglas, respectivamente), con especial atención al ámbito de los conflictos en el derecho privado, mientras que Klare ha subrayado las contradicciones de la visión jurídica liberal-individualista en el ámbito del derecho laboral, con especial referencia, por ejemplo, a los mecanismos de contratación colectiva.

integral, la existencia de garantía recíproca, al destacarse la existencia de la relación asociativa interna (Di Maio) y, asimismo, constituye el principio general de las sociedades mercantiles: en ese sentido no puede decirse que carezca de influencia. La solidaridad aparece así como fundamento de la redefinición de la propiedad (la famosa y caricaturizada "función social"), del deber de contribuir a las cargas públicas (y a su sostenimiento) o de otros deberes de los individuos hacia la comunidad como los tipificados en el artículo 30 de la Constitución española de 1978, y pienso sobre todo en los establecidos en su apartado 4 como un ejemplo claro de esto. Pero también, del reconocimiento de los deberes hacia las generaciones futuras, hacia la humanidad, que en buena medida comprenden algunas de las exigencias a las que se refieren los denominados derechos de la "cuarta generación" y entre los que bien podrían tener cabida no sólo los denominados "derechos de los pueblos", sino posiblemente los tan traídos "derechos de las minorías"[12]. En ese sentido, más que como "contrapeso del prejuicio egoísta"[13], aparece como contrapeso de las exigencias de la autonomía personal (como valor central, como el fundamento último de los derechos), sobre todo allí donde la igualdad no ofrece tal adecuado equilibrio: por esa razón, de

---

[12] He intentado mostrarlo así en otros trabajos: ver, por ejemplo, De Lucas 1993b y 1994. En buena medida, en torno a los derechos de las minorías vuelve la discusión acerca del grado de solidaridad mínima sin la que no hay estabilidad, con propuestas como la de "lealtad" o "patriotismo constitucional". Por supuesto que el tomar partido por la afirmación de la igualdad como única respuesta (aunque se trate de la igualdad como diferenciación) o por el reconocimiento de derechos específicos de las minorías tiene que ver con la respuesta a ese problema de la solidaridad. Sobre esto, ver también los trabajos de E. Fernández (1993) y de E. Bea (1991).

[13] Que, como ya apunté, es el argumento de G. Amuchastegui, Camps y Peces-Barba, siguiendo a Rorty.

nuevo acudiendo a nuestro texto constitucional, se acude a la solidaridad a la hora del establecimiento de principios de relación entre las organizaciones autonómicas: la solidaridad interregional como principio corrector de la autonomía allí donde no es suficiente, o, mejor, donde no es adecuado, hablar simplemente de igualdad. Y esto nos remite a la conexión entre solidaridad y Estado social de derecho, lo que nos obliga a pasar a la esfera del derecho público.

En cuanto al derecho público, desde el punto de vista histórico, probablemente el primer reconocimiento jurídico-político, más aún, constitucional, de la solidaridad es el que inspira Condorcet (quizás el filósofo más explícitamente decidido en defensa de la igualdad como derecho y por ello particularmente sensible a las exigencias de la solidaridad) en el proyecto de constitución de diciembre de 1792, un proyecto que gira en torno a la idea-fuerza de igualdad, consagrada expresamente como derecho fundamental y reforzada con el principio de solidaridad, tal y como en su artículo 24 reza: "Les secours public sont une dette sacré de la societé. Et c'est á la loi d'en determiner l'etendue et l'application", instituyendo así la primera expresión constitucional de la solidaridad, reforzada por la "garantía social" formulada en el artículo 25: "La garantie sociale des droits de l'homme repose sur la souveraineté nationale". No hay que perder de vista que es el mismo proyecto en el que aparece la igualdad como derecho y el derecho a la instrucción. Se sientan así las bases de lo que constituirán los dos pilares de la acción del Estado social, la promoción de la igualdad a través del acceso a la educación y del remedio frente a los riesgos de exclusión[14].

---

[14] Ideas que concretará en su *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, donde sostiene que la ayuda debe asegurar "al que alcanza la vejez una pensión

Por eso, el principio de solidaridad es inseparable del contenido de justicia (como la igualdad, de la que constituye especificación y complemento). A ese respecto, baste con recordar que posiblemente la clave de la conjugación entre solidaridad y respeto a la diferencia se encuentra en dos elementos: de un lado, en el establecimiento del marco común que la diferencia no puede traspasar sin perder con ese paso el derecho a ser respetada: me refiero, con las precauciones apuntadas más arriba, a las exigencias de justicia que, más que del modelo de Rawls, habría que extraer de la consideración de las necesidades básicas[15], que serían posiblemente la forma de concretar ese "ideal y tarea común" que propone Peces-Barba[16] y que resulta quizá un tanto inconcreto como formulación del concepto de solidaridad. Pero de otro, y siguiendo aquí las propuestas de Rawls sobre el principio de diferencia, que confluyen con lo que Bobbio califica como función promocional del derecho (que ejemplifica en nuestro marco constitucional el tan traído artículo 9.3. de la Constitución de 1978), la solidaridad ofrece, en relación con *los diferentes*, un buen argumento para justificar la positivación o reconocimiento jurídico de los deberes positivos básicos, tal y como ha mostrado Garzón[17], es decir, al menos de los referidos a

---

producida por sus ahorros, pero aumentada con la de los individuos que, tras hacer el mismo sacrificio, mueren antes del momento de tener necesidad de recoger sus frutos; procurando a las mujeres y a los niños, mediante una compensación familiar, un recurso igual para el momento en que pierdan a sus maridos o padres". Peces-Barba es quien pone el acento en este texto de Condorcet, así como en otros de Paine, Blanc, Stuart Mill, Lassalle o, más recientemente, Bernstein o J. Vera, todos ellos de la misma orientación: Peces-Barba, 1993, pp. 303-314.

[15] Ver De Lucas-Añón, 1989 y Añón, 1994.

[16] Peces-Barba, 1991, revisado y desarrollado en Peces-Barba, 1993, pp. 295ss.

[17] Garzón, 1987.

las necesidades primarias. Baste con señalar que aquí aparece la dificultad de deslindar acciones supererogatorias, deberes morales de solidaridad y deberes jurídicos. No hay más que recordar el supuesto del artículo 30.4 de la Constitución española de 1978: que la solidaridad sea el fundamento de la existencia del deber positivado en ese precepto, un deber, por parte de los ciudadanos, de contribuir con su ayuda en caso, por ejemplo, de una inundación o un terremoto, me parece claro. La cuestión es hasta dónde llega ese deber, uno de los problemas centrales en la discusión de los deberes positivos generales en la filosofía moral contemporánea. Como trataré de concluir en el último apartado, me parece que es aceptable el criterio apuntado por Garzón Valdés, y que podríamos "concretar" en la existencia de un deber consistente en la realización de un sacrificio trivial (es decir, que no suponga riesgo para la satisfacción de las propias necesidades básicas) con un alcance tal que la suma de aportaciones equivalentes (por parte de todos los que se encuentran en idéntica situación: es un deber general) tenga la condición de eficacia para la satisfacción de la necesidad frente a la que postulamos el deber de actuar. Por supuesto, no trato de sugerir la coextensividad entre solidaridad y deberes positivos: entiendo que el principio de solidaridad es el fundamento que exige, además de lo señalado, una acción positiva por parte del Estado[18] en el orden interno en relación con los desfavorecidos (y no sólo, pero desde luego esto constituye el mínimo, para exigir el cumplimiento y sancionar en su caso el incumplimiento de

[18] Y en ese sentido, admitir el principio de solidaridad (en su dimensión "fuerte", de la que venimos hablando) es tanto como presentar como irrenunciable el Estado social, pese a los que proclaman su desaparición en aras del triunfo del mercado. Es la tesis que encontramos, por ejemplo, en Peces-Barba, 1993 y en Vidal, 1993; en el primero, sobre todo, como valor jurídico propio del Estado social.

los deberes positivados) y en el orden internacional con mayor claridad precisamente porque en ese ámbito el principio de igualdad no es todavía contrapeso para el del propio beneficio[19].

En todo caso, como señalé más arriba, es Vasak[20], y en la misma línea otros estudiosos como Lener, quien acuña como categoría específica de los derechos humanos lo que llama "derechos de la solidaridad", en dos sentidos, que afectan tanto a su origen como a su efectividad. En efecto, estos derechos resultan de "una cierta concepción de la vida en comunidad", pero, a la vez "sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social" (en la misma línea, Lener). Serían ejemplos de derechos de solidaridad aquellos que remiten a la noción de bienes jurídicos de carácter común o colectivo: si se piensa, por ejemplo,

---

[19] Lo que no significa que, en ese orden, la apelación a la solidaridad con el Tercer Mundo sea sólo una proclamación retórica. Evidentemente, la razón es, en gran medida, que el orden jurídico internacional no ha reconocido y garantizado aún de forma eficaz y suficiente el principio de igualdad. En todo caso, hay que reconocer que de ahí puede arrancar la argumentación de quienes sostienen que sólo hablamos de solidaridad allí donde el derecho no ha hecho irrupción: desde el momento en que se reconocen jurídicamente autonomía e igualdad, la solidaridad es superflua.

[20] Vasak, "Le Droit International des droits de l'homme", en *Revue des Droits de l'Homme*, 1972, V/1, p. 45. En realidad, esa categoría puede ser interpretada más bien como lo hace Peces-Barba, como fundamento de deberes, muy próxima a las nociones de libertad promocional, a las exigencias de remover los obstáculos que se oponen a una igualdad efectiva, en una concepción próxima a la noción de "deberes positivos" sostenida por Garzón. Como señalé antes, el principio de solidaridad contribuiría a la justificación fuerte al vencer el prejuicio egoísta: ¿por qué contribuir a proteger derechos o solventar dificultades de los demás? Es el ejemplo del deber de ayuda ante situaciones sociales de catástrofe (una inundación, un terremoto, la escasez de sangre, etc.).

en el patrimonio cultural, en el agua, en medio ambiente[21], es cuando nos encontramos precisamente con los "*derechos de solidaridad*". Se trata de una concepción coincidente, según advierte Pérez Luño y han desarrollado Herrera y Añón, con las tesis de la Escuela de Budapest sobre los derechos humanos como necesidades.

Ésa es una de las razones de que el principio de solidaridad tenga uno de sus más importantes espacios de aplicación como principio constitucional, que se concreta, de un lado, en el ámbito de los derechos fundamentales y, de otro, en los criterios organizativos de la estructura estatal. En ese sentido, resulta difícil dejar de aceptar que la solidaridad constituiría un elemento importante del "cambio de paradigma" que exige una "autolimitación inteligente" si se pretende una alternativa real a la crisis civilizatoria. La solidaridad como principio jurídico-político exigiría una visión auténticamente global –todos como responsables de todos y, por consiguiente, obligados a compartir–[22] y, en ese sentido, la solidaridad desbordaría su alcance como exigencia o principio básico del modelo de legitimidad crítica[23], como uno de esos "principios jurídicos universalistas" que propone Habermas –otros prefieren seguir hablando de la conciencia moral generalizada– que se presentan como referente del patriotismo constitucional[24].

---

[21] Pero también, desde luego, en otras cuestiones como la contribución al sostenimiento de las cargas públicas, a la defensa o la actuación ante situaciones de catástrofe o grave riesgo común, tal y como se ejemplifica en el artículo 30 de la Constitución española de 1978.

[22] Habermas, 1991, o. c.

[23] Así, por ejemplo, E. Díaz, 1984, pp. 136ss; 1990, pp. 60 y 110ss.

[24] Y, muy concretamente, que permitirían hablar, a propósito de la discusión sobre el proyecto de la Unión Europea, sobre su dimensión política, es decir, sobre la Constitución europea, de una especie de "patriotismo europeo de la Cons-

A. E. Pérez Luño ha resumido la línea argumental que va desde este concepto de solidaridad a la defensa de la categoría específica de "derechos de solidaridad" de una forma que, aunque no comparto íntegramente, resulta particularmente clara: "El concepto de solidaridad actual integra dos dimensiones mutuamente condicionantes: a) la ético-política, entendida como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes o necesidades ajenas; y b) la jurídica, que supone un compromiso de los poderes públicos por hacer efectiva la igualdad material (y en ello la doctrina y la jurisprudencia constitucional italiana, en relación con el sentido de los artículos 2 y 3.2 de su vigente Constitución, ofrecen una referencia estimulante), es decir, en esta acepción jurídica la solidaridad opera como el sustrato de los derechos y deberes entre todos los miembros de la colectividad que dimanan de la igualdad en su dimensión material o sustancial"[25]. Pérez Luño insiste así en la recuperación del tríptico revolucionario como *leit-motiv* de las generaciones de derechos humanos: "Si la libertad fue el valor guía de los derechos de primera generación, como lo fue la igualdad para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tienen como principal valor de referencia a la solidaridad. Los nuevos derechos humanos se hallan anudados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de

---

titución", lo que sin duda constituye un exceso de optimismo, al menos, desde luego, desde el punto de vista jurídico-constitucional.

[25] Ver E. A. Pérez Luño, "Epílogo. Los derechos humanos revisados: críticas y autocrítica", en *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid [5]1995, pp. 513-543. El texto citado, en la pp. 539. Asimismo, "Justicia y derechos humanos. Igualdad y solidaridad", en *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, o. c., p. 232.

esfuerzos y responsabilidades a escala planetaria", y por eso entiende que "sólo mediante un esfuerzo solidario de sinergia, es decir, de una cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas, será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida y a la libertad informática"[26].

De los derechos de solidaridad a los deberes. La ciudadanía activa y solidaria

Como decía, el núcleo de la cuestión es la existencia de *deberes de solidaridad* y, por eso, la puesta en funcionamiento de este modelo, su acogida por la ciudadanía, depende en gran medida de una tarea que, en cierto modo, puede considerarse de *pedagogía civil:* saber explicar a los ciudadanos que esos deberes forman parte inseparable de una dimensión activa de la ciudadanía, que no son una exacción burocrática, una perversión propia de una lógica hiperintervencionista, sino, muy al contrario, la muestra de la superación de uno de los riesgos más acusados en el proceso de reconstrucción de la democracia y aun de la sociedad civil misma: la visión meramente pasiva de la ciudadanía, que espera todo del Estado-padre y que carece de los más elementales mecanismos de iniciativa y participación.

La tesis que sostendré, pues, consiste sencillamente en defender que el modelo de Estado social de derecho, el consagrado en nuestra Constitución, resulta indisociable de la solidaridad, hasta el punto de que la discusión acerca de

---

[26] Ver íd., "Las generaciones de derechos humanos", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 10 (septiembre-diciembre 1991), pp. 203-217.

los límites de la actuación del Estado es también una discusión acerca de los límites en las exigencias de la solidaridad. De la solidaridad cabe traer razón acerca de la existencia de "deberes jurídicos positivos", de rango verosímilmente constitucional. Esos deberes pueden ejemplificarse en no pocas de las disposiciones que contiene nuestra Constitución. El problema es la peculiaridad de esos deberes, como lo muestra, por ejemplo, el que sus titulares no siempre son sujetos individuales (es el caso de la solidaridad interregional).

La discusión se centra, pues, en la posibilidad y justificación de la imposición de la solidaridad (y por consiguiente, de la existencia de deberes jurídicos, y no sólo morales) y de deberes jurídicos de solidaridad que vayan más allá de la contribución económica al sostenimiento de los servicios y tareas comunes. La idea que aquí se sostendrá es que esos deberes no tienen por qué limitarse a contribuciones económicas. Lo decisivo es dedicar el propio tiempo, tal y como popularizó el título del informe de 1984 (*Time to Care*) elaborado por el proyecto *Care in Society*, del Secretariat for Futures Studies del Swedish Council for Planning and Coordination of Research. El problema es si esa contribución personal en términos de tiempo puede establecerse como un deber exigible (en última instancia, incluso con la coacción) o más bien se trata de promoverlo, de acudir a la dimensión promocional del derecho, para que tales contribuciones se realicen por los ciudadanos fuera del marco de deberes exigibles jurídicamente. En todo caso, esa exigencia de tiempo no parece tan extraña en un sistema de organización de la vida en el que, entre todos los recursos que cuentan, lo más importante no sea tanto la ocupación y el dinero, sino sobre todo la disposición de tiempo. Por otra parte, estas propuestas se enmarcan en una discusión más general acerca de la redefinición del

trabajo socialmente útil y de la valoración de formas de trabajo que se desarrollan fuera del mercado. Lo importante, más que el habitual elenco de sectores de intervención (que es imprescindible, desde luego), es una nueva cultura que supere la visión tradicional de las prestaciones asistenciales, las dedicadas a enfermos, tóxicodependientes, ancianos, personas con minusvalías, y se abra a otras consideraciones, como animación cultural, trabajo educativo, actividades de tiempo libre y, sobre todo, sistemas de formación, medios aptos y soporte para quienes se dedican a realizar trabajos de este tipo.

La presencia del otro, el altruismo y la alteridad, no sólo el fundamento de los deberes (generales, y especiales, y siempre positivos) de solidaridad, puesto que "la fundamentación de la existencia de un deber general de asistencia que compete a todos los ciudadanos (pero también al Estado) no se encuentra tanto en la idea de compensación por las diferencias del funcionamiento del mercado, sino, como advierte Titmuss, en el hecho de que hay individuos y grupos que realizan una contribución al bienestar de la comunidad política, y, por tanto, ésta tiene la obligación de compensar. El fundamento, pues, es la solidaridad justificada desde el reconocimiento de la posibilidad del altruismo (algo en lo que coinciden Marshall, Titmuss y Nagel), que a su vez tiene como fundamental el deber que asiste a todos los que participan como miembros de una estructura, de un grupo: como muestra Titmuss, puede ser útil para comprenderlo la analogía con la familia, entendida como estructura de apoyo mutuo, basada no sólo en la reciprocidad, en la contribución que todos hacen, sino sobre todo en la condición de miembros de la misma, en su pertenencia; del mismo modo, los individuos están en deuda como miembros de la sociedad y el Estado, con ellos y con los otros individuos, que también forman parte, es decir, no sólo por las contribuciones concretas que cada uno haga o

reciba"[27]. He insistido en que la presentación de la solidaridad como principio jurídico-político está vinculada forzosamente a la noción misma de Estado social. Añadiré que es un principio no sólo compatible, sino coherente con un concepto de ciudadanía activo, socialmente "comprometido", frente a quienes reprochan a esa noción "estatalizada" de la solidaridad la consecuencia rechazable de la creación de un estatuto "pasivo" de ciudadanía, la pérdida del vínculo político en su sentido original.

Lo que trato de argumentar es que hay una justificación doctrinal importante para la tesis según la cual pertenecería al núcleo del Estado social no ya el modelo público del bienestar, sino lo que Harris –a quien me referiré más adelante– llama "aplicación efectiva de la solidaridad social", que exige una ciudadanía activa y responsable, para, como escribe J. J. F. Cainzos, "contrapesar la fuerza excluyente y dominadora del mercado y alentar el espíritu comunitario en todos los ámbito sociales". Ése es precisamente el punto de partida del que puede arrancar a su vez, por ejemplo, una justificación de la existencia de deberes de solidaridad que puedan concretarse en prestaciones del tipo de un servicio civil de alcance universal.

Precisamente, lo que se muestra con esa conexión es algo que importa muy decisivamente, porque se trata ni más ni menos que de afrontar el tópico de que la solidaridad es un asunto de espontaneidad social y que el Estado usurpa el papel de la sociedad civil cuando trata de institucionalizar la solidaridad. Según esta opinión, muy difundida, el único papel del Estado sería el subsidiario o complementario de la iniciativa social: proporcionarle medios, pero no dirigirla o suplantarla. El punto flaco de esta tesis es que los hechos y situaciones que hacen precisa la solida-

---

[27] Ver J. de Lucas, "La polémica sobre los deberes de solidaridad", a. c., pp. 32 y 33.

ridad no son en absoluto imprevisibles, subjetivos, "naturales". Es cierto que las catástrofes (en su doble dimensión: de un lado, de riesgo, de peligro más o menos incierto[28] que aunque no nos haya golpeado directamente puede hacerlo, porque nos supera en su imprevisibilidad y en su magnitud; de otro, de sufrimiento o dolor) proporcionan un ejemplo sencillo del proceso de aparición de la solidaridad, como subraya esta visión, que suele presentar como componente básico de la solidaridad el sufrimiento compartido, o, dicho de otra manera, la concepción de que la solidaridad surge ante la visión insoportable del sufrimiento o humillación de otro u otros[29]. Sin embargo, este aspecto no agota ni define básicamente la solidaridad. La marginación, la exclusión, la desigualdad, la miseria, no son fenómenos subjetivos, sino precisamente productos sociales. Ahí está el núcleo de la conexión entre solidaridad y Estado social, una conexión que no responde sólo, aunque es cierto que se trata de una consideración que también se encuentra en su origen, a la exigencia lógica de todo sistema de mantener la cohesión, la estabilidad interna (de evitar, como se dice ahora, la "fractura social"[30]). Al analizarla, trataré de evi-

---

[28] Y de nuevo habrá que insistir en que ese peligro que puede amenazarnos a todos es el origen de la construcción de la herramienta jurídica de la solidaridad, como lo es también, en otra medida, de las instituciones básicas del Estado asistencial. El origen remoto de las cajas de resistencia sindicales y aun de las cajas de ahorro expresa esta idea.

[29] Así lo hace recientemente Rorty, o. c.; por ejemplo, pp. 91-92, 190-91 y 198.

[30] Es decir, al imperativo inexcusable de obtener un mínimo de legitimación que en el fondo es la razón que obliga a las concesiones que están en la raíz de la aparición del Estado de bienestar y que obligaría hoy a reinventar la solidaridad –pero insisto, un modelo de solidaridad primitivo– para seguir manteniendo esa cuota de legitimidad, una vez en quiebra el aparato de ese Estado por las exigencias del mercado global.

denciar los riesgos que derivan de algunas reducciones o identificaciones excluyentes. Así, de un lado, la superficial reducción de la solidaridad a los grupos primarios (familia, barrio o asociación vecinal, núcleo de trabajo, etc.), o al voluntariado; de otro, la ambigua relación entre solidaridad y Estado. Hemos de examinar ahora, en primer lugar, las raíces de esa conexión, para pasar después a formular la noción de ciudadanía que se deriva de ella.

He advertido antes sobre la necesidad de distinguir entre el tipo ideal de Estado social y el modelo histórico de Estado de bienestar. Éste no es otra cosa más que la respuesta o, mejor, el resultado de un proceso o precipitado histórico (con hitos como las medidas sociales de Bismarck, la Constitución de Weimar, el informe Beveridge en el Reino Unido –*Social Insurance and Allied services*– o la *Employement Act* en Estados Unidos de 1942) con el objetivo no tanto de eliminar las manifestaciones de la exclusión social cuanto de reducir la fractura social que pone en peligro el modelo de capitalismo, de mercado y de sus exigencias. Significa, en pocas palabras, la aceptación de una especie de pacto o, mejor, compromiso público en favor de la igualdad y la solidaridad, para reducir la pobreza, aumentar el bienestar y permitir una equiparación mínima (la referida al acceso a los bienes primarios).

Creo que puede admitirse que el Estado de bienestar coincide con el Estado social en un núcleo, la idea de redistribución (redistribución de la renta, desde luego, pero también redistribución en el acceso a los bienes primarios, lo que significa servicios sociales de carácter público y gratuito), lo que exige el tratamiento desigual de los desiguales, es decir, aquello que algunos –Ferrajoli– denominan la moderna idea compleja de igualdad, que es la *ratio* misma de los mecanismos de solidaridad propios de la idea de

Estado social. En efecto, con Marshall[31], puede decirse que los fines en que coinciden el Estado social y el Estado de bienestar son básicamente tres: reducción-eliminación de la pobreza, maximización del bienestar y búsqueda de la igualdad-homogeneidad social. Lo que diferencia y da cuenta del proceso seguido por el Estado de bienestar es la identificación de esa maximización del bienestar como objetivo primario y, junto a él, el alejamiento de la eliminación de la pobreza y de la búsqueda de la igualdad como objetivos prioritarios, sustituidos por la reducción o, mejor, la contención en zonas periféricas de la pobreza en el primer caso y por la construcción de una cierta homogeneidad social proporcionada por un incremento del volumen de la clase media perfectamente compatible con procesos de dualización (con las máximas diferencias entre los muy ricos y los muy pobres) en el segundo.

En ese sentido, bien puede decirse que el tipo ideal de Estado social constituye la forma de Estado con vocación más universalizante, que trata de identificarse al máximo con todos los miembros de la sociedad que constituyen de hecho la comunidad política como ciudadanos. Como estadio o modalidad de Estado de derecho, supone el intento de romper con la abstracción característica de esa figura, tal y como la concibieran los "individualistas posesivos" que la teorizaron, según sabemos desde Macpherson. En efecto, en el universalismo abstracto de ese primer modelo, el Estado liberal de derecho, la real extensión de los derechos teóricamente atribuidos a todos no se produce, porque el sujeto es restringido, no universal: los sujetos incluidos son los que responden realmente al retrato del *homo iuridicus* (el individuo, ciudadano, propietario, varón, blanco), el único que es libre e igual,

---

[31] Marshall, 1975, pp. 201ss.

el único que actúa –participa, es incluido– en los dos foros que le constituyen como tal, la asamblea y el mercado; frente a ello, las modalidades de exclusión (las derivadas de la ausencia de riqueza –los trabajadores por cuenta ajena–, del género –la mujer, básicamente a través de la institucionalización de los espacios de lo público y lo privado–, del parangón de normalidad, etc.). Por el contrario, la forma o estadio que denominamos social trata de garantizar efectivamente tal extensión de los derechos para todos. La idea de exclusión es incompatible con esa noción de la ciudadanía, con su condición de estatus del que quedarían excluidas por definición categorías sociales enteras. Frente a estas manifestaciones de exclusión, resulta difícil imaginar las razones que pueden permitir la preferencia por la "espontaneidad social", "el libre juego del mercado", y, por tanto, el desmantelamiento de las únicas garantías frente a ello, las que ofrece no la gracia o la buena voluntad de quienes puedan sentirse generosos, sino la vinculación que establece el derecho, y eso, al menos, es tanto como reconocer la necesidad (mientras no aparezca en el horizonte un sustituto seguro) de la propuesta que conocemos por Estado social. Es lo que advierte Walzer: "Ante la existencia de grupos excluidos, la justicia exige un esfuerzo público para permitir a los miembros de esos grupos volver a entrar en la sociedad y actuar de forma independiente en todas las esferas distributivas. Es precisamente el fin de dos bienes sociales estrechamente vinculados: *welfare* y educación". Se trata en definitiva de un deber social que no puede confiarse sólo a los voluntarios sociales (que son "agencias de inclusión"), porque los sistemas asistenciales mismos dependen de formas organizadas e institucionales de asistencia. El Estado debe facilitar el trabajo de las asociaciones surgidas de la sociedad civil, pero no sólo eso, pues la mejor forma de luchar contra la exclusión puede ser aumentar la cantidad de bienes disponibles, más que redistri-

buir lo que ya existe, y ello es fruto de decisiones políticas. Por eso el Estado no puede ser neutral o no comprometerse con el significado de los bienes sociales elementales, pues "lo que caracteriza a una comunidad política democrática es el reconocimiento de que todas aquellas transacciones sociales que llevan a los ciudadanos a los márgenes, que producen una clase de excluidos son... siempre injustas"[32]. En otras palabras, eso significa que el Estado social no puede abandonar la exigencia de solidaridad como una virtud social, sino que debe considerarla, al contrario, como un principio exigible, como parte del contenido de la justicia, al igual que lo son la igualdad y la libertad. Como escribe Harris, "la intervención pública se justifica como respuesta a la incapacidad del mercado para ofrecer bienes públicos, enfrentarse a los costes sociales que no se reflejan en el precio y para dar respuesta a la incertidumbre... Las políticas sociales correctamente establecidas son proyectadas como instrumentos privilegiados para reflejar, mantener y fomentar un sentimiento de miembro de la comunidad, definido en términos de un elenco de derechos de los ciudadanos, distribuidos fuera del mercado de acuerdo con un principio de necesidad socialmente reconocida. La satisfacción de estas necesidades socialmente reconocidas es un asunto de justicia, y no de humanitarismo. Por tanto, el establecimiento de un derecho a los beneficios de un Estado de bienestar es algo que requiere la justicia". Es por esa razón por lo que el Estado social es, por tanto, "en términos ideales, un reconocimiento institucional de la solidaridad social..."[33]

El problema hoy, como sabemos, es que la tantas veces anunciada crisis del modelo histórico que ha pretendido encarnar el Estado social

---

[32] Walzer, a. c., p. 113.

[33] Harris, 1987, o. c., pp. 104, 107 y 348.

(recuérdese la tesis de O'Connor) se ha producido de tal forma que la única alternativa posible parece la del fin de la historia: de nuevo el modelo liberal, el *minimal State* que renuncia a los intentos de universalización en buena parte de los denominados "derechos sociales" (pensiones, sanidad, educación).

Quizá la manifestación más clara de lo que trato de recordar sea la aparición (el refuerzo, según las versiones) de lo que Balibar[34] llama "fronteras interiores", junto al incremento de lo que, en la versión del mismo Balibar o de Castel[35], podríamos calificar como el relanzamiento de la condición de vulnerabilidad o, con Dahrendorf[36], la aparición de una franja social ("subclase del ghetto", la llaman otros) que incluye a parados permanentes, pobres estancados en su condición de miseria, grupos étnicos desaventajados, etc. (nuestro "Cuarto Mundo"), que, por así decirlo, "han caído a través de las mallas de la red"; son un mero agregado social, una *masa* (Balibar) más que una clase. Lo que les une es su condición de víctimas, "el hecho de que no se pueden ayudar por sí mismos (salvo en cuanto individuos)... Necesitan catalizadores y agentes externos o un cambio de valores". Lo más significativo es que se trata de *no-sujetos*, de seres que no cuentan, de los que la sociedad puede prescindir (al menos, tratar de apartar o ignorar) porque no los necesita. Quizá lo más significativo, como escribe Walzer[37], es nuestro desasosiego o

---

[34] Ver Balibar, 1992 y Balibar-Wallerstein 1990. Una exposición tan clara como breve en Balibar, 1992 b (AA. VV., Affichard-De Foucault, eds.), 1992, pp. 149-163.

[35] Ver los trabajos incluidos en el colectivo AA. VV., 1991, así como en el colectivo de AA. VV., 1992, ya mencionado en la nota anterior.

[36] R. Dahrendorf, 1993, pp. 6ss. Dahrendorf sigue en buena medida el análisis de W. J. Wilson.

[37] Ver J. Walzer, 1992, pp. 100ss.

incomodidad ante su existencia, que se traduce, por ejemplo, en el hecho de que ni siquiera sabemos cómo llamarlos: los desposeídos, los perdedores, los "nuevos pobres" (así, Ballesteros[38]). Se agudiza así la contradicción íntima del concepto de ciudadanía, por cuanto es perfectamente posible que coexista la atribución de derechos a cuantos son ciudadanos con una situación de dualización como la que ejemplifica, por poner un caso visible, el incremento de los *homeless* en Estados Unidos. Por supuesto, todo ello sin contar con el grado de exclusión que deriva de la condición de no ciudadano, y no sólo por la difícil justificación de la diferencia de títulos para el reconocimiento de derechos entre ciudadanos y extranjeros. A los efectos de la crisis del Estado de bienestar, con todo, el aspecto más palpable es el ascenso de la ya aludida fuente de exclusión: el hecho de que, en el interior del grupo, padecen de hecho quienes, perteneciendo a él, son apartados de la distribución de bienes por la hegemonía de alguno de los principios sucesivamente elegidos para tal adjudicación: el mercado, el mérito, la necesidad. Esa tendencia se refuerza hoy con las reclamaciones de la recuperación del protagonismo de la sociedad civil, de la espontaneidad social cuyo paradigma sería (?!) el mercado. Pero, como muestra a las claras, por ejemplo, el análisis de esa "subclase de ghetto" de la que habla Dahrendorf, está claro que el criterio de eficacia y competencia (y la "generosa" y "positiva" hipótesis de la igual autonomía individual) no sirven, por ejemplo, para que grupos sociales semejantes se sitúen siquiera en el umbral que les permita las primeras oportunidades vitales. Y la pregunta es si una exclusión que, de hecho o institucionalmente, abarca a toda una categoría de sujetos puede dejar de afectar a la estabilidad social. Una versión de la ciudadanía que no sea, al menos

[38] J. Ballesteros, 1992.

tendencialmente, un proyecto universal no puede dejar de constituir, para emplear los términos del propio Dahrendorf, "una penosa cobertura del privilegio".

El ciclo de desarrollo económico vivido entre los años 1945-1970 parece irrepetible: la creencia en el pleno empleo (en la condición coyuntural del paro) ha sido abandonada. Hoy, como ha dejado escrito en alguna ocasión G. Peces-Barba, de nuevo la malthusiana parábola del banquete parece convertirse en regla de oro, signo del señorío de la *ratio economica* sobre el derecho, la ética, la política. La biblia de la ortodoxia económica impone en la actualidad (basta echar un vistazo a las recetas del FMI o del Banco Mundial) el aumento de la financiación de la economía y no la socialización de la riqueza. El coste de paro, de incremento de vulnerabilidad, que implican para sectores crecientes de la población esas directrices monetaristas puede ser afrontado (no sin enormes dificultades) en países en los que las clases obreras tienen mecanismos de resistencia y solidaridad; en los demás (y ése parece ser nuestro caso) no sucede así: la consecuencia es que aumentará la exclusión, y el modo de empezar es por los extranjeros, pero no se detiene ahí. Ha comenzado un proceso de vulnerabilidad cuyo primer elemento es la precarización del trabajo y las políticas que tienen como resultado el cierre de los cauces que permitían lo que Hoggart[39] denominara la porosidad progresiva entre las dos clases antagónicas, los mecanismos transversales que permitían un puente: la propiedad de la vivienda, la asistencia contra los riesgos sociales (enfermedad, vejez, desempleo), el acceso a la educación, etc. El aumento del desempleo afecta no sólo a los jóvenes, sino a un porcentaje de

[39] R. Hoggart, *La cultura de la pobreza* (cito por la traducción francesa de *La culture du pauvre*, Ed. de Minuit, París 1970).

adultos para los que la recuperación del empleo se torna casi imposible. Todo eso significa, como ha advertido por ejemplo Gaullier, la desestructuración de los ciclos de vida social, configurados en gran medida por la sucesión de las etapas laborales y que conducen a la gestión del tiempo de ocio y de retirada de la vida activa también como factores de estabilidad social; eso es tanto como decir que las consecuencias no se reducen al ámbito laboral, que alcanzan no sólo a la integración social que el trabajo produce, sino a la estabilidad social misma, a la integración social en un orden en el que estén suficientemente garantizados las necesidades y derechos básicos. Se crea así –la expresión es de Castel– una especie de "*no-man's land social* " que, además, *comienza a heredarse*; se potencia un proceso de vulnerabilidad que amenaza con extender de forma insoportable los estados de exclusión. Como advierte Walzer[40], son ellos quienes "participan sólo en una mínima parte en el bienestar de sus países, soportan el peso de la crisis económica, son expulsados de las mejores escuelas y de los mejores puestos, llevan por todas partes los signos de los perdedores. Así reproducimos las exclusiones internas del mundo antiguo: los sin-derechos, los sin-poder, los parados, los marginados". Que se sostenga frente a ello el mito de la exclusión justa (justificada al menos como inevitable) como exigida por las reglas de la "racionalidad económica". El Estado de bienestar como concreción del Estado social parecería haber fracasado en su objetivo redistributivo y en la universalización de los servicios.

En mi opinión, en el inaplazable debate sobre cómo rescatar lo que parece irrenunciable del Estado social, es posible encontrar propuestas que ofrecen alternativas que no pasan necesariamente por su desmantelamiento: hay que garan-

---

[40] M. Walzer, "L"esclusione, l'ingiustizia e lo stato democratico", *Micromega,* 1992, pp. 100.

tizar la oferta de servicios universales relativos a bienes primarios, con independencia del mercado, pero, de otra parte, ello supone exigir las contribuciones de los ciudadanos para hacerlos posibles (el *quid* estará, sobre todo a los efectos de lo que nos interesa en este estudio, en si las cargas en cuestión son –deben ser– sólo económicas o pueden también alcanzar el plano personal). Es el caso, singularmente, entre otros, del análisis realizado por Harris[41], siguiendo a dos de los clásicos de la conexión entre Estado social (de bienestar) y ciudadanía, Titmuss[42] y Marshall[43], al que me voy a referir a continuación.

La conexión entre Estado social y ciudadanía es establecida por Harris en consonancia con Titmuss y Marshall, en los siguientes términos: "El Estado de bienestar está arraigado en una concepción de lo que es un miembro pleno de la comunidad y de los derechos sociales que son necesarios para proteger y reforzar esa comunidad... Lo esencial en la teoría de la ciudadanía acerca del estado de bienestar es la calidad de miembros de la comunidad. Éste es el bien a promover por parte de las instituciones del bienestar en una economía de mercado. Es también la fuente de las demandas que dirigimos a los demás... [aunque] dicho Estado pueda haber degenerado en una situación de poca austeridad y en una burocracia opresiva... el reto político es regenerar la visión comunitaria del bienestar... [lo que] supone el desarrollo de políticas y la provisión de servicios que inculcan e inspiran los sentimientos comunitarios potenciales de todos los ciudadanos"[44]. Y es que, como digo, el punto de partida es la noción de ciudadanía propuesta por

---

[41] Harris, 1987.

[42] Titmuss, 1963, 1974a y 1974b.

[43] Marshall, 1963, 1975, 1981.

[44] Harris, 1987, 105 y 348.

Marshall. Una noción que, lejos de pretender la utilidad técnico-jurídica de nuestra tradición de derecho público y constitucional, arraigada en una concepción de valor social igual, insiste sobre todo en la dimensión sociopolítica, como se desprende de la conocida definición ofrecida por este autor: "Una situación otorgada a quienes son miembros plenos de la comunidad. Todos los que disfrutan de esa situación son iguales con respecto a los derechos y obligaciones que concede el estatus. No hay ningún principio universal que marque cuáles serán los derechos y obligaciones, pero las sociedades en las que la ciudadanía es una institución en vías de desarrollo forjan la imagen de un ciudadano ideal con relación al cual pueden medirse los logros y orientarse las aspiraciones"[45]. Lo importante es, pues, mantener la igualdad en el acceso a los bienes que permiten definir esa calidad de ciudadanía, de miembro pleno de la comunidad, y ello constituye una obligación, en términos de justicia, en términos de derecho, no sólo en el orden moral. Por eso, la provisión de servicios de bienestar para hacer frente a las necesidades es necesaria para respetar los derechos sociales de los ciudadanos.

La fundamentación de la existencia de un deber general de asistencia que compete a todos los ciudadanos (pero también al Estado) no se encuentra tanto en la idea de compensación por las deficiencias del funcionamiento del mercado, sino, como advierte Titmuss, en el hecho de que hay individuos y grupos que realizan una contribución al bienestar de la comunidad política, y, por tanto, ésta tiene la obligación de compensar. El fundamento, pues, es la solidaridad justificada desde el reconocimiento de la posibilidad del altruismo (algo en lo que coinciden Marshall, Titmuss y Nagel), que a su vez tiene como fundamento el deber que asiste a todos los que partici-

[45] Marshall, 1963, p. 87.

pan como miembros de una estructura, de un grupo: como muestra Titmuss, puede ser útil para comprenderlo la analogía con la familia, entendida como estructura de apoyo mutuo, basada no sólo en la reciprocidad, en la contribución que todos hacen, sino sobre todo en la condición de miembros de la misma, en su pertenencia; del mismo modo, los individuos están en deuda como miembros de la sociedad y el Estado, con ellos y con los otros individuos que también forman parte, es decir, no sólo por las contribuciones concretas que cada uno haga o reciba. Las políticas sociales se apoyan en su concepción de vehículo del altruismo, pero no simplemente como sentimiento moral de benevolencia, sino como institucionalización de la ayuda mutua para todos aquellos que tienen la condición de miembros, precisamente por esa característica de pertenencia, de ciudadanía. Para Marshall, Titmuss o Harris, no podemos hablar de sociedad integrada si sus miembros no se interesan directamente por el bienestar de los demás miembros y no crean instituciones de bienestar a esos efectos, pero sin afectar la independencia, la autonomía de los demás (y ahí radica la diferencia entre el altruismo, la solidaridad y sus manifestaciones institucionales de un lado, y la beneficencia paternalista de otro).

Puede hablarse así de un deber general de ayuda cuya base es el derecho de cada individuo a disfrutar de su estatus *como miembro pleno de la comunidad protegida*: en otras palabras, la calidad de miembro de la comunidad que tiene como expresión paradigmática la noción de ciudadanía. El objetivo de un Estado de bienestar es la garantía de las satisfacción de las necesidades[46], especificadas por el criterio de lo que es necesario para proteger y mantener la posición propia como un

[46] Sobre la dimensión jurídica de la satisfacción de las necesidades, ver Añón 1994.

miembro pleno de la comunidad. Y la primera, como recordaba Walzer, es la capacidad y oportunidad de participar en la forma de vida de la sociedad. La condición de ciudadanía es, como escribe Harris[47], el fundamento de la posibilidad de imponer cargas correlativas tanto a los beneficiarios como a los proveedores de bienestar, y ahí alcanzamos el núcleo de lo que nos interesa: es esta noción de ciudadanía, en el marco de las obligaciones y derechos propios del Estado social, lo que ofrece una justificación, en mi opinión, para el establecimiento de deberes jurídicos de solidaridad, como los que pueden concretarse en el servicio civil del que se trata. Los destinatarios del deber de ayuda no son sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, desde una concepción solidaria y responsable de la ciudadanía en ese tipo de Estado. En efecto, tanto los derechos al bienestar como las obligaciones de ofrecer los recursos que permiten su satisfacción se basan en la condición de ciudadanía. La extensión de las obligaciones es el problema fundamental, y de ello trataré en el siguiente punto, pero, en todo caso, lo que sí es posible afirmar es que esas obligaciones tienen como ámbito todo aquello necesario para garantizar la condición efectiva de ciudadanía, y, por esa razón, lo que es más importante, *como las obligaciones se correlacionan con derechos, es absolutamente lógico, coherente, el recurso a la coacción para obtener su cumplimiento. En otras palabras, ésa es la justificación de la existencia de las obligaciones jurídicas de solidaridad.*

En efecto, como trata de formular Habermas[48], es absolutamente necesario sustituir la visión voluntarista, graciosa (es decir, de gracia, de favor, como expresan los términos de benevolencia o beneficencia), respecto a este tipo de

---

[47] Harris, 1987, p. 351.

[48] Se trata de la posición enunciada en el a. c., 1986, pp. 310ss.

obligaciones por otra más acorde con la conexión de la solidaridad con la justicia –a través de la igualdad[49]–. Ahí es donde entra, volveré a recordarlo, la justificación de la institucionalización de los deberes de ayuda (lo que en el epígrafe siguiente denominaré deberes de solidaridad), en su doble vertiente: para los poderes públicos (para el Estado) y para los ciudadanos. El problema, indudablemente, es a su vez doble:

a) ¿Puede seguir sosteniéndose la necesidad de una institucionalización de la solidaridad como la que caracteriza el modelo asistencial e intervencionista propio del Estado social? Dicho de otro modo, en lo que denominamos la vertiente estatal, ¿acaso la crisis del *Welfare State* no es la mejor muestra de la imposibilidad o, al menos, de los límites de esa institucionalización?

b) Por lo que se refiere a los ciudadanos, está claro que las objeciones alcanzan un nivel diferente según el punto de vista que adoptemos. Es obvio, por ejemplo, que, desde una perspectiva liberal-individualista estricta carece de sentido tratar de justificar siquiera el concepto mismo de deber de ayuda más allá de lo que exija el puro egoísmo. En todo caso, conviene recordar aquí

---

[49] Es decir, justo al contrario de lo que propone, en mi opinión erradamente, A. Cortina, ver Cortina, 1994. Hay que recordar que Habermas trata de superar también la dimensión cerrada de ciertas versiones de solidaridad, tal y como ha señalado Amengual (1993, pp. 146ss), para pasar a otra auténticamente universal, que requeriría, según creo, y eso no lo advierte el propio Habermas, una sociedad universal con su derecho (tal y como se evidencia, por ejemplo, a propósito del debate sobre la intervención humanitaria en el orden internacional), porque es cierto que el bienestar general puede convivir –de hecho, es lo que sucede tanto en el interior del Estado como en el tan traído orden internacional– con la desprotección de diferentes grupos minoritarios, si no con la de la mayoría de la población, la que no es Primer Mundo, que es precisamente lo que sucede hoy.

> (no puedo extenderme más en ello) que incluso desde perspectivas propias del individualismo metodológico –habría que decir desde el paradigma del egoísmo racional, tan caro a algunas direcciones hegemónicas en la ciencia económica y en otros sectores de las ciencias sociales– se atisba la cooperación como necesidad, tal y como lo muestra el desarrollo de la hipótesis del "dilema del prisionero" (como analizan, por ejemplo, Axelrod o Gauthier). Si, como he tratado de argumentar hasta ahora, salimos de esas concepciones y admitimos, como he propuesto, con Marshall, Titmuss, Nagel y tantos otros, la posibilidad del altruismo (es decir, de la solidaridad), la respuesta comienza a cambiar, pero tampoco con ello tenemos resuelto el problema, porque penden aún cuestiones tan importantes como los límites o la modalidad del deber de ayuda: por ejemplo, ¿basta con la institucionalización del mismo que se concreta en un sistema impositivo de carácter redistributivo?, ¿son necesarias otro tipo de prestaciones?, ¿pueden llegar a incluir prestaciones personales?

El modelo de Estado social supone ofrecer una respuesta inequívocamente afirmativa a este tipo de cuestiones. Las políticas sociales propias de ese modelo suponen el reconocimiento institucional de la pertenencia a una comunidad, esto es, de que los individuos no son mónadas ni la sociedad un mero agregado de intereses aislados. A la vez, con esas políticas se logra una participación de los individuos en los planes comunes, a partir de los vínculos de altruismo y solidaridad, al mismo tiempo que desempeñan una importante función pedagógica desde el punto de vista de la adquisición de la conciencia cívica, de la cultura de la solidaridad. Y lo que es muy claro: en todo caso, sólo desde estructuras institucionales

les es posible responder en términos de eficiencia y adecuadamente a la satisfacción de buena parte de esas necesidades.

