

**REY MARTÍNEZ, Fernando, *La dignidad humana en serio.*
Desafíos actuales de los derechos fundamentales,
Porrúa, México, 2013, 622 pp.**

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: derechos fundamentales, dignidad humana, igualdad y no discriminación
Keywords: fundamental rights, human dignity, equality and non discrimination

Las disciplinas académicas tienen uno o varios faros que orientan, fomentan y alientan las investigaciones y vocaciones sobre los diversos ámbitos. El Profesor Rey Martínez es un faro del Derecho antidiscriminatorio en España. Sus trabajos de investigación y diversas actividades (asesoramiento a instituciones y ONG's, participación en diversos Consejos sobre igualdad y no discriminación, etc.) muestran una tenaz preocupación por la situación de los más débiles y su efectiva traslación a las coordenadas del pensamiento jurídico.

En el prólogo de este libro, titulado *La dignidad humana en serio*, Rey Martínez se autodefine como un constitucionalista que se arriesga al poner en la agenda académica a las minorías sociales más en desventaja, como las mujeres, los gitanos y otras minoría étnicas, los homosexuales, las personas que ejercen la prostitución... Lo que el autor pretende es construir los fragmentos de un Derecho constitucional de la Dignidad. En esta obra no se abordan sistemáticamente todas las manifestaciones de la cuestión, sino más bien se adentra en algunas temáticas específicas.

De esta forma, este libro se divide en tres grandes partes. La primera, se dedica a los fundamentos históricos del constitucionalismo. La segunda parte examina algunos aspectos de la parte general o dogmática de los derechos fundamentales (creación judicial de los derechos, falacias sobre los

derechos sociales). La tercera parte analiza algunos derechos fundamentales en particular (igualdad y no discriminación, derecho de propiedad, protección jurídica de la vida, laicidad). El conjunto final agrupa 18 ensayos, donde algunos habían sido publicados previamente, que tienen el hilo común de la dignidad humana, los derechos fundamentales y una determinada actitud ante el Derecho y las normas, que caracterizan el quehacer de Rey Martínez.

En este sentido, en el citado prólogo, el autor realiza una original declaración de principios, cuando afirma “toda actividad investigadora en Derecho debe aspirar, en mi opinión, al rigor formal, a la aportación personal (la novedad), a la claridad y elegancia, a la honestidad intelectual y al compromiso.” Es una interesante reflexión sobre la metodología que debería reunir una investigación académica que al final –reconoce– tenga como objetivo plantear más preguntas que respuestas.

En el primer capítulo, titulado “Ética protestante y el espíritu del constitucionalismo”, se analizan las raíces intelectuales del constitucionalismo norteamericano, con especial relevancia para la tradición puritana, además de las sólidas conexiones con la Ilustración, la escocesa en particular, y con la tradición británica del *Common Law*. Después de un prolijo análisis sobre diversas instituciones jurídicas norteamericanas y sus orígenes, la conclusión es que el constitucionalismo norteamericano cuenta con la religión entre sus ingredientes principales. De hecho, las comunidades calvinistas que allí se encontraban desarrollaron una visión de “pueblo elegido” en el “nuevo Israel”. La analogía con el precedente análisis de Max Weber y su obra la *Ética protestante y el espíritu del capitalismo* es explícita en el texto.

El segundo capítulo se titula “Una relectura del *Dr. Bonham’ Case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación del *judicial review*”. Se aborda una tesis alternativa a la sostenida por Eduardo García de Enterría, sobre la obra judicial de Sir Edward Coke en su decisión conocida como *Dr. Bonham’ case*, que, según el criterio tradicional, se convierte en un antecedente del *judicial review* por los tribunales norteamericanos. Se analizan las tesis opuestas de Plucknett y Thorne sobre el particular y su posterior debate doctrinal. La conclusión para Rey Martínez es que “la lectura ‘revolucionaria’ en suelo norteamericano de *Dr. Bonham’ case* no coincide con su interpretación cabal. Estaríamos en presencia del típico caso de utilización ideológica *ex post facto* de los hechos históricos.” (p. 74)

La segunda parte del libro se ocupa del aspecto dogmática de los derechos fundamentales. En concreto, el tercer capítulo de la obra se titula

“¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos.” Es interesante porque Rey Martínez para explicar cómo nacen los derechos continua utilizando metáforas relacionadas con la maternidad. De esta forma, afirma que “los derechos nacen de dos maneras. En primer lugar, por *parto natural*, esto es, nacen con la Constitución y también puede decirse que acaban dentro de sus cuatro esquinas” (p. 81). Y continua afirmando: “en segundo lugar, los derechos fundamentales pueden nacer también mediante *cesárea* practicada por vía de interpretación “jurídica” del poder judicial y/o de la jurisdicción constitucional, según los casos” (p.82)

Sobre creación judicial de derechos, afirma el autor, existen escasos trabajos a nivel español. Existe un trabajo del Profesor Revenga, que hace referencia a la labor de las jurisdicciones constitucionales, en la interpretación evolutiva a partir de derechos expresamente mencionados. En Italia la cuestión sí ha sido estudiada profusamente, porque como dice el autor “donde la cuestión de los nuevos derechos sí importa” (p. 95).

Sobre esta materia, el Profesor Rey Martínez afirma que “las constituciones son seres vivos” (p. 97) y “los tribunales no crean derechos, ni son fuente primaria de Derecho. Pero lo cierto es que los hechos desmienten una y otras vez este postulado, que es más mitológico que real” (p. 98). En un esfuerzo de claridad conceptual, aporta las categorías doctrinales de derechos implícitos, derechos transformados y derechos conexos¹. En ocasiones, concluye Rey Martínez, este activismo judicial ha sido extraordinariamente beneficioso para romper una lectura conservadora o formal del catálogo de derecho

En el cuarto capítulo, titulado “Crítica de algunas falacias sobre los derechos sociales” se ofrecen una serie de argumentos contra la falsa contraposición entre derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales, por otro lado. Se considera la cuestión capital de la interpretación de los derechos sociales, el “pecado original” o “defecto de nacimiento” de tales derechos, es decir, su exigibilidad jurídica. La cantidad de textos que se han ocupado de este asunto es tal que ya tiene “dimensión de delito ecológico” por la cantidad de papel empleado (p 115). Se ofrecen 6 tópicos falsos o inexactos que vienen a

¹ Derechos implícitos significan la aplicación a nuevos supuestos de hecho. Derechos transformados suponen cambiar de modo radical la interpretación del convenio que hasta el momento venía manteniendo. El cambio de interpretación se verifica en atención a una nueva lectura de la realidad social. En los derechos conexos, el tribunal aprecia la existencia de derechos cuya aplicación se revela puntualmente necesaria para dispensar la máxima efectividad a derechos reconocidos de modo expreso previamente.

incidir en tratar de eliminar diferencias entre derechos civiles y derechos sociales. Para Rey Martínez, las diferencias se han de establecer no entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, sino entre reglas y principios.

La tercera –y más extensa– parte del libro trata sobre algunos derechos fundamentales en particular. En concreto, el siguiente capítulo titulado “Igualdad y prohibición de la discriminación” es la médula espinal de la obra, especialmente conociendo la trayectoria e intereses del autor.

De esta forma, se ofrece una adecuada panorámica sobre el Derecho antidiscriminatorio, que aborda cuestiones generales y más específicas. En primer lugar, se analizan las diversas directivas europeas sobre igualdad y no discriminación. Es particularmente interesante el estudio sobre cómo han recogido los diversos Estados las 6 características “indiscutibles” a nivel europeo contra la discriminación (origen racial o étnico, religión o creencia, discapacidad, orientación sexual, edad, género) y si tienen alguna otra características o una clausula abierta. A continuación se hace un recorrido por diferentes nociones, que forman el andamiaje conceptual del Derecho antidiscriminatorio, que van desde la igualdad de trato, discriminación directa, discriminación indirecta, acomodo razonable hasta las acciones positivas y discriminaciones positivas, que incluyen las cuotas y reglas de preferencia.

