

Número 16, Época II, enero 2007

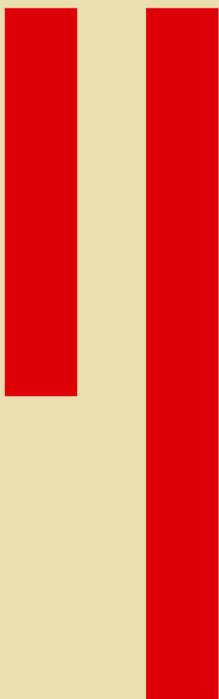
*Dykinson, S.L.*  
EDITORIAL



INSTITUTO DE  
DERECHOS HUMANOS  
BARTOLOMÉ  
DE LAS CASAS



Fundación  
**EL MONTE**



# #16 DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS





# DERECHOS Y LIBERTADES

Número 16, Época II, enero 2007



INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS  
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS  
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID



Fundación  
**EL MONTE**

*Dykinson, S.L.*

La revista *Derechos y Libertades* está incluida en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX

### Redacción y Administración

*Revista Derechos y Libertades*  
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas  
Universidad Carlos III de Madrid  
c/ Madrid, 126  
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:  
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es  
derechosylibertades@uc3m.es

### Adquisición y suscripciones



**Suscripción en papel**  
Ver boletín de suscripción al final de este número  
y remitir en sobre cerrado a:  
Dykinson, S.L.  
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

**Suscripción electrónica (pdf)**  
Compra directa a través de nuestra web  
[www.dykinson.com/derechosylibertades](http://www.dykinson.com/derechosylibertades)

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas  
ISSN: 1133-0937  
Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:  
Dykinson, S.L.  
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

**Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores**

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de *Derechos y Libertades*, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de *Derechos y Libertades*, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

**Director:** GREGORIO PECES-BARBA  
**Subdirectores:** ÁNGEL LLAMAS Y FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI  
**Secretarios:** JAVIER DORADO PORRAS Y OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

### *Consejo Científico*

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI (Universidad Carlos III de Madrid)	MARIO LOSANO (Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”)
RAFAEL DE ASÍS (Universidad Carlos III de Madrid)	JAVIER DE LUCAS (Universidad de Valencia)
RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)	JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)
PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)	GREGORIO PECES-BARBA (Universidad Carlos III de Madrid)
J. C. DAVIS (University of East Anglia)	ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)
ELÍAS DÍAZ (Universidad Autónoma de Madrid)	PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)
RONALD DWORKIN (New York University)	MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)
EUSEBIO FERNÁNDEZ (Universidad Carlos III de Madrid)	MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)
CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)	AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)
VINCENZO FERRARI (Università di Milano)	LUIS VILLAR BORDA (Universidad Externado de Colombia)
JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)	YVES-CHARLES ZARKA (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)
PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)	GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)
MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)	VIRGILIO ZAPATERO (Universidad de Alcalá)

### *Consejo de Redacción*

MARÍA JOSÉ ANÓN (Universitat de València)	JOSÉ ANTONIO LÓPEZ (Universidad de Jaén)
FEDERICO ARCOS (Universidad de Almería)	ÁNGEL PELAYO (Universidad de Cantabria)
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO (Universidad Carlos III de Madrid)	MIGUEL ÁNGEL RAMIRO (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA DE LOS ANGELES BENGOCHEA (Universidad Carlos III de Madrid)	ALBERTO DEL REAL (Universidad de Jaén)
DIEGO BLÁZQUEZ (Universidad Carlos III de Madrid)	JOSÉ LUIS REY (Universidad Pontificia de Comillas)
IGNACIO CAMPOY (Universidad Carlos III de Madrid)	JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ (Universidad Rey Juan Carlos)
JAVIER DORADO (Universidad Carlos III de Madrid)	MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA JOSÉ FARINAS (Universidad Carlos III de Madrid)	JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ GARCÍA ANÓN (Universitat de València)	MARIO RUIZ (Universitat Rovira i Virgili)
RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)	RAMÓN RUIZ (Universidad de Jaén)
CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)	OLGA SÁNCHEZ (Universidad de Cantabria)
ANA GARRIGA (Universidad de Vigo)	JAVIER SANTAMARÍA (Universidad de Burgos)
JESÚS GONZÁLEZ AMÚCHASTEGUI (Universidad Complutense)	ÁNGELES SOLANES (Universitat de València)
CARLOS LEMA (Universidad Carlos III de Madrid)	JOSÉ IGNACIO DEL SOLAR (Universidad de Cantabria)
FERNANDO LLANO (Universidad de Sevilla)	



## Sentido de la Revista

*Derechos y Libertades* es la revista semestral que publica el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte, junto con las colecciones *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, *Traducciones* y *Debates* de las publicaciones del Instituto.

La finalidad de *Derechos y Libertades* es constituir un foro de discusión y análisis en relación con los problemas teóricos y prácticos de los derechos humanos, desde las diversas perspectivas a través de las cuales éstos pueden ser analizados, entre las cuales sobresale la filosófico-jurídica. En este sentido, la revista también pretende ser un medio a través del cual se refleje la discusión contemporánea en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política.

*Derechos y Libertades* se presenta al mismo tiempo como medio de expresión y publicación de las principales actividades e investigaciones que se desarrollan en el seno del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.



## ÍNDICE

<b>NOTA DEL DIRECTOR</b> .....	13
--------------------------------	----

### ARTÍCULOS

<b>La incorporación por el Derecho</b> .....	17
--	----

*Incorporation by law*

JOSEPH RAZ

<b>Ciudadanía y "gubernaculum" en el Tratado sobre la Constitución de la Unión Europea</b> .....	41
--	----

*Citizenship and "gubernaculum" in the European Union Constitution Treaty*

MASSIMO LA TORRE

<b>La accesibilidad universal en el marco constitucional español</b> .....	57
--	----

*The universal accesibility in the Spanish constitutional framework*

RAFAEL DE ASÍS, ANA LAURA AIELLO,  
FRANCISCO BARIFFI, IGNACIO CAMPOY Y  
AGUSTINA PALACIOS

<b>Una versión orteguiana del fundamento del derecho a la vida</b> .....	83
--	----

*An ortegian view of the basis for the right to life*

ANA M<sup>a</sup> MARCOS DEL CANO

<b>Tres perspectivas republicanas sobre la relación entre libertad, derechos y ley: Rousseau, Kant y Pettit</b> .....	101
---	-----

*Three republican perspectives on the relation between freedom  
rights and law: Rousseau, Kant and Pettit*

JAVIER GARCÍA MEDINA

<b>La naturaleza de los derechos sociales</b> .....	137
<i>The nature of social rights</i> JOSE LUIS REY PÉREZ	
<b>Derecho y Poder. Desarrollo y obstrucción a la nueva Justicia en la primera mitad del siglo XIX</b> .....	157
<i>Law and power. Development and obstruction to the new court administration in the first half of 19<sup>th</sup> century</i> GUTMARO GÓMEZ BRAVO	
<b>Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto</b> .....	181
<i>Questions about life and death. Ethical dilemmas of abortion</i> CRISTINA GARCÍA PASCUAL	
<b>Economía de mercado y derechos humanos. Un estudio sobre la interdependencia de las normas</b> .....	211
<i>Market economy and human rights. A study about norms interdependence</i> PABLO ZAPATERO	

#### RECENSIONES

Gregorio Peces-Barba, <i>La España civil</i> (RAFAEL DE ASÍS) .....	243
Antonio Enrique Pérez Luño, <i>Dimensiones de la igualdad</i> (CARMELO GÓMEZ TORRES) .....	253
Robert Walter, <i>Hans Kelsen als Verfassungsrichter</i> (LUIS VILLAR BORDA).....	259
Pedro Cerezo Galán (ed.), <i>Democracia y virtudes cívicas</i> (LUIS LLOREDO ALIX).....	265
Antonio Enrique Pérez Luño: <i>La tercera generación de derechos humanos</i> , (MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP).....	277
Andrés Rosseti y Magdalena I. Álvarez (comp.) <i>Derecho a la Vida.</i> <i>Un análisis desde el método de casos</i> , (CARLOS LEMA AÑÓN) .....	285

IN MEMORIAM:

*A la memoria del Profesor Miguel Reale (JAVIER GARCÍA MEDINA)*..... 295

**Participantes en este número** ..... 309



## NOTA DEL DIRECTOR

En el número 16 de *Derechos y Libertades* se recogen trabajos vinculados a aspectos básicos de la Teoría del Derecho, de la Teoría de los derechos y de la Filosofía Política. En su trabajo sobre “La incorporación por el Derecho”, Joseph Raz aborda la cuestión de las relaciones entre el Derecho y la moral desde un doble punto de vista: por una parte, se plantea la influencia que las normas jurídicas pueden tener sobre los derechos y obligaciones morales de los individuos; por otra, aborda la cuestión de la incorporación de la moral al Derecho y los problemas que en su opinión derivan del positivismo jurídico incluyente. Por su parte, Massimo La Torre retoma la discusión sobre el Proyecto constitucional europeo y lo analiza desde la perspectiva basada en la distinción entre el constitucionalismo de los antiguos y el constitucionalismo de los modernos. Así, subraya los problemas derivados de una interpretación restrictiva de la parte del Proyecto referida a los derechos fundamentales y de una concepción de la ciudadanía europea que excluye la *Kompetenz-Kompetenz*, es decir, la competencia sobre la competencia, que en este caso se identifica con la capacidad de ser o actuar como ciudadano en materia de decisiones sobre la ciudadanía.

En un artículo colectivo elaborado por Rafael de Asís, Ana Laura Aiello, Francisco Bariffi, Ignacio Campoy y Agustina Palacios, “La accesibilidad universal en el marco constitucional español”, y que se basa en un informe elaborado en el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid a petición del Ministerio de Asuntos Sociales, se aborda la noción de accesibilidad universal en el marco normativo español. La idea de accesibilidad universal constituye el eje de una comprensión de la discapacidad en el marco de un discurso sobre los derechos humanos. Por su parte, Ana María Marcos del Cano, en su trabajo sobre “Una visión orteguiana del fundamento del derecho a la vida” utiliza como referencia la obra de Ortega para, desde ella, enfocar el significado del concepto de vida en el terreno filosófico. De esta manera, la consideración de la vida como circunstancia y de la vida como valor le permite mostrar la complejidad del discurso sobre el derecho a la vida.

Javier García Medina, lleva a cabo un examen conjunto del tratamiento que Rousseau, Kant y Pettit ofrecen de la idea de no-dominación. En su trabajo

“Tres perspectivas republicanas sobre la relación entre libertad, derechos y ley: Rousseau, Kant y Pettit” analiza la alternativa republicana, centrada en estos tres autores, al liberalismo y a la articulación de la relación entre libertad, derechos y ley. En este sentido, el republicanismo, entendido como una posición equidistante entre el liberalismo y el comunitarismo, propone una superación del atomismo individualista propio del liberalismo, a partir de la cual subrayar la importancia de la participación y la relevancia de lo social y de lo político.

En “La naturaleza de los derechos sociales”, José Luis Rey desarrolla un análisis crítico de los argumentos que generalmente se utilizan a la hora de negar la juridicidad y exigibilidad de aquellos derechos, utilizando como punto de partida la distinción entre derecho y garantía. Todo ello, en el intento de marcar la diferencia entre los distintos tipos de derechos, y de reivindicar la identidad de los derechos sociales.

La perspectiva histórica es la empleada por Gutmaro Gómez Bravo a la hora de analizar determinadas dimensiones de la Administración de Justicia en el proceso de consolidación del Estado en España en el siglo XIX. En su investigación “Derecho y Poder. Desarrollo y obstrucción a la nueva justicia en la primera mitad del siglo XIX” lleva a cabo un análisis de las tensiones y contradicciones entre absolutismo y liberalismo en lo que se refiere a la organización de la estructuras judiciales en nuestro país.

El trabajo de Cristina García Pascual, “Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto”, efectúa una revisión de la relación entre la valoración moral del aborto y las propuestas de tratamiento jurídico. En este sentido, se analizan cuatro argumentos básicos: el que niega la posibilidad de la prohibición eficaz del aborto; el referido a la afirmación de la personalidad del feto; el que tiene que ver con la consideración del aborto como estado de necesidad; y, por fin, el que subraya la autonomía de la mujer sobre su propio poder generativo.

Cierra la sección de artículos el trabajo de Pablo Zapatero “Economía de mercado y derechos humanos. Un estudio sobre la interdependencia de las normas”, en el que se analiza la interacción de normas, tomando como referencia la relación entre los tratados económicos y los tratados de derechos humanos.

En fin, tras la habitual sección de recensiones, incluimos un comentario de aspectos básicos de la obra de Miguel Reale, redactada por Javier García Medina, con el que *Derechos y Libertades* quiere rendir homenaje al maestro brasileño fallecido el pasado 14 de abril.

Gregorio Peces-Barba Martínez

# ARTÍCULOS



# LA INCORPORACIÓN POR EL DERECHO\*

## INCORPORATION BY LAW

JOSEPH RAZ  
Oxford University

Fecha de recepción: 26-9-06  
Fecha de aceptación: 1-10-06

**Resumen:** *El presente trabajo hace hincapié en un tema clásico dentro de la Filosofía jurídica: las relaciones entre Derecho y moral. No obstante, son dos las novedades que presenta. Por un lado, plantea cómo el Derecho afecta a la moral, es decir, cómo puede afectar a los derechos y obligaciones morales que tienen los seres humanos. Por otro lado, considera cómo la moral afecta al Derecho, esto es, si la moral puede ser incorporada al Derecho. Este último aspecto también es novedoso en cuanto que toma en consideración la cuestión del llamado “incorporacionismo” o, más ampliamente, positivismo jurídico incluyente, ante el que se plantean serias dudas.*

**Abstract:** *This article emphasizes a classical issue in legal philosophy: the relation between law and morality. Nevertheless, it offers two novelties. Firstly, the author discusses how law affects morality, that is, how it may affect human beings' moral rights and duties. Secondly, he deals with the way in which morality affects the law, that is, if morality can be incorporated into law. This latter approach is also new, since it takes into account the question of the so-called “incorporationism” or, more extensively, of the inclusive legal positivism, which raises serious doubts.*

**PALABRAS CLAVE:** derecho, moral, incorporacionismo, positivismo jurídico incluyente, positivismo jurídico excluyente.

**KEY WORDS:** law, morality, incorporationism, inclusive legal positivism, exclusive legal positivism.

---

\* Este artículo incluye material presentado en la primera de las tres *Storrs Lectures* en Yale en 2003. El presente trabajo -“Incorporation by Law”- fue publicado originalmente en *Legal Theory*, núm 10, 2004, pp. 1-17. Traducción de Ramón Ruiz Ruiz (Universidad de Jaén) y Roberto M. Jiménez Cano (Universidad Carlos III de Madrid). El resumen y las palabras clave han sido elaborados por los traductores.

La banalidad que sostienen muchas teorías respecto a la naturaleza del Derecho –que es una institución social– deja, como es lógico, muchas preguntas sin contestar. Una de las más importantes es la cuestión de si las instituciones sociales o, más en general, las prácticas sociales pueden ser concebidas en términos exclusivamente no evaluativos<sup>1</sup>. Otra cuestión que deja abierta esta banalidad, aunque no tan importante, respecto al núcleo de nuestra comprensión del Derecho y de los fenómenos normativos en general, ha sido muy discutida en los últimos años, a saber, si los principios morales pueden llegar a formar parte del Derecho de un país por “incorporación”<sup>2</sup>. Si bien se trata de cuestiones distintas, se puede afirmar que ambas están interrelacionadas en algunos sentidos.

Mi propósito en las páginas que siguen es reflexionar sobre la pregunta de cómo el Derecho puede ser incorporado en la moral y cómo su existencia puede afectar a nuestros derechos y obligaciones morales, una pregunta (o preguntas) que forma parte esencial de la cuestión más amplia de la relación

---

<sup>1</sup> Carecemos de un término genérico para referirnos colectivamente a conceptos característicos del pensamiento práctico, tales como los que pertenecen a la virtud y a los conceptos relacionados con el carácter (valentía, etc.), la responsabilidad (disculpas, etc.), los valores (admirable, etc.), la razón (racional, etc.) o los conceptos normativos (deber, etc.). Hace algún tiempo, “descriptivo” y “fáctico” eran usados habitualmente para designar aquellos conceptos que no son específicamente prácticos. Esto, sin embargo, empobrece las descripciones (“éste es John” no es una descripción de nada, sin embargo se supone que es un enunciado descriptivo). Calificar a las proposiciones no evaluativas como “fácticas” implica que no hay hechos evaluativos, lo cual es falso. Yo usaré “evaluativo” y “normativo” de manera intercambiable para referirme a todos ellos, al tiempo que los usaré con un sentido más restringido para referirme a elementos de las subcategorías indicadas arriba.

<sup>2</sup> Que la idea es coherente con la explicación del Derecho de Hart fue señalado por él en su recensión a L. FULLER, *The Morality of Law*, en H.L.A. HART, *Harvard Law Review*, núm. 78, 1965, pp. 1281 y ss., reimpresa en H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 361 y ss. y reiterado en el *postscript* a H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961, p. 250, aunque en ningún momento Hart paró de explorar el significado e implicación de esta idea; véase, D. LYONS, “Principles, Positivism and Legal Theory”, *Yale Law Journal*, núm. 87, 1977, pp. 415 y ss., y P. SOPER, “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, *Michigan Law Review*, núm. 75, 1977, pp. 473 y ss. Lo esencial fue adoptado por Jules Coleman en “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, núm. 11, 1982, pp. 139 y ss., y desarrollado y defendido ampliamente en J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, Oxford University Press, Oxford, 2001. Para una discusión general del tema, véase el trabajo de K. E., HIMMA, “Inclusive Legal Positivism”, en J. COLEMAN, S. SHAPIRO(eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 125-165.

entre Derecho y moral. Mis conclusiones plantearán algunas dudas respecto a la tesis de la incorporación, esto es, la tesis de que los principios morales pueden llegar a formar parte del Derecho de un determinado lugar por incorporación.

## 1. INCLUSO LOS JUECES SON SERES HUMANOS

Este modo de plantear la cuestión no trata de ser neutral. Los teóricos jurídicos tienden a empezar por el otro extremo y no se preguntan cómo el Derecho afecta a la moral, sino cómo la moral afecta al Derecho. Al estar centrados en el Derecho, puede ser natural para ellos empezar por éste y preguntar qué espacio deja a la moral; sin embargo, yo propondré que esta forma de plantear la relación entre el Derecho y la moral ha contribuido al surgimiento de algunos errores importantes y que empezar por la moral es una forma mejor de incentivar la reflexión sobre esta relación. Es por esto por lo que he titulado esta sección “Incluso los jueces son seres humanos”, puesto que, al serlo, están sometidos a la moral –éste es el único hecho que el título quiere transmitir–.

### 1.1. El ámbito de la moral

¿Por qué están los jueces, y los seres humanos en general, sometidos a la moral? La respuesta hay que buscarla en la naturaleza de la moral, que no tiene un ámbito de competencia jurisdiccional que disponga sus condiciones de aplicación, sino que se aplica universalmente a todos los agentes capaces de comprenderla<sup>3</sup>. Supongamos que las normas de la universidad prohíban que se hable ofensivamente de cualquier miembro de la misma; tendría entonces sentido decir: esta norma sólo se aplica a los estudiantes pero no, por ejemplo, a sus padres, puesto que la Universidad no tiene jurisdicción sobre éstos. Con ello no quiero decir, simplemente, que no tiene jurisdicción para sancionarlos si incumplen la norma, sino que no tiene jurisdicción, ni poder para hacer que las normas se les apliquen; no tiene jurisdicción para obligarles.

En cambio, supongamos, por ejemplo, que si yo me entero confidencialmente de las intenciones de una persona, no sería moral que se las contara a

---

<sup>3</sup> Y, para los agentes, entenderla implica la capacidad de guiarse por ella.

los demás. Ahora bien, si lo hago, no tendría sentido decir: hablando en términos morales, no debería descubrir sus intenciones, pero afortunadamente la moral no me incumbe a mí, no tiene jurisdicción sobre mí; si yo sé que tal acto, o cualquier otro, es moralmente incorrecto o, incluso, si no lo sé pero puedo saberlo, entonces sí que me incumbe.

Algunos pueden pensar que la moral tiene un ámbito de competencia jurisdiccional y que yo acabo de afirmar el que yo creo que es –la moral se aplica a todos los agentes que son capaces de entenderla–. Pero esto es un malentendido. Las razones son consideraciones por las que debe guiarse el comportamiento de los agentes; pero obligan sólo a los agentes que pueden, en principio<sup>4</sup>, conocer su existencia, pues de lo contrario éstos no pueden guiarse por ellas. De ahí que el hecho de que las razones morales se apliquen a las personas y no a los leones no sea el resultado de un ámbito de competencia jurisdiccional ni un reflejo de ningún aspecto del contenido de la moral, sino simplemente una consecuencia del hecho de que las razones morales son razones<sup>5</sup>.

Éste es, repito, el motivo por el que los jueces estén sometidos a la moral. La moral, a diferencia del Derecho o de las normas que rigen la Universidad, o cualquier otra institución social, no es un sistema de reglas, sino que hablar de moral es sólo un modo de hablar de algunas de las razones que tienen las personas. Aquéllas incumben a quienquiera se dirijan, si bien, no todas las razones morales atañen a todos, sino que su ámbito de aplicación viene determinado por su contenido, por lo que unas se dirigen sólo a las mujeres embarazadas, otras a los padres, algunas a los profesores. Así, si se trata de razones para respetar a tu hijo, éstas se aplican sólo a quienes tienen hijos. Por ello, y esto es evidente, cuando digo que los jueces, al ser humanos, están, quieran o no, sometidos a la moral, no quiero decir que todos ellos deberían respetar a sus hijos, sino sólo aquéllos que tienen hijos. Pero esto no niega que estén todos sujetos a la moral.

---

<sup>4</sup> Una palabra engañosa que encubre la dificultad de especificar la fuerza del “puede en principio” en esta condición.

<sup>5</sup> Otras propiedades morales, tales como la generosidad y el esmero, se aplican a los agentes en virtud de su propensión a reaccionar ante las razones morales o al modo en el que ellos lo hicieron adecuada o inadecuadamente. Algunas propiedades hacen a los objetos o eventos moralmente afortunados o desafortunados, y pueden aplicarse a cosas que no son agentes morales, pero que en última instancia también derivan su significado de sus relaciones con las circunstancias en las que los agentes racionales se enfrentan a sus elecciones.

## 1.2. Sobre los puntos de vista

Parto de la base de que nadie niega que la moral vincula a los jueces; sin embargo, el problema es cómo entender esta afirmación. Algunos pueden decir: por supuesto que la moral vincula por sí misma a los jueces; desde el punto de vista moral, los jueces están obligados por ella exactamente igual que cualquier otra persona. Pero el punto de vista moral es simplemente eso, un punto de vista entre otros muchos. La cuestión es si la moral se aplica a los jueces o a otras personas desde un punto de vista, digamos, prudencial; esto es, si guiarse por la moral es algo que va en su propio interés. O alguien puede preguntar: ¿es el Derecho el que prescribe que la moral obliga a los jueces? ¿Están legalmente obligados a seguir la moral?

Para examinar la solidez de tales preguntas necesitamos dedicar algún tiempo a analizar la noción de punto de vista normativo o perspectiva normativa<sup>6</sup>. Existen varios usos de la expresión “un punto de vista” que son útiles y pacíficos; éstos pueden ser divididos en dos tipos. El primero consiste en un discurso en el que el efecto de la matización “desde este y ese punto de vista las cosas son de tal y cual manera” es poner entre paréntesis la cuestión de la verdad: desde un punto de vista cristiano o desde un punto de vista kantiano o desde el punto de vista de la ciencia cognitiva, las cosas son de tal y cual manera –lo que implica que si el Cristianismo, o las tesis de Kant o la ciencia cognitiva son verdaderos, entonces las cosas son así, pero sin comprometerse con su verdad<sup>7</sup>-. El segundo tipo de uso aísla diferentes aspectos de un problema, a menudo como forma de ayudar a pensar sobre el mismo y de avanzar hacia su solución. Podemos decir, por ejemplo, “desde el punto de vista económico, sería bueno para la Universidad clausurar el departamento de filosofía, puesto que sus antiguos alumnos raramente ganan mucho dinero, por lo que la pérdida de sus donaciones a la Universidad no la perjudicaría mucho; desde un punto de vista académico, no obstante,

---

<sup>6</sup> Las opiniones que siguen se aplican también a puntos de vista no normativos, pero no me preocuparé por precisarlo.

<sup>7</sup> Aunque, por supuesto, uno se compromete a que es verdad desde ese punto de vista. Nótese que las condiciones de certeza de las proposiciones desde un punto de vista (así entendido) no son las mismas que las de la implicación material correspondiente; por ejemplo, “si la doctrina cristiana es verdadera, entonces...”. En primer lugar, aquéllas no afirman simplemente que la proposición es cierta sino que (en este caso) es el cristianismo el que es el fundamento de esta verdad. Además, la falsedad del cristianismo, lejos de garantizar la verdad de la proposición, no tiene nada que ver con la cuestión de su veracidad.

tal decisión no estaría justificada". Podemos, entonces proceder a tomar una decisión una vez que se han tenido en cuenta todas las perspectivas.

El empleo de cualquier punto de vista posible puede cumplir esta segunda función, esto es, indicar que las consideraciones a las que se refiere no tienen por qué ser las únicas ni necesitan ser las más importantes<sup>8</sup>. Pero hay algunos puntos de vista a los que no se puede hacer referencia para cumplir la primera función, la de dejar en suspenso la cuestión de la verdad. Esto es obvio si se piensa en los puntos de vista definidos artificialmente o "inventados" tales como "desde el punto de vista de las razones válidas, tienes razón en hacer esto y aquello". Las razones válidas son razones reales, y una vez que te has comprometido a hablar de razones válidas ya no puedes decir "pero no sé si hay alguna razón para hacerlo así". Comparemos esto con "desde un punto de vista católico, debería dárselo". Decir esto no implica necesariamente la creencia en que hay una razón para que se lo dé; el punto de vista católico puede ser falso, es decir, las doctrinas y creencias específicas de la Iglesia católica pueden ser falsas o, en caso de ser verdaderas, sólo accidentalmente, esto es, no serlo por las razones que da la doctrina católica. Así, es perfectamente válido decir "desde un punto de vista católico deberías dárselo, pero en realidad yo no sé si tienes alguna razón para hacerlo".

Hay muchas expresiones que pueden indicar un punto de vista en el segundo sentido, pero no en el de la suspensión de la cuestión de la verdad. Por ejemplo, si decimos "desde el punto de vista de mis propios intereses, hay razones para la primera opción", mi afirmación está matizada por el reconocimiento de la posibilidad de que existan otros intereses contrarios, pero no puedo continuar mi frase con "pero no sé si hay ninguna razón para esa opción", puesto que ya he dicho que la hay: mi interés me proporciona las razones para ello.

Tampoco se puede usar la referencia a la moral para dejar en suspenso la verdad, pues la "moral" se usa para referirse sólo a la verdad o a consideraciones válidas. Cuando digo esto, estoy simplemente aclarando el sentido en el que usaré este término, puesto que si bien es en éste en el que se usa cuando se toman en consideración las relaciones entre el Derecho y la moral, no es el único en el que la gente usa este término. Así, por ejemplo, cuando

---

<sup>8</sup> Excluyendo algunas creaciones artificiales tales como "desde el punto de vista decisivo".

Dolittle responde a la acusación de Pickering “¿no tienes moral, hombre?”, con “no puedo permitírmela”<sup>9</sup>, está diciendo que la moral, lo mismo que la educación, son lujos que sólo las clases acomodadas pueden permitirse. No es éste, sin embargo, el sentido en que se usará aquí este término.

### 1.3. Los puntos de vista jurídico y moral

A veces, cuando las razones en pro y en contra de una acción chocan, no existe una solución racional para el conflicto; ninguna de las razones derrota a la otra. Es muy común que se dé esta situación cuando las razones enfrentadas son inconmensurables, pues derivan frecuentemente de valores distintos. A veces, por ejemplo, no hay ninguna respuesta correcta a la cuestión de si en este momento es más importante que el gobierno incremente sus inversiones en educación o en sanidad. Estos son hechos conocidos, verificados por el análisis.

Algunas personas, incluidos algunos filósofos, van más allá y asumen que nunca hay un modo racional de averiguar lo que uno puede hacer cuando razones de categorías diferentes, por ejemplo, razones morales y razones del propio interés, apuntan en direcciones distintas. Si desde un punto de vista moral uno debería actuar de un modo desaconsejado por razones del interés propio, entonces, después de todo, no hay una conclusión respecto a como debería uno comportarse. Algunos suponen que es esto lo que sucede cuando nos encontramos con razones jurídicas y morales<sup>10</sup>.

Estas ideas comportan dos errores. Suponen, en primer lugar, que realizar una acción es algo racional, esto es, que es racionalmente correcto realizar una acción sólo si lo exige la razón (en el sentido de que las razones a favor de su realización superan a todas las razones en contra de ella). Según esta opinión, no es racional escoger una lata de judías cocidas Heinz de un estante de un supermercado a menos que sea la única lata de su tipo; si hay más de una colocada convenientemente, entonces no hay más razones para elegir una de ellas que para elegir cualquiera de las otras y, por tanto, no es correcto, hablando en términos racionales, elegir ninguna. Esto es obviamente absurdo, puesto que también es racionalmente correcto realizar una acción con

---

<sup>9</sup> G.B. SHAW, “Pygmalion”, en *The Complete Plays of Bernard Shaw*, Odham Press, Londres, 1934, p. 729.

<sup>10</sup> Ésta puede haber sido la opinión de Hart en su obra más reciente; véase H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

tal de que las razones en contra no sean más convincentes. Por tanto, si una acción es aconsejada por una razón y desaconsejada por otra y ninguna de ellas derrota a la otra, entonces es correcto tanto realizar la acción como omitirla, y esto es así tanto si las dos razones enfrentadas pertenecen al mismo punto de vista como si pertenecen a diferentes puntos de vista<sup>11</sup>.