Pero, como habíamos adelantado, la *crisis del Estado de bienestar* (al menos, del Estado asistencial), la incapacidad de proporcionar el objetivo redistributivo junto a la hiperburocratización alcanzada, nos lleva de nuevo a la necesidad de plantearnos si acaso estas exigencias de la solidaridad no deberían proveerse de otro modo, y con ello alcanzamos el núcleo de la cuestión, también en su dimensión ambivalente: ¿existen deberes jurídicos positivos de solidaridad que alcanzan a todos los ciudadanos? ¿Pueden institucionalizarse, como sería el caso de un servicio civil, o, más bien, de esta manera estaríamos volviendo del revés la cuestión, hurtando al Estado el cumplimiento de las funciones mínimas que lo justifican? ¿No se trataría de una forma perversa de subvenir a la crisis del Estado asistencial, sustituyendo los gastos sociales por imposiciones de contribuciones personales por parte de los ciudadanos? Y en ese caso, ¿con qué legitimidad puede pedir el Estado que aceptemos esas imposiciones?, ¿cuál es la justificación de la exigencia de deberes constitucionales de solidaridad?

Las objeciones que surgen cuando hablamos de deberes de solidaridad responden sobre todo a argumentos "técnicos". Así, en primer lugar, la impugnación de ese tipo de deberes respondería al argumento de que de la solidaridad no surgen tanto deberes clásicos ("deberes negativos"), sino deberes positivos, deberes de hacer, y, por lo que a nosotros interesa, dentro de éstos, deberes de actividad (más que de resultado[50]) que consisten en prestaciones personales y que no corresponderían a los principios básicos de la democracia. En

[50] Ver De Asís, 1992, 190ss.

segundo lugar, se subraya que no cabe aceptar deberes allí donde falta la nota lógica de correlatividad con derechos, conceptualmente esencial[51] para que hablemos de derechos humanos, lo que resulta especialmente claro en el caso de los denominados deberes positivos generales de solidaridad, pues ésta sólo supone la remisión a benevolencia y no ofrece garantía. Algo similar es la objeción que advierte una contradicción en imponer jurídicamente la solidaridad: ésta, como cualquier virtud, no puede imponerse y por ello resultaría ajena al derecho. Veamos brevemente esos argumentos.

Frente a quienes, como Lipovestky, sostienen que en una sociedad moderna (entendiendo ésta como la sociedad donde se respeta el primado de la autonomía y dignidad del individuo y la igualdad) no cabe ninguna justificación de la imposición de deberes positivos generales, basta leer a Garzón Valdés para advertir lo contrario[52]. Como recuerda este autor, las tesis clásicas del liberalismo que, para garantizar los derechos, formulan junto a los deberes negativos generales (y que suponen obligaciones *erga omnes* de no interferencia con esos derechos), deberes positivos especiales simbolizados en el Estado gendarme, es decir, deberes sólo para la policía y el juez, que han de actuar conforme al modelo lockiano de "leyes-valla" y por tanto intervenir sólo en caso de infracción, son manifiestamente insuficientes. Precisamente por eso, como recordé en el epígrafe anterior, surge el Estado social, el Estado asistencial, que no sería contradictorio con el Estado liberal, sino, según la sugerencia de alguno de los clásicos del pensamiento socialista, una exigencia de coherencia de éste.

---

[51] Ver Ruiz Miguel, 1990, 153ss; Vidal, 1992, 37ss; Martínez de Vallejo, 1992, 21ss.

[52] Garzón, 1988, pp. 20ss.

Efectivamente, el símbolo de este Estado es, consecuentemente con la función promocional que se imprime a su derecho, la ampliación de los deberes positivos especiales y la recuperación de la noción de deberes positivos generales, esto es, siguiendo la definición propuesta por Garzón, aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia a otro, que requieren un sacrificio no especialmente significativo y cuya existencia no dependería de una previa relación contractual, y menos aún entendidos como obligaciones personales de actividad, por cuanto éstas comportan algo así como una enajenación de períodos de vida, ergo de libertad y autonomía del individuo a favor de la comunidad. Esos deberes tienen una justificación muy sencilla: la protección de bienes que se consideran valiosos y que no pueden ser garantizados de otra manera. Es cierto que se puede discutir (como lo hace Laporta) que, si los deberes positivos exigen coordinación de esfuerzos y especialización, los deberes positivos generales se diluirían en una multiplicación de deberes positivos especiales, lo que sería el precio de la eficacia y, por ello, resultaría redundante mantener la exigencia de deberes positivos generales de solidaridad: los ciudadanos ya cumplen sosteniendo el Estado que provee e institucionaliza a los destinatarios de deberes especiales. En mi opinión, este argumento no descalifica lo que a nosotros más nos interesa, aunque, como trataré de hacer ver, puede constituir una seria objeción frente a la configuración de la opción de desarrollo legal del artículo 30.4 (bien independiente, bien conjuntamente con el 30.3). Pero es que, además, como nos muestra por ejemplo con toda claridad la jurisprudencia anglonorteamericana en lo relativo a las experiencias basadas en la técnica del *plea bargaining* (aunque no sólo en ella), es perfectamente posible sostener en sociedades modernas la existencia de prestaciones personales de actividad precisamente como un instrumento subsidiario de otro tipo de obligaciones impues-

tas desde el derecho como sanciones: es el caso, por ejemplo, de la sustitución de las penas privativas de libertad o incluso de sanciones económicas por la prestación de servicios considerados de utilidad para la comunidad (por ejemplo, en régimen de fin de semana).

Un segundo argumento es el de quienes aducen que no tiene sentido hablar de deberes positivos generales cuando no es posible identificar a los correlativos destinatarios de los derechos y añaden que, si tal identificación fuera posible, son de cumplimiento imposible, pues nos llevaría a dificultades empíricas irresolubles (como mostraría el supuesto deber general de ayudar a los que padecen hambre[53] o el dilema vergonzoso en el que se ha atascado la comunidad internacional en torno al denominado "deber de intervención o injerencia humanitaria"). No creo que el problema se resuelva como entienden L. Calera o De Asís[54], siguiendo a Kelsen, hablando de "derechos del Estado", y menos aún de "derechos de la sociedad"[55]. La verdad es que, en el problema que nos ocupa, más que insistir en la correlatividad, habría que apreciar la especificidad del supuesto, que corresponde a la categoría de los derechos-

---

[53] Sin embargo, trabajos como los de A. Sen, 1993, se han encargado de demostrar la falacia precisamente empírica que hay detrás de tal objeción.

[54] L. Calera, 1987, pp. 20ss; De Asís, 1992, pp. 177ss.

[55] La postura de Kelsen en este punto tiene consecuencias, en mi opinión, rechazables y no demasiado lejanas de las enunciadas por Schmitt, quien, como se recordará, sostenía que las dos instituciones imprescindibles en la democracia eran el sufragio universal y el servicio militar obligatorio (Schmitt, 1965, pp. 248ss); hay que decir que la importancia atribuida por Schmitt al servicio militar obligatorio me parece una exigencia, más que de la democracia –en línea con el jacobinismo de 1789, que inspira esa tesis: el pueblo en armas–,de la influencia hegeliana, por la supeditación del reconocimiento del individuo como persona, como ciudadano, a su disposición para ofrecer su vida por el Estado. Ver, sobre ello, De Lucas, 1985, y De Lucas, 1993.

deberes, o derechos-función, en los que lo que está en juego es, como escribe Peces-Barba[56], bienes o intereses de tal importancia que el Estado impone deberes para todos los ciudadanos al mismo tiempo que les reconoce facultades. Aquí, a diferencia de otros supuestos (en general, del modelo de deberes positivos generales), no se trata de que el destinatario del derecho correlativo al deber sea indeterminado o muy amplio y difícil de precisar, sino de los mismos sujetos en cuanto beneficiarios del bien o valor en cuestión.

Como habrá podido deducirse de lo anterior, en el fondo de las respuestas a esas críticas subyace un desacuerdo radical en torno a un problema conceptual: en efecto, considero criticables las apriorísticas descalificaciones del reclamo a la solidaridad por el solo hecho de estar "impuesta" en una norma jurídica. Parece que en este punto se esté pensando en concepciones de la solidaridad propias de otros contextos históricos, que adscribían el ejercicio de la solidaridad al ámbito de las obligaciones morales –la solidaridad como beneficencia o benevolencia o caridad, distinta de la justicia– o que, desde la convicción de que el derecho fuerza pero no obliga, reducen el derecho a la imposición de una sanción que siempre tendrá carácter negativo y represivo, olvidando cuanto pueda tener de función promocional. Como he tratado de argumentar en otros lugares, es cierto que la noción de solidaridad posee una ambigüedad innegable, que subyace a la distinción misma formulada por Durkheim entre la modalidad "mecánica", propia de los grupos cerrados, de las sociedades primitivas, sin división del trabajo y en las que el individuo está fuertemente supeditado al grupo, frente a la modalidad orgánica, propia de sociedades com-

[56] G. Peces-Barba, 1986, p. 104.

plejas (de las industriales, diríamos nosotros: *a fortiori,* de lo que se califica como postindustriales), en las que el individuo no se define ya por un lugar y función en el grupo, sino por un haz de interrelaciones[57]. A partir de ahí, he tratado de mostrar que el principio de solidaridad puede presentarse no sólo como una exigencia ética, sino como un criterio en el ámbito jurídico-político, es decir, un principio relacionado no con la caridad, la benevolencia o la "humanidad", sino con la justicia, y precisamente como especificación de la igualdad. Este principio se concretaría, entre otras cosas, no sólo en la presencia en los ordenamientos jurídicos positivos de deberes positivos y entre ellos el deber mismo de solidaridad (en el nuestro, basta leer los artículos 30.1, 3 y 4, 31, 39ss de la Constitución, por no mencionar el más clásico delito de omisión de prestación del deber de socorro), sino, además, en la no menos clara existencia de normas y sanciones de contenido positivo que premian e incentivan determinadas conductas.

Bibliografía

V. Camps, *Virtudes públicas*, España Calpe, Madrid 1990.

J. de Lucas, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México 2001.

Di Maio, "Obligazioni solidali", en *Enciclopedia del Diritto* XXIX, 1976.

---

[57] Así, hay una solidaridad entendida como principio de cohesión-cierre del grupo –cuyo modelo sería el corporativista– y que políticamente es el principio organicista y totalitario de solidaridad característico de los fascismos, frente a la solidaridad entendida como vínculo con quien es semejante en lo básico –los seres humanos–, principio clave para los movimientos sociales –religiosos, políticos– de vocación universalista.

E. Durkheim, *La division du travail social,* Alcan, París 1866.

González Amuchastegui, "Notas para una elaboración de un concepto de solidaridad como principio político", *Sistema* 101 (1991).

Grimm, *Solidarität als Rechtsprinzip,* Athenaeum, Frankfurt 1973.

Hayward, "Solidarity: The social history of an Idea in Nineteenth Century", en *International Revue of Social History*, IV, 1959.

Ibn Jaldun, *Mugaddimah. A introduction to History,* ed. en inglés de Pantheon Books, Nueva York 1958.

Lener, "Ecologia, persona, solidarietá: un nuovo ruolo del diritto civile" en *Technique giuridiche e sviuppo della persona,* Lipari, Bari 1974.

G. Peces-Barba, "Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada", en *Los servicios sociales*, Civitas/Once, Madrid 1991.

Rorthy, *Contingency, Irony and Solidarity,* Cambridge University Press, Cambridge 1989.

Vasak, "Le Droit International des droits de l'homme", en *Revue des Droits de l'Homme,* 1972, V/1.

——, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Unesco/Serbal, Madrid 1984.

Universalidad e interculturalidad

María José Fariñas Dulce

Profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid

"La razón no puede florecer sin la esperanza,
pero la esperanza no puede hablar sin la razón.
Sólo cuando la razón comienza a hablar,
comienza de nuevo la esperanza en la que no hay falsía."

Ernst Bloch

Introducción

La gran idea de la humanidad ha sido y sigue siendo hoy conciliar la universalidad de los valores con la diversidad de las culturas. La condición humana se ha desarrollado siempre en un péndulo dialéctico entre la unidad y la multiplicidad, entre lo homogéneo y lo heterogéneo, entre la búsqueda de lo común y la afirmación de la diferencia, entre lo individual y lo colectivo o, en fin, entre el triunfo de lo universal y la resistencia de lo particular. En base a esa relación dialéctica de elementos contrarios, la cultura occidental moderna se ha visto condicionada a desenvolverse en dos direcciones contrapuestas: o bien ha intentado alcanzar una unidad superior mediante el presupuesto epistemológico de la *reductium ad unum,* intentando marginar, ocultar, reducir o inferiorizar las diferencias que pudieran amenazar a aquélla, o bien ha pretendido ontologizar, absolutizar y sacralizar las diferencias por sí mismas de manera exclusiva y excluyente, siendo éstas incapaces entonces de conseguir un punto de unidad compartido, de encuentro, de armonía o de diálogo.

He pretendido reflejar esta tensión dialéctica en los títulos de los dos grandes apartados que componen este trabajo. Los términos *universalidad* e *interculturalidad* están relacionados entre sí mediante la preposición latina *versus*. Utilizo aquí la preposición latina *versus* no en su acepción más común y cinematográfica (léase "contra"), sino con el significado que en latín tiene dicha preposición: *hacia*, esto es, encontrarse frente a algo, pero *en dirección a*. Lo que intento poner de manifiesto es que entre los conceptos de universalidad e interculturalidad debería existir, más que una tensión dialéctica o de enfrentamiento de elementos contrarios, una tensión *dialógica* o relacional, en la que *una se dirige hacia* la otra, y viceversa. No deben entenderse como conceptos opuestos, sino que reflejan diferentes aspectos de un mismo proceso cognitivo. La universalidad de los derechos humanos se encuentra *frente y en dirección hacia* la polifonía cultural del mundo, mientras que las diferencias culturales y de civilizaciones *tienden* siempre hacia la construcción de valores comunes y éticas universales.

En este contexto se nos plantea ahora la pregunta de cómo compaginar la pretensión de *universalidad* de los derechos humanos con la polifonía de las diferentes culturas, religiones y cosmovisiones del mundo sin caer de nuevo en un colonialismo intelectual ni en los tradicionales "imperativos" culturales o morales. Creo que la respuesta a esta cuestión sólo se puede encontrar si aceptamos que la cultura occidental de los derechos humanos ha de pasar por una etapa de reflexión y de replanteamiento teórico.

Universalidad *versus* interculturalidad

Los derechos humanos representan el código de justicia del mundo occidental moderno. Nacen con una pretensión de *universalidad* y de

objetividad, de ser derechos para todos los seres humanos y en todo lugar. Los derechos o son universales, de todos los hombres y las mujeres, sin exclusión, o no son derechos humanos; su reconocimiento no puede condicionarse al abandono de los rasgos sociales o biológicos de identidad. Todos estos rasgos tan sólo pueden ser considerados complementarios a la *universalidad* de lo humano. Se tienen derechos no por ser negro, mujer, propietario, musulmán o cristiano, sino por ser seres humanos. Por ello, la teoría de los derechos humanos siempre se ha propuesto como objetivo la formulación de principios morales sobre la dignidad humana al margen de las diferentes y privadas concepciones religiosas o culturales. Y a esos principios morales se les ha dotado de una validez universal, absoluta y objetiva, al margen de su concreta matriz cultural.

A pesar de ello, lo cierto es que nunca se ha llegado a un acuerdo definitivo sobre la cuestión de si realmente existen tales derechos humanos universalmente válidos y sobre cuáles han de ser ellos en concreto, ya que para alcanzar una fundamentación universalista de los derechos humanos necesitamos no sólo un principio formal, sino también una universalidad en cuanto al contenido de los mismos. Por otra parte, ya se ha reiterado hasta la saciedad que el gran reto de los derechos humanos no está tanto en su fundamento teórico, sino en conseguir los medios para hacerlos efectivos y realmente *universales* para todos los seres humanos.

La promesa de la *universalidad* de los derechos, aunque frecuentemente incumplida, ha caracterizado toda la etapa de la *modernidad.* Pero la *modernidad* no es sólo una etapa cronológica. Por esa razón se puede afirmar que sólo en Occidente y a partir del siglo XVIII, como apuntó Max Weber, han aparecido fenómenos culturales que se insertan en una dirección evolutiva

de alcance y validez *universales*[1]. Se trató de un proceso de conquista universal del tiempo y del espacio. En la cultura occidental, si algo (el conocimiento, el derecho, la filosofía, el arte, la religión, la organización política y económica, la revolución social...) no es universal parece como *no* válido y carente de certeza.

Uno de esos "productos culturales" del Occidente moderno de pretendido alcance *universal* fue el que dio lugar al fundamento laico y antropológico de los derechos humanos en tanto que componentes de la ética pública del Estado moderno de derecho. Éstos fueron concebidos como el código de justicia del mundo occidental moderno, pero tuvieron pretensiones ideológicas de validez universal para todos y en todo lugar. El *ser humano* y su *razón* se convierten en el centro del universo: el único fundamento de los derechos humanos se encuentra en la racionalidad de los seres humanos convertidos por el pensamiento ilustrado racionalista en *individuos* universales y abstractos. La hipótesis de Dios es sustituida por la hipótesis de la Razón. Se trataba de una legitimación laica y antropológica de los criterios de justicia, que se alzaba frente a las viejas justificaciones religiosas de la Edad Media. Pero el conflicto entre razón y fe seguiría subsistiendo en la cultura occidental; y, sin caer necesariamente en el extremo del irracionalismo, la unidad de la Razón de la modernidad acaba a veces encerrando a los seres humanos y al politeísmo de sus valores y contextos de relaciones, parafraseando a Max Weber, en una "jaula de hierro" difícil de eludir.

Ahora bien, tal pretensión de validez universal supondría la existencia de una *cartesiana* naturaleza humana universal común para todos los

---

[1] Ver Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Península, Barcelona 1969.

seres humanos, una especie de racionalidad abstracta y universal, eterna e inmutable[2]; un humanismo abstracto que supondría la conquista definitiva del hombre universal. La *universalidad* se convierte, así, en una necesidad ontológica de la Razón. Pero lo más importante fue que, en base a esa supuesta racionalidad universal, se podría argumentar la existencia de unos derechos innatos a todos los seres humanos, de carácter imprescriptible, inalienable y universal[3]. En efecto, no debemos olvidar que toda esta fundamentación racionalista de los derechos humanos acaba siendo una justificación antropológicamente metafísica, que presenta los derechos humanos como un producto *natural* inscrito desde siempre en la razón humana. Pero, como ocurre en toda construcción metafísica, en ésta nos encontramos también una inversión ideológica que intenta presentar como una evidencia real algo que simplemente se ha elaborado como una construcción ideológica, tendente a justificar una situación real. Y esto es así porque el contractualismo político de la modernidad presupone la existencia metafísica de un individuo libre moralmente y propietario de su propio ser, con derechos naturales, innatos y anteriores a toda acción social y política. Nos encontramos, pues, con una realidad humana metafísica derivada de un hipotético contrato fundacional, que no podemos modificar ni cuestionar. Los derechos humanos representaban, pues, un universo de certezas incuestionables e inviolables, donde el *individuo* aparece

---

[2] Gregorio Peces-Barba, en sus varios libros, y especialmente en su compendio *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid 1995, pp. 299, ha subrayado con mucho rigor cómo se puede plantear, desde diferentes perspectivas, el problema de la universalidad de los derechos humanos.

[3] Más ampliamente en Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución,* Tecnos, Madrid [5]1995.

como el fundamento y el fin último de toda organización social y política.

La Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuya vocación universal es indudable, dio lugar a una sociedad política de individuos libres y formalmente iguales ante la ley estatal, pero vinculados económicamente al principio liberal de la libre competencia y de la libertad contractual. Este tipo de sociedad política y económica exigía ideológicamente al Estado, tal y como lo argumentó John Locke, la defensa incondicional de la libertad, la seguridad, el contrato y la propiedad privada como derechos naturales y universales de los *individuos*. El núcleo de la estructura política del Estado moderno y de los derechos de los individuos se centró en la relación contractual. Los derechos de los individuos se estructuraron en base a la autonomía del individuo y a las relaciones contractuales entre los individuos-propietarios libres, que podían ejercer y salvaguardar su libertad innata a través de las relaciones contractuales. Se trató, en definitiva, del triunfo *universal* del individualismo ético burgués respaldado por la moral judeocristiana más conservadora. Se generó, entonces, un equilibrio político y económico liberal que fue derivando, finalmente, en un *anti-individualismo estructural,* en base al cual se legitimó desde el principio la concentración de poder en élites y grupos económicos[4].

Esto dio lugar inicialmente a unos derechos humanos construidos jurídicamente como una especie de "lujo politizado" de una clase social (la burguesía), de una raza (la blanca), de una cultura (la occidental) y de un género (el masculino). Es decir, los derechos de los propietarios occi-

[4] Ver Sami Naïr, "Libéralisme, démocratie, avenir", en Edgar Morin y Sami Naïr, *La politique de la civilisation*, Arléa, París 1997.

dentales libres con pretensiones de validez universal, pero definidos metafísicamente como innatos a todos los seres humanos: los derechos deberían ser válidos para todo sujeto, pero el problema fue que en el concepto sujeto cabía sólo un tipo de actor social muy delimitado. No todos los seres humanos podían gozar de los derechos, sino tan sólo un grupo de privilegiados; los demás eran, y todavía son en muchas ocasiones, excluidos de dicha construcción cultural[5]. La Razón ilustrada procede, de esta manera, a universalizar un particularismo muy concreto, *como si* fuera el único y *natural* modo de entender al ser humano, su existencia real y sus relaciones sociales. A la vez, el universalismo jurídico fue construyendo un sujeto de derechos extremadamente individualista y despojado de sus circunstancias particulares y de sus identidades múltiples. De esta manera, dicho universalismo, junto con el individualismo metodológico y con el contractualismo político liberal –signos todos ellos definitorios y constitutivos del proyecto ilustrado de la modernidad–, provocan en la práctica una abstracción y una vaciedad antropológica en los sujetos de derechos, en aras de una igualdad formal ante la ley, que hoy día se muestra claramente insuficiente.

Los derechos humanos han sido, en definitiva, un producto cultural de Occidente que giró alrededor del *egocentrismo* de individuos, colectivos empresariales y élites económicas cuyas posesiones sólo se podían conseguir mediante la negación de los derechos de otros seres humanos y la expoliación de las riquezas naturales de otros pueblos del planeta.

---

[5] Una explicación de las bases "culturalistas" de la exclusión operada en la cultura del capitalismo occidental moderno la realiza Joaquín Herrera Flores, *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Aconcagua Libros, Sevilla 2005, pp. 318ss.

Sin embargo, como ocurre con todo fenómeno cultural, cuando se le saca de su contexto particular de referencia y de sus determinaciones sociales, entonces se oculta su verdadera dimensión ideológica y su vinculación con unos intereses sociales y económicos concretos. En este punto comienza la construcción ideológica de su proceso de *universalización*. Al ser dotado filosóficamente de una *apriorística* y ontológica validez universal, se le niega la capacidad de transformar el mundo desde una posición que no sea la hegemónica, la superior y la dominante[6]. Lo cual implica, desde un punto de vista político, considerar que la teoría universalista de los derechos humanos ha desconocido o, incluso, marginado en muchas ocasiones las diferencias culturales de los pueblos, así como las diferentes cosmovisiones del mundo y de los seres humanos.

Frecuentemente, se ha cuestionado si la pretensión de *universalidad* de la filosofía de los derechos humanos no es más que un *mito* occidental, un *apriorismo,* un dogma absoluto o una *ficción* legitimadora que encierra una pretensión de dominación y de hegemonía mundial. Ahora bien, los mitos son útiles para ayudar a entender la realidad siempre y cuando no traten de suplantarla. Está claro que resulta difícil desmitificar el mito en el que vivimos; siempre es más fácil desmitificar el mito de los demás. Por eso esta necesidad de *universalización* se sigue sintiendo especialmente hoy en los tiempos de la globalización neoliberal del mercado en que vivimos y en los tiempos de disponibilidad total de información y de comunicación en todo el planeta. Cuanto más conocemos del "otro" o de

---

[6] Ver la aportación a la "teoría crítica de los derechos humanos" de Joaquín Herrera Flores, "Hacia una visión compleja de los derechos humanos", en J. Herrera Flores (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal,* Desclée de Brouwer, Bilbao 2000, pp. 19-78.

la "alteridad" de otras culturas o religiones, más necesidad sentimos de afianzar una "teoría universal" o un mito monocultural como mecanismo de identificación y de autoafirmación. La pretensión de *universalidad* sigue siendo la tendencia más poderosa de nuestro mundo actual. Pero lo cierto es que la *universalidad* como componente esencial de la doctrina de los derechos humanos no puede relegarse ya a unos postulados ilusorios, abstractos y pretendidamente derivados de la naturaleza o de la Razón, sino que ha ser el resultado de una constante voluntad de todos por construir valores comunes[7] e identidades compartidas.

Desde una perspectiva política, el gran peligro inmediato se centra en el *antiuniversalismo*, que propugna paradójicamente un *principio universal*: el de la igual validez de las diferentes verdades con independencia de los hechos, pretendiendo dar así soporte teórico a un relativismo ético que se autoderrota cuando afirma aquel principio universal. Tan peligroso puede ser el *antiuniversalismo* como el universalismo impuesto heterónomamente. Por eso nunca como ahora se ha insistido tanto en la necesidad de la *universalidad* de los derechos humanos, aun partiendo del esfuerzo por comprender al "otro" o a las culturas o religiones "diferentes". La pretensión de *universalidad* sigue siendo la tendencia más poderosa de nuestro mundo actual.

La duda está en si realmente ésta sigue siendo la mejor solución posible. Porque la naturaleza o razón humana universal y abstracta no ha sido todavía demostrada desde ningún ámbito cognitivo; antes al contrario, la racionalidad

---

[7] Ver Antonio Enrique Pérez Luño, "La universalidad de los derechos humanos": *Anuario de Filosofía del Derecho,* tomo XV (1998), quien propone un esfuerzo constructivo tendente a la realización de los derechos humanos.

humana se manifiesta de muchas maneras y formas. Por ejemplo, remitiéndonos a los teóricos iniciales de los derechos humanos, para Hobbes el hombre "era un lobo para el hombre"; sin embargo, para Rousseau, la naturaleza humana estaba engendrada en "el buen salvaje", y para Locke, la identidad humana venía dada por sus posesiones y sus libertades. Parece que no existe, pues, una unidad metafísica de la racionalidad humana ni del *ethos* social. Pero el problema no está tanto en el "antropocentrismo" del fundamento de los derechos humanos, sino en cómo se mide éste, extrapolándolo de sus diferentes contextos espacio-temporales de referencia. Porque el ser humano es en sí mismo tiempo y espacio. No existe nada fuera del contexto de nuestras relaciones. Por eso, las diferentes concepciones antropológicas del ser humano hacen que aparezcan contradicciones a la hora de determinar cuáles han de ser los derechos humanos defendibles. Los "universales antropológicos" están siempre impregnados de diversidad y de variabilidad.

Pero lo cierto es que la cultura occidental moderna hasta ahora no ha tenido otro camino que reducir todo a la *unidad* (monocultural), a un patrón único dotado ideológicamente de una racional validez universal y absoluta. La cultura oficial nos ha hecho creer que vivimos irremediablemente en *un* único tiempo y en *un* único espacio, predeterminados y abstractos, es decir, enajenados *fuera* de nuestro lugar y nuestro tiempo concretos. Y también es cierto que el sistema hasta ahora no ha funcionado mundialmente, sino que ha provocado injusticia social, desigualdad, sufrimiento humano, exclusión social, racismo, hambre, dominación, violencia, explotación, colonización intelectual, degradación medioambiental y destrucción de la biodiversidad. Tal situación mundial pone en tela de juicio la credibilidad y la funcionalidad del discurso metafísico de los derechos humanos, su fundamento absolu-

to y universal y su utilización política y económica unilateral. De ahí el fuerte rechazo que desde determinados ámbitos culturales se ha venido manifestando a la doctrina occidental de los derechos humanos en las últimas décadas.

En este contexto se nos plantea la duda de cómo compaginar la pretensión de *universalidad* de los derechos humanos con la polifonía de las diferentes culturas y religiones del mundo, sin caer de nuevo en un imperialismo o eurocentrismo intelectual[8]. ¿Cómo hacer compatible la tradicional teoría universal de los derechos humanos con el pluralismo cultural y las diferencias bioculturales, sin caer en la trampa ideológica de la *tolerancia*?

Porque no se trata sólo de tolerar y/o soportar una pluralidad *folclórica* de diversos sistemas religiosos o culturales bajo la síntesis del único, absoluto y monolítico sistema universal de los derechos humanos, que pretende hacernos idénticos a todos; especialmente, cuando este sistema se fundamenta moralmente en el liberalismo económico y se vincula con las reglas *universales* del mercado, donde los únicos derechos humanos defendibles son los "derechos del mercado" o de la "sociedad de propietarios" (la seguridad, la libertad contractual y la propiedad privada) y *no* los derechos de los seres humanos concretos (la vivienda, la cultura, la educación, la sanidad, el trabajo y las condiciones del mismo, la seguridad social, el medio ambiente, el desarrollo humano,

---

[8] Al respecto, resulta esperanzadora la previsible aprobación de la futura "Convención sobre la Diversidad Cultural del Mundo", cuya base se encuentra en la "Declaración Universal de la Unesco sobre Diversidad Cultural", adoptada en noviembre de 2001 por la Conferencia General. Dicha declaración se funda en la conjunción, entre otros, de dos principios ideológicos claves –la reivindicación del pluralismo cultural y el respeto a los derechos humanos– y afirma en su artículo 1 que la diversidad cultural es "un patrimonio común de la humanidad".

la solidaridad, la paz...). Estaríamos tolerando o resignándonos ante el mal menor y soportando desde una posición de superioridad cultural y moral al que se supone que está equivocado, pero le permitimos que se acerque a nuestro único y verdadero modelo universal. En este punto, la teoría de los derechos humanos ha demostrado siempre una escasa tolerancia real y un escaso respeto por las "otras" construcciones culturales o, cuando menos, bastante indiferencia. Por eso, si admitimos la trampa ideológica de la *tolerancia*, no estaremos tomando en serio las pretensiones de otras religiones, otras culturas u otras "Weltanschaung", ni las estaremos reconociendo y aceptando en pie de igualdad, sino simplemente estaremos contemplando desde fuera, con mayor o menor indiferencia, las diversas manifestaciones culturales o religiosas. Sin la aceptación y el reconocimiento institucional de las diferencias difícilmente se podrá llegar a construir un interés general, unos valores compartidos y una identidad humana común.

Comprensión actual de la universalidad de los derechos humanos

¿Cómo ha de entenderse actualmente la *universalidad* de los derechos humanos? ¿Existe un cambio en la actual concepción de la doctrina de los derechos humanos, tras los acontecimientos mundiales producidos desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por Naciones Unidas en 1948, hasta las últimas "convenciones de derechos humanos" aparecidas en la última década del siglo XX?

Es evidente que los derechos humanos necesitan ser formulados desde una pretensión de *universalidad,* porque de lo contrario no estaríamos hablando de derechos para todos los seres humanos, sino de privilegios, estatus, particula-

rismos u otra cosa. La humanidad evoca siempre lo universal, pero el problema está en que su formulación conceptual varía en cada cultura y en cada época. El concepto de lo humano viene frecuentemente determinado por intereses e ideologías parciales, no universales, lo cual hace casi imposible partir de una jerarquía absoluta y objetiva de valores.

Por eso la *universalidad* de lo humano ha de entenderse hoy día como fruto de un diálogo abierto y conflictivo entre la autonomía de las diferentes culturas e identidades o como fruto de una interpelación mutua de las plurales culturas y cosmovisiones del mundo. La *universalidad* no se puede imponer, sino que se alcanza mediante el consenso, la reflexión y el entendimiento entre todos. La *universalidad* no ha de fundarse sobre cimientos *puros* o sobre un conjunto de verdades necesarias e ineludibles. Puesto que cada sociedad crea lo que para ella es válido. Ésta es la razón por la cual la teoría universal de los derechos humanos debería ser capaz de abrir vías *críticas* de diálogo y entendimiento, sin formular de antemano conclusiones definitivas. Para ello es necesario cuestionar el *mito universalista* o la ficción metafísica y contractualista de los mismos, cuestionar la pureza, el absolutismo y la apriorística universalidad de los derechos. Es preciso reconocer que los derechos humanos no son previos a la acción social y política, ni son ideales abstractos dados de antemano al margen de los conflictos sociales y culturales y de los antagonismos reales, porque esta postura filosófica nos llevaría a una actitud política y económica muy conservadora, a la vez que dominadora e imperialista. No tienen un origen ficticio al margen de la sociedad y normalmente de carácter trascendente como la razón, la historia, la tradición o, incluso, Dios. Esto sólo nos conduce a una heteronomía fundacional de los derechos humanos que tiene consecuencias alienantes para los seres

humanos[9], porque separa los contextos sociales de la fundación de aquéllos y, además, suplanta la propia autonomía de los seres humanos para constituir sus espacios de convivencia.

Una teoría crítica e "impura" de los derechos humanos

Frente a una teoría universal, *pura*, absoluta y cerrada de los derechos humanos, yo propondría una teoría *impura*[10], crítica, compleja, abierta y *contaminada* de los mismos, que evite secuestrar la realidad bajo una ficción fundacional o un mito idealista, mediante el cual se elude cualquier cambio o alternativa realmente posible. Además, plantear una teoría *pura* y *absolutamente universal* de cualquier cosa es una *contradictio in terminis*, porque no existe nada que sea *puramente* algo. Ninguna teoría puede pretender encarnar por sí sola el bien, la virtud, la verdad o lo universal. Plantear una teoría *pura* es, pues, presuponer la existencia de una realidad metafísica y absoluta que no podemos modificar legítimamente; es negar la complejidad inherente del mundo y la diversidad de sus culturas y cosmovisiones éticas y religiosas, las cuales se encuentran siempre en vías de desintegración y de organización; es, finalmente, plantearnos como real lo que simplemente se pretende ideológicamente que *debe ser* de una determinada manera.

Pero, además, una teoría *impura* y crítica de los derechos humanos aboca a un enfoque holístico de los mismos, donde se haga patente la relación entre, por una parte, el desarrollo de los sis-

---

[9] Ver Cornelius Castoriadis, *La institución imaginaria de la sociedad,* vol. II. *El imaginario social y la sociedad*, Tusquets, Barcelona 1989.

[10] En el mismo sentido Joaquín Herrera Flores, "Hacia una visión compleja de los derechos humanos", a. c., p. 31.

temas socioeconómicos, la democracia, la paz, el respeto a la pluralidad cultural, la corrección de las desigualdades y la preservación de la biodiversidad, y, por otra, el disfrute universal de los derechos humanos. De esta manera, los derechos humanos podrían abarcar la totalidad de los aspectos vitales del desarrollo de los seres humanos, sin olvidar ningún elemento de la compleja y global realidad y sin establecer de antemano jerarquías absolutas o catálogos cerrados de derechos. Los derechos han de estar en contacto con la realidad y abiertos a las diferentes facetas de los seres humanos. Con ello quizá se pueda abrir el camino hacia una síntesis de las diferentes maneras de entender los derechos y los universales antropológicos de los seres humanos.

Creo que la cultura occidental de los derechos humanos debería entrar en una etapa de replanteamiento y reformulación de algunos de sus viejos fundamentos. Para ello, la pretensión *universalista* de los derechos humanos ha de entenderse como el fruto de diferentes luchas o conflictos sociales, culturales, económicos y políticos; por lo tanto, como el resultado de plurales procesos históricos de encuentros y desencuentros, de una acción política y social, de un tiempo concreto y de una constante confrontación política de pluralidades y de antagonismos. Los derechos humanos son el fruto del tiempo dinámico e *impuro* de la historia[11]; son respuestas históricas a complejos problemas de convivencia, donde se ponderan los diferentes intereses en juego con concretas aspiraciones éticas o morales. Pero si los derechos humanos son derechos históricamente relativos, cómo se puede justificar entonces, como ha advertido Norberto Bobbio[12],

---

[11] Ver Marc Augé, *El tiempo en ruinas*, Gedisa, Barcelona 2003.

[12] Ver Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Debate, Madrid 1991.

un fundamento absoluto y universal de los mismos si no es por un puro interés ideológico.

La cuestión nuclear de una teoría *impura*, crítica, abierta y compleja de los derechos humanos radica en poder compaginar la aspiración a la unidad y a la homogeneidad con el respeto y el reconocimiento público de la diversidad y de las diferencias. Es decir, consiste en articular vías de gestión de la complejidad real de los contextos de pluralismo cultural y ético, para evitar que éste se convierta en una situación de enfrentamiento irresoluble o de *choque* apocalíptico y maniqueo de civilizaciones. Porque el pluralismo, sea del tipo que sea, no se debe plantear como una meta a alcanzar, ni siquiera como un valor absoluto a defender, sino como una situación o contexto real en el que convivir. Para ello, parece más adecuado tomar como punto de partida no un dogma absoluto y universal, ni una ficción heterónoma, sino una postura autocrítica acerca de los propios universales o fundamentos de cada cosmovisión ética o cultural. Parece que es necesario enfrentarse al mundo como es, no a través de *ficciones* o heteronomías fundacionales que en ningún caso pueden contribuir a la emancipación de los seres humanos.

Sería conveniente partir de la conciencia recíproca y crítica de que ninguna cultura o ética religiosa es ni puede ser pura, cerrada, completa y exclusiva. Las culturas no son manifestaciones naturales de los seres humanos, sino construcciones sociales y respuestas históricas ante los entornos de la vida que nos ha tocado vivir. Por ello, toda cultura o concepción ética tiene el derecho a interpretar el mundo como quiera, pero no tiene derecho a imponer unilateralmente su visión al resto del mundo. No tiene derecho a autoproclamarse *la* cultura universal, *la* única y hegemónica, negando otras alternativas posibles. En este sentido, existe una clara dimensión *fun-*

damentalista[13] en la pretensión de imponer una única, unilateral y totalizadora visión cultural, antropológica o ética del mundo, porque esto supondría el intento de eliminación de todo contexto de pluralismo o, lo que es lo mismo, el intento de *simplificar* la complejidad del mundo y de los seres humanos. No olvidemos que todo *fundamentalismo*[14], sea del tipo que sea, es siempre una respuesta ideológica y absolutizadora frente al miedo a la pluralidad y a la diferencia.

La pretensión de *universalidad* de los derechos humanos ha de basarse, pues, en una pedagogía inclusiva y no excluyente, que busque la cohesión y la integración de todos los seres humanos en un proyecto ético común. Ha de convocar a *todos* para repartir y compartir el poder sobre la base del apoyo y el respeto mutuos. Su principal objetivo no ha de ser separar, sino vincular, para alcanzar una *universalidad* contextualizada (*a posteriori*) que pueda ser compartida por las diferentes cosmovisiones y culturas exis-

---

[13] Una lectura esclarecedora sobre los diferentes tipos de *fundamentalismos*, su origen y su funcionalidad en el mundo actual puede encontrarse en Juan José Tamayo, *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*, Trotta, Madrid 2004.

[14] Tenemos la tendencia a aplicar el término *fundamentalismo* al ámbito únicamente del radicalismo islámico, y, de hecho, así se recoge en la primera entrada del término en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. Pero el término *fundamentalismo* surgió a comienzos del siglo XX en Estados Unidos en el seno del protestantismo evangélico. Ahora bien, el *fundamentalismo* es un fenómeno que "consiste en la absolutización de una verdad, religión, cultura, etc., que se pretende imponer, incluso recurriendo a la fuerza, como la única universalmente válida": Juan José Tamayo, o. c., p. 17. Posteriormente el término *fundamentalismo* se ha extendido a otras confesiones religiosas, pero también en el ámbito económico se habla del *fundamentalismo del mercado o del fundamentalismo neoliberal* e, incluso, en el ámbito político se ha hablado también del *fundamentalismo democrático*: ver Juan Luis Cebrián, *El fundamentalismo democrático*, Taurus, Madrid 2003.

tentes. Una *universalidad* que se plantee como un punto de unidad desde y con la diversidad, es decir, un punto de encuentro, sin marginar ni inferiorizar al diferente, sino reconociendo la validez moral de los diferentes procesos culturales y de las plurales éticas religiosas del mundo.

Hacia un nuevo "equilibrio ético y cultural"

Si la teoría de los derechos humanos se sigue planteando como *la* única teoría *universal*, difícilmente se podrá alcanzar una compatibilidad con otras posiciones éticas, culturales o religiosas. La historia ha demostrado que resulta muy difícil alcanzar una única meta si ésta aparece ya predefinida de antemano sobre la base de una pretendida racionalidad abstracta y metafísica. Cualquier meta debería ser el fruto de una tarea hermenéutica de diálogo, de interpelación, de comprensión mutua y, especialmente, de reconstrucción consensuada del sustrato antropológico de la racionalidad humana, de sus derechos y sus deberes en una misma comunidad política y social.

Quizá de esta manera se podría alcanzar un nuevo equilibrio ético y cultural o una conciencia universal, capaz de establecer una paz duradera y un desarrollo sostenible y solidario en todo el mundo, que fuera más allá de la mera asistencia humanitaria. Pero ese nuevo equilibrio ético en el mundo parece que sólo se podría alcanzar partiendo del reconocimiento de la diversidad cultural y ética y de la comprensión recíproca del "otro", para poder convivir en paz, así como de la convicción de que la globalización económica tiene que progresar de manera paralela a la justicia social en todo el mundo. Una corrección de las injusticias sociales y económicas que asolan a muchos pueblos del planeta haría más fácil el entendimiento entre las diferentes cosmovisiones del mundo y el consenso sobre unos valores uni-

versales. En la mayoría de las ocasiones, tras las diferencias culturales existe una desigualdad de origen en las relaciones sociales y económicas. Por eso, creo que una teoría *impura,* crítica y comprometida de los derechos humanos debería tener como principal objetivo hoy día la defensa de los derechos, del desarrollo y de la dignidad humana contra las consecuencias perversas de las estrategias globalizadoras de acumulación del capital[15].

En definitiva, se trataría de proponer la construcción de un nuevo *consenso moral universal* desde la diferencia y la autocrítica cultural, que excluya cualquier división dualista, simplista y maniquea del mundo y de los seres humanos en buenos y malos o en culturas desarrolladas y culturas subdesarrolladas. Además, este nuevo *consenso universal* no debería construirse únicamente a través de los Estados y de los organismos internacionales, sino implicando a los ciudadanos y a los movimientos sociales y religiosos, para que todos ellos contribuyan a reconocerse recíprocamente como ciudadanos cosmopolitas e iguales y a pactar autónomamente reglas comunes de convivencia. Es necesario un esfuerzo solidario de cooperación de unos y otros recíprocamente, para que todos ellos se sientan partícipes de la construcción de su propio destino[16]. Todos hemos de estar implicados activamente en el movimiento por una justicia global, que vaya más allá de los actuales programas de desarrollo y que sea capaz de frenar la creciente desigualdad y exclusión sociales, que se han convertido en el

---

[15] Ver Joaquín Herrera Flores y A. M. Medici, "Los derechos humanos y el orden global. Tres desafíos teórico-políticos", en D. Sánchez, N. J. Solórzano y I. Lucena (eds.), *Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos*, Icaria, Barcelona 2004.

[16] Ver Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Barcelona 2000.

único destino de miles de seres humanos y de pueblos enteros de nuestro mundo[17].

Interculturalidad *versus* universalidad

La historia demuestra que la sociedad y sus culturas son funcionales e institucionalmente complejas e híbridas; que se desarrollan entre el orden y el desorden, entre la unidad y la pluralidad, entre lo heterónomo y lo autónomo, entre la inclusión y la exclusión, entre lo propio y lo extraño, entre lo completo y lo incompleto. Dicha complejidad pone de manifiesto que los seres humanos vivimos siempre en diferentes contextos de *pluralismo*, bien sea cultural, religioso, moral, normativo o epistemológico.

El pluralismo cultural

El pluralismo cultural es la realidad en la que conviven simultáneamente varios sistemas o modelos culturales. La radicalidad de los contextos de pluralismo en general consiste precisamente en la recíproca aceptación de aquéllos como tales, es decir, en la toma de conciencia de la existencia de varias y diferentes concepciones o universos intelectuales, filosóficos, epistemológicos, éticos, culturales o normativos, los cuales no solamente pueden llegar a ser heterogéneos entre sí, sino además contrapuestos y mutuamente excluyentes[18]. La propia existencia de universales contrapuestos y, a veces, mutuamente excluyentes es la condición *sine qua non* de una situación o con-

---

[17] En este sentido se dirige la interesante propuesta de Susan George, *Otro mundo es posible si...*, Icaria, Barcelona 2004.

[18] Ver más ampliamente María José Fariñas Dulce, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid [2]2004.

texto de pluralismo, donde lo característico es la existencia de un permanente conflicto entre concepciones diferentes del mundo. Uno de los rasgos de todo contexto de pluralismo es la presencia inevitable de los conflictos y tensiones entre perspectivas diferentes.

Por ello, el concepto de pluralismo cultural no se debe contraponer a la existencia de conceptos universales, ya que cada cultura o cosmovisión tiene sus propios fundamentos o cimientos universales[19] e, incluso, cada universo cultural es una imagen del mundo en su totalidad, incomprensible para otros. Por eso la convivencia entre culturas suele ser complicada y requiere un esfuerzo recíproco por no imponer condiciones absolutas a la convivencia. Una cosa es la pretensión que cada cultura o cosmovisión tiene de ser la mejor, y otra muy distinta es creer que, por esa razón, es también la mejor para todo el mundo y puede imponerse más allá de sus propios contextos de referencia.

Convendría, pues, no entender negativamente las situaciones de pluralismo cultural como el resultado sin más de un proceso *postmoderno* de fragmentación o de enfrentamiento social, sino como la cualidad que caracteriza a la complejidad de la realidad misma y que es el resultado de diferentes procesos socio-históricos de interpelación, de permeabilidad, de mestizaje, de contrastes, de comunicación y de encuentro mutuo entre varios procesos culturales diferentes. Todas las culturas se han ido formando y desarrollando en interconexión mutua con otras. Por otra parte, los distintos procesos históricos han conducido paulatinamente a una progresiva disminución de la diversidad cultural desde el momento en que los grupos humanos comien-

---

[19] Ver María José Fariñas Dulce, "La tensión del pluralismo desde la perspectiva filosófica intercultural": *Derechos y Libertades* 12 (2003), pp. 191-204.

zan a tener un contacto más intenso y amplio. Pero, paralelamente, ha ido aumentando la complejidad social, al incrementarse la comunicación, el encuentro y la convivencia entre las diferentes maneras de entender el mundo.