Se realiza un análisis de los organismos de igualdad en diversos países, previstos en el art. 13 de la Directiva europea sobre igualdad racial. Este parte esta escrita antes de que se creara el Consejo español para la Promoción de la Igualdad de Trato y no discriminación de la personas por origen racial o étnico, cuyo Presidente en la actualidad es precisamente el Profesor Rey Martínez. Es especialmente interesante como se aborda la cuestión de la discriminación múltiple y las referencias a la historia de la utilización del término. Mientras en Norteamérica es más frecuente hablar de interseccionalidad, en el contexto europeo se ha consolidado el uso del término discriminación múltiple. En el análisis del autor esta noción es un concepto emergente, sencillo de intuir, pero de contornos imprecisos. Para clarificar la cuestión, se propone diferenciar entre la discriminación múltiple, discriminación compuesta y la discriminación interseccional. Un ejemplo de no utilización de la discriminación múltiple es la Sentencia 69/2007 de 16 de abril sobre pensión de viudedad a mujer casada conforme a la costumbre gitana. El Profesor Rey Martínez aboga por una interpretación no tan formalista como la que realizó el Tribunal para denegar la pensión en este caso, basándose en la noción de discriminación múltiple (etnia, género).

En el siguiente apartado se analizan los hitos jurisprudenciales más relevantes sobre igualdad y no discriminación por motivos de género a nivel del Tribunal Constitucional español, especialmente sobre condiciones de trabajo, permisos parentales, acoso sexual, discriminaciones directas, discriminaciones indirectas y acciones positivas. El autor muestra la disconformidad con la STC 126/1997 de 3 de julio que niega que haya discriminación directa por preferencia de varón sobre la mujer en orden regular de las transmisiones hereditarias de los títulos nobiliarios.

En el epígrafe “Diferente sanción penal de conductas semejantes e igualdad constitucional”, Rey Martínez analiza la polémica de la Ley de Violencia de Género que prevé diferente sanción penal según si la acción la ha cometido un hombre o una mujer. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la STC 59/2008 sobre la mencionada ley. El autor considera que, en el contexto de una Ley de Violencia de Género, el Tribunal Constitucional sostiene que el sexo no constituye un factor determinante. Desde esta perspectiva, afirma que “al obrar así, la coherencia de la argumentación de la Sentencia se fractura inevitablemente porque una parte central de la misma se dirige, en dirección contraria, a convencer de la razonabilidad de que el legislador se enfrente a esta forma específica de violencia hacia las mujeres fundada en convicciones machistas, y, por tanto, a intentar encontrar cierto espacio al Derecho Penal de género” (p. 275). Así, la Sentencia ofrecería una argumentación sin coherencia interna.

En el apartado “La prostitución ante el Derecho: problemas y perspectivas”, Rey Martínez aborda esta compleja cuestión empezando con las normativas en diversas ciudades en España, el Derecho Internacional y de la Unión europea y el Derecho Penal español. También analiza el valor de la dignidad humana y sus implicaciones para este fenómeno. Se adentra en la perspectiva de la *prostitución como trabajo*, detallando una serie de argumentos a favor y también en la visión de la *prostitución como explotación*. De esta forma, Rey Martínez sostiene que “hasta el momento, el derecho de la prostitución se ha construido en nuestro país de modo incoherente (ahí están, por ejemplo, las divergentes líneas de la política estatal, que endurece las condiciones de ejercicio en locales públicos y de alguna política regional, que claramente las fomenta), fragmentario (por superposición de regulaciones más que por un planteamiento racional, global y previsor del fenómeno) y, desde luego, al margen de las personas que ejercen la prostitución. El camino para su empoderamiento real no pasa tanto, seguramente, por cubrir su déficit

de derechos laborales, como propugna el modelo de normalización, cuanto, entendemos, por corregir su déficit de ciudadanía” (p. 329).

En el epígrafe “Escenarios de conflicto de la discriminación racial examinados en la jurisprudencia”, se ofrece una completa panorámica de la jurisprudencia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad y no discriminación por motivos de origen racial o étnico. Desde esta perspectiva, se analizan las siguientes situaciones: a) *Agresiones racistas por agentes de la autoridad* (Leading-case: Nachova y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005); b) *Agresiones racistas vecinales y deficiente tutela judicial posterior* (Moldovan y otros contra Rumanía, de 12 de julio de 2005 y Koky y otros contra Eslovaquia, de 12 de junio de 2012); c) *Expulsión de caravanas* (Sentencias Beard, Coster, Chapman, Jane Smith y Lee contra el Reino Unido, todas ellas de 18 de enero de 2001); d) *Segregación escolar* (Sentencia D.H. y otros contra Chequia, de 13 de noviembre de 2007); f) *Discriminación en frontera* (Timishev contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005); g) *Discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados*. (Sander contra Reino Unido, de 9 de mayo de 2000); h) *Discurso racista y libertad de información* (Jersild contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994); i) *Matrimonio gitano y derecho a la pensión de viudedad* (Muñoz Díaz contra España, de 9 de diciembre de 2009); j) *Origen étnico como causa de inelegibilidad electoral* (Sejdic y Finci contra Bosnia y Herzegovina, de 22 de diciembre de 2009); k) *Esterilización sin consentimiento informado* (V.C. contra Eslovaquia, de 8 de noviembre de 2011).