El segundo error es la suposición de que las razones jurídicas y morales constituyen puntos de vista en el mismo sentido. Sea lo que sea el Derecho, éste está integrado, al menos en parte, por normas dictadas por el hombre, que tienen como finalidad imponer obligaciones a las personas y lo hacen en virtud de decisiones tomadas por instituciones estatales con la intención de imponer deberes a las personas, incluyendo a personas distintas a las que toman las decisiones.

Ciertamente, algunas personas tienden a pensar que en los países democráticos la gente está sometida sólo a las leyes que ellos mismos han hecho. Pero quienes viven en países democráticos saben que están sujetos a leyes promulgadas cien años antes de que nacieran y que sus hijos están sometidos a leyes sobre las que no pudieron opinar, y ellos mismos están obligados por las leyes tanto si participaron en el proceso que condujo a su aprobación como si no, y ni que decir tiene que lo están tanto si las apoyaron como si se opusieron a ellas.

Es evidente que nadie puede imponer una obligación a otro sólo por el hecho de expresar su voluntad de que el otro tenga tal obligación. Si los gobiernos pueden hacerlo, esto sólo sucede en la medida que hay principios válidos que fundamentan su derecho a hacerlo. Esos principios, los principios que fundamentan la legitimidad de las leyes humanas y de los gobiernos que las hacen, son ellos mismos, independientemente de otras consideraciones, principios morales. Pueden también ser principios que derivan del interés personal de los individuos; por ejemplo, los hobbesianos piensan que toda moral deriva del interés personal y que todos los principios morales son también principios de interés personal indirecto. Y pueden asimismo ser principios jurídicos. No deseo prejuzgar la cuestión de qué pertenece y qué no pertenece al Derecho; lo único que digo es que los principios que dotan a los gobiernos de legitimidad son principios morales tanto si son jurídicos como si no.

---

<sup>11</sup> La única alternativa que se me ocurre es negar que las razones que pertenecen a un punto de vista tengan nada que ver con lo que uno debería hacer. Pero en tal caso, no está claro en qué sentido se les puede denominar razones.

¿Cómo lo sabemos? Por su contenido. Son principios que permiten, quizás incluso exigen, que algunas personas interfieran de varias e importantes maneras en las vidas de otras personas. O los principios válidos que tienen tal contenido son principios morales o nada lo es. No creo que la moral sea un cuerpo sistemático unificado de principios; pero, sea lo que sea que honremos con el título de “moral”, los principios que imponen o dan a unas personas poder para imponer a otras obligaciones que afectan a ámbitos esenciales de la vida, son principios morales. Todo esto está claro respecto a la naturaleza de la moral.

El resultado es que no podemos concebir el Derecho como un punto de vista válido normativamente que contraste con la moral. Quizás sea posible pensar en las razones de interés propio como un punto de vista distinto que contraste con el de la moral, pero eso, si es posible, lo es sólo porque se piensa que el propio interés constituye un fundamento de razones independiente de la moral. Pero no es igualmente posible pensar en el Derecho como en un fundamento de razones independiente de la moral; dado que en buena parte es producto de los hombres, al menos los derechos jurídicos creados por éstos vinculan a sus destinatarios sólo si los principios morales de legitimidad los hacen vinculantes.

Por supuesto, podemos aplazar el juicio sobre si el Derecho es vinculante para sus destinatarios, sobre si las normas jurídicas proporcionan a alguien las razones que pretenden instituir. Podemos, así, tratar al Derecho como un punto de vista normativo en el sentido en el que podríamos tratar a la moral musulmana como un punto de vista normativo distinto, esto es, si es legítima o válida, entonces tenemos las razones que, conforme a ella, tenemos. Pero en ese sentido el Derecho no choca con cualesquiera otras consideraciones normativas, puesto que cuando es considerado así, no se asume que incluya o cree ninguna consideración normativa.

#### **1.4. El Derecho presupone la moral**

Lejos de mi intención está el afirmar que todos los ordenamientos jurídicos disfrutan de legitimidad moral, lo que significa que las obligaciones jurídicas son realmente obligaciones que vinculan a los individuos antes que exigencias que los gobiernos les imponen. Lo único que estoy diciendo es que cuando se admite que cualquier ordenamiento jurídico es legítimo y vinculante, que impone las obligaciones que pretende imponer –y yo, en tér-

minos generales, daré por sentado en esta discusión que los ordenamientos jurídicos que estamos considerando gozan de tal legitimidad-, en tales casos no podemos separar el Derecho de la moral como dos puntos de vista normativos independientes, porque el jurídico deriva la validez que tenga de la moral.

*Ésta, entonces, es finalmente la respuesta completa a la pregunta de por qué los jueces también son seres humanos, de por qué están sometidos a la moral: no estarían sometidos al Derecho si no estuvieran sometidos a la moral.*

Que no se malinterprete esta respuesta: no se niega que podamos discutir y describir el Derecho desde un punto de vista independiente. Podemos hablar del sistema jurídico que se aplica en un determinado país y de sus exigencias e implicaciones sin necesidad de asumir que tiene categoría normativa<sup>12</sup>. Tal discurso, que no da por sentada la categoría normativa del Derecho, es el equivalente a hablar de lo que unas personas exigen a otras sin implicar que estas exigencias tengan ninguna categoría normativa, que éstos tienen razón en acatarlas tal y como se pretende que hagan. Pero –y ésta es mi opinión– donde el Derecho es normativamente válido, lo es en virtud de un principio moral y, por tanto, *si consideramos al Derecho como normativamente válido no podemos interpretar que sus requisitos constituyen un punto de vista independiente de la moral, un punto de vista normativo independiente que no tiene nada que ver con la moral, y entonces preguntar si reconoce que la moral es vinculante para sus funcionarios*. Las tornas han cambiado; la cuestión es si la moral, que se dirige a todos los seres humanos simplemente por el hecho de serlo, tiene sitio para el Derecho. ¿Cómo puede la moral acomodar al Derecho dentro de ella?

## 2. LOS ROMPECABEZAS DE LA LLAMADA “INCORPORACIÓN”

### 2.1. El rompecabezas

Pero antes de que analicemos esta cuestión (que sólo puede ser examinada someramente en este artículo), conviene tomar en consideración algunas cuestiones que puede plantear la trivialidad de que los jueces son seres humanos y, como tales, sometidos a la moral. Sostuve que no podemos rechazar la pretensión de que los jueces están sometidos a la moral diciendo que

<sup>12</sup> Considero que ésta era la posición de Kelsen.

desde un punto de vista moral lo están, pero no necesariamente desde uno jurídico, porque el punto de vista jurídico no puede ser opuesto con la moral de ese modo. Si están vinculados por el Derecho es porque están moralmente vinculados por él; la moral viene primero. ¿Significa eso que los jueces están jurídicamente sometidos a la moral? En cierto modo, quiero decir que eso no tiene sentido. El Derecho no puede habilitar a la moral; es todo lo contrario, él es habilitado por la moral. Pero sería erróneo dejar las cosas así. Seguramente el Derecho puede ordenar a los jueces que no sigan la moral, y puede ordenarles que sí lo hagan, y puede hacer una cosa u otra o ambas de formas más sutiles; esto es, puede ordenarles que decidan algún asunto por referencia a la moral y que no lo hagan en otros casos, o que decidan algunos casos con especial referencia a algunas partes o aspectos de la moral, por ejemplo, la buena fe entre las partes o el interés público en la seguridad, etc.

En otras palabras, ¿cómo la opinión de que los jueces también son seres humanos se acomoda con la legislación o los precedentes que al menos parecen excluir la moral o con la legislación o los precedentes que parecen incorporar la moral?

## **2.2. La exclusión antes que la inclusión**

Como es evidente, la inclusión es posible gracias a la capacidad del Derecho para excluir y modificar legítimamente la aplicación de la moral. Así, empecemos con unas pocas observaciones respecto a la exclusión. Tentado de ser provocador más que preciso, uno puede decir que la existencia misma del Derecho, incluso del Derecho moralmente legítimo, significa la exclusión de la moral. Piénsese en ello: los jueces están vinculados por la moral; así, en ausencia de norma jurídica, decidirían sobre la base de consideraciones morales. ¿No se deriva de aquí que donde hay Derecho, éste o bien no afecta a sus decisiones o bien les fuerza a apartarse de lo que ellos harían sobre la base exclusiva de la moral –que éste, en efecto, excluye la moral–? ¿No es cierto que siempre que la aplicación del Derecho provoca una diferencia en el resultado está excluyendo a la moral? Si la intención del Derecho es hacer una diferencia en nuestras vidas, ¿no se sigue de ahí que el logro de su finalidad depende de su capacidad para excluir la moral?

Pocas personas secundan la opinión de que el Derecho no pretende hacer una diferencia en nuestras conductas; pero nadie se siente desconcertado por mi paradójica inferencia. Ante todo, se señalará que el Derecho es obli-

gatorio, lo reconozco, sólo si es moralmente legítimo (por supuesto, no quiero decir que sólo entonces sea jurídicamente obligatorio; lo que digo es que afirmar que es jurídicamente obligatorio significa que éste pretende ser moralmente obligatorio, y que es obligatorio sólo si es moralmente obligatorio, y que es considerado obligatorio, como pretende, sólo por quienes piensan que es moralmente obligatorio). El Derecho, repito, es obligatorio sólo si es moralmente legítimo. De esto se deduce que si es legítimo y a la vez excluye a la moral, no hay problema, porque la exclusión es moralmente permisible.

Puede ser relevante aquí mencionar que la moral no es una tela sin costuras cuyo tejido es sólo liso o rugoso. Nosotros simplemente nos referimos a algunas de las innumerables consideraciones que nos incumben como consideraciones morales, no porque ellas tengan un origen o finalidad común o alguna unidad sistémica, sino simplemente a causa de su contenido como, por ejemplo, cuando nos exigen tener en cuenta los intereses de los demás, independientemente de nuestros propios objetivos o intereses. Para el pluralismo de valores es evidente que las consideraciones morales chocan de distintos modos, que la acción correcta requiere compromisos entre varias consideraciones morales y que algunas veces requiere renunciar a algunas a favor de otras. Cuando pensamos en las responsabilidades específicas de los jueces, se nos recuerda que éstas son análogas en algunos aspectos a las responsabilidades específicas de los profesores, médicos, padres, amigos y demás, en que cada uno de estos roles requiere priorizar algunas consideraciones morales a expensas de otras. Los derechos y obligaciones de un médico respecto a sus pacientes son diferentes de los derechos y obligaciones que tenemos respecto a los extraños, y en parte las reemplazan. Hay modos de actuar que son permisibles entre extraños pero no entre médico y paciente.

No estoy sugiriendo que el modo en que el Derecho afecta a la aplicación de la moral sea absolutamente análogo al modo en que lo hacen los roles, tales como los de los médicos o los abogados. Saco a colación la analogía sencillamente para ilustrar el punto más general, a saber, que la aplicación de principios morales abstractos se ve afectada y modificada por estipulaciones institucionales específicas tales como los roles. Antes he tratado de describir el modo en que la presencia de autoridades legítimas afecta a la aplicación de los principios morales<sup>13</sup>, por lo que seré breve y esquemático aquí.

---

<sup>13</sup> Véase, por ejemplo, J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1993, capítulos 2 a 4.

Es hora de abandonar la metáfora dramática del Derecho que excluye a la moral. Lo que sucede –y reacuérdesse que aquí estamos hablando sólo del Derecho moralmente legítimo– es que el Derecho modifica el modo en que la moral se aplica a los individuos. Ciertamente, algunas consideraciones morales que se aplican cuando existe un vacío legal, no se aplican en presencia del Derecho o no se aplican del mismo modo. Pero excluyendo los errores y otras disfunciones que pueden darse incluso dentro de un ordenamiento justo y legítimo, el Derecho modifica más bien que excluye el modo en que las consideraciones morales se aplican y, al hacerlo, fomenta, considerándolo bien, más que socava las consideraciones morales.

Mencionaré tres modos en los que esto sucede. Primero, el Derecho concreta las consideraciones morales generales, determinando, para aquéllos a los que se aplica, cómo estas consideraciones afectan a sus vidas. Arrebata a los individuos el derecho y la carga de decidir en diversas circunstancias cómo la moral reaccionaría ante una determinada situación –qué exige exactamente–. Por ejemplo, cuál es la forma más adecuada de repartir las acciones de una empresa entre sus directores o empleados o qué información necesita un médico desvelar a un paciente antes de que su consentimiento pueda considerarse voluntario y vinculante.

Segundo, al dar a las consideraciones morales una forma concreta y pública, el Derecho también las hace relativamente uniformes y su aplicación relativamente segura, reforzando la confianza en ellas y evitando la deslealtad en las relaciones entre quienes están de acuerdo con ellas y quienes no lo están.

Tercero, hace que los objetivos morales y las condiciones moralmente convenientes sean más fáciles de lograr y a veces hace posible lo que sería imposible sin él<sup>14</sup>. El modo más simple y comentado en el que el Derecho logra tales fines tiene que ver con su capacidad para asegurar una conducta coordinada que solucione, por decirlo así, los que son conocidos como problemas de coordinación y el dilema del prisionero. Pero hay muchos más supuestos aparte de éstos, relativamente simples. Incluso algunas instituciones jurídicas tan elementales como el Derecho de contratos posibilita la creación de relaciones comerciales que no existirían fuera de contextos institucionales; no es preciso decir que ni las sociedades mercantiles ni la

---

<sup>14</sup> Esto es, sin algún tipo de respaldo institucional, no necesariamente sin este ordenamiento jurídico.

propiedad intelectual podrían existir, excepto en formas rudimentarias, fuera del Derecho. Estos ejemplos pueden servir para ilustrar la capacidad del Derecho para facilitar actividades y relaciones económicas satisfactorias; pero éstas y otras instituciones jurídicas hacen mucho más: han hecho posible la civilización urbana tal como la hemos conocido durante los últimos cien o doscientos años –grandes multitudes de personas que viven en relativo anonimato unos junto a otros, disfrutando de libertades y de magníficos servicios públicos juntos y al mismo tiempo separadamente, cada uno por su cuenta, una civilización urbana de un tipo que el mundo no ha conocido antes y que es improbable que disfrute mucho más tiempo–.

### 2.3. ¿Cuándo la incorporación no es incorporación?

Hay mucho más que decir respecto a los modos en que el Derecho modifica la moral al posibilitar la realización de ideales. Pero permítaseme volver a la cuestión de la llamada incorporación. El artículo 1 (1) de la Constitución alemana estipula que: “la dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es el deber de toda autoridad del Estado”. La primera enmienda de la Constitución de los EE.UU. dice, entre otras cosas, que “el Congreso no aprobará ninguna ley [...] que limite la libertad de expresión”, asumiendo, como es generalmente asumido, que la libertad de expresión a la que se refiere no es la libertad de expresión existente en el *Common law* antes de la aprobación de la Declaración de Derechos, sino un derecho moral a la libertad de expresión. Esta enmienda es también tomada a menudo como ejemplo de la incorporación de la moral por medio del Derecho.

Tales supuestos de aparente incorporación plantean una pregunta obvia: ¿qué efecto pueden tener, dado que los jueces están sujetos a la moral de todos modos? Antes de que entre a analizarla, permítaseme responder otra pregunta derivada de mi terminología: ¿por qué llamo yo a estos casos “supuestos de incorporación aparente”? ¿No son supuestos claros de incorporación? La respuesta es que no lo son. Esto es, no son casos de incorporación si “incorporación” significa legislar o bien convertir un estándar en una norma del pertinente sistema jurídico por medio de una regla que se refiere a él y le da algún efecto jurídico.

Las leyes británicas o norteamericanas dan efectos jurídicos a los estatutos de las sociedades mercantiles o de las universidades y a muchos otros tipos de normativas sin incorporarlos al Derecho del Reino Unido o de los Es-

tados Unidos; las normas de conflicto otorgan efectos jurídicos al Derecho extranjero sin convertirlo en parte del Derecho interno. Tales referencias hacen jurídicamente exigible la aplicación de las normativas a las que se refieren, y entre los derechos y obligaciones reconocidos jurídicamente se incluyen, por tanto, algunos determinados por aquéllas. Pero estas normas no pasan a formar parte del Derecho, como no lo hacen los contratos jurídicamente vinculantes, a pesar de serlo y de que transforman los derechos y deberes de las personas sin ser ellos mismos parte del Derecho interno.

Hay muchas formas distintas de dar efectos a estas normativas. Un ejemplo interesante y relativamente reciente que ilustra tal diversidad es la *Human Rights Act* del Reino Unido de 2000, que prescribe en su artículo primero:

(1) En esta ley se entiende por “los derechos de la Convención” los derechos y libertades fundamentales recogidos en:

- (a) Artículos 2 a 12 y 14 de la Convención
- (b) Artículos 1 a 3 del Primer Protocolo y
- (c) Artículos 1 y 2 del Sexto Protocolo

Interpretados en conformidad con los artículos 16 a 18 de la Convención.

(2) Esos artículos serán aplicables a los efectos de esta ley sujetos a cualquier derogación o reserva que se indique.

¿Convierte este artículo los “derechos de la Convención” en parte del Derecho británico? Su lenguaje es cauto y matizado. El resto de la Ley especifica qué efectos jurídicos tienen los derechos en el Derecho británico. Por ejemplo, el artículo 3 dispone:

(1) En la medida en que sea posible, la legislación primaria y la legislación subordinada deben ser interpretadas y aplicadas de forma compatible con los derechos de la Convención.

(2) Esta sección:

- (a) se refiere a la legislación primaria y a la subordinada que sea aprobada;
- (b) no afecta a la validez, continuidad o ejecución de ninguna legislación primaria; y
- (c) no afecta a la validez, continuidad o ejecución de ninguna legislación subordinada incompatible si (sin tener en consideración ninguna po-

sibilidad de derogación) la legislación primaria previene la eliminación de la incompatibilidad.

Si alguna ley dijera “en la medida en que sea posible, la legislación primaria y la secundaria deben ser interpretadas y aplicadas de forma compatible con los edictos del Papa o con los escritos de Kant”, no habríamos estado tentados en ningún caso de pensar que gracias a ello los edictos del Papa y los escritos de Kant habrían llegado a formar parte del Derecho interno, aunque sin duda éstos habrían adquirido, en virtud de esta ley imaginaria, algún efecto jurídico.

Pienso que el efecto acumulado de los distintos artículos de la *Human Rights Act* le autoriza a uno a decir que incorpora “los derechos de la Convención” en el Derecho británico, esto es, que el Derecho británico incluye ahora tales derechos<sup>15</sup>. Pero espero que estas observaciones muestren que la decisión sobre esta cuestión no es sencilla y que no todo lo que parece incorporación lo es, así como que la diferencia entre convertir a una determinada normativa en parte del Derecho y meramente darle algún efecto jurídico sin integrarla en el sistema jurídico no está en el lenguaje de la medida legislativa “incorporativa” –que depende en parte de nuestra concepción general de lo que es un sistema jurídico y de cómo se relaciona con los estándares normativos externos, tales como el Derecho extranjero, las consideraciones morales, o la Constitución y las normas de organizaciones no estatales–.

Quizás debería añadir que la distinción entre lo que forma parte del Derecho y las normas que obligan de acuerdo con el Derecho es particularmente vaga, lo cual no es sorprendente dado que a menudo no nos es necesaria. Aunque a veces hay diferencias de procedimiento respecto a, por ejemplo, las evidencias notorias o el Derecho probatorio que se aplican o no a normas que forman parte del Derecho o que son meramente aplicables de acuerdo con el Derecho, la mayor parte de las veces las consecuencias prácticas de un estándar son las mismas de una manera u otra. Esto no quiere decir que podamos prescindir de la distinción o que no tiene importancia; en tanto que mantenemos que lo que es exigido de acuerdo con el Derecho lo es en virtud del Derecho, no podemos prescindir de ella y en tanto que el Derecho mantiene su lugar en el corazón de la organización política de la sociedad y si-

---

<sup>15</sup> Aunque no tienen el mismo efecto o fuerza en el Derecho británico como si fueran promulgados de un modo sencillo ni el mismo efecto que tienen en otros países que han adoptado la Convención Europea de Derechos Humanos.

que siendo un foco de actitudes de identificación y alienación, la distinción tiene una importancia más allá de cualquier tecnicismo jurídico.

Creo que las referencias llamadas “incorporativas” a la moral pertenecen, junto con la doctrina de los conflictos de leyes, a una forma no incorporativa de dar a diferentes estándares normativos efecto jurídico sin integrarlos en el Derecho interno. Para ver las razones de esta opinión, necesitamos examinar primero el efecto jurídico de tales referencias.

#### 2.4. La llamada incorporación como exclusión modulada

Retomamos así la pregunta principal: ¿cuál es el sentido de las provisiones que otorgan efectos a las consideraciones morales si los jueces están sujetos a la moral de todas formas? El sentido es que tales referencias ayudan al Derecho a modular su intervención y modificación del modo en que las consideraciones morales nos afectan. Usaré tres ejemplos para ilustrar esto. Por regla general el Derecho, como hemos visto, puede modificar la aplicación de los principios morales a sus destinatarios. El Derecho es, sin embargo, una institución compleja, un *conjunto* complejo de instituciones. ¿Qué órganos jurídicos tienen tales poderes? Generalmente, todas las instituciones dotadas de potestad normativa tienen el poder de modificar las consideraciones morales y pueden usar este poder siempre que crean nuevas normas; de hecho, la creación del Derecho implica el uso de tales poderes<sup>16</sup>. La llamada “incorporación” de la moral modula la aplicación de esta regla general.

Mi primer ejemplo tiene que ver con el hecho evidente de que las funciones de creación normativa están desigualmente distribuidas entre varios organismos. Algunos son federales y otros estatales, algunos legislativos y otros judiciales, algunos superiores y otros inferiores. Estas divisiones implican la existencia de límites a las potestades normativas de algunas instituciones. Un ejemplo de estos límites es la creación de una regla de conflicto que priorice las normas elaboradas por un organismo sobre las de los demás, cuando entran en conflicto; así, el Congreso no puede hacer normas contrarias a la Constitución. Cuando la Constitución “incorpora” una consi-

---

<sup>16</sup> Conviene aquí apuntar algunas matizaciones porque una ley puede ser reciente pero su contenido antiguo, siendo una mera reafirmación de una ley “vieja” y puede, aunque más raramente de lo que tendemos a imaginar, simplemente, reafirmar preceptos morales como tales sin ninguna modificación y sin ninguna implicación (para el proceso de ejecución e implementación) que modifiquen la aplicación de las consideraciones morales.

deración moral, tal como la libertad de expresión, está limitando el poder del Congreso y otros centros de producción normativa para modificar este aspecto de la moral. Las referencias a consideraciones morales en las constituciones son casos típicos no de incorporación de la moral, sino de blindaje frente a su exclusión o modificación por parte de la legislación ordinaria.

Mi segundo ejemplo se refiere a la práctica común de asociar tales provisiones constitucionales con el control de constitucionalidad. El control de constitucionalidad no solamente hace exigible el blindaje a la exclusión o modificación de consideraciones morales constitucionalmente protegidas por parte de la legislación, sino que, además, al conferir a los tribunales poderes para hacer respetar ese blindaje, les otorga, cuando deciden sobre la compatibilidad de la legislación con las consideraciones morales constitucionalmente protegidas, el poder de modificar la aplicación de esas mismas consideraciones morales. Así, una segunda función de la llamada incorporación de la moral en el Derecho es distribuir poderes entre los centros de producción normativa.

Pero la referencia legislativa a consideraciones morales tiene otras funciones jurídicas distintas. Mi tercer y último ejemplo es de nuevo típico y sencillo: es el equivalente jurídico del procedimiento de decisión escalonado con el que estamos todos tan familiarizados en nuestra vida cotidiana. La última vez que decidí cambiarme de casa, mi decisión final para comprar y mudarme al apartamento en el que ahora vivo no fue tomada de una sola vez, sino en distintos pasos, de los cuales al menos tres son fácilmente discernibles. Primero, decidí cuánto podía permitirme gastar. Entonces, en vista de esta decisión y de otros factores, decidí sobre el barrio en el que comprar el apartamento. Finalmente, recogí información sobre viviendas disponibles dentro de mis posibilidades en ese barrio y elegí, finalmente, el que compré sobre la base de un amplio abanico de consideraciones funcionales y estéticas. Cada uno de los dos primeros pasos terminaron con una decisión parcial sobre qué apartamento comprar (un apartamento que no costara más que alrededor de... y que estuviera en este barrio) que reducían las opciones que tomaría en consideración en el paso siguiente. Cada paso aportó consideraciones que no jugaron una parte en la decisión previa (o jugaron sólo una parte indirecta). Y, lo que es crucial, cada decisión concluyó mis deliberaciones respecto al impacto de algunas razones, que no volvía a tener en cuenta posteriormente. Nosotros recurrimos con frecuencia a procedimientos de decisión escalonados, pues nos hacen la vida más sencilla y mejoran nuestra capacidad para tomar decisiones razonables.

Las instituciones tienen aún más razones para usar estos procedimientos. Algunas instituciones son mejores que otras a la hora de evaluar algunos aspectos de la decisión. La responsabilidad política exige que ciertas instituciones tomen parte en la decisión, pero están demasiado desbordadas de trabajo para analizarla concienzudamente, por lo que puede ser mejor dejarles que establezcan un marco que será completado por otras. Parte de la información que puede ser útil no estará disponible hasta más adelante, cuando decidir desde cero ya no sea racionalmente posible, y algunas veces puede ser aconsejable posponer algunos aspectos de una decisión hasta que se aproxime el momento de su aplicación. Habitualmente, encontramos que tales consideraciones se usan para justificar, al menos en parte, la delegación de potestades legislativas y reglamentarias a organismos subordinados y a los tribunales. Esto es lo que sucede siempre que se aprueba una norma que debe ser ejecutada prestando atención a ciertas consideraciones morales, por ejemplo, la legislación de contratos determina quién puede perfeccionarlos y bajo qué condiciones son válidos, pero añade que los contratos contrarios al orden público no serán ejecutados, delegando en los tribunales un poder residual para rechazar contratos por esta razón.

Las referencias a la moral en este contexto indican a los tribunales o a los órganos con potestades legislativas o reglamentarias delegadas que mientras el legislador ha tenido en cuenta consideraciones morales y de otro tipo y ha resuelto que éstas justifican las normas promulgadas, no consideró, o no consideró exhaustivamente, el impacto de las llamadas consideraciones morales incorporadas, de modo que es a aquéllos a quienes corresponde hacerlo<sup>17</sup>. De nuevo, lo que parece incorporación no es más que una indicación de que ciertas consideraciones no son excluidas. Los tribunales no pueden oponerse a la legislación y darle de lado porque piensen que debería aprobarse una norma mejor; la legislación les prohíbe hacerlo, pues ésta, en efecto, excluye su acceso a las consideraciones morales con las que el

---

<sup>17</sup> Un ejemplo muy simple en la práctica (sobre el que me llamó la atención T. Endicott) es el artículo 23.13 del Código de Procedimiento Civil (*Civil Procedure Rules*) del Reino Unido que dice: "El tribunal puede tomar medidas para asegurar los costes conforme a la norma 25.12 si (a) está convencido, habiendo considerado todas las circunstancias del caso, de que es justo tomar tales medidas". Es evidente que podría haber dicho, sencillamente: "el tribunal puede, discrecionalmente, tomar medidas para asegurar los costes...". En tal caso, también, el tribunal habría tenido que hacer lo justo. El lenguaje de la norma simplemente recuerda a los tribunales que su discreción no está restringida. No "incorpora" nada.

legislador debería haber contado al aprobar la ley, pero pueden complementar o modificar la ley a la luz de las consideraciones no excluidas.

Para concluir, los jueces son seres humanos y están sujetos a la moral sin ninguna incorporación específica de la misma, como lo estamos todos nosotros. Lo que parece incorporación son varios supuestos de no exclusión.

### 3. EL POSITIVISMO INCLUYENTE Y LOS LÍMITES DEL DERECHO

Los argumentos y conclusiones de este artículo guardan relación con una de las cuestiones más antiguas e importantes en nuestra búsqueda por comprender la naturaleza del Derecho: la cuestión de su relación con la moral. Uno de sus aspectos es la cuestión de los límites del Derecho y especialmente los límites entre el Derecho y la moral. He intentado, en el transcurso de este debate, evitar prejuzgar esta cuestión, la cuestión del límite entre lo que forma y lo que no forma parte del Derecho. Mis observaciones preliminares sobre “la llamada incorporación” explican por qué centrarse en el problema de los límites del Derecho es infructuoso para un debate teórico-jurídico. No obstante, también he señalado que la distinción entre lo que pertenece y lo que no pertenece al Derecho es ineludible, una conclusión ineludible de cualquier teoría sensata del Derecho. Merece la pena insistir un poco más en la naturaleza del problema y sus dificultades.

Como ya se ha señalado, para los tribunales la diferencia entre las normas que ellos tienen que aplicar porque forman parte del Derecho interno y las que tienen que aplicar “solamente” de acuerdo con el Derecho no tiene ninguna diferencia práctica, por lo que no se preocupan por distinguir los conceptos nítidamente. Es cierto que esto no siempre es así. Estándares tales como el Derecho extranjero, los estatutos de otras organizaciones, los acuerdos privados y similares, a veces dan lugar a la aplicación de diferentes normas probatorias o procesales o jurisprudenciales que imponen la validez de un tipo de normas y no de otras (por ejemplo, que están sometidas a la jurisprudencia constitucional federal si, y sólo si, son parte del Derecho interno, o a las previsiones sobre el orden público sólo si no lo son). Para aquellos cuya reflexión sobre el Derecho se centra exclusivamente en la práctica de los tribunales, puede parecer que eso es todo lo que puede importar a alguien, y pueden dudar de que la distinción tenga utilidad alguna. En la medida en que nosotros lo encontramos en nuestro razonamiento sobre el Derecho, en nuestras prácticas legales, sólo tiene, podrían afirmar aquéllos, un interés particular y sin ninguna relevancia teórica.