El pluralismo cultural se enfrenta a todas aquellas pretensiones de colonialismo intelectual que intentan demostrar al mundo las bondades intrínsecas de una supuesta "cultura global", única o universal. Ésta sería aquella cultura que intenta hablar en nombre de toda la humanidad, traspasando los límites de su propia legitimidad y de su propio contexto real de referencia y de identidad, y que impone sus propios y unilaterales fundamentos éticos y estéticos, como mecanismos de homogeneidad, de dominación y de imperialismo cultural. La supuesta "cultura global" niega, pues, su propia particularidad, sus propias fronteras espacio-temporales y sus propias relaciones sociales de identidad, para de esa manera constituirse a sí misma como universal, única y hegemónica[20].

La interculturalidad

El término "interculturalidad" comenzó a utilizarse en el ámbito de la práctica educativa crítica y plural, pasando después a otros ámbitos, como la antropología social y la filosofía principalmente. El desarrollo de la llamada filosofía intercultural es, al menos en Europa, bastante reciente, ya que es a partir de 1989-1990 cuando empiezan a aparecer las primeras publicaciones y los primeros congresos sobre el tema[21].

---

[20] Véase este tema más ampliamente desarrollado en María José Fariñas Dulce, *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid 2005.

[21] Ver Raúl Fornet-Betancourt, *Transformación intercultural de la filosofía*, Desclée, Bilbao 2001.

Desde una perspectiva filosófica, la interculturalidad significa, básicamente, la aceptación de la transversalidad de la diferencia cultural. Nos conduce a una contextualización del pensamiento y del conocimiento en el marco de la pluralidad y de la diversidad cultural y ética del mundo. La interculturalidad afronta la relación entre las culturas sobre una base de igualdad y no de superioridad jerárquica. Ésta es la razón por la cual las transformaciones propuestas desde la filosofía intercultural se articulan desde el "exterior" o desde la "excentricidad"[22] de aquellos elementos culturales, racionalidades y conocimientos que han sido ocultados o marginados por la tradición filosófica occidental racionalista y universalista. La filosofía intercultural comporta un punto inicial de transgresión de espacios y lugares vedados; conlleva una perspectiva crítica y de protesta frente al imperio de un único y homogéneo universo cognitivo dominante que, frecuentemente, ha servido de obstáculo para escuchar a quienes tienen algo diferente que decir.

Desde el punto de vista de la actual teoría de los derechos humanos, la opción epistemológica de la interculturalidad implica una actitud de valoración positiva hacia la comunicación entre culturas. Es un concepto *relacional* que nos remite a convivir e interactuar con la pluralidad del mundo, constatando el enriquecedor mestizaje y la inevitable contaminación existente en las pretendidas culturas o religiones *puras,* exclusivas y excluyentes. Permite considerar los procesos socio-culturales y religiosos como procesos de comunicación intersubjetiva y como procesos históricos abiertos. De esta manera podemos ser conscientes de la relatividad de las diferentes opciones culturales o éticas del mundo, pero sin caer en la postura filosófica del *relativismo o sub-*

[22] Ver Raúl Fornet-Betancourt, o. c., pp. 182ss.

jetivismo axiológico[23], entendido como nihilismo. La interculturalidad es, pues, una actitud de apertura a las diferencias culturales, por eso no puede formularse como un concepto sustantivo que pueda aportar una respuesta dada definitivamente, sino como un concepto *relacional* que nos permite afrontar los problemas de una manera diferente y enfocar positivamente las distintas maneras de entender la autonomía de la dignidad humana y sus derechos.

Además, la opción de la interculturalidad no sólo nos invita al diálogo, sino también a facilitar la integración social de *todos* sin caer en una concepción excesivamente diferenciada del vínculo social o en una apología de lo que separa. En un mismo contexto social y político, se trataría de que las instancias públicas fueran capaces de abrir vías para el mestizaje cultural y la transversalidad de las diferentes culturas y éticas del mundo, sobre la base de la construcción de reglas y compromisos comunes de carácter transcultural. La opción por la interculturalidad podría facilitar la creación de mecanismos políticos y económicos de integración social para todas las diferencias y abrir el camino para una política justa, inclusiva y solidaria de la ciudadanía, donde todos tengamos cabida. Se trata de proporcionar a los "otros" un espacio o un lugar para la convivencia social, pero sin perder el punto de referencia del espacio público común y del interés general de todos.

Con ello se abrirían vías para la superación de las limitaciones políticas que las soluciones normativas propuestas por el multiculturalismo han manifestado hasta ahora. Porque no se trata sólo de alcanzar una mera y superficial yuxtapo-

---

[23] Véase el concepto de "interpelación cultural" dado por Raimon Panikkar, "Tres grandes interpelaciones de la interculturalidad", en Raúl Fornet-Betancourt (Hrsg.), *Interkulturalität, Gender und Bildung*, IKO, Frankfurt am Main-Londres 2004, pp. 27-44.

sición de culturas o modelos religiosos, ni de alcanzar un estéril eclecticismo, sino de intercomunicaciones e interacciones mutuas y de la toma de conciencia histórica de la interpelación constante de los modelos culturales e identitarios. La opción política del multiculturalismo, al situar una cultura al lado de otra como piezas decorativas en las vitrinas de un museo, sigue cerrando fronteras o, incluso, encerrando a los seres humanos en *ghettos* culturales, religiosos, urbanos, comunitarios o identitarios en general, con el equívoco pretexto de preservar su identidad; sigue fomentando la pertenencia exclusiva, los fundamentalismos culturales, a la vez que una fuerte exclusión social y étnica[24]; sigue, en fin, fragmentando étnicamente a las personas y las sociedades y reproduciendo las relaciones jerárquicas, de dominación y de marginación que se dan entre ellas[25]. Lo cierto es que, hasta ahora, la ideología multicultural ha legitimado este proceso de regresión identitaria y, a menudo, ha servido para enmascarar una cultura dominante y un modelo cultural único y monolítico.

La propuesta de la interculturalidad, sin embargo, aboga por el diálogo entre los diferentes modelos y maneras de relacionarse con el mundo, por reunirlos entre sí, por la creación de vínculos de cohesión e integración social para todos, por evitar la radicalización de las diferencias culturales o religiosas y, además, por el apoyo y la ayuda mutua en un espacio común de convi-

---

[24] Véase los diferentes modelos de exclusión social que son analizados en el libro de Jock Young, *La sociedad "excluyente": exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Marcial Pons, Madrid 2003; en el mismo sentido véase también el rechazo a la demagogia de la pertenencia exclusiva en Sami Naïr, "El desafío mestizo": *El País*, 4 de enero de 2005.

[25] Ver Peter McLaren, *Pedagogía crítica y cultura depredadora. Políticas de opresión en la era postmoderna,* Paidós, Barcelona 1997.

vencia social y pública. La solidaridad y la reciprocidad entre las diferentes culturas, el desarrollo y la corrección de sus desigualdades sociales, educativas y económicas es el principal punto de partida. Mientras persistan las grandes desigualdades universales y el colonialismo económico, tecnológico y político, difícilmente se podrá alcanzar un escenario propicio para el "diálogo" y el entendimiento.

La universalidad de los derechos humanos y el "diálogo entre culturas"

¿Es compatible actualmente la pretensión de *universalidad* de la doctrina de los derechos humanos con las propuestas culturales y éticas del "diálogo entre las culturas" o del "diálogo entre las religiones[26]?

En mi opinión, debería ser posible siempre y cuando se adopte como punto de partida el respeto a los contrarios, con el objetivo de evitar que se conviertan en antagónicos. En un espacio de diálogo intercultural, los derechos humanos podrían ser utilizados como un *símbolo* relacional y emancipatorio mediante el cual se pudiera evitar el antagonismo entre la formulación unilateral de valores universales y la singularidad de las culturas, religiones y civilizaciones. La *universalidad* no se debería encontrar unilateralmente en unos valores particulares o en el desprecio a las culturas diferentes mediante la sacralización de lo universal o lo natural *per se*[27]. A la *universalidad*

---

[26] Las propuestas más novedosas sobre la práctica del "diálogo entre religiones" y sus escenarios posibles pueden encontrase en Juan José Tamayo, *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*, o. c.

[27] Ver el discurso de Jean Daniel en la entrega del Premio Príncipe de Asturias de Comunicación y Humanidades (reproducción parcial en *El País*, 23 de octubre de 2004).

ha de llegarse desde la *voluntad* de compartir elementos comunes, desde la perspectiva de la comunicación y de la comprensión o, como diría Gadamer, desde la "alteridad" de otros textos y contextos. Lo cierto es que en las últimas décadas estamos asistiendo a un importante proceso de cambio y de debate crítico en la doctrina de los derechos humanos que aporta nuevas formas de luchar por la dignidad y la autonomía de los seres humanos.

De lo que se trata, pues, es de conseguir la integración social de varios grupos diferenciados y plurales en una comunidad abierta y plural con responsabilidades colectivas, pero evitando los intentos de homogeneidad o la mera imitación de folclores culturales. La estrategia se encuentra en la voluntad de compartir y de dialogar, transformando el pendular y tradicional conflicto dialéctico de enfrentamiento o choque de elementos contrarios en una tensión dialógica o en un diálogo dialógico[28] y relacional. Frente a las tesis fundamentalistas y apocalípticas del enfrentamiento o "choque de civilizaciones"[29], la propuesta ética del "diálogo de las culturas" tiene la virtud de situarnos en una transgresión de espacios culturales, identitarios y cognitivos inicialmente cerrados y antagónicos; nos aboca a abrirnos solidaria y recíprocamente a otros horizontes, hacia un diálogo dialógico y liberador para *todos* los seres humanos.

---

[28] Sobre la propuesta de un "diálogo dialógico" superador de las tradicionales estrategias dialécticas de la modernidad, véase Raimundo Panikkar, *Sobre el diálogo intercultural*, San Esteban, Salamanca 1990; siguiendo esta misma idea, véase la propuesta de una "hermenéutica diatópica" realizada por Boaventura de Sousa Santos, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos": *Análisis Político*, 31, Colombia 1997.

[29] Ver Samuel Huntington, *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial,* Paidós, Barcelona 1997.

El discurso dialógico se plantea como un proyecto ético y hermenéutico, es decir, como un proceso práctico de comprensión de la "alteridad", a la vez que como un proceso de aceptación del "otro" en el mismo plano de igualdad, de solidaridad y de reciprocidad, más allá del simple respeto formal que oculta frecuentemente una situación de superioridad cultural y de intransigencia con otras opciones posibles. No deberíamos olvidar que quien quiere comprender debe estar dispuesto a que los "otros", es decir, parafraseando a Gadamer, "la alteridad de los otros textos"[30], puedan libremente decir algo.

Para conseguir esto, se hace imprescindible darles la misma oportunidad de expresarse, es decir, la igualdad democrática en el uso de la palabra (la *isegoría*), así como los espacios para la integración en un común proyecto político y cívico de la colectividad. Los procesos de dominación, marginación o asimilación impuestos durante siglos han provocado la situación de que a muchos grupos diferenciados social o etnoculturalmente, cuando tienen la posibilidad de entablar un diálogo, ya no les queda nada que decir, porque han perdido muchos de sus elementos identitarios; y, si les queda algo, ya no saben cómo decirlo, cómo iniciar el diálogo, salvo con recelo o violencia. Por eso, no se debería olvidar que sin la recíproca y solidaria aceptación de los "otros" como iguales a "nosotros", el discurso dialógico es difícil de llevar a la práctica: volveríamos sin más a las paradojas de la dialéctica de los elementos contrarios.

El "diálogo entre las culturas" se presenta, pues, como la forma más patente de efectuar una comprensión, removiendo los obstáculos prácticos que se nos plantean, en el momento en que

---

[30] Ver Hans-Georg Gadamer, *Das Erbe Europas*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1989, pp. 35ss.

tenemos que comprender los universales (o los fundamentos últimos) de las "otras" culturas, religiones o identidades desde los universales (o los fundamentos últimos) de "nuestra" propia cultura o identidad, pero sin caer en mecanismos de dominación o de superioridad cultural. Por eso, para realizar un verdadero contexto de diálogo hemos de aceptar que el diálogo intercultural ha de plantearse sobre la *hermenéutica* de los propios universales contrapuestos en los diferentes contextos históricos del pluralismo, aun a riesgo de la propia ruptura de aquél. De esta manera se evitaría el conflicto dialéctico y dualista, que tan sólo nos conduciría a un equilibrio dinámico y provisional de las diferentes posturas, siempre y cuando éstas aceptasen de antemano el equilibrio dualista, o una síntesis ecléctica de las culturas.

Por el contrario, el diálogo intercultural consiste en abordar sin rodeos las diferencias normativas y buscar un compromiso o un consenso no sólo pragmático, sino valorativo[31], que facilite la integración transcultural y la emancipación social de todos. Ahora bien, para alcanzar una discusión razonada en el ámbito de las diferencias normativas sería necesario comenzar con dos premisas.

En primer lugar, un esfuerzo autocrítico y autorreflexivo de cada parte. Parece necesario comenzar con el esfuerzo de someter a crítica o a reflexión nuestros propios planteamientos y nuestros prejuicios; un esfuerzo antifundamentalista y antidogmático para poder encontrase con los "otros" y poder percibir las diferentes maneras de manifestarse la condición humana y sus demandas de reconocimiento y aceptación. Sólo cuando las culturas y los grupos socialmente diferenciados son capaces de distanciarse de su

---

[31] Ver los trabajos recopilados en P. L. Berger (ed.), *Los límites de la cohesión social. Conflictos y mediación en las sociedades pluralistas*, Círculo de Lectores, Madrid 1999.

propia construcción cultural o de su propia identidad, es decir, sólo cuando son capaces de mirar hacia dentro reflexivamente, de entablar un diálogo interno consigo mismos, de comprender sus contextos de relaciones y contemplar autocráticamente su propia identidad, sus debilidades, sus fisuras y sus contradicciones internas, están en condiciones de dibujar un escenario de "diálogo entre culturas diferentes"; *identidad* y *alteridad* son elementos fundamentales en todo diálogo.

En segundo lugar, un proceso recíproco de conocimiento, comprensión, traducción y aprehensión de los fundamentos básicos de cada cultura. No se trata sólo de saber que existen otras culturas y otras identidades, sino de aprender juntos desde y con las otras culturas como medio para luchar contra el imperialismo cultural y los tópicos sociales. Esto es ciertamente difícil, porque lo primero que surge cuando nos situamos frente a otra cultura probablemente es incomprensión y enfrentamiento. Pero, al menos, se ha de tener el convencimiento de querer construir entre todos algo en común, que nos pueda servir como un planteamiento universal e inclusivo. De lo que se trata es de poder modificar nuestro propio planteamiento desde la comprensión de los otros planteamientos diferentes, sobre la base de la *reciprocidad* en el reconocimiento y de la *solidaridad* entre las culturas.

El objetivo del "diálogo de las culturas" es poder llegar a construir una ética o una moral transcultural de carácter universal como medio para la convivencia pacífica de las culturas[32] y los pueblos del planeta. Para ello, el primer paso

---

[32] Ver José Antonio Marina, "La ética como marco imprescindible para el diálogo cultural", en José Mª García Gómez-Heras, *Cultura, política y religión en el choque de las civilizaciones,* Centro de la Cultura Popular Canaria, La Laguna 2004.

consiste en una labor de comprensión, interpretación y traducción de los modelos culturales. Ésta es una labor de conocimiento que nos remite a la comprensión de la raíz de los diferentes modelos normativos de cada cultura o cada religión. Será imprescindible, entonces, aplicar una metodología relacional[33] para conocer, considerar y valorar a las diferentes construcciones culturales. Ahora bien, la novedad de esta metodología relacional está en que conlleva una serie de pasos previos:

1) Primero de todo, una superación de los modelos filosóficos y cognitivos occidentales de carácter monocultural, basados todos ellos en el principio ontológico de la existencia de una realidad dada de antemano, bien se trate de una realidad física, bien de una realidad metafísica; las elaboraciones ontológicas y heterónomas de la filosofía tradicional siempre han tenido consecuencias prácticas muy negativas, que no permitían tener un planteamiento adecuado y completo de la articulación entre individuo, sociedad e historia.

2) En segundo lugar, sería necesario conseguir la desmitificación de los mitos universalistas y simplificadores de los racionalismos occidentales y *hegelianamente* eurocéntricos, así como de sus incoherencias metodológicas, las cuales se han resuelto siempre mediante falsos dualismos que provocan irresolublemente el enfrentamiento de categorías opuestas: el bien o el mal, la homogeneidad o la heterogeneidad, la autonomía o la heteronomía, la unidad o la pluralidad, la racionalidad y la irracionalidad, etc. A su vez, en dichos dualismos de elementos contrarios se establece siempre una relación de jerarquía entre

---

[33] Ver la interesante propuesta de Boaventura de Sousa Santos, *Crítica de la razón indolente. Contra el desprecio de la experiencia*, Desclée de Brouwer, Bilbao 2003.

ellos, ya que *uno* de los elementos acaba siempre dominando al opuesto por considerarse superior a él, lo cual permite la legitimación para la explotación y marginación del "otro", en cuanto que inferior. La superación de estos mitos dualistas tiene como finalidad fundamental alcanzar una dimensión transversalmente contextual de la reflexión filosófica, basada en la pluralidad de las racionalidades y en una concepción dinámica y compleja de las formas de la sensibilidad, es decir, del espacio y del tiempo.

3) Finalmente, la adopción como presupuesto heurístico del paradigma del *pluralismo* en toda su radicalidad y en todas sus dimensiones; para ello es necesario entender este paradigma como opuesto a cualquier pretensión monista, monoteísta, monocausalista, monocultural y, por lo tanto, fundamentalista o absolutista de la realidad y de su formulación cognitiva. Esto nos conduce, a su vez, a adoptar una "epistemología de la complejidad", según la cual se ha de partir de la complejidad inherente del universo y de su formulación cognitiva, rechazando, por lo tanto, todo determinismo mecanicista, reduccionismo causalista, así como la pretensión de simplicidad, en cuanto axiomas para explicar y comprender el funcionamiento del universo. La "epistemología de la complejidad" nos pone de manifiesto, como ha señalado Edgar Morin[34], que el cosmos no es una máquina perfecta, sino un continuo y variable proceso en vías de desintegración y de organización. De la misma manera, se podría afirmar que las sociedades y sus manifestaciones culturales y normativas no se pueden conceptuar simplemente como sistemas orgánicamente funcionales (según la explicación dada por la metáfora organicista), cerrados y completos, sino que

[34] Sobre la "epistemología de la complejidad", véase el pensamiento pionero de Edgar Morin, *Introduction à la pensée complexe*, ESF, París 1990, pp. 22ss.

deberían se comprendidos como sistemas dotados de una complejidad inherente y mestiza que funcionan entre el orden y el desorden, la apertura y el cierre, la construcción y la reconstrucción, la unidad y la pluralidad, la inclusión y la exclusión, lo propio y lo extraño, lo completo y lo incompleto.

Desde una perspectiva cognitiva relacional, el primer paso ha de ser siempre transgresor, y consiste en romper las fronteras espaciales y temporales en las que frecuentemente han estado encerradas algunas culturas, religiones e identidades. Romper las fronteras de los cierres identitarios y de la dominación cultural, pero romper, también, las fronteras del atraso, de la pobreza y de la desigualdad social, económica y educativa en las que están confinadas muchas culturas, religiones y muchas identidades sociales.

Quizá lo más útil sería comenzar por una reconstrucción de las tradicionales definiciones culturales[35], que tienden a señalar los patrones ideológicos dominantes de una cultura, en base a la sacralización de determinadas tradiciones y la exclusión o, incluso, criminalización de otras como no propias o no auténticas, fomentando, así, el inmovilismo o el fundamentalismo cultural. Intentan, así, definir la cultura de una vez por todas y ocultan, con claros intereses ideológicos, el hecho de que dentro de cada construcción cultural existen también muchas *heterogeneidades,* entre las que puede ser más fácil la comunicación. Convendría también desmitificar el inmovilismo de la Cultura con mayúsculas y rescribirla con minúsculas, desde una práctica abierta y cotidiana de los pequeños y variables problemas.

---

[35] En este mismo sentido podemos encontrar las interesantes propuestas de Raúl Fornet-Betancourt, "Interacción y asimetría entre las culturas en el contexto de la globalización. Una introducción", en R. Fornet-Betancourt (ed.) *Cultura y poder*, Desclée de Brouwer, Bilbao 2003.

Desmitificar la Cultura, con el objetivo de construir y reconstruir constantemente modelos éticos transculturales de convivencia, donde *todos* tengamos cabida. Se trata de conseguir una voluntad común para construir modelos culturales más amplios y mestizos bajo la óptica de un nuevo consenso ético universal compartido, abierto e intersubjetivo.

Creo que sólo desde el compromiso activo de cambio y mejora del entorno social e histórico se puede llevar a la práctica un espíritu auténtico de tolerancia, de comprensión mutua, de hermenéutica, diálogo y traducción intercultural. Un espíritu que sea capaz de prolongar en el ámbito teórico el esfuerzo y la lucha polifónica de las mujeres y los hombres de todas las culturas que buscan cada día los caminos de la dignidad, la autonomía y la emancipación.

Dimensión emancipadora del diálogo entre culturas y de los derechos humanos

Muchas son las voces de intelectuales y políticos que, en los últimos años, han tachado a las propuestas de "diálogo entre culturas" de ser un gran relato demasiado utópico e inalcanzable. Pero ¿por qué no? Especialmente cuando estas propuestas surgen de la fuerza de la razón y no de la razón de la fuerza. La tesis del "pensamiento único" no puede romper la esperanza ni la rebeldía de los seres humanos. Porque si a éstos se les niega toda esperanza, entonces perderían la razón y se convertirán en salvajes.

Además, el "diálogo entre las culturas" no debe plantearse como una meta lejana y difícil de conseguir, ni siquiera como un punto final de llegada, sino como una labor constante y constructiva de un mundo más justo. Se trata de una labor hermenéutica continua y cotidiana, ya que sólo una actuación de este tipo puede ser utiliza-

da eficazmente contra las interpretaciones dogmáticas y fundamentalistas de la cultura. Creo que la efectiva realización de los derechos humanos y del "diálogo entre las culturas" ha de ser una empresa duradera donde hemos de estar implicados *todos*; sólo puede tener éxito si lo planteamos como un proyecto colectivo y reflexivo de la sociedad misma sobre la construcción y reconstrucción de sus propios valores universales. Porque el "diálogo intercultural", al igual que los derechos humanos, no se dan sin más, no son concesiones gratuitas y *naturales*, sino que se consiguen mediante una acción voluntaria y deliberada, pero a través de no pocos conflictos, enfrentamientos y sufrimientos humanos en defensa de la autonomía y de la dignidad humanas.

Ahí radica la verdadera dimensión emancipadora, así como la potencialidad transformadora de la realidad y de la historia, tanto del proyecto ilustrado de los derechos humanos como de las actuales propuestas éticas del "diálogo entre las culturas". Por una parte, el proyecto ilustrado de los derechos humanos es un relato mucho más complejo, bifronte y atravesado por el conflicto que la simple idea de un "proyecto inacabado de la modernidad" que encontramos en la teoría de la racionalidad comunicativa de Habermas. Por otra parte, el diálogo dialógico entre culturas está constituido, básicamente, sobre una ética de la resistencia, una ética que nos conmina a no perder el tiempo en discusiones autorreferenciales y en conceptos dialécticamente opuestos; es, en definitiva, una práctica crítica de lo real, un práctica social de la intercomunicación humana para la construcción de espacios comunes que faciliten la convivencia pacífica e integren las diferentes maneras de realización de la dignidad y el desarrollo humanos.

La opción por el "diálogo entre las culturas" proporciona todavía una dimensión más de carácter transgresor, que consiste en la posibilidad

de dialogar sobre lo que se supone universal y, por lo tanto, no dialogable e innegociable, esto es, sobre la actual formulación de los derechos humanos universales. Paradójicamente la apelación a los derechos humanos se ha convertido en una puerta abierta a la esperanza para muchas culturas oprimidas o marginadas, que reclaman ser toleradas y defendidas en nombre de aquéllos. Ahora bien, en muchas ocasiones los derechos humanos siguen siendo utilizados como instrumento de colonización intelectual y de dominación económica por parte de la cultura ideológicamente dominante. Ésta es, en definitiva, la naturaleza ambivalente de la teoría de los derechos humanos: sobre ella es sobre lo que es necesario dialogar reflexivamente, para reconstruir la universalidad de lo humano.

El gran reto que se le plantea actualmente a la tesis del "diálogo entre las culturas" está precisamente en poder compaginar la idea tradicional de los derechos humanos universales con el respeto a los derechos culturales particulares, para que aquéllos no se impongan de forma monocultural y unilateralmente sobre éstos, ni sigan consolidando relaciones sociales de dominación y jerarquía. Ésta ha de ser su auténtica dimensión emancipadora y liberadora para los seres humanos y para sus construcciones culturales e identitarias.

Bibliografía

P. L. Berger, *Los límites de la cohesión social. Conflictos y mediación en las sociedades pluralistas*, Círculo de Lectores, Madrid 1999.

N. Bobbio, *El tiempo de los derechos,* Debate, Madrid 1991.

M. J. Fariñas Dulce, *Globalización, ciudadanía y derechos humanos,* Dykinson, Madrid 2004.

——, *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, Biblioteca Nueva, Madrid 2005.

——, "La tensión del pluralismo desde la perspectiva filosófica intercultural": *Revista Derecho y Libertades* 12 (2003).

R. Fornet-Betancourt, *Transformación intercultural de la filosofía*, Desclée, Bilbao 2001.

J. Herrera Flores (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal,* Desclée de Brouwer, Bilbao 2000.

S. Huntington, *El choque de las civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Barcelona 1997.

E. Morin y S. Naïr, *La politique de la civilisation*, Arléa, París 1997.

G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid 1995.

A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución,* Tecnos, Madrid [5]1995.

J. J. Tamayo, *Fundamentalismos y diálogo entre religiones,* Trotta, Madrid 2004.

Estado de derecho y democracia

Elías Díaz

Catedrático emérito de
Filosofía del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid

Hay tres asertos que, desde tiempos ya casi inmemoriales y por considerarlos básicos, vengo reiterando en mis frecuentes escritos sobre estas cuestiones: a) que no todo Estado es Estado de derecho: así comenzaba, recuerdo, mi libro de 1966; b) que el Estado de derecho es la institucionalización jurídica de la democracia política (y de la democracia como moral); c) que los derechos humanos constituyen la verdadera razón de ser del Estado de derecho. De la conjunción de ellos, de sus implicaciones y derivaciones, proceden estas mis consideraciones de ahora, resumiendo y reasumiendo propuestas ya avanzadas, como digo, en otros anteriores trabajos.

Del primer aserto deriva, entre otras cosas, el entendimiento de que sólo es Estado de derecho el que se construye desde el imperio de la ley (y de la Constitución) como expresión de la voluntad popular, como bien dice nuestra Constitución: que no basta, pues, con un denominado Estado administrativo de derecho, aunque siempre sea, desde luego, positivo el establecimiento de ciertas responsabilidades y controles en unos u otros niveles del ejecutivo. El segundo aserto significa entender la relación entre democracia y Estado de derecho como procesos históricos y, a la vez, como construcciones racionales siempre abiertos, unos y otras, a crítica revisión: esta perspectiva es, por lo demás, exigencia común para todo cuanto se trata aquí. El tercero es, a mi juicio, el que per-

mite insistir en la fundamental conexión de esa formación jurídico-política que es el Estado de derecho con diferentes tipos de sociedad y de Estado (liberal, social, democrático) en función precisamente del grado de exigencia, de reconocimiento y realización de esas prescripciones morales que son los derechos humanos.

En los dos primeros epígrafes (parte primera) de este trabajo me ocuparé más de cuestiones relacionadas con los asertos uno y dos, mientras que en los dos últimos (parte segunda) se aludirá más a esa ya referida y habitual diferenciación mía entre Estado liberal, social y democrático de derecho.

I

El Estado de derecho, como proceso histórico y construcción racional, es (significa, representa) la institucionalización jurídico-política de la democracia. Con él se trata de convertir en *legalidad* (normas, Constitución) el sistema de valores (libertad como base) que caracteriza a la *legitimidad* democrática. Los modos de esa específica interacción entre legalidad y legitimidad han ido variando en la historia de la modernidad, desde un núcleo común fundamental, en la medida también en que ambas han ido avanzando en la consecución de un mayor apoyo fáctico social, es decir, en *legitimación*.

Del Estado de derecho puede, pues, hablarse como *legalidad*, como sistema normativo, como ordenamiento jurídico que responde en sus construcciones de ese carácter institucional a una determinada *legitimación/legitimidad*: aquella que trata en definitiva de convertir en derecho (positivo) la que puede calificarse como plural concepción (democrática) de la justicia. Esto es lo que, en sus normas generales y en sus concretas articulaciones, analizan en prevalente perspectiva

interna los juristas, la ciencia del derecho. Pero, evitando aislar e incomunicar lo anterior, más bien completándolo y dándole pleno sentido, del Estado de derecho puede y debe asimismo tratarse como *legitimación/legitimidad*, es decir, como interrelación de aquél con sus presupuestos históricos y sociales, en esa su siempre conexión abierta con la democracia y sus exigencias éticas y políticas. Ahí, en esa perspectiva de comunicación, es donde precisamente surge y se justifica la no esencialista diferenciación entre los modelos en evolución del Estado liberal, social y democrático de derecho. Y ésta es la concepción que corresponde tomarse más en consideración, como aquí haremos, por la filosofía jurídica y política.

Democracia como moral y cultura de la Ilustración

Desde esta concepción puede decirse que el Estado de derecho encuentra sus raíces de más fondo en la filosofía de la Ilustración. La cultura del Estado de derecho –génesis liberal, potencialidad democrática– implica la cultura de la Ilustración, la razón y la libertad ilustrada. Deriva así, primero, del iusnaturalismo racionalista (desde esta clave es como se entiende mejor la legitimidad legal-racional de Max Weber) y, después, del racionalismo crítico que no es ya, desde luego, iusnaturalista pero tampoco positivista. La cultura del Estado de derecho no se comprende, se falsea, reduciéndola, como quería Carl Schmitt, a las posiciones doctrinales del positivismo formalista. La razón crítica ilustrada implica, en relación con la democracia y el Estado de derecho, que todos y cada uno personalmente han de atreverse a saber (*sapere aude*), comprender y deliberar, para de ese modo mejor participar y decidir, para poder salir definitivamente de la autoculpable minoría de edad, tanto

individual como colectiva. En eso –y en sus decisivas derivaciones sociales– consiste sustancialmente la Ilustración tal y como hoy puede todavía invocarse y hacerse valer en la actual polémica con/sobre la posmodernidad.

Correlación, pues, coherencia interna en ese contexto de la razón crítica entre (a) principios *éticos* basados en la libertad y la efectiva autonomía individual, (b) exigencias *políticas* de carácter democrático y participativo, y (c) construcciones *jurídicas* institucionales para la protección de libertades y derechos fundamentales. O, si se quiere y con otro modo de expresarlo, correlación entre democracia como moral, democracia como política (imprescindible pero deficiente siempre de calidad sin aquélla) y democracia como institucionalización jurídica de las dos anteriores (Estado de derecho). El proceso de decisión democrática es el que más se identifica con el proceso de decisión ética (autonomía moral) y, a su vez, es el que contiene en su interior mayor y mejor posibilidad para la actuación y realización de tales autonomías individuales. El sistema democrático es, también por eso, el más ético, el más justo. Esta coherencia interna –hay que advertir– no implica negación ni ocultación de la constante tensión entre ética, política (y derecho) –las relaciones son complejas y no hay siempre soluciones fáciles para los conflictos–, pero aquélla tampoco se conforma acríticamente con la total escisión e incomunicación entre una y otra de tales dimensiones.

Derivada de la mejor Ilustración, y desarrollando las anteriores correlaciones, (a) la *ética* hoy (la democracia como moral) es, ha de ser, autonomía individual en libertad, pero también –como exigencia coherente– autorrealización personal (el ser humano como ser de fines), es decir, autorrealización de todos sin exclusiones. Por su parte, (b) la *política*, la democracia política, se define y alcanza legitimidad fundamental y

correlativamente como efectiva participación en una doble vertiente: como participación en (la formación y toma de) las decisiones y como participación en (la producción y distribución de) los resultados, medidos en términos de satisfacción de necesidades y de reconocimiento de derechos y libertades. Precisamente para tratar de asegurar tales exigencias éticas y políticas, (c) el *ordenamiento jurídico*, la institucionalización jurídica de la democracia, el Estado de derecho lo que hace es legalizar, convertir en principio de legalidad, con la fuerza coactiva detrás, tales valores éticos (libertad-igualdad identificados en el valor justicia) y políticos (doble participación como síntesis del valor legitimidad).

De este modo, en complejas interrelaciones, primer nivel, la autonomía moral individual y la participación política en las decisiones se concretan así en el Estado de derecho en la exigencia social de autolegislación, es decir, en el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular; a su vez, segundo nivel, el objetivo de la autorrealización personal y de la participación en los resultados se reafirma a través del correspondiente cuadro institucional y de su organización jurídica/judicial coactiva para la protección y garantía efectiva de las libertades y los derechos fundamentales. La razón de ser del Estado de derecho es la protección y efectiva realización de los derechos fundamentales. Pero ésta no se logra, en la medida en que en la historia se ha ido logrando, si no es a través de la participación de todos en la toma de decisiones, es decir –jurídicamente–, a través del imperio de la ley (y de la Constitución) como expresión de la voluntad popular.

Todas éstas son, creo, razones válidas para argumentar en pro de una legitimidad democrática, traslación de una teoría ética de la justicia, capaz de encontrar fáctica legitimación social y hacer así posible y efectiva su coherente legaliza-

ción en el marco de un Estado de derecho que opere en las condiciones nacionales y transnacionales de nuestro tiempo. Estas y otras son, a mi juicio, buenas razones del Estado alegables siempre ante las prepotencias de la mala razón de Estado.

Los derechos humanos constituyen, pues, la razón de ser del Estado de derecho: la cultura de éste y de aquéllos es la común cultura de la Ilustración. Los complejos mecanismos jurídicos y políticos que se articulan y se institucionalizan en ese especial tipo de Estado que permite denominarse Estado de derecho es algo que se ha ido inventando y construyendo en el tiempo como propuestas coherentes para una mejor garantía, protección y efectiva realización de exigencias sociales y morales calificadas como derechos fundamentales. Éstos, por lo tanto, y esa coherente institucionalización, es lo que viene de hecho a definir al Estado de derecho y, a su vez, lo que en mayor o menor medida justifica y legitima o no a aquél. El análisis crítico de tales procesos históricos –hoy hacia uniones o federaciones de Estados supranacionales– y la consecuente argumentación racional, instrumental y ética acerca de ello constituyen, pues, los elementos básicos para la determinación de aquella "razón de ser".

De acuerdo con dicha metodología y caracterización, reenlazaría yo ahora estas puntualizaciones con las mismas con las que comenzaba mi viejo libro de 1966, *Estado de derecho y sociedad democrática*, que tomo aquí como base y punto de referencia: recordando que "no todo Estado es Estado de derecho". Expresaba así mi discrepancia, a la vez, con Carl Schmitt en desacuerdo radical con su decisionismo totalitario pero también, de manera más matizada y en mayor cercanía a su ideario político, con Hans Kelsen y su teoría pura del derecho. Por supuesto que todo Estado genera, crea, un derecho, es decir, produce normas jurídicas, y que, de un modo u otro,

las utiliza, las aplica y se sirve de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, para orientar políticas, así como para resolver conflictos concretos surgidos dentro de él. Muy difícil, casi imposible, sería imaginar hoy (y quizás en todo tiempo) un Estado sin derecho, sin leyes, sin jueces, sin algo parecido a un sistema de legalidad; y esto aunque los márgenes de arbitrariedad hayan tenido siempre alguna, mayor o menor, efectiva y, en todo caso, negativa presencia. De manera correlativa, el derecho es hoy derecho estatal (y supraestatal), aunque también, no contra él, autonormación social y trabajo de los operadores jurídicos. Pero, a pesar de ello, de esa constante correlación fáctica entre Estado y derecho, no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador –además de descriptivo– que es el Estado de derecho. Un Estado con derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de derecho (sólo algunos). Éste implica, desde luego, como suele señalarse, sometimiento del Estado al derecho, autosometimiento a su propio derecho, regulación y control equilibrado de los poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de leyes, pero –lo cual es decisivo– exigiendo que éstas sean creadas según determinados procedimientos de indispensable, abierta y libre participación popular, con respeto, pues, para valores y derechos fundamentales concordes con tal organización institucional.

El Estado de derecho, así básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo nuclear y potencialmente democrático que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad (de la Ilustración) como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido a ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural. Un resultado, pues, de teoría y praxis o, si

se quiere invertir la relación, de praxis y teoría (éstos no son nunca términos escindibles): ambas dimensiones, es decir, instancias fácticas más o menos inmediatas impregnadas u orientadas desde filosofías, ideologías, concepciones del mundo o como quiera llamárseles –en definitiva, hechos y valores–, es lo que está detrás de los mecanismos y aspiraciones que, a lo largo del tiempo, han ido configurando a aquél. El Estado de derecho, tanto en su (descriptiva) plasmación positiva como –relación no lineal ni mecánica– en su (prescriptiva) formulación ética, responde desde esa consideración histórica a concretas exigencias de certeza y aseguramiento de propiedades, y de su tráfico, así como a protección de otras valiosas libertades (de religión, pensamiento, expresión, etc.) y a garantías de derechos de diversa especie (penal, procesal, etc.) que no pueden prescindir tampoco –por coherencia interna– de una cierta referencia inicial a algún tipo de igualdad real (socioeconómica, cultural, etc.).

Situado en esas coordenadas, básicamente liberales pero incoativa y potencialmente democráticas, se hace –creo– preciso evitar a toda costa su determinación e inmovilista reducción conservadora desde un elemental y simplista quiasmo que concluyera que, por tanto, esta clase de Estado no es y no puede ser sino un Estado de clase. Pero tampoco habría que desconocer, o que ocultar ideológicamente, esas históricas y reales dependencias de desigualdad respecto de sectores sociales –la referencia aquí a la burguesía como clase en ascenso es, desde luego, inevitable– especialmente interesados en su momento en tales construcciones (jurídico-políticas) y en tales concepciones (filosóficas y éticas). A mi juicio, sin embargo, la mejor dialéctica histórica, intransigente con esas desigualdades, y la propia lógica interna de la libertad y de la razón ilustrada en su fundamentación de los derechos humanos (vistos allí incluso como derechos naturales) han opera-

do, y deben operar, hacia consecuentes propuestas de universalización, es decir, hacia la efectiva realización de esas exigencias, básicas para la teoría de la justicia –y para el Estado de derecho–, que son la seguridad, la libertad y la igualdad.

El Estado de derecho es, así, decíamos una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades –*no taxation without representation*– y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad. Y ello, en forma tanto de intervención positiva para la toma de decisiones en los asuntos públicos como de, la denominada, negativa no interferencia de los demás en zonas a salvaguardar legítimamente. Se trata de lograr a la vez una mayor participación de los individuos y una mayor responsabilidad de los poderes, velando por la libertad de todos. Pero es asimismo verdad que, en el contexto histórico y conceptual de esa directa defensa de la libertad, de la seguridad y de la propiedad, con frecuencia también se alegaban y se alegan –de manera más o menos explícita y/o condicionada– algunas básicas y potenciales, todavía muy insuficientes, razones relativas al valor de la igualdad. Por de pronto, desde el Renacimiento, la Reforma, y siempre con algún tipo de precedentes, los Estados modernos –frente a los privilegiados fraccionamientos medievales y feudales– reclaman y logran asumir para sí la suprema y única soberanía (Maquiavelo, Bodino). Y es en ese marco donde van a manifestarse con fuerza y con diferentes prioridades dichas demandas y su reaseguramiento (Hobbes), reconocidas y pronto institucionalizadas a través precisamente de una coherente regu-

lación jurídica y de un (auto) control efectivo de tales poderes públicos: Estado liberal, Locke, Declaraciones de derechos de 1689 en Inglaterra y de 1776 en América del Norte (Jefferson como buen símbolo). Sobre esas vías políticas teórico-prácticas incidirá, con acento y potencialidades más democráticas, la Revolución francesa (antecedentes, la Enciclopedia o Rousseau) y, en concreto, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de tanta influencia hasta hoy. En el trasfondo, como vengo insistiendo aquí, habrá de estar siempre la huella profunda de la filosofía de la Ilustración y del mejor racionalismo e idealismo alemán (Kant como fundamento).

Puede, como vemos, señalarse que esta triple tradición nacional y cultural, siempre con interrelaciones plurales en su interior, aporta conceptos e ingredientes que, a pesar de sus insuficiencias, van a permitir definir al Estado de derecho (hechos y valores, legalidad y legitimidad, formando parte de él) como la institucionalización jurídica de la democracia política. La carga conservadora, recelosa de la soberanía popular, que la fórmula liberal (antiabsolutista) del *Rechtsstaat* posee cuando se acuña y difunde en la Alemania del primer tercio del siglo XIX (por A. Müller, T. Welcker, J. C. F. von Aretin, R. von Mohl), su preocupación por el control jurídico de los poderes, no iba a resultar incompatible con los elementos de mayor garantía y protección judicial del individuo y de sus derechos y libertades que históricamente estaban presentes en la más compleja institución anglosajona del *rule of law*; ni –andando el tiempo– podría coherentemente oponerse a las influencias democráticas derivadas de manera muy principal de aquella declaración de la Revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad (pero también propiedad), *regne de la loi*, ley como expresión de la voluntad general, separación de poderes con predominio del legislativo, Estado constitucional, nueva legalidad

versus vieja legitimidad, etc. Desde ahí se habría de hacer posible que, sobre esa base liberal, pero impulsado principalmente por las luchas de importantes y mayoritarios sectores sociales de hecho allí excluidos –de manera muy decisiva por los movimientos sindicales y las plurales organizaciones socialistas–, es decir, contando siempre con las fuerzas históricas más progresivas (siglos XIX y XX), aquella institucionalización jurídico-política pasara a constituirse coherentemente en nuestro tiempo como Estado social y democrático de derecho.

El Estado de derecho, vengo reiterando aquí, es la institucionalización jurídico-política de la democracia. Pero ni uno ni otro de esos términos (democracia y Estado de derecho) tienen el mismo idéntico significado en sus inicios –siglos XVIII y, más claramente, XIX, América y Europa–, de carácter liberal y con participación más limitada, que el que tienen en las propuestas de nuestro tiempo, con muchas mayores exigencias de participación social, económica y cultural. Son partes, no obstante, de ese común mundo moderno que procede de la Ilustración. La democracia, como tantas otras cosas, es un proceso histórico mensurable desde la razón y la libertad. Ello implica reconocer tanto las graves insuficiencias de ella en sus orígenes (participación censitaria, por ejemplo) como, a pesar de los indudables progresos, también las muy diferentes que siguen lastrando los que hoy denominamos como Estados sociales y democráticos de derecho: así, grandes desigualdades fácticas incluso en la igualdad ante la ley, en la efectiva protección de derechos y libertades, pero sobre todo en la participación en los resultados, económicos, sociales y culturales, tanto a escala interna como en sus determinaciones globales, interestatales. Por eso creo que, asumiendo dicha historia, cabe hablar con carácter general de todo Estado de derecho como institucionalización jurídica de la

democracia, y, a su vez, de modo más específico, respondiendo a las mejores exigencias éticas y políticas del mundo actual, de un necesario, más progresivo y justo Estado social y democrático de derecho.

Caracteres definitorios del Estado de derecho

Vertebrando no sin conflictos ni contradicciones toda esa decisiva evolución histórica y esos diferentes (no indiferentes) modelos de Estado de derecho tenemos –ya se indicó antes– ciertos componentes, mecanismos, procedimientos, valores, que han sido y deben ser considerados imprescindibles para que pueda en rigor hablarse, con aplicación a todas esas relacionadas situaciones, de un verdadero, pero no estático ni esencialista, Estado de derecho. Tales necesarios caracteres generales (entendiendo siempre que el Estado de derecho, como la democracia misma –acabo de referirme a ello–, es siempre una realidad de carácter procesual, perfectible y abierta en el tiempo) serían, a mi modo de ver, principalmente los cuatro siguientes:

a) Imperio de la ley, que impera sobre gobernantes y ciudadanos, pero precisando que –como ya se señalaba en el artículo seis de la Declaración francesa de 1789– "la ley es la expresión de la voluntad general": es decir, creada (pero no, según los tiempos, por debajo de unos mínimos censitarios) con libre participación y representación de los integrantes del grupo social, o sea, a través de la "voluntad de todos". Por supuesto que el imperio de la ley es también, y ante todo, imperio de la ley fundamental, es decir, de la Constitución a la cual se subordinan todas las demás. Tal imperio de la ley, producida ésta como libre expresión de la soberanía popular, es condición necesaria e imprescindible para una eficaz

protección hoy de libertades y derechos fundamentales.

b) División de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, diferenciación más que separación, con lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo. Éste, en su más amplio sentido, como representante legítimo del grupo social, es primero poder constituyente, constitucional y luego, ya constituido, poder parlamentario, concretado en la producción de las correspondientes normas jurídicas. La institución que representa la soberanía popular es –no se olvide– quien suministra legalidad y legitimidad a la institución que ejerce la acción gubernamental.

c) Fiscalización de la Administración, actuación según ley en todos los órdenes y niveles de ella (poder ejecutivo), así como consecuente y eficaz control por los competentes órganos constitucionales y jurisdiccionales: control jurídico ante los tribunales de justicia e interdicción de la arbitrariedad, pero no de la legítima discrecionalidad, con subordinación, pues, al principio de legalidad y a sus determinaciones e implicaciones por todos los funcionarios y servidores del Estado. Junto a ello, pero diferenciado, control político de los Gobiernos desde el Parlamento. Frente al Estado absoluto –incluso en el "despotismo ilustrado"–, donde el "Rey es la ley" (*Rex = lex*), donde el Rey es ab-soluto (*Rex legibus solutus*), es decir, donde el poder real ejecutivo es la ley, y se libra de ella, el Estado de derecho implica someter al Rey (al poder ejecutivo) a la ley, creada en el responsable órgano de representación popular (Parlamento) y aplicada por jueces independientes, sólo dependientes de la ley. El Estado de derecho es así el establecimiento de límites y controles legales (y legítimos) a todos los poderes y, muy en especial, al poder ejecutivo, a la Administración, al Gobierno.

d) Protección de derechos y libertades fundamentales que –decíamos– constituyen precisamente la razón de ser del Estado de derecho. Las certeras garantías jurídicas (penales, procesales y de todo tipo), así como la efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie (minorías, etc.), constituyen la base para una progresiva igualdad y dignidad entre todos los seres humanos. El Estado de derecho no se restringe hoy, ni debe restringirse, a una concepción que únicamente se defina y se reconozca por la simple y sola protección de las libertades que derivan de la seguridad jurídica (ni siquiera en la mejor versión liberal de ésta), con ser aquéllas fundamentales y esenciales pero no exclusivas ni excluyentes. Entre otras razones, porque tal aislamiento y reducción llevan de hecho al propio falseamiento y negación de la tan alegada, supuestamente pretendida, universalidad de tales seguridades.