El siguiente apartado se titula “Igualdad y orientación sexual” donde se realiza, inicialmente, una contextualización histórica del tema, un análisis del texto constitucional y la normativa internacional, con especial relevancia al la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También se construye una reflexión acerca del caso de la Corte Suprema norteamericana *Lawrence v. Texas* contra las leyes anti sodomía, que revocaba el polémico precedente prohibicionista en el caso *Bowers v. Hardwick*. Respecto de la cuestión de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, se aportan una serie de argumentos y referencias internacionales, pero no están actualizados por ser anteriores a la la STC 198/2012 que parece culminar el debate en España.

El siguiente capítulo aborda la cuestión de la propiedad privada. En este contexto, se presenta una tesis que compatibiliza el uso de la propiedad privada con la función social de la misma. De esta forma, Rey Martínez afirma que “sin propiedad privada no hay democracia. Sin una propiedad, por su-

puesto, comprendida desde la cláusula de la función social, pero no hasta el límite de desnaturalizar la utilidad o el interés estrictamente privado. El Estado democrático contemporáneo tiene en su mano, en cuanto garante de la igualdad social, un importante instrumental de medidas dirigidas a evitar que la propiedad de un país esté repartida en pocas manos” (p. 434). Desde esta perspectiva, se define una tensa, pero necesaria, relación entre propiedad privada, libertad, igualdad y democracia donde se debe lograr un “equilibrio razonable” en el que la utilidad privada, aunque reducida, atemperada o moderada, deba prevalecer. Rey Martínez sostiene que “en un Estado social y democrático de Derecho, la propiedad privada no debe verse con sospecha, sino como el fundamento constitucional último de todos los derechos patrimoniales y sociales de todas las personas. El “terrible derecho” debe verse, con naturalidad, como un derecho fundamental más, tan relevante, tan limitable y tan garantizable como cualquier otro” (p. 435).

El siguiente capítulo se titula “La protección jurídica de la vida”. En primer lugar se analizan una serie de casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la aplicación del art. 2 del Convenio de Roma. Es especialmente interesante el apartado dedicado a las sentencias sobre muertes ocasionadas por agentes del Estado donde el Tribunal, en muchas ocasiones, cumple una función garantista. Finalmente se abordan Sentencias sobre dos temas moralmente controvertidos, como eutanasia y aborto. Se analiza, en extenso, el caso A B C contra Irlanda donde se dan diversos argumentos en la línea de poder hacer compatible el Convenio Europeo y una legislación restrictiva en materia de aborto. Es relevante el estudio de la Sentencia del TEDH sobre si los sistemas penales o penitenciarios estatales protegen suficientemente la vida o reparan adecuadamente su pérdida. Finalmente Rey Martínez considera que la jurisprudencia del TEDH ha sido particularmente garantista con respecto a la tutela jurídica de la vida, pero señala tres problemas que, a su juicio, residen en esta jurisprudencia: a) Que el Tribunal se convierta en juez de los hechos, al modo de una tercera o cuarta instancia; b) que, al conectar la protección de la vida, en el marco conceptual de la noción de “riesgo”, con la tutela de otros bienes (salud, medio ambiente, seguridad), se abra todavía más las (ya de por sí amplias) posibilidades de enjuiciamiento del Tribunal y la permanente tentación de hacer justicia en el caso concreto; c) que el Tribunal se convierta en “juez de la convencionalidad” con capacidad para enjuiciar la compatibilidad de la Convención de Roma, prácticamente en abstracto, además y con una débil conexión al caso planteado,

de ramas enteras del ordenamiento jurídico interno (derecho procesal penal, penitenciario, sanitario, riesgos laborales, etc.) (p. 488-489).