El Derecho no es, sin embargo, únicamente un conjunto de guías para las decisiones judiciales. Es una institución política de gran importancia para el funcionamiento de las sociedades y para sus miembros. Desde este punto de vista, un británico no puede decir “el Derecho polaco es mi Derecho” sólo porque será aplicado por los tribunales británicos cuando sus normas de conflicto así lo indiquen. La distinción entre normas que los tribunales tienen que aplicar y normas que forman parte del Derecho interno es vital para nuestra capacidad de identificar el Derecho como la institución política que es.

Las distinciones vitales no son necesariamente nítidas. Puede ser que en muchos casos tengamos que resistir la tentación de juzgar si una materia es parte del Derecho o simplemente ha de ser seguida de acuerdo con el Derecho. Se puede decir que no hay diferencia y que podría ser considerado de cualquier manera; podemos sentir que ninguna opinión puede ser proclamada como estrictamente correcta.

¿No es la llamada incorporación de la moral un supuesto de este tipo, donde tanto monta una cosa como la otra? Por el contrario, me parece que la cuestión del estatus de la incorporación de la moral proporciona una buena casuística que muestra la necesidad de prestar atención a veces a la cuestión de los límites del Derecho y al modo en que esa necesidad surge sólo al servicio de otras cuestiones, más que porque el hecho mismo de fijar tales límites tenga una importancia inherente.

Cuando la cuestión debatida es la relación entre el Derecho y la moral, parece inevitable que diferentes opiniones sobre esta relación impliquen diferentes demarcaciones de los límites del Derecho, al menos en el punto de contacto entre éste y la moral<sup>18</sup>. En tanto que admitimos que es posible que una sociedad no sea gobernada por el Derecho, debe haber una diferencia entre los estándares jurídicos y los no jurídicos, los que no son parte del Derecho. Si la sociedad tiene Derecho, entonces tiene un sistema jurídico que puede dejar de existir<sup>19</sup>. La moral, en cambio, no puede dejar de existir o de

---

<sup>18</sup> Por supuesto, una sociedad o una cultura que no maneje los conceptos de moral y de Derecho no tiene una opinión sobre su demarcación. Tal sociedad puede incluso estar sometida al Derecho. La existencia de un Ordenamiento jurídico en cualquier país no depende de la posesión del concepto de Derecho por la población de ese país. Pero de esto no se deduce, evidentemente, que en ese país no hay una frontera que fije los límites del Derecho, y que distinga entre lo que es parte de éste y lo que no lo es. El argumento del texto también es relevante para esto.

<sup>19</sup> Yo doy por sentada la opinión de que el Derecho existe, donde lo hace, como un ordenamiento jurídico, esto es, que no hay leyes aisladas que no sean parte de un sistema.

ser relevante para nosotros. Además, en cualquier país sujeto al Derecho hay derechos morales y obligaciones que no son derechos y obligaciones jurídicas o, al menos, puede haberlos. De ahí que exista una frontera entre el Derecho y la moral. De ahí que el Derecho tenga límites.

Una perspectiva simple da por supuesto que el Derecho se distingue por su conexión con ciertas instituciones y que esta conexión se manifiesta de dos modos: primero, sólo los estándares, las normas promulgadas o aceptadas por ciertas instituciones (las instituciones normativas, entre ellas los tribunales) son Derecho y lo son porque así se ha aceptado. Segundo, sólo los estándares, normas, que son relevantes para ciertas instituciones (las instituciones aplicadoras del Derecho, entre ellas los tribunales) son Derecho. Cualquier teoría que acepta esta perspectiva tiende a considerar la conexión entre el Derecho y la moral como en gran medida contingente, aunque no necesita negar, y no debería hacerlo, que existan algunas conexiones necesarias entre el Derecho y la moral.

Las principales alternativas a esta perspectiva simple renuncian a la primera condición de la validez jurídica; encuentran sólo una conexión necesaria entre el Derecho y las instituciones sociales, la conexión con instituciones que aplican el Derecho, concentrándose casi siempre exclusivamente en los tribunales. Hay un gran número de variaciones posibles sobre este tema. Uno podría, por ejemplo, argüir que el Derecho está formado por todas las normas que la perspectiva simple admite, pero que, además, contiene también los principios morales que son relevantes para la conducta de las instituciones jurídicas, tales como los tribunales. Reglas tales como *audi alteram partem*, por ejemplo, forman parte, según esta tesis, de quizás todos los sistemas jurídicos, independientemente de si son respetadas o no y de si fueron integradas en el Derecho por sus instituciones jurídicas, simplemente porque es una norma moral vinculante para instituciones tales como los tribunales. Otra variante de este enfoque sostiene que el Derecho está formado por todas las normas que los tribunales deberían aplicar. Éstas pueden incluir esos estándares que la perspectiva simple reconoce que, a su vez, pueden comprender los estándares morales que son relevantes para los tribunales. Pero incluyen más, a saber, los estándares que, afectan a quien afecten, los tribunales tienen el deber moral de aplicar, o algo así.

Ambas alternativas a la perspectiva simple reconocen que las normas morales son parte del Derecho simplemente porque son normas morales; no obstante, ambas –y son sólo dos ejemplos entre muchos– respetan la natura-

leza institucional del Derecho al admitir que las normas morales son parte del Derecho sólo si son conectadas específicamente con instituciones jurídicas. Los puntos de vistas conocidos como positivismo jurídico incluyente parecen estar más cerca de la perspectiva simple, pues, al igual que ésta, insisten en la conexión dual entre instituciones jurídicas y estándares jurídicos –las normas jurídicas lo son en virtud de instituciones jurídicas, al tiempo que son aplicadas e impuestas por instituciones jurídicas–. De hecho, estas posiciones pueden reclamar ser defensoras puras de la perspectiva simple: si, conforme a ellas, una norma jurídica requiere que suficientes sectores de la población la acaten y que los tribunales la apliquen, entonces forma parte del Derecho. Y si la norma jurídica “incorpora” estándares morales, entonces esos estándares morales son parte del Derecho. Si hay una ley que estipula que uno debería, en todas sus relaciones con las personas con respecto a las que no tiene especiales responsabilidades, observar todas las obligaciones morales que son pertinentes en las relaciones con los extraños, entonces los estándares morales que disponen tales obligaciones se han convertido en parte del Derecho. Llamaré a esta versión de la tesis positivista jurídica incluyente la tesis de la incorporación<sup>20</sup>.

Las conclusiones de la parte anterior de este artículo plantean una dificultad para la tesis de la incorporación. Si la moral vincula igualmente a los individuos y a los tribunales, de todos modos, entonces todos nosotros, incluidos los tribunales, estamos obligados por ella incluso antes de su incorporación. ¿De qué manera puede la incorporación convertirla en Derecho? El hecho de que la tesis de la incorporación es la más pura expresión de la perspectiva simple le perjudica más que ser un punto a su favor. Sabemos que la perspectiva simple es demasiado simple. Sabemos que el Derecho polaco no forma parte del Derecho griego simplemente porque las normas griegas de conflicto exigen a los individuos y a los tribunales aplicar el Derecho polaco en ciertas ocasiones.

La tesis de la incorporación reivindica que los estándares morales se transforman en Derecho simplemente a causa de su incorporación. Parece

---

<sup>20</sup> Estas observaciones se refieren sólo a lo que HIMMA, *supra*, nota 3, llama la condición de suficiencia del positivismo jurídico incluyente, esto es, a la opinión de que la llamada “incorporación” puede convertir a la moral en Derecho. En este artículo no tomo en consideración los argumentos a favor o en contra de la opinión de que la validez de las normas jurídicas puede depender, bien porque algún otro Derecho así lo determine o por otras razones, de su coherencia con alguna norma no jurídica, moral o de otro tipo.

que carece de recursos para distinguir entre Derecho que nos obliga a nosotros y a los tribunales a seguir alguna ley extranjera o a obedecer las normas de alguna asociación, por ejemplo, y la incorporación de la moral. De hecho, tiene una dificultad especial con esto último, porque la moral se aplica en cualquier caso, en tanto que la tesis de la incorporación sugiere que se aplica sólo si está incorporada.

El argumento de este artículo ha mostrado que las llamadas normas incorporativas tienen su sentido –que su efecto no es incorporar sino más bien evitar la exclusión de la moral por parte del Derecho–. Esto priva a la tesis de la incorporación de otro posible argumento, a saber, que sólo puede dar cuenta de la existencia de leyes que parecen incorporar estándares morales. Por el contrario, no puede explicar su función. Dado que la moral se aplica en cualquier caso, su función no puede ser incorporarla. Nada de esto *demonstr*a que la tesis de la incorporación sea falsa; pero plantea serias dudas sobre ella, dudas que sus partidarios todavía no han aclarado satisfactoriamente<sup>21</sup>.

JOSEPH RAZ  
Balliol College  
Oxford University Oxford OX1 3BJ  
Reino Unido  
e-mail: joseph.raz@balliol.ox.ac.uk

---

<sup>21</sup> Yo planteé esencialmente la misma pregunta en *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979, pág. 47, nota 8, aunque lo hice más bien brevemente y sin el apoyo de los argumentos expuestos arriba.

**CIUDADANÍA Y “GUBERNACULUM” EN EL TRATADO  
SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA  
CITIZENSHIP AND “GUBERNACULUM”  
IN THE EUROPEAN UNION CONSTITUTION TREATY**

MASSIMO LA TORRE  
*Università degli Studi di Catanzaro*

Fecha de recepción: 3-2-06  
Fecha de aceptación: 20-2-06

**Resumen:** *Este artículo analiza algunos de los aspectos más relevantes del proyecto de Constitución europea. Su enfoque se centra en su naturaleza híbrida entre un Tratado internacional y una constitución, la versión restrictiva de la interpretación de la Carta de Derechos fundamentales y la ciudadanía europea como algo derivado. La conclusión considera que las previsiones de esta Constitución tienen más que ver con el constitucionalismo de los Antiguos que con el constitucionalismo de los Modernos.*

**Abstract:** *This paper analyzes some of the most relevant aspects of the European Constitution Project. It deals with the Project's hybrid nature stuck between an international Treaty and a constitution, the restrictive view of the interpretation of the Charter of Fundamental rights and European citizenship as a derivative status. The paper's conclusion is that this Constitution Project is closer to ancient rather than modern constitutionalism.*

**PALABRAS CLAVE:** Constitución, Unión Europea, constitucionalismo, gobernanza.  
**KEY WORDS:** Constitution, European Union, constitutionalism, governance

Parece que el proyecto de Constitución europea sea ya cosa del pasado. Los referenda con resultado negativo de Francia y Holanda marcan el fracaso de un proyecto político de gran envergadura. Y sin embargo los textos y el esfuerzo legislativo están allí, abiertos a la discusión y a una futura distinta deliberación de los pueblos. Así que, a pesar de su fracaso, merece la pena

estudiar y examinar aquellos documentos. Cierta distancia temporal desde el momento “constitucional”, es decir de su sumisión al voto popular, nos permite además ser más fríos e imparciales. En este escrito por lo tanto intento un análisis de la relevancia y de la concepción de la ciudadanía implícita en el Tratado sobre la Constitución europea en la perspectiva de su posible revitalización.

Mi contribución se articula de la manera siguiente. Empiezo con una primera evaluación de la naturaleza y del carácter del proyecto de Constitución europea. Siguen algunas consideraciones sobre algunas diferencias entre los dos proyectos de Constitución que han sido presentados (el primero del julio 2003, resultado de la así llamada Convención, y el otro del octubre 2004, reformado y desarrollado por los Estados miembros y que es producto formal de un Consejo Europeo). Luego me dedico a un análisis de las normas específicas sobre ciudadanía contenidas en el Tratado. Y finalmente termino con unas consideraciones de carácter general, especialmente respecto a la noción de ciudadanía adoptada e introducida en el proyecto, y por lo que concierne su modelo de constitucionalismo. De hecho, y no hubiera podido ser de otra manera, detrás del Tratado, se vislumbra un preciso modelo de orden constitucional. El cual –y ésta es mi tesis central– se encuentra en contradicción con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y con lo que podríamos definir el movimiento constitucional europeo desde la Segunda Guerra Mundial y en general con lo que se concibe como el constitucionalismo de los “Modernos”.

Hay quien ha hablado respecto a las tendencias y a los desarrollos actuales de las instituciones comunitarias europeas de “constitucionalismo autoritario”<sup>1</sup>; yo prefiero apuntar a la vieja noción de *gubernaculum* y a su transubstanciación posmoderna.

## I.

No se puede no darse cuenta del carácter híbrido, complejo y farragoso, en cierta medida barroco, del proyecto de Constitución europea<sup>2</sup>. En primer

---

<sup>1</sup> Cf. A. SOMEK, “Authoritarian Constitutionalism: Austrian Constitutional Doctrine 1933 to 1938 and Its Legacy”, en Ch. JOERGERS and N. S. GHALEIGH (ed.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and Its Legal Traditions*, Hart, Oxford, 2003, pp. 361 ss.

<sup>2</sup> Cf. J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna 2003, p. 47: “Il progetto [...] resta un testo ibrido”.

lugar hay que subrayar su ambigüedad –que encontramos ya en su denominación oficial que es: *Tratado institutivo de una constitución*–. La ambigüedad resulta clara también en la fórmula adoptada por el artículo I-1: “La presente Constitución, que nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa...”. Y el Preámbulo finaliza con un agradecimiento “a los miembros de la Convención por haber elaborado el proyecto de esta Constitución en nombre de los ciudadanos y de los Estados de Europa”. Tampoco podemos olvidar que el artículo I-60 introduce una regla inédita en la historia del derecho comunitario: la previsión explícita de la posibilidad para un Estado miembro de retirarse voluntariamente de la Unión. Además, el método previsto para la revisión de la Constitución (art. IV-443) es en última instancia aquel de la revisión de un tratado de derecho internacional (con la complicación de la intermediación de otra Convención)<sup>3</sup>, aunque se introduzcan procedimientos de revisión simplificados (arts. IV-444 y IV-445).

Como sabemos, un tratado es algo producido por los Estados (podríamos añadir: desde arriba), mientras que una constitución es algo producido por la generalidad de los ciudadanos (desde abajo). Un tratado no presupone necesariamente ningún procedimiento democrático; es un acuerdo, un compromiso, entre sujetos distintos, que permanecen tales, y que aquí se guían por una racionalidad estrictamente prudencial o negocial. Una constitución, en la tradición europea, es un acto de la soberanía popular, de un pueblo que se constituye como tal, y que crea un espacio común de actuación y convivencia. El tratado, en la terminología de Michael Oakeshott, sería la institución de una “*enterprise association*”, una sociedad de intentos para conseguir unos fines específicos y limitados; una constitución en cambio es la fundamentación de una “*association in terms of a practice*”, y tiene como resultado y fin algo que abarca el conjunto de las relaciones sociales entre sujetos, una “*civil condition*”<sup>4</sup>.

Así que resulta bastante complicado pensar una estructura colectiva al mismo tiempo producto de un tratado y de una constitución. En cierta medida los dos términos se anulan entre sí. Y nos encontramos antes la alternativa siguiente: *aut* son los ciudadanos a decidir una estructura de convi-

<sup>3</sup> Como escribe Andreas Fisahn, “la Convención se ha entusiasmado tanto de sí misma que en un futuro los cambios de la Constitución necesitan de la contribución de una Convención” A. FISAHN, “Die europäische Verfassung -- ein zukunftsöffener Entwurf?”, *Kritische Justiz*, núm. 37, 2004, p. 387.

<sup>4</sup> Cf. M. OAKESHOTT, *On Human Conduct*, Clarendon, Oxford 1975, pp. 121-122.

vencia general (*constitución*) aut son los (jefes de) Estados que se ponen de acuerdo para juntar sus fuerzas en un ámbito cuyos confines sean bien delimitados (*tratado*). Sin embargo, si se dice que se trata de un tratado que instituye una constitución, nos están diciendo que de verdad el “*mode of relationship*” (para usar una vez mas a los términos de la filosofía política de Oakeshott<sup>5</sup>) es aquel del *tratado* y no de la constitución<sup>6</sup>.

En segundo lugar hay que constatar que el proyecto en cuestión representa más que un documento *constitucional* una especie de codificación o mejor dicho de *consolidación* de un derecho en gran medida ya vigente. Así se explica por ejemplo la inclusión de la parte tercera, que trata de muchas minucias, y sobre todo del mercado común, en el texto “constitucional”. El intento en cierta medida es de formalizar y codificar el *acquis communautaire*, el “acervo comunitario”, y así también de quitarle el carácter –predominante hasta ahora en varios ámbitos– de “derecho jurisprudencial”. Hacia esta dirección se encamina la introducción explícita del *principio de atribución*. En efecto, en el artículo I-11, apartado primero, leemos que “la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución”. No podrán los órganos de la Unión ejercer poderes que no sean literalmente otorgados por los Estados Miembros y que no sean formalmente previstos en el documento constitucional, en contra de lo que parecía ser según algunos un criterio interpretativo posible en la situación pre-constitucional, es decir aquel de los “poderes implícitos” (*implied powers*)<sup>7</sup> –siguiendo en cierta medida una doctrina que ha marcado el federalismo norteamericano y que tiene una justificación no deontológica, sino teleológica y pragmática–. Sin embargo, la así llamada “cláusula de flexibilidad” (art. I-18) reintroduce la posibilidad de atribución de poderes no previstos en casos excepcionales mediante una decisión del Consejo y propuesta de la Comisión.

Por cierto no hay que olvidar y se debe apreciar que el texto “constitucional” elimine y supere la vieja articulación del orden comunitario en tres pilares, unificándolos todos a través de la personalidad jurídica finalmente

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 121.

<sup>6</sup> Sin embargo en el caso de los Estados federales las cosas se presentan de manera más compleja: “la aprobación de una constitución federal allí donde no existe una unidad política previa exige el consentimiento de todos los Estados afectados” L. M. DIEZ-PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid 2002, p. 94.

<sup>7</sup> Cf. J. H. H. WEILER, “The Transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, núm. 100, 1991, pp. 2403 ss.

reconocida a la Unión. Lo que permite la aplicación del “método comunitario” y el ordinario procedimiento de “legislación” a todo el conjunto de materias y reglas comunitarias. Esto es un evidente avance hacia una verdadera estructura constitucional, en el sentido de no ser sometida en principio a la dinámica intergubernamental y así de permitir, por lo menos en general, la extensión del principio de legalidad a todas las esferas de la maquinaria comunitaria.

De todas maneras, es la dinámica misma de la concreta elaboración de la “constitución” la que la hace sumamente ambigua, ya que el texto es producto por un lado de una “Convención” de ciudadanos sin legitimidad democrática explícita (ya que no han sido elegidos directamente por los pueblos) y por otro lado del acuerdo de los Estados (de sus órganos ejecutivos). Además, hay que subrayar al respeto que la parte tercera del texto en gran medida no ha sido ni siquiera discutida por la Convención y ha sido elaborada y “cocinada” exclusivamente por los ejecutivos estatales.

Finalmente la misma arquitectura de la Unión, tal y como está diseñada por el proyecto, es ambigua, híbrida. Hay un doble poder legislativo, repartido entre el Parlamento europeo (que decide por mayoría) y el Consejo europeo (donde se reúnen los jefes de Estado) –que decide en muchos casos *por unanimidad*. En cierta medida esta ambigüedad se extiende al mismo concepto de *ley* adoptado en el proyecto.

El proyecto reformula las fuentes del derecho comunitario según una nueva jerarquía que es la siguiente: 1) leyes europeas, 2) leyes-marco europeas, 3) reglamentos europeos, 4) decisiones europeas. Ahora bien, la “ley europea” coincide con lo que hasta ahora llamábamos *reglamento* (comunitario), y la “ley marco” es equivalente a lo que hasta ahora se denominaba *directiva*. “La ley europea –dice el art I-33– es un acto legislativo de alcance general”, y es inmediatamente aplicable. “La ley marco europea es un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y medios”.

En nuestras tradiciones constitucionales la *ley* sin embargo es ideal típicamente la expresión de la voluntad general –lo que significa que tiene que satisfacer por lo menos tres condiciones: (i) Tiene que ser expresión mediante representantes del sujeto de la voluntad general, el pueblo o los ciudadanos. (ii) Tiene que ser una medida que establezca una regla de carácter universalizable orientada al bien común –la universalización concierne tanto la

*forma* como el *contenido* de la medida en cuestión-. (iii) Tiene que ser el resultado no de simple decisiones, o de simples negociaciones, sino de deliberaciones orientadas a la prevalencia del mejor argumento y a la posible ideal aceptabilidad del conjunto de los afectados. (Sólo así se explica en efecto la presunción de constitucionalidad de la que goza la ley).

Ahora bien, ¿cómo se producen según la Constitución europea las “leyes europeas” y las “leyes marco” europeas? Se producen –según el art. I-34– mediante el procedimiento de co-decisión entre Parlamento europeo y Consejo europeo, donde el Parlamento no tiene poder de iniciativa legislativa y puede sólo vetar la decisión del Consejo (art. III-396). Sin embargo, hay que subrayar que la co-decisión representa sólo el proceso ordinario de emanación de los actos legislativos europeos. Hay muchos otros casos no ordinarios, según una doble tipología. (a) Hay casos en los cuales el Consejo actúa según el criterio de la unanimidad y donde el Parlamento juega el papel de mero órgano consultivo. Este por ejemplo es el caso de la legislación en materia de derechos de ciudadanía (art. III-126). (b) Hay casos también donde el proyecto excluye de manera completa cualquier posible intervención del Parlamento. Este es el caso por ejemplo de la política exterior y de la política de defensa (art. III-300).

## II.

Quisiera ahora pasar a examinar de manera muy rápida algunas diferencias que hay entre los dos textos acabados del proyecto de Constitución. El primero fue remitido al Consejo europeo de Roma del 18 de julio 2003. El segundo texto firmado en Roma el 29 de octubre 2004 por los jefes de Estados es el definitivo. Ahora bien, los dos textos *no son idénticos*, y las diferencias no son siempre minucias. Muy relevante por ejemplo ha sido la revisión de los criterios de la mayoría calificada para las decisiones del Consejo europeo, así como las nuevas normas en materia de revisión del Tratado. Aquí yo quiero subrayar dos modificaciones introducidas por los ejecutivos y la dinámica intergubernamental.

La primera concierne al Preámbulo; la segunda a la Parte segunda que contiene y recoge la Carta de los derechos fundamentales de la Unión. El primer texto de la Constitución se abría con una cita de Tucídides: “Nuestra constitución [...] se llama democracia porque el poder está en las manos no de una minoría, sino del mayor número”. En la versión definitiva del pro-

yecto la cita ha desaparecido. Lo que quizás puede señalar alguna duda o perplejidad sobre la posibilidad de comparar la Unión europea a la polis griega y especialmente a Atenas del siglo quinto antes de Cristo. Sin embargo, las dudas sobre esta comparación, por cierto retórica, apuntan hacia un menor entusiasmo democrático alrededor de la nueva Constitución.

La segunda novedad que quiero subrayar es la siguiente. La Constitución europea recoge y recibe la Carta europea de Derechos fundamentales y le da pleno valor jurídico (art. I-9, apartado primero). Sin embargo, la Constitución en su primera versión añade en el artículo II-52 los párrafos siguientes. "4. En la medida en que la presente carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretaran en armonía con las citadas tradiciones. 5. Las disposiciones de la presente carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos. 6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente carta". Además, en el Proyecto de Constitución, en el Preámbulo de la Carta, se añade que: "En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad de la Convención europea".

Como se puede ver, en el Preámbulo reformado y en los tres nuevos apartados del artículo II-52 se introducen criterios ulteriores (y básicamente restrictivos) para la interpretación de la carta. Pero sobre todo se reenvía a una misteriosa distinción *entre derechos y principios*. Esta se encuentra formulada de manera explícita en las declaraciones y explicaciones de algunos representantes de los Estados miembros. Su contenido fundamental es que los "principios" serían aquellas normas sobre derechos que necesitan una acción positiva de los órganos públicos, mientras que "derechos" serían simplemente aquellos así llamados negativos, los derechos de la "primera generación", los derechos "liberales". Mientras que los "derechos" serían accionables delante del juez, lo mismo no podría decirse de los "principios". Así que la función de los (pocos) derechos sociales incluidos en la Carta tendría valor sólo hermenéutico, formal, pero no substancial. No se puede -este es el punto fundamental- ir a demandar un "principio" ante un juez.

Ahora bien, el nuevo texto, el definitivo, del Proyecto de Constitución añade un último apartado al artículo en cuestión, cuyo número ya no es el 52, sino el 111. “7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”. ¿Qué significa esto? Nada más y nada menos que los derechos fundamentales tienen que ser interpretados, o mejor dicho, que tienen valor *hermenéutico*, y no substantivo, y esto *siempre*, aunque sean derechos en sentido estricto y no “principios”, es decir aunque sean derechos “liberales”, con referencia al alcance que los Estados miembros han querido concederles a los derechos mismos.

Una vez más el objetivo son los derechos sociales que se ven reducidos a meras sombras de las *policies*, de las políticas de los Estados. Se intenta también con estas disposiciones contrarrestar el funcionalismo de la Comisión europea de Bruselas y el activismo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo.

### III.

Llegamos ahora al corazón –por decirlo así– de nuestra cuestión: la emergencia de una nueva ciudadanía supranacional, la ciudadanía europea.

El presente proyecto de Constitución habla mucho de ciudadanía, y lo hace no sólo en la Parte segunda, la parte de los derechos fundamentales, sino también en la Parte primera, luego en la tercera, e incluso en el Preámbulo, donde –como hemos visto– se da las gracias “a los miembros de la Convención Europea por haber elaborado el proyecto de esta Constitución en nombre de los *ciudadanos* y de los Estados de Europa”. El lugar donde se especifica la noción de ciudadanía de la Unión es el Título segundo de la Parte primera en el artículo I-10.

Las disposiciones que encontramos en dicho artículo reproducen fundamentalmente lo que ya estaba establecido por el Tratado de la Unión Europea de Amsterdam (de 1997) –que a su vez había modificado el tenor al respecto del Tratado de Maastricht (de 1992)–. La primera cosa que se dice es que: “1. Toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro posea la ciudadanía de la Unión, que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”. La ciudadanía europea por lo tanto no es un estatus originario pri-

migenio, sino accesorio o derivado. Se es ciudadano europeo si y sólo si, o en cuanto y sólo en cuanto, se es ciudadano (o nacional) de un Estado miembro. Una previa, tímida referencia a la posibilidad de una ciudadanía "dual" en una versión preliminar del proyecto ha sido definitivamente borrada<sup>8</sup>.

El apartado dos del artículo I-10 establece en qué consiste esta ciudadanía supranacional. Fundamentalmente consiste en *cinco* derechos: libre circulación, sufragio, protección consular, derecho de petición, y derecho de dirigirse a los órganos de la Unión en su propia lengua estatal. Se trata es decir : (a) del derecho "de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros"; (b) del derecho "de sufragio activo y pasivo en las elecciones al parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado"; (c) del derecho "de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado"; (d) del derecho "de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al defensor del Pueblo Europeo"; (e) así como finalmente del derecho "de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y de recibir una contestación en esa misma lengua".

Todos estos derechos están sometidos a una importante cláusula de limitación o restricción, según la cual "estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por la Constitución y por las medidas adoptadas en la aplicación de estas". La cláusula, al ser muy vaga, resulta bastante amplia. De manera que las limitaciones a los derechos no están vinculadas ni a la reserva de ley ni al respeto del contenido esencial de los derechos, ni siquiera al principio de proporcionalidad; condiciones todas estas que en cambio sí que sirven de garantía para los derechos contemplados en la Parte segunda de la Constitución (véase el artículo II-112, apartado 1). Aunque el apartado 2 de este último artículo, el II-112, al establecer que "los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas", hace la garantía del primer apartado inaplicable a los derechos, entre otros, de ciudadanía en su conjunto.

---

<sup>8</sup> Cf. P. BIRKINSHAW, "Supranationalism, the Rule of Law, and Constitutionalism in the Draft Union Constitution", *Yearbook of European Law*, núm. 23, 2004, p. 221.

Efectivamente –como he anticipado– de ciudadanía se habla y mucho también en la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, es decir ahora en la Parte segunda del proyecto de Constitución. Como es conocido, la Carta estructura los derechos fundamentales según seis valores básicos. Estos son: (1) dignidad, (2) libertades (al plural), (3) igualdad, (4) solidaridad, (5) ciudadanía, (6) justicia. Por lo tanto, el Título quinto de la Carta trata de la ciudadanía, y lo hace a lo largo de ocho artículos (arts. 99-106). Así que hay más normas sobre ciudadanía en la Carta (ahora Parte segunda del proyecto de Constitución) que en la parte primera (donde de ciudadanía en sentido propio se trata sólo en un artículo, el I-10).

Los ocho artículos del título quinto de la carta básicamente reformulan, o mejor dicho, anticipan (ya que la Carta es cronológicamente anterior al texto constitucional), los cinco derechos previstos en el artículo I-10. Con una sola novedad: el derecho a una buena administración –del que trata el artículo II-101–. Sin embargo, en la formulación de dicho artículo queda muy claro que el derecho a una buena administración no es un derecho cívico o ciudadano, en cuanto su titularidad está adscrita a cualquier residente en la Unión europea, aunque no sea nacional de un Estado miembro. “Toda persona –dice el primer apartado del artículo II-101– tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”.

El contenido de este derecho es la introducción, relevante –me parece–, de la estructura del procedimiento contradictorio o “adversarial” –hasta ahora reservada en muchos Estados miembros solo para los procedimientos judiciales– también a los procedimientos administrativos. El derecho a la buena administración así se substancia en tres derechos específicos: (i) “el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente”; (ii) el derecho de toda persona a tener acceso al expediente que la concierna”; (iii) el derecho a que la Administración motive sus decisiones. Pero, una vez más, este derecho no se puede considerar un derecho de ciudadanía en sentido propio, ya que se lo adscribe a toda persona afectada por medidas de la Administración y no sólo a los nacionales de los Estados miembros (los ciudadanos europeos). Si así no fuese, y se podría argumentar que así no es, ya no se podría afirmar el carácter derivativo de la ciudadanía europea y su dependencia absoluta de la nacionalidad de un Estado miembro. De manera que se puede considerar que este artículo abra nuevas perspectivas a una distinta y más abierta (y densa) configuración del estatus de ciudadano europeo.