A nadie se le ocultarán las muchas y grandes complejidades y dificultades de muy diferente índole y alcance que están presentes, o que subyacen, en el mero enunciado prescriptivo de todos estos objetivos. Ni tampoco cabe desconocer el carácter gradual y procesual, histórico, que –con el necesario cumplimiento de un contenido básico esencial– caracteriza a tales rasgos definitorios en los diferentes tiempos y en los ya mencionados modelos de Estado de derecho, como por lo demás ocurre con la más o menos traumática evolución de la democracia. No habrá nunca que olvidar, en este sentido, la fundamental correlación no mecánica entre uno y otro, es decir –repetidamente se viene subrayando aquí–, el entendimiento del Estado de derecho como institucionalización jurídico-política de la democracia.

Contando, sin embargo, con todo ello y evitando, así, perfeccionismos desmovilizadores, también habría que señalar con rotundidad que tales complejidades y dificultades serían, son, infinitamente mayores, realmente insalvables, si –como se hace en los regímenes absolutistas, dictatoriales, totalitarios– se suprimen todas esas propuestas, aspiraciones, garantías e instituciones propias del Estado de derecho. Pero, desde luego, los Estados que pretendan ampararse y legitimarse bajo este prestigioso título habrán de ajustar rigurosamente sus normas jurídicas y sus actuaciones fácticas a esas exigencias de ética política, con compromisos serios de justicia y cohesión social, y a esas reglas y prácticas de deliberación, funcionamiento y organización derivadas, en definitiva, de la libertad y la responsabilidad de todos, gobernantes y ciudadanos.

A todos incumbe ciertamente el Estado de derecho, también a todos los ciudadanos y a todos los poderes (económicos, mediáticos, etc.) que actúan en la sociedad exigiéndoles respeto hacia las libertades y los derechos de los demás, así como consecuentes comportamientos en el amplio marco de los cauces institucionales y constitucionales. Pero, junto a ello, debe enseguida indicarse que a quien en última y más decisoria instancia se dirige el Estado de derecho es precisamente al propio Estado, a sus órganos y poderes, a sus representantes y gobernantes, obligándoles en cuanto tales a actuaciones en todo momento concordes con las normas jurídicas, con el imperio de la ley, con el principio de legalidad, en el más estricto sometimiento a dicho marco institucional y constitucional.

El derecho en cuanto sistema jurídico es y lleva consigo precisamente la posibilidad de coacción-sanción institucionalizada, es decir, la capacidad de exigir el cumplimiento de sus normas, o de imponer efectos y consecuencias deri-

vados de su cumplimiento o incumplimiento, con el empleo de uno u otro tipo de fuerza: incluso –claro está– con la fuerza material, que para nada es, por lo demás, incompatible con la "fuerza moral" (legitimidad) ni con un mayor o menor grado de necesaria legitimación social. El derecho implica uso de la fuerza y, a su vez, regulación del uso de la fuerza. Pero no todas estas regulaciones tienen el mismo carácter y significado: no todo derecho válido (ciencia jurídica) vale para lo mismo (sociología jurídica), ni vale lo mismo (ética y filosofía jurídica). También las dictaduras pueden convertir en normas sus negaciones de la libertad, su despotismo, aunque por lo general se reservan mayores márgenes no sólo de legal discrecionalidad, sino también de ilegal arbitrariedad. El Estado de derecho, estamos viendo, es aquel en el que esas regulaciones normativas se producen hoy (deben producirse cada vez más) desde la libre participación democrática, incorporando eficazmente los derechos fundamentales e, insisto en ello, obligando con todo rigor a que los poderes públicos se muevan siempre dentro de un estricto respeto y sometimiento a las leyes (Constitución y demás), prohibiendo y persiguiendo toda actuación o respuesta estatal que utilice cualquier tipo de fuerza o coacción que pueda considerarse ilegal.

El Estado, señala Weber, es el monopolio legítimo de la violencia: sinónimo para él de creencia en tal legitimidad, más bien por tanto sociológica legitimación. Pero poniendo ésta en cuestión, para que aquél sea y merezca con mayor radicalidad el título de legítimo habrá de tratarse –a mi juicio– de una fuerza, de una coacción, de una violencia de ese modo producida y regulada en el Estado de derecho. No bastan para la legitimidad las meras, supuestas, razones de eficiencia instrumental. El Estado no puede, no debe, de ningún modo, responder al delito con el delito, a la violación de la ley por

el delincuente con la violación de la ley por el gobernante o sus representantes: alegando una supuesta eficacia, se convertiría así en un Estado delincuente. No puede, ni debe, cometer el gravísimo delito y el gravísimo error de, por ejemplo, intentar acabar con el terrorismo implantado por unas u otras bandas o asociaciones armadas cayendo en un correlativo terrorismo de Estado, ejercido o ayudado ilegalmente por las legítimas instituciones y tal vez con cierto apoyo social. Si tal hiciera, pondría en cuestión su propia legitimidad: por acogerse a la razón de la fuerza perdería la fuerza de la razón. El delito y la violencia contra el sistema jurídico y político de libre participación, sistema que prevé incluso cauces para su propia reforma y transformación, deben ser en todo caso contestados, perseguidos y dominados precisamente desde esa misma legalidad que aquéllos violan, atacan o pretenden destruir: ¿qué diferencia habría si ambas partes la niegan y, en este sentido, la menosprecian por igual? La mejor defensa de la legalidad y la legitimidad exige actuar siempre en el marco de la Constitución y del Estado de derecho: no sólo esto es más justo, y más legal, sino que incluso –ésta es mi convicción– tanto a corto como a medio y largo plazo, preocupándose por contar con adhesiones sociales más fundadas e ilustradas, una mayor y mejor legitimación, será además mucho más eficaz para todo el sistema político y social.

El Estado de derecho –retomemos la línea general– es, pues, el imperio de la ley: aquél, sin embargo, no es ni se reduce sin más, como a veces parece creerse, a cualquier especie de imperio de la ley. Esto es aquí lo decisivo. También las dictaduras modernas y los regímenes totalitarios, con doctos dóciles juristas a su servicio, podrían alegar el imperio (¡indiscutible imperio!) de la ley: los dictadores suelen encontrar bastantes facilidades, sirviéndose siempre

del miedo, del terror, de la mentira y de la falta de libertad, para convertir en leyes sus decisiones y voluntades (individuales o de sus poderosos allegados), es decir, para legislar sus arbitrariedades. Podrían incluso aceptar y aducir que su poder está reglado por el derecho (por el mismo dictador creado) y sometido a (sus propias) normas jurídicas. Eso también es derecho (ilegítimo, injusto), también es Estado (dictatorial, totalitario), pero no es Estado de derecho. Lo que en definitiva diferencia, pues, de manera más radical y sustancial al Estado de derecho –como bien se señala en el preámbulo de nuestra Constitución desde esa su necesaria correlación fáctica y prescriptiva con la democracia– es su concepción del "imperio de la ley como expresión de la voluntad popular": es decir, creada (con variantes históricas, pero no bajo unos mínimos) desde la libre participación y representación hoy de todos los ciudadanos. Si la ley, el ordenamiento jurídico, no posee ese origen democrático, podrá haber después imperio de la ley (de esa ley no democrática), pero nunca Estado de derecho. Desde luego que cuanto mayor y mejor en cantidad y calidad –cuanto más amplia, ilustrada y consciente– sea dicha participación, por de pronto en las decisiones (deliberación, diálogo, consenso, mayorías) mayor legitimación y mejor legitimidad tendrán esa democracia y ese Estado de derecho. Íntima y profunda conexión, pues, entre democracia deliberativa y democracia participativa.

Obsérvese, con implicaciones teóricas y prácticas de la más decisiva importancia, que tal concepto de imperio de la ley se comprende y se fundamenta en y desde valores y exigencias éticas (derechos, preferirán decir otros) que constituyen el núcleo de su misma coherencia interna y también de su justa legitimidad. Su raíz está precisamente en el valor de la libertad personal, de la autonomía moral y de las coheren-

tes implicaciones y exigencias (sin perfeccionismos ahistóricos) que la hacen más real y universal. El Estado de derecho es imperio de la ley producida en las instituciones democráticas (Parlamento), pero, en coherencia con esos mismos valores, de ningún modo es indiferente a sus contenidos (debate sobre ley formal y ley material). La democracia y el Estado de derecho no son sólo cuestión procedimental: su fundamento ético, también su validez y efectividad, radican en ese valor de la libertad. En ésta, en la autonomía moral personal, en el ser humano como fin en sí mismo, radica el origen y fundamento tanto del imperio de la ley como de la afirmación de los derechos fundamentales. Éstos, por tanto, no deberían verse, de modo prioritario y negativo, como "límites" o "triunfos" (o "coto vedado") frente a aquélla, sino más bien, de manera positiva, abierta y creadora, como resultado ineludible, como parte constitutiva de esa misma libertad real.

Los derechos fundamentales –ya se ha señalado aquí– constituyen la razón de ser del Estado de derecho, su finalidad más radical, el objetivo y criterio que da sentido a los mecanismos jurídicos y políticos que componen aquél. La democracia, doble participación, es, ya veíamos –además de participación en decisiones–, demanda de participación en resultados, es decir, en derechos, libertades, necesidades. El Estado de derecho, en esa su empírica y también racional vinculación e interrelación con la democracia, lo que hace es convertir en sistema de legalidad tal criterio de legitimidad: y en concreto, en esa segunda perspectiva, institucionaliza de uno u otro modo esa participación en resultados, es decir, garantiza, protege y realiza (en una u otra medida según tiempos y espacios, historia y lugar) unos u otros derechos fundamentales.

II

Bien claro y firme todo lo anterior, que es básico y fundamental, pero siempre abierto a crítica y revisión, sobre los caracteres y finalidades del Estado de derecho, habría ahora que subrayar con específica atención que tanto la necesaria búsqueda de una mayor *legitimación*, adhesión y participación, como también la indagación por una más justa y ética *legitimidad*, implica de manera muy decisiva no inmovilizar con caracteres esencialistas el significado de esos elementos, requisitos y contenidos que configuran a aquél. Tampoco aislar de ellos sus específicas conclusiones de *legalidad*, como señalé al principio. De manera muy especial implica no aislar de la historia y de la realidad social esas demandas políticas y exigencias éticas, tampoco sus determinaciones y articulaciones jurídicas, que se concretan en los que llamamos derechos humanos fundamentales. En el fondo, de ahí deriva –sobre la base de "las luchas por las condiciones reales de la existencia"– toda esa evolución histórica, propuesta también como idea de futuro, que yo he resumido en estas tres grandes fórmulas o modelos, diferenciados pero relacionados, del Estado liberal, social y democrático de derecho: modelos que no son para nada intemporales, fijos, eternos, cerrados e inmutables.

Destacando la prescripción constitucional del artículo 1.1, proponiendo superar las insuficiencias e inconsecuencias del paradigma liberal, comenzaré aquí por ocuparme de lo que significó –bien entrado el siglo XX, aunque siempre con demandas y precedentes en el anterior– la necesaria construcción del Estado social. Los problemas de éste, incluso sus imborrables éxitos, están siendo analizados y enjuiciados hace ya algún tiempo desde muy distintas, y hasta opuestas, perspectivas: pero tales problemas exigen hoy, sin duda, la formulación de alternativas de presente y futuro. La propuesta aquí defendida, y por otros muchos

por supuesto, siempre abierta a debate, crítica y transformación, no es desde luego la hoy tan prepotente doctrina neoliberal conservadora (liberista, por reducir todo el problema a libertad económica), sino más bien –mejor explicitar el propio punto de vista– la que partiendo de perspectivas socialdemócratas se propone intentar hacer cada vez más reales y universales, para todos, esos componentes de la doble participación que caracterizan a la democracia a la altura de nuestra época, demandas exigibles también a escala mundial y transnacional: por ello, asumiendo lo mejor del Estado social, he preferido hablar siempre y también aquí de Estado democrático de derecho.

Éste es, pues, el mencionado –conclusivo– resumen de tal filosofía política, de estos dos principales paradigmas del Estado de derecho y, correlativamente, de los elementos de esa doble participación democrática. Resaltar estos caracteres es, a mi parecer, de importancia sustantiva: tanto la íntima vinculación entre Estado de derecho y sistema democrático como el entendimiento procesual, histórico, evolutivo de ambas conexas dimensiones. Pero aquí, como digo, se trata sólo de un inevitablemente abreviado esquema de algunas de sus respectivas condiciones, circunstancias y principales implicaciones que –desde aquellos básicos elementos comunes– vendrían a configurar las principales fases de esa evolución y sus potencialidades actuales y futuras: todo ello en conexión también con las razones de legitimidad y justificación presentes en las diferenciables concepciones generales, filosóficas y políticas.

El Estado social de derecho: realidades y limitaciones

El Estado social de derecho se muestra, pues, a lo largo del pasado siglo como alternativa dual y gradual –con firme rechazo de las falsas salidas

de carácter totalitario impuestas por el comunismo burocrático y por las dictaduras fascistas– ante las graves crisis y las insostenibles carencias e insuficiencias del modelo liberal. La necesidad y posibilidad de tal alternativa se muestra ya con toda claridad desde, al menos, los años de la Primera Guerra Mundial (1914-1918). Colaborarán en la construcción de aquél, proponiendo importantes diferenciados cambios, tanto algunos sectores más abiertos e inteligentes defensores de dicho orden económico (para su saneamiento y fortalecimiento) como otros –partidos socialdemócratas y movimientos sindicales– que se proponían una más progresiva y profunda transformación. John Maynard Keynes y Hermann Heller, cada uno en su área, podrían ser respectivamente un buen símbolo –hay muchos más– de tal aproximación dual.

a) El Estado va a hacerse así decididamente intervencionista con objeto de poder atender y llevar a la práctica esas perentorias demandas sociales de mayor participación y mayores cotas y zonas de igualdad real: sufragio universal (incluido ya el sufragio femenino), por un lado, amplio pacto social con compromiso por el Estado para políticas de bienestar (sanidad, educación, seguridad social, etc.), por otro, serán los dos principales componentes de ese indudable fortalecimiento de la legitimación y de la doble participación democrática.

La expansiva acción social de este Estado intervencionista, Estado de servicios –donde éstos se demandan cada vez en mayor cantidad, mejores en calidad y para más amplios sectores sociales–, va a suponer un protagonismo y una lógica preeminencia para las tareas y las funciones de la Administración, del poder ejecutivo. Éste, desde luego que sin negar ni prescindir del Parlamento (sin negar el Estado de derecho), se convierte de hecho y en no corta medida en poder legislador. Y también se señala que su otra actividad –la de

ejecución y administración– con frecuencia desborda, aunque no necesariamente contradiga, los propios cauces de las normas jurídicas. Desde las estrictas exigencias del Estado de derecho, del principio de legalidad y del control y responsabilidad de la Administración, se suscitan por tanto serias dudas y reservas ante el riesgo de que tales disposiciones jurídicas y acciones políticas y sociales puedan debilitar y llegar a romper o hacer caso omiso del sistema parlamentario y constitucional. Salvados éste y el Estado de derecho, lo que hay en cualquier caso son importantes transformaciones que es necesario tomar seriamente en consideración.

En el fondo, pero en un contexto de mucho mayor riesgo y con muy diferentes interpretaciones, orientaciones e, incluso, intenciones, éstos eran ya algunos de los problemas y alegatos que aparecían en las polémicas de los años veinte y treinta con Carl Schmitt, por un lado, y Hermann Heller, por otro. En buen acuerdo, por mi parte, con el segundo de ellos –"el Estado de derecho, resuelto a sujetar a su imperio a la economía"–, y frente a las reducciones y distorsiones del primero (con su negación del Estado de derecho), yo aquí sólo insistiría por el momento en la ineludible necesidad de que las instituciones y los poderes públicos actúen en esa doble coordinada dimensión: tanto en los horizontes del Estado social, receptivo ante tales demandas de los ciudadanos (participación en los resultados para hacer efectivos tales derechos), como en las exigencias internas del Estado de derecho (participación en las decisiones para el imperio de la ley), con eficacia por lo demás en el cumplimiento y desarrollo progresivo de la Constitución en ambos bien trabados niveles.

b) Sociedad de masas, con sus componentes buenos y menos buenos (depende también para quién), sociedad industrial, más tarde postindustrial, tecnológica y de servicios, desbordante

sociedad de consumo, incluso de derroche y despilfarro, sociedad orgánica y corporativa: éstos son algunos de los rótulos y calificativos utilizados por los sociólogos para referirse a estas diferentes dimensiones entre las que se mueve el Estado social. Como es bien sabido –y, por no pocos, sufrido–, se constata en nuestros días una alarmante insistencia en la reducción y/o degradación del *Welfare State*, Estado de bienestar, y también consecuentemente de la pretendida "sociedad del bienestar" que, de modo acrítico, a veces se alega como cláusula de sustitución ideológica desde algunos sectores neoliberales.

Las corporaciones económicas y profesionales, también las asociaciones patronales y sindicales, junto a otras de diverso carácter, adquieren en el contexto del Estado social una mayor presencia y explícito reconocimiento público, incluso oficial. La legislación –suele señalarse– se hace así pactada, concertada, con el propio Parlamento. Con ello, con la más directa participación, faceta positiva, se amplían los potenciales de legitimación, cohesión y paz social, pero, a su vez, faceta negativa, límite de la concertación, se produce algún mayor riesgo de que se subordinen en ocasiones los intereses generales a esos –bajo presión no fácilmente soportable– de las más fuertes corporaciones, con residuos casi de democracia orgánica. El resultado, se ha criticado, puede acabar siendo un Estado fuerte con los débiles y débil con los fuertes. No todo el mundo tiene, en efecto, el mismo peso, la misma fuerza, el mismo poder, en la mesa de la negociación: y prácticamente ninguno poseen los no corporativizados o los pertenecientes a débiles corporaciones. De la vieja desigualdad individualista liberal se podría así estar pasando o haber pasado a una –en cualquier caso no del todo equiparable– desigualdad grupal o corporativa, desde luego disfrutada o sufrida también en última instancia por individuos particulares. Es verdad, no obstante, que sin

pactos también hay riesgos –¿mayores?– de que se impongan tales fuertes poderes.

c) La economía del paradigma político expresado en el Estado social, adviértase en relación con todo lo anterior, no pretendía romper sin más con el denominado modo capitalista de producción, aunque –en sus mejores manifestaciones, tendencias socialdemócratas y grupos de apoyo– tampoco renunciaba a reformas progresivas que transformasen realmente el sistema. La lógica de tal actitud implica entender, desde luego, que "capitalismo" y "socialismo" no son esencias cerradas y absolutas, totalmente aisladas e incomunicadas entre sí, el mal o el bien radicalmente incuestionables (o viceversa), sino que deben verse como momentos, partes o sectores de un siempre abierto e inacabable proceso histórico. Para nada significa esto que se trate de meros procesos naturales o evoluciones espontáneas o que no existan diferencias importantes, a constatar y a valorar, entre ellos. En cualquier caso, en el Estado social la incorporación de las demandas de mayor igualdad, derechos y libertades para los tradicionalmente menos favorecidos se pretendía hacer aceptando y trabajando dentro de los esquemas definitorios de tal modo de producción (especialmente acumulación privada y economía de mercado), si bien –como digo– introduciendo sustanciales reformas, correcciones, regulaciones y redistribuciones compatibles en principio con ellos y que, se pensaba, incluso hicieran más reales y asequibles a todos dichos mecanismos, aparatos y espacios de intercambio. No faltaron tampoco lecturas que, desde una cierta izquierda radical, negaban la posibilidad e, incluso, utilidad de tales propuestas, haciendo resaltar casi exclusivamente los aspectos ideológicos (alienantes) de esa pretendida integración social. El balance, con todo, fue y es –a mi juicio– altamente positivo.

Entre aquellas medidas correctoras introducidas por el Estado social la que se mostró como

más relevante fue la creación y potenciación de un sector público estatal operante en el campo de la producción, así como la de una más decidida acción de los poderes políticos para avanzar en esos objetivos de mejor redistribución. El Estado interviene de este modo en la economía, contribuyendo a regular el volumen de inversiones a través de políticas que exigen aumento del gasto público e ingresos fiscales para generar empleo, consumo, ahorro y, otra vez, inversión. Desde esa perspectiva, el sector público –se señala– aparecería, pues, como muy funcional, incluso como el más apropiado y dinámico, para dicho modo de producción (Keynes). Sus tensiones, su significado y estructura dual permitirán, sin embargo, que tal sector público estatal sea también favorable para quienes desde ahí pretenden no ya la creciente e ilimitada "reproducción ampliada del capital", sino más bien la consecución de una mayor y más decisiva participación real para las fuerzas del trabajo. Junto a esto, es asimismo verdad que el predominio, al lado de aquél, de poderosas formas de organización de carácter oligárquico o monopolista, especialmente a escala mundial, global, con muy influyentes redes de agencias transnacionales –a pesar del mito del capitalismo competitivo y de la alegada economía social de mercado–, dificultarán y frenarán en amplia medida tales potencialidades de desarrollo progresivo y redistribución más igualitaria, nacional e internacional, de manera más clara y explícita a partir ya de la gran crisis de los años setenta. El problema, uno de los problemas, es ¿cómo extender hoy lo mejor del Estado social –no ya la imposible e indeseable lógica del consumismo, menos aún del despilfarro– a lo que antes llamábamos Tercer Mundo? ¿Es moral y/o materialmente universalizable el paradigma cuantitativista de tal modo de producción?

d) Lo que, a pesar de todo, no puede de ningún modo olvidarse desde la necesaria coherencia

democrática es que, como base imprescindible, en el Estado social se buscaba hacer también más reales e iguales para todos esas libertades y esos derechos civiles y políticos proclamados pero tantas veces postergados y convertidos en ficción por los regímenes liberales. Junto a ello y muy fundamentalmente se reclamaba implantar y hacer efectivos con carácter de universalidad los derechos sociales, económicos y culturales derivados de las necesidades básicas de salud, enseñanza, vivienda, un régimen de prestaciones de seguridad y sistema público de pensiones, exigibles a fin de dar un muy diferente sentido y una mejor esperanza de vida real a millones y millones de seres humanos. Éstas eran, específicamente desde la perspectiva de la izquierda, las principales metas a que se debía aspirar y que darían mayor y mejor legitimidad y legitimación al Estado social. Su garantía jurídica e, incluso, su realización efectiva quedaban ahí indefectible pero flexiblemente unidas al concepto y al sentido mismo del Estado (social) de derecho. También sería Estado de derecho, desde luego, el (anacrónico) modelo liberal o neoliberal, pero difícilmente encontraría hoy legitimación fáctica, menos aún legitimidad racional, un Estado de derecho que no acogiera el núcleo esencial de tales derechos sociales. Y se trata de avanzar hacia ello, sin revoluciones, sin perturbaciones traumáticas y precipitadas, sino de manera gradual, integrando y procurando tales objetivos en el marco, transformado y democráticamente más regulado, de ese modo de producción de aparente libre mercado y de efectiva acumulación privada de los medios de producción.

Tal sistema, y el pacto social partidos-sindicatos que estaba en su base, funcionó con amplia vigencia y efectividad operativa, no sin altibajos, insuficiencias de fondo y crisis coyunturales, durante buenos decenios en algunos de los países más desarrollados; y especialmente lo hizo tras la

Segunda Guerra Mundial hasta los años setenta aprovechando bien el ciclo expansivo de las economías occidentales en ese período. Así fueron posibles esas políticas redistributivas y de importantes servicios sociales y prestaciones de bienestar que han caracterizado las mejores e insuprimibles aportaciones del Estado social y que como Estado de derecho fueron en amplia medida garantizadas por leyes y tribunales. Pero, por un lado, las repercusiones de los complejos procesos de descolonización, de mayor alcance en la política que en la economía, con todas las contradicciones y dificultades que suponía, por otro, los límites de la financiación de tales políticas sociales en el marco –no se olvide– del sistema capitalista llevaron a la situación que se ha denominado, por decirlo con James O'Connor, de "crisis fiscal del Estado", resumen muy abreviado de los actuales problemas del Estado de bienestar y del Estado social de derecho. Ni la economía –se resalta y se admite, con unas u otras muy diferentes implicaciones y derivaciones– tiene posibilidades en ese marco (ni en ninguno, se remacha por los neoliberales más conservadores con acrítica contumacia), para pretender financiar esas expansivas políticas sociales, ni el Estado puede, por tanto, comprometerse con garantías jurídicas, como Estado de derecho, a proteger tales exigencias, demandas y derechos fundamentales (crisis de gobernabilidad).

¿Qué puede y debe hacer hoy el Estado y, de ello hablamos aquí, el Estado de derecho ante tan, sin duda, difícil y compleja situación? ¿Qué filosofía, qué paradigma político, puede con carácter más general servir de plausible orientación? Por de pronto, una reductiva primitiva supuesta salida –en mi opinión cerrada salida– ya se ha venido imponiendo fácil y fácticamente desde hace tiempo: el símbolo de iniciación fue, claro está, la era Reagan-Thatcher, que en modo alguno puede darse por acabada; al contrario, se

sigue manteniendo con fuerte e irresponsable prepotencia. Es sin duda una vuelta atrás, no, desde luego, absoluta y total a los tiempos de la abstención estatal, pues ocasionaría una ruptura de la cohesión social y una deslegitimación política imposible de soportar tanto para los gobiernos (con inevitables retrocesos autoritarios contrarios al Estado de derecho) como, sobre todo, para los ciudadanos, para sus derechos y libertades. Pero lo que se exige y se produce en ella, invocando el determinismo cientificista, es una sustancial paralización e incluso desmantelamiento de buena parte de esas políticas de bienestar social; y así la imposición de un muy conservador, disminuido, mínimo, "anoréxico" y muy desigual Estado neoliberal, en la línea, con variantes, de Friedrich A. Hayek, Milton Friedman, Robert Nozick y bastantes más.

Frente a esta hoy muy preponderante e insostenible posición (sostenible sólo con gravísimos daños humanos), formularía yo aquí una serie de propuestas que estimo válidas para mejor afrontar esta nuestra situación actual. Lo que va a continuación es, pues, una sucinta exposición de la alternativa –así la veo yo– que, a partir y sobre la base fundamental del Estado social, asumiendo muchas de sus conquistas, pueda progresivamente contribuir a profundizar y hacer más real esa doble participación en que consiste la democracia y, también (insisto en ello) ese tercer prescriptivo paradigma del Estado de derecho.

El Estado democrático de Derecho como utopía racional

El Estado democrático de derecho constituiría, pues, esa propuesta alternativa a tomar, por tanto, en consideración en cada una de sus específicas dimensiones, como –a mi juicio– posibles vías de solución de futuro, y actual, ante las difi-

cultades y problemas que han ido localizándose en el imprescindible Estado social y, especialmente, en la reducción neoliberal del Estado de bienestar. Así:

a) Se trataría en dicha propuesta del paso necesario desde un tipo de Estado que en el pasado resultó a veces involucrado en exceso en un inabarcable e indiscriminado intervencionismo cuantitativo, hacia un Estado de intervención mucho más cualitativa y selectiva, con importantes revisiones y correcciones dentro de él. Que éste, el Estado, por querer hacer demasiadas cosas no deje de ningún modo de hacer, y de hacer bien (sin corrupciones, chapuzas, ni despilfarros), aquello de contrastada superior entidad racional que –variable, en parte, según las condiciones históricas y sociales– le corresponde hacer en función de las metas, necesidades, intereses generales y particulares, obligaciones éticas y políticas que asimismo los ciudadanos puedan y deban exigirle. Hay valores, bienes, derechos, que, desde luego, no pueden ni deben quedar a entera disposición del mercado. Importancia, pues, del Estado, de las instituciones jurídico-políticas, frente a las evasivas liberales, por la derecha, pero también frente a los voluntarismos libertarios, por la izquierda, aunque recuperando de éstos el énfasis en la sociedad civil. Lo que se quiere aquí remarcar es, por un lado, que no puede haber una "sociedad del bienestar", ni, por otro, una real emancipación en una nueva sociedad sin un Estado que trabaje con fuerza en tal dirección. Recuperación, pues, de la política y recuperación a la vez de la política institucional, es decir, de las instituciones políticas. Pero también es verdad que el Estado (nacional, central) es hoy demasiado pequeño para las cosas grandes (ahí, la Unión Europea o la propia ONU) y demasiado grande para las cosas pequeñas (comunidades autónomas y Administración local en nuestro sistema constitucional). Ese criterio cualitativo y selecti-

vo es, pues, fundamental en más de un sentido para el buen funcionamiento en nuestro tiempo del Estado democrático de derecho.

También de este modo, con atención muy prevalente hacia los verdaderos intereses generales (compuestos asimismo por legítimos intereses particulares), será más factible la superación de las actuales críticas de paternalismo dirigidas al Estado social. Pero no se trata con ello de una reducción de aquél al más acomodaticio y conservador "principio de subsidiariedad"; no se trata de que el Estado haga únicamente aquello que los demás no pueden ni les interesa hacer: donde hay que mirar es al interés real de los ciudadanos. No, pues, cómoda autocomplacencia en una ética de la irresponsabilidad individual esperándolo todo del denostado papá-Estado, sino más bien libre autoexigencia personal para una ética del trabajo, del esfuerzo, del mérito, la capacidad, la intervención participativa y solidaria. Me parece que estos valores, estos principios, configuran una ética pública y una cultura crítica, una concepción abierta del mundo y un modelo flexible y plural de organización social y económica que –asumiendo también las buenas luchas de una dura historia– cabe considerar como propios del que es posible seguir denominando socialismo democrático. Puestos a proponer rótulos cercanos, pero no sin diferencias con aquél, otros han preferido hablar más bien de un liberalismo igualitario. Se trataría de actitudes, unas y otras, en cualquier caso muy lejanas de los dogmas neoliberales que derivan, entre otras cosas, de la beatífica total preeminencia del mercado y de la acumulación privada del capital, así como de la exclusiva práctica de la individualista y agresiva competitividad.

b) En concordancia con ello estarían los esfuerzos por construir desde aquellos valores más democráticos una sociedad civil más vertebrada, más sólida y fuerte, con un tejido social

más denso, de trama mejor ensamblada e interpenetrada: en definitiva, más ajustada en las dos significaciones del término, como organización (ajuste de las piezas) y como justicia (el ajuste más ético). Una sociedad donde la presencia de las corporaciones económicas, profesionales, laborales, sea en efecto complementada y compensada con la de los nuevos movimientos sociales (ecologistas, feministas, de acción frente a la xenofobia y el racismo) o la de las plurales organizaciones no gubernamentales con su tan decisiva acción altruista a través del voluntariado social. Pasar, se ha dicho, del corporativismo al cooperativismo, de una exclusiva ética de la competición o de la competencia (a veces totalmente incompetente) a una ética también de la colaboración y la solidaridad. La calidad de vida y no tanto la cantidad de productos consumidos y destruidos –medio ambiente incluido– serían objetivos más concordes, creo, con tal modelo de sociedad. Todo ello implica, desde luego, una nueva cultura y un nuevo concepto de ciudadanía.

Se afirma ahí una mayor presencia e intervención, pues, de la sociedad civil, pero operando ahora en toda su plural plenitud y no sólo en privilegiados sectores, estamentos o poderosas corporaciones. Y, junto a ello, hay que considerar, desde luego, como imprescindible en el Estado de derecho la decisiva acción de las instituciones jurídico-políticas, Parlamento, Administración, tribunales de justicia, etc. Intentando superar las reducciones unilaterales, por un lado, de algunas fases de la socialdemocracia y el Estado social, que confió en exceso y casi en exclusiva en las instituciones, y, por otro, de los movimientos libertarios, siempre recelosos de éstas, esperándolo todo de una mitificada sociedad civil, en otros escritos míos –desde fructíferos desacuerdos y acuerdos con Claus Offe– he insistido en la necesidad actual y futura de una progresiva y abierta síntesis entre ambas: es decir, en un entendi-

miento imprescindible y un nuevo pacto entre instituciones jurídico-políticas y organizaciones de la sociedad civil así comprendida. Y, en este sentido, he denominado socialismo democrático a esa hipotética conjunción y síntesis dialéctica (pero sin final de la historia) entre, por una parte, la socialdemocracia y el Estado social y, por otra, los movimientos libertarios y la justa reivindicación de la sociedad civil.

c) Para esta alternativa democrática y de doble participación, en el campo de la economía y de la producción el necesario sector público de ella ya no sería sólo ni tan extensivamente sector estatal (en cualquier caso con función selectiva y cualitativa), sino que asimismo actuaría y se configuraría a través de un más plural y dinámico sector social. Y junto a esos dos componentes del sector público (estatal y social) –en una economía mixta con las ya incuestionables "tres patas"–, está el espacio, que tiene y debe tener muy amplia presencia, del sector privado que opera de forma más inmediata con los criterios y las demandas del libre mercado. Lo decisivo sería entonces determinar y establecer en tal compuesto las prevalencias de políticas concretas más y mejor orientadas a lograr hacer realidad esos valores éticos, constitucionales y de cohesión social que son la libertad, el bienestar, la solidaridad y la igualdad. Por supuesto que no es nada fácil ensamblar todo ello en la práctica (ni en la teoría) de una manera armoniosa, justa y con previsión de funcionamiento eficaz; desde luego, pero nada es fácil, y no sólo en el campo de la economía. Es preciso estar, pues, abierto a todas las dudas y sugerencias, aunque sin desconocer que, en nuestros días, destacados economistas, como entre otros John Kenneth Galbraith, Alec Nove o Amartya Sen, por recordar sólo algunos ejemplos concretos, han ayudado desde diferentes perspectivas a entender todo esto un poco mejor. A ellos, y a otros críticos, reenvío, pues, para el

debate y la necesaria ampliación y precisión de estas páginas.

En el Estado democrático de derecho el imperio de la ley no es, ni debe ser, en modo alguno reducible al imperio de la iusnaturalista ley del mercado. Esta ley no es por sí sola la más justa ni la más democrática: tampoco la más eficiente. Son muchos, por el contrario, los que más bien denuncian, y constatan, la dictadura y/o la anarquía –abandonado a sí mismo– del tal mercado. Se pone ahí de manifiesto que –con la automática e inmediata movilidad de capitales en el mercado transnacional– las economías especulativas, financieras y monetarias, jugando a su favor con las nuevas tecnologías en la famosa globalización, se hacen muchísimo más rentables y con más fuerte incentivo para los inversores, pero con ello ahogando y destruyendo en frecuentes ocasiones a otras economías realmente productivas y a enteros sectores sociales a ellas vinculadas.

Por otro lado tendríamos el denominado (R. Sennet) "capitalismo de casino", aquel que se mueve donde sea buscando los beneficios más inmediatos, con repercusiones negativas para los proyectos personales de cierta necesaria estabilidad (el "hombre modular" de E. Gellner o Z. Bauman). En cualquier caso, se avisa, estaríamos en una mundialización libre del capital *versus* una inmigración muy restringida y acotada del trabajo: o, en el lenguaje de la "demagogia de los hechos", *internet* para el capital y *pateras* para el trabajo. Se subraya también, por otro lado, que, a diferencia de la acumulación privada del capital (guiada, como es lógico, por fines de lucro, rentabilidad y creciente aumento de las tasas de beneficio, con riesgos en gran parte asumidos por el capital social), el Estado y el gasto público actúan en sectores que no generan ganancias ni, por tanto, acumulación, pero que son absolutamente necesarios (servicios, infraestructuras) para la cohesión del grupo social: esto –pienso–

debería destacarse mucho más en la educación y la cultura democrática de los ciudadanos, así como la necesidad de una adecuada política fiscal que, entre otras cosas, luche de verdad contra el gran fraude que no es precisamente el de los asalariados y funcionarios públicos que cobran por nómina.

En definitiva, el establecimiento de prioridades en la economía de un país (o de una unión de países), así como las concordes leyes de presupuestos, base para ella, es algo que debe, pues, hacerse con criterios de racionalidad que no son sólo los de un reductivo análisis instrumental y los de las imposiciones sin más del mercado, nacional y/o transnacional. En esa economía mixta, el sector público y, dentro de él, el Estado –representante de intereses generales en los sistemas democráticos (otra cosa es que, pero dígase así, esto no se acepte)– debe, a mi juicio, cumplir por tanto esa triple imprescindible función: de producción (selectiva y cualitativa), de redistribución (proporcional y progresiva) y de regulación y organización (flexible y revisable) desde esa doble participación del grupo social que, téngase siempre en cuenta, es básica para la identificación de la democracia, del Estado de derecho y, en consecuencia, para el Estado democrático de derecho.

d) Las cosas se hacen, se han ido haciendo también mucho más comprehensivas y complejas en cuanto a los derechos fundamentales, a las exigencias éticas que en nuestros días, y en relación con la búsqueda de posibles alternativas políticas, deben encontrar –se piensa por muchos– reconocimiento legal y eficaz realización. Asumiendo, claro está, los derechos civiles y políticos (protegidos en el Estado liberal), así como los derechos sociales, económicos y culturales (objetivo prevalente, junto a aquéllos, del denominado Estado de bienestar o, mejor, del Estado social), ahora son nuevos derechos –tercera generación– los que reclaman de un modo u otro su incorporación a la

legalidad: derechos de las minorías étnicas; los derivados de las diferencias sexuales, lingüísticas, de la marginación por diferentes causas; derechos de los inmigrantes, ancianos, niños, mujeres; derechos en relación con el medio ambiente, las generaciones futuras, la paz, el desarrollo económico de los pueblos, la demografía, las manipulaciones genéticas, las nuevas tecnologías, etc., en una lista todo menos arbitraria, cerrada y exhaustiva.

¿En qué medida tales demandas, o algunas de ellas, pues no son todas de idéntico alcance y significado, pueden ser asumidas por el Estado de derecho de nuestro tiempo o del próximo futuro? No se olvide que la tesis restrictiva respecto de éstas también ha negado y sigue negando –a veces con refinados argumentos– que caracterice y corresponda propiamente al Estado de derecho la protección jurídica de los derechos sociales, económicos y culturales. Disiento, como se puede ver a lo largo de estas páginas, de semejante reductiva interpretación tanto por razones de fáctica legitimación como (el Estado de derecho es una fórmula prescriptiva) de racional legitimidad y justificación: lo cual para nada implica desconocimiento de las dificultades planteadas tanto en la garantía jurídica de tales exigencias éticas como, más aún, en su efectiva realización en un determinado contexto social. Con todo, no pocos autorizados juristas advierten hoy con una cierta lógica interna acerca de la relación inversamente proporcional que pudiera darse entre extensión e intensión a la hora de lograr eficaz protección jurídica para unos u otros derechos fundamentales. Y tampoco dejan de estar ausentes los avisos sobre condiciones objetivas (la escasez, por ejemplo) que impiden o dificultan sobremanera –con las inevitables consecuencias de frustración y deslegitimación– el completo reconocimiento de determinadas aspiraciones humanas o exigencias éticas como auténticos derechos subjetivos ejercitables con plenas garantías en el

marco de un sistema jurídico avalado por la Constitución y los competentes tribunales de justicia, nacionales o internacionales.

Todo ello es bien cierto, realista y razonable, y habrá de ser tomado muy en consideración por los legisladores y por la propia sociedad si se quiere construir algo con responsabilidad. Pero el mundo no se acaba ni se cierra –tampoco el mundo jurídico– con los estrictos derechos subjetivos. Quiero decir que las exigencias éticas asumidas en el ordenamiento pueden, por ejemplo, servir para orientar con fuerza, con sólidas razones, la futura legislación que dará lugar, entonces sí, a nuevos estrictos derechos. Y mientras tanto, pueden valer muy bien para interpretar de un modo u otro los actuales reconocidos derechos o para orientar coherentemente unas u otras políticas sociales. Como se ve, todo menos que inútil tal presencia y su diferenciado reconocimiento en el ámbito jurídico-político. Sin olvidar asimismo que si la política (o el derecho) es el "arte de lo posible", la filosofía y la ética son, y deben ser, el arte de hacer posible lo necesario. Utopías de ayer son, no siempre pero sí en muchos casos, realidades de hoy. Y tampoco es algo "neutro", o producto del mero azar, que unos derechos hayan logrado, en la historia y/o en la actualidad, plena protección judicial (por ejemplo, la propiedad) y otros, por el contrario, no la hayan alcanzado (todavía) con ese mismo rigor (por ejemplo, el trabajo).

Seguro, sin duda, que todas estas exigencias éticas u otras que podrían formularse (tampoco aquí puede cerrarse la historia), todas esas justas pretensiones y esperanzas humanas, desgraciadamente no resultan hoy por hoy por completo susceptibles de su juridificación de manera plena y responsable como rigurosos derechos subjetivos en el marco actual del Estado de derecho. Reconozcámoslo así, con sensatas dotes de realismo para las más complicadas y difíciles de ellas, a pesar de todas las buenas intenciones y voluntades que

pudieran, sin duda, manifestarse. Sin embargo –a mi juicio–, en modo alguno tales voluntades e intenciones, así como los valores y principios que las inspiran, carecen de sentido y trascendencia para la acción social, política y también jurídica. El mundo del derecho no puede estar ajeno a ellas. Por un lado, la cohesión social, es decir, razones de eficacia, y por otro, la ética pública (y privada), es decir, razones de justicia, así –creo– lo exigen. En consecuencia, tales pretensiones y esperanzas no deben quedar fuera o al margen de los proyectos de futuro respecto de esas mencionadas transformaciones de todo tipo, desde económicas a culturales, que en cambio deben siempre impulsarse en el marco de una sociedad democrática y de su sistema jurídico para la necesaria construcción de un correlativo, aquí auspiciado, Estado democrático de derecho. Todas ellas, y otras más, son hoy razones para una necesaria recuperación de la política y son también razones para una no menos imprescindible política institucional: estas exigencias de diálogo con deliberación ilustrada y de doble real participación (en decisiones y resultados) son –pienso que puede hablarse así– las razones fundamentales en nuestro tiempo para un Estado democrático de derecho.

Bibliografía

En mi libro *Estado de derecho y sociedad democrática* (1966), y en concreto en su última edición (Taurus, Madrid 1998), puede encontrarse un muy amplio "apéndice bibliográfico" sobre los principales temas aquí tratados. Sólo haré, pues, ahora una breve selección de obras más cercanas y asequibles para el lector.

Actas del IV Congreso Nacional de Ciencia Política, *Problemas actuales del Estado social y democrático de derecho*, Presentación de Manuel Ramírez, Universidad de Alicante, Alicante 1985.

P. Andrés Ibáñez (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Trotta, Madrid 1996.

Comisión Internacional de Juristas, *El imperio de la ley en España*, Ginebra 1962.

J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid 1988.

R. Cotarelo, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986.

E. Fernández García, *Entre la razón de Estado y el Estado de derecho: la racionalidad política*, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 1997.

E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1981.

M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid 1977.

A. Gerrorena, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Universidad de Murcia, Murcia 1980 (2ª ed., corregida y aumentada, Tecnos, Madrid 1984).

L. Hierro, *Estado de derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México 1998.

P. Lucas Verdú, *Estado liberal de derecho y Estado social de derecho*, Acta Salmanticensia, Salamanca 1955.

R. Muñoz de Bustillo (comp.), *Crisis y futuro del Estado de bienestar*, Alianza Editorial, Madrid 1989.

G. Peces-Barba, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.

E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid 1984

F. Tomás y Valiente, *A orillas del Estado*, Taurus, Madrid 1996.

Reconocimiento histórico de los derechos humanos

Ángel Llamas

Profesor titular de Filosofía
del Derecho de la Universidad
Carlos III de Madrid

Historia y fundamentación

El reconocimiento histórico de los derechos humanos constituye uno de los ejes centrales en torno a los que se ha construido la doctrina sobre los derechos humanos. Supone el punto de encuentro entre el concepto de los derechos y su positivación en los ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales. El alcance que, tanto desde su fundamentación como desde su positivación, ha sido planteado frecuentemente de un modo histórico, pasa necesariamente por su reconocimiento. Aunque el reconocimiento puede enfocarse directamente al rastreo histórico de cómo han sido recogidos los derechos humanos en el orden jurídico, es necesario plantear una cuestión previa a la positivación.

La historia del reconocimiento de los derechos humanos está en el curso de la fundamentación de los mismos. El derecho que los recoge nos informa, de un modo coactivo, de las sanciones positivas o negativas a partir de los bienes jurídicamente protegibles. Sin embargo, las conductas incentivadas o desaconsejadas tienen un referente en los principios y valores que cada ordenamiento hace suyos. El punto de partida en el reconocimiento de los derechos humanos surge de argumentos suplementarios derivados del juicio sobre las normas, un juicio de valor que "traspasa las fronteras del orden jurídico para instalar-

se en la órbita de la filosofía moral y política"[1]. De esta manera, es imprescindible enfrentarse a las doctrinas que construyeron la fundamentación de los derechos humanos porque es desde donde parte el proceso de su reconocimiento. Si, en términos generales, este punto de partida vale para la concepción del derecho en general, en el caso de los derechos humanos, la dimensión sustancial se acaba de entender desde el carácter legitimador que aportan a los sistemas de los que parten y en los que se incluyen, por su vinculación con valores derivados directamente del concepto de dignidad humana y por la fuerza expansiva que contienen en términos éticos, filosóficos, morales, religiosos, sociales y políticos.

El reconocimiento de los derechos no es, por tanto, sólo una reconstrucción a partir de un dato histórico. Se trata, más bien, del recorrido en el que afloran, se explican y justifican, discuten y mantienen razones para su positivación y las refutaciones de las mismas. No hay una única doctrina desde la que puedan fundamentarse de un modo holístico todas las nociones que llevaron a su reconocimiento, sino que coexisten justificaciones diversas, a menudo contradictorias, que emplazan al destinatario de las normas, así como a sus estudiosos, a relacionarlas para comprender su origen.

A menudo, una terminología afín nos invita a considerar el concepto de "derechos fundamentales", que proviene de una tradición del positivismo jurídico y que incide en la versión dualista de entender por una parte las razones y pretensiones

---

[1] Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990. p. 17, en referencia a la cuestión moral a la que en última instancia se derivan las obligaciones del derecho, en Martin Kriele, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado social democrático* (1975), traducción castellana de E. Bulygin, Desalma, Buenos Aires 1980, p. 25.

legítimas de individuos y colectivos y, por otra, a través de las garantías, incluidas en el derecho positivo que aseguran su eficacia.