En otro epígrafe de este capítulo se aborda el tema de “¿Qué significa en el ordenamiento español el derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte?” donde se analizan y debaten diversas regulaciones autonómicas y un proyecto de ley estatal sobre derechos de las personas en el proceso final de la vida. Aquí se inciden especialmente en cuestiones terminológicas y en lo desafortunado, a juicio del autor, de la expresión “morir con dignidad” que debería ser evitada en textos legales.

El último capítulo del libro está dedicado a la laicidad. En primer lugar, se analiza el modelo francés de laicidad con referencia a la polémica del velo islámico en la escuela pública. Se debaten las conclusiones del Informe Stasi donde se concluye que “la ideología de la neutralidad ideológica no es ideológicamente neutral. Laicidad es identidad nacional. Es identificación con la tradición histórica de la Francia republicana.” Se ofrecen la serie de resoluciones del Consejo de Estado y diversas regulaciones que originó el *affair du foulard* en Francia. El modelo francés es una excepción y, por ejemplo, en Estados Unidos las diversas regulaciones y casos jurisprudenciales van en otro sentido. El principio general es el libre ejercicio de la religión, también en los espacios públicos.

Para diferenciar el modelo francés y norteamericano de laicidad, Rey Martínez propone la siguiente imagen: “en Estados Unidos hay tanta sociedad (con sus grupos religiosos) como sea posible y tanto estado (con sus prohibiciones y limitaciones a la libertad religiosa) sólo como sea estrictamente necesario, mientras que en Francia hay tanto Estado (*sub specie* de laicidad) como sea posible y únicamente tanta libertad religiosa como sea indispensable (eso sí sólo en el ámbito de la sociedad, pero no en el del Estado)” (pp. 551-552). El autor aborda la cuestión de si estos modelos, en especial el francés, debe trasladarse a la realidad española y después de abordar la relevancia constitucional del caso, considera que el elemento relevante es el juicio de proporcionalidad de la medida y las dudas que despierta el fin perseguido con la prohibición del *hijab*.

Finalmente se analiza el tema de la presencia de crucifijos en la escuela pública que se ha convertido en una cuestión polémica. El autor parte de caracterizar el modelo fuerte y el modelo débil de laicidad. Considerando que está España en el segundo modelo, según el autor, ya que es un país laico, pero no laicista, como el francés. En este contexto se estudia la Sentencia

del TEDH *Lautsi y otros contra Italia* de 18 de marzo de 2011, que finalmente decide en el sentido de que la presencia de crucifijos no lesiona el Convenio de Roma. A favor de esta tesis Rey Martínez presenta cuatro visiones: a) argumento de la tradición; b) argumento de la irrelevancia; c) argumento de la antirreligiosidad; d) argumento democrático.

Este autor considera que el argumento más fuerte es el de la tradición, sin embargo, su posición es clara cuando afirma “la presencia del crucifijo en escuelas y sedes judiciales es un resto fósil de regímenes fuertemente confesionales y sociedades homogéneas” (p. 604). Todo es un conjunto de reflexiones sobre la diversidad en España, que en ocasiones son polémicas, como qué escrutinio de justificación más estricto ha de someterse el trato más favorable a determinada confesión religiosa. Esto lleva a concluir a Rey Martínez con estas palabras: “es verdad que España es un país de laicidad débil, incluso de *laicidad difícil*, pero es muy fina la línea que le puede llegar a convertir en un Estado de laicidad fallida” (p. 604)

He encontrado particularmente interesante la lectura de este libro. Se podría resaltar que aborda temas complejos, e incluso polémicos, de forma documentada donde el autor nos ofrece sus interesantes puntos de vista. El enfoque es mayoritariamente jurídico, con el análisis de normativa y comentarios de casos, sin embargo la reflexión sobre valores, historia, filosofía, sociología, etc. está presente en toda la obra. Si el objetivo –declarado en el prólogo– era proveer más preguntas que respuestas, lo ha conseguido. No sólo eso, sino también se podría garantizar que nuestras preguntas –y respuestas–, después del leer el libro, irán en mejor dirección.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: oscar.perez@uc3m.es