Relacionado con el "derecho a la buena administración" está otro derecho previsto por el artículo II-102, el "derecho de acceso a los documentos". Según este artículo "todo ciudadano de la Unión y toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado Miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte". Sin embargo, aquí resulta un poco inquietante que a lado de las personas físicas se mencionen las *personas jurídicas*, a las cuales se les otorga el mismo derecho. Es decir, aquí se pone en cierta manera una equivalencia fuerte entre personas físicas y personas jurídicas, donde detrás de estas últimas se vislumbra claramente el perfil de las empresas y corporaciones empresariales. De modo que entre los sujetos o los titulares de los derechos de ciudadanía la Carta incluye las empresas, a la par que en el Título segundo sobre libertades, antes de sancionar la propiedad como derecho fundamental (sin mención de ninguna función social -a la manera por ejemplo del artículo 41 de la Constitución italiana de 1948), se añade un derecho fundamental inédito: el derecho a la empresa (art II-76)- ya que el derecho a la iniciativa privada del que hablan algunas Constituciones europeas resulta mucho menos específico, cubriendo por ejemplo el ejercicio de las profesiones liberales (que tradicionalmente y deontológicamente no se pueden equiparar a una actividad empresarial). Muy significativo además es que se incluya dicho derecho (el del artículo II-76) y con ello el derecho de propiedad en el título de las *libertades*, dándole una dignidad *política* que en las Constituciones europeas generalmente no se le otorga.

#### IV.

La ciudadanía es algo que tiene que ver y mucho con la soberanía. Se puede decir que una comunidad política es como una moneda con dos caras<sup>9</sup>. Una cara es la soberanía, y ésta se define como el poder de emanar las reglas y medidas que dirigen la conducta de los sujetos de la comunidad. Este poder se configura como soberano si posee los que los juristas alemanes llaman la *Kompetenz-Kompetenz*, la competencia sobre la competencia, la competencia de poder definir y atribuirse sus propias competencias.

---

<sup>9</sup> Cf. M. LA TORRE, "Citizenship: An European Wager", *Ratio Juris*, núm. 8, 1995.

La ciudadanía, que es la otra cara de la moneda del orden político, fundamentalmente consiste en la titularidad de los derechos de contribuir a la producción de aquellas reglas y medidas que afectan al conjunto de los miembros de la comunidad. Ahora bien, así como la soberanía se apoya en un elemento de meta-competencia, de poder sobre poderes, lo mismo vale por lo que concierne la ciudadanía –que es el elemento subjetivo y público de la soberanía–. El ciudadano es aquel sujeto que, entre otras cosas, decide sobre los derechos de ciudadanía mismos, y así tiene el poder de darles contenido y extensión determinada. Si el ciudadano no puede decidir sobre sus poderes, no tiene de verdad los poderes de un ciudadano. Podríamos decir que la ontología del ciudadano es reflexiva en el mismo sentido de la ontología de la *persona*: persona es un sujeto que tiene conocimiento o experiencia o capacidad de ser sujeto y de intervención sobre su subjetividad. De la misma manera ciudadano es un sujeto que tiene experiencia o capacidad de ser ciudadano y de intervención sobre su ciudadanía.

Pero, ¿que pasa en este respecto con la ciudadanía europea? Lo que aquí vemos ya lo he anticipado. El ciudadano europeo, además de tener poderes muy limitados, no tiene ningún metapoder; es decir, no tiene capacidad de ser o actuar como ciudadano *en materia de ciudadanía*.

El artículo III-126 establece de manera clarísima que en materia de derechos políticos del ciudadano europeo: “el Consejo delibera por unanimidad, previa consulta del Parlamento europeo”. Lo que quiere decir que allí donde se trata de emanar medidas y reglas sobre los derechos más importantes y paradigmáticos del ciudadano europeo, los de sufragio, el ciudadano (y por él el Parlamento) no tiene ni siquiera el poder de co-decisión. En este caso el Parlamento no actúa como órgano legislativo, sino más modestamente y menos democráticamente como órgano *consultivo*. La única cosa que se parece a un derecho de metacompetencia por parte de los ciudadanos se encuentra en el artículo I-47 donde se prevé que: “Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requiere un acto jurídico de la Unión para los fines de aplicación de la Constitución”. Es una especie de derecho de iniciativa popular en materia legislativa –con la limitación radical sin embargo de no poderse dirigir directamente al Parlamento o al Consejo ni de vincular la acción de la Comisión, la cual bien podrá modificar o desatender la propuesta del millón de ciudadanos europeos–.

En el presente proyecto de Constitución europea, en resumen, la ciudadanía consiste de derechos muy cortos. Sobre todo se queda privada de su arraigo ontológico, es decir de sus *metapoderes*, y resulta en buena medida una simple *façon de parler*, palabrería, quizás incluso ejercicio de malabarismo<sup>10</sup>.

De todas maneras, frente a este proyecto la pregunta fundamental que hay que poner es la siguiente: ¿Qué tipo de constitucionalismo se nos propone? Ahora bien, aquí habría en primer lugar que distinguir –me parece– entre un constitucionalismo de los “Antiguos” y un constitucionalismo de los “Modernos”<sup>11</sup>. Esta distinción me parece más pertinente que la otra, entre un constitucionalismo franco-americano y otro anglo-germano, que nos ha propuesto al respeto hace poco un estudioso alemán<sup>12</sup>.

El primero, el constitucionalismo de los Antiguos, se caracteriza por la separación entre dos esferas de poderes públicos, *gubernaculum* e *iurisdictio*. La *iurisdictio* es un ámbito de derechos privados en el que el poder de gobierno no tiene prerrogativas soberanas, y que está protegido por la posible acción de los tribunales. El *gubernaculum* por el contrario es el ámbito de gobierno, de prerrogativas de gobierno, sobre el cual los tribunales no tienen ninguna competencia y hacia el cual los ciudadanos no pueden hacer valer ningún derecho. En el constitucionalismo de los Antiguos la constitución es fundamentalmente “concedida”, *octroyée*, por el soberano a los ciudadanos, o bien es un *pacto* entre los dos (a la manera de la Magna Charta, o si se quiere, de la alianza entre Yahvé y el pueblo elegido). El liberalismo doctrinario francés de la primera mitad de siglo XIX todavía refleja bastante bien este modelo.

El constitucionalismo de los Modernos –que coincide en buena medida con el modelo franco-americano del que habla Christoph Möllers<sup>13</sup>– tiene

---

<sup>10</sup> Renaud Dehousse ha hablado “des références incantatoires à la citoyenneté européenne contenue dans le Traité de Maastricht”. R. DEHOUSSE (dir.), *Une constitution pour l'Europe?*, Presses de Sciences Politiques, Paris 2002, p. 35.

<sup>11</sup> Sobre esta distinción véase el clásico texto de Charles H. McILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, New York 1947, especialmente capítulo sexto.

<sup>12</sup> Léase Ch. MÖLLERS, “The Politics of Law and the Law of Politics: Two Constitutional Traditions in Europe”, E. O. ERIKSEN, J. E. FOSSUM, A. J. MENENDEZ (ed.), *Developing a Constitution for Europe*, Routledge, London 2004, pp. 129 ss.

<sup>13</sup> Véase *ibid.*

tres caracteres básicos. (a) Todo el conjunto de los poderes públicos está sometido a las reglas constitucionales (de manera que no hay *gubernaculum* distinto de la *iurisdictio*). (b) Las reglas constitucionales son el producto de un procedimiento excepcional o extraordinario (incluso en el sentido de *extra ordinem*) de deliberación colectiva, mediante el cual la comunidad se autoinstituye en su generalidad (el “momento constitucional” del que habla Bruce Ackerman<sup>14</sup>). No es *octroyé*, ni es un “pacto” entre un soberano ya constituido y la ciudadanía. (c) Los ciudadanos son titulares de “intensos” o “largos” derechos constitucionales que tienen un carácter definitorio del mismo orden constitucional, y por lo tanto incluso de la soberanía.

Ahora bien, el presente proyecto de Constitución europea no satisface a ninguna de las tres exigencias del constitucionalismo de los Modernos. (i) No somete el *gubernaculum* –los poderes públicos– a un proceso de constitucionalización, ya que el poder más relevante queda en manos del Consejo europeo que permanece irresponsable hacia cualquier institución *comunitaria* europea. (ii) El procedimiento de emanación del proyecto ha sido en gran medida de carácter intergubernamental o de carácter burocrático y tecnocrático –a pesar de las novedades presentes en el método de la Convención de Giscard-<sup>15</sup>. Es decir, estamos en frente a un texto *octroyé* –que representa a lo mejor un pacto entre los Ejecutivos, la burocracia comunitaria, y unos autoproclamados representantes de los pueblos–. (iii) Los ciudadanos sí tienen derechos fundamentales, pero éstos no comprenden los derechos políticos –que están sometidos plenamente a la autoridad, al *gubernaculum*, de los Estados miembros–.

El hecho mismo de que un vocablo bastante singular, *governance*, aparezca en el proyecto para definir su forma de gobierno señala –me parece– el carácter “distinto”, y –cabe añadir– “antiguo” del constitucionalismo de la Unión europea. Se afirma que la Unión persigue la “*good governance*”. La transparencia de los trabajos de las instituciones –se dice en el artículo I-50– se respetará “a fin de fomentar una buena gobernanza”. Pero, ¿qué significa “gobernanza”? No es el equivalente de “gobierno” en sentido constitucional (uno de los tres poderes del Estado), ya que la mención de este último reenviaría y supondría una constitucionalización plena y articulada de aquel o por lo menos plantearía la cuestión de dicha constitucionalización.

---

<sup>14</sup> Véase B. A. ACKERMAN, *We the People, Vol. 1, Foundations*, Belknap Press, Cambridge, Mass. 1991.

<sup>15</sup> Cf. O. DUHAMEL, “Convention versus IGC”, *European Public Law*, núm.. 11, 2005, pp. 55 ss.

“Gobernanza” significa más bien gobierno *informal*, gobierno no sometido a las formalidades de un verdadero derecho constitucional<sup>16</sup>; significa en una palabra –me parece– *gubernaculum*. El hecho que éste se presente hoy a través de un neologismo, y tal vez bajo las vestes de una doctrina posmoderna que dice querer salir de los viejos y estancados paradigmas del Estado, no le quita por cierto su claro y en cierta medida rancio olor a antiguo.

MASSIMO LA TORRE

*Università degli Studi di Catanzaro*  
*Departamento di Scienza e Storia del Diritto*  
*Viale Pio X, 250*  
*88100 Catanzaro*  
*Italia*  
*e-mail: mlatorre@unicz.it*

---

<sup>16</sup> Cf. A. MENÉNDEZ, “Between Laeken and the Deep Blue Sea. An Assessment of the Draft Constitutional Treaty from a Deliberative-Democratic Standpoint”, *European Public Law*, núm. 11, 2005, p. 126.



**LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL EN EL MARCO  
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL\***

*THE UNIVERSAL ACCESSIBILITY  
IN THE SPANISH CONSTITUCIONAL FRAMEWORK*

RAFAEL DE ASÍS  
ANA LAURA AIELLO  
FRANCISCO BARIFFI  
IGNACIO CAMPOY  
AGUSTINA PALACIOS  
*Universidad Carlos III de Madrid*

Fecha de recepción: 15-9-2006  
Fecha de aceptación: 30-9-2006

**Resumen:** *El trabajo aborda la delimitación conceptual y el alcance de la idea de accesibilidad universal en el ámbito normativo español, tomando como referencia una comprensión de la discapacidad desde lo que ha sido denominado como modelo social (lo que implica situar la reflexión en el discurso de los derechos humanos). De esta forma, se analizan y exponen las distintas configuraciones jurídicas posibles de la accesibilidad desde el marco constitucional español. Finalmente se exponen algunos referentes desde los que solucionar conflictos en materia de accesibilidad.*

**Abstract:** *This work addresses the conceptual delimitation and the scope of the idea of of universal accessibility as enshrined in the Spanish legal system. The authors assume the comprehension of the disability of the so-called social model (what*

---

\* Este trabajo es un resumen de un informe elaborado a petición del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y en el marco del proyecto de investigación "Accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en el ámbito público" (Ministerio de Educación y Ciencia SEJ2005-01609), por un equipo dirigido por Rafael de Asís, y compuesto por Ana Laura Aiello, Francisco Bariffi, María de los Ángeles Bengoechea, Diego Blázquez, Nora Bluro, Ignacio Campoy, Agustín de Asís, Rafael de Asís, Alberto Iglesias, Emilio Moyano, Agustina Palacios, Antonio Pelé y Gregorio Saravia.

*implies to locate this reflection inside the human rights discourse). Thus, the different possible legal configurations are explored and analyzed in the light of the Spanish constitutional framework. Finally the article outlines some points of reference to solve conflicts of accessibility.*

**PALABRAS CLAVE:** discapacidad, accesibilidad, ajustes razonables, proporcionalidad

**KEY WORDS:** disability, accessibility, reasonable adjustments, proportionality

## 1. ALGUNAS REFLEXIONES INTRODUCTORIAS

El objetivo principal de este trabajo es profundizar en la delimitación conceptual de un término, “accesibilidad universal”, absolutamente clave en materia de derechos de las personas con discapacidad y eje de las actuales políticas nacionales e internacionales que se proyectan sobre la discapacidad.

En este sentido, en España, la Ley 51/2003 de 3 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad universal de las Personas con Discapacidad, se refiere a la accesibilidad universal como “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de “diseño para todos” y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”.

### 1.1. Sobre los modelos de aproximación a la discapacidad

No cabe duda que una adecuada comprensión de este concepto y de su alcance en el Ordenamiento jurídico español, depende de la forma en la que se aborde la discapacidad. En este sentido, existen diferentes formas de entender la discapacidad, que se identifican a través de distintos modelos, en ciertos aspectos complementarios. Básicamente, estos son el modelo médico o rehabilitador y el denominado modelo social.

Desde el modelo médico, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. Se sitúa el “problema” de la discapacidad dentro del individuo, considerándose que las causas de dicho problema son el resultado exclusivo de las limitaciones funcionales o pérdidas psicológicas, que

son asumidas como originadas por la deficiencia. A partir de dichas premisas, las políticas deben tender a “normalizar” a las personas en la medida de lo posible, y de ese modo ayudarlas a ser integradas en la sociedad. Desde el punto de vista jurídico, la discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y la seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del Derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela.<sup>1</sup>

Si bien en su momento este modelo supuso importantes avances derivados del hecho de reparar en las situaciones individuales de las personas y pretender así brindar respuestas particulares desde las políticas legislativas, ciertos cambios que se han producido en las últimas décadas respecto del modo de afrontar el fenómeno de la discapacidad, han derivado en una nueva concepción de la misma, que supone una manera diferente de conceptualizarla. Estos cambios se plantean desde otro modelo que en algunos aspectos complementa, y en otros supera al anterior, denominado modelo social.

Desde el modelo social la discapacidad no es considerada simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social.<sup>2</sup> Por lo tanto, se considera que el problema requiere la introducción de una serie de cambios sociales, muchos de ellos –tal vez todos– relacionados con los derechos humanos.<sup>3</sup> En este sentido, implica incluir la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y, por tanto, tomar como referencia los principios y valores presentes en la teoría de los derechos<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> G. QUINN y T. DEGENER, *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Doc. HR/PUB/02/1, Naciones Unidas, 2002, pp. 11 y ss.

<sup>2</sup> Vid. C. COURTIS, “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 51, 2004, p. 7.

<sup>3</sup> R. DE ASÍS ROIG, “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos”, en la obra titulada *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, I. CAMPOY CERVERA (Coord.), Dykinson, Madrid, 2004, pp. 62 y ss.; R. DE ASÍS ROIG, “Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos humanos”, en la obra *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, E. JIMÉNEZ (Ed.), Ediar-Dykinson, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 17-48; I. CAMPOY CERVERA, “Una aproximación a las nuevas líneas de fundamentación de los derechos de las personas con discapacidad”, en *I Jornadas Discapacidad y Desarrollo*, COCEMFE, Madrid, 2005, –versión electrónica en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 2004-2005–.

<sup>4</sup> Vid. al respecto, G. PECES-BARBA, y otros, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 2005.

El tratamiento social que se brinda a las personas con discapacidad debe basarse en la búsqueda de la inclusión, respetando el principio de igualdad de oportunidades.<sup>5</sup> Se entiende que las personas con discapacidad sufren una situación de desventaja, que requiere la búsqueda de soluciones a partir del respeto a los valores esenciales que fundamentan los derechos humanos.<sup>6</sup> De este modo, el modelo social aboga por la rehabilitación o normalización de una sociedad, que ha de ser pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todos.<sup>7</sup>

Puede decirse que tanto el modelo médico como el social están presentes en la regulación de la cuestión de la discapacidad dentro del Ordenamiento jurídico español. Así, en el ámbito de la legislación se puede observar claramente esa coexistencia (modulada conforme a las nuevas tendencias que se inclinan por la filosofía esbozada por el segundo de los modelos –como complemento a veces, como superación otras– respecto de la derivada del modelo médico o rehabilitador), en el paso de la Ley 13/1982 (de Integración Social de los Minusválidos), a la Ley 51/2003 (de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de Personas con Discapacidad).

## 1.2. Sobre el concepto de discapacidad

Desde los presupuestos del modelo social, un concepto amplio y adecuado de discapacidad haría referencia a una situación caracterizada por la limitación o imposibilidad de ejercitar adecuadamente una función corporal o una parte del cuerpo, o de poder percibir adecuadamente la realidad, emociones o juicios, o de poder participar en la sociedad; como consecuencia de una deficiencia, o de la construcción del entorno social, o de la interacción de ambos.

---

<sup>5</sup> I. CAMPOY CERVERA, “El reflejo de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 1, 2004.

<sup>6</sup> P. LONGMORE y L. UMANSKY (eds.), *The New Disability History. American Perspectives*, New York University Press, Nueva York, 2001; R. C. SCHEERENBERGER, *Historia del retraso mental*, Traducción de Isabel Villena Pérez, Real Patronato de Educación y Atención a Deficientes, Servicio Internacional de Información sobre Subnormales, San Sebastián, 1984; H. J. STIKER, *A History of Disability*, , The University of Michigan Press, traducido por William Sayers, Ann Arbor,, 1999.

<sup>7</sup> A. PALACIOS, “¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el derecho español”, en la obra E. JIMÉNEZ (Ed.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad*, Ediar-Dykinson, Buenos Aires, 2003.

Aunque es posible que todos los sujetos nos encontremos “discapacitados” en algún aspecto, lo importante es centrar nuestra reflexión en aquellas discapacidades que sitúan a un sujeto en una situación de desventaja en el ámbito de la participación en la vida social.

En este sentido, el ámbito español, conforme a la regulación de la LISMI (Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos) la aplicación de los beneficios establecidos para las personas con discapacidad comienzan a tener efecto a partir de un acto administrativo, que se denomina “reconocimiento del grado de minusvalía”; y en la Ley 51/2003 (de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad), se relaciona directamente la discapacidad con una situación de minusvalía igual o superior al 33%.

La normativa española, pues, acota y reduce el marco de análisis de la discapacidad y su protección antidiscriminatoria. Ahora bien, aunque como hemos señalado, es importante manejar una concepción de la discapacidad relativamente acotado, existen otras opciones. Puede ser citado en este sentido, el modelo estadounidense o inglés, en donde se protege a las personas –con independencia del grado de minusvalía– por el hecho (entre otras razones) de ser considerada socialmente una persona con discapacidad.

En este punto, adquiere una relevancia fundamental la diferencia entre deficiencia y discapacidad. Así por ejemplo, una dificultad o imposibilidad de caminar es una deficiencia, mientras que una dificultad o imposibilidad de entrar a un edificio debido a que la entrada posee una serie de escalones es una discapacidad.<sup>8</sup>

La deficiencia puede producir una discapacidad si nos dificulta o impide realizar alguna actividad de la vida diaria. Pues bien, hay que resaltar que en todo ese proceso podemos encontrar causas “naturales” –entendiendo por tales aquellas que no se pueden evitar– pero también causas “artificiales” –entendiendo por tales aquellas que se pueden evitar–. Es decir, la deficiencia (por ejemplo el mal funcionamiento del sistema visual) puede ser debido a causas “naturales”, como una enfermedad desconocida o un accidente, pero también puede deberse a causas “artificiales”, como puede ser la carencia de vitamina A en la alimentación. Por otra parte, la dificultad o imposibilidad de realizar alguna actividad de la vida diaria, esto es la dis-

---

<sup>8</sup> J. MORRIS, *Pride against prejudice. A Personal Politics of Disability*, Women’s Press Ltd., London, 1991, p. 17.

capacidad, puede también deberse a consecuencias “naturales” de la discapacidad, pero también a circunstancias “artificiales”, ajenas a la propia discapacidad pero que “artificialmente” se vinculan a ella (en el ejemplo, puede entenderse como una consecuencia “natural” el que una persona ciega no pueda pilotar un avión, pero es una consecuencia “artificial” el que una persona ciega no pueda leer las instrucciones de los medicamentos por no encontrarse disponible su lectura en sistema braille, por ejemplo).

En todo caso, hablamos de causas “naturales” y de consecuencias “naturales”, siendo conscientes de la relatividad de dicho término y teniendo en cuenta la situación actual de conocimiento. Por otro lado, es esencial analizar el origen de la discapacidad, en el sentido de examinar porqué se produce y si es una consecuencia “natural” o “artificial” (construida). Por ello, son principalmente las consecuencias “artificiales” las que generan barreras, mientras que las consecuencias “naturales”, por su esencia, vienen configuradas como dificultades o impedimentos *insalvables*.

### 1.3. Sobre el marco constitucional para abordar la discapacidad

La Constitución española permite establecer un marco genérico desde el que abordar la cuestión de la discapacidad y con ello la delimitación de la accesibilidad, desde el juego de los artículos 49 y 14, en relación con los demás preceptos constitucionales.

El artículo 49 de la Constitución española establece: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

En este sentido, la Constitución española recoge dos perspectivas complementarias de tratamiento de las personas con discapacidad: como titulares de derechos constitucionales reconocidos a todas las personas y, asimismo, como miembros de un colectivo especialmente protegido.

La primera parte del artículo mencionado prevé una serie de prestaciones por parte de los poderes públicos:

- a) *Previsión*: la discapacidad es un fenómeno complejo, que incluye entre sus causas factores sociales (entre las que se destacan las barreras). La accesibilidad es percibida como una medida tendente a “prevenir” la discapacidad.

- b) *Tratamiento*: la discapacidad no es solo una cuestión relacionada con políticas sanitarias ni de seguridad social, sino que es una cuestión de derechos humanos. La accesibilidad pasa a ser una faceta relacionada con el ejercicio de los derechos; es una condición que garantiza el ejercicio de los derechos a todas las personas.
- c) *Rehabilitación*: La rehabilitación no es sólo el proceso dirigido hacia el logro del máximo nivel de desarrollo y de integración de las personas con discapacidad sino que posee un sentido más amplio, dirigido a la normalización o rehabilitación social. La Ley 51/2003 en el artículo 2 inciso b) entiende por normalización “el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona”. Es decir, no es la persona quien debe “normalizarse” hasta llegar a parecerse a la “persona estándar”, sino al contrario, es la sociedad, el ambiente, el que debe ser normalizado y adaptado, -accesible- para hacer frente a las necesidades de todos, incluyendo las de las personas con discapacidad.
- d) *Integración*: El objetivo no es la integración en algo ya predeterminado e inmutable, sino la *inclusión* en el diseño de una sociedad formada para hacer frente a las necesidades de todos. La idea de integración así comprendida, por ende, no supone asimilación, sino emancipación, y equiparación en derechos. Por otro lado, dentro de los modelos de gestión de políticas públicas, ello supone asimismo que exista por parte de los destinatarios la posibilidad de participación y decisión en el diseño y gestión de las medidas que tienen relación con sus derechos. En ambos sentidos, la accesibilidad como condición para la participación e inclusión social adquiere una importancia primordial.

Pasando a la segunda parte del cuerpo legal, ésta establece, en relación con las personas con discapacidad, que los poderes públicos las “amparán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”. De esta manera, la Constitución reconoce que la discapacidad no puede ser impedimento para el ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente a toda la ciudadanía.<sup>9</sup> Los derechos fundamentales son los instrumentos político jurídicos idóneos para

---

<sup>9</sup> L. LÓPEZ GUERRA, “Discapacitados. Derechos fundamentales e igualdad en el marco de la administración de justicia”. En la obra AA.VV., *La integración social de los minusválidos*, Colección solidaridad 4, Escuela libre editorial, Fundación ONCE, Madrid, 1993, p. 35.

que también las personas con discapacidad puedan, en la mayor medida posible –al igual que el resto de las personas–, desarrollar libremente su propia personalidad.

Por otro lado, desde el artículo 14 es posible construir un derecho a la igualdad que, en lo básico, se traduce en la exigencia de no discriminar. Pero además, teniendo en cuenta ese mismo derecho, es posible referirse a un derecho a la no discriminación de naturaleza más específica, que se proyecta sobre colectivos concretos.

Dentro de la prohibición de discriminación establecida por el artículo 14 de la Constitución, pueden distinguirse claramente dos tipos de discriminaciones, las directas y las indirectas.

La discriminación *directa* puede ser definida como aquellos tratamientos jurídicos diferenciados y desfavorables, perjudiciales, que se cometen hacia una persona o grupo. Se trata por tanto de un tratamiento desfavorable, que carece de justificación racional, y se realiza explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada.

El concepto de discriminación indirecta, acogido en la Constitución, recogido expresamente en la actual legislación, y desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal constitucional, tiene importantes implicaciones y se encuentra íntimamente relacionado con la accesibilidad universal, debido a que gran parte de las discriminaciones sufridas por las personas con discapacidad son precisamente consecuencia de la carencia de accesibilidad. La Ley 51/2003 establece en el artículo 6 inciso 2 que “ se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.

Evidentemente, la prohibición de discriminación no significa que no se puedan configurar tratamientos diferenciados justificados. En este sentido, se habla de igualdad como diferenciación, aludiendo a la posibilidad de llevar a cabo un trato diferente de circunstancias y situaciones también diferentes y que se consideran relevantes. Así, un tratamiento diferenciado, por exclusión, o bien es contrario a Derecho al ser una discriminación que viola

el derecho a la igualdad, o bien está ajustado al Derecho al ser una diferenciación que cumple con la objetividad y razonabilidad suficientes para ser legítima.<sup>10</sup>

## 2. SOBRE EL SIGNIFICADO Y EL ALCANCE DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL

La accesibilidad universal se presenta como una condición ineludible para el ejercicio de los derechos –en igualdad de condiciones– por todos los individuos, y para, en último término, conseguir el logro de la igual dignidad humana, del libre desarrollo de la personalidad, de todas las personas.

Con el término accesibilidad universal se puede estar haciendo referencia a una serie de bienes, pero también se puede estar haciendo referencia a un grupo de personas, o a ambas cosas a la vez. En este sentido, es posible referirse a la dimensión subjetiva de la accesibilidad (¿quién?) y a la dimensión objetiva (¿qué?).

Desde el punto de vista de la dimensión subjetiva, cabe afirmar que todas las personas requieren de la accesibilidad como una condición ineludible para poder gozar de la prestación de un servicio, de la utilización de un bien, de la comunicación con sus semejantes, etc. Sin embargo, la Ley 51/2003, cuando alude a la accesibilidad universal como parte del derecho a la no discriminación, hace dos restricciones. La primera es que lo restringe, –no conceptualmente, pero sí como parte de un derecho–, a las personas con discapacidad. Y la segunda es que, como se ha mencionado anteriormente, el concepto de persona con discapacidad que la norma maneja se encuentra supeditado a la declaración de un determinado grado de minusvalía, por lo que la protección antidiscriminatoria en este caso se restringiría, en principio, a dicha declaración.

Desde el punto de vista de la dimensión objetiva, debe manejarse una noción de accesibilidad que tenga un ámbito de proyección lo más amplio posible. La discapacidad es, en muchos casos, fruto de la manera en la que hemos construido nuestro entorno, no sólo físico sino también intelectual y actitudinal. De ahí la importancia de algunos principios, como el de accesi-

---

<sup>10</sup> Vid. A.E. PEREZ-LUÑO, *Las dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Dykinson, Madrid 2005.

bilidad universal o el del diseño para todos, desde los que se pretende superar los obstáculos o barreras que impiden el disfrute de los derechos.<sup>11</sup>

Puede entenderse por “barrera” todo obstáculo que dificulte o impida, en condiciones de igualdad de oportunidades y de plena participación, el acceso de las personas a alguno/s de los ámbitos de la vida social. Quedando expresamente a salvo que, en este concepto, la palabra “obstáculo” debe entenderse en el sentido de una cuestión potencial, amplia, y cambiante, de modo que se ajuste a las circunstancias del caso o de un entorno determinado.

Las personas con discapacidad constituyen un grupo muy dispar, con circunstancias vitales, tipos y grados de discapacidad muy diferentes, que han de hacer frente a una enorme variedad de barreras. La delimitación de éstas puede hacerse por dos caminos. La primera opción sería definir las distintas barreras existentes a partir de una tipología de las mismas. La segunda opción sería no exponer estrictamente una tipología de las barreras en análisis y hacer alusión a lo que podemos denominar “ámbitos de accesibilidad”, ejemplificando, en su caso, qué barreras operan en tales ámbitos.