En este sentido, no existirían derechos fundamentales sin garantías, dado que el fundamento de su reconocimiento parte, pero no se detiene, en las justificaciones de origen moral, religioso o filosófico, social o político, y se completa con su inserción en un ordenamiento capaz de dotar de garantías al sistema y de derechos y obligaciones al Estado y al resto de los destinatarios de las normas.

Cada una de las terminologías afines, no sólo la de derechos fundamentales, sino otras, como derechos individuales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, libertades públicas o derechos naturales provienen de contextos próximos culturales y están utilizadas por usos lingüísticos con campos semánticos cercanos[2].

Aunque provenientes de contextos cercanos, sin embargo no son coincidentes sus diferentes esferas de denominación. Cada uno de ellos se centra en aspectos dominantes de la cultura jurídica en las que vieron la luz, y en algunos casos, como en los derechos individuales o libertades públicas, dejan fuera derechos sociales que son relevantes en la definición y alcance de los derechos humanos.

No es éste el lugar en el que hacer un recorrido más detenido de los orígenes de las diferentes acepciones. Tan sólo aclarar que el uso más frecuente en este estudio del término "derechos fundamentales" se corresponde con la concepción positivista que conlleva los correspondientes

---

[2] Antonio Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid 1984, p. 29; G. R. Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires 1973.

reflejos de derechos subjetivos. El uso por tanto de "derechos humanos" indica sus referencias más amplias y generales.

Origen histórico

En su reconocimiento es relevante estudiar, siquiera mínimamente, su génesis y el recorrido histórico. Para muchos autores, los derechos humanos tienen su origen en el mundo antiguo. La presencia de una constante a través de la historia de la civilización, desde la reivindicación de la dignidad humana, nos situaría en una raíz de corte humanista presente ya en el mundo antiguo.

Los textos bíblicos, como el Deuteronomio, son utilizados como puntos de partida para la concepción judeo-cristiana de la dignidad humana. Sin embargo, los conceptos de justicia y de moralidad son en gran medida heredados de la civilización sumeria y acadia, de todas las influencias que sitúan a este pueblo en su origen, no sólo en las imágenes míticas de los panteones que heredaron egipcios, hititas, hurritas, cananeos, griegos y romanos, sino de las leyes y de su concepción de la dignidad humana. Bastante antes de que un rey sumerio de la ciudad-estado de Eshnunna, situada al noroeste de Babilonia, conocido como Hammurabi, promulgara su famoso código, los fragmentos de tablillas encontrados muestran copias de un código anterior promulgado por Urnammu, soberano de Ur, en torno al 2350 a. de C., más de medio milenio antes que Hammurabi.

Probablemente, la inspiración mostrada por Moisés, a través de los mandamientos del dios Yahvé, corresponden al entorno cultural y espiritual que tiene sus antecedentes en las leyes promulgadas por el dios Nannar que pretendían castigar "a los que arrebataran los bueyes, las ovejas a los ciudadanos, para que los huérfanos no sean

víctimas de los ricos, las viudas no sean víctimas de los poderosos, el hombre de un *shekel* no sea víctima del hombre de sesenta *shekels*". Se trataba además de reformas "necesarias" realizadas para la mejora de textos anteriores. Los decretos reformadores del gobernante (*ensi*) Urukagina buscaban corregir situaciones de injusticia, para que los funcionarios no pudieran poner el precio que se les antojase "por un buen asno o una casa". Un "hombre grande" no podía coaccionar a un ciudadano común. Se "restablecieron" los derechos de los ciegos, los pobres, las viudas y los huérfanos, y a cualquier mujer se le concedía la protección de la ley[3].

Los conceptos de justicia y de moralidad acadios y sumerios tienen un enorme paralelismo con los del Antiguo Testamento. Se produjeron en una época anterior a que los hebreos tuvieran gobernantes o reyes, y son heredados de los gobiernos acadio y sumerio, sometidos a los jueces. Los reyes no obtenían su legitimidad por sus conquistas o por sus riquezas, sino que eran juzgados por las acciones conforme al sentido de "lo que era justo". La ciudad de Ur-Nammu, origen de las reformas del código anterior, fue la ciudad natal de Abrahán, primer patriarca hebreo. En los tiempos en los que probablemente Abrahán emigró de Ur, Hammurabi promulgaba su código.

En textos egipcios de la primera dinastía, en la India anterior a Siddhattha Gotama, el Buda, en los pensadores griegos como Parménides, Heráclito, Sócrates, Platón y Aristóteles o en la China de Confucio y Lao Tse, preexiste una con-

---

[3] Samuel Kramer, *From the Tablets of Sumer*, Falcon´s Wing Press, Indian Hill, Colorado, 1956; *History Begins at Sumer*, Double Day and Company, Colorado, Nueva York 1959; *The Summerians*, University of Chicago Press, Chicago 1963; ver también Sitchin, Zecharia, *The 12th Planet*, 1976 (versión castellana de T. Cutanda, Obelisco, Barcelona 2002).

figuración de la dignidad humana que da base al fundamento del que parte el reconocimiento de los derechos humanos. El reconocimiento de los derechos humanos contiene una preconfiguración de la naturaleza humana que es esencialmente cultural, y cada sistema de derechos tiene una raíz que no es sólo su antecedente, sino que está imbricada en la concepción y en el desarrollo de los mismos. Es imprescindible reconocer, por tanto, que en su génesis está ya la base de lo que entendemos por reconocimiento.

Si desde los primeros textos sumerios o acadios son los jueces los que, considerando este sustrato de la naturaleza humana, establecen el alcance y los límites, comprenderemos mejor cómo en los sistemas actuales basados en la tópica jurídica, desde el derecho romano hasta el modelo anglosajón de derechos, el punto de partida no son tanto los textos positivados, sino la comprensión de la raíz ética de la que parten. Los modelos sistemáticos, creados por el iusnaturalismo de los siglos XVI y XVII, no se apartan de esa concepción. Incluso en las corrientes positivistas, la positivación de los derechos fundamentales concibe a éstos como derechos subjetivos que deben ser interpretados por los operadores jurídicos cualificados en cuanto a su contenido esencial, sus núcleos de claridad y zonas de penumbra para establecer los límites frente a otros derechos y su alcance. La positivación no es inventada totalmente por el legislador constitucional, sino que trae causa de la interpretación cultural de la dignidad humana, de los valores que la conforman, y su positivación exige la actualización del operador jurídico, que, con una sujeción mayor o menor al precedente, establece sus límites y su alcance.

En *El libro de los muertos* –cuya cronología según los autores oscila entre los tiempos anteriores a la primera dinastía, cuarto milenio antes de Cristo, o bien primera dinastía hasta la quinta, 2300 a 1500 a. de C.–, el examen que se tiene

que hacer ante Maat y Thot lleva a un testimonio que se resume en la prueba de haber sido justo e íntegro. El faraón, como dios encarnado, se somete y ejecuta la integridad y la justicia, y proclama la naturaleza que traduce en actos y en obligaciones, como cualquiera de sus súbitos, y expresa la naturaleza del mandato[4]. No se trata de preceptos morales únicamente; "este código moral no tiene nada que ver con el ascetismo"[5]. De él derivan los premios y los castigos. La destrucción del alma, el mundo de los infiernos para el sancionado[6], la salvación y la resurrección como premio nutren la concepción de la justicia, y de ella se derivan las sentencias del reconocimiento previo de las virtudes.

La configuración de la cultura judeo-cristiana como origen del reconocimiento de los derechos tiene mucho de traslación de la civilización acadia y sumeria y de la asimilación de los ritos egipcios. El tratamiento de la dignidad humana parte de un tronco común de esa civilización que comenzó, en lo que conocemos hasta hoy, en Eridú, que se extendió por el valle del Indo, en la civilización minoica en Creta, en la emigración de los hurritas a Oriente Próximo y de los arios a la India.

La cosmogonía de los himnos védicos y, después, las enseñanzas del Buda configuran una noción de la dignidad humana sin la necesidad de un dios fundamentador de sus condiciones. La enseñanza original del Buda corresponde a un sistema ético-psicológico, más que una religión en el sentido habitual de la palabra, que

---

[4] *El libro de los muertos,* edición de Jose María Blázquez y Federico Lara Peinado, Editora Nacional, Madrid 1984.

[5] O. c., p. 28.

[6] J. Pirenne, *Historia de la civilización del Antiguo Egipto*, tomo II, Barcelona 1971, p. 440.

pretende desarrollar el inmenso potencial del ser humano[7].

En China aparecen Confucio y Lao Tse. Confucio más bien definió las condiciones del buen hombre como buen ciudadano, las obligaciones conforme al soberano. El *Tao Te Ching* de Lao Tse se aleja de sistemas de corte analítico como el pensamiento de Parménides o Aristóteles y está más cerca del *apeirón* de Anaximandro o del *logos* de Heráclito o los estoicos[8]. Expresa una comprensión de la naturaleza humana cercana a la dialéctica de contrarios, la definición que no puede apresarse y a la que sólo puede acercarse por contraste. La filosofía griega, que bebió de estas fuentes y constituyó uno de los puntos más florecientes de la civilización occidental, reconstruyó la noción de dignidad humana.

Para una corriente importante del pensamiento filosófico jurídico, la historia de los derechos fundamentales es la historia de su reconocimiento jurídico en los ordenamientos estatales[9]. Su separación entre historia propiamente dicha y antecedentes de los derechos humanos se establece en función de las condiciones que rodean su aparición, su posición en el entorno y los instrumentos de su positivación y las garantías correspondientes.

---

[7] En la tradición Theravada y en la Mahayana, además, se fundamentan las posibilidades de que el bodhisattva observe, como hizo el Buda, las necesidades de la colectividad, y no sólo el propio individuo, para alcanzar las metas de la iluminación o plenitud de una vida digna. Para la consulta en castellano de los Sermones Medios del Buda, ver *Majjhima Nikaya*, edición de Amadeo Solé-Leris y Abraham Vélez de Cea, Kairós, Barcelona 1999, XVIIss.

[8] Lao-Tse, *Tao Te Ching*, edición de Carmelo Elorduy, Tecnos, Madrid 1996, p. 13.

[9] Gregorio Peces-Barba Martínez, Liborio Hierro, Santiago Íñiguez de Onzoño y Ángel Llamas, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid 1987, p. 41.

El concepto de soberanía, la aparición del Estado moderno, el monopolio de uso legítimo de la fuerza y sus límites, la humanización progresiva del derecho penal y procesal, y el desarrollo del concepto de tolerancia serán las bases necesarias para considerar los derechos fundamentales como un producto histórico racional y no un anacronismo desplazado y aislado del conjunto de sus determinantes nociones. Estas nociones no son independientes de la cultura jurídica en la que se desarrollan, de manera que los textos ingleses, franceses o norteamericanos aparecen explicados desde modelos propios con sus interrelaciones y sus peculiaridades durante los siglos XVI, XVII y XVIII.

Durante los siglos XVI y XVII se producen textos jurídicos que reconocen derechos para la práctica religiosa con diferentes cultos en una misma comunidad. La práctica de la tolerancia se positiva una vez que se producen diferentes guerras de religión en las que ninguna de las facciones logra imponerse. La noción de tolerancia que el pensamiento jurídico y político irá acuñando contará con Thomasius al diferenciar el ámbito del derecho y de la moral y, posteriormente, con autores como Locke, Stuart Mill, Rousseau o Voltaire. El Edicto de Nantes (1598) y el Acta de Tolerancia de Maryland (1649) son dos ejemplos.

En el siglo XVI aparecen los textos que protegen la dignidad de los indígenas en América. A partir de crónicas como las de Bernal Díaz del Castillo, de Pedro de Cieza de León o de reflexiones sobre la condición de los indígenas, principalmente de Bartolomé de las Casas, se producen diferentes debates, en los que participan teólogos como Domingo de Soto, Melchor Cano o Felipe Meneses. Textos como las leyes de Burgos de 1512, la cédula concedida por Fernando el Católico en 1514, el decreto de Carlos I sobre la esclavitud en Indias de 1526 o la Leyes Nuevas de Indias de 1542 corresponden a protecciones y

garantías específicas para evitar y corregir abusos y, en muchos casos, suponen un igual otorgamiento de derechos y de obligaciones de la población indígena y de los españoles.

La Iglesia católica, al menos en sus textos, fundamentaba su reconocimiento en la igualdad de los hombres con independencia de su condición y raza. Con independencia de la práctica que dominicos y franciscanos utilizaron para la conversión a la fe acompañando al brazo civil de la monarquía, textos como la bula *Sublimis Deus*, otorgada por Paulo III en 1537, muestran la reflexión en el seno de la Iglesia a favor de un reconocimiento de derechos en condición de igualdad.

En los textos anglosajones encontramos desde la Carta Magna del rey Juan (1215) una serie de textos que permiten formalizar, por sus rasgos peculiares, un denominado "modelo inglés de derechos fundamentales". En el sustrato de este reconocimiento subyace la concepción de la naturaleza de las relaciones frente al poder, primero en el proceso de unificación frente a las conquistas normandas, que dejaron un poso de mezcla integrada de costumbres entre "conquistadores y conquistados" a partir del 1066, la presencia romana y su derecho tópico y asistemático, mucho más fuerte de lo que se ha reconocido por algunos de los historiadores, el afianzamiento de la monarquía absoluta y el desarrollo del *Common Law* a través de los procedimientos generados por las *Baron Courts* y las *Royal Courts*. El derecho anglosajón parte de procedimientos que después los monarcas reconocen y pactan textos con el Parlamento que les obliga a respetar. La positivación de estos derechos fundamentales desde el monarca absoluto en su inicio, la noción de unificación y pluralidad desde las conquistas normandas en el 1066. Las características fundamentales de este modelo serían:

1) El triunfo del Parlamento, con una concentración del poder en manos de esta cámara. Mientras en el continente se va a producir una concentración en manos del monarca, en Inglaterra se residencia progresivamente en el Parlamento.

2) La transformación del Estado estamental en el democrático-liberal.

3) El desarrollo paulatino entre la tradición y la modernidad. A pesar de las guerras civiles, las revoluciones inglesas apelan a la restauración de principios y ejercicios que estaban antes en la tradición, ya sea a través de textos como la Carta Magna o por procedimientos que son puestos en peligro por el monarca y sus colaboradores y que exigen un respaldo comprometiendo al soberano. La oportunidad de renovar las instituciones, poner en vigor derechos en nuevos textos o proteger garantías procedimentales puestas en práctica por los tribunales desde mucho tiempo antes marca la evolución del reconocimiento de los derechos entre "la permanencia y la continuidad"[10].

4) El enfoque original se acerca más a la visión historicista que acuña los derechos a partir de estatus preexistentes y no desde el derecho subjetivo de los individuos. La visión moderna de los derechos humanos parte de un *homo juridicus* con derechos de concepción abstracta y de destinatario general. Sin embargo, en la positivación progresiva, además de la dimensión procedimental que exigiría hacer un recorrido por estas garantías, existe en la tradición de este derecho de carácter consuetudinario una evolución desde el

---

[10] Gregorio Peces-Barba Martínez, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo I, Dikynson – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 1998, pp. 752ss; ver *íd.*, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid 1982, pp. 34ss; Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid 1957, pp. 251ss.

derecho medieval de estatus fácticos a situaciones jurídicas propias de la modernidad[11]. Ejemplos de estos textos son la *Petition of Rights* (1628), el *Acta de Habeas Corpus* (1679) y el *Bill of Rights* (1688).

Los textos de las colonias norteamericanas contienen cuestiones relevantes desde el punto de vista histórico en el reconocimiento de los derechos humanos. El punto de partida es la existencia de derechos naturales, concepto central del iusnaturalismo jurídico, que se conciben como anteriores a la constitución del poder civil. Su influencia en el modelo francés y las influencias recibidas le otorgan un perfil que debe ser destacado con sus peculiaridades en la historia del reconocimiento de los derechos humanos. Aunque autores como Peces-Barba entienden que los tres modelos de derechos humanos pertenecen al mismo movimiento, los textos norteamericanos seguirán derroteros propios. Es el caso, entre otros textos, del Cuerpo de Libertades de Massachussetts (1641), la Carta de Privilegios de Pennsylvania (1701), la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), la Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware (1776), hasta llegar a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776). La continuación de este modelo corresponde a la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal y la interpretación doctrinal de la Constitución de 1791 y de las enmiendas posteriores.

La idea de derechos naturales contemplados en este modelo se complementa con una concepción contractualista de explicación y legitimación del origen y del poder político[12]. La idea del pac-

---

[11] Manuel García Pelayo, *Del mito y de la razón en el pensamiento político,* Revista de Occidente, Madrid 1968, pp. 91ss.

[12] Para estudiar las relaciones entre el contractualismo, las teorías neocontractualistas modernas y su relación con los

tismo en los derechos humanos no tiene necesariamente que referirse a una explicación histórica; su justificación es anterior al contrato entre el soberano o la asamblea, pero su raíz política encuentra en un compromiso entre ambos el punto de inicio en los textos que generan las obligaciones, las garantías y los derechos subjetivos. En algunos casos se ha puesto como ejemplo, incluso histórico, en las declaraciones de las colonias, inmersas en la corriente iusnaturalista de carácter contractualista, que está en el pensamiento de la época. Lo más relevante, sin embargo, son los efectos que producen en materia de libertad frente al poder establecido, una libertad que arranca de los derechos naturales y que el poder político reconoce y preserva. Desde la autonomía individual, la influencia de la concepción religiosa permite la tolerancia de la práctica de diferentes confesiones religiosas en textos como el Acta de Tolerancia de Maryland, aunque no llega hasta la oportunidad de la manifestación de la no creencia, que será penada. La práctica en manos de los protestantes una vez que se convierten claramente en mayoritarios restringió enormemente este principio teórico de tolerancia. Los derechos vinculados a la libertad religiosa aparecen en Rhode Island con el aporte teórico de Roger Williams, y su ejemplo llega hasta la propia Constitución norteamericana después de pasar por los textos citados de las colonias[13].

---

derechos humanos, ver Eusebio Fernández García, *Teoría de la justicia y derechos humanos,* Debate, Madrid 1987; íd., "Neocontractualismo y obediencia al derecho": *Anuario de Derechos Humanos*, n. 4, Universidad Complutense, Madrid 1986-1987.

[13] Rafael de Asís Roig y Javier Ansuátegui Roig, *Historia de los derechos fundamentales,* tomo I, cap. XII, pp. 823ss. Roger Williams, *El sangriento dogma de la persecución por causa de conciencia*, versión castellana de Diego Blázquez Martín, estudio preliminar de Eusebio Fernández, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004.

El proceso de humanización del derecho penal y procesal, la condición de ciudadano inglés, cuyas dimensiones se extienden al ciudadano universal y a la dignidad en cuanto ser humano –del mismo modo que aparece con la ciudadanía francesa convertida en exponente de dignidad individual del ser humano–, estarán presentes en el modelo francés, que recibe las influencias del otro lado del Atlántico, básicamente a través de las aportaciones de John Locke. La presencia de los intereses de la burguesía incipiente, comerciantes que buscan su libre comercio y su autonomía e independencia de la metrópoli, coincidirá con las aspiraciones de la burguesía francesa en alza frente a las prerrogativas aristocráticas y las limitaciones de los gremios en el continente europeo. Los primeros derechos que ya en la Carta Magna de 1215 aparecían como privilegios de los ciudadanos de Londres, adquieren dimensión de derechos abstractos con destinatarios generales que buscan una protección para la libertad de mercado y la supresión de las barreras y aranceles para intercambiar mercancías, apoyados del mismo modo que los liberales exigían espacios abiertos para el intercambio de ideas. Los derechos derivados de la primera generación de derechos fundamentales son expresión de la concepción de Berlin en torno a la denominada libertad negativa[14], donde derechos como la vida, los límites frente al poder, la propiedad, concebida como sagrada e inviolable en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, formarán el núcleo central de los derechos y sus garantías.

La interrelación con el modelo francés aparece, por tanto, clara a través de las comunes

[14] Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Londres-Oxford-Nueva York 1969; íd., *Libertad y necesidad en la historia*, versión castellana de Julio Bayón, Revista de Occidente, Madrid 1988, pp. 133ss.

influencias, aunque sus positivaciones siguen realizándose de manera diferente. El carácter religioso del modelo norteamericano deja paso a una versión más laica en Francia. La separación de poderes, fundamental en el futuro Estado de derecho, ya existía en el modelo inglés y Montesquieu lo teoriza en su *Espíritu de las leyes*. Aunque en el modelo francés aparece la necesidad de derechos fundamentales y separación de poderes para que haya una verdadera Constitución, adquiriendo rango de "derecho natural" estas dos exigencias por vocación y alcance de la Declaración de 1789, sus contenidos van de la mano. Los aspectos de los derechos fundamentales que derivan de los valores de libertad y de igualdad encuentran en la separación de poderes una de sus dimensiones formales. Sin control por parte del poder judicial, las garantías necesarias para proteger los derechos subjetivos derivados de este rango de derechos no serían posibles. El principio de legalidad y el sometimiento de la administración serán los otros dos puntos del Estado de derecho que complementan este diseño con el que parte la Revolución francesa[15].

El racionalismo y la Ilustración marcan el movimiento iusnaturalista que desarrolla el contexto doctrinal en el que se produce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. La base racionalista del modelo francés parte de los derechos humanos como naturales: "El hombre nace y permanece libre", y su positivación en el continente europeo obedece a la noción de sistema que propone el iusnaturalismo y a la corriente codificadora (Thiebaut) frente al historicismo en el derecho (Savigny). La codificación en el ámbito del derecho privado dará lugar en Francia al código civil napoleónico y en el

[15] Elías Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid 1966 (también en Taurus, Madrid 1985).

derecho público al movimiento constitucionalista. Será en el seno del sistema que hereda el positivismo jurídico y en la estructura constitucional donde aparecerán las positivaciones de los derechos humanos en las constituciones modernas.

Derechos humanos y Estado de derecho

Una de las características que exige el Estado de derecho para ser concebido como tal es la existencia de derechos fundamentales. La evolución del Estado de derecho, desde la Declaración de 1789, supone igualmente la interrelación entre su desarrollo y la propia evolución del reconocimiento de estos derechos. El reconocimiento de los derechos del Estado liberal contempla el tipo de derechos que resumía Berlin en su "libertad negativa". Estos derechos responden al esquema de la ausencia de un obstáculo externo, un límite frente al poder del Estado o de un tercero para interferir en una actividad privada, ya sea una acción externa o la no interferencia en el ámbito del pensamiento, de la expresión, de la libre circulación, la inviolabilidad del domicilio.

Será con ocasión del desarrollo del Estado social de derecho cuando se potencie ese otro conjunto de libertades que se definen más bien como "libertad positiva", como capacidad para poder ejercer determinadas facultades una vez reconocidas e impulsadas por el derecho, más allá de la protección de la esfera privada. En este tipo de derechos, como el derecho a la educación o a la sanidad pública, el individuo se convierte en deudor y en acreedor a la vez; serán derechos-prestación en los que los poderes públicos se comprometen a remover los obstáculos que impiden el desarrollo material de las libertades, comprometiéndose con las dimensiones materiales, y no sólo formales, del valor igualdad.

Los movimientos socialistas, comunistas y anarquistas irrumpirán en la vida social reivindicando derechos que no contienen una opción de identificación exclusiva del individuo, sino que pondrán su énfasis en las condiciones sociales y las reivindicaciones colectivas, logrando derechos de participación de colectivos cada vez mayores y proponiendo una mayor atención a las dimensiones de los derechos humanos desde la igualdad material. Con su aportación de la dimensión colectiva no sólo llaman la atención sobre derechos que se incorporan al catálogo de derechos fundamentales, como el derecho de asociación o el de huelga, sino que proponen una visión más amplia de la consideración de los derechos humanos, más allá de la tutela individual y el ejercicio colectivo. Los derechos que obtienen en las cartas internacionales la consideración social pasan por una definición más amplia del sujeto del que parten. Los derechos de autodeterminación de los pueblos, la noción del sujeto protegido en el medio ambiente, la protección de bienes comunes como la lengua o los recursos naturales en su explotación colectiva, el derecho a la paz, la preservación de los derechos de los pueblos indígenas y su señas de identidad o el derecho al desarrollo exigen una consideración como derechos auténticamente colectivos.

El constitucionalismo del siglo XX reflejará esta situación. Con el antecedente de la Constitución mexicana de 1917, la Constitución de Weimar de 1919 contenía una tabla de derechos especialmente protegidos, derivados de los valores expresados en ella, básicamente la libertad y la igualdad. La Constitución austriaca de 1920, inspirada por Kelsen, en cambio, refleja su asepsia en materia de valores y su concepción de un constitucionalismo que sólo incluye la competencia de los poderes y su organización. En dos países europeos inmersos en una misma cultura jurídica, con sólo un año de diferencia, dos

modelos totalmente contrapuestos en materia de positivación de derechos humanos plasmaban el reconocimiento de dos formas de concebir este reflejo en su reconocimiento histórico.

Por una parte, el modelo de la Constitución de Weimar, duramente criticado por Carl Schmitt por la petrificación que achacaba al sistema de derechos fundamentales protegidos por leyes con necesidad de mayorías cualificadas para ser modificadas[16]. La ley de la mayoría simple, base de la democracia, se complementaba con una especial protección de las minorías y, además, entendía que acuerdos estables permitían conectar de un modo más duradero con los valores que exhibían las constituciones. Los derechos fundamentales pasaron a ser un subsistema de derechos que dependían de una declaración inicial de valores de los que partían. Estos valores no arrancaban de una razón supralegal, sino que se configuraban jurídicamente a partir de su inclusión en el texto legal, y su desarrollo obtenía en los derechos fundamentales uno de los pilares de su alcance y eficacia. Los diferentes grados de protección o de resistencia frente a otros derechos establecían sus límites y su peculiar jerarquía dentro del texto, que normalmente se desarrollará gracias a los tribunales especializados, que actuarán como garantes respecto al texto del que parten. La legislación que lo desarrolla, por la jerarquía que ocupan como subsistema de derechos fundamentales, deberá ser respetuosa con su denominado contenido esencial (artículo 53 en la Constitución española, que recoge la influencia alemana) y aparecen protegidos por leyes que exigen para su modificación mayorías cualificadas como son en España las leyes orgánicas, que

[16] Carl Schmitt, "Die Tyrannei der Werte", en *Säkularisation und Utopie*, *Ebracher Studien*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1967 (versión castellana de Anima Schmitt, *La tiranía de los valores*, Revista de Estudios Políticos, Madrid 1961).

aseguran una mayor continuidad y estabilidad en el tiempo, y en los derechos fundamentales más protegidos cuentan con recursos específicos, como el recurso de amparo.

Las constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial incluyen derechos fundamentales a partir de estos valores con pleno valor jurídico, y el lugar preeminente que dentro de las Constituciones reservan al subsistema de derechos fundamentales asegura una proyección al resto del ordenamiento jurídico[17]. Su sentido de límite frente al poder y de coherencia con la dignidad humana a través de la remoción de obstáculos que impiden su desarrollo estará presente en el conjunto del sistema gracias a esta proyección. Los elementos formales y materiales de los valores fuertes de las constituciones se desarrollan como un verdadero *test* de identificación de normas, en el sentido de norma secundaria en la terminología de Hart. La vinculación con el modelo jurídico-político del Estado de derecho incluirá la evolución en sus aspectos liberal, social y democrático, incluso el denominado "constitucional".

Los Estados que optan por el totalitarismo, como la Italia del fascismo, la Alemania del nacionalsocialismo o la España del general Franco, intentarán enmascarar su organización con el disfraz del Estado de derecho, incluyendo supuestos derechos fundamentales en la configuración jurídica. Por otro lado, en la Unión Soviética se parte de una construcción al margen de la noción de Estado de derecho. La protección de los derechos se hace desde el Estado bajo una ausencia de libertades al servicio del valor igualdad. La Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 1918 expresa una serie de principios declarativos de las metas y objetivos de la Revolución

---

[17] Rafael de Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid 1992, pp. 43ss.

soviética. No se trata de una declaración de derechos, y su configuración se alejará en el desarrollo de los derechos subjetivos que facultan a los ciudadanos, como se plantea en el Estado de derecho. Las acciones se llevan a cabo de una manera centralizada y es el Estado quien posibilita sus ejercicios y no los individuos quienes los reclaman.

La consecuencia de la vinculación de los derechos fundamentales con el Estado de derecho se muestra en las constituciones europeas. En la Ley Fundamental de Bohn (1949), la Constitución francesa de 1946 y 1958, la Constitución italiana (1947), y hasta en las más recientes, como la Constitución griega (1975) o la Constitución portuguesa (1976), se positivan los derechos fundamentales y se crea un sistema de protección específica como desarrollo de los valores. Siguiendo los ejemplos anteriores, sobre todo el constitucionalismo alemán, la Constitución española de 1978 desarrolla un sistema mixto en el que, por un lado, aparecen los valores constitucionales y, por otro, permiten alcanzar un alto nivel jurídico otorgando garantías y posibilidades de recursos por vulneración de los mismos o de su contenido esencial a los derechos fundamentales. En su reconocimiento desempeñarán un papel muy importante los correspondientes tribunales constitucionales, que establecen sus límites, resuelven sus conflictos ante la inexistencia de una jerarquía clara entre los derechos fundamentales más protegidos y fundamentan su interpretación a partir del texto constitucional.

En ocasiones, es el propio Tribunal Constitucional el que determina su condición como derecho fundamental a partir de los preceptos constitucionales[18] aunque no hayan sido positivados con ese rango en la Constitución. Los

---

[18] Ángel Llamas, "Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República": *Revista de las Cortes Generales*, nº 15, Madrid 1988. Es el caso, entre otros, del Conseil Constitutionnel en Francia, con el derecho de asociación, sentencia de 16 de julio de 1971.

derechos especialmente protegidos son los derivados del desarrollo del Estado liberal y su énfasis en la protección del valor de la libertad, y los derivados de la igualdad formal. Los derechos vinculados a los derechos económicos, sociales y culturales suelen tener un nivel menor de protección o no son directamente aplicables sin legislación que los desarrolle, como es el caso de los "principios rectores de la política social y económica" en la Constitución española. A pesar del desarrollo de estos derechos, los denominados derechos humanos de tercera o cuarta generación, en los que se incluyen la protección del medio ambiente, la protección de colectivos discriminados históricamente, se encuentran limitados por una concepción excesivamente individualista.

La limitación del derecho de la propiedad, desfundamentalizado por la falta de contenido igualitario y por la corrección de la utilidad pública, es uno de los escasos ejemplos donde la igualdad material corrige el concepto de libertad. Las situaciones de escasez, junto a la inexistencia de contenidos igualitarios, también han ido desfundamentalizando derechos como el del trabajo, ya sea por la vía teórica o por su vaciamiento de tutela efectiva. Mientras que la tutela efectiva, la no discriminación por raza, sexo, por razones ideológicas o religiosas, mantienen un grado elevado en el reconocimiento de derechos humanos en el mundo occidental; retos como la integración pasan por un replanteamiento de los conceptos de ciudadanía, todavía lastrados por ideas decimonónicas de la soberanía y de la asignatura pendiente de una tolerancia basada en una noción de supremacía de valores culturales[19] de unas sociedades sobre otras.

---

[19] Javier de Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia en una sociedad plural*, Temas de Hoy. Madrid 1996.

Los derechos de participación, propios del Estado democrático, pasan por una incorporación efectiva, como es el caso de los derechos de la mujer. Se constitucionalizan valores que expresan el concepto de dignidad humana a través de la libertad, la igualdad, la justicia, la solidaridad, la seguridad jurídica o el pluralismo político

El proceso de internacionalización

El ámbito internacional recoge el proceso de positivación como vieja aspiración del pensamiento iusnaturalista, con una vocación que Grocio, Thomasio o Pufendorf plantearon desde el *Ius Gentium*. Viene reforzado por el desarrollo de las organizaciones de ámbito internacional como la Sociedad de Naciones transformada en la Organización de Naciones Unidas. Aunque este proceso de internacionalización se particulariza también en instrumentos de los que se dotan las organizaciones europeas, americanas o africanas, es el desarrollo del concepto de soberanía por un lado y el sometimiento de la misma a limitaciones depositadas en acuerdos internacionales los que permiten dar un alcance a estos textos.

El prestigio que conceptos como el de Estado de derecho o los propios derechos humanos, permiten presentarse ante la sociedad internacional con la legitimación que estos instrumentos les otorgan. La capacidad que tienen los derechos humanos parte de su prestigio doctrinal y social, pero la capacidad del derecho internacional, sometida a la ratificación voluntaria de los Estados miembros, depende de su limitada eficacia para hacer efectivo el reconocimiento, garantías y protección. El coste en términos de legitimación de no ratificar Declaraciones, Pactos o Protocolos impulsa igualmente a determinados a asumir la rúbrica de las Cartas correspondientes, con independencia de su interpretación y aplica-

ción. En términos similares a lo que ocurre con los Tribunales Constitucionales, Consejos o Cortes Supremas, tribunales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea realiza una función de objetivar los derechos y declarar sus límites.

El Tribunal de Justicia ha evolucionado desde posiciones en las que se partía del no reconocimiento de la vinculación de las Instituciones comunitarias en materia de derechos fundamentales y en la que las transferencias de las competencias de los Estados miembros a la Comunidad suponían limitaciones de su eficacia a través de las desiguales garantías en los diferentes grados de protección que coexistían. La evolución en esta protección se ha producido a través de la interpretación de los principios generales de derechos comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Por otra parte se acude igualmente a las tradiciones constitucionales comunes y a los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales para identificar "los principios generales comunes a los sistemas jurídicos de los estados miembros"[20]. La acomodación a *standards* de protección específica comunitarias sería una tendencia con la dificultad que supone no limitarse a un *standard* mínimo y sin capacidad para alcanzar un patrón de nivel máximo. En ese sentido, este patrón se centraría básicamente en la concepción política de los derechos fundamentales, sin desarrollo de paradigmas eficaces en materia de derechos económicos y sociales[21].

La Conferencia de Berlín sobre África Central (1885) precede al acuerdo antiesclavista de Bruselas en que firman 18 Estados. La Sociedad de Naciones promoverá el Convenio Internacional

---

[20] Carlos Fernández Liesa, *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1995, pp. 649ss.

sobre la Abolición de la Esclavitud y el Comercio de Esclavos (1926). La Cooperación internacional en materia de derecho humanitario cobrará vigor a partir de la sangrienta batalla de Solferino (1859) en la que murieron 17.000 franceses y 22.000 austriacos. Suiza toma la iniciativa para fundar la Cruz Roja y se producirá una gradación entre la necesaria cooperación internacional y la internacionalización de los instrumentos en organizaciones que generen cartas con carácter vinculante para los Estados. Esta pugna entre la soberanía de los Estados y la consecución de un sujeto internacional que tome la iniciativa y garantice la protección desde ámbitos supranacionales será una constante con un balance claramente inclinado a la primera de las opciones.

En el continente americano, durante la IX Conferencia se aprueba la Carta de la Organización de Estados Americanos. El comité jurídico interamericano redactó un texto, que será conocido como Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, firmada en Bogotá en 1948, aunque sin procedimientos ni garantías para hacer efectivos los derechos incluidos en ella.

La Carta Interamericana de Garantías Sociales y la Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer y los Estatutos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Río de Janeiro (1965) integran este cuadro jurídico sobre reconocimientos de derechos en el continente americano. Posteriormente se firmará en San José de Costa Rica la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), siguiendo el mandato de la III Conferencia In-

---

[21] O. c., pp. 663ss. En este sentido, Manuel Díez-Picazo, "¿Una Constitución sin declaración de derechos?": *Revista Española de Derechos Constitucional* 32 (mayo-agosto 1991), pp. 155ss.

teramericana extraordinaria, celebrada en Buenos Aires en 1967.

Un imprescindible punto de referencia internacional será la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Aunque su texto no creaba obligaciones legales a los Estados, su autoridad se ha concretado en la influencia sobre más de medio centenar de constituciones promulgadas en todo el mundo. Este código de derechos humanos con vocación de auténtica Carta Magna universal fue redactado por una Comisión de Derechos Humanos surgido del Comité Económico y Social de las Naciones Unidas y el comité de ocho Estados estaba compuesto por Australia, Chile, China, Francia, Líbano, Gran Bretaña, Estados Unidos y la Unión Soviética. Se aprobó por 48 votos a favor, 8 abstenciones y ningún voto en contra. La estructura respetaba la clasificación de derechos individuales (artículos 3 a 20), por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales (artículos 22 a 55), por otra

Dos años más tarde se firmará en Roma el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, aunque entrará en vigor en septiembre de 1953. Las garantías establecidas en él provocaron en algunos Estados modificaciones legislativas para ser adoptado por los Estados firmantes (15 en su origen) y permiten el recurso individual toda vez que el Estado correspondiente de la persona que ejerce el derecho a la tutela efectiva haya aceptado este procedimiento. Ocho protocolos adicionales complementan el Convenio, y algunos, como el 3 y el 5, modifican el texto original.

En el continente europeo, la Carta Social Europea asumirá la intención de proteger los derechos económicos, sociales y culturales incluidos en los derechos humanos. Le preceden una serie de acuerdos y convenios europeos sobre seguridad social, protección cultural y asistencia

social y médica y otro posterior a la redacción de la Carta como el Código Europeo de Seguridad social (1964). Firmada en 1961, entró en vigor en 1965.

La Declaración de los Derechos del Niño fue firmada en la ONU en 1959. Este colectivo, a pesar de la fundación de Unicef en 1949, resulta especialmente desprotegido por la utilización en muchas partes del mundo de los niños como mano de obra con bajo coste no sólo en los países de menor desarrollo, sino por empresas del denominado Primer Mundo que explotan su condición y aprovechan las necesidades de las familias implicadas e impiden su educación básica. La alta mortalidad infantil en países americanos, africanos o asiáticos, su uso en conflictos bélicos y los malos tratos son realidades que el desarrollo normativo nacional o internacional no ha logrado paliar. Mientras que las condiciones económicas, sociales y culturales no incidan de un modo definitivo sobre las situaciones reales de los niños, las iniciativas legislativas seguirán siendo necesarias pero insuficientes. Éste es el común denominador de muchos de los grupos específicos dentro de los derechos que protegen situaciones comprendidas bajo la tutela de los derechos humanos.

El Convenio Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965) incide sobre la igualdad de todos los seres humanos y radica en una misma dignidad el origen de todos los derechos. El preámbulo destaca que "toda doctrina de diferenciación o superioridad racial es científicamente falsa, moralmente injusta y peligrosa, y que nada permite justificar la discriminación racial, ni en la teoría ni en la práctica".

El texto contiene una parte doctrinal que define la discriminación racial, la prohibición de la apología de las ideas que apoyan la discrimina-

ción racial y la tutela a partir de derechos recogidos en el texto. Se crea igualmente, a partir de la Convención, un Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial con competencias de consulta y de información, así como el conocimiento de los asuntos que en la materia un Estado miembro solicite de otro.

Especial importancia tendrán el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Asamblea General encargó en 1951 a la Comisión de Derechos Humanos dos anteproyectos que fueron finalizados en 1955 y enviados al Consejo Económico y Social para ser presentados ante la propia Asamblea General, que los aprobó el 16 de diciembre de 1966. Este largo proceso se explica por los distintos puntos de vista de ámbitos culturales diferentes en el planeta. En el mundo occidental, la conciliación estaba entre los espacios del liberalismo y el socialismo democrático, con sus diferentes aspiraciones en materia de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales. En el bloque correspondiente a los países del Tercer Mundo, las prioridades estaban en el reconocimiento del derecho al desarrollo, los problemas del colonialismo y del postcolonialismo, las carencias en materia de educación y sanidad y los desequilibrios que afectan a la justicia social. Los países bajo la órbita del socialismo marxista preconizaban un planteamiento de los derechos humanos desligados del concepto del derecho subjetivo, orientados desde la planificación estatal y el reconocimiento sin potestades por parte del individuo.

Un cuarto corte venía orientado desde las aspiraciones de la traducción en derechos fundamentados por concepciones religiosas que asimilaban los derechos desde códigos religiosos. La superación de estas resistencias dio lugar a la aprobación de dos textos y del Protocolo Facultativo

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien este último texto obtuvo sólo 66 votos favorables, dos en contra y 38 abstenciones, frente a las 106 votos favorables del primero y 105 del segundo. La facultad de actuar ante alegaciones individuales por violación de los Estados firmantes de los derechos recogidos en el Pacto explica las reticencias de muchos de los Estados miembros de la ONU a firmar el protocolo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mantiene los derechos incluidos en la Declaración de 1948. La diferencia es que mientras que esta Declaración no contenía obligaciones legales para los Estados firmantes, las disposiciones incluidas en el Pacto adquirían fuerza de ley y el Comité de Derechos Humanos se convertía en órgano de tutela efectiva gracias al protocolo, con la capacidad de los ciudadanos, además de los Estados, de interponer recursos por violación de derechos.

Además, se incluyeron incorporaciones nuevas respecto de la Declaración de 1948, relativas a la prohibición de las apologías en favor de las discriminaciones raciales, religiosas, de la guerra o del odio nacional. De igual manera, se hace alusión al derecho de autodeterminación de los pueblos, ausente en 1948. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales incluye nuevos derechos que la Declaración de 1948 no recogía, como el de huelga o el de autodeterminación de los pueblos, y, en sentido contrario, elimina el derecho de propiedad. La articulación establece su vocación y capacidad de ejercer su fuerza jurídica vinculante, reconociendo medidas para poder ser aplicadas. Serán el Consejo Económico y Social o la Comisión de Derechos Humanos los órganos garantes ante los Estados, recibiendo los informes preceptivos que los Estados se comprometen a remitir explicando las medidas correctoras que

han aplicado para garantizar los derechos recogidos en el Pacto.

Bibliografía

R. de Asis Roig y J. Ansuátegui Roig, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo I, capítulo XII, Dyckinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 1998.

Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Londres-Oxord-Nueva York.

—, *Libertad y necesidad en la historia*, versión castellana de Julio Bayón, Revista de Occidente, Madrid 1974 (también "Cuatro ensayos sobre la libertad", Alianza Editorial, Madrid 1988).

G. R. Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires 1973.

B. de Castro Cid, *El reconocimiento de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid 1982.

E. Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid 1966 (también en Taurus, Madrid 1985).

Manuel Díez-Picazo, "¿Una Constitución sin declaración de derechos?": *Revista Española de Derechos Constitucional* 32 (mayo-agosto 1991).

E. Fernández García, *Teoría de la Justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid 1987.

E. Fernández García, "Neocontractualismo y obediencia al derecho": *Anuario de Derechos Humanos*, n. 4, Universidad Complutense, Madrid 1986-1987.

C. Fernández Liesa, en *Curso de derechos fundamentales*, capítulo XXIII, edición a cargo de G. Peces-Barba, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. Fernández Liesa y Á. Llamas,

Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1995.

Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid 1957.

—, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid 1968.

Samuel Kramer, *From the Tablets of Sumer*, Falcon´s Wing Press, Indian Hill, Colorado 1956.

—, *History Begins at Sumer*, Double Day and Company, Colorado, Nueva York 1959.

—, *The Summerians*, University of Chicago Press, Chicago 1963.

J. de Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia en una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid 1996.

Á. Llamas, "Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República": *Revista de las Cortes Generales*, nº 15, Madrid 1988.

—, *Los valores jurídicos como ordenamiento jurídico material*, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1993.

G. Peces-Barba Martínez, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo I. Dykinson y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 1998.

G. Peces-Barba Martínez, L. Hierro, S. Íñiguez de Onzoño y Á. Llamas, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid 1987.

A. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid 1984.

L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales,* Debate, Madrid 1990.

Carl Schmitt, "Die Tyrannei der Werte", en *Säkularisation und Utopie, Ebracher Studien*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1967 (versión castellana de Anima Schmitt, *La tiranía*

de los valores, Revista de Estudios Políticos, Madrid 1961).

R. Williams, *El sangriento dogma de la persecución por causa de conciencia*, versión castellana de Diego Blázquez Martín, estudio preliminar de Eusebio Fernández, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004.

Ordenamiento jurídico y derechos humanos

Francisco Javier Ansuátegui Roig
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Jaén

Cualquier reflexión sobre la relación entre los derechos humanos y el ordenamiento jurídico se ve obligada a optar necesariamente por centrarse en alguna de las vertientes que presenta la señalada relación, ya que si, por el contrario, pretende abordar todas sus manifestaciones, emprende una tarea de difícil culminación. La cualificada posición que ocupan los derechos en el ordenamiento, tanto desde el punto de vista formal como desde el material, genera efectos que lo condicionan en toda su extensión. Teniendo en cuenta lo anterior, en lo que sigue se abordarán algunas parcelas específicas de esa relación. En primer lugar, se formulará una reflexión sobre la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales (naturaleza que sirve para caracterizar los derechos fundamentales frente a los derechos humanos). Ello nos permitirá, posteriormente, abordar la cuestión del tipo de propuesta moral y de poder político que operan tras la juridificación de los derechos y sin los cuales éstos son incomprensibles. Tras ello, se hará referencia a la caracterización jurídica de los derechos pensando en los rasgos que individualizan la posición que ocupan los derechos fundamentales en el sistema jurídico y que los distinguen entre sí y respecto a otros derechos. Concluiremos con algunas observaciones respecto a la influencia de los derechos en la dinámica jurídica, que caracteriza el funcionamiento del ordenamiento.

Antes de continuar, es conveniente hacer una referencia a la perspectiva desde la que se enfoca la cuestión abordada. Los derechos son una realidad pluridimensional. Con ello se alude a la posibilidad de enfoques diferentes, distintos, complementarios, aunque no excluyentes. Así, el enfoque o perspectiva histórica, antropológica, económica, sociológica, política, jurídica. La perspectiva jurídica es la que aquí nos interesa y la que centrará nuestra atención. Pero nuestra preferencia en este momento no debe llevar a la conclusión de que la perspectiva jurídica es la única opción posible. Ciertamente, una comprensión amplia y completa de los derechos, consciente por consiguiente de esa pluridimensionalidad, exige la confluencia o concurrencia de las diferentes perspectivas.

Pero, una vez asumida la perspectiva jurídica, es posible plantear distintos interrogantes. Luigi Ferrajoli se ha referido a cuatro cuestiones[1], que se pueden plantear en relación con los derechos desde la perspectiva jurídica:

1) ¿cuáles son los derechos?;
2) ¿cuáles deben ser los derechos?;
3) ¿qué son los derechos fundamentales?;
4) ¿qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son, de hecho, garantizados como fundamentales?