Desde la segunda opción pueden identificarse los siguientes “ámbitos de accesibilidad”:

- a) *Barreras en la movilidad*: Dentro de este ámbito destacan los obstáculos que las personas con discapacidad encuentran cuando deben movilizarse tanto principalmente a través de su fuerza motriz (es decir, caminando por la calle, o queriendo acceder a un edificio, por ejemplo), como mediante toda clase de transporte (cobrando especial relevancia el transporte público; un ejemplo importante en este aspecto lo constituyen los problemas que plantean los autobuses de piso bajo).
- b) *Barreras en la comunicación e información*: Las personas con discapacidad pueden verse limitadas o impedidas para transmitir y/o recibir lo que desean comunicar y/o que se les comunique.
- c) *Barreras en el acceso a bienes y servicios*: Cuando nos referimos a estas barreras estimamos que pueden diferenciarse dos aspectos: por un lado, la inaccesibilidad en el goce y uso de tales bienes y servicios, que

---

<sup>11</sup> A. PALACIOS y E. JIMÉNEZ, “Apostillas acerca de la nueva Ley española de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con discapacidad. Una mirada crítica sobre sus principios rectores”, *JA, Revista de Jurisprudencia Argentina*, 23-12-05.

se origina al no encontrarse los mismos a disposición del público en general; por otro lado, la inaccesibilidad en las posibilidades de adquisición de bienes y servicios.

- d) *Barreras representadas por las actitudes negativas hacia la discapacidad*: Como un grupo muy diferenciado de las barreras que se encuentran presentes en el entorno físico, podemos incluir dentro de este ítem a ciertas actitudes hacia las personas con discapacidad, tales como los prejuicios, o el acoso.<sup>12</sup>

Sin perjuicio de tener en cuenta estos aspectos generales, así como la necesidad de delimitar los diferentes ámbitos de aplicación, resulta innegable que los mismos se encuentran interrelacionados. Si uno no funciona, el o los otro/s deviene/n inaccesible/s, en lo que se suele denominar “cadenas de inaccesibilidad”, es decir, si falla un eslabón, resulta imposible que funcione el resto.

Evidentemente, las cuestiones relativas a las barreras por un lado, así como la delimitación de los ámbitos de accesibilidad por otro, que a su vez conjuntamente constituyen lo que hemos denominado como “dimensión objetiva de la accesibilidad”, se encuentran directamente relacionadas entre sí. Parece poco realista pretender encontrar soluciones de accesibilidad universal sin partir de un conocimiento de los problemas que genera la inaccesibilidad. Por otro lado, resulta difícil imaginarse situaciones “ideales”; en este sentido, parece claro que el diseño universal no puede instrumentarse de forma tan perfecta que cubra *a priori* las necesidades de “todas”; las personas,<sup>13</sup> lo que conlleva a la asunción de una relación dinámica entre la accesibilidad universal y las barreras, que debería ir solucionándose de forma

---

<sup>12</sup> La Ley 51/2003 ha considerado importante establecer un ámbito de aplicación independiente relativo a la accesibilidad en relación con las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que los ámbitos sobre los cuales se proyecta se encontrarían cubiertos por los anteriormente mencionados.

<sup>13</sup> Y, aparte de las barreras que existen en la actualidad, por ejemplo el progreso va generando la aparición de obstáculos nuevos –pensemos en el caso de las nuevas tecnologías, en constante evolución–

En este sentido, el documento *Hacia una Europa sin barreras*, afirma que –en relación con las tecnologías instrumentales– “[...] el diseño *para la mayoría* no siempre permitirá cubrir las necesidades de las personas que sufren discapacidades severas o que tienen exigencias muy específicas [...]” „Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, “Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”, Bruselas, 12-05-2000, COM(2000) 284 final, p. 14.

progresiva, de tal manera de ir logrando acercarse al ideal de la accesibilidad universal y por ende, a un sistema social más incluyente y equitativo.

En todo caso, lo anterior no es obstáculo para la asunción progresiva de una cierta estandarización en aquellos ámbitos en los que sea posible. La estandarización es un proceso necesario para el logro de la accesibilidad, que contribuye a individualizar los requisitos de accesibilidad, y que permite la unificación de criterios en el diseño para todos. Su principal importancia reside, por un lado, en facilitar y esclarecer al sujeto obligado el modo o la forma de adaptar el espacio, producto o servicio en cuestión, y, por otro, en contribuir a que dicha adaptación se produzca de un modo uniforme.

Resulta de vital importancia, tanto la participación de las personas con discapacidad en la elaboración de estándares, como la supervisión constante del Estado. Aunque la existencia de estándares opcionales resulta de gran utilidad, la Administración debiera promover la reglamentación de ciertos estándares básicos de carácter vinculante. La estandarización requiere de una dinámica interactiva y de constante actualización, pero ello no obsta a que su implementación pueda resultar obligatoria.

### 3. SOBRE LAS ESTRATEGIAS PARA LA ACCESIBILIDAD: EL DISEÑO PARA TODOS Y LOS AJUSTES RAZONABLES

La Ley 51/2003 establece en su artículo 2 inciso d) que el diseño para todos es “la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible”. Es decir, puede entenderse que mediante la técnica del diseño para todos se aspira a la realización de la accesibilidad universal.

El objetivo del diseño para todos es ofrecer entornos cuyo uso resulte cómodo, seguro y agradable para todo el mundo, incluidas las personas con discapacidad. En este sentido, este principio forma parte del desarrollo inclusivo y sostenible, siendo además una posibilidad para profundizar e intensificar el diálogo civil.

Los ajustes razonables son aquellas medidas adoptadas a fin de adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas, que por diferentes causas, se encuentran en una situación especial. Estas medidas tienden a

facilitar la participación de dichas personas en igualdad de condiciones que el resto. Dentro de las causas que colocan a las personas en una situación especial se encuentra la discapacidad, para lo cual las medidas a ser adoptadas deben tender a alcanzar la accesibilidad y la participación.

Teniendo en cuenta estas definiciones y lo señalado en los apartados anteriores, puede entenderse que los ajustes razonables son unas medidas específicas que tienen como objeto o meta la accesibilidad en casos particulares, pero que se adoptan cuando ésta no es posible desde la previsión del diseño para todos, teniendo en consideración las necesidades específicas de una persona. En este sentido, la accesibilidad sería la situación a la que se aspira, el diseño para todos una estrategia a nivel general para alcanzarla, y los ajustes razonables una estrategia a nivel particular, cuando no ha sido posible prever el diseño para todos.

De este modo, hay que resaltar que la función de los ajustes razonables no es reemplazar los incumplimientos de las condiciones de accesibilidad. Una cuestión es la obligación de realizar un ajuste razonable, que se considera necesario ante una circunstancia particular (por ejemplo, modificar la iluminación en el sitio de trabajo de una persona con discapacidad visual que entra a trabajar en dicho puesto y que requiere por su problema en la visión un tipo de luz especial); y otra diferente son las obligaciones que exige la accesibilidad (por ejemplo, la existencia de una rampa en un edificio público), ante cuyo incumplimiento se producirá la sanción correspondiente a la infracción cometida, pudiéndose, así, establecer la obligación de realizar las acciones necesarias para que se produzca la efectiva accesibilidad (en el ejemplo, se establecería la obligación de construir la rampa en el edificio).

La accesibilidad universal expresa la exigencia de que los bienes sean accesibles para todos. Esto requiere, como hemos señalado, adoptar la estrategia del diseño para todos, aunque parece difícil imaginar una satisfacción completa de esta estrategia, dadas las infinitas situaciones con las que podemos encontrarnos. En este sentido, resulta fundamental examinar la justificación o no de aquellas situaciones en las que la estrategia del diseño para todos no haya sido satisfecha en relación con un determinado bien y, con ello, no se alcance su accesibilidad universal. Podríamos considerar como causas justificadas en la falta de previsión del diseño para todos, aquellas adaptaciones que pudieran resultar contradictorias entre sí, y que por lo tanto resultan imposibles de universalizarse –por ejemplo, la intensidad o tipo de iluminación en el entorno laboral, que puede resultar insuficiente para algu-

nos y excesiva para otros, o las adaptaciones que son muy costosas y solo utilizables por un número muy reducido de personas (por ejemplo los dispositivos que permiten mover el ratón del ordenador con las pupilas). Por el contrario, podríamos hablar de causas injustificadas en la falta de previsión del diseño para todos, los incumplimientos de los requisitos de accesibilidad –por ejemplo, el empresario que no adapta sus baños porque alega que ello le supone costos excesivos, pese a que la norma le obliga a asumir dicha obligación-. Un supuesto especial, importante de señalar, se produce en aquellos casos en los que la normativa establece la exigencia de accesibilidad en un determinado ámbito, si bien fija un período de tiempo para lograrlo. Desde los referentes que estamos utilizando, la ausencia de accesibilidad durante ese período de tiempo podría ser considerada –jurídicamente– como razonable.

En el caso de ausencia de justificación, el concepto de accesibilidad universal lo que demanda es remediar esa situación, y para ello sólo hay un camino: hacer accesible el bien. De esta manera, la falta no razonable –injustificada– de la accesibilidad, esto es, la discriminación en la accesibilidad, debe conllevar directamente la sanción a la infracción cometida, y el consiguiente establecimiento de la obligación de que se haga efectiva la obligación que previamente se había vulnerado de hacer efectiva la accesibilidad.

Si, por el contrario, la falta de previsión del diseño para todos se encuentra justificada en ese primer momento, surge otro de los principios asociados a esta problemática: el de los ajustes razonables. En estos supuestos, la accesibilidad universal lo que demanda es el estudio y la adopción de las medidas necesarias para que una persona pueda utilizar en igualdad de condiciones, por ejemplo, un determinado bien, que, irremediablemente, conllevan el establecimiento de obligaciones a terceros, y con ello, la potencial restricción de derechos a esos terceros. Y es en este momento en el que la idea de razonabilidad vuelve a cobrar importancia. El análisis de esta posibilidad debe hacerse, de nuevo, desde el parámetro de la razonabilidad. Parámetro que aparece ahora relacionado con la proporcionalidad.

En efecto, la estimación de la existencia de una “carga desproporcionada” puede servir de excepción a la obligación de realizar ajustes razonables. Determinar si la carga resulta o no proporcionada será, evidentemente, una cuestión a resolver en cada caso concreto. Sin embargo, es posible señalar al-

gunos referentes desde los que enjuiciar la proporcionalidad, en consonancia con el discurso de los derechos.<sup>14</sup>

- a) La legitimidad de los fines que están detrás de las opciones presentes. Teniendo en cuenta que un fin es legítimo si está expresamente establecido o existen argumentos poderosos que apoyen su conexión con valores constitucionales, y, *a sensu contrario*, un fin es ilegítimo si está expresamente prohibido o si existen argumentos poderosos que apoyen su enfrentamiento a los valores constitucionales. Además, hay que subrayar la importancia de la interpretación de las normas constitucionales para el establecimiento de la legitimidad de los fines. Y, en este sentido: (i) rechazar aquellas opciones interpretativas que sean contrarias, o incluso no favorables a los referentes sobre los valores que presiden el discurso de los derechos, al ideal de la igual dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, a la idea de discapacidad en el ámbito de los derechos humanos, y al ideal de la no discriminación; (ii) operar desde el mayor haz de facultades susceptibles de asociar a los derechos implicados; (iii) alcanzar interpretaciones que sean las que beneficien en mayor medida a los derechos en general y que estén apoyadas en razones concluyentes; (iv) alcanzar interpretaciones que puedan justificarse desde el contenido esencial de un derecho; (v) alcanzar interpretaciones que puedan justificarse desde disposiciones normativas internacionales; (vi) alcanzar interpretaciones coherentes tanto en el sentido de respetar el precedente, cuanto en el de justificar el cambio de criterio, cuanto, por último, de proceder como si se estuviera sentando un precedente (esto es adoptar una decisión que se estuviera dispuesto a tomar en el futuro siempre que las circunstancias fueran similares); (vii) tener en cuenta los posibles datos que puedan llegar a desvirtuar o refutar los criterios y elementos que se toman como referente; y, (viii) alcanzar decisiones que puedan ser justificadas con el mayor número de criterios interpretativos<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> En el artículo 7 c) de la Ley 51/2003 se establecen ciertos parámetros que deberán ser tenidos en cuenta a los fines de la determinación de la obligación y que, en cierto sentido, están recogidos en los que aquí se exponen: los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o de cualquier otra ayuda.

<sup>15</sup> Vid. R. DE ASÍS ROIG, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid 2005, pp. 148 y ss.

- b) La idoneidad de las opciones para el logro de los fines. Teniendo en cuenta que hay que buscar una opción razonablemente adecuada (y si es posible que sea la más adecuada) para alcanzar los fines que la justifican valorando otras opciones, su posibilidad (con un juicio certero sobre la misma), los medios y técnicas, los tiempos, los costes económicos, las personas implicadas y sus rasgos, la afectación que se produce en el derecho (manejando el contenido lo más amplio posible) y su aceptabilidad (con un juicio de presunción sobre la misma).
- c) La ponderación de las ventajas y los sacrificios que las opciones idóneas y adecuadas plantean en relación con el contenido máximo de los derechos implicados y en relación con los valores que presiden el discurso de los derechos. Valorándose, en este sentido, lo que suponen para la sociedad en general, para los individuos concretos, desde la afectación a sus derechos atendiendo a criterios como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad la calidad de vida, la independencia, la autonomía, la no discriminación, la ciudadanía plena (con todos los derechos –civiles, políticos, económicos, sociales y culturales– que conlleva), la satisfacción de necesidades básicas, la integración social y profesional y la no estigmatización.
- d) Finalmente, se ha de procurar alcanzar decisiones que pudieran contar con el apoyo de la mayoría de sus destinatarios.

En cuanto a la posible concreción del contenido de los ajustes razonables (y, en este sentido, en su conexión con la accesibilidad universal), se podría entender que cabrían dos formas de dotarles de ese contenido. La primera, sería entender que los contenidos de los ajustes razonables han de quedar normativamente indeterminados, y, en este sentido, al exigirse su cumplimiento, habrá que tener presente los principios de proporcionalidad y razonabilidad al entrar en consideración otros criterios. Pero también podría ser que la normativa especificase –tal como establece la legislación inglesa, de manera no taxativa–, la posibilidad de contenidos concretos del ajuste razonable en los diferentes ámbitos, que se entiende que son necesarios en determinadas situaciones para garantizar la accesibilidad universal.<sup>16</sup> Ambas variantes son perfectamente compatibles, aunque la primera es inevitable en algún grado (pues es imposible determinar a priori todos los

---

<sup>16</sup> B. DOYLE, *Disability Discrimination: Law and Practice*, Jordans, Bristol, 2003, capítulo 3.

posibles ajustes razonables que son necesarios realizar para garantizar la accesibilidad universal en un ámbito concreto). No obstante, una vez dilucidada la cuestión, y en el caso de encontrarnos ante la existencia de una obligación de realizar ajustes razonables, el incumplimiento de dicha obligación nos enfrenta ante un caso de discriminación, del mismo modo que si nos encontrásemos ante un caso de incumplimiento de las exigencias de accesibilidad. Así lo establece la Ley 51/2003 al considerar que: “se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan (...) incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables”.

#### 4. SOBRE LA DIMENSIÓN POLÍTICA Y COMPETENCIAL DE LA ACCESIBILIDAD

En el contexto de la dimensión política es posible afirmar que: (i) la no-accesibilidad es una forma de discriminación que a su vez implica un menoscabo en el ejercicio del principio de igualdad; (ii) según el art. 9.2 de la Constitución, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad de las personas sea real y efectiva, con lo que el garantizar la accesibilidad es un mandato constitucional dirigido a los poderes públicos; (iii) dicho mandato se encuentra hoy día reforzado por las prescripciones generales de los artículos 1.1, 10.1 y 14 de la Constitución, por la prescripción específica del artículo 49 de la Constitución, por la prescripción directa de las leyes 13/1982 y 51/2003, así como por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional; (iv) el mandato consiste en promover las condiciones, remover obstáculos, facilitar la participación, prevenir, tratar, rehabilitar e integrar.

Para esta tarea los poderes públicos cuentan con dos herramientas básicas. Por un lado, el diseño y ejecución de políticas públicas, y por otro, la elaboración y sanción de normas.

En este sentido, la sanción de leyes, decretos o reglamentos constituye el primer paso del mandato constitucional. En esta dimensión normativa, la accesibilidad como principio que orienta las políticas públicas supone, por un lado, la obligación por parte de los poderes públicos de reglamentar las condiciones básicas de accesibilidad, y, por otro, la obligación de tener presente el principio de accesibilidad en la sanción de todas las normas que tengan una incidencia directa o indirecta para el eficaz desarrollo de la misma.

E, independientemente de que el mandato para el diseño de políticas públicas provenga de las prescripciones legales, de los principios que inspiren a las mismas, o de los principios que constituyen el basamento del Estado Social, los poderes públicos deben actuar para lograr la realización de los derechos de las personas con discapacidad, incorporando como principio rector a la accesibilidad. Asimismo, en virtud de la transversalidad, el principio de la accesibilidad debe comprenderse en las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública. En este contexto, la adecuada inclusión de la accesibilidad en los Fondos Estructurales resulta fundamental. Dichos Fondos constituyen uno de los instrumentos financieros más importantes a nivel comunitario para la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad y sus familias. Así, deberían ser un instrumento de integración y no deberían ser utilizados para crear más barreras o generar nuevas formas de discriminación.

Por otro lado, y en lo que se refiere al marco competencial, la materia accesibilidad universal no ha sido objeto de atribución expresa a través de los mecanismos ordinarios de distribución de competencias (ni se encuentra entre las materias reservadas al Estado en el artículo 149.1 de la Constitución, ni entre las asumidas por los Estatutos de Autonomía a favor de sus respectivas Comunidades).

No obstante este silencio, tampoco es posible hacerse una aplicación inmediata y directa de la cláusula de atribución residual al Estado de las competencias no asumidas por las Comunidades Autónomas a través de sus Estatutos, dada la proximidad de esta competencia en relación con dos materias que sí han sido objeto de distribución expresa:

- a) La relativa a la integración de las personas con discapacidad, con la peculiaridad que esta competencia no aparece asumida con carácter general por las Comunidades Autónomas, por lo que de considerarse éste el criterio determinante, en las Autonomías en las que no se hubieran asumido expresamente la competencia de integración, correspondería al Estado su ejercicio.
- b) La más amplia, y que sí aparece asumida por la totalidad de las Comunidades Autónomas, de asistencia social, en cuyo caso, la materia sería competencia de aquéllas (con carácter exclusivo).

En este sentido, y debido a las especialidades características de la política de accesibilidad universal -trasversal a otras políticas, y no totalmente subsu-

mible en el concepto de asistencia social- es posible considerar esta problemática como un programa o actividad no formalizada en una materia a efectos de su reparto competencial, que, sin embargo, se materializa en el desarrollo de las políticas (y competencias específicas) en las que la accesibilidad ha de desarrollarse.

En todo caso, lo anterior no es incompatible con la posibilidad de que el Estado adopte medidas como las previstas en la Ley 51/2003, a través de la invocación del artículo 149.1.1 de la Constitución, si bien éstas deberían justificarse específicamente en los derechos constitucionales cuyo ejercicio en condiciones de igualdad se pretende garantizar.

## 5. SOBRE LA DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL

Como hemos visto, la Constitución española recepta a la discapacidad desde dos dimensiones, desde los derechos que corresponden a todos los ciudadanos y desde ciertos derechos específicos que se reconocen a los fines de lograr una serie de objetivos (entre los que se destaca la integración, rehabilitación, prevención, etc.). A partir de ahí, es posible aludir a diferentes proyecciones jurídicas de la accesibilidad que no son contradictorias, sino, que antes al contrario, resultan perfectamente compatibles e incluso, en alguna medida, complementarias.

En este sentido, de un modo general es posible diferenciar entre la accesibilidad en el ámbito de los principios y la accesibilidad en el ámbito de los derechos. En el primero de ellos, la accesibilidad se proyecta en materia de desarrollo e interpretación normativa, y se configura como un principio jurídico de alcance constitucional; en el segundo, la accesibilidad se proyecta en materia de protección de necesidades, exigencias o pretensiones de las personas. En este ámbito es posible diferenciar tres proyecciones de la accesibilidad. La más relevante, que individualiza la accesibilidad y que sirve para expresar su sentido más integral, es la que la entiende como parte del derecho a no ser discriminado. La segunda proyección se refiere al derecho a la accesibilidad cuya existencia individual deviene en la medida en que existan preceptos que establezca con carácter obligatorio determinados ámbitos de accesibilidad. La tercera proyección es la que la presenta como parte del contenido esencial de los derechos fundamentales.

## 5.1. La accesibilidad universal como principio jurídico

El principio de la accesibilidad no sólo debe considerarse implícito en el de la igualdad, sino también en otra serie de principios que tienden a garantizar el ejercicio de derechos de las personas con discapacidad, entre los que destacan la normalización de la sociedad, la transversalidad de las políticas en la materia o la inclusión social.

La configuración de la accesibilidad como un principio jurídico cobra gran importancia en materia de desarrollo normativo y en materia de interpretación, e implica la posibilidad de utilizar la técnica del control de constitucionalidad –tanto el recurso de inconstitucionalidad del art. 161 de la Constitución cuanto la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163– frente a todo desarrollo normativo que se considere vulnera su significado y alcance.<sup>17</sup>

## 5.2. El derecho a no ser discriminado por ausencia de accesibilidad

Desde el marco teórico desarrollado y desde la recepción normativa a través de la Ley 51/2003, la accesibilidad universal es una aplicación y parte esencial del principio de igualdad, lo que hace que su omisión devenga en una discriminación independientemente del derecho que afecte.

En este sentido, cabe argumentar que la falta de accesibilidad es una discriminación que otorga legitimación para interponer un recurso por vía preferente y sumaria y, en su caso, de amparo, *per se*, simplemente por violarse el derecho de igualdad en relación con cualquier derecho. Por tanto, si una persona con discapacidad viera restringido, limitado o impedido el goce o ejercicio de cualquier derecho en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos, en razón de su discapacidad –por falta de accesibilidad–, podría acudir a los tribunales a través de dicha garantía. Es decir, por violación del derecho a la igualdad.

Obviamente, esta consideración requiere la acreditación de un trato discriminatorio. Es decir, que no solamente se debe demostrar que ha habido una restricción, limitación o impedimento en el goce o ejercicio de un dere-

---

<sup>17</sup> En este sentido, resulta importante que el principio de Accesibilidad Universal haya sido acogido en el artículo 3 inc. f) del Borrador de Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Aprobado el 25 de agosto de 2006 en Naciones Unidas y que se encuentra a la espera de su Aprobación por parte de la Asamblea General). Para mayor información: <http://www.un.org/esa/socdev/enable>

cho, sino que también se debe demostrar que tal restricción, limitación o impedimento se produjo por vulneración del derecho a la igualdad.

### **5.3. El derecho a la accesibilidad universal**

En la medida en que la legislación –nacional o autonómica, según corresponda–, recoja de modo expreso las “exigencias de accesibilidad” nos encontraremos ante derechos “autónomos a la accesibilidad”, configurados como verdaderos derechos subjetivos. Así, la consideración del derecho a la accesibilidad como un derecho subjetivo resulta evidente, al menos en aquellos casos donde las exigencias de accesibilidad se encuentran recogidas expresamente en una norma. La protección de este derecho deberá realizarse a través de la vía judicial procedente, aunque no se descarta la utilización del sistema arbitral para la resolución de los conflictos en los que este derecho pueda verse implicado.

La vía contencioso-administrativa será la procedente en caso de solicitud de multa o sanción (aunque para que ello es necesario que exista la norma o reglamento que tipifique dicha conducta como jurídicamente ilícita<sup>18</sup>), y también procederá en caso de que quién haya incumplido las exigencias de accesibilidad sea la propia administración o cualquiera de sus agentes. Asimismo, la normativa contencioso-administrativa española recoge un recurso contra la inactividad de la administración que puede ser de tipo declarativa o ejecutiva. En el primer caso la normativa reconoce que cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.<sup>19</sup> En el segundo caso la norma establece

---

<sup>18</sup> En este sentido el “Proyecto de Ley sobre infracciones y sanciones a la Ley 51/2003” establece que la infracciones recogidas en dicha norma serán objeto de sanciones administrativas establecidas por la misma, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.

<sup>19</sup> Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículo 29.1.

que cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado.<sup>20</sup>

El proceso civil será en principio la vía idónea para la tutela judicial de los derechos amparados por la Ley 51/2003 cuando el pleito se genere entre particulares. Así el artículo 18 de la citada norma establece que el “derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho”. También el mismo artículo reconoce el derecho de solicitar indemnización o reparación que puede incluir el daño moral, y por último contempla la adopción de medidas contra las represalias. Aunque todo lo que no esté expresamente establecido en la norma, será de aplicación supletoria la legislación civil (por ejemplo en lo relativo a los plazos de prescripción), la Ley 51/2003 recoge regímenes especiales en lo que respecta a la legitimación,<sup>21</sup> al monto indemnizatorio,<sup>22</sup> y sobre la prueba de hecho relevantes.<sup>23</sup>

Cuando la discriminación se produzca en el contexto del empleo y la ocupación, la legislación española contempla la vía laboral para su reclamo. Las reformas introducidas en la normativa laboral por parte de la Ley 62/2003 confieren un cauce de acción contra aquellos preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indi-

---

<sup>20</sup> *Idem*, artículo 29.2

<sup>21</sup> Ley 51/2003, artículo 19.

<sup>22</sup> Ley 51/2003, artículo 18.2 “La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori. La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.”

<sup>23</sup> Ley 51/2003, artículo 20. Criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes.

1. En aquellos procesos jurisdiccionales en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad, el juez o tribunal, tras la apreciación de los mismos, teniendo presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio y el principio procesal de igualdad de partes, podrá exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

2. Lo establecido en el apartado anterior no es de aplicación a los procesos penales ni a los contencioso administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras.

rectas desfavorables por razón de la discapacidad, así como ante aquellas decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción a una reclamación efectuada en la empresa o ante un acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato.<sup>24</sup> A su vez, la introducción de una herramienta procesal muy útil para el damnificado, la “inversión de la carga de la prueba”, permite que en aquellos procesos en que las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponda al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.<sup>25</sup>

La vía penal plantea algunas reflexiones sobre los delitos relativos a la discriminación por razón de enfermedad o discapacidad. En el ámbito penal existe una prohibición amplia de discriminación “por enfermedad o minusvalía que padezca”: como una circunstancia agravante;<sup>26</sup> en el delito de discriminación laboral;<sup>27</sup> en el delito de provocación a la discriminación y al odio el supuesto de injurias agravadas por su naturaleza discriminatoria;<sup>28</sup> en la discrimi-

---

<sup>24</sup> Ley 62/2003, modificación al artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>25</sup> Ley 62/2003, modificación al artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral. También esta posibilidad se encuentra contemplada en la Ley 51/2003, en virtud del artículo 20.

<sup>26</sup> Código Penal Español de 1995; Artículo 22 “Son circunstancias agravantes: (...) 4. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.”

<sup>27</sup> Código Penal Español de 1995; Artículo 314. “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses.”

<sup>28</sup> Código Penal Español de 1995; Artículo 510. “1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.”

minación en la prestación de un servicio público por parte de un funcionario a una persona o asociación;<sup>29</sup> o en la discriminación en una actividad privada.<sup>30</sup>

Está claro que a diferencia del ámbito civil, donde la discriminación –sea directa o indirecta–, prescinde de la intencionalidad del autor, en el campo penal esta intencionalidad es de vital importancia para la determinación del tipo penal. Por ello, la Ley 51/2003 contempla la regulación de un marco sancionador propio, aunque, frente a ciertas situaciones de discriminación, puede resultar muy difícil trazar el límite entre infracciones administrativas y delitos penales. En todo caso, sería de gran utilidad contar en el Derecho español con un tipo penal específico que penalice la discriminación por inaccessibilidad como lo hace el Derecho francés.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Código Penal Español de 1995; Artículo 511. "1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía. 2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía."

<sup>30</sup> Código Penal Español de 1995; Artículo 512. "Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años."

<sup>31</sup> Código Penal Francés tipifica como delito la discriminación: Art. 225-1: "Constituye una discriminación toda distinción realizada entre personas físicas en base a su origen, su sexo, su situación familiar, su apariencia física, su nombre, su estado de salud, su discapacidad, sus características genéticas, sus costumbres, su orientación sexual, su edad, sus opiniones políticas, sus actividades sindicales, su pertenencia o no-pertenencia, verdadera o supuesta a una etnia, una raza o una religión determinada"; El art. 225-2: "La discriminación definida al art. 225-1, cometida en contra de una persona física o moral, está castigada por 3 años de cárcel y 45 000 euros de multa cuando consiste en: Negar proveer un bien o un servicio; Impedir el ejercicio normal de cualquier actividad económica; Rechazar a emplear una persona, sancionar o despedirla; Condicionar la provisión de un bien o de un servicio en una condición fundada en unos de los elementos del art. 225-1; Condicionar la oferta de un empleo, una demanda de práctica o un periodo de formación en empresa en una condición fundada en unos de los elementos del art. 225-1 (...) Cuando el rechazo discriminatorio previsto en 1) está cometido en un lugar acogiendo público o con los fines de prohibir el acceso, las penas llegan a 5 años de cárcel y 75 000 euros de multa"

La accesibilidad se termina configurando, de esta manera, como un derecho que todo ciudadano ha de tener reconocido y protegido<sup>32</sup>, aunque ello no obsta a la especial consideración que el legislador y el aplicador del Derecho deba tener, en los casos de personas que se encuentran, en dicho aspecto, en una situación de especial vulnerabilidad. Por ello, debe tenerse presente dentro del colectivo de personas con discapacidad, la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran ciertos grupos que requieren, por su especificidad, de una atención particular por parte de los poderes públicos.

#### **5.4. La accesibilidad universal como parte del contenido esencial de los derechos fundamentales**

Como venimos repitiendo, la accesibilidad es definida por la Ley 51/2003 como “un conjunto de condiciones que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios (...), para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas (...)”. Pues bien, desde esta definición, la accesibilidad se presenta como una condición ineludible para el ejercicio de los derechos fundamentales, lo que permite considerarla como un rasgo de su contenido esencial.

La garantía de la accesibilidad como parte del contenido esencial de los derechos gozará de la protección específica de estos, tanto en lo que se refiere al recurso de amparo como en lo que se refiere al control de constitucionalidad. Eso sí, dicha protección exige poner en comunicación a la accesibilidad con un derecho fundamental concreto.

Obviamente, la garantía de la accesibilidad está condicionada por la proyección con la que ésta se presente en el caso concreto. En todo caso, la violación de la accesibilidad, cuando ésta no puede ser presentada como razonable y cuando puede implicar un supuesto de discriminación, implica una trasgresión del Derecho que debe ser dirimida en el ámbito judicial. En

---

<sup>32</sup> Es difícil considerar que se trate de un derecho fundamental. Para ello habría que recurrir a la figura de los derechos implícitos (con difícil cabida en nuestra doctrina y jurisprudencia) y estaría apoyada en una interpretación sistemática de los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 14 y 49 de la Constitución. Asimismo, también podría reforzar el carácter fundamental del derecho a la accesibilidad, la vinculación que la Constitución Española recoge con relación al llamado “Derecho internacional de los derechos humanos”. Se trata de una construcción que posee un buen apoyo teórico pero que necesitaría de una decisión futura del legislador en este sentido o de una línea jurisprudencial consolidada.

este sentido, no parece apropiado la utilización de vías extrajudiciales, máxime de aquellas que, de alguna manera, restringen luego el camino de la protección judicial, como es el caso del arbitraje. Independientemente de que la Ley 51/2003 se refiera al arbitraje, este sistema sólo cabría cuando la accesibilidad apareciera en la forma de un derecho subjetivo o cuando se trate de casos de limitación razonable de la accesibilidad que requieran un ajuste razonable.

Así, dependiendo de la manera en la que la accesibilidad se presente en el caso concreto, la vía judicial será distinta (recursos de inconstitucionalidad, de amparo o vías judiciales ordinarias), siendo conscientes de que las diferentes posibilidades no son excluyentes.

En todo caso, no hay porqué descartar la posibilidad de crear un ámbito judicial específico de protección de la misma, al igual que ha ocurrido en relación con otros colectivos socialmente discriminados. La vulneración de la accesibilidad de las personas con discapacidad puede ser presentada como una forma específica de violencia social que requiera del establecimiento de un sistema de protección específico, dentro del cual cabría evaluar la posibilidad de la creación y establecimiento de Juzgados especializados sobre la materia.

RAFAEL DE ASÍS  
ANA LAURA AIELLO  
FRANCISCO BARIFFI  
IGNACIO CAMPOY  
AGUSTINA PALACIOS

*Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*c/ Madrid 126*  
*Getafe 28903 Madrid*  
*E-mail: rafael.asis@uc3m.es*

# UNA VISIÓN ORTEGUIANA DEL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA VIDA

AN ORTEGIAN VIEW OF THE BASIS FOR THE RIGHT TO LIFE

ANA MARÍA MARCOS DEL CANO

*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

Fecha de recepción: 1-3-06

Fecha de aceptación: 15-3-06

**Resumen:** *En este trabajo quiero estudiar el significado de la expresión "vida" cuando es utilizada como "derecho a la vida". De hecho, este tema es muy interesante, especialmente si nos damos cuenta de que existe mucha ambigüedad sobre lo que "derecho a la vida" significa, sobre todo desde que la medicina moderna puede salvar más vidas que hace diez años, con el uso de nuevas tecnologías. "Vida" es un concepto interdisciplinario. Surge en diferentes áreas, como el Derecho, la Filosofía, la Medicina, la Ética... Desde el punto de vista jurídico, el "derecho a la vida" no es absoluto, depende de la vida que queremos garantizar. Por este motivo es muy interesante conocer el significado del concepto de vida en filosofía. Con este objetivo, he elegido el pensamiento de Ortega. En este artículo reflejo los dos significados de vida: la vida como circunstancia y la vida como valor, que es, vida biológica y vida biográfica.*

**Abstract:** *In this presentation I would like to study the meaning of the expression "life" when it is used as "Right to life". In fact, this issue is very interesting especially if we realize that there is much ambiguity about what "right to life" means, overall since modern medicine can save more lives than ten years ago, through the use of new technology. "Life" is an interdisciplinary concept. It arises in several areas, such as Law, Philosophy, Medicine, Ethics... From the legal point of view, the "right to life" is not absolute, it depends on the life that we want to warrant. For this reason it is very interesting to know the meaning of the concept of life as used in philosophy. For this propose, I have chosen Ortega's thought. In this article I reflect about two meanings of life: Life as a circumstance and life as a value, that is, biological life and biographic life.*

**PALABRAS CLAVE:** derechos humanos, derecho a la vida, calidad de vida, bioética

**KEY WORDS:** human rights, right to life, quality of life, bioethics

## 1. INTRODUCCIÓN

Decía Ortega refiriéndose a Goethe que “no hay más que una manera de salvar a un clásico: usando de él sin miramientos para nuestra propia salvación. Es decir, prescindiendo de su clasicismo, trayéndolo hasta nosotros, contemporaneizándolo, inyectándole pulso nuevo con la sangre de nuestras venas, cuyos ingredientes son nuestras pasiones... y nuestros problemas. En vez de hacernos centenarios en el centenario, intentar la resurrección del clásico resurgiendo en la existencia”<sup>1</sup>.

Pues bien, algo así he pretendido en este trabajo. Traer a Ortega a una problemática –la del fundamento del derecho a la vida– que concita reflexiones desde los más variados puntos de vista y que, en concreto, desde la perspectiva jurídica puede aportarnos nuevas vías de análisis. Ya decía Bobbio que una de las primeras dificultades de encontrar una fundamentación de los derechos humanos es ponernos de acuerdo en la definición de muchos de ellos. Ponía precisamente el ejemplo del derecho a la vida. Y decía que es muy difícil saber qué sea la vida, qué significado tiene<sup>2</sup>. Es cierto que cualquier intento de fundamentación definitiva corre el riesgo de tener una validez provisional<sup>3</sup>, de ahí que sea necesario el replanteamiento de los fundamentos ofrecidos, sobre todo, cuando el objeto de estos derechos está en constante cambio<sup>4</sup>. Sin embargo, y como muchos autores han apuntado, no

<sup>1</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Goethe y Dilthey*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 44.

<sup>2</sup> Véase N. BOBBIO, “Sul fondamento dei diritti dell’uomo”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XLII, 1965, pp. 301-309; N. BOBBIO, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1981, pp. 7-28. En este sentido también A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 132 y ss.

<sup>3</sup> Véase B. DE CASTRO CID, “La fundamentación de los derechos humanos”, en VV. AA., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, pp. 122-124; B. DE CASTRO CID, “La búsqueda de la fundamentación racional de los Derechos Humanos”, *Persona y Derecho*, núm. 22, 1990, pp. 225-227. Véase también R. JUNQUERA, “La fundamentación de los derechos humanos: un intento de sistematización”, *Derechos y Libertades*, núm. 11, enero/diciembre 2002, pp. 399-430.

<sup>4</sup> Véase R. DE ASÍS ROIG, “Algunas notas para una fundamentación de los Derechos Humanos”, en VV. AA., *El fundamento de los derechos humanos*, cit., pp. 68-69.

es posible desinteresarnos del fundamento de los derechos humanos, pues precisamente es nuestro mejor instrumento para su reivindicación<sup>5</sup>.

Con este trabajo no pretendo tratar de todo lo que para Ortega fue la vida humana, pues implicaría el adentrarse en todo su pensamiento y obra con mayor profundidad de lo que ahora me es posible. Pero sí que voy a “resumergir” a Ortega –como él decía a propósito de Goethe– en el acuciante problema de definir qué es la vida humana, ¿qué realidad protege el derecho a la vida? ¿cuál es su fundamento? Ineludiblemente en estas cuestiones siempre estará de telón de fondo la dignidad de la vida humana como fundamento último de todos los derechos básicos del ser humano<sup>6</sup>.

Debido a los avances científicos en el campo de la Medicina y la Biología urge cada vez más la reflexión acerca de lo que es la vida humana. El progreso científico en este ámbito ha hecho que se produzcan situaciones impensables hace algunos años y, a la vez, la puesta en práctica de esos avances nos lleva a replantearnos cuestiones fundamentales del ser humano, pero desde otra perspectiva y con otras connotaciones. Entre esas cuestiones, el concepto de vida humana está siendo uno de los más polémicos y de los que suscitan mayores confrontaciones entre los expertos. Las fronteras de esa vida se difuminan cada vez más y ya no podemos hablar de puntos concretos de inicio y final, sino más bien de procesos, con la consiguiente inseguridad para fijar los límites de actuación. Así, por ejemplo, los avances científicos que han influido más decisivamente en plantearse qué es la vida son aquellos que afectan, por un lado, al inicio de la vida; y, por otro, los de su final. En el inicio de la vida, el proyecto Genoma Humano que ha llegado a descifrar la configuración genética de esa vida; la ingeniería genética que nos introduce en el proceso de formación de esa vida con una capacidad muy fuerte de intervención; las técnicas de reproducción asistida, que hacen posible la creación de un ser humano en un tubo de ensayo, la congelación

---

<sup>5</sup> Véase G. PECES-BARBA, “Sobre el fundamento de los derechos humanos (un problema de moral y derecho)”, en VV. AA., *El fundamento de los derechos humanos*, cit., p. 266.

<sup>6</sup> Véanse algunas nociones que sirven de base como fundamento de la idea contemporánea de dignidad en el interesante trabajo de G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 26, Dykinson, Madrid, 2002; A. M. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Marcial Pons-UNED, Madrid, 1999, pp. 233-244; I. DE MIGUEL BERIAIN, “La dignidad humana, fundamento del derecho”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 27, 2005, pp. 325-356.

de embriones y el uso terapéutico de éstos, la clonación... En el final de la vida<sup>7</sup>, todos los avances en los cuidados intensivos que permiten mantener en vida a personas que, de otro modo, hubieran fallecido; el problema de la eutanasia, de decidir el momento de la propia muerte, los cuidados paliativos, el problema de las personas que se encuentran en estado vegetativo persistente...

Las líneas que recogen el debate bioético actual acerca de lo que es la vida humana son dos: por un lado, la de la santidad o sacralidad de esa vida; y, por el otro, la de la calidad de la vida.

La primera define la vida humana con arreglo a criterios físico-naturalistas, entendiendo por tal todo ser perteneciente a la especie *homo sapiens sapiens*, independientemente de las características y condiciones concretas de esa vida. De este modo, deducen que toda vida biológica humana es vida plenamente humana y merece la máxima protección ética y jurídica, siendo indisponible tanto por terceros como por parte del que vive esa vida.

En cambio, los partidarios de la calidad de la vida defienden que para que exista vida humana se necesitan ciertas condiciones, a saber, la racionalidad, el lenguaje, la capacidad de comunicación, la capacidad de sentir, capacidad de proyectar planes de futuro. Se utiliza un concepto de vida humana centrado en las aptitudes que diferencian al ser humano del resto de los seres vivos.

La diferencia entre ambas concepciones estriba en determinar qué es lo más valioso en la vida humana, lo que en ella hay de creación natural o lo que hay de creación cultural, la vida biológica o la vida biográfica<sup>8</sup>.

Estos accesos a la vida humana, siendo totalmente necesarios, reducen en ocasiones la complejidad de la vida humana a los aspectos biológicos o a una mera casuística de caracteres, que no ofrecen la posibilidad de recogerla en toda la realidad de profundidad, de totalidad y de unidad que es. En este sentido, tanto la Bioética como el Bioderecho, aunque innegablemente interdisciplinarios en el ámbito metodológico, tienen un carácter prioritariamente filosófico en cuanto disciplinas o ámbitos del saber estructuralmente abiertos a una comprensión más total. La cuestión práctica de la Bioética y del Bioderecho sobre cómo se debe tratar la vida, reenvía directamente a la

---

<sup>7</sup> Véase F. J. ANSUÁTEGUI (coord.), *Problemas de la eutanasia*, Dykinson, Madrid, 1999.

<sup>8</sup> Véase sobre esto A. M. MARCOS DEL CANO, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, op. cit., cap. IV.

cuestión teórico-cognitiva de qué es la vida<sup>9</sup>. El plano normativo presupone el plano descriptivo y el plano ontológico<sup>10</sup>. Como decía Ortega, “antes de que hable la ética tiene derecho a hablar la pura biología”<sup>11</sup>.

Pues bien, en este artículo, no pretendo en ningún momento ofrecer soluciones a este complejo problema, ni siquiera dar unas pautas normativas. Mi acercamiento a Ortega pretende mostrar esa interrelación entre las categorías bioéticas (de la santidad y la calidad de la vida) y las categorías orteguianas de la vida humana y poner de manifiesto cómo esos mismos problemas han de plantearse desde otras perspectivas –en este caso la de Ortega– que pueden darnos una visión más amplia del fundamento de un derecho básico como es el derecho a la vida.

En Ortega, se pueden apreciar esos dos modos de entender la vida a los que hemos aludido: por un lado, *la vida humana como circunstancia*, como descripción del contenido de los aspectos, tanto biológicos como psíquicos, que condicionan la existencia y sus distintos niveles; y, por otro lado, *la vida en sentido axiológico, filosófico*, en el que la vida humana para ser tal debe cumplir una serie de condiciones.

Seguramente a Ortega le hubiera gustado asistir a estos nuevos descubrimientos científicos, cuando él mismo se quejaba de que la ciencia de su tiempo no había aún estudiado debidamente las actividades primarias de la vida. Decía que se había hecho mecánica biológica, pero no propiamente biología: se había atendido, con raro exclusivismo, a aquellos fenómenos que, aconteciendo en el ser vivo, son menos vida<sup>12</sup>.

## 2. DESARROLLO

Podemos advertir casi de inmediato al adentrarnos en la lectura de su obra –deliciosa, por otra parte–, una gran riqueza en su reflexión sobre la vi-

---

<sup>9</sup> En este sentido véase J. SAN MARTÍN, “La necesidad de fundamentación filosófica de la Bioética”, *Thémata. Revista de Filosofía*, núm. 33, 2004, pp. 454 y ss., en donde distingue en la caracterización de la vida humana, la vida biológica y la vida biográfica.

<sup>10</sup> Véase sobre esto B. DE CASTRO CID, “Notas sobre la influencia de Ortega en la filosofía jurídica de Recaséns Siches”, en F. LLANO ALONSO, A. CASTRO SÁENZ (eds.), *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*, Editorial Tébar, Madrid, 2005, pp. 431-447.

<sup>11</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Ensayos filosóficos. Biología y Pedagogía”, en J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, Fundación José Ortega y Gasset, Taurus, Madrid, Vol. II, p. 291.

<sup>12</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Ensayos filosóficos. Biología y Pedagogía”, cit., p. 277.

da humana, como no podía ser de otra manera, siendo como es el centro de gravedad de toda la meditación orteguiana<sup>13</sup>. Distingue dos modos a la hora de reflexionar sobre la vida, que yo he denominado “vida como circunstancia” y “vida en sentido axiológico”, que bien podrían corresponder a las categorías bioéticas de “vida en sentido biológico” y “vida como calidad”.

## 2.1. Vida como circunstancia

Entiendo aquí *circunstancia* como la descripción que hace Ortega de las condiciones básicas de la existencia, en las que incluye tanto los aspectos biológicos como los psíquicos. Esa circunstancia está compuesta por el mundo, con todos sus componentes materiales y por los otros<sup>14</sup>.

Ortega aborda la cuestión de cuáles sean las funciones esenciales de la vida tanto desde la perspectiva biológica como psíquica, a propósito de la publicación de una Real Orden que impone la lectura del Quijote en todas las escuelas primarias. Ante esta decisión, el escritor Antonio Zozaya dice: “Que en la Escuela no hacen falta Don Quijote ni Hamlet”. Continúa Zozaya diciendo que lo importante es preparar para la vida, que él entiende como aprendizaje de ciertas técnicas particulares que permiten ejercer con alguna perfección determinadas funciones vitales. Lo decisivo en la educación –dice Zozaya– será que el niño averigüe pronto qué es un ferrocarril, una fábrica, una letra de cambio. La vida real se compone del uso de esas cosas, y cuanto mejor se conozca su estructura y manejo más fácil será el triunfo en la “lucha por la existencia”<sup>15</sup>.

Esta noticia lleva a Ortega a reflexionar sobre cuáles sean esas funciones esenciales de la vida, cuya técnica es de máxima urgencia aprender y, por ende, enseñar. Sobre todo porque la capacidad receptiva del niño y la de docente del maestro son muy limitadas, la función de la educación –dice él– será siempre un problema de eliminación y el problema de la educación elemental, es el problema de la educación esencial<sup>16</sup>. ¿Cuáles son, pues, esas

<sup>13</sup> En A. E. PÉREZ LUÑO, “Hegel y Ortega. Meditación sobre los presupuestos historiográficos de la filosofía del Derecho”, en F. LLANO ALONSO, A. CASTRO SÁENZ (eds.), *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*, cit., pp. 523-568.

<sup>14</sup> J. SAN MARTÍN entiende que la circunstancia es “una realidad en la que la vida está ya dada o que preexistía a la vida, el mundo, el cuerpo”, en J. SAN MARTÍN, “La necesidad de fundamentación filosófica de la Bioética”, cit., p. 456.

<sup>15</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Ensayos filosóficos. Biología y Pedagogía”, cit, p. 274.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

funciones esenciales de la vida? Él comprende entre ellas tanto las biológicas, como las psíquicas. Veámoslo.

### 2.1.1. Desde la perspectiva biológica

Su descripción de la vida en este sentido es muy minuciosa y con una multiplicidad de matices que, además de mostrar su concepción de la vida biológica, establece lo esencial de esas funciones.

Para ello, Ortega se sirve de tres gráficos ejemplos, en los que va a diferenciar las funciones biológicas y psíquicas más importantes. Hay funciones vitales que lo son en un sentido más plenario que otras. Por ejemplo, si comparamos ciertas actividades corporales que tienen evidente afinidad, como son montar en bicicleta, andar a pie y la traslación del ser más elemental, como es la ameba, comprobaremos que las actividades primarias de la vida, las funciones que son más vida, aconteciendo en las tres actividades, se presentan de un modo más claro en la ameba.

Montar en bicicleta es, sin duda, una función vital. Si la descomponemos en sus factores hallamos que, de un lado, está la actividad motriz de nuestras piernas y brazos y de otro, el aparato mecánico, la bicicleta. Construimos la bicicleta a fin de obtener con un *minimum* de esfuerzo vital, un máximo de rapidez en la locomoción. Aunque esto también trae compensaciones desfavorables como lo muestra, por ejemplo, la necesidad de un terreno asequible.

En el andar a pie también podemos distinguir dos funciones, de un lado: la energía muscular y nerviosa que empleamos y de otro lado, el esqueleto que hace moverse. El esqueleto de las piernas con sus pies terminales es muy semejante a una máquina. Tiene una forma fija, tiene piezas determinadas y posee un repertorio de posibles movimientos. Pero el pie es una máquina de mayor utilidad que la bicicleta si se suman y se restan sus mayores servicios y sus menores perjuicios. Sería absurdo, dice, que enseñáramos a montar en bicicleta a un niño y no le enseñáramos a andar. Mas si el uso de la bicicleta es mero mecanismo y, por tanto, menos vital que el uso del pie, tampoco éste representa la esencial vitalidad, también es mecanismo respecto de otras funciones vitales.

Compárese el andar con la ameba, con la traslación del ser más elemental. La ameba carece casi por completo de estructura; no tiene órganos especializados en funciones determinadas. Cuando quiere desplazarse hace

avanzar su protoplasma en la dirección deseada, formando una especie de tentáculo. Fabrica, así, un pie momentáneo que tiende hacia el sitio ambicionado. Al llegar, desaparece. Y así, la ameba puede entregarse por entero a la nutrición, sin tener que preocuparse de pie ni de pierna que, en el hombre, incapaces de alimentarse por sí mismos, constituyen una carga para el estómago. Aquí el seudópodo es algo que sólo existe mientras es útil y carece de las limitaciones del pie y de la bicicleta. Claro es que dentro de unas condiciones muy precisas, la bicicleta y el pie sirven la función de andar mucho mejor que el seudópodo, pero fuera de ellas sirven poco, perjudican. Por eso, la ameba tiene una existencia más segura que la del caminante o la del ciclista<sup>17</sup>. Lo que en la ameba acontece de forma descubierta, acontece en todo organismo de forma encubierta. Con todo esto viene a decir Ortega que “toda aquella zona de la vida que consista en la actuación de estructuras fijas y especializadas representa una vitalidad mecanizada, secundaria”.

Esto le lleva a definiciones de la vida radicalmente diferenciadas según se tome como tipo de las funciones vitales una u otra de las tres bosquejadas. Desde el punto de vista biológico, Ortega distingue dos tipos de vida, por un lado, la que él denomina “la vitalidad primaria u organizante”; y, por otro lado, “la vitalidad secundaria o mecanizada”.

La primera, también denominada esencial, es anterior y creadora de todas las funciones concretas posteriores. Está constituida por las funciones de regulación que tienen lugar en los órganos internos, son las funciones más profundas y más importantes<sup>18</sup>. Esto es el más claro ejemplo del “escándalo biológico”, pues a pesar de que tienen lugar en la “intimidad fisiológica”<sup>19</sup>, es ahí donde empiezan y acaban, apenas tienen repercusión en el exterior, son, precisamente, ellas las que hacen posible el funcionamiento del resto de los órganos. Porque la vida –dice– no es sólo el funcionamiento de los órganos dados, sino que eso supone, por lo pronto, la creación de esos órganos y además su conservación, su regulación e impulsión<sup>20</sup>.

Esto conduce a Ortega a separarse de aquellas definiciones de la vida biológica que provienen de los *naturalistas* que consideraban las funciones externas como el prototipo de la acción vitalmente útil –no sabían bien qué pensar de

---

<sup>17</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. II, p. 277.

<sup>18</sup> Él alude a la *Doctrina de las secreciones internas*.

<sup>19</sup> “Ahora resulta que sin esas exudaciones íntimas nada funcionaría en el ser vivo”, *Ensayos...*, en J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. II, p. 285.

<sup>20</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., Vol. II, p. 280.

muchos órganos interiores cuya función no parecía rozarse directamente con el medio<sup>21</sup>–; de los partidarios de una biología de la adaptación, para los que la vida consistía en una adaptación al medio, en una suma de funciones singulares independientes, como ver, oír, andar, digerir. Frente a esto, Ortega afirma que esta visión hace olvidar todos aquellos fenómenos que presentan al ser vivo funcionando integralmente, de modo que cada una de sus funciones es operación del organismo entero –el ejemplo claro de la ameba–. La vida es previa a la suma de las funciones que posteriormente tienen lugar en ella, “la vitalidad es anterior y creadora de sus funciones concretas; el río es padre del arroyo”<sup>22</sup>.

La vitalidad secundaria o mecanizante es entendida como toda aquella zona de la vida que consiste en la actuación de estructuras fijas y especializadas. Es la vida entendida como una suma de funciones de unos órganos, la vida derivada, vida de segunda clase. La vida esencial desde esta perspectiva atiende a aquellas funciones orgánicas que operan directamente sobre el medio envolvente y que consisten bien en amoldarse a él, bien en transformarlo<sup>23</sup> –el ejemplo de la bicicleta y del andar a pie–.

Desde la perspectiva biológica, Ortega entiende la vida humana como unidad funcional, como funcionamiento integral del organismo entero que niega la acepción de la vida biológica como una suma parcial de funciones por muy importantes que sean éstas, pues cada una de las funciones del ser vivo es operación del ser vivo completo<sup>24</sup>. Ortega negará, pues, desde esta primera aproximación, la definición de la vida humana desde una función biológica, comprendiéndola desde una totalidad orgánica desde sus funciones más básicas.

### 2.1.2. *Desde la perspectiva psíquica*

Ortega distingue aquí también dos tipos de vida: la vida esencial o viviente y la vida mecanizada o precipitado de vitalidad, entendiendo por la primera aquella vida no organizada, la vida primitiva del espíritu, previa a la civilización, previa a la cultura, en la que existe la forma eterna y radical de la vida psíquica, la vida creadora. Y también aquí se percibe esa comprensión de totalidad, al igual que la unidad funcional de lo biológico. Así dice que “todos nuestros pensamientos, apetitos singulares nacen de una raíz íntima, de un

---

<sup>21</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. II, p. 284.

<sup>22</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. II, p. 285.

<sup>23</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. II, p. 284.

<sup>24</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. II, p. 285.

hontanar profundo único que está más adentro que el sentimiento, es lo que él llama el “pulso de vitalidad de cada alma”<sup>25</sup>. Veámoslo más detenidamente.

Ortega aborda esta cuestión, al menos, en dos ocasiones: una, cuando estudia cuál sea el objeto de la psicología<sup>26</sup>; y otra, la que acabamos de ver, cuando reflexiona sobre qué aspectos debe incidir la educación.

¿Qué es en concreto el fenómeno psíquico? Para saberlo, Ortega analiza el mito que ha venido distinguiendo hasta ese momento lo físico y lo psíquico, el mito de la diferencia entre lo externo y lo interno. Lo externo sería todo lo que está fuera de nuestro cuerpo y lo interno, lo que está dentro, lo intracorporal. Sin embargo, externidad e internidad para Ortega evidencian por sí mismas la insuficiencia para distinguir lo físico de lo psíquico, pues dentro del cuerpo también se da esa internidad y externidad. Y además en lo interno, siguiendo con el criterio, también tendríamos distintos niveles de internidad-externidad. Y aunque esos términos indican exclusión, esa exclusión es de orden semejante a la que existe entre la superficie de los cuerpos visibles y lo que hay detrás de esa superficie<sup>27</sup>. Pareciera que Ortega quisiera hablar más bien de superficie y de fondo de una misma realidad, él mismo llegará a decir más tarde que lo psíquico y lo físico siendo fenómenos distintos, se nos presentan en una misma inmediatez<sup>28</sup>.

El rebatir este criterio propicia a Ortega la ocasión para describir –de fuera a dentro– toda la complejidad del mundo psíquico. Así va distinguiendo desde el “ser cuerpo” pasando por los sentimientos, por los fondos de alegría o de tristeza, hasta llegar al “querer”<sup>29</sup> que es más íntimo a mí mismo

<sup>25</sup> Se da un paralelismo aquí, según Ortega, entre sentimientos como los potenciadores de ese pulso vital y las secreciones internas que veamos en el aspecto biológico. La alegría o la tristeza –dice– son funciones inútiles si se las refiere a la periferia de la vida, a la adaptación exterior, pero de clara eficacia si se mira hacia el centro íntimo de la vida.

<sup>26</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., Vol. XII, pp. 347 y ss.

<sup>27</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Investigaciones Psicológicas”, en *Obras Completas*, cit., vol. XII, p. 352.

<sup>28</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Investigaciones Psicológicas”, cit., p. 360.

<sup>29</sup> Hace Ortega una interesante diferenciación entre querer y deseo como dos funciones psíquicas distintas. Querer –dice– es querer la realidad de algo y querer los medios para conseguirlo. Y el deseo implica el darse cuenta de que lo deseado es relativo o absolutamente imposible. Aunque el deseo nutre el querer, es una función interna que es muy útil como reguladora de la voluntad y otras funciones anímicas, pues cuanto mayor es nuestro deseo más grande es la superficie ofrecida a la selección en que se va decantando el querer. La debilidad del deseo trae consigo una mengua de la vitalidad psíquica. En J. ORTEGA Y GASSET, “Ensayos filosóficos. Biología y Pedagogía”, cit., p. 287.

que mi cuerpo, más que mis sentimientos, más que mi tristeza y mi alegría, el querer (la intención, la libertad) soy yo mismo –nos dirá–<sup>30</sup>. Además, dentro de lo psíquico hallamos también funciones externas, como pueden ser la percepción, la memoria, la conciencia moral al uso; y, por otro lado, funciones internas, en las que no se da adaptación al medio, constituyen una fauna psíquica, lo que él llama la trastierra espiritual que es mucho más rica que la prudente y útil.

Al exponer sus ideas pedagógicas, al igual que hiciera en el aspecto físico, establece una correlación entre montar en bicicleta, andar a pie y la traslación de la ameba con tres clases de actividad espiritual o psíquica. El montar en bicicleta –dice–, el uso de mecanismos o técnicas, políticas, industriales, etc., se correspondería a lo que en conjunto llamamos civilización; las funciones culturales del pensar científico, de la moralidad, de la creación artística, que siendo íntimas al hombre son ya especificaciones de la vitalidad psíquica dentro de cauces normativos, equivaldrían al andar a pie corpóreo; y la tercera que son los ímpetus originarios de la psique que son el coraje, la curiosidad, el amor y el odio, la agilidad intelectual, el afán de gozar y triunfar, la confianza en sí y en el mundo... Estas funciones de la psique previas a toda cristalización en aparatos y operaciones específicas, son la raíz existencial de la psique, lo que correspondería biológicamente a la traslación de la ameba. Esta última sería lo que él denomina la vida esencial, la vida primaria y espontánea del espíritu, la vida creadora. Así dice que sin ciencia no hay técnica, pero que sin curiosidad, agilidad mental, constancia en el esfuerzo, no habrá tampoco ciencia.

En este sentido, afirma que la enseñanza tendrá que fomentar y asegurar la vida primera y espontánea del espíritu, que es idéntica hoy y hace diez mil años y que es preciso defender contra la ineludible mecanización que ella misma acarrea<sup>31</sup>. “Cuando hay que educar a los niños, antes de educarles para tal o cual cosa, hay que asegurar ese tono vital. (...) Antes de poner la turbina necesitamos alumbrar el salto de agua”<sup>32</sup>. La *vida no organizada crea la organización* y todo progreso de ésta, su mantenimiento, su impulsión constante, son siempre obra de aquélla. Esto lleva –como afirma Ortega– a una humilde perogrullada: la cultura y la civilización, que tanto nos envanece son creación del hombre salvaje y no del culto y civilizado<sup>33</sup>. Es obvio que

<sup>30</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Investigaciones psicológicas”, cit., pp. 354-356.

<sup>31</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Ensayos filosóficos. Biología y Pedagogía”, cit., p. 279.

<sup>32</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Ensayos filosóficos. Biología y Pedagogía”, cit., p. 292.

<sup>33</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Ensayos filosóficos. Biología y Pedagogía”, cit., p. 280.

Ortega no entiende esa vida primitiva como un fin en sí misma, sino precisamente como la única capaz de asegurar una organización cultural y civil<sup>34</sup>.