Estas preguntas se responden desde diferentes discursos: el de la ciencia jurídica positiva, el de la filosofía política o de la justicia, el de la teoría del derecho y el de la sociología del derecho, respectivamente. Pues bien, la teoría jurídica de los derechos tiene como competencia básica aclarar qué es lo que se entiende por derechos funda-

[1] Ver L. Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en íd., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid 2001, pp. 289-291.

mentales. La teoría jurídica de los derechos, en este sentido, debe elaborar un discurso que no dé la espalda a la configuración de los sistemas jurídicos, pero que tenga un carácter general. Al mismo tiempo, el interés de la teoría jurídica de los derechos es el de analizar las formas y estructuras de los derechos entendidos como instituciones jurídicas. Pero esto es compatible con el reconocimiento de la dificultad de llevar a cabo una teoría *pura* de los derechos, desde el momento en que éstos son el resultado de la plasmación jurídica de dimensiones de moralidad fuertes sin las cuales aquéllos carecen de sentido. El concepto de "derecho fundamental" no se puede reducir de manera exclusiva a dimensiones formales y estructurales, ya que éstas, en última instancia, adquieren sentido como expresión de elecciones morales y políticas. En todo caso, creo que no le falta razón a Ferrajoli cuando señala el carácter previo de la cuestión teórica respecto a todas las demás que se pueden formular en relación con los derechos. En efecto, sólo si se sabe qué son los derechos fundamentales se está en condiciones de afrontar las cuestiones referidas, por ejemplo, a la identificación de los derechos fundamentales incluidos en un determinado ordenamiento, a la mayor o menor justificación de esa inclusión o a la afectiva articulación y adecuación de mecanismos de tutela y garantía.

Los derechos como instituciones jurídicas

El título de este estudio podría llevar a la conclusión de que existe una relación entre el ordenamiento jurídico y los derechos. El planteamiento de la relación entre ambos términos puede entenderse de dos maneras: se puede hablar de relación necesaria, o de relación circunstancial o contingente. En primer lugar, analizar la relación entre el ordenamiento jurídico y los derechos en términos de necesidad implica, al

menos, desembocar en la tesis de que tanto el ordenamiento jurídico como los derechos son incomprensibles de manera aislada, siendo así que no se puede concebir un ordenamiento en el que no se incluyan derechos y, junto a lo anterior, tampoco es posible encontrar derechos más allá del ordenamiento. Si identificamos los derechos como expresión de una propuesta moral fuerte, estaríamos frente a una concepción que bien podría ser identificada o con el iusnaturalismo o con un positivismo ético, desde el momento en que ambos comparten la afirmación de la relación necesaria entre el derecho y la moral. En segundo lugar, referirse al carácter circunstancial de la relación supone reconocer dos posibilidades. Por una parte, cabe la posibilidad de que existan ordenamientos jurídicos en los que existen derechos; por otra, es posible que existan ordenamientos jurídicos en los que no se incluyan derechos, situándose éstos en esferas ajenas a la normatividad jurídica. También aquí se estará manteniendo alguna posición respecto a la relación entre el derecho y la moral, que en este caso afirmaría la separación conceptual entre ambos.

Pues bien, en este trabajo se va a asumir la tesis según la cual la relación entre los derechos fundamentales y el ordenamiento jurídico es circunstancial o contingente. En efecto, si observamos los datos que nos suministran los diversos ordenamientos jurídicos, podemos percibir que aquellos en los que se reconocen, respetan y protegen los derechos son ciertamente los menos. Centraremos nuestra atención, por tanto, en aquellos ordenamientos que asumen una determinada concepción de la moralidad, que se manifiesta precisamente a través de las normas de derechos fundamentales. Como podremos observar en lo sucesivo, la presencia de normas de derechos fundamentales en un ordenamiento implica el reconocimiento de una determinada manifestación de la relación que el derecho

puede mantener con cierta moralidad y también con cierto poder. Sobre estas cuestiones volveremos enseguida. En todo caso, hay que señalar que estas dimensiones son las que se encuentran tras determinados interrogantes que se plantean en relación con el tema que nos ocupa: ¿por qué existen ordenamientos jurídicos en los que se incluyen derechos? ¿Y por qué hay otros en los que no se incluyen? Estas preguntas pueden parecer simples o sencillas, pero lo que parece cierto es que tras ellas se encuentran cuestiones y problemas que determinan el sentido, la caracterización y el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos. Es precisamente en el momento de responder a estas cuestiones cuando nos tenemos que plantear la vinculación entre la presencia de derechos en un ordenamiento jurídico, de un lado, y una determinada concepción del poder político y una propuesta moral específica, de otro.

No obstante, antes de continuar, parece necesario detenerse en el concepto de derecho fundamental que se asume en este momento. Ello, además, tiene un efecto clarificador importante, desde el momento en que estamos frente a un concepto ciertamente discutido y cuya comprensión va a depender entre otras cosas del concepto de derecho que previamente se asuma, lo cual implica, además, una determinada posición sobre las relaciones que el derecho guarda con la moral y con el poder. En este sentido, los derechos fundamentales son entendidos como instrumentos jurídicos. Esto es importante y tiene repercusiones básicas. La comprensión de los derechos fundamentales como instrumentos jurídicos adquiere significado, a su vez, en el marco de una determinada teoría sobre los derechos, como la teoría dualista. La teoría dualista presenta un concepto de derechos entendidos como el resultado de la confluencia de dos dimensiones básicas: la filosofía de los derechos y el derecho

positivo de los derechos. Éstos, entendidos como instituciones jurídicas, son el resultado de la positivación de una determinada moralidad, que fundamenta y justifica los derechos[2].

Se asume, por tanto, la idea de que sólo se puede hablar de derechos, en buena técnica jurídica, cuando nos referimos a ciertas realidades juridificadas. Es decir, los derechos fundamentales son *instituciones jurídicas*. Ciertamente, más allá del ordenamiento jurídico se puede emplear el término "derecho" (no se está manteniendo aquí una posición sustancialista o esencialista al respecto); más allá de los confines de lo jurídico se puede emplear "derecho" con una importante carga semántica en el discurso político o moral. Por ello, se puede afirmar que los individuos son titulares de derechos "morales", más allá de lo que establezca un ordenamiento jurídico. El hecho de que los individuos sean portadores de pretensiones morales derivadas de su dignidad no se puede hacer depender de determinados mecanismos político-jurídicos institucionalizados. Pero los individuos sólo tienen derechos fundamentales cuando en un ordenamiento jurídico, al que ellos están sometidos, existen "normas de derechos fundamentales", esto es, normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico que sitúan a los sujetos titulares de esos derechos en una determinada posición en el interior de un ordenamiento jurídico, y que satisfacen los criterios de validez formal y material de ese ordenamiento.

Pero no hay que olvidar que la efectividad y el respeto de los derechos fundamentales exigen la articulación de determinados mecanismos de garantía y protección que se desarrollan y asien-

---

[2] Ver R. de Asís, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid 2001.

tan en el ordenamiento jurídico. Hay que reconocer que la "efectividad de los derechos" o la "buena salud" de los derechos exige también otra serie de condiciones o elementos –culturales, sociales, políticos, económicos...–, pero sin mecanismos y garantías jurídicas, esa efectividad posiblemente sería una mera ilusión. Y aquí, las posibilidades a la hora de articular sistemas de garantía son amplias[3].

Al mismo tiempo, hay que tener también en cuenta que lo que se ha dicho y lo que se dirá en lo sucesivo presupone una determinada posición teórica, desde la que se enfoca no sólo la idea de los derechos, sino la misma realidad jurídica, la existencia del fenómeno jurídico. En este sentido, se comparten los principios básicos de un positivismo normativista. Con ello se quiere decir lo siguiente: se reconoce una única realidad jurídica, la que se identifica con el derecho positivo (en este sentido, sería una posición monista, frente al dualismo iusnaturalista). El derecho positivo es producido por el poder político institucionalizado a través de los mecanismos y procedimientos previstos (sería una de las vertientes a través de las cuales el poder está sometido al derecho). La posición positivista que se comparte es entendida como normativista. Así, se entiende que las normas son los elementos principales, que no únicos, del sistema jurídico. En el ordenamiento se integran otros componentes, principios, valores, definiciones, pero todos ellos son reconducibles a una estructura normativa, a una estructura del deber ser. A la vez, este positivismo normativista es moderado. Con ello se quieren marcar las distancias con otro tipo de

---

[3] Pueden consultarse diversas clasificaciones en A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 1988, pp. 65ss, y en G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1995, pp. 501ss.

positivismo, más extremo o radical, que sería el que Bobbio ha denominado positivismo ideológico o, también, teoría formalista de la justicia[4].

Nuestra posición no identifica necesariamente el derecho positivo con el derecho justo. El poder, en efecto, crea el derecho positivo, que, como ya se ha señalado, es la única realidad jurídica. Pero esta vinculación entre el derecho y la decisión del poder no ha de entenderse como resultado de una posición decisionista o voluntarista desnuda. El poder, fuente formal y última del derecho, es una realidad social, con una determinada concepción axiológica –que podrá parecer correcta o incorrecta– tras de sí. Las normas jurídicas, producto de las decisiones del poder político, son expresión, a la vez, de todo el *background* social y axiológico que se encuentra tras el poder. Así, en el marco de un sistema jurídico y político democrático (que constituye nuestro ámbito de referencia y el escenario en el cual son válidas las reflexiones sobre la teoría jurídica de los derechos), que asume unos valores y principios axiológicos determinados, el ordenamiento jurídico integra determinadas exigencias de justicia: esas exigencias se especifican en postulados normativos jurídicos al más alto nivel, que deben ser respetados –como condición de validez– por las normas que pertenecen al sistema jurídico. Así, por ejemplo, y refiriéndonos en concreto a nuestro sistema jurídico, podemos decir que el contenido del preámbulo de la Constitución, del artículo 1.1 y del título I son clara muestra de que el sistema jurídico incorpora un determinado punto de vista sobre la justicia.

La explicitación de los rasgos básicos del concepto de derecho fundamental que aquí se asume, y también de la posición teórica sobre la que descansa este concepto, permite comprender

---

[4] Ver N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán 1984.

la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. Es cierto que desde una determinada perspectiva se podría pensar que estamos frente a una cuestión sin importancia y que no conviene enredarse en problemas meramente terminológicos; problemas que en ocasiones parecerían estar solucionados en su reflejo positivo desde el momento en que en los ordenamientos los términos son empleados de manera indistinta en ocasiones. Pero también es cierto que en ocasiones la doctrina se ha detenido sobre la cuestión[5]. En todo caso, los derechos humanos se identificarían con las pretensiones morales vinculadas al individuo, que exigen satisfacción y ser el centro de un determinado modelo de ordenación social. Los derechos fundamentales supondrían el resultado de la positivación de esas pretensiones y añadirían, al carácter moral de los derechos humanos, una definitiva dimensión jurídica. De manera que –y siempre que se admitiera la existencia de una moralidad universal sobre la que descansarían los derechos– podríamos afirmar que los derechos humanos acompañan al individuo con independencia de que éste sea titular de derechos fundamentales. La titularidad de los derechos fundamentales es, por tanto, una cuestión que depende del reconocimiento jurídico de determinadas pretensiones morales (derechos humanos) y de la articulación efectiva de mecanismos de protección y garantía[6].

---

[5] Ver A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid [8]2003, pp. 30-31; G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, o. c., pp. 21-38; Mª. C. Barranco Avilés, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid 1996; F. J. Ansuátegui Roig, "Derechos: cuestiones de terminología jurídica", *Revista de Derecho Constitucional,* Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, nº 30, enero-marzo 1999, pp. 1-32.

[6] Ver J. Delgado Pinto, "Los derechos entre la ética, el poder y el derecho: derechos humanos y constitución", en

Derechos, moral y poder democrático

Como se ha señalado, la constatación de la realidad que nos presentan los ordenamientos jurídicos contemporáneos permite llegar a la conclusión de que, en realidad, y desde un punto de vista meramente cuantitativo, aquellos ordenamientos en los que existe un sistema de derechos articulado internamente y dotado de un nivel apreciable y razonable de garantías constituyen una porción ciertamente minoritaria. Si ello es así, enseguida surge la pregunta sobre las razones que explican la presencia de normas de derechos fundamentales en determinados ordenamientos. No se trata de llevar a cabo en este momento un ensayo de sociología de los derechos humanos. Es evidente que las causas tanto de la ausencia como de la presencia de derechos en el ordenamiento jurídico son de muy variada índole. Al respecto, podemos pensar en factores ideológicos, económicos, históricos, sociales o culturales.

En todo caso, debemos ser conscientes de que, a la hora de explicar y caracterizar esa presencia, las normas de derechos fundamentales no se diferencian demasiado del resto de normas del ordenamiento jurídico. Y es que, en efecto, también en las normas de derechos fundamentales se observa de manera clara uno de los aspectos predicables de cualquier enunciado normativo jurídico. Las normas jurídicas, como tales normas que son, pertenecen al mundo del deber ser y están encaminadas a materializar una determinada propuesta de organización social a través del establecimiento de modelos de comportamiento. Esos modelos no surgen gracias al azar o a fenómenos naturales que escapen del ámbito de contextos institucionales. Por el contrario, más allá

J. A. López García, J. A. del Real (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho,* Dykinson, Madrid 2000, pp. 91-92.

de su conexión con elementos culturales, se materializan a partir de la puesta en marcha de mecanismos sociales de producción normativa. Esos mecanismos tienen una importante dimensión institucional, y el resultado de su puesta en marcha es una norma cuya definición depende en última instancia de una dimensión política, es decir, del poder político que, en el seno de una sociedad y de la arquitectura jurídico-política que le es propia, tiene la capacidad reconocida de producir normas. En esto, las normas de derechos fundamentales no se diferencian del resto de normas que integran el ordenamiento. No se quiere decir con lo anterior que las normas jurídicas obedezcan de manera *exclusiva* a una decisión del poder político. Éste, en su actuación, y en sus decisiones, está condicionado desde muchos puntos de vista, pero, al final, la decisión que se materializa en la norma es expresión de una determinada voluntad, la del poder.

Es la vinculación entre las normas jurídicas –en este caso las normas de derechos fundamentales– y el poder político la que explica por tanto la presencia de aquéllas en el ordenamiento. Pero también explica la posición concreta que ellas ocupan en el interior del mismo. Parece evidente que nos encontramos ante dos cuestiones relevantes. Por una parte, la que se refiere a la naturaleza jurídica de las normas de derechos fundamentales, determinada por su existencia y su validez; por otra, la que se refiere a la posición en el interior del ordenamiento. Esta cuestión es importante porque, en realidad, la "viabilidad" de los derechos depende del hecho de que estén juridificados de una determinada manera. La posición de estas normas se caracteriza a partir del rango que ocupan en la estructura jerárquica del sistema y de los mecanismos de protección y garantía que las acompañan. Sin la presencia efectiva de estos mecanismos, el reconocimiento jurídico de los derechos se reduce a un *flatus vocis*.

Si bien acabamos de señalar las semejanzas, en lo que a la razón última de la juridificación se refiere, entre las normas de derechos fundamentales y otras normas jurídicas es necesario efectuar determinadas matizaciones al respecto. Y ello porque, siendo cierto que también tras las normas de derechos fundamentales existe una voluntad de poder, asimismo lo es que estas normas no se reducen a una voluntad de poder. De acuerdo con el concepto dualista de derechos fundamentales, al que se ha aludido en otro momento de este estudio, las normas de derechos fundamentales son el resultado de la positivación de dimensiones morales. Pero cuando hablamos de este tipo de normas debemos ser conscientes de que no estamos haciendo referencia a cualquier tipo de moralidad. La moralidad de los derechos fundamentales es una moralidad muy concreta y específica, que en la actualidad se presenta como uno de los aspectos más sobresalientes de la herencia de la Ilustración. Es la moralidad que ofrece el fundamento de los derechos, cuestión ésta abordada en otro capítulo de este libro. En este sentido, el poder político que se pone manos a la obra en la tarea de articular un sistema de derechos fundamentales, si se toma en serio los derechos, no puede juridificar cualquier moralidad. Está vinculado por un determinado proyecto moral. Dicho en otros términos, ese poder no puede convertir en derechos fundamentales cualquier cosa. Por poner un ejemplo, quizás demasiado evidente, una decisión política que pretendiera articular un sistema de derechos fundamentales basado en el reconocimiento de principios claramente incompatibles con los de dignidad, igualdad y libertad, como podría ser el de la supremacía de una determinada raza sobre las demás, no podría presentar el resultado de su decisión como auténticos derechos fundamentales. Estaríamos ante un caso de retórica o falsificación de los derechos. Por tanto, el concepto de derechos fundamentales es un concepto vinculado desde el punto de vista moral.

Esta vinculación moral del concepto de derechos fundamentales supone, como se acaba de subrayar, una conexión de los derechos con una determinada moralidad. Pero, al mismo tiempo, es palmaria manifestación de la inyección, también se ha apuntado, de dimensiones morales específicas en el ordenamiento jurídico. En efecto, los derechos son expresión del punto de vista sobre la justicia o la moralidad que asume el ordenamiento que los integra. La positivación de los derechos puede ser observada como un caso de materialización del derecho[7] o de positivación o constitucionalización del derecho natural a la luz de la cual se puede interpretar la progresiva transformación de los criterios de legitimación externa en criterios de legitimación interna[8]. Pero también puede ser analizada como un caso específico de transformación de moral crítica en moral legalizada. En efecto, sabemos que los sistemas normativos concurren entre sí y que esta concurrencia, o si se quiere, coexistencia, puede producirse de acuerdo con distintas posibilidades. Así, un sistema normativo moral puede situarse en una posición crítica respecto a un cierto sistema normativo jurídico. En este caso, esa posición vendrá caracterizada por el hecho de que desde el sistema moral se presionará en dirección a la transformación del sistema jurídico, desde el momento en que éste no acoge o desconoce los criterios de aquél. De esta manera, el sistema moral pretende el reconocimiento jurídico de su propuesta. En el momento en que dicho reconocimiento tiene lugar, la moral, que hasta entonces era crítica, pasa a convertirse en moral legalizada.

---

[7] Ver M. La Torre, "Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 16, 1993, p. 70; L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México 1997, pp. 16ss.

[8] Ver L. Ferrajoli, *Derecho y razón,* traducción de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid 1995, pp. 353-354.

Esa determinada propuesta moral entra a formar parte del contenido del ordenamiento jurídico y de las normas que lo integran.

Esa positivación puede ser considerada como la culminación de la tendencia y de la vocación hacia la positivación o juridificación manifestada por gran parte de las propuestas morales en las que podemos pensar. Esto se explica por el atractivo que presenta el derecho en lo que a mecanismos de implantación social se refiere. Y es que, en efecto, cualquier propuesta normativa de ordenación de las conductas –y eso es lo que en última instancia son los sistemas morales– se caracteriza por una innata vocación de eficacia, de cumplimiento. Dicha vocación tiende a asegurarse en la medida en que se ponen en marcha mecanismos de sanción y coerción, que mediante el desarrollo de sus respectivas funciones –preventivas y represivas– logran condicionar el comportamiento de los sujetos. En este sentido, el derecho presenta un grado ciertamente alto de especialización. Por eso, es comprensible que los sistemas normativos pretendan ver reconocidos e incluidos sus postulados en la estructura normativa del ordenamiento jurídico, pues es sólo a partir de entonces cuando en apoyo de los mismos se pode en marcha la maquinaria del Estado. En otros términos: nadie es multado o sancionado jurídicamente por actuar de manera meramente inmoral, a no ser que la actuación inmoral sea al mismo tiempo contraria al derecho. Es por tanto esa positivación la que añade un plus de normatividad –en este caso, jurídica– a las normas morales, de las que éstas se pueden beneficiar en lo que a su efectividad se refiere.

Pues bien, ciertamente podemos considerar que la positivación de los derechos, la inclusión de las dimensiones morales de los que éstos son expresión, en el ordenamiento jurídico es un caso explícito de transformación de moral crítica en moral legalizada.

Junto a lo anterior cabe añadir también que la naturaleza moral de los derechos permite considerarlos en su relación con otras dimensiones del ordenamiento que son también expresión evidente de opciones morales definidas. Como ya sabemos, los ordenamientos jurídicos, como sistemas normativos que son, carecen de la posibilidad de neutralidad desde el punto de vista moral. Todo ordenamiento es expresión de una determinada opción moral, que se manifiesta de manera especialmente relevante en determinados ámbitos del sistema. Los derechos fundamentales tienen mucho que ver con esta opción moral, con la opción moral asumida por los ordenamientos en los que aquéllos se integran. Pero es necesario subrayar en este punto que aquí los derechos no ocupan una posición de protagonismo exclusivo y excluyente. En efecto, creo que en este punto –y pensando en la situación con la que nos encontramos en nuestro ordenamiento– es necesario aludir también a los valores superiores[9]. En efecto, en el artículo 1.1 de nuestro texto constitucional se señala que "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político", que también se manifiestan a través de principios de organización del poder como, por ejemplo, la separación de poderes o la independencia del poder judicial. Los valores y los derechos encarnan la opción moral que asume el ordenamiento, el particular punto de vista sobre la justicia del que es expresión el sistema jurídico. En efecto, a la pregunta sobre los planteamientos morales asumidos por nuestro sistema, hay que responder recurriendo al conte-

[9] Ver G. Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid 1984. También, A. Llamas, *Los valores superiores como ordenamiento material,* Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1993.

nido del artículo 1.1 de la Constitución, así como al del título I de la misma.

¿Cuál es la relación que se establece entre valores y derechos? Los valores son la referencia de fundamentación de los derechos; su función es la de constituir los criterios normativos últimos de la organización social. Recuérdese en este sentido que estamos pensando en unos valores que poseen una vocación de operatividad en el mundo del derecho que al fin y al cabo es un proyecto de organización social. Es decir, más allá de la mayor o menor amplitud en el reconocimiento de valores, hay que tener en cuenta que éstos han de caracterizarse por ser susceptibles de integrar lo que podríamos considerar la ética pública. Pues bien, si los valores son la última referencia sustancial en lo que a la ordenación de la sociedad se refiere, ¿en qué lugar quedan los derechos? Creo que la posición de los derechos respecto a los valores puede explicarse aludiendo a la dimensión instrumental de los primeros en relación con los segundos. Ciertamente, hablar de instrumentalidad de los derechos puede causar cierta perplejidad. En efecto, si los derechos son un objetivo valioso a reconocer y proteger, parece extraño que los derechos puedan ser considerados medios para alcanzar determinados fines que, por definición, parecerán merecedores de mayor estimación y reconocimiento. Parecería desde este punto de vista que los derechos decrecen en su peso moral respecto a los valores. Creo que esta perplejidad puede superarse. Los derechos están en relación instrumental respecto a los valores, ya que, de un lado, son una manifestación de los mismos. En efecto, los valores constituyen el fundamento de los derechos. No es extraño en este sentido el recurso a los derechos de libertad o a los derechos de igualdad para aludir a los valores de los que estos derechos reciben su fundamento. Pese a que la estricta dicotomía entre libertad e igualdad además de ser poco fructífera

es falsa, creo que es posible, aunque sólo sea a meros efectos explicativos, reconocer que hay derechos que están, más que otros, conceptualmente ligados a la libertad, mientras que otros lo están a la igualdad. Pero el sentido de esa posición de instrumentalidad de los derechos respecto a los valores se puede explicar desde el momento en que aquéllos serían expresión de las exigencias de éstos. Quiere decirse con ello que la implementación de los valores, la articulación de una sociedad de acuerdo con las exigencias de los valores, implica la existencia y pleno funcionamiento de un sistema de derechos. Dicho de otra manera: tomarnos en serio la libertad y la igualdad significa articular un sistema de derechos. Creo que la idea puede entenderse también si aludimos al valor que en definitiva aunaría el sentido y significado de la libertad y de la igualdad y que ocuparía el vértice normativo sustantivo o material del ordenamiento, el valor dignidad: tomarse en serio la dignidad implica organizar la sociedad a través del establecimiento de un sistema de derechos.

Por otra parte, la imprescindible presencia de estas dimensiones morales y la también imprescindible intervención del poder en la articulación jurídica de un sistema de derechos nos permiten observar la conexión que existe entre los derechos y la democracia. Esta conexión se puede abordar desde diversas perspectivas. Por una parte, sabemos que la democracia es un sistema de adopción de decisiones colectivas a través de unos procedimientos que se reconducen en última instancia a la regla de las mayorías. Pero la democracia no se reduce a eso. En este sentido, la regla de las mayorías es condición necesaria pero no suficiente de la democracia. Los derechos vienen a complementarla. Por una parte, los derechos constituyen elementos imprescindibles en la articulación de los mecanismos de representación y de participación. Es estos casos estamos acostum-

brados a pensar en los derechos de participación, pero, más allá de éstos, la participación en pie de igualdad no se puede explicar exclusivamente de acuerdo con criterios meramente formales. Por el contrario, la satisfacción de exigencias económicas y culturales básicas, que contribuyen a situar a los participantes en condiciones de igualdad, también es un requisito de la legitimidad de los mecanismos representativos. Y aquí los derechos económicos, sociales y culturales entran en escena.

Por otra parte, en democracia las mayorías no deben entenderse investidas de una capacidad omnipotente. La existencia de restricciones sustanciales en relación con las posibilidades de decisión pertenece también a la lógica de la democracia, al menos en el sentido que a la misma se le está atribuyendo. Las mayorías no pueden decidir cualquier cosa. Estamos, en realidad, frente a la tensión entre derechos y democracia que es propia de las democracias constitucionales y que carece de difícil solución definitiva a favor de cualquiera de los dos términos, ya que tanto una situación en la que la reivindicación de los derechos asfixiara la operatividad de las decisiones legítimas de la mayoría como una aniquilación de los derechos por parte de la mayoría supondrían una quiebra del sistema democrático.

Pero la vinculación entre derechos y democracia permite ser complementada abordándola desde otra perspectiva. La presencia de derechos en un determinado ordenamiento implica la existencia de dimensiones limitativas respecto al poder político[10]. Dada la vinculación que existe entre las normas de derechos fundamentales y las decisiones del poder político, esas limitaciones, desde el punto de vista político y jurídico, se articulan como auténticas autolimitaciones. En efec-

---

[10] Ver R. de Asís, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid 2000.

to, es el poder el que toma, en un contexto que puede ser analizado desde diferentes puntos de vista, la decisión de proceder a determinadas juridificaciones de planteamientos morales. Y a partir de dicha juridificación va a haber comportamientos que el poder no va a poder llevar a cabo y otros que va a estar obligado a realizar. Siendo así las cosas, el poder político –respecto del cual en ocasiones se ha subrayado su innata vocación expansiva– de alguna manera se ata las manos. Los derechos, en este sentido, se manifiestan como autolimitaciones en relación con el ejercicio del poder. Esta circunstancia nos sitúa frente a la cuestión de los rasgos que han de caracterizar un poder capaz de sacrificar sus posibilidades de actuación. Y en este punto hay que reconocer que no todo poder se caracteriza por la presencia de esa capacidad. Sólo el poder político democrático demuestra esa dimensión de compromiso moral con los valores y principios, con las dimensiones morales que dotan de sentido a las normas de derechos fundamentales. Entre otras cosas, porque un poder en relación con el cual no es posible detectar ese compromiso no es susceptible de ser calificado como democrático.

Por otra parte, y retomando una cuestión a la que se aludió líneas atrás, la posición que ocupan los derechos en un determinado ordenamiento jurídico depende en última instancia de una decisión política. En este sentido, y más allá de reconocer las especificidades que presentan los diferentes derechos en lo que a la puesta en marcha de particulares mecanismos de protección y garantía se refiere, no hay nada que predetermine por motivos sustanciales la respectiva caracterización jurídica de los derechos. Esta caracterización viene definida, en primer lugar, por la decisión en relación con el rango constitucional de los derechos. En las democracias constitucionales los derechos ocupan una posición en la Constitución a partir de la cual desarrollan esa dimensión limi-

tativa a la que hemos aludido. Pero más allá del modelo de la democracia constitucional, es también posible imaginar otro en el que al legislador se le reserva una mayor operatividad en relación con los derechos. Por otra parte, como se ha señalado, la posición constitucional de los derechos se caracteriza fundamentalmente a través de la articulación de una estructura de garantías. Pues bien, no hay nada que *a priori* atribuya determinadas técnicas de garantía a unos derechos concretos y específicos. Creo que es importante subrayar esta cuestión y ponerla en relación con el uso que en ocasiones se hace de las clasificaciones de los derechos y de las consecuencias que se pretenden extraer de las mismas.

La caracterización jurídica de los derechos fundamentales

La reflexión sobre la relación entre los derechos y el ordenamiento jurídico está encaminada a comprender la posición que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento. En este sentido, podemos adelantar que los derechos no constituyen "un contenido cualquiera" del ordenamiento jurídico: su presencia caracteriza y define el sistema jurídico en su conjunto. El análisis de los derechos fundamentales en perspectiva jurídica permite considerarlos como una pieza clave del ordenamiento.

A estas alturas contamos con algunos datos que nos permiten afrontar con alguna claridad la cuestión de la posición genérica de los derechos en el sistema jurídico. Pero todavía no nos hemos enfrentado con la cuestión básica, anunciada con anterioridad y que podría formularse, del modo más sencillo posible, como sigue: desde el punto de vista estrictamente jurídico, ¿qué son los derechos fundamentales?, ¿cómo se caracterizan respecto a otras categorías jurídicas? De lo que se

trata, por tanto, es de analizar la caracterización de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. En este punto nos podemos encontrar con el problema de la disparidad de los datos que nos ofrecen los diferentes ordenamientos. En efecto, no en todos los casos los derechos presentan la misma configuración jurídica allá donde existen. En todo caso, y siendo conscientes de esta circunstancia, no se trata en este momento de proponer una tipología al respecto. Intentaremos desarrollar un discurso general en relación con la cuestión de la caracterización jurídica de los derechos y de los rasgos que contribuyen a determinar su posición en el ordenamiento.

Parece evidente que si ése es el problema que nos planteamos, la información con la que trabajemos debe ser extraída del propio ordenamiento jurídico. Si hemos de ser consecuentes con la posición básica que venimos manteniendo, esto es, con la comprensión de los derechos fundamentales como instituciones jurídicas, debemos recurrir –para resolver la presente cuestión– a los datos que nos ofrece el ordenamiento jurídico, comenzando por el principio, esto es, por la Constitución.

Si centramos la atención en la Constitución española de 1978, la primera sensación que podemos tener al examinarla es, en cierto sentido, de confusión. En efecto, el panorama que tenemos ante nosotros es de una gran diversidad semántica y, aunque la diversidad no tenga por qué ir en detrimento del orden, en este caso parece una diversidad desordenada. En el texto constitucional, aparecen términos como "derechos humanos", "derechos individuales", "derechos de los ciudadanos", "derechos políticos", "derechos constitucionales", "derechos fundamentales", "libertades públicas". Si todos estos términos son sinónimos, no se entiende muy bien la decisión del legislador constituyente; hubiera parecido más lógico, en aras de la claridad deseable en un texto como la Constitución, reconducir las diversas

referencias, en la medida de lo posible, a una mayor unidad. Si, por el contrario, entre los diversos términos existen diferencias sustanciales, éstas tampoco son fáciles de identificar si nos limitamos a la letra de la Constitución.

Con independencia de la dispersión terminológica que parece existir en el texto constitucional, sí parece que la opción por la expresión "derechos fundamentales" no debería suponer demasiados problemas. En efecto, aparece en la rúbrica de la sección primera del capítulo segundo, es decir, en lo que se considera –como tendremos ocasión de ver más adelante– el núcleo fuerte del subsistema de los derechos. Además, también vamos a ver que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pueden extraer datos a su favor. Desde el punto de vista doctrinal, creo que existen argumentos suficientes que apoyan dicha opción. Así, "fundamentales" son aquellos derechos que están recogidos o garantizados en normas básicas de un ordenamiento jurídico o que, aunque no lo estén, tienen una existencia y un contenido esencial y condicionante respecto de otros derechos o contenidos "inferiores" o "menores" de ese sistema, o que también recogen o expresan valores y principios considerados fundamentales en ese sistema. Parece que, en el caso concreto de nuestro ordenamiento, no habría mucha dificultad en caracterizar a los derechos fundamentales del anterior modo.

Además, una virtualidad de la expresión "derechos fundamentales" que juega a su favor es que es susceptible de abarcar las categorías clásicas de derechos: individuales (de autonomía), políticos (de participación) y económicos, sociales y culturales. A lo cual debe sumarse –y lo anterior es una muestra de ello– que, debido al carácter histórico de su fundamentación, constituyen una categoría abierta a la historia y capaz de asumir la evolución de los diversos contenidos. Posiblemente sean éstas algunas razones que hacen

preferible este término frente a otros como "derechos humanos", "derechos públicos subjetivos", "derechos morales", "libertades públicas" o "derechos naturales". En todo caso, sí parece que de lo anterior –esto es, de la diversidad terminológica– no se debe hacer una cuestión básica y sustancial que enturbie y dificulte el discurso científico sobre los derechos. Y ello con independencia de que se sea consciente de que cabe la posibilidad de que los diferentes términos utilizados en ese discurso pueden implicar diferentes opciones doctrinales. Pero ésta es una cuestión en la que no nos podemos centrar en este momento.

Junto a esto cabe referirse también a la sistemática del título I. En efecto, podemos observar que su rúbrica general se refiere a "De los derechos y deberes fundamentales". Con independencia del capítulo primero ("De los españoles y los extranjeros"), observamos que el capítulo segundo reza en su título "Derechos y libertades", lo cual no debería ser, en principio, demasiado problemático si no es porque en el mismo se incluyen dos secciones: la primera, "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", y la segunda, "De los derechos y deberes de los ciudadanos". Además, el capítulo tercero alude a los "Principios rectores de la política social y económica". A la vista de lo anterior, cabría preguntarse por la posición de los derechos fundamentales en el interior de este título. Porque parece que los únicos derechos fundamentales son los incluidos en la sección primera del capítulo segundo, excluyéndose por lo tanto de tal categoría al contenido de la sección segunda del capítulo segundo y a la del capítulo tercero[11].

---

[11] Si bien, desde la doctrina constitucionalista, existen planteamientos que proponen incluir en la categoría a todos los derechos comprendidos en el capítulo segundo del título I: ver P. Cruz Villalón, "Concepto de derecho fundamental: identidad, estatus, carácter", en J. M. Sauca (ed.), *Proble-*

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, puede parecer recomendable explorar estrategias complementarias a la lectura de la Constitución: puede ser útil acudir a la interpretación que de la misma lleva a cabo el Tribunal Constitucional.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado una doble vertiente de los derechos. En efecto, en la sentencia de 14 de julio de 1981, el Tribunal se refiere al "doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un "status jurídico" o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)" (BJC 1981-5, F. J. 5)[12].

---

mas actuales de los derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1994, p. 161; J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid 1999, p. 27.

[12] La STC de 14 de julio de 1981 constituye una referencia básica a la que se remiten otras sentencias del TC. Así, por ejemplo, la STC 163/86 de 17 de diciembre, la STC 172/89 de 19 de octubre. Por su parte, la STC 53/85 de 11 de abril subraya la dimensión objetiva de los derechos: "Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (*vid.* al respecto artículos 9.2, 17.4, 18.1 y 4, 20.3 y 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son componentes estructurales básicos tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización ju-

Por consiguiente, los derechos fundamentales presentan una vertiente subjetiva y una vertiente objetiva: los derechos fundamentales, por una parte, son derechos subjetivos y, por otra, son elementos estructurales del ordenamiento jurídico. Lorenzo Martín-Retortillo se ha referido a esta doble vertiente identificándola con la dicotomía "derecho-titularidad" y "derecho-institución". Así, un derecho fundamental es "una figura que resume un valor asumido en el sistema jurídico de una comunidad y que se inserta con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico. Faceta objetiva del derecho, como valor positivizado con una estructura compleja y con amplias ramificaciones que se plasman en reglas de derecho sustantivo y de derecho procesal, de derecho constitucional, pero también de derecho penal, o administrativo, o civil, por aludir a alguna de las disciplinas habituales. Derecho-institución, si se quiere. Se hablará así de derecho a la intimidad, de derecho –o libertad– de asociación, de libertad ideológica o libertad religiosa, de derecho de petición. Pero, de otro lado, y con frecuencia en

---

rídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el 'fundamento del orden político y de la paz social'. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales 'los impulsos y líneas directivas', obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa" (BJC 1985-49, F. J. 4. Ver también STC 129/89 de 17 de julio, F. J. 3).

íntima conexión con ese primer significado, se habla de derecho como opción subjetiva que se atribuye a uno o varios sujetos. Formalizado el instituto jurídico, el núcleo institucional genera en torno suyo una amplia esfera de titularidades subjetivas: facultades de hacer, facultades de imponer que otros hagan o toleren; facultades de recibir una prestación (con frecuencia, poder de pedir ayuda para que no se coarten los contenidos de tales titularidades); poder, incluso de acudir a los tribunales de justicia en defensa de estas titularidades. Derecho-titularidad puede ser la fórmula, especialmente inconcreta. Frecuentemente se ha hablado de derecho subjetivo. Pero es importante destacar la amplitud de posibles titularidades. Cada derecho-institución genera, insisto, una gama muy variada de posibles titularidades"[13].

En esta ocasión nos vamos a centrar en la dimensión subjetiva: los derechos fundamentales son, entre otras cosas, derechos subjetivos. Pero ¿qué es un derecho subjetivo?, ¿existen rasgos distintivos de la categoría y diferenciadores respecto a otras? Si es así, ¿dichos rasgos sirven para conceptualizar los derechos fundamentales? En definitiva, ¿el Tribunal Constitucional aclara de manera definitiva las cosas cuando dice que los derechos fundamentales son derechos subjetivos? Nos encontramos aquí con uno de los conceptos claves de la filosofía jurídica, caracterizado, básicamente, por su complicada conceptualización. No hace falta acudir a Savigny, Windscheid o Ihering para ser conscientes de la dificultad implícita en el concepto de derecho subjetivo. En este sentido, determinados análisis han mostrado las diversas posibilidades de comprensión al res-

[13] L. Martín-Retortillo, "Régimen constitucional de los derechos fundamentales", en L. Martín-Retortillo, I. de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución,* Cívitas, Madrid 1988, p. 57.

pecto incidiendo en la multiplicidad de dimensiones o facetas del concepto de "derecho subjetivo". Pensemos, por ejemplo, en las propuestas de Hohfeld, Kelsen y Alexy[14].

Recordemos que en su trabajo sobre los conceptos jurídicos fundamentales, Wesley Newcomb Hohfeld[15] intentó llevar a cabo una reconstrucción de los conceptos jurídicos básicos asumiendo como punto de partida a tal efecto los de derecho subjetivo y obligación jurídica. A partir de ahí, y de acuerdo con los usos lingüísticos de los juristas, identificó modalidades jurídicas activas (derecho subjetivo, libertad, potestad, inmunidad) y modalidades jurídicas pasivas (deber, no-derecho, incompetencia, sujeción), lo que le permitió posteriormente ofrecer un esquema de situaciones a partir de dos relaciones básicas: correlación y oposición.

Kelsen, por su parte, reconoció la dificultad que el análisis del concepto de derecho subjetivo implica: "La captación de la esencia del derecho subjetivo (en el sentido de derecho con que el sujeto cuenta) se hace difícil por el hecho de que con esas palabras, 'derecho subjetivo', se desig-

---

[14] Recuérdese que otros autores, como por ejemplo Ross y Ferrajoli, si bien desde perspectivas distantes entre sí, han criticado esta categoría. Ver A. Ross, *Tú-Tú*, traducción de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1976; íd., *Sobre el derecho y la justicia,* traducción de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires 1994, pp. 164ss; L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, o. c., pp. 908ss.

[15] Ver *Conceptos jurídicos fundamentales*, traduccción de G. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires 1968. Pueden consultarse al respecto, G. Carrió, "Los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld", estudio introductorio de la citada traducción; M. Atienza, "Una clasificación de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, nº 4, 1986-87; R. de Asís, *Deberes y obligaciones en la constitución,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, pp. 141-151; M. Niemi, *Hohfeld y el análisis de los derechos*, traducción de Raúl M. Mejía, Fontamara, México 2001.

nan circunstancias muy diferentes entre sí"[16]. En efecto, en el lenguaje cotidiano la expresión "derecho" puede ser utilizada con diversas significaciones. Eso no le impide ofrecer una caracterización ciertamente amplia y que intenta aludir a las diversas posibilidades de comprensión: "El derecho subjetivo de un individuo es, o bien un mero derecho reflejo, esto es, el reflejo de una obligación jurídica existente en relación con ese individuo, o bien un derecho subjetivo privado en sentido técnico, esto es, el poder otorgado a un individuo para hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente, el poder jurídico de participar en la producción de la norma jurídica mediante la cual se ordena la sanción prevista para el incumplimiento; o bien un derecho político, esto es, el poder jurídico otorgado a un individuo, sea directamente como miembro de la asamblea popular legislativa, de participar en la producción de la normas jurídicas generales denominadas 'leyes', o, como sujeto de un derecho de elección del parlamento, o de la administración, de participar indirectamente en la producción de las normas jurídicas para lo cual está facultado el órgano elegido; o bien como derecho o libertad fundamental, reconocidos constitucionalmente, para participar en la producción de la norma mediante la cual se quita validez, sea en general (esto es, para todos los casos) o sólo individualmente, a la ley inconstitucional que lesiona la igualdad o libertad garantizadas. Finalmente también puede designarse como derecho subjetivo a una permisión positiva administrativa"[17].

Cuando Robert Alexy se plantea, en el capítulo cuarto de su *Teoría de los derechos fundamen-*

---

[16] H. Kelsen, *Teoría pura del derecho,* traducción de R. J. Vernengo, UNAM, México 1982, p. 139.

[17] *Ibíd*., p. 157.

tales, la caracterización de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, asume también la ausencia de un consenso en relación con el concepto de derecho subjetivo, y la variedad de explicaciones: "Las posiciones resumidas bajo este concepto podrían ser más complejas de lo que permiten reconocer las respectivas clasificaciones, distinciones y definiciones; ello explicaría las dificultades que ha planteado y sigue planteando el análisis del concepto de derecho subjetivo"[18]. A partir de ahí, destaca que lo realmente interesante es analizar la estructura de las distintas posiciones en las que se puede situar aquel del que se predica titularidad de un derecho subjetivo, haciendo referencia a tres básicas: el "derecho a algo", la libertad y la competencia.

Pues bien, si algo persiguen las rápidas referencias a estos tres autores es precisamente demostrar las dificultades con las que nos encontramos los juristas a la hora de caracterizar el concepto de derecho subjetivo, y el hecho de que, cuando hacemos referencia al mismo, podemos estar haciendo referencia a distintas posibilidades de relación. En definitiva, el derecho subjetivo sería difícilmente reconducible a una estructura unitaria, predicable y reconocible en todas y cada una de aquellas situaciones en las que afirmamos que alguien tiene un derecho subjetivo o que lo ejerce respecto a otro[19].

Es evidente que lo anterior plantea un problema respecto a la caracterización de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, ya que dificultaría la identificación de la categoría como tal. Ello, además de las consecuencias que se derivarían en relación con la consideración de

---

[18] R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 184.

[19] Ver Mª. C. Barranco, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 261ss.

determinados derechos como verdaderos derechos fundamentales desde el momento en que no son derechos subjetivos: pensemos en gran parte de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero sobre esta cuestión volveré posteriormente.

A partir de lo anterior, es necesario explorar otras posibilidades de comprensión de los derechos fundamentales. En este sentido, creo que la caracterización de los derechos fundamentales a partir de su capacidad resistente frente a las decisiones del poder permite afrontar correctamente la cuestión. Ésta es la estrategia que entre otros ha ensayado Luis Prieto[20]. La caracterización de los derechos como especialmente resistentes frente a las decisiones del poder implica el previo análisis de las notas que tradicionalmente han acompañado a los derechos. En este punto, Prieto analiza dos rasgos: el de la universalidad de los derechos y el de su carácter absoluto. Y llega a la conclusión de que, analizados los derechos en su dimensión jurídica, no se puede afirmar que los derechos sean universales y tampoco que sean absolutos. En relación con la universalidad de los derechos, hemos de señalar que ésta se puede entender desde diferentes perspectivas. En efecto, Peces-Barba ha señalado que la universalidad puede ser analizada como punto de partida y como punto de llegada. Además, es posible también desarrollar un doble discurso, descriptivo o prescriptivo, al respecto[21].

Prieto recuerda que tanto si pensamos en la universalidad de los sujetos titulares de derechos como si lo hacemos en la universalidad de los sujetos obligados por los derechos, en los destinatarios

---

[20] Ver L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990, a quien sigo en esta cuestión.

[21] Ver G. Peces-Barba, "La universalidad de los derechos humanos": *Doxa* 15-16, vol. II, 1994, pp. 613ss.

de la obligación implícita en los derechos, nos damos cuenta de que los datos que nos suministran los ordenamientos niegan dichos rasgos. Y es que los derechos, por una parte, no son universales en lo que a los titulares de los mismos se refieren, ya que, por una parte, el hecho de que estén positivizados en un determinado ordenamiento actúa como un elemento excluyente y restrictivo en relación con los sujetos que no son destinatarios de dicho ordenamiento; y por otra, en el ordenamiento se recogen derechos que sólo se reconocen a grupos determinados de destinatarios. En efecto, si repasamos el contenido del título I de la Constitución española, observamos con claridad que hay derechos que se reconocen a todos (por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física y moral –artículo 15–, el derecho a la libertad y a la seguridad –artículo 17–, el derecho a la tutela judicial efectiva –artículo 24.1–), mientras que otros se reconocen a los españoles (por ejemplo, la libertad de residencia y circulación –artículo 19–, el derecho de petición individual y colectiva –artículo 29.1–, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada –artículo 47–) o a los integrantes de determinados colectivos (por ejemplo, la libertad de cátedra, el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional –artículos 20.1.c y 20.1.d–, el derecho a la negociación colectiva laboral –artículo 37.1–). Pero es que, además, si nos planteamos la cuestión de los sujetos obligados por los derechos, llegamos a la conclusión de que tampoco todos los derechos son reivindicables frente a todos. Los hay que se pueden oponer frente a cualquiera (por ejemplo la libertad ideológica –artículo 16.1– o la libertad de expresión –artículo 20.1.a–), mientras que otros, por la específica relación que comportan, sólo son exigibles frente a determinados sujetos (por ejemplo, el derecho del detenido a ser informado de sus derechos y de las causas de la detención –artículo 17.3– o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley –artículo 24.2–).

En relación con el carácter absoluto de los derechos, el razonamiento es, en cierta medida, paralelo al desarrollado respecto a la universalidad: los datos que nos suministran los ordenamientos nos conducen a negar tal carácter. Entre otras cosas, si los derechos fueran absolutos sería realmente complicado proponer una determinada teoría sobre sus límites, de la misma manera que también lo sería imaginar el ejercicio de los derechos en situaciones en las que de manera necesaria afectan a otros derechos y en las que se ponen en marcha estrategias restrictivas exigidas por la simultaneidad en el ejercicio. Lo cierto es que los ordenamientos jurídicos incluyen previsiones limitadoras de los derechos, como por ejemplo la referida a las libertades del artículo 20 ("Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia" –artículo 20.4–) o la referida a la prohibición del derecho de reunión y manifestación "cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes" (artículo 21.2).

Pues bien, lo anterior permite, en opinión de Prieto, llegar a la siguiente conclusión: "No existe ningún elemento conceptual que se halle necesariamente en todos y cada uno de los derechos fundamentales jurídicamente reconocidos y que, a su vez, no pueda encontrarse también en otros derechos subjetivos"[22].

Es aquí donde cobra pleno sentido la identificación de los derechos fundamentales a partir de determinados mecanismos de resistencia constitucional. El carácter fundamental de un dere-

---

[22] L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, o. c., p. 87.

cho viene determinado en realidad por su posición constitucional, entendiendo aquí por posición el conjunto de mecanismos normativos e institucionales que definen y acompañan su presencia en el ordenamiento. Sabemos que, en términos generales, los derechos fundamentales ocupan un determinado lugar en la Constitución. Ese lugar es el reflejo de una determinada concepción axiológico-política. Así, los derechos expresan una determinada concepción sobre los valores y sobre las diferentes posibilidades de organizar la sociedad. Y esa expresión presenta formas jurídicas concretas y determinadas. Así, señala Prieto, la fundamentalidad de los derechos es en realidad expresión de esa concepción axiológico-política, que es la que determina, en primer lugar, que los derechos deben incluirse en la Constitución. Esta inclusión en la Constitución es la que permite observar los derechos en término de resistencia frente a la voluntad del poder. Si analizamos la cuestión en el marco de un discurso sobre el poder constituyente y el poder constituido, se puede señalar que los derechos son decisiones del poder constituyente a las que se somete el poder constituido. La resistencia de la que estamos hablando se manifiesta desde el momento en que, como consecuencia de la naturaleza constitucional de los derechos, el poder se encuentra limitado en su actuación en relación con los mismos. Y es que desde el momento en que se incluyen, sobre todo en el escalón constitucional, los derechos fundamentales, el poder político (y, en última instancia, todos los sometidos al ordenamiento) sabe que tiene su capacidad de decisión y de actuación limitada. Es en este punto en el que se puede comprender la dimensión limitativa de los derechos, que se puede manifestar de diferentes formas y con diversa fuerza. Será la mayor o menor densidad de la dimensión limitativa a la que los derechos someten al poder la que defina el carácter más o menos resistente. Y si la mayor o menor resistencia es el

criterio de fundamentalidad aplicable a los derechos, se puede concluir que existen, entre los derechos fundamentales, derechos más fundamentales que otros.

Si analizamos el título I de nuestra Constitución a la luz de las anteriores reflexiones, nos damos cuenta de que, en efecto, la posición de los derechos se caracteriza, a partir de lo establecido en al artículo 53, por una sucesión de círculos concéntricos en torno al núcleo duro o reforzado del que forman parte las libertades y derechos reconocidos en la sección primera del capítulo segundo. Estos derechos se garantizan a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (con el que se protege también al contenido del artículo 14) y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (que también es aplicable a la objeción de conciencia recogida en al artículo 30), y su desarrollo legislativo exige reserva de ley orgánica (artículo 81), que en todo caso debe respetar su contenido esencial; además, están protegidos, en lo que a la reforma constitucional se refiere, por el procedimiento agravado del artículo 168. Un segundo círculo estaría constituido por los derechos de la sección segunda del capítulo II, para los que se prevé reserva de ley vinculada a la obligación de respeto del contenido esencial. Y, por fin, los derechos incluidos en el capítulo tercero, respecto a los cuales el artículo 53.3 establece que "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

Podría pensarse que la mayor o menor resistencia de los derechos obedece a criterios puramente formales, identificados con la presencia o con la ausencia de mecanismos de protección y garantía. Es cierto que la resistencia tiene una expresión formal, pero su razón última no es for-

mal. Desde este punto de vista, el hecho de que en un sistema constitucional no todos los derechos ocupen la misma posición, existan diversos mecanismos de protección, que se aplican a unos y no a otros, se explica desde el momento en que la misma presencia es ya expresión de una decisión moral y política. De la misma manera que también lo es la misma presencia de los derechos. Podemos comprender fácilmente el que, en un ordenamiento inspirado por una ideología liberal, la nómina de derechos sea diferente en su contenido y en su articulación interna a la que existe en un ordenamiento tras el cual late una ideología socialista. Por tanto, la resistencia, considerada desde el punto de vista formal, es expresión de una determinada opción política e ideológica. Es esa decisión, y no argumentaciones en relación con la naturaleza o el específico valor de determinados derechos, la que explica la posición constitucional de los derechos fundamentales. Creo que a partir de lo anterior puede estar justificado un cierto escepticismo respecto a las rígidas clasificaciones de derechos que son utilizadas para justificar determinadas posiciones constitucionales de ciertos derechos en detrimento de las de otros; clasificaciones que además, en ocasiones, se vinculan a la distinción entre derechos "caros" y derechos "baratos", que también se utiliza para justificar posiciones constitucionales. Pues bien, esta distinción entre derechos "caros" y "baratos", además de ser falsa, parece ideológicamente interesada, precisamente por el hecho de que justifica la atención respecto a ciertos derechos (vinculados normalmente con un ideario [neo]liberal) en detrimento de la atención respecto a otros, cuya garantía vendría condicionada por dimensiones económicas que dificultarían la acción de los poderes públicos en su favor.

Por otra parte, la tesis de la resistencia a la que nos estamos refiriendo permite afrontar el problema de la consideración o no de los dere-

chos económicos, sociales y culturales. En diversos ordenamientos jurídicos, entre ellos el nuestro, estos derechos ocupan una posición muy específica, que se caracteriza entre otras cosas por una disminución en el grosor de la resistencia que los acompaña. Piénsese en el artículo 53.3 de la Constitución, ya citado. *A sensu* contrario, debe entenderse que en relación con estos derechos no valen determinadas exigencias en su protección, como las que aparecen en el artículo 53.1. Pero es que, además, normalmente los derechos económicos, sociales y culturales no suelen responder al esquema del derecho subjetivo. Son derechos "a dos tiempos"[23], que, si bien despliegan las consecuencias de su naturaleza constitucional, lo hacen de una manera diferenciada respecto a otros. Siendo así las cosas, podríamos llegar a la conclusión de que una rígida identificación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos impide reconocer como auténticos derechos fundamentales a los derechos económicos, sociales y culturales, desde el momento en que no son derechos subjetivos. Por el contrario, la comprensión de los derechos fundamentales como derechos específicamente resistentes, con el añadido de una gradualidad en esa resistencia, permite considerar que los derechos económicos, sociales y culturales también son derechos fundamentales, si bien menos fundamentales que otros, en tanto en cuanto menos resistentes.

Derechos y dinámica jurídica

La presencia de normas de derechos fundamentales en un determinado ordenamiento jurídico despliega una serie de efectos de amplia trascendencia en lo que se refiere a la configuración

---

[23] Ver G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, o. c., p. 369.

y al funcionamiento del mismo. Y ello, al menos, por dos razones. En primer lugar, por la misma naturaleza constitucional de las normas de derechos. En efecto, allá donde existen, las normas de derechos fundamentales ocupan una posición determinada en el seno de la norma constitucional, a partir de la cual desarrollan lo que Robert Alexy ha venido en considerar un "efecto irradiación". En este punto cabe reconocer que, en realidad, este efecto es el resultado de la ubicación constitucional de estas normas y no es la consecuencia de que posean determinados rasgos característicos de otro tipo. En segundo lugar, ya hemos aludido anteriormente a la carga moral de las normas de derechos fundamentales. Son expresión del punto de vista sobre la justicia que asume en última instancia el sistema jurídico de referencia. Integran el núcleo de la dimensión moral que asume todo ordenamiento, que en este caso presenta unos contenidos y significados específicos vinculados con la filosofía de los derechos y con los valores y principios que forman parte de ella. En este sentido, configuran la dimensión sustantiva o material del sistema, dimensión que se materializa y que surte efectos a partir de la posición constitucional de las normas de derechos.

Por tanto, la influencia y la intervención de los derechos en la articulación y en el funcionamiento del sistema asumen como punto de partida el estatus constitucional de las normas de derechos. Esa influencia e intervención se manifiestan, entre otras cosas, tanto en los procesos de producción normativa como en los mecanismos de interpretación y aplicación jurídica.

Se puede afirmar que los derechos desarrollan una función importante en la producción de normas jurídicas, considerada tanto desde el punto de vista formal como desde el material. Analizada la cuestión desde el punto de vista formal, los derechos contribuyen a diseñar los meca-

nismos y procedimientos de producción normativa. Sabido es que la democracia se caracteriza, entre otras cosas, por la presencia de dimensiones participativas a través de las cuales se articulan los procesos de toma de decisiones colectivas. En efecto, la democracia, cuya comprensión sin los derechos es imposible, presenta múltiples facetas y dimensiones que permiten análisis desde diversas perspectivas. La democracia incluye como elemento central, en lo que a tomas de decisiones colectivas se refiere, el principio de las mayorías. Pero la materialización de este principio implica la articulación de determinados mecanismos y procedimientos –que bien pudiéramos considerar como correctores del principio de las mayorías– que son incomprensibles sin la articulación de los derechos de participación. En este sentido, la democracia se caracteriza por la producción de decisiones a través de estrategias participativas. Estrategias participativas que encontramos a través de todo el proceso político, desde la elección de representantes hasta las deliberaciones y votaciones que tienen lugar en los órganos a los que se les atribuyen competencias normativas. Todo ese proceso se puede entender como la sucesión del ejercicio de determinados derechos. El artículo 23 de la Constitución española establece el principio general al afirmar que "los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal", principio general que implica un determinado papel constitucional de los partidos políticos, caracterizados como "instrumento fundamental para la participación política" (artículo 6).

En definitiva, el procedimiento de adopción de decisiones colectivas en un sistema democrático es incomprensible sin la presencia de derechos fundamentales, en especial de los derechos de participación. No obstante, la mayor o menor operatividad de los derechos de participación

depende en gran medida de la concepción de la ciudadanía que se comparta por parte del sistema jurídico-político. En este sentido, una concepción restrictiva de la ciudadanía supone una exclusión en relación con el ejercicio de los derechos de participación de aquellos grupos de sujetos que no han accedido a la categoría de "ciudadano". De la misma manera, los mecanismos de adopción de decisiones colectivas necesitan configurar sistemas de garantías en relación con la posición de las minorías.

Pero los derechos fundamentales también contribuyen a definir la producción de normas desde un punto de vista sustancial o material. En este sentido, cabe recordar que los derechos forman parte de la norma básica material de identificación normativa. Los contenidos materiales de la Constitución, cuyo vértice es ocupado por normas con una "carga moral" fuerte y evidente, condicionan el contenido del resto de normas del sistema. Si recurrimos a la identificación de los criterios de validez que en su momento propusiera Norberto Bobbio, bien podemos afirmar que la obligación de no contradicción con las normas superiores es en última instancia obligación de no contradicción con los derechos que se incluyen en la Constitución. Esto nos permite apreciar que la dimensión sustantiva de la validez de las normas en un sistema democrático viene condicionada por los contenidos de las normas de derechos. De esta manera, el carácter mixto del sistema jurídico, en lo que a la concurrencia de criterios formales y materiales de validez se refiera, parece evidente[24].

El efecto condicionador de los derechos, en lo que atañe a la producción de normas, va más allá de la función desarrollada en la identificación

---

[24] Ver F. J. Ansuátegui Roig, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid 1997, pp. 79ss.

de normas a la que nos hemos referido. En este sentido, cabe añadir dos dimensiones más, a las que ya se ha hecho referencia. En primer lugar, hay que recordar que la acción normativa del legislador en relación con el desarrollo de los derechos se ve restringida o condicionada también desde un doble punto de vista: formal y material. Desde la perspectiva formal, el desarrollo legislativo de los derechos que configuran el núcleo duro del sistema de derechos, los incluidos en la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución, exige reserva de ley orgánica (artículo 81). La reserva de ley orgánica implica una excepción a la regla general de la mayoría simple, además del gravamen de la votación sobre la totalidad del proyecto. Desde el punto de vista material, dicho desarrollo está obligado a respetar el contenido esencial de los derechos. En segundo lugar, el legislador, en su función de legislador constituyente ordinario, está vinculado por las exigencias del mecanismo agravado de reforma constitucional previsto en el artículo 168 en aquellos casos en los que la reforma afecte a la sección primera del capítulo segundo del título I.

Las normas de derechos fundamentales también condicionan los procesos de interpretación y aplicación del derecho. Desde el momento en que forman parte del contenido constitucional, constituyen un referente como criterio de interpretación del resto del contenido del sistema. Así, la interpretación desde la Constitución implica al mismo tiempo la interpretación desde los derechos[25]. Los derechos, junto a los valores en los que se fundamentan, constituyen el referente axiológico último del sistema y, por tanto, deben

[25] Ver A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, o. c., pp. 249ss; Mª. C. Barranco Avilés, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid 2004.

ser tenidos en cuenta a la hora de determinar el sentido de las normas que forman el sistema, de la misma manera que su respeto constituye, como hemos visto, criterios de validez en relación con el resto de normas del sistema.

Pero, además, las normas de derechos comparten con buena parte del resto de las normas constitucionales un carácter abstracto en su enunciado y abierto en su contenido. Presentan una morfología que condiciona la labor del sujeto aplicador. En este sentido, se ha afirmado que las normas de derechos fundamentales actúan como principios, que se diferencian de las reglas, entre otras cosas, porque no se configuran de acuerdo con el esquema propio de los imperativos condicionales. A partir de ello el sujeto aplicador, el juez, tiene ante sí un escenario particular y una función que desborda una concepción exegética tradicional de su actividad. En relación con la aplicación de los derechos, el juez desarrolla una argumentación que incluye razonamientos morales (provocados por la forma y el contenido de las normas de derechos fundamentales), que se evidencia en aquellos casos en los que ha de determinar la importancia de los derechos en juego o el alcance de su aplicación[26].

En todo caso, la presencia de derechos fundamentales en un ordenamiento desarrolla unos efectos condicionantes que van más allá de la estructura normativa del mismo y que afectan de lleno a la articulación de los poderes que interactúan en el seno de ese ordenamiento. Esos efectos son consecuencia del alcance de la dimensión limitadora de los derechos y se traducen en última instancia en la puesta en marcha de mecanismos de control de la actuación de los poderes y

---

[26] Ver R. de Asís, "Los derechos y la argumentación judicial", *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* 10 (2004), pp. 13-33.

de las instituciones, en cuya cúspide se sitúan los referidos al control de constitucionalidad. Y es que, al final, la defensa de los derechos fundamentales es la defensa de la Constitución.

Bibliografía

R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997.

F. J. Ansuátegui Roig, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, nº 2, Dykinson, Madrid 1997.

—, "Derechos: cuestiones de terminología jurídica": *Revista de Derecho Constitucional,* Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 30 (enero-marzo 1999).

R. de Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid 2000.

—, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid 2001.

—, "Los derechos y la argumentación judicial": *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* 10 (2004).

Mª. C. Barranco Avilés, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid 1996.

—, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 1999.

—, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid 2004.

L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, traducción de P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid 1995.

Martín Retortillo, I. de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución,* Cívitas, Madrid 1988.

J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid 1999.

A. Llamas, *Los valores superiores como ordenamiento material,* Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1993.

J. A. López García y J. A. del Real (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho,* Dykinson, Madrid 2000.

G. Peces-Barba Martínez, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid 1984.

—— (con la colaboración de R. de Asís, C. L. Fernández Liesa, A. Llamas), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general,* Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1995.

E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 1988.

——, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid [8]2003.

L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990.

J. Mª. Sauca (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-B. O. E., Madrid 1994.

Religiones y derechos humanos: una relación conflictiva

Juan José Tamayo

Director de la Cátedra de Teología y Ciencias de las Religiones de la Universidad Carlos III de Madrid

La relación entre religiones y derechos humanos ha sido siempre conflictiva. Ocupadas como estaban las religiones en la defensa de los derechos divinos, apenas prestaban atención a los derechos humanos. Y cuando lo hacían era para supeditarlos e incluso para oponerlos a los derechos divinos. En caso de conflicto entre unos y otros, predominaban los derechos absolutos de Dios sobre los derechos siempre limitados de los seres humanos.

En este capítulo voy a centrarme en el análisis de la relación entre religiones y derechos humanos en el nuevo contexto caracterizado por el pluralismo religioso y cultural, por el despertar de las religiones y por la interculturalidad. La pregunta a la que intento responder es la siguiente: ¿qué papel juegan las religiones en la reformulación y resignificación de los derechos humanos en actual contexto socio-religioso?

Cuestionamiento de la secularización y retorno de la religión

El interés actual por la relación entre derechos humanos y religiones viene motivado de manera especial por un fenómeno nuevo: el despertar de las religiones, el retorno de las diosas y

de los dioses o, en expresión de Gilles Kepel, "la revancha de Dios"[1]. Se trata de un fenómeno contra pronóstico que cuestiona la teoría de la secularización como categoría hermenéutica única de la evolución del fenómeno religioso, construida desde Comte hasta nuestros días. Como afirma Salvador Giner, "casi nadie sostiene ya hoy la secularización general y unívoca como un corolario al proceso de modernización. Las sociedades altamente secularizadas lo son sólo de modo relativo".

En poco menos de treinta años se han producido los siguientes cambios:

– De la religión como fenómeno residual, marginal e irrelevante, con fecha próxima de caducidad, a la religión como dimensión fundamental que configura la identidad cultural de los pueblos y de las comunidades humanas.

– De la religión como espacio de sosiego anímico, de tranquilidad de conciencia y de remanso de tormentas, a la religión como fuente de conflictos e incluso de nuevas guerras de religiones por razones doctrinales, que desembocan en fundamentalismos atizados por un terrorismo de motivación religiosa.

– De la "religión invisible", que diagnosticara Thomas Luckmann en la década de los años sesenta del siglo pasado[2], a la religión política, como aparece en el judaísmo, con el protagonismo de los sectores ultraortodoxos en la política del Estado de Israel; en el islam, con la vinculación intrínseca entre religión y política; en la cúpula romana del catolicismo, con su programa de recristianización de Occidente, su defensa de las "raíces cristianas" de Europa y la petición a los parlamentarios católicos de que defiendan la

---

[1] Ver G. Kepel, *La revancha de Dios. Cristianos, judíos y musulmanes a la reconquista del mundo*, Anaya, Madrid 1991.

[2] Ver Th. Luckmann, *La religión invisible. El problema de la religión en la sociedad moderna*, Sígueme, Salamanca 1973.

visión cristiana en el ejercicio de la actividad política y en la elaboración de las leyes, oponiéndose a las leyes contrarias a la concepción cristiana del ser humano; en el mundo evangélico fundamentalista de Estados Unidos, que desde hace un cuarto de siglo está jugando un papel decisivo en la política neoconservadora tanto en la elección de los presidentes Ronald Reagan, George Bush padre y George W. Bush hijo como en su actividad política.

– De la religión recluida en la esfera privada y en la práctica cultual y devocional, a la reconquista de la esfera pública.

– De la religión crítica y subversiva a la religión crédula e instalada en el sistema.

– De la religión como fenómeno carente de significación social (ser creyente o no ser creyente resultaba irrelevante) a la afirmación explícita o, mejor, confesión pública de las propias creencias, tanto a nivel personal como colectivo, tanto con palabras como con hechos; por ejemplo, el uso del velo por parte de los musulmanes y la reivindicación de la enseñanza de la religión católica en la escuela por parte de la jerarquía católica.

– De la modernización de las religiones a mediados del siglo XX a la confesionalización de los Estados y de sus instituciones a partir de la década de los setenta de esa centuria.

– De la secularización, desacralización y privatización de la religión en los años sesenta del siglo pasado a su desecularización, resacralización y desprivatización hoy[3].

La secularización de las opciones morales individuales (que ya no se rigen por criterios reli-

---

[3] Ver S. Giner, *Carisma y razón. La estructura moral de la sociedad moderna*, Alianza, Madrid 2003; J. Casanova, *Religiones públicas en el mundo moderno*, PPC, Madrid 2000; M. Gauche, *La religión en la democracia. El camino del laicismo*, El Cobre, Barcelona 2003

giosos) coexiste con una sacralización o neoconfesionalización de las esferas públicas que se deja sentir de manera especial en las relaciones entre derecho y religión.

Causas del retorno de la religión

El retorno de las religiones reviste especial complejidad y no admite una explicación monocausal. En él han podido confluir varios factores. He aquí algunos:

– La aceleración ilimitada de los avances científicos en todos los campos, y muy especialmente en el de la biogenética, plantea dudas éticas. En esos casos se tiende a recurrir a la religión para encontrar criterios éticos que permitan discernir dichos avances. Hay, por ejemplo, una fuerte e intensa presencia confesional de carácter cristiana en el nacimiento, desarrollo y control de la bioética.

– Se aprecia una sensación de vacío ante la crisis de las ideologías y el fracaso, al menos parcial, de las grandes utopías forjadas por la modernidad.

– El paso tan rápido de sociedades monoculturales y monorreligiosas a sociedades cultural y religiosamente plurales genera inseguridad y plantea todo tipo de problemas.

– Los colectivos inmigrantes que se sienten discriminados y desprotegidos en sus derechos básicos tienden a apelar a la religión como instancia que ayuda a sobrellevar las frustraciones e incomprensiones provocadas por una acogida poco solidaria y a fortalecer las bases de cohesión social. Ambas funciones pueden jugar un papel importante en el proceso de reconstrucción de la identidad y de la integración[4].

---

[4] Ver AA. VV., "Emigrantes y refugiados: un desafío ético": *Concilium* 248 (agosto 1992); AA. VV., "Transgresión de fronteras: ¿surgimiento de nuevas identidades?": *Concilium* 280 (abril 1999); R. Aparicio, A. Tornos y J. Labrador, *Inmigrantes, integración, religiones*, Universidad Pontifi-

Todos estos fenómenos demuestran empíricamente que la modernización puede sufrir, y de hecho está sufriendo, regresiones y que, como condición necesaria para su sobrevivencia, es necesario incorporar a la teoría de la modernización y a su dimensión secularizadora elementos no previstos, como el de la posibilidad de fanatización de algunos sectores de la sociedad y la reconversión de algunas tendencias religiosas por el camino de "una relativa *resacralización del universo hipermoderno*"[5].

Jürgen Habermas cree, a su vez, que la comprensión de la tolerancia de las sociedades pluralistas implica dos exigencias: por parte de los creyentes, que en su relación con quienes tienen otro credo religioso y con las personas no creyentes tienen que hacerse a la evidencia de contar con la persistencia indefinida del disenso; por parte de los no creyentes, han de hacerse a la misma evidencia en la relación con las personas creyentes. A Habermas le parece que la neutralidad del poder del Estado en materia de cosmovisiones[6], que garantiza iguales libertades éticas para cada ciudadano y ciudadana, es incompatible con el intento de generalizar políticamente una visión secularizada del mundo. En su actuación como ciudadanos, las personas secularizadas no pueden negar en principio a las cosmovisiones religiosas un potencial de verdad, como tampoco discutir a sus conciudadanos creyentes el derecho a contribuir en las discusiones públicas con su lenguaje religioso.

Habermas defiende la persistencia de la religión: "Mientras el lenguaje religioso siga llevan-

---

cia de Comillas, Madrid 1999; J. Goytisolo y Sami Naïr, *El peaje de la vida*, Aguilar, Madrid 2000; AA. VV., "Los retos de las migraciones": *Iglesia Viva* 2005 (2001).

[5] C. Giner, o. c., p. 133.

[6] J. Habermas, *Pensamiento postmetafísico*, Taurus, Madrid 1990, pp. 62-63.

do consigo contenidos semánticos inspiradores, contenidos semánticos que resultan irrenunciables pero que se sustraen (¿por el momento?) a la capacidad de expresión del lenguaje filosófico y que aguardan aún a quedar traducidos al medio de la argumentación racional, la filosofía, incluso en la forma postmetafísica, no podrá ni sustituir ni eliminar a la religión" .

Lo que parece claro es que la categoría de secularización, con ser importante, no agota el análisis sociológico de los climas culturales de la modernidad y del fenómeno religioso, ni constituye su categoría hermenéutica explicativa única, sino que es necesario recurrir a otras categorías: retorno de la religión, desacralización, nuevos movimientos religiosos, diálogo interreligioso, fundamentalismos, interespiritualidad, etc.

El problema de la fundamentación de los derechos humanos en las religiones

La actitud que adoptan las religiones hacia los derechos humanos es hoy uno de los criterios de relevancia o irrelevancia social, de validación o invalidación ética, y de reconocimiento o rechazo a nivel cívico. Y ello a varios niveles: el de la fundamentación, el de su reconocimiento y defensa en la sociedad y el de su práctica en el interior de las religiones.

1. Fundamentación

Las religiones tienden a establecer diferencias entre los seres humanos en función de las creencias, diferencias que, a la postre, desembocan en desigualdad y generan procesos de discriminación y exclusión. Se distingue entre creyentes de la propia religión y creyentes de las otras religiones. Los primeros son considerados elegidos por Dios y gozan de todos los privilegios que la divi-

nidad tiene reservados a sus fieles tanto en esta vida como en la postrera. Los miembros de otras religiones son tenidos por inferiores y son objeto de castigos tanto en esta vida como en la futura. Y eso se intenta justificar en una revelación divina dirigida a un pueblo, a una comunidad, a un grupo humano. Al final, la fundamentación se basa en un acto arbitrario del Dios en quien se cree.

Las diferencias se tornan más acusadas todavía entre creyentes y no creyentes, llegándose a afirmar que éstos se encuentran en el error y no pueden ser sujetos de derechos, conforme a la lógica agustiniana: "el error no tiene derechos", que todavía recordara el papa Gregorio XV en la encíclica *Mirari Vos* (1832). Aquí, la arbitrariedad desemboca en exclusión.

Otra tendencia de las religiones es a establecer rígidas jerarquías en su seno entre las autoridades que representan a Dios y reciben de Él el poder, y los fieles creyentes, que deben acatar sumisamente y poner en práctica de manera escrupulosa las directrices emanadas de lo alto y transmitidas a través de los mediadores. Los primeros gozan de todos los derechos; para los segundos, todos son deberes. Y eso se considera de institución divina. Un buen ejemplo de esta tendencia se encuentra en la Iglesia católica, que funciona con una rígida diferencia entre jerarquía y pueblo cristiano, clérigos y laicos, Iglesia docente e Iglesia discente o, por decirlo con el símil tan repetido como poco afortunado en los documentos eclesiásticos, entre pastores y rebaño. Hasta el Concilio Vaticano II (1962-1965), los papas han definido a la Iglesia católica como *sociedad desigual*. La desigualdad no se consideraba una desviación a corregir, sino que pertenecía a la misma estructura eclesial; más aún, era voluntad de Dios que así fuera y se correspondía con el acto de institución de la Iglesia por parte de su fundador, Jesucristo.

Sirvan dos testimonios de dos autoridades cualificadas en el mundo eclesiástico. El primero corresponde a León XIII, papa de 1978 a 1903: "Es constante y manifiesto que hay en la Iglesia dos órdenes bien distintos por su naturaleza: los pastores y el rebaño, es decir, los jefes y el pueblo. El primer orden tiene por función enseñar, gobernar, dirigir a los hombres en la vida, imponer reglas; el otro tiene que estar sometido al primero, obedecer, ejecutar sus órdenes y honrarle"[7]. El segundo pertenece a su sucesor, Pío X, papa de 1903 a 1914, que refuerza la misma idea de León XIII: "Por el hecho de que la Iglesia es el Cuerpo Místico, resulta de ello que esta Iglesia es por su esencia una sociedad desigual, es decir, una sociedad que comprende dos categorías de personas: los pastores y el rebaño, los que ocupan un rango en los diferentes grados de la jerarquía, y la multitud de los fieles. Y esas categorías son tan distintas entre sí que sólo en el cuerpo pastoral residen el derecho y la autoridad necesarios para dirigir a todos los miembros hacia la finalidad de la sociedad. En cuanto a la multitud, no tiene otra obligación que la de dejarse conducir y, rebaño dócil, seguir a sus pastores"[8].

2. El derecho divino

El derecho divino se arroga una serie de características que lo diferencian del derecho humano y lo sitúan por encima de éste[9]. La primera es su *superioridad*, ya que ha sido revelado por Dios y sus fuentes preceden en jerarquía a las disposiciones establecidas por el ser humano. Se

---

[7] Léon XIII, *Lettre à Monseigneur Meignan, archevê de Tours* (17.12.1888).

[8] Pío X, *Vehementer Nos* (11.02.1906).

[9] Ver S. Ferrari, *El espíritu de los derechos religiosos. Judaísmo, cristianismo e islam*, Herder, Barcelona 2004, pp. 130ss.

cree que el derecho divino constituye la base y el límite del derecho humano; sus contenidos son desarrollados por el legislador o intérprete humano. La segunda es la *inmutabilidad* en razón de su origen divino, una inmutabilidad que no puede ser absoluta, ya que los regímenes divinos se sitúan en la historia y se adaptan a los cambios de la comunidad religiosa que ha de cumplirlos[10]. La tercera es la *plenitud*, ya que posee todos los elementos necesarios para la consecución de sus fines. Lo que compete a la autoridad humana no es otra cosa que explicitar lo contenido en el derecho divino y sacar a la luz sus riquezas. La cuarta es la *universalidad*, que inicialmente se corresponde con el alcance universal de la revelación divina, si bien en la práctica se limita a las personas de una determinada religión y en ese sentido es una universalidad potencial. Una quinta característica, en el caso del judaísmo, del cristianismo y del islam, es que se trata de un *derecho revelado*, ya que el ser humano llega a conocerlo no por sí mismo, sino por medio de una revelación. La iniciativa, por tanto, pertenece a Dios.

3. Objeciones a la teoría de los derechos humanos

Las religiones han planteado serias objeciones –algunas siguen planteándolas hoy– para asumir la teoría de los derechos humanos e incluso se oponen a ella frontalmente por considerar que su formulación y su fundamentación se mueven en el plano antropológico-jurídico y carecen de base trascendente. Es más, se resisten a ponerlas en práctica en la sociedad y se sienten más cómodas en contextos dictatoriales. Llegan

[10] Refiriéndose precisamente a la inmutabilidad divina, Pasquale Stanislao Manzini definía con humor, a finales del siglo XIX, los sistemas de derecho divino como aquéllos en los que "ya nadie puede hacer leyes, pues el legislador ha muerto".

incluso a negar valor a una ética que no tenga fundamentación trascendente. Es el caso de Muhammad Talbi, ex profesor de Historia Islámica en la Universidad de Túnez, quien critica la Declaración del II Parlamento de las Religiones del Mundo, celebrado en Chicago en 1993, porque, a su juicio, castiga a Dios al silencio y a ocultarlo vergonzosamente y se expresa en términos ateos".

Afirma Talbi:

> "Para mí, como musulmán, no es aceptable una ética que no incluya esa relación vertical, esta dimensión trascendente de mi ser humano. La (ética) que se ciñe a las reglas de buenos modales y de coexistencia pacífica y solidaria está bien. Pero no basta. Una ética a la que le falta la dimensión trascendente es chata, le falta tirón. *No tiene sentido, carece de resultados y fines.* No es más que una vida animal bien ordenada sobre la tierra. Pero el hombre es algo más. Y es misión de las religiones proféticas y monoteístas pregonarlo y ponerlo de manifiesto. A partir de ahí hay que estar dispuestos a tender las manos a todos"[11].

Las religiones suelen resistirse a practicar los derechos humanos en su seno alegando que ellas deben obedecer los preceptos emanados de sus respectivos textos sagrados, que expresan la voluntad de Dios, y no tienen por qué someterse a declaración humana alguna de derechos, por muy universal y consensuada que sea. Dicha actitud constituye una dificultad añadida para la globalización de los derechos humanos a las que de por sí ya se plantean en un mundo donde imperan el interés crematístico sobre el respeto a los derechos humanos, el mercado sobre la democracia y la economía sobre la política.

---

[11] M. Talbi, "Una carta de los deberes y tareas de todos los hombres", en H. Küng (ed.), *Reivindicación de una ética mundial*, Trotta, Madrid 2002, p. 199. La cursiva es mía.

En el plano doctrinal, el problema radica, a veces, en la no coincidencia entre la "voluntad de Dios" expresada en los textos sagrados y la legislación civil aprobada democráticamente por los representantes del pueblo, entre las leyes reveladas y el derecho positivo.

4. Conflicto en el plano institucional

En el plano institucional se producen permanentes conflictos entre el poder legislativo y las autoridades religiosas porque éstas tienen por inmodificables determinados principios morales que, a su juicio, pertenecen a la ley natural, de la que las jerarquías religiosas se consideran intérpretes legítimas y únicas. Es el caso, por ejemplo, de leyes sobre el divorcio, la interrupción voluntaria del embarazo, el matrimonio de homosexuales y la adopción, la investigación con células madre embrionarias, a las que suelen oponerse las jerarquías religiosas al tiempo que no reconocen legitimidad a los representantes del pueblo para legislar sobre esas materias. Últimamente hemos podido ver en España numerosos ejemplos al respecto en declaraciones contra el gobierno y los legisladores, a quienes se les ha acusado de laicismo agresivo, fundamentalismo laicista, golpe de Estado, política laicista y fobia religiosa del partido en el poder, suplantación cultural del humanismo cristiano por un humanismo cívico y materialista que oculta su totalitarismo de origen; calificación de los matrimonios homosexuales de virus y moneda falseada, y de la reforma de la Ley del Divorcio como reducción del matrimonio a un nivel inferior a un contrato de compraventa.

La mayor dificultad tiene lugar en la organización interna de las propias religiones, que no suele ser democrática y transgrede con frecuencia los derechos humanos en su seno alegando que su funcionamiento no es equiparable al de otras instituciones civiles.

Líderes religiosos en defensa de los derechos humanos

Pero ésta es sólo una cara de las religiones. Hay otra más positiva y favorable a los derechos humanos, que se traduce en la defensa de los derechos de los pobres y excluidos por mor de la globalización neoliberal y de cuantas personas y colectivos son marginados por razones de género, religión, etnia, raza y cultura. Cabe constatar a este respecto que no pocos de los líderes que trabajan en defensa de los derechos humanos y de la justicia social en el mundo pertenecen a distintas tradiciones religiosas y espirituales y, con frecuencia, basan su lucha en las creencias religiosas que profesan.

En el ámbito cristiano destacan personalidades como Martin Luther King, Desmond Tutu, monseñor Óscar A. Romero e Ignacio Ellacuría. El pastor bautista Martin Luther King (1929-1968) reconocía haber obtenido sus ideales de la formación cristiana recibida y de la técnica de la acción de Gandhi. A partir de esa doble inspiración asumió la resistencia no violenta contra la discriminación racial, presente en cada momento de la vida de las personas y de las comunidades negras, y la defensa sus derechos civiles. Lideró la marcha de 29 de agosto de 1963 a Washington, donde pronunció su emblemático discurso *Tengo un sueño*, en el que llamó a luchar por la justicia y por todos los derechos de los seres humanos y contra la pobreza en que vivían las personas negras, a pasar de las arenas movedizas de la injusticia racial a la roca de la fraternidad y hacer que la justicia sea una realidad para todos los hijos de Dios. "No habrá descanso ni tranquilidad –dijo- hasta que las personas negras no tengan garantizados sus derechos como ciudadanos y ciudadanas". Y ello a partir del principio de que todos los seres humanos han sido creados iguales. Un año después recibía el Premio Nobel de la Paz. En 1968 era asesinado.

Para Desmond Tutu, arzobispo anglicano de África del Sur, la base del igualitarismo de la Biblia radica en la idea de que todo pertenece a Dios y de que todos los seres humanos tienen igual dignidad a los ojos de Dios. A partir de ese principio protagonizó la lucha contra el *apartheid* y por la igualdad de derechos de blancos y negros en Sudáfrica.

Monseñor Romero, arzobispo de San Salvador (El Salvador) de 1977 a 1980, denunció los abusos del gobierno salvadoreño que legitimaba la violencia hasta convertirla en uno de los pilares del Estado y mantenía a las mayorías populares en una situación crónica de pobreza estructural. Condenó al Ejército y a los escuadrones de la muerte por la represión llevada a cabo contra los líderes políticos, religiosos y sindicales defensores de los derechos humanos. Abogaba por un cambio de estructuras que permitiera un mejor reparto de la riqueza e hizo constantes llamamientos a la reconciliación entre guerrilla y Ejército, una reconciliación que pasaba por el abandono de las armas y por la instauración de una sociedad más justa. "En nombre de Dios, pues, y en nombre de este sufrido pueblo cuyos lamentos suben hasta el cielo cada día más tumultuoso, les suplico, les ruego, les ordeno: ¡Cese la represión". Éste fue el dramático llamamiento hecho al Gobierno y al Ejército del El Salvador ante la masacre llevada a cabo contra el pueblo. Un día después, era asesinado por orden del mayor D'Abuisson mientras celebraba la misa[12].

Ignacio Ellacuría, teólogo, filósofo y rector de la Universidad Centroamericana (UCA) de San Salvador (El Salvador), fue uno de los principales teóricos de los derechos humanos de la teología de la liberación y uno de sus más com-

---

[12] Ver M. Maier, *Óscar Romero. Mística y lucha por la justicia*, Herder, Barcelona 2005.

prometidos defensores en ese pequeño país centroamericano. Abogó por la negociación entre el FLNM y el Gobierno para detener la guerra y establecer una sociedad basada en la justicia. Murió mártir por causa de la justicia que brota de la fe. Ellacuría parte de los fundamentos biológicos de los derechos humanos. Ello le lleva a dar prioridad a los derechos humanos que tienen que ver con la supervivencia, que son los más amenazados: la vida, la salud, la vivienda, el trabajo, la educación, la alimentación. Sólo desde esa perspectiva son universalizables. Los derechos humanos son algo debido a toda persona y vienen exigidos por la unidad real de lo humano. Su disfrute o carencia condicionan sobremanera el desarrollo de cada persona. Ahora bien, la universalización de los mismos exige contextualizarla en tres niveles complementarios: desde dónde, para quién y para qué. Y la respuesta no puede ser más diáfana: desde las mayorías populares y al servicio de su liberación integral.

La reflexión de Ellacuría sobre los derechos humanos se guía por el método de la *historización de los conceptos*, que constituye una crítica radical al uso ideologizado (en el sentido de falseador y encubridor de la realidad) y ahistórico que la filosofía hace con frecuencia de los conceptos. En su aplicación a los derechos humanos, se convierte en criterio de verificación y realización práctica de los mismos dentro de los procesos históricos, y en base para la defensa de la libertad *desde la liberación y no desde la liberalización* (no desde el neoliberalismo hoy imperante). La historización de los derechos humanos implica ocuparse de los derechos de los pobres, que constituyen las tres cuartas partes de la población mundial; es a ellos a quienes les es negado su ejercicio.

En el islam, son numerosos los movimientos y los líderes religiosos comprometidos en la defensa de los derechos humanos desde el interior mismo de la fe musulmana. Durante la presiden-

cia de la República Islámica de Irán, Mohammad Jatamí (1997-2005), hijo de un religioso chiíta, perteneciente a la dinastía del Profeta, representante del sector moderado y reformista del islam, se mostró favorable a la democracia, así como a la teoría y a la práctica de los derechos humanos. Éstos, afirmaba en 2002, son uno de los mayores logros del mundo actual. "La democracia no tiene significado sin los derechos humanos y sin reconocer que el hombre tiene derecho a dirigir su destino. Creo que existen unos principios y normas que son aceptables en todas partes. Nosotros tenemos que considerar los derechos humanos como algo beneficioso"[13]. Un criterio importante a la hora de medir el grado de cumplimiento de los derechos humanos es, a su juicio, el respeto a los valores religiosos y culturales. Él personalmente, como presidente de Irán, tuvo que vencer numerosas resistencias dentro de su país por parte de los clérigos que impedían las reformas y las tímidas aperturas en materia religiosa, y veía cómo dichos clérigos prohibían listas enteras de candidatos por tener un perfil liberal.

En la defensa de los derechos humanos, especialmente de las mujeres, destacan la científica social marroquí Fátima Mernissi y la jueza iraní Shirim Ebadí. La primera ha publicado numerosas obras e investigaciones sobre las causas de la misoginia en el islam actual remontándose a los dichos misóginos "atribuidos" al Profeta. En 2003 compartió con Susan Sontag el Premio Príncipe de Asturias de las Letras. Shirim Ebadí viene trabajando en Irán por la defensa de los derechos humanos, especialmente de los niños y niñas, y por la liberación de las mujeres, desde el interior del islam, ya que considera

[13] Tomo estas declaraciones de una entrevista hecha por la periodista Ángeles Espinosa y publicada en el diario *El País* el 31 de octubre de 2002.

ambas tareas compatibles con la fe musulmana que profesa. Recibió el Premio Nobel de la Paz en 2003.

Son muchos los líderes musulmanes y los movimientos islámicos que han luchado y luchan, desde la propia fe en Allah y bajo la guía del Profeta, en contra del colonialismo, a favor de la independencia y en defensa de los derechos humanos. Entre ellos cabe destacar al iraní Alí Shariati (1933-1977), que luchó contra el sha de Persia y murió en circunstancias extrañas en Londres. Es considerado un mártir del SAVAK, policía secreta del sha. Comprometido en los movimientos a favor de los derechos humanos y en el trabajo por la armonía entre las religiones está también el intelectual musulmán de la India Asghar Ali Engineer.

Dentro de la tradición hindú brilla con luz propia y expansiva Gandhi (1969-1948), que defendió los derechos humanos a través de la resistencia cívica y de la no violencia activa en el deber y en la fe en Dios. "La verdadera fuente de los derechos es el deber. Si todos cumplimos con nuestros deberes, no habrá que buscar los derechos muy lejos. Si no cumplimos con nuestros deberes, pero exigimos nuestros derechos, éstos se nos escaparán como una quimera. Cuanto más los persigamos, tanto más lejos volarán"[14]. La obediencia a la ley divina exige resistir a las leyes injustas. Someterse a esas leyes sería un pecado, como lo es la violación de las leyes divinas. La defensa de los derechos humanos es, para él, inseparable de la de los derechos de la naturaleza y de los animales. Fue asesinado el 30 de enero de 1948 en Delhi cuando se dirigía a la oración de la tarde.

---

[14] Ver M. Gandhi, *"La Verdad es Dios. Escritos desde mi experiencia de Dios*, introducción y edición de John Dear, Sal Terrae, Santander 2005, p. 210; íd., *Mi vida es mi mensaje. Escritos sobre Dios, la verdad y la no violencia*, introducción y edición de J. Dear, Sal Terrae, Santander 2003.

Comprometido en la lucha contra la exclusión social, la marginación religiosa y la discriminación política de los *dalit* (intocables) estuvo el doctor *dalit* birmano R. Amdedkar (1859-1951), que terminó convirtiéndose al budismo, y con él muchos *dalit*, porque era la religión contraria al sistema de castas.

El judaísmo cuenta con luchadores por los derechos humanos en la sociedad y por la reforma interna de la propia religión. Son muchas las judías que lideran la lucha por la emancipación de la mujer en el movimiento feminista, unas veces movidas por su religiosa y otras desde planteamientos laicos.

En el budismo hay movimientos y corrientes que reformulan sus principios éticos en el horizonte de los derechos humanos, siguiendo la tradición de Buda, que defendió la igualdad de todos los seres humanos y se opuso a la estructuración de la sociedad en castas. Un ejemplo luminoso de dicha reformulación y de la nueva práctica budista es el poeta y monje vietnamita Thich Nhat Hanh, exiliado en Francia y fundador de la Orden de la Interidentidad, que aborda los problemas de la justicia social y de la paz, sensibiliza a sus seguidores en la conciencia de la fraternidad y reinterpreta los principales preceptos budistas a la luz de la nueva realidad mundial[15]. El Dalai Lama constituye uno de los referentes mundiales más luminosos en el trabajo por la paz y en la defensa de los derechos humanos, a partir de una doble revolución: ética y espiritual, que compagine armónicamente la compasión para con el otro y la transformación interior[16].

A continuación, voy a analizar las dificultades de las religiones en su actitud en torno a los

---

[15] Ver *Buda viviente, Cristo viviente*, Kairós, Barcelona [2]2002.

[16] Ver Dalai Lama, *El arte de vivir el nuevo milenio*, Grijalbo, Barcelona 2000.

derechos humanos, así como las aportaciones que pueden hacer en el plano teórico y en el práctico[17]. En el breve espacio de que dispongo, no puedo estudiar todas y cada una de las religiones, ni siquiera las más relevantes. Me centraré en las tres religiones monoteístas: cristianismo, judaísmo e islam[18].

Judaísmo

Dos son los pilares en los que se sustentan los derechos humanos en el judaísmo: el *monoteísmo* y la idea del ser humano como *imagen de Dios*[19].

Monoteísmo. Todos los derechos derivan del "derecho de Dios" sobre todas las cosas, también sobre los seres humanos: Dios como creador del cielo y de la tierra, como dueño absoluto y como rey.

Ahora bien, el monoteísmo judío es *ético* y tiene su momento culminante en los profetas de Israel (Max Weber), quienes no defienden los derechos de Dios en contra de los del ser humano, ni se limitan a hacer declaraciones formales en favor de la dignidad del ser humano. Para ellos, la práctica de la religión lleva derechamente al respeto y a la práctica de los derechos sociales y económicos, con un contenido real material: garantizar las condiciones materiales de vida, asegurar las necesidades básicas: dar de comer a los hambrientos, de beber a los sedientos, vestir al desnu-

---

[17] "La libertad religiosa": *Concilium* (septiembre-octubre 18); "Ética de las grandes religiones y derechos humanos": *Concilium* 228 (marzo 1990).

[18] Para un estudio detallado de los derechos humanos en el hinduismo y el budismo, ver J. J. Tamayo, *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*, Trotta, Madrid 2004.