Ortega en este sentido recoge la vida desde su raíz, tanto la biológica como la psíquica. Ahí reside lo esencial de esa vida.

## 2.2. Vida como significado axiológico, filosófico

Aun cuando Ortega describe minuciosamente –hasta donde había llegado el avance del saber en su época– la vida humana desde lo biológico y desde lo psíquico, no la acaba ahí. Para él, junto a la descripción de las condiciones de la existencia, de la vida humana, encontramos un significado más profundo de esa vida. También aquí se puede observar esa distinción entre vida *originaria* y vida *derivada*. Como él mismo apunta, “todos los estudios naturalistas sobre el cuerpo y el alma del hombre no han servido para aclararnos nada de lo que sentimos como más estrictamente humano, eso que llamamos cada cual su vida. (...) Lo humano se escapa a lo físico-matemático como el agua por una canastilla. (...) La vida humana no es una cosa, no es naturaleza y hay que resolverse a pensarla desde otras categorías, desde otros conceptos radicalmente distintos a los que nos aclaran los fenómenos de la materia”<sup>35</sup>. La vida no es una especie de fundamento biológico unitario, fuente o causa de los fenómenos vitales, ni una vivencia o dato psicológico de la conciencia<sup>36</sup>, ni tampoco es una entidad de ninguna especie<sup>37</sup>. Esa extraña realidad no es una cosa física ni psíquica, es un puro acontecimiento de carácter dramático<sup>38</sup>. Conviene, pues, abandonar todo reduccionismo biológico en la comprensión de la vida humana. Junto a la vida en sentido biológico, lo que Ortega denomina *circunstancia*, se encuentra el ser humano que tiene que decidir, es la vida en sentido biográfico, la vida sabida, la vida que se sabe, la vida “evidencial” que decía Ortega<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Ensayos filosóficos. Biología y Pedagogía”, cit., p. 282.

<sup>35</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. VI, p. 24.

<sup>36</sup> En J. LAGASA MEDINA, *José Ortega y Gasset (1883-1955). Vida y filosofía*, Biblioteca Nueva, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2003, p. 89.

<sup>37</sup> En J. LAGASA MEDINA, *José Ortega y Gasset (1883-1955). Vida y filosofía*, cit., 2003, p. 92.

<sup>38</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Investigaciones psicológicas”, cit., p. 326. La vida viene cargada con sus propias exigencias de realización en una concreta circunstancia que me facilita unas cosas, pero me niega otras; porque soy irremediamente libre al hacer mi vida. En LAGASA, *José Ortega y Gasset (1883-1955). Vida y filosofía*, cit., 2003, p. 90.

<sup>39</sup> Véase J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. VII, p. 415.

Para Ortega, la vida en sentido originario, la vida entendida como una *realidad radical*<sup>40</sup>, no es cualquier clase de vida, sino que tiene una serie de condiciones y esto es lo que la distingue de la vida biológica. Para Ortega, esas condiciones se cifran en lo siguiente: a) la vida es la de cada cual, es única, personal, no es pensable en claves o conceptos generales<sup>41</sup>, por lo tanto, es responsabilidad mía, intransferible a otro; b) que por ser personal lleva al hombre a la acción en unas concretas circunstancias; c) que esas mismas circunstancias presentan diversas posibilidades de hacer y de ser, lo que convierte la vida del hombre en decisión, en libertad. La vida se nos da a cada cual sin hacer y tiene que ser hecha a base de decisiones. Es simultáneamente libertad y fatalidad, destino y elección, finita e indigente. Por ello, Ortega frente a la definición dieciochesca del *homo sapiens* propondría la definición del hombre como *homo insciens*, *insipiens*, como hombre ignorante, el hombre que, desde la indigencia y finitud, tiene que hacerse libertad.

La vida en este sentido es la que genera la identidad de cada uno y la preservación de esa identidad es una de las cuestiones fundamentales de la vida, el cumplimiento de nuestros objetivos, no estar continuamente cambiando de objetivos, es lo que Husserl denominaba la autoconservación, pero no de la vida biológica sino de los objetivos y metas que fijamos como las fundamentales, es una situación de vida lograda<sup>42</sup>.

Ortega afirma en *El hombre y la gente*<sup>43</sup> que si hay alguna vida que no cumple con los requisitos anteriormente vistos, tal vida no es una *realidad radical*, quiere decirse, sin duda ni atenuación, que no es vida humana en sentido propio y originario, sino que será vida, y si se quiere, vida humana en otro sentido, será otra clase de realidad distinta de aquella y además, será vida *secundaria*, derivada, más o menos problemática.

---

<sup>40</sup> Esta idea de realidad radical es lo que le diferenciará del concepto de vida en común de Dilthey. Como se sabe, para Ortega la vida es ante todo realidad primaria, raíz común en la que radican las demás realidades que existen, que nos surgen o nos aparecen, en suma que nos acontecen y que asaltan nuestra realidad, no la de los demás, pero para Dilthey la vida es siempre la vida en común. Véase F. LLANO ALONSO, "Estudio iusfilosófico sobre la relación de continuidad existente entre la filosofía de la vida, el raciovitalismo orteguiano y la teoría de la experiencia jurídica", en F. LLANO ALONSO, A. CASTRO SÁENZ (eds.), *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*, cit., 2005, p. 510.

<sup>41</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. VI, p. 35.

<sup>42</sup> Véase J. SAN MARTÍN, "La necesidad de fundamentación filosófica de la Bioética", cit., pp. 456-457.

<sup>43</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. VII, p. 114.

El concepto de vida humana de Ortega es una categoría filosófica que engloba en ella todas las demás realidades: el sujeto, el objeto, las ideas y el mundo. Y además estas realidades se encuentran en permanente dinamismo e interacción. Si bien en un primer momento, en *El tema de nuestro tiempo*, pareciera identificar la vida con el sujeto viviente, después de leer a Heidegger, convierte el concepto de vida en un acontecimiento que tiene lugar entre dos entes: por un lado, el yo del hombre y, por el otro, la circunstancia o mundo.

Pues bien, el concepto de vida *originaria* lleva implícito el que el hombre que vive esa vida tenga conciencia para dar cuenta y razón de ella. Esa conciencia la entiende Ortega como la capacidad del hombre de *ensimismarse*, de intimidad, de recogerse dentro de sí mismo para formarse ideas. A diferencia de los animales, cuya vida consiste simplemente en *alteración* –esto es, en estar perdidos entre las cosas–, la vida del hombre implica un *ensimismamiento*. Los animales viven alterados, son los objetos los que gobiernan su vida, le traen y le llevan como una marioneta. No rigen su existencia, no viven desde sí mismos, el perpetuo miedo del mundo les hace estar siempre atentos a lo que pasa fuera de ellos. En cambio, el hombre, aun cuando también esté en cierto sentido “alterado”, puede, de cuando en cuando, suspender su ocupación directa con las cosas, desasirse de su derredor y, sometiendo su facultad de atender a una torsión radical, volverse de espaldas al mundo y meterse dentro de sí, atender a su propia intimidad<sup>44</sup>. El mundo es la total exterioridad, el absoluto fuera, que no consiente ningún fuera más allá de él. El único fuera de ese fuera que cabe es, precisamente, un dentro, es la intimidad del hombre, que está constituida principalmente por ideas. Y así el ser hombre consistirá en emerger desde ese mundo interior al mundo exterior y actuar conforme a un plan preconcebido: “es la acción, la vida activa y la praxis”. El destino del hombre es, pues, primariamente acción. No vivimos para pensar, sino que pensamos para pervivir. Pero esa acción tiene que venir precedida de un pensamiento, que siempre será algo costoso, frágil y volátil, pues aunque el pensar sea lo más característico del hombre, éste no posee el pensamiento con la seguridad que se posee una cualidad constitutiva e inalienable. El hombre nunca estará seguro de que va a poder ejercer el pensamiento, con lo que es decir que el hombre no está nunca seguro de que sea hombre<sup>45</sup>. Se trata, por tanto, de una conquista precaria. Pero es

<sup>44</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. VII, p. 84.

<sup>45</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. VII, p. 89.

una conquista que tiene que hacer cada hombre y cada época. La vida, al final, es la vida concreta de cada hombre, y sin retirada estratégica a sí mismo, sin pensamiento alerta, la vida humana es imposible<sup>46</sup>.

La vida entendida así es radicalmente libre; se sitúa como un *prius lógico* que hace de la misma un lugar previo, un lugar que nos es dado, pues la vida no nos la damos nosotros a nosotros mismos, sino que nos encontramos en ella de pronto y sin saber cómo, *somos arrojados, nos es disparada a quemarropa*. Es una realidad a la que tenemos que referir todas las demás realidades, ya que todas de un modo o de otro tienen que aparecer en ella. “Herederero” llamaba al hombre Ortega, precisamente porque cuando llega a la vida se encuentra ya con unas circunstancias, unas condiciones que hereda. El hombre se encuentra atado a una época, a un cuerpo, a una mente, a un carácter. Nadie estrena la humanidad, viene precedido. Es esa “esencial preexistencia” de la que nos habla Dilthey<sup>47</sup>, lo que un hombre es no empieza con su existencia, sino que en su mayor porción precede a este vivir. Y este precederse le otorga un carácter de continuidad, de cadena ininterrumpida e inagotable de hechos y de ideas en las que se ha concretado la vida humana a través de los tiempos. La vida se desarrolla, se objetiva y se manifiesta en hechos históricos<sup>48</sup>.

Y desde aquí va a fundamentar todo su pensamiento. No en vano la vida es el fundamento junto con la razón de todo su pensamiento: la razón vital. Categoría que, como hemos visto, no se halla exenta de problematismo y que ha dado lugar a diferentes conjeturas hermenéuticas sobre su significación. La razón vital comprende todos los aspectos que conforman la personalidad y, por tanto, los sentimientos y voliciones del ser humano, pero sin hacer ninguna concesión a actitudes irracionales o emotivistas. La racionalidad de la vida no le viene de fuera, sino que es un dato inherente a la propia experiencia.

---

<sup>46</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, cit., vol. VII, p. 96.

<sup>47</sup> En J. ORTEGA Y GASSET, “Guillermo Dilthey y la idea de la vida”, en *Obras Completas*, cit., vol. VI, p. 206. Véase sobre la idea de vida y Derecho en Dilthey, F. LLANO ALONSO, “Estudio iusfilosófico sobre la relación de continuidad existente entre la filosofía de la vida, el raciovitalismo orteguiano y la teoría de la experiencia jurídica”, en F. LLANO ALONSO, A. CASTRO SAENZ (eds.), *Meditaciones sobre Ortega y Gasset*, cit., 2005, pp. 507-509.

<sup>48</sup> En A. E. PÉREZ LUÑO, “Hegel y Ortega. Meditación sobre los presupuestos historio-gráficos de la filosofía del Derecho”, cit., p. 525.

### 3. CONCLUSIÓN

Sin pretender ofrecer ninguna respuesta ni pauta normativa a la cuestión práctica de cómo se debe actuar en aquellos casos en los que está en juego la vida humana, sí son muy sugerentes las reflexiones de Ortega en cuanto al fundamento del derecho a la vida. La categoría filosófica de vida humana se transforma aquí de abstracta especulación en reflexión sobre datos concretos y de adaptación de los conceptos a las siempre nuevas dimensiones abiertas por las innovaciones biotecnológicas. Ortega vislumbra y describe lo esencial y lo derivado en toda la complejidad de la vida, desde lo biológico y lo psíquico hasta lo filosófico. En cada una de sus aproximaciones nos sitúa en la raíz de la vida. Por otra parte, nos muestra cómo lo físico, lo dado, la vida biológica nos hunde en el terreno filosófico del “quehacer”, del “pensamiento”. La vida está ahí para ser pensada por el hombre, por cada hombre y en cada época. De ahí que se deba pensar la forma de ser de la vida humana como forma de vida de cada cual.

Siendo la vida en el sentido orteguiano, la vida singular, la vida de cada cual, la entronca con las circunstancias que debe vivir y frente a las cuales tendrá el hombre que decidir. Otorga a la vida una trascendencia mayor que el propio sujeto, “las cosas y yo nos somos mutuamente trascendentes en esa coexistencia que es la vida”. Saca de las fronteras del yo la propia vida y le otorga un carácter social, en el que entraría a formar parte todo el entorno del sujeto. No planta la vida en la subjetividad radical, sino que más bien el yo es un ingrediente de otra realidad más radical que es el mundo<sup>49</sup>. Aunque, también deja muy claro que la estructura más elemental de eso que llamamos “realidad” es que el mundo o circunstancia aparece configurando una perspectiva ante un yo.

El concepto de circunstancia de Ortega implica el conjunto de cosas que rodean al hombre, cosas a las que éste debe buscar sentido y que tiene que reabsorber, porque sólo en la medida en que logre la integración de ese entorno conseguirá también adaptarse al medio que le envuelve y que está más allá de su propio “ensimismamiento”. Esas “circunstancias de la vida” en el ámbito de la bioética serán en muchos casos legitimadoras de las decisiones. Circunstancias que pueden referirse a condiciones de existencia, a medios utilizables, a contextos sociales, culturales o económicos. Circuns-

---

<sup>49</sup> En J. LAGASA, *José Ortega y Gasset (1883-1955). Vida y filosofía*, cit., p. 93.

tancias que hacen impensable la vida en términos generales, como también decía Ortega, y que hace realmente dificultoso el ofrecer soluciones generales sobre todo en el ámbito legislativo. A saber, cuestiones tan dramáticas como el caso de la eutanasia, por ejemplo, son situaciones tan especiales que se hacen muy difícilmente generalizables, constituyendo casos que tendrán que ser tratados *ad hoc*, bien mediante una legislación que así lo prevea, bien por medio de decisiones jurisprudenciales.

También unido a esto aparece la variabilidad y cambio de identidad del “yo” en relación con el mundo que le rodea. Esa imbricación constitutiva del yo y el mundo, ese carácter social de la vida humana, nos lleva a que en el proceso decisorio, por ejemplo, a la hora de aplicar un determinado tratamiento o cualesquiera aplicaciones biotecnológicas, deben incluirse a todos aquellos que se encuentran afectados por tal decisión, preservando los intereses o bienes de esos terceros. Esta concepción hace que en la interpretación del derecho a la vida sean tenidas en cuenta todas las variables de la vida en sí misma, del sujeto que la vive y del entorno social que le envuelve, sin perder de vista que la vida pertenece a cada cual y es el titular de ese derecho a la vida quien debe dar sentido tanto a su realización como a su protección.

ANA MARÍA MARCOS DEL CANO

*Facultad de Derecho*

*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

*C/ Obispo Trejo, s/n*

*28040-MADRID*

*e-mail: [amarcos@der.uned.es](mailto:amarcos@der.uned.es)*



**TRES PERSPECTIVAS REPUBLICANAS SOBRE LA RELACIÓN  
ENTRE LIBERTAD, DERECHOS Y LEY: ROUSSEAU, KANT Y PETTIT**  
*THREE REPUBLICAN PERSPECTIVES ON THE RELATION BETWEEN  
FREEDOM, RIGHTS AND LAW: ROUSSEAU, KANT AND PETTIT*

JAVIER GARCÍA MEDINA  
*Universidad de Valladolid*

Fecha de recepción: 10-3-06  
Fecha de aceptación: 17-3-06

**Resumen:** *La articulación liberal de los conceptos de libertad, derechos y ley, no supuso la eliminación definitiva de situaciones de dominación jurídicas y sociales. Desde una perspectiva republicana, las propuestas de Rousseau, Kant y, más cercana en el tiempo, la de P.Pettit, son un intento para elevar la no-dominación a la categoría de ideal político. Cada uno de ellos afronta la relación de libertad, derechos y ley de forma diversa, pero puede decirse que buscan un objetivo similar.*

**Abstract:** *The connection between the concepts of freedom, rights and law in a liberal conception did not imply a final elimination of every legal and social form of domination. From a republican point of view, the proposals of Rousseau, Kant and, more recently, P. Pettit are an attempt to promote 'non-domination' as a political ideal. Each of them confront the relation between freedom, rights and law in a different way, but it may be asserted that all of them are pursuing a similar aim.*

**PALABRAS CLAVE:** republicanism, liberalism, freedom, law, rights.

**KEY WORDS:** republicanism, liberalism, freedom, law, rights.

## 1. OBJETIVO Y ESTRUCTURA

El presente trabajo parte de la observación de cómo el paradigma liberal podía amparar situaciones de dominación en función de su articulación entre derechos, libertad y ley; y posteriormente analizar cómo desde la inter-

pretación republicana de Rousseau, Kant y el neorrepblicanismo de P. Pettit, se ofrece un engarce de dichos conceptos que pueda eludir situaciones de dominación, para finalizar con algunas conclusiones. Un objetivo secundario, pero no menos importante, es poner de manifiesto cómo la interrelación derechos, libertad y ley puede constituir un instrumento más sólido para el análisis tanto del liberalismo como del republicanismo.

## 2. EL PARADIGMA LIBERAL Y SUS DEFICIENCIAS

Las líneas maestras y elementos esenciales del paradigma liberal se pueden resumir en los siguientes: el individualismo, el atomismo social, el contractualismo, el consentimiento como medio de legitimación del poder político, las ideas de competencia y mercado, el gobierno de la ley, la defensa de derechos individuales, la limitación del poder político<sup>1</sup>. La formación de esta síntesis del liberalismo se remonta a Hobbes<sup>2</sup>, que rompe con la consideración del hombre como detentador de una tendencia natural a la sociabilidad, y nos presenta al individuo como un ser racional –o egoísta racional– que tiene como meta su particular interés, pero que dada la escasez de bienes de su mundo se ve obligado a acumular más poder que los demás con el objetivo de no perder sus bienes ni ser objeto de una muerte violenta. Dada la amenaza y competencia hostil existentes no es posible cooperación alguna<sup>3</sup>, haciéndose urgente salir de ella por ser claramente insatisfactoria para los sujetos que la padecen. Hobbes recurre a la hipótesis de un contrato social<sup>4</sup> a través del cual se renuncia unánimemente a la violencia y se instaura una autoridad que otorga normas comunes, con poder coactivo para poder hacer que los pactos se cumplan. Desde ese momento, lo que era un grupo

<sup>1</sup> J. F. SPITZ, *La liberté politique*, PUF, París, 1995, p. 45.

<sup>2</sup> P. BADILLO O'FARREL, *Fundamentos de Filosofía Política*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 88, 89 y 91. N. BOBBIO, *Estudios de Historia de la Filosofía: de Hobbes a Gramsci*, Ed. Debate, Madrid, 1985, p. 155. Cap. 3 (realizado por Elena García Guitián) pp. 117-118 en R. DEL ÁGUILA et. al., *La democracia en sus textos*, Alianza Editorial, Madrid, 1998. Y. C. ZARKA, *Hobbes y el pensamiento político moderno*, Herder, Barcelona, 1997, p. 58. C. B. MACPHERSON, *La teoría política del individualismo posesivo*, Fontanella, Barcelona 1970, pp. 15 a 17. E. FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1984, p. 130. I. HAMPSHER-MONK, *Historia del pensamiento político moderno*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 15 a 22.

<sup>3</sup> T. HOBBS, *Leviatán*, Editora Nacional, Madrid, 1979, edición preparada por C. Moya y A. Escotado, Cap. XIII, p. 222 y ss.

<sup>4</sup> T. HOBBS, cit., Cap. XVIII, p. 268.

aislado de individuos se convierte en una comunidad políticamente organizada gracias al poder soberano, condición de la existencia de la sociedad civil, así cualquier amenaza al soberano supone simultáneamente un ataque a la sociedad civil. El poder adquiere una soberanía absoluta<sup>5</sup>, única e indivisible, comprensión que dificulta la consideración de Hobbes como liberal<sup>6</sup>, pero sí ver en él algunos puntos fundamentales de lo que después será el liberalismo.

Será Locke quien procure fijar los límites al Leviatán diseñado por Hobbes. Locke reconoce en el estado de naturaleza una libertad y una igualdad no meramente fácticas, como en Hobbes, sino moralizadas. Su estado de naturaleza<sup>7</sup> se halla regido por una ley natural que actúa como ley moral y que prescribe preservar la creación de Dios, es decir, impone el deber general de autoconservación y el deber de no realizar daño alguno a los otros en vida, integridad física, libertad y posesiones<sup>8</sup>. Los hombres a través de la recta razón acceden a estos imperativos morales que la ley natural ha inscrito en sus corazones.

Surgen así unos derechos originarios, no convencionales, unos derechos naturales individuales<sup>9</sup>: derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho a la propiedad, derecho a la libertad. La ley natural tiene la virtualidad de fijar unas normas básicas comunes gracias a las cuales los hombres pueden establecer relaciones cooperativas, aún en ausencia de normas jurídicas coercitivas. Pero el estado de naturaleza de Locke puede convertirse en un estado de guerra cuando los hombres confundidos por sus apetitos no respetan la ley natural, pudiéndose generar conflictos cuya única solución es la justicia privada<sup>10</sup>. Esta situación de inseguridad producida por la poca claridad de la ley natural sobre lo que manda y lo que prohíbe y por la falta de un juez imparcial para la resolución de conflictos, se intenta perfeccionar,

---

<sup>5</sup> T. HOBBS, cit., Cap. XX, p. 298.

<sup>6</sup> C. B. MACPHERSON, cit. p. 15.

<sup>7</sup> J. LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, Cap. 2, p. 36 y ss.

<sup>8</sup> I. HAMPSHER-MONK, cit. p. 105.

<sup>9</sup> J. I. SOLAR CAYÓN, "Los derechos naturales en la filosofía política de Locke" en G. PECES-BARBA, E. FERNÁNDEZ, R. DE ASÍS (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo I: Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998, cap. VIII, p. 601 y ss. M. P. ZUCKERT, *Natural rights and the new republicanism*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1994, pp. 272 y ss.

<sup>10</sup> I. HAMPSHER-MONK, cit. p. 107.

no cortar con ella como hacía Hobbes, mediante la creación de la sociedad civil y el Estado<sup>11</sup>, con el fin de garantizar los derechos individuales. Para ello es necesario que los individuos renuncien unánimemente a su capacidad de interpretar y aplicar la ley natural. El tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil se realiza mediante un contrato social basado en el consentimiento de los individuos, sin el cual no se podría hablar de la legitimidad del Estado. La quiebra del consentimiento anula la legitimidad del poder político, lo cual no supone, como en Hobbes, volver al estado de naturaleza ya que Locke había diferenciado entre “pacto societario” –creación de una comunidad política– y “pacto de sometimiento”. Por éste último el cuerpo político constituye un gobierno cuya acción está definida y limitada por el respeto a los derechos individuales –sobre todo el de propiedad– la generalidad e igualdad ante la ley, la soberanía intransferible (de serlo permitiría a los ciudadanos ejercer el derecho de resistencia en defensa de sus derechos individuales) y la separación de poderes. Locke no define la forma constitucional que debe tener el gobierno, sólo indica cómo debe actuar ese poder político.

Será Montesquieu quien afirme, como necesaria institución para la defensa de los derechos individuales y la protección de los intereses de cada clase, la división de poderes<sup>12</sup>, con la cual el poder político podría ser limitado.

La articulación de tres de las ideas expuestas nos permite ver el núcleo del paradigma liberal moderno. Los individuos poseen unos derechos naturales individuales –primera idea–, de manera que un ataque a tales derechos supondría negar su humanidad ya que el hombre es ante todo un ser individual. La mejor garantía para no ser interferido es la instauración de un poder político consentido, cuya expresión es la forma democrática de la sociedad –segunda idea–. Ahora bien, la actuación de los gobernantes debe estar limitada para que se cumpla su función de protección y no se convierta en

---

<sup>11</sup> J. LOCKE, cit., Cap. 9, p. 133 y ss.

<sup>12</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972, Lib. XI, Cap. VI, p. 151. Hay que señalar que en la obra de Montesquieu se encuentran presentes aspectos que podrían hacer interpretar su pensamiento como propio de la tradición republicana, así lo hace M.VIROLI en su obra *Jean Jacques Rousseau e la teoria della società bene ordinata*, Il Mulino, Bologna, 1993. Otros piensan que con los elementos republicanos realiza una adaptación del pensamiento inglés a la situación francesa dando como resultado un planteamiento propiamente liberal (R. del Águila, cit. nota 3, p. 128).

un instrumento de opresión, exigiéndose por tanto la presencia de un poder político limitado –tercera idea–.

Este paradigma, por aceptado y corriente, no puede quedar al margen de un análisis que ponga de relieve algunas de sus aporías. Se afirma la forma democrática pero se opta por la representación indirecta frente a la democracia directa, consagrándose, en consecuencia, una elite considerada especialmente capacitada frente a los demás sujetos, arguyéndose para ello la necesidad de un poder político estable.

No ha sido infrecuente en la época moderna que la sujeción de todos al Estado con un ejecutivo fuerte se viese como la mejor manera de proteger los derechos individuales, siendo incorporada la idea de democracia y de limitación del poder político con posterioridad. Por tanto, si se hace corresponder la doctrina de los derechos naturales individuales –sobre todo el de propiedad– con el libre ejercicio de una actividad estrictamente privada que obliga a describir la sociedad como un conjunto atomizado de individuos preocupados de sus intereses y beneficios, entonces tal sociedad es compatible con una política autoritaria y un Estado centralizado y fuerte ajeno completamente al control de los ciudadanos. Se diluye la consideración del hombre como animal político, lo que dificulta al liberalismo su explicación de la condición social del hombre<sup>13</sup>. Un modo de explicar o enmascarar estas deficiencias es apelar al aspecto moralizante que tenían los derechos individuales en la doctrina de Locke como medio de articular las relaciones entre los individuos dentro del colectivo.

De aquí se concluye que la asociación política y el gobierno proceden de la diversidad de actividades sociales de los individuos y no de la naturaleza del hombre. Proteger tales actividades y su ejercicio exigirá el establecimiento de un poder. En consecuencia la pertenencia política es un efecto de la existencia social y lo que ella supone. Dicho de otro modo, la existencia social ya no es el “componente esencial de la humanidad de un hombre que no sería plenamente lo que debe ser más que siendo ciudadano”<sup>14</sup>. Se rompe con la política clásica y con el mundo antiguo. La dimensión política y cívica

---

<sup>13</sup> A. OLDFIELD, *Citizenship and Community. Civil republicanism and the modern world*, Routledge, London, 1990, p. 76: “It is certainly with individual happiness that Rousseau is concerned, but is the happiness of individual as a purely social being, and not, as in much of liberal-individualist thinking, as a being who is somehow independent of society. Rousseau’s project is the creation of social man”.

<sup>14</sup> J. F. SPITZ, cit. p. 32.

del hombre cede ante la dimensión social y económica de la sociedad civil. El ser humano viene a definirse no por ser ciudadano sino por ser propietario, comerciante o productor. La política ya no es el fin sino un medio al servicio de las actividades sociales y conceptos como educación cívica, bien común o virtud dejan de considerarse las líneas esenciales por donde discurra la humanidad del hombre. Hablamos del hombre como un portador de derechos y no ya de un ciudadano pues la existencia política deja de tener una función ética en la conformación de la personalidad del hombre. A partir de ahora el hombre alcanzará su deber ser mediante el ejercicio de sus actividades particulares, buscando satisfacer sus deseos y no en el ámbito público intentando crear un orden justo. Como los deseos son múltiples y los intereses plurales, el Estado no puede ya aparecer como símbolo de lo virtuoso y lo bueno, siendo ahora su objetivo que la convivencia esté formalmente organizada. Lo importante no es que haya virtud política, sino que la acción política esté sometida a derecho. Ser virtuoso no es más que ser honesto en las relaciones particulares. La ley queda vacía de su envoltura de instrumento de mejora de lo humano y se afirma como medio de solución formal de conflictos, ya de intereses, ya de derechos<sup>15</sup>.

Afirmar la artificialidad de la sociedad civil no supone aceptar el contractualismo ni la configuración del poder limitado de la autoridad política. Y ello porque las actividades sociales producen relaciones de autoridad y sujeción sustentadas por la violencia y la injusticia, pero que aún así se las aprecia por su necesidad y utilidad, elevándolas al rango de jurídicas y ello porque lo que se desea es un orden con estabilidad y seguridad aunque no sea justo. Desde un punto de vista axiológico se prefiere la paz a la justicia y a la reciprocidad<sup>16</sup>.

El esquema contractualista parte de la afirmación de unos derechos en el estado de naturaleza con el fin de remarcar su condición prepolítica, tales derechos a través del contrato social en parte se ceden mientras que en otra parte se mantienen cuando se configura la sociedad civil. Tal esquema lo que en definitiva establece es una separación entre los derechos del soberano y los de los individuos, sin que de ahí se pueda deducir que el poder político se encuentra limitado o condicionado. Lo que se ha hecho es fijar un

---

<sup>15</sup> J. F. SPITZ, cit. p. 35: "L'époque de Hobbes et de Locke a ainsi fait passer la philosophie politique d'une conception éthique à une conception arbitrale du rôle de l'instance de pouvoir dans la vie collective".

<sup>16</sup> J. F. SPITZ. cit. p. 21.

marco en el cual el poder político se puede hacer con una fuerte autoridad porque lo que se le está pidiendo es que proteja los derechos remanentes y la paz interna y externa. Tal protección y función que ofrece un gobierno estable no se conseguiría si requiriese el consentimiento de todos. La estabilidad del poder unida a su eficacia, se convierten en el valor de referencia para la justificación del mismo poder. Por tanto, participar en la deliberación pública, así como controlar al poder, ha de considerarse una actividad que no tiene un especial sentido para quien tiene como principal preocupación sus asuntos particulares. Se consolida la separación entre el poder y los individuos y se pone de manifiesto que en el modelo liberal, al menos al principio, se puede dar una soberanía sin límite y fuerte, porque lo que se debe proteger ante todo es: "la paz, un orden legislativo estable, la garantía de derechos sobre la propiedad y el fruto del trabajo"<sup>17</sup>. Tal reparto de papeles entre súbdito y soberano supondrá también la posterior diferenciación entre representante y representado tan importante en el modelo liberal.

El nuevo contenido dado a los conceptos de derecho y ley a partir de Hobbes, (entendido el primero como una facultad y la segunda como una limitación del actuar, perdiendo el uno su idea de justicia natural y la otra su poder como precepto racional y referencia para el logro de la virtud) va a hacer que la política se juridifique pero se desvincule de la ética. Se escinde lo público y lo privado. La libertad del hombre se entiende en su sentido negativo. Ser libre es disfrutar de unos derechos vinculados a la persona en el marco de una ley estable y consentida, sin que sea del interés individual la consecución de un orden justo. La libertad del Estado, a su vez, consiste en darse sus propias leyes sin estar condicionado por leyes superiores o poderes exteriores. De lo expuesto se observa que ser poseedor de unos derechos no supone participar en el gobierno ni en la elaboración de la ley.

Las relaciones intersubjetivas dentro del modelo liberal se juridifican. Es decir, la visión del hombre que predomina es la de sujeto de derecho que mantiene una serie de relaciones con las cosas, bien poseyéndolas, bien administrándolas, bien intercambiándolas o de cualquier otra manera. El derecho, por tanto, se justifica como el mecanismo de regulación de dichas relaciones. De manera que la reflexión filosófica sobre el derecho exige no perder de vista tal circunstancia que en último término condicionará dicha actividad. Evidentemente esto tiene un coste y es perder la visión del hom-

---

<sup>17</sup> J. F. SPITZ, cit. p. 38.

bre como animal político preocupado por establecer con los demás hombres relaciones fundadas en la igualdad y en la reciprocidad.

Es cierto que los hombres viven inmersos en una realidad de necesidades materiales que obliga a mantener vínculos con las cosas y que si se relacionan con otros individuos es precisamente como consecuencia de tales vínculos con las cosas. Esas relaciones interindividuales no están presididas por la igualdad y la reciprocidad. Es el tipo de relación que se mantiene con las cosas lo que configura el status del sujeto en el ámbito público. De modo tal que las relaciones entre los hombres se definen como relaciones entre poseedores de cosas. Y el derecho pretende realizar una idea de justicia que se funda en la correcta distribución cuantitativa de objetos y derechos. A la política le queda únicamente normar las relaciones de los hombres con las cosas y las relaciones que aquellos mantienen en función de su relación con éstas.

Las relaciones con otros hombres ocupan un lugar secundario frente a las relaciones con las cosas e incluso aquellas pueden ser tratadas como si de una relación hombre-cosa se tratase. Y es ésta la visión que los juristas suelen tener de tales relaciones. Y esta es precisamente la aportación del derecho y de la filosofía jurídica, hacer comprender, analizar y perfilar una faceta humana que iba cobrando mayor protagonismo a medida que avanzaba la historia. Pero el peligro del modelo liberal es juridificar la política, perdiéndose con ello una serie de valores comunes que vinculan a todos los hombres, haciendo, pues, de lo público algo secundario y prescindible, cuya única justificación es fijar un marco de actuación en el que los hombres realicen las actividades necesarias en aras de sus necesidades particulares y privadas.

### 3. LA PROPUESTA REPUBLICANA

La concepción de la libertad republicana se basa en una constante preocupación por la independencia, por la dominación de unos individuos sobre otros, por el autodomínio, desde esta óptica se critica el liberalismo democrático por haber estrechado el concepto de libertad, ya que la extensión de la ciudadanía a los sujetos adultos y la afirmación de la igualdad ante la ley era considerada insuficiente para cumplir con las exigencias de independencia material y de correcta distribución de la propiedad que requería la tradición republicana como mecanismos de independencia individual con

los que obtener la libertad política y la virtud. La formación del paradigma liberal pone de manifiesto que las consecuencias del mismo eran *despolitizar* la vida social y económica, surgiendo frente a ello autores y perspectivas que buscan volver a *politizar* estos ámbitos con el objetivo de afrontar las situaciones de desigualdad que se producen en la sociedad, generadoras de situaciones de dominación en los diversos planos de la vida (relaciones hombre-mujer, trabajadores-empresarios, situación de desfavorecidos, etc.)<sup>18</sup>.

Desde mediados de los años 70, surgió un movimiento de historiadores de la filosofía que empezó a investigar el republicanismo como una de las más influyentes corrientes de la filosofía política del pasado, aunque fue prácticamente olvidado tras el siglo XIX, después del triunfo del liberalismo y su posterior contestación por el socialismo. Ya a partir de los años 90, sin embargo, Cass Sunstein en la filosofía del derecho, Maurizio Viroli y Philip Pettit en la filosofía política, no se contentaron simplemente con la rehabilitación del republicanismo clásico en la historia de la filosofía, sino que empezaron a desarrollar una teoría republicana normativa sobre la libertad, el derecho, las formas de gobierno y la ciudadanía adaptadas a las condiciones de la sociedad contemporánea que, por eso, se puede denominar neorepublicanismo<sup>19</sup>.

La tradición republicana recuperada constituye un pensamiento heterogéneo tanto en lo que podemos considerar sus manifestaciones históricas como en los autores que se encuadrarían en tal tradición, la cual se nutre de las construcciones históricas de la Roma republicana; de las ciudades renacentistas del norte de Italia (República de Venecia y de Florencia); de las provincias holandesas; del republicanismo inglés del siglo XVII, culminando en el período revolucionario americano y francés, mientras que la aportación doctrinal corresponde, entre otros, a: Polibio, Cicerón, Marsilio de Padua, Maquiavelo, Harrington, Madison, Hamilton, Rousseau, etc.

Podría considerarse como seña de identidad de dicha tradición<sup>20</sup>, a pesar del dilatado espacio temporal considerado y de los diversos autores mencionados, la preocupación por la existencia de situaciones de dominio incompatibles con la li-

---

<sup>18</sup> D. RAVENTÓS y A. DE FRANCISCO, "Republicanismo y renta básica de ciudadanía" en VV. AA., *Republicanismo y Democracia*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2005, Cap. 9, pp. 263-264.

<sup>19</sup> El neorepublicanismo se distingue del republicanismo clásico porque, dadas las condiciones de las sociedades modernas, en lo que se refiere al gobierno tiene que atribuir más importancia a la democracia que al gobierno mixto, así como en lo que atañe a la ciudadanía tiene que sustituir la exigencia de independencia por el sufragio universal.

<sup>20</sup> M. VIROLI, *Republicanism*, Editora Laterza, Bari, 1999, p. 29 y ss.

bertad. En expresión de Pettit hablaríamos de la libertad como ausencia de dominio o si se prefiere la libertad como no-dominación, esto es, no estar sometido a la intervención discrecional y arbitraria de otro<sup>21</sup>. Sería, pues, como señala P. Pettit “la condición en que viven ustedes cuando están en presencia de otros, pero a merced de ninguno”; pero también destaca en dicha tradición, la importancia de las instituciones públicas, la virtud cívica, el gobierno de la ley, así como la preocupación por la subordinación del interés público al interés privado, base de la corrupción y del desarrollo de vicios como el egoísmo, el lujo, etc.

### 3.1. La tradición republicana en Rousseau: libertad, ley y derechos

Una primera propuesta, desde la óptica republicana, para relacionar libertad, derechos y ley, en búsqueda de la no-dominación, es la representada por Rousseau. A nuestro juicio la concepción rousseauiana de la libertad, proviene de la idea que la tradición republicana sostiene sobre la libertad<sup>22</sup>.

El anárquico estado de naturaleza hobbesiano producía un egoísta racional, guiado por el miedo al otro y sin posibilidad de asumir obligaciones morales, así el despotismo parecía el destino lógico ante la inexistencia de todo principio moral. En el estado de naturaleza de Rousseau<sup>23</sup>, las relaciones entre los hombres son ocasionales, las estrictamente necesarias para la procreación y el cuidado de las crías. Las relaciones no pueden ser ni de conflicto ni de cooperación porque no existe base para antagonismos y competitividad permanente. La co-

<sup>21</sup> P. PETTIT, *Republicanism*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 40 y ss. V. tb. p. 99: “Disfrutar de la no-dominación es estar en una posición tal, que nadie tiene poder de interferencia arbitraria sobre mí, siendo ésta la medida de mi poder. Es estar en posesión, no meramente de la no-interferencia por parte de poderes arbitrarios, sino de una variedad segura y reconfortante de esa no-interferencia”.

<sup>22</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro I, cap. VIII, *Oeuvres Complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, Editions Gallimard, 1964 (en adelante O. C.), Vol. III, p. 365: “(...) *l’obéissance à la loi qu’on s’est prescrite est liberté*”. C. THIBAUT, *Vindicación del ciudadano*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 26. M. VIROLI, *Jean Jacques Rousseau e la teoria della società bene ordinata*, Il Mulino, Bologna, 1993. J. J. ROUSSEAU, *Lettre à C. De Beaumont*, O. C., 1969, Vol. IV, p.928: “*J’ai écrit sur divers sujets, mais toujours dans les mêmes principes: toujours la même moral, la même croyance, les mêmes maximes, et, si l’ont veut, les mêmes opinions*”. J. J. ROUSSEAU, *Lettre à Malesherbes*, 12 de enero de 1762, O. C., Vol. I, 1959, p. 1136. J. RUBIO CARRACEDO, “El legado democrático de Rousseau en la crisis actual”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, Madrid, 1990, p. 59. Un resumen de las críticas a Rousseau se puede encontrar en J. M. RODRÍGUEZ URIBES, *Sobre la democracia de Jean-Jacques Rousseau*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 15 a 34. HAMPSHER-MONK, cit., p. 190.

<sup>23</sup> J. J. ROUSSEAU, *Discours sur l’origine...*, O. C., III, 1964, pp. 153-154.

operación ni es apremiante ni es posible al requerir para su desarrollo previsión y cálculo racional, producto de un desarrollo de facultades cognitivas, aún no alcanzado. El hombre encuentra como freno a sus pasiones tanto la piedad como su escasa capacidad de imaginación, y por tanto, con desavenencias poco peligrosas<sup>24</sup>. El hombre en el estado de naturaleza no estaría expuesto al conflicto pero tampoco a lo que éste conduce; subordinación, desigualdad, dominación y sometimiento<sup>25</sup>. La existencia aislada<sup>26</sup> impedía la posible dominación.

El hecho de que para salir del estado originario sea necesario entrar en relaciones de interdependencia no significa que el abandono del estado de naturaleza equivalga a una entrada automática en la sociedad civil. Entre la situación inicial en la que los hombres viven de forma independiente los unos de los otros y la situación de sociedad civil, forma de organización regulada políticamente en la que los individuos se guían por normas abstractas dictadas por un poder central que las impone a través de la coacción, Rousseau contempla una etapa intermedia<sup>27</sup>.

El proceso civilizatorio es un proceso complejo<sup>28</sup>, constituido por diversos procesos simultáneos mutuamente condicionados y reforzados, caracte-

---

<sup>24</sup> J. J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine...*, O. C., III, 1964, p. 157: "Avec des passions si peu actives, et un frein si salutaire, les hommes plutôt farouches que méchants, et plus attentifs à se garantir du mal qu'ils pouvoient recevoir, que tentés d'en faire à autrui, n'étoient pas sujet à des démêles fort dangereux: comme ils n'avoient entre eux aucune espèce de commerce; qu'ils ne connoissoient par conséquent ni la vanité, ni la considération, ni l'estime, ni le mépris; qu'ils n'avoient pas la moindre justice; qu'ils regardoient les violences, qu'ils pouvoient essayer, comme un mal facile à réparer, et non comme une injure qu'il faut punir, et qu'ils ne songeoient pas même à la vengeance, si ce n'est peut-être machinalement et sur le champ, comme le chien qui mord la pierre qu'on lui jette; leurs disputes eussent eu rarement des suites sanglantes, si elles n'eussent eu de sujet plus sensible que la pâture".

<sup>25</sup> J. J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine...*, O. C., III, 1964, pp. 161-162: "Sans prolonger inutilement ces détails, chacun doit voir que les liens de la servitude n'étant formés que de la dépendance mutuelle des hommes et des besoins reciproques qui les unissent, il est impossible d'asservir un homme sans l'avoir mis auparavant dans le cas de ne pouvoir se passer d'un autre; situation qui n'existant pas dans l'état de nature, y laisse chacun libre du joug et rend vaine la loi du plus fort".

<sup>26</sup> M. VIROLI, *Jean-Jacques Rousseau ...*, cit., p. 41.

<sup>27</sup> Rousseau procede a explicar los motivos que alteran la situación existente en ese estado originario, aludiendo a razones de tipo psicológico, social, comunicativos, etc.

<sup>28</sup> C. LÉVI-STRAUSS Y OTROS, *Presencia de Rousseau*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1972, en "Jean-Jacques Rousseau, fundador de las ciencias del hombre", por C. L. Strauss, p. 13, se explica el paso de la naturaleza a la cultura, del sentimiento al conocimiento, de la animalidad a la humanidad.

rizado por una creciente y progresiva interdependencia, tanto material como afectiva y emocional<sup>29</sup>. Se desarrollan las facultades cognitivas que permiten el creciente control racional de la naturaleza, posibilitando una creciente satisfacción de las necesidades, pero, al mismo tiempo, induce a una ampliación, diversificación y sofisticación de las necesidades originarias. Las necesidades exigen para su satisfacción el esfuerzo de los demás y, por consiguiente, una disminución de la autonomía. Acompaña todo ello una mayor individualización de los seres humanos a causa de una creciente conciencia de sí mismos, pues a medida que los hombres van saliendo del estado de aislamiento en que se encontraban inicialmente y se teje una red de relaciones de comunicación y cooperación, los hombres se encuentran con los demás no ya como simples elementos de su entorno, sino como alter egos con los que tienen que medirse y cuya aprobación y estima necesitan para su propio equilibrio psicológico.

En la medida en que el hombre ha ido desarrollando sus capacidades cognitivas, puede someterse a principios y reglas generales, cosa que en el estado originario no sería posible. Se abre la dimensión moral y con ella la posibilidad de libertad moral, que presupone el autodomínio del sujeto sobre sus propios impulsos inmediatos y sobre sus pasiones. En resumen, el proceso civilizatorio supone un proceso de transformaciones en la naturaleza humana. Del inicial animal estúpido se pasa a un individuo racional capaz de conducir su conducta con arreglo a la razón, elevándose más allá de sus apetitos con el objetivo de alcanzar utilidades futuras de mayor importancia. Aunque Rousseau expresa su nostalgia por la bondad natural de los seres humanos, no puede evitar ocultar cierta satisfacción cuando presenta el proceso que conduce al hombre desde un estado de inocente cuasimoralidad a la compleja y delicada estructura de un ser racional que habita un mundo ya no meramente natural, sino moral, en el que el hombre se erige por encima de la mera naturaleza.

La instauración de la propiedad y del deseo de acaparar provocan la pérdida de la igualdad y convierten al trabajo en una necesidad cuyos efectos serán la esclavitud y la miseria<sup>30</sup>. La introducción de la propiedad privada desencadena el componente agresivo del "*amour propre*", cuya capacidad productiva anima el progreso científico-técnico al ocuparse de la naturaleza,

---

<sup>29</sup> M. VIROLI, *Jean-Jacques Rousseau ...*, cit., pp. 66-67.

<sup>30</sup> J. J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine ...*, O. C., III, 1964, p. 171.

pero simultáneamente produce el afán de acumulación de riqueza y poder y se convierte en un instinto agresivo frente a los demás, las desigualdades entre los hombres se acrecientan, la competitividad aumenta y con ello se consolida el antagonismo.

La extensión de la propiedad privada genera una situación de hostilidad generalizada. Para salir de este conflictivo estado de cosas originado por la propiedad privada y con el objetivo de protegerla los hombres crean la sociedad civil y el Estado. Rousseau explica la aparición del Estado y la sociedad civil como resultado de un proceso convencional y lo presenta como un engaño de los ricos a los pobres a través del cual consiguen transformar en derecho lo que era un acto de violencia. Bajo la apariencia de un acuerdo en beneficio de todos hay una institucionalización de la desigualdad y una estabilización del dominio de los ricos sobre los pobres. Es en este punto donde Rousseau hace entrar por primera vez la noción de contrato social, aún cuando esta primera versión del contrato social diferirá del contrato social característico de Rousseau.

Este papel de distorsión de la propiedad no nos puede confundir a la hora de percibir cuál es el papel y la comprensión de la propiedad en Rousseau. Como autor republicano es propietario, pero defiende una propiedad muy diferente a la liberal<sup>31</sup> y con unos objetivos diversos. Precisamente su primera versión del contrato social (*Manuscrito de Ginebra*) constituye un ejemplo del tipo de propiedad que él no defiende y es la propiedad ilimitada en sentido lockeano, inspiradora de la propiedad capitalista y generadora de desigualdad política.

Rousseau se mantiene en la línea republicana cuando defiende una extensión de la pequeña propiedad agrícola que permite subsistir del propio trabajo<sup>32</sup> y, lo que es más importante, eludir la dominación pues se ha de evitar “que ningún ciudadano sea lo bastante opulento para poder comprar a otro, y ninguno lo bastante pobre para tenerse que vender”<sup>33</sup>. Entiende el estatus de propietario como una situación que conduce a posiciones de riqueza similar, condición en que han de vivir los ciudadanos cuando pretenden derechos políticos iguales.

---

<sup>31</sup> G. H. SABINE, *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimpresión, Madrid, 1994, p. 441.

<sup>32</sup> M<sup>a</sup>. J. VILLAVERDE, *Rousseau y el pensamiento de las luces*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 156.

<sup>33</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro II, cap. XI, O.C., III, 1964, 391-392.

De igual modo que el proceso civilizatorio es irreversible, Rousseau ante la realidad económica de su tiempo, no propone retornar a formas rurales de economía ni a fórmulas de propiedad comunal y colectiva, lo que propone es una crítica al modelo capitalista y liberal, cuyo remedio lo radica en una propiedad limitada<sup>34</sup>. Lo contrario, la propiedad ilimitada, acarrea la desigualdad de poder. A la desigualdad económica y social se añade la desigualdad política que surge de los vínculos de poder y sumisión, característicos de las relaciones súbdito-soberano. Todo este proceso conduce a la pérdida de la libertad, cuando el poder político se autonomiza respecto de la sociedad civil. Se convierte en un poder arbitrario y despótico, respecto del cual los individuos se encuentran en relaciones de esclavo-amor. Las relaciones políticas tienden a esta situación cuando el poder político se transforma en despótico. Llegados a este punto la sociedad civil se disuelve en una especie de estado natural, pero no es un estado natural inocente, sino un estado corrompido. Es este el punto extremo de la desigualdad.

Como solución, Rousseau en *El Contrato Social*, propone: “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual, cada uno, uniéndose a todos, no obstante no se obedezca mas que a sí mismo y permanezca tan libre como antes”<sup>35</sup>. Propuesta inicialmente paradójica: el encontrar una forma de vida social organizada de tal manera que la interdependencia se convierta en autonomía, condición de una vida digna.

El contrato social en Rousseau contendría una única cláusula que supondría la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la sociedad, sin reserva de ningún tipo y sin que nadie pueda después reclamar nada. Es decir, “cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la dirección suprema de la voluntad general; y recibimos como cuerpo a cada miembro como parte indivisible del todo”<sup>36</sup>. Mediante la renuncia unánime de todos a todos nuestros derechos se constituye la sociedad civil y el poder político soberano en un mismo acto. Pero la solución de Rousseau difiere de la de Hobbes, ya que éste unifica en un solo acto asociación y subordinación, creando simultáneamente una comunidad y una autoridad política o soberano que se afirma como principio de unidad, mien-

---

<sup>34</sup> A. OLDFIELD, cit. p. 66.

<sup>35</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro I, cap. VI, O. C., III, 1964, p. 360. I. HAMSPHERMON, op. cit., p. 191.

<sup>36</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro I, cap. VI, O. C., III.

tras que Rousseau mantiene la idea de un solo acto pero identificando comunidad y soberano<sup>37</sup>. Cada sujeto se sitúa en posición de igualdad con los demás, condición necesaria para el logro de una equitativa voluntad común. De modo que al ser autor y destinatario, al mismo tiempo, de las decisiones que se tomen, nadie intentará imponer situaciones onerosas para nadie. Rousseau pretende de ese modo garantizar y defender los recíprocos derechos de los asociados: "(...) al darse cada uno a todos no se da a nadie; y como no hay ningún asociado sobre el que no se adquiriera el mismo derecho que se le cede sobre uno mismo, se gana el equivalente de todo lo que se pierde, así como más fuerza para conservar lo que se tiene"<sup>38</sup>.

El soberano<sup>39</sup>, los titulares de la soberanía, son los propios ciudadanos, si bien no todos los habitantes han de ser ciudadanos, ni la influencia de cada uno de los ciudadanos ha de ser similar. Las condiciones de la enajenación inicial garantizan la plena soberanía y permiten pasar a ser dirigidos por la voluntad general; y en ese mismo momento, lo que antes era un simple conjunto de individuos se convierte en un cuerpo político<sup>40</sup>, una república. Es decir, pasa a ser un cuerpo moral y colectivo con "personalidad pública", movido por la voluntad general que se expresa a través de leyes generales. Voluntad común que garantiza la no-dominación, pues al estar conformada la comunidad por asociados en condiciones de igualdad, no parece posible que se oponga a los legítimos intereses de los mismos; más bien su objetivo será que los mutuos derechos sean adecuadamente protegidos.

El establecimiento del contrato social es ventajoso para los individuos por diversos motivos: "lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le tiene y puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee"<sup>41</sup>. Es decir, frente a una libertad natural precaria y susceptible de la hostilidad de los demás, la libertad civil que se obtiene supone un margen de actuación garantizado por leyes emanadas de la voluntad general lo que implica su reconocimiento y asunción por todos. La posesión basada en el poder individual de protección, se sustituye por la propiedad, título, a su vez, con la garantía y reconocimiento de todos. La propiedad se convierte, por tanto, no

<sup>37</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro I, cap. VII, O. C., III.

<sup>38</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro I, cap. VI, O. C., III.

<sup>39</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro I, cap. VI, O. C., III.

<sup>40</sup> A. OLDFIELD, cit., p. 59, para ver los roles del cuerpo político que se crea.

<sup>41</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro I, cap. VIII, O. C., III.

en una cuestión intocable sino en algo legal y regulable en su alcance y modalidades. Es evidente que esta idea de propiedad no fue la que triunfó, sino aquella que considera la propiedad como un derecho natural al que el Estado debe protección y garantía.

Puesto que todos entregan sus derechos a todos<sup>42</sup>, nadie da ni enajena sus derechos a nadie en particular. El contrato social no genera ningún tipo de vínculo particular de dominio o de dependencia, pues se ceden los derechos a la comunidad, no a alguien en concreto: "(...) en vez de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental sustituye, por el contrario, por una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza había podido poner de desigualdad física entre los hombres y que, aunque puedan ser desigualdades en fuerza o en talento, acaben siendo todos iguales por convención y de derecho"<sup>43</sup>. Las desigualdades y restricciones sociales al producirse en el ámbito de las leyes que expresan la voluntad general, se entienden consentidas y aceptadas por todos, autoimpuestas.

Si no hay unos derechos individuales<sup>44</sup> previos que oponer a la voluntad general, parece que el todo social se impone a un inerte individuo sin derechos y sometido a la tiranía de un poder despótico, lo que justificaría la interpretación totalitaria de Rousseau. Pero Rousseau conjura este peligro impidiendo que la voluntad general se convierta en una voluntad particular. Posibilidad que se neutraliza ya que cualquier carga que uno quiera imponer a los demás, dado que se tiene que hacer a través de leyes generales, esa misma carga recaería sobre uno mismo<sup>45</sup>.

Rousseau define la soberanía como absoluta pero sometida a limitaciones<sup>46</sup>, lo que representa una contradicción para cuya resolución señala que "hay que convenir en que todo lo que cada uno enajena por el contrato social, de su poder, de sus bienes, de su libertad es solamente la parte de todo aquello cuyo uso importa a la comunidad, pero hay que convenir que sólo el

---

<sup>42</sup> G. H. SABINE, cit., p. 445.

<sup>43</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro I, cap. IX, O. C., III.

<sup>44</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro II, cap. VI, O. C., III, 1964, p. 378: "Dans l'état de nature, où tout est commun, je ne dois rien à ceux à qui je n'ai rien promis, je ne reconnois pour être à autrui que ce qui m'est inutile. Il n'en est ainsi dans l'état civil où tous les droits sont fixés par la loi". I. HAMPSHER-MONK, cit. p. 221: "Rousseau no cree en derechos presociales, (...) porque la idea misma de derecho sólo es comprensible en sociedad".

<sup>45</sup> I. HAMPSHER-MONK, cit., p. 220.

<sup>46</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro II, cap. IV, O. C., III, 1964, p. 372

soberano, es juez de esa importancia”<sup>47</sup>. La salvaguarda del interés común y de la libertad de todos no exige la enajenación de los poderes de los individuos sino únicamente la retención en el grado y alcance indispensable para la pervivencia de la comunidad. La libertad limitada restante debe quedar plenamente garantizada. Una vez que el Estado ha legislado con el fin de proteger los intereses generales, los individuos pueden interactuar en la esfera privada en función de sus particulares planes de vida. Los sujetos pasarían a disfrutar de un ámbito privado cuya invasión bien por parte del Estado o bien por parte de un particular sería inadmisibles. El Estado decaería en su legitimidad al perder la nota de la generalidad en su actividad legislativa<sup>48</sup>.

Por lo tanto, cuando se obliga a alguien a cumplir la ley, en lugar de ser un atentado contra su libertad, esa obligación es una forma de obligarle a ser libre: “Para que el pacto social no sea, pues, una fórmula vana, entraña tácitamente este compromiso, el único que puede dar fuerza a los demás, de que cualquiera que se niegue a obedecer a la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo: lo cual no significa otra cosa que se le forzará a ser libre; pues tal es la condición que, dando cada ciudadano a la patria, le asegura de toda dependencia personal; condición que constituye el artificio y el juego de la máquina política, y la única que legitima los compromisos civiles que sin eso serían absurdos y tiránicos y estarían sometidos a los más grandes abusos”<sup>49</sup>.

Explicar la fórmula “obligarle a ser libre” de Rousseau siempre es difícil pero es quizás uno de los elementos que ilustran su visión republicana de la libertad. La relación entre libertad y ley en Rousseau engloba tanto la “libertad positiva” –no agotándose en el principio de autonomía– como la “libertad negativa”, entendida como un ámbito propio sin interferencias. Rousseau entiende que para ser libre no se debe estar sometido a ninguna voluntad particular<sup>50</sup>. El hombre en el estado de naturaleza es independiente, pues no está sometido a autoridad política alguna, pero no es realmente

---

<sup>47</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro II, cap. IV, O. C., III, 1964, p. 373.

<sup>48</sup> P. PETTIT, cit. p. 115: “Espero, pues, que convengan conmigo en que se puede confiar en la capacidad de la gente para procurar por su propia autonomía, una vez se les garantiza la vida bajo un ordenamiento que les protege de la dominación de otros”.

<sup>49</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro I, cap. VII, O. C., III.

<sup>50</sup> G. DUSO (ed.), *El contrato social en la filosofía política moderna*, Res Pública, Valencia, 1998, ver A. BIRAL, “Rousseau: la sociedad sin soberano”, p. 232.

libre, ya que ha de imponer su voluntad particular a otros o puede ser sometido a la voluntad particular de esos otros. La libertad moral adquirida en el estado civil hace dueño al hombre de sí mismo “pues el impulso sólo del apetito es esclavitud, y la obediencia a la ley que se ha prescrito es la libertad”<sup>51</sup>, condición que hace posible la vida con sus semejantes. Si la ley proveniente de la voluntad general autoriza un conjunto de acciones, todos tienen el deber de no obstaculizar su realización, al tiempo que reconocen la legitimidad de la sanción en caso de interferencia. Pero tal obligación de no interferencia se deriva además del principio de que nadie tiene más derechos que otros, pues en tal caso, la vulneración de la esfera amparada por la ley por parte de un individuo supondría reconocer, por su parte, que otros sujetos pueden invadir su esfera de libertad, con lo cual estaría destruyendo su propia libertad. Ser libre supone, pues, disfrutar de un estatuto jurídico amparado por la ley<sup>52</sup>, según el cual todos los asociados reconocen como legítimas y equitativas las acciones que la voluntad general ha permitido y que los demás no pueden prohibir e impedir. No respetar la ley exige la sanción sin excepción, porque un delito impune aniquila la libertad del ofensor y del ofendido, ya que convierte a ambos en jueces únicos de la legitimidad de sus propias acciones, convirtiendo sus relaciones en precontractuales. Por eso quien vulnera la ley y es sancionado, es obligado a ser libre. Para Rousseau sólo al amparo de la ley se puede ser libre, si no hay leyes no hay libertad, independientemente de cual sea la forma de gobierno. En las *Cartas escritas desde la Montaña*<sup>53</sup>, subraya que leyes y libertad caminan juntas y si perece una perece la otra. La comunidad política creada por el contrato social y gobernada por la voluntad general es una situación de libertad. Obedecer a la ley es obedecer a la voluntad general, que es también mi propia voluntad, dice Rousseau en *Fragmentos Políticos, De las leyes*<sup>54</sup>. Se transforma la posible obediencia a una voluntad particular en auto-obediencia. La autoridad política va a coincidir con la libertad civil.

En conclusión, el planteamiento de Rousseau es más acorde con la concepción de la libertad de la tradición republicana que con las líneas maestras del paradigma liberal. Rousseau configura un modelo de libertad entendida como no-dominación en el marco de un modelo de organización social con

---

<sup>51</sup> J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, libro I, cap. VIII, O. C., III.

<sup>52</sup> M. VIROLL, *Jean-Jacques Rousseau*, cit., p. 147.

<sup>53</sup> J. J. ROUSSEAU, *Lettres Écrites de la Montagne*, O. C., III, p. 811.

<sup>54</sup> J. J. ROUSSEAU, *Fragments Politiques, (Des Loix)*, O. C., III, p. 492.

unas exigencias muy distintas a las que el modelo liberal supondría. La articulación de las diferentes instituciones tiene como objetivo