[19] Ver H. Küng, *El judaísmo. Pasado, presente y futuro*, Trotta, Madrid 1993; D. Cohn-Sherbok, *Judaísmo*, Akal, Madrid 2001; E. B. Borowitz, "La Torá escrita y oral y los derechos humanos. Fundamentos y fallos": *Concilium* 228 (marzo 1990).

do, liberar de las cadenas a los presos. El conocimiento de Dios implica hacer la justicia, practicar el derecho, hacer el bien y evitar el mal.

De la idea central del monoteísmo se deriva que el ser humano es *imagen de Dios*. Todos los seres humanos poseen una dignidad inalienable, inviolable, por haber sido creados a imagen y semejanza de Dios como varón y mujer (Gn 1,26-27) y, en consecuencia, porque Dios los ha aceptado como participantes activos en la obra divina. Esto implica una gran responsabilidad para el ser humano a dos niveles: para el ejercicio de su libertad y para responder a Dios. "Nadie puede quitar nunca a un ser humano el valor elemental que Dios ha otorgado a cada individuo y que Dios nunca le retira"[20]. El ser humano nunca pierde su dignidad definitivamente, aunque peque y sea castigado.

Varios son los problemas que plantea la fundamentación trascendente o divina de la dignidad del ser humano. El primero, que lo absoluto e incondicionado se atribuye a la divinidad y que la dignidad del ser humano se supedita al poder divino. En consecuencia, el ser humano está a merced de Dios: la fuente de legitimación de los derechos humanos se encuentra fuera del ser humano. El segundo, que los intérpretes de la revelación se consideran los verdaderos conocedores de la voluntad de Dios, los únicos portavoces autorizados, e imponen su interpretación como la única válida, desembocando en absolutismo y fanatismo. La defensa beligerante de los derechos de Dios desemboca con frecuencia en negación de los derechos del ser humano, como ha puesto de manifiesto la crítica moderna de la religión, desde Feuerbach a nuestros días[21].

---

[20] E. B. Borowitz, a. c., p. 197.

[21] Ver L. Feuerbach, *La esencia del cristianismo*, Trotta, Madrid 1995.

Lo que se dice del judaísmo puede decirse de todas las religiones reveladas: apoyan el valor universal de todos los seres humanos en una base particularista, en una revelación local. Por ejemplo, el judaísmo reconoce pleno valor humano a los gentiles por la alianza que Dios establece con Noé, pero para ello tienen que aceptar como válida la religión judía. La revelación es la base de la verdad, de la dignidad humana, que debe ser acatada por todos. Estamos ante un caso paradigmático de etnocentrismo.

El judaísmo ultraortodoxo ante los derechos humanos

En el judaísmo hay dos conceptos que dificultan hoy de manera especial la secularización y la práctica misma de los derechos humanos en Israel, sobre todo entre los grupos ultraortodoxos y el sionismo religioso: elección o "pueblo elegido" y "tierra prometida".

Pueblo elegido. Dios ha elegido al pueblo judío para que cumpla los mandamientos divinos contenidos en la Torá y así se convierta en signo para todas las naciones de la tierra. En consecuencia, sólo posee plena legitimidad un Estado que se rige por la Torá. Conforme a este principio, los grupos antes referidos creen necesario desecularizar las instituciones políticas y judiciales e introducir elementos teocráticos en el ordenamiento estatal. Se concede especial relevancia a temas como la observancia del sábado, la disciplina religiosa del matrimonio, el servicio militar para estudiantes de escuelas talmúdicas, etc. La mayor dificultad radica en la elaboración de una Constitución, ya que se considera que la única Constitución es la Torá, que ha de convertirse en fuente primaria de las leyes del Estado.

Tierra Prometida. En el planteamiento religioso de los sionistas religiosos, el retorno de los judíos a Israel forma parte del plan de redención

del pueblo judío, y a través de él de toda la humanidad, por parte de Dios. Y esto sólo es posible con la ocupación de los territorios cuyos límites fijó Dios desde el principio. La posesión de toda la Tierra de Israel supone un avance imparable en el proceso mesiánico. Cualquier concesión en este avance supone un retroceso en la obra de la redención del mundo, del que Dios haría responsable a Israel.

En sectores minoritarios ultraortodoxos existe todavía una hostilidad radical hacia el Estado de Israel, que se ha ido suavizando gradualmente hasta integrarse en él. Ahora bien, la integración en el sistema político de Israel tiene como objetivo subordinar el Estado a la autoridad religiosa. Los sionistas religiosos defienden la reunificación del pueblo de Israel con la Tierra de Israel como exigencia irrenunciable para que puedan observarse los mandamientos divinos en su totalidad.

Para ultraortodoxos y sionistas religiosos, Estado y derecho tienen una finalidad religiosa, no política. El cumplimiento del descanso del sábado, por ejemplo, no responde a una exigencia social y laboral, sino al mandato divino de no trabajar el sábado. Desde la década de los setenta del siglo pasado, estas tendencias van ganando influencia en la sociedad y en la vida política.

El propio sistema electoral otorga a los ortodoxos estrictos una influencia política considerable en los distintos ámbitos políticos, sociales, jurídicos, culturales y religiosos. Por ejemplo, control sobre los tribunales rabínicos; evitar que se introduzcan el matrimonio civil y el divorcio; el apoyo económico del Estado para sus propios colegios, en los que los planes de estudio giran en torno a materias religiosas; la fundación de numerosas sinagogas y tribunales religiosos por parte del gobierno a través del ministerio de Asuntos Religiosos, controlado por los ortodoxos;

los dos grandes rabinos son funcionarios del Estado de Israel, uno, en representación de los sefardíes (judíos de Oriente) y otro de los asquenazíes (de los países del Este europeo).

En el judaísmo ortodoxo estricto se opera con una concepción de la religión claramente patriarcal, que limita sobremanera los derechos de las mujeres, hasta su anulación en algunas ocasiones. Las mujeres empiezan a sufrir la discriminación desde que nacen: mientras que el nacimiento de un varón es celebrado con toda solemnidad, el de una niña tiene lugar a través de una breve bendición en la sinagoga. Siguen siendo discriminadas en la infancia: mientras que la familia no escatima esfuerzos para la educación de los varones, las niñas apenas cuentan con alicientes para su desarrollo intelectual. La discriminación se produce igualmente en la vida religiosa: las mujeres no pueden acceder al rabinato ni tienen una participación activa en la liturgia sinagogal; en algunas comunidades judías, la presencia de la mujer en la sinagoga ni siquiera es tenida en cuenta para conseguir el quórum que permita comenzar el culto. En algunas sinagogas los varones siguen dando gracias a Yahvé por no haberlos hecho mujeres y éstas dan gracias por haberlas hecho según la voluntad de Yahvé. El destino de las mujeres judías ortodoxas es el matrimonio y la maternidad[22].

Aportaciones de la religión bíblica y del judaísmo reformista a los derechos humanos

Creo, con todo, que tanto la tradición liberadora y profética como el judaísmo reformista actual pueden hacer, y de hecho hacen, aportaciones relevantes a los derechos humanos por vía de la defensa de los derechos de los excluidos. La

---

[22] Ver D. Cohn-Sherbok, *Judaísmo*, Akal, Madrid 2001.

tradición del Éxodo sitúa la liberación de los oprimidos en el centro de la fe, y la liberación de la esclavitud de Egipto constituye el primer artículo de la fe yahvista.

La legislación hebrea tiene un claro carácter humanista y un profundo sentido utópico, como se pone de manifiesto en los diferentes cuerpos legislativos del Pentateuco redactados en distintas épocas de la historia de Israel. A partir de una escrupulosa afirmación y de un explícito reconocimiento de la dignidad humana las leyes defienden los derechos de los colectivos más débiles y desprotegidos de la sociedad: inmigrantes, pobres, huérfanos, viudas, esclavos, trabajadores y la tierra. Los inmigrantes vivían en una situación de pobreza e inferioridad en comparación con los nativos y corrían el peligro de no ser reconocidos en su dignidad. La ley protege sus derechos sin límite alguno.

Los profetas de Israel critican la religión centrada en el culto, en el sacrificio, denuncian el incumplimiento de la legislación utópica anterior y defienden los derechos religiosos, jurídicos, sociales y económicos frente a la venalidad de los tribunales en la administración de la justicia, frente a la acumulación de riquezas en manos de unos pocos, frente a la tendencia a legitimar la práctica de la injusticia desde la misma estructura interna de la religión y frente a un poder político que oprime al pueblo.

También el *judaísmo reformista* contribuye al reconocimiento y a la puesta en práctica de los derechos humanos sin discriminaciones por razones religiosas, al defender la laicidad del Estado y de sus instituciones, la igualdad de hombres y mujeres tanto en el plano religioso como en el cívico y político, el acceso de las mujeres al rabinato, la emancipación de la mujer, los matrimonios mixtos y la coeducación.

Cristianismo

Dos son las teorías en torno a la influencia del cristianismo en la afirmación de los derechos humanos y en su ulterior formulación jurídica[23]. La primera considera que la religión cristiana está en el origen intelectual de los derechos humanos en Occidente, donde los conceptos de libertad, igualdad y tolerancia han sido posibles gracias a los principios proclamados por la religión de Jesús de Nazaret y de Pablo de Tarso. "El gran cambio que supone reconocer a todo hombre como persona –escribe N. Bobbio– trae su causa en la concepción cristiana de la vida, según la cual todos los hombres son hermanos en cuanto hijos de Dios"[24]. Según G. Jellinek, en la génesis de la teoría ética, política y jurídica de los derechos humanos se encuentra la Reforma. De esta idea participa en cierta medida Max Weber. Es la idea que subyace a la demanda de importantes sectores católicos de que en el texto de la Constitución europea se hiciera referencia a las "raíces cristianas de Europa", pero con una intencionalidad claramente confesional, muy alejada de los autores que acabo de citar.

La segunda teoría afirma que el origen de las libertades se encuentra en la filosofía racionalista del siglo XVIII (E. Boutmy) y que, en su origen intelectual, los derechos fundamentales llevan la impronta del iusnaturalismo racionalista. ¿Y el caso de Roger Williams, defensor, en la teoría y en la práctica, de los derechos humanos, de la libertad de conciencia, de la libertad religiosa y de la separación entre Iglesia y Estado en el siglo

---

[23] Ver D. Blázquez, "Sobre el origen de la doctrina de los derechos: otra visión de los problemas de la universalidad": *Laicidad y libertades. Estudios jurídicos* 4 (diciembre 2004), pp. 37ss.

[24] N. Bobbio, "El tiempo de los derechos", en *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid 1991, p. 106.

XVII en las plantaciones de Rodhe Island y Providence? E. Boutmy no deja de reconocer la importancia de su actividad política y jurídica, pero cree que se trata de una excepción.

Hay filósofos del derecho que reconocen la relevancia del fenómeno religioso en la formulación filosófica y política de los derechos humanos, pero no como única causa, ni siquiera como la más importante, sino como coadyuvante. El elemento determinante del surgimiento de los derechos humanos en general y de la libertad religiosa en particular hay que buscarlo en el proceso de racionalización y de racionalidad que impulsa la construcción de la sociedad moderna.

Durante el proceso de construcción de la modernidad pueden distinguirse en el cristianismo dos tendencias bien definidas y en claro conflicto: la que condena los derechos humanos y las libertades desde el propio mensaje cristiano, y la que busca compaginar derechos humanos y cristianismo e incluso fundamentar éstos en el cristianismo.

La primera está representada por la doctrina oficial de los papas y por los sectores tradicionalistas[25]. Pío VI, papa de 1775 a 1799, condena la Declaración de los Derechos del Hombre de la Asamblea nacional francesa, así como la "constitución civil del clero", califica las formulaciones de los derechos humanos relativos a la libertad religiosa y de prensa como contrarias a los principios y afirma que los principios de libertad e igualdad conducen a la barbarie y son utilizados por la Revolución francesa para destruir a la Iglesia católica. Gregorio XVI condena todas las

---

[25] Ver G. Martina, *Historia de la Iglesia. Época del liberalismo*, Cristiandad, Madrid 1974; AA. VV., "1789: La Revolución francesa y la Iglesia": *Concilium* 221 (enero 1989); J. J. Tamayo, *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*, o. c., pp. 217-223.

libertades modernas con tonos más gruesos todavía. Se comprueba en el siguiente texto de la *Mirari vos*, de 1832: La libertad de conciencia es el "principio falso y absurdo, o más bien disparatado (delirio), de que hemos de asegurar y garantizar a todo el mundo la libertad de conciencia; éste es uno de los errores más contagiosos", al que hay que añadir "la libertad de prensa, la libertad más peligrosa, una libertad execrable, que nunca podrá inspirarnos un horror suficiente". En similares términos se expresan los documentos del Magisterio eclesiástico hasta casi mediados del siglo XX.

La segunda tendencia está representada por teólogos y juristas cristianos liberales abiertos a los nuevos signos de los tiempos, como Roger Williams[26], el abate Grégoire[27], F. Lammenais[28], Lord Acton[29], etc. El abate Henri-Baptist Grégoire trabaja desde muy pronto por la libertad de los judíos, la emancipación de los negros y la defensa de los pobres y humillados. Desmiente a Pío VI, que había denunciado la "libertad desenfrenada" contenida en la "detestable filosofía de los derechos del hombre". Y apoya la constitución civil del

---

[26] Ver R. Williams, *El sangriento dogma de la persecución por causa de conciencia*, estudio preliminar de Eusebio Fernández García, introducción y traducción de Diego Blázquez Martín, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2004.

[27] Ver *Oevres de l' abbé Grégoire*, 14 vols., EDHIS, París 1977; ver B. Plongeron, "Nacimiento de una cristiandad republicana (1789-1801: El abate Grégoire": *Concilium* 221 (enero 1989), pp. 39-53.

[28] Ver F. Lamennais, *Palabras de un creyente*, Madrid 1960.

[29] Ver Lord Acton, *Ensayos sobre la libertad, el poder y la religión*, estudio preliminar, edición y notas de M. Álvarez Tardío, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1999. Con motivo del centenario de su muerte, Mª. J. Villaverde ofreció una excelente síntesis de su pensamiento político en "Lord Acton": *El País*, 19 de junio de 2002, p. 14.

clero, que reflejaba el ideal del cristiano-ciudadano. Elegido obispo de la Iglesia constitucional, declara en su catedral de Blois: "El que no ama a la República es un mal ciudadano y, consecuentemente, un mal cristiano".

Roger Williams lleva a cabo una de los primeras aportaciones teóricas en la fundamentación de la libertad de conciencia, la neutralidad del Estado y los derechos de participación política, así como de la positivación de dichos derechos, contra quienes justificaban la persecución religiosa. Refuta con argumentos tomados de la Biblia, de los padres de la Iglesia y de los teólogos, las tesis de quienes justificaban la persecución religiosa por motivos de conciencia, la imposición de una uniformidad de la religión y la superioridad del poder religioso sobre el civil.

F. Lammenais defiende la unión entre Dios y la libertad, separados por la alianza entre catolicismo y despotismo; libertad que incluye las libertades públicas: de conciencia, de imprenta, de asociación, etc., cuya reivindicación es inseparable de la herencia revolucionaria. Justifica la tesis moderna de las libertades cívicas y políticas en una filosofía cristiana de la libertad de la persona. En el prospecto del lanzamiento del periódico *L' Avenir*, que funda junto con Lacordaire y Montalembert, apela a la "necesidad de indestructible libertad que es propia de las naciones cristianas".

Lord Acton (1834-1902) fue un intelectual a contracorriente de su tiempo: era católico en la Gran Bretaña de mayoría anglicana y liberal en la Iglesia de Pío IX, que consideró anatema la reconciliación de la Iglesia con el progreso y criticó las libertades políticas y civiles. Papel fundamental juega en su pensamiento político y jurídico la moral entendida como sistema universal de valores, una moral guiada por una orientación religiosa, pero como "resultado de la conciencia per-

sonal", no en dependencia de la rígida doctrina católica[30].

La teoría de los derechos humanos fue asumida por la Iglesia católica oficialmente en la encíclica de Juan XXIII *Pacem in terris*, de 1963, y en la *Declaración de libertad religiosa*, del Concilio Vaticano II, de 1965. La primera defiende el "derecho natural" del ser humano a la libertad de palabra y publicación, a la libertad religiosa y de conciencia. La segunda es todavía más explícita en relación con la libertad de conciencia y con la libertad religiosa, al afirmar que el ser humano "está obligado a seguir su conciencia fielmente y no debe ser forzado a actuar en contra de ella" y que "la libertad religiosa en la sociedad está en perfecta armonía con el acto de fe cristiana".

Dios, fundamento de los derechos humanos

Hoy, sin embargo, se ha vuelto a posiciones que sólo reconocen una fundamentación divina y trascendente de los derechos humanos y tienden a negar validez a la fundamentación antropológica e inmanente. Un ejemplo es la encíclica *Veritatis splendor*, que intenta responder al rechazo global y sistemático del patrimonio moral y de la doctrina tradicional sobre la ley natural y su universalidad. La encíclica cuestiona el carácter racional de las normas morales, la autonomía de la razón en el ámbito de dichas normas, la consideración de la libertad como fuente de los valores, y de la conciencia individual como instancia suprema del juicio moral.

Hay una tendencia en las religiones monoteístas a considerar que Dios es el fundamento de los derechos humanos, que la sociedad que olvi-

---

[30] Ver el extenso y riguroso estudio preliminar de M. Álvarez Tardío que precede a la obra ya citada de Lord Acton, *Ensayos sobre la libertad, el poder y la religión*.

da el origen divino de la persona está enferma y que, si se pierde a Dios, los derechos fundamentales de la persona están en peligro; más aún, se degrada y se pierde el ser humano, a quien se le convierte en mero instrumento del poder hombre. A partir de aquí se tiende a negar legitimidad a los representantes de la voluntad popular en el Parlamento para legislar sobre determinados asuntos que se consideran de ley natural.

Problemas que plantea

Aunque tardíamente, la Iglesia católica ha asumido la cultura de los derechos humanos en su integridad. La doctrina social de la Iglesia de Juan XXIII, Pablo VI y Juan Pablo II se ha caracterizado por la defensa de las libertades y de los derechos individuales y sociales, y por la denuncia sistemática de su transgresión en los distintos campos: personal, político, económico y social. Cabe indicar, con todo, lo que el dominico francés Bernard Quelquejue, profesor en el Instituto Católico de París, llama la *incoherencia romana*[31], que consiste en el reconocimiento de los derechos humanos en la sociedad y en el desconocimiento de los derechos humanos en el interior de la Iglesia católica, cuya estructura es jerárquica-patriarcal. Hay una unidad de poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, y una concentración de los mismos en una sola persona, el papa, según se recoge en el artículo primero de la Ley Fundamental. La Iglesia posee una organización estamental, no democrática. Está estructurada en torno a los binomios o, mejor, oposiciones clérigos-laicos, Iglesia docente-Iglesia discente y jerarquía-pueblo. Al no existir una declaración de derechos de los cristia-

[31] Ver B. Quelquejeu, "Adhesión a los derechos el hombre, desconocimiento de los 'derechos e los cristianos': la incoherencia vaticana": *Concilium* 221 (enero 1989), pp. 145-159.

nos, no hay conciencia de su transgresión. La estructura autoritaria de la Iglesia católica hace imposible asumir en su seno la teoría de los derechos humanos. José Laguna llega a hablar de "imposibilidad formal de los derechos humanos en la Iglesia católica".

En contra de la práctica de los primeros siglos del cristianismo, que se regía por el principio de que "quien debe presidir a todos debe ser elegido por todos", hoy los creyentes católicos son excluidos de participar en la elección de los responsables de la comunidad cristiana, en la toma de decisiones sobre asuntos que afectan a todos, en la elaboración de las leyes y en las cuestiones morales. La situación se agrava en el caso de las mujeres, a quienes no se les reconoce como sujetos eclesiales, morales y teológicos. Por ello, son excluidas del ministerio sacerdotal y de los puestos directivos. Hay situaciones en las que se exige a determinados cristianos la renuncia al ejercicio de los derechos humanos: a los religiosos y las religiosas, por el voto de obediencia, y a los teólogos y las teólogas, a quienes se les obliga a acatar el Magisterio eclesiástico, que tiene la última palabra, en cuestiones doctrinales y morales, y se les limitan las libertades de expresión, de cátedra y de imprenta (al tener que someter sus libros a la censura previa) e incluso de asociación y de reunión.

Tampoco reconoce la Iglesia católica los derechos sexuales, reproductivos y sociales de la mujer. En las conferencias internacionales (por ejemplo, Viena, Pekín, El Cairo, Bali, Johannesburgo), suele establecer alianzas con las delegaciones de los países musulmanes para oponerse a dichos derechos, que incluyen los relacionados con la maternidad, la concepción, la contracepción, la planificación familiar, el ejercicio de la sexualidad, etc.[32] Los derechos reproductivos son un concepto

[32] Ver el excelente número de la revista *Concilium* 298 (noviembre 2002).

reciente y nacen a partir de la reflexión de las propias mujeres. El primero de esos derechos consiste en poder controlar el propio cuerpo, la propia sexualidad, de forma libre y responsable y su capacidad reproductora.

Los derechos humanos siguen teniendo hoy un sesgo masculino. Fenómenos como la violación, la violencia doméstica, la libertad sexual u otros, como la situación de desigualdad de oportunidades de las mujeres en materias de salud, empleo, educación, seguridad social, etc., nunca se ubicaron dentro de los derechos humanos, sino que se consideraron fenómenos de la vida privada, de la familia, de la cultura, de la religión, de la tradición. Fue a partir de las conferencias de Viena (1993), Beijin (1995), Johannesburgo y otras, y por iniciativa de los movimientos feministas, que fueron incluidos entre los derechos humanos.

Aportaciones del cristianismo

Hay que reconocer, con todo, las importantes aportaciones del cristianismo a los derechos humanos, sobre todo en el terreno de la dignidad, la igualdad y la libertad. El cristianismo nace como una religión que defiende la dignidad de todos los seres humanos y especialmente de las personas y grupos discriminados por razones religiosas, sociales, culturales o políticas, como los enfermos, los "pecadores", los pobres, las mujeres, etc. La opción por los pobres es la opción fundamental de Jesús de Nazaret. La liberación de los oprimidos constituye el centro de su mensaje y el horizonte de su praxis. En la predicación y la práctica de Jesús, la conciencia se torna juez de los actos humanos y luz que ilumina la acción. La vía de acceso a la conciencia es la libertad. Conciencia y libertad son inseparables: "Si quieres…" (Mt 19,42-45). La rehabilitación de las víctimas es su prioridad, hasta el punto de convertirse él mismo en víctima. El movimiento que

pone en marcha es una comunidad de hombres y de mujeres iguales, donde éstas recuperan la dignidad que algunos sectores del judaísmo y del Imperio les negaban.

Pablo de Tarso, apóstol de los gentiles, interpreta el mensaje de Jesús de Nazaret en clave de libertad y de liberación. A partir del principio "para ser libres nos ha liberado Cristo", pide a los cristianos que no se dejen oprimir de nuevo bajo el yugo de la esclavitud (Gál 5,1). Inseparable de la libertad es la igualdad, que también proclama en la misma carta a los cristianos y las cristianas de Galacia, considerada la primera internacional de la igualdad: "Ya no hay judío ni griego; ni esclavo ni libre; ni hombre ni mujer" (Gál 3,26-28). Se superan así las discriminaciones por razones de género, etnia, cultura y religión. Sin embargo, hay textos paulinos que, en la práctica, marginan a las mujeres, al negarles la palabra en las asambleas cristianas y obligarles a llevar velo.

La libertad religiosa, entendida como libertad de creer o de no creer, con ausencia de toda coacción, opera como principio básico del cristianismo primitivo. La coherencia con las propias convicciones constituye la guía de comportamiento. Así lo formula Tertuliano: "Es un derecho fundamental, un privilegio de la naturaleza, que todos los seres humanos procedan de acuerdo con sus propias convicciones. La religión de una persona ni perturba ni ayuda a otra. No está en la naturaleza de la religión que se imponga por la fuerza".

Hoy cabe destacar la importante aportación del cristianismo liberador, que, sin descuidar la defensa de los derechos individuales, pone el acento en los derechos sociales y económicos, los más amenazados en el Tercer Mundo. Las nuevas corrientes teológicas prestan especial atención a la teoría y a la práctica de los derechos humanos. Una de ellas es la teología de la liberación, que sintoniza con la filosofía moral y política de

Bartolomé de las Casas, con su defensa de los derechos de los indígenas y con la denuncia de sus constantes violaciones. Las tendencias actuales de la teología de la liberación están comprometidas en la reformulación de la teoría de los derechos humanos en el nuevo escenario mundial y animan la lucha pacífica por los derechos culturales, económicos y sociales de las comunidades autóctonas, de las colectividades negras, de los campesinos sin tierra, de las mujeres y de la tierra y de los excluidos por mor de la globalización neoliberal, que son mayoría en América Latina, continente estructuralmente injusto y desigual.

A ello hay que sumar una nueva corriente teológica, la teología de las religiones, que, a partir del actual pluralismo religioso y cultural, está poniendo las bases para el diálogo entre culturas y religiones como alternativa al principio excluyente de la cristiandad de que "fuera de la Iglesia no hay salvación", vigente todavía hoy en algunos sectores católicos, y al choque de civilizaciones propuesto por Samuel Huntington.

Islam

Fundamentación divina de los derechos humanos en el islam

Para el islam, el espíritu universalista de la humanidad tiene su base y raíz en la unidad divina: Dios, autor de la humanidad, es uno; en consecuencia, también la humanidad es –o mejor, debe ser– una. La comunidad creada por Muhammad en Medina (*Umma*) no se basa en la sangre, la raza, la lengua, la historia o la cultura, sino en la fe. Los derechos humanos se derivan de la ley divina. El *derecho económico* tiene su fundamento en el principio "sólo Dios posee"; el ser humano, representante, "califa" de Dios en la tierra, administra la propiedad de Dios. Nada que

ver con el derecho romano de propiedad, definido como "derecho de usar y de abusar". La propiedad no es un derecho absoluto. Son numerosas las prescripciones del Corán contrarias a la acumulación de riquezas. El dinero nunca puede ser la base de la jerarquía política. El *derecho al conocimiento* se funda en el principio "sólo Dios sabe": así se excluye la pretensión por parte del ser humano de un saber definitivo, absoluto. Roger Garaudy recuerda esta frase de Barth: "Todo lo que digo de Dios, es un hombre quien lo dice". Es la mejor protección contra el dogmatismo, tendencia frecuente en las religiones. El *derecho político* se basa en el principio "sólo Dios manda", de donde se deriva no una teocracia al modo occidental medieval, con la dominación por parte de la Iglesia, sino la ausencia de mediación entre Dios y el creyente: no se reconoce monarquía o clerecía de derecho divino. El reinado de Dios, por ende, no tiene lugar a través del clero o de monarcas absolutos autoconsiderados hijos de Dios. Un dato importante a tener en cuenta es que los tres principios descritos relativizan todo poder, todo tener y todo saber, impidiendo que se conviertan en absolutos.

El Corán y la shari'a

En el Corán, hay textos que defienden la igualdad de hombres y mujeres; Roger Garaudy habla de "unidad ontológica" de hombres y de mujeres. Dios ha creado a la humanidad de un solo ser (6,1) y no tiene acepción de personas en función del género. Véase, si no, este emblemático texto: "Dios ha preparado perdón y magnífica recompensa para los musulmanes y las musulmanas, los creyentes y las creyentes, los devotos y las devotas, los sinceros y las sinceras, los pacientes y las pacientes, los humildes y las humildes, los que y las que dan limosna, los que y las que ayudan, los castos y las castas, los que y las que recuerdan mucho a Dios" (33,35). Dios sólo distingue entre

quienes obran el bien y quienes obran el mal. La única superioridad que reconoce el texto coránico es la de la piedad y de la obediencia a Dios. Importante fue el papel de las mujeres en el comienzo del islam: Jadicha, esposa del Profeta, la primera que acoge la revelación del Profeta; Aixa, a quien, según la Sunna, los musulmanes le deben la mitad de sus enseñanzas.

También hay textos que hablan de la preeminencia del varón y de la autoridad de los maridos sobre las mujeres y que ordenan a aquéllos pegar a éstas en caso de que se rebelen (4,34)[33]. En los juicios no se admite el testimonio de una sola mujer; hay que llamar a dos. El Corán es discriminatorio con respecto a la mujer en materia de herencia (4,11; 4,176). Admite la poligamia, como la reconocía la sociedad hebrea y como se aceptaba en la Arabia preislámica, pero con una diferencia importante: la Biblia hebrea habla del harén de David y de las 700 esposas y más de 300 concubinas de Salomón (1 Re 11,1-3). En la Arabia anterior al islam, la poligamia era ilimitada. Por tanto, no es el Corán quien la crea; lo que hace es limitarla –sólo se pueden tener cuatro mujeres– y poner condiciones, siendo la principal la obligación de tratar a todas de manera equitativa (4,3; 4,129).

Donde se plantean las problemas mayores y más graves en relación con los derechos humanos es en la *shari'a*, legislación islámica elaborada entre los siglos VII y IX, todavía vigente hoy en no pocos países musulmanes en un contexto bien distinto de aquel en el que fue formulada y con una problemática muy diferente a la que dio lugar a su elaboración. De entrada, la *shari'a* no

---

[33] Hay un amplio debate entre los arabistas sobre el significado del verbo *dáraba*, palabra polisémica que admite muchas traducciones: amonestar, pegar e incluso "hacer el amor". También hay diferencias importantes entre las escuelas jurídicas en torno a lo que hay que entender por rebelión.

establece separación entre comunidad religiosa y comunidad política, religión y derecho, ética cívica y ética religiosa. Legitima las más flagrantes violaciones de los derechos de las mujeres, a quienes impone castigos severísimos. Uno de los más crueles es el de la lapidación por adulterio, que sigue aplicándose hoy en algunos países del mundo musulmán.

La *shari'a* niega el derecho a la libertad religiosa, hasta el punto de castigar la apostasía de cualquier musulmán con la pena de muerte. Esta práctica está en clara contradicción con lo que establece el Corán: "No cabe coacción en religión", considerado un principio de libertad religiosa. Uno de los casos más llamativos al respecto fue la orden dictada por el *ayatolah* iraní Jomeini de matar al escritor británico de origen indo-musulmán Salman Rusdhie por la publicación de su libro *Versículos satánicos*, acusado de blasfemo por difamar gravemente al Profeta, a sus esposas y a otras relevantes personalidades de los orígenes del islam.

La actitud de Jomeini fue muy criticada tanto fuera como dentro del mundo islámico. El intelectual musulmán Roger Garaudy cree que es una práctica contraria al Corán e incluso a la *shari'a*, que prohíbe condenar a una persona sin juicio previo. El jurista musulmán Abdullah Ahmed An-Na'im va más allá y piensa que "decretar la muerte de un autor, incluso a continuación de un juicio justo, constituye una grave violación de los derechos humanos no sólo del autor en cuestión, sino de otras muchas personas. "*La existencia misma del crimen de apostasía bajo la shari'a* es *una constante violación de la libertad religiosa que poseen por igual los musulmanes y los no musulmanes*"[34].

---

[34] A. A. An-Na'im, "Corán, *shari'a* y derechos humanos. Fundamentos, fallos y perspectivas": *Concilium* 228 (marzo 1990), p. 246.

En relación con la *shari'a,* el mismo autor cree que los primeros musulmanes ejercieron su derecho y su responsabilidad al interpretar las fuentes divinas del islam en su propio contexto histórico y dar cuerpo a un sistema jurídico coherente y viable, que logró un avance significativo en el terreno de los derechos humanos en comparación con sus antecesores y sus contemporáneos. Afirma, a su vez, que los musulmanes contemporáneos tienen el deber de llevar a cabo esa misma labor hermenéutica hoy y de crear una moderna legislación islámica adecuada al contexto moderno, radicalmente distinto. Si, a su juicio, no fueran capaces de hacerlo, estarían cometiendo una traición a su fe. Cree también que la formulación histórica de la *shari'a* resulta incapaz de apoyar y desarrollar hoy los más fundamentales derechos humanos. Esta opinión es compartida por los sectores reformistas y feministas dentro del islam.

Me parece muy pertinente este planteamiento en un momento en el que estamos asistiendo a un proceso de resacralización y reislamización del derecho, también de los derechos humanos, en el mundo musulmán, donde se produce una preocupante subordinación –incluso una creciente sustitución– del derecho por la religión, como demuestran las constituciones de los países musulmanes, donde el teocentrismo lo invade todo, como observa lúcidamente Silvio Ferrari en su brillante investigación sobre los derechos religiosos en el judaísmo, el cristianismo y el islam[35].

Declaraciones islámicas de derechos humanos

Durante las últimas décadas se han prodigado las declaraciones islámicas de derechos hu-

---

[35] Ver S. Ferrari, *El espíritu de los derechos humanos. Judaísmo, cristianismo e islam*, Herder, Barcelona 2004.

manos con el objetivo de mostrar la plena compatibilidad entre el islam y la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU. Un ejemplo significativo es la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos, elaborada por eruditos y juristas musulmanes y por representantes de diversos movimientos y corrientes de pensamiento islámico, y proclamada el 19 de septiembre de 1981 en la sede de la Unesco por el secretario general del Consejo islámico para Europa.

La Declaración comienza con una confesión de fe "en Dios Clemente y Misericordioso, Creador, Protector, Soberano, único Guía de la humanidad y Fuente de toda fe... en el vicariato del ser humano, creado para cumplir la voluntad de Dios en la tierra", y "en la sabiduría de los preceptos divinos, transmitidos por los profetas, cuya misión alcanza su apogeo en el Mensaje divino que fue entregado por el profeta Muhammad a toda la humanidad". Declara que "la racionalidad en sí misma sin la luz de la revelación de Dios no puede ni constituir una guía infalible en los asuntos de la humanidad ni ofrecer un alimento espiritual al alma humana, y que, sabiendo que las enseñanzas del islam representan la quintaesencia del mandamiento divino en su forma definitiva y perfecta, pensamos que es nuestra obligación recordar al hombre la elevada condición y la dignidad que Dios le ha conferido". Cree que todo musulmán tiene el deber sagrado de difundir las enseñanzas del islam de palabra, con hechos y medios pacíficos, y que debe invitar a compartir el Mensaje del islam a toda la humanidad. Reconoce, a su vez, la obligación de establecer un orden islámico.

A continuación viene la explicitación de los derechos y las libertades inviolables e inalienables de la persona, que la Declaración considera prescritos por el islam: derecho a la vida, a la educación, a crear una familia, al alimento, a la

vivienda, a la enseñanza, a los cuidados médicos, al asilo, a la protección de la propiedad, a un proceso judicial equitativo; libertad de creencia, de pensamiento, de expresión, de asociación, de conciencia y de culto, de desplazamiento y de residencia; asimismo, defiende la justicia y la igualdad. Hay un reconocimiento expreso de la libertad religiosa: "a) El principio coránico 'no hay coacción en la religión' *debe regir los derechos religiosos de las minorías no musulmanas*; b) En un país musulmán, *las minorías religiosas deben optar, para la dirección de sus asuntos cívicos y personales, entre la ley islámica y sus propias leyes"* (artículo X).

A las mujeres casadas se les reconocen los siguientes derechos: vivir en la misma casa que el marido, contar con los medios necesarios para disfrutar de un nivel de vida no inferior al esposo, pedir y conseguir la disolución del matrimonio "según las disposiciones de la ley", solicitar el divorcio ante los tribunales y, en caso de divorcio, "recibir, durante el tiempo de espera legal, los medios de subsistencia compatibles con los recursos del marido, para ella misma y para los hijos que críe o de los que tenga la custodia".

Derechos de la mujer: hacia una hermenéutica feminista en el islam

El islam es, quizás, la religión monoteísta más cuestionada, por su carácter patriarcal y androcéntrico en su organización, en sus textos sagrados y en su legislación, así como en los distintos niveles en que se mueve: religiosos, culturales y políticos. Sin embargo, la perspectiva de género está empezando a utilizarse en el estudio de sus textos fundantes, el Corán, los *hadith* y la *shari'a*. La hermenéutica feminista musulmana considera el Corán como instrumento para la liberación de la mujer. En una sociedad como la

preislámica, en la que los padres se avergonzaban cuando les nacía una niña, el texto sagrado del islam defiende la vida de las niñas. En el Corán no existe un relato de la creación en el que se diga que la mujer es creada de una costilla de Adán, como tampoco hay un relato que responsabilice a la mujer de un supuesto pecado original.

Como ponen de manifiesto no pocos textos del Corán, a los hombres y a las mujeres se les reconocen los mismos derechos tanto en esta vida como después de la muerte en lo referente a los premios y los castigos. La recompensa en el más allá no está en función de ser hombre o mujer, sino que depende de las obras realizadas, que son el criterio por el que Dios se rige. Los creyentes y las creyentes tienen garantizado el perdón de Dios por igual si han sido devotos, humildes, castos y siempre que hayan ayudado a los demás. En cuanto a los castigos, tampoco interviene la desigualdad de género: los hombres extraviados y las mujeres extraviadas recibirán el mismo castigo. Sólo se establece diferencia en los premios y los castigos después de la muerte con las mujeres del Profeta, que, en el caso de que sean deshonestas, recibirán un castigo doble y, en el caso de que obedezcan a Dios y obren bien, recibirán doble remuneración y generoso castigo.

En el Corán hay con todo, como en las demás religiones, textos de claro carácter patriarcal, que lógicamente acusan la influencia del contexto cultural y social en el que fueron escritos y que deben interpretarse desde la perspectiva de los derechos humanos y de la emancipación de la mujer.

También los *hadith* (dichos y hechos del Profeta) están siendo interpretados desde la perspectiva de género. Uno de los análisis más rigurosos al respecto es el de Fátima Mernissi, profesora de Sociología en el Instituto Universitario Cien-

tífico de la Universidad Muhammad V de Rabat, quien en su obra *El harén político. El Profeta y las mujeres* estudia los más controvertidos y polémicos *hadith* misóginos, que tienen que ver con el velo, la esclavitud o la violencia contra las mujeres, ubicándolos en su contexto político, social y cultural y poniéndolos en relación con algunos acontecimientos de la vida de Muhammad y de la situación que se vivía en La Meca y en Medina[36].

No resulta fácil entender que los *hadith* misóginos sean dichos auténticos del Profeta, cuando él había afirmado que la persona a quien más amaba en el mundo era una mujer, Aixa. Por eso Mernissi hace una investigación detallada y rigurosa sobre ellos, llegando hasta el fondo. Uno de los *hadith* misóginos analizados es el que Abu Bakr, padre de Aixa, una de las esposas de Muhammad, dijo haber oído al Profeta al enterarse de que los persas habían elegido a una mujer para que los gobernara: "¡No conocerá nunca la prosperidad el pueblo que confíe sus asuntos a una mujer!" (*lam yaflah qawmun wallaw amrahum imra'a*). Aparece en uno de los volúmenes del prestigioso compendio de Bujari, *Sahih* (el "Auténtico"). En este *hadith* se pretende fundamentar la exclusión de las mujeres de la actividad política. Muhammad Arafa, autor de *Los derechos de la mujer en el islam* (1980), afirma que la mujer no ejerció ningún papel en los asuntos de Estado en los comienzos del islam, ni en lo referente a las cuestiones políticas ni en su planificación estratégica.

---

[36] Ver F. Mernissi, *El harén político. El Profeta y las mujeres*, Ediciones del Oriente y del Mediterráneo, Madrid 2002. Otros libros suyos de hermenéutica feminista son: *Sexo, ideología e islam*; *Sueños en el umbral. Memorias de una niña del harén*; *Sultanas olvidadas*; *Marruecos a través de sus mujeres* y la versión de un cuento popular marroquí: *Aixa y el hijo del rey o ¿quién puede más: el hombre o la mujer?*

Mernissi contraargumenta con lucidez. "¿Qué hace el autor con Aixa, la mujer del Profeta, que dirigió la oposición armada contra el califa reinante entonces? No puede dejarla de lado sin perder su credibilidad, dado que se refiere a las primeras décadas del islam. El Profeta murió en Medina un lunes, el 8 de junio del año 632. Su mujer Aixa, que entonces sólo tenía 18 años, se dirigió al campo de batalla a los 42, al frente de un ejército que no aceptaba la legitimidad del cuarto califa ortodoxo, Alí. Esto sucedía en Basora el 4 de diciembre del año 656 (Yamada II del año 36). ¿Oponerse al califa e inducir a la población a la sedición y a la guerra civil no es participar en la vida política?"[37].

Otro de los dichos del Profeta que más llama la atención a Fátima Mernissi y que marcó su infancia es el siguiente: "El Profeta dijo que el perro, el burro y la mujer interrumpen la oración si pasan por delante del creyente interponiéndose entre éste y la *alquibba*". Según este *hadith*, la mujer era un elemento perturbador que rompía la relación con Dios. De ahí que fuera excluida de la esfera de lo sagrado.

Los estudios feministas actuales están demostrando el papel relevante que jugaron las mujeres junto con el Profeta Muhammad en los momentos fundacionales del islam y en su primer desarrollo. Las investigaciones se centran en algunas de las más relevantes. Jadicha bint Yuwaylid (m. 619), viuda con muchas propiedades, dedicada al comercio y primera esposa de Muhammad, fue la primera persona que se adhirió al islam. Prestó un importante apoyo en el aspecto económico, el emocional y el religioso al Profeta, quien pudo dedicarse en exclusiva a la predicación y a la difusión de la nueva religión. Aixa (614-678), hija de

---

[37] F. Mernissi, *El harén político. El Profeta y las mujeres*, o. c., 15.

Abu Bakr, sucesor de Muhammad, y tercera esposa de éste –con la que se casó cuando era casi una niña–, fue una mujer inteligente, culta y con una gran visión política. Tuvo un importante protagonismo en la vida de dos califas: en la desestabilización del tercero, Suman, y en la caída del cuarto, Alí. Entre los suníes fue considerada "la madre de los creyentes".

Otra mujer importante en los orígenes del islam es Umm Salma, perteneciente a la aristocracia Coraix y una de las esposas del Profeta, a la que el autor de *al-Isaba* describe como "una mujer de belleza fuera de lo normal (*yamal baarî*), poseedora de un penetrante juicio, un razonamiento rápido y una extraordinaria capacidad para formular opiniones justas"[38]. Poseía una gran sensibilidad política y enseguida tomó conciencia de la exclusión de la que eran objeto las mujeres en el texto sagrado del islam. En una ocasión osó preguntar al Profeta: "¿Por qué se cita a los hombres en el Corán y a las mujeres no?". Y un día, cuando estaba desenredándose el cabello, pudo escuchar la respuesta en la asura ya citada 33, aleya 35.

Conclusión

No existen religiones universales, como tampoco dioses universales. Sólo se convierten en tales cuando renuncian a sus pretensiones de absoluto y defienden la universalidad de la verdad, y ello a través del diálogo, el respeto a la libertad de creencias y de no creencias y la renuncia a la violencia para imponer sus ideas; cuando se integran en las condiciones de vida de este mundo; cuando asumen las causas universales de la humanidad y de la tierra: justicia, paz, solidaridad, igualdad, protección del medio

[38] Tomo la cita de F. Mernissi, o. c., 135-136.

ambiente, derechos humanos y derechos de la naturaleza. Y aun en ese caso, lo son de manera relativa, porque su horizonte es el de la propia religión.

Las religiones deben subordinar sus textos legales (Vedas, Cuatro Nobles Verdades, Tao, Torá, Talmud, sermón de la montaña, leyes eclesiásticas, Corán, *shari'a*, etc.) a las exigencias mínimas de los seres humanos y de la naturaleza. De lo contrario, y por mor de la preservación de la pureza de su lenguaje, de su doctrina, de sus cultos y de su moral particular, se convertirían en enemigas de la humanidad y de la naturaleza[39]. Una lectura fundamentalista de los textos "sagrados" de las religiones constituye la más crasa negación del mensaje que quieren transmitir. El literalismo textual desemboca derechamente en falseamiento de sus enseñanzas para hoy. Me parece importante aplicar el *principio de reciprocidad*, compartido por las grandes tradiciones religiosas: trata a los demás como te gustaría que te trataran a ti. Los derechos humanos, la diversidad cultural, la defensa de la naturaleza, la justicia y la solidaridad: he aquí el horizonte en el que deben interpretarse los textos religiosos. Sin olvidar la libertad, pues, como dice *El Quijote* –y conviene recordarlo en el cuarto centenario de su publicación–, "no hay en la tierra contento que se iguale a alcanzar la libertad".

A su vez, la teoría y la práctica de los derechos humanos deben estar abiertas a las aportaciones creativas de las religiones a partir de sus mejores tradiciones humanitarias y ecológicas. No se olvide que las actuales declaraciones de los derechos humanos surgen en el horizonte de una tradición religiosa, la judeo-cristiana, tienen sus

---

[39] Ver J. Moltmann, *Dios en la creación. Doctrina ecológica de la creación*, Sígueme, Salamanca 1987; íd., "Derechos del hombre, derechos de la humanidad y derechos de la naturaleza": *Concilium* 228, pp. 311-329.

raíces en las filosofías griega y romana y están formuladas conforme a una tradición cultural, la occidental-humanista. Tradiciones todas ellas que tienden a subrayar con mayor intensidad la dimensión personal e individual que la social y comunitaria, y suelen descuidar la dimensión ecológica. Por eso me parece necesario incorporar los valores de las demás tradiciones religiosas: islam, taoísmo, confucionismo, hinduismo, budismo, religiones indígenas, etc.

Bibliografía

AA. VV., "1789: La Revolución francesa y la Iglesia": *Concilium* 221 (enero 1989).

AA. VV., "Ética de las grandes religiones y derechos humanos": *Concilium* 228 (marzo 1990).

AA. VV., "El fundamentalismo en las grandes religiones": *Concilium* 241 (junio 1992).

AA. VV., "El islam, un desafío para el cristianismo": *Concilium* 253 (junio 1994).

A. Casanova, *Religiones públicas en el mundo moderno,* PPC, Madrid 2000.

S. Ferrari, *El espíritu de los derechos religiosos. Judaísmo, cristianismo e islam*, Herder, Barcelona 2004.

M. Gauchet, *La religión en la democracia. El camino del laicismo*, El Cobre, Barcelona 2003.

F. Mernissi, *El miedo a la modernidad. Islam y democracia*, Ediciones del Oriente y del Mediterráneo, Madrid 1992.

——, *El harén político. El Profeta y las mujeres*, Ediciones del Oriente y del Mediterráneo, Madrid 2002.

J. J. Tamayo (dir.), *Aportación de las religiones a una ética universal*, Dikynson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2003.

—, *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*, Trotta, Madrid 2004, especialmente el capítulo 9, pp. 205-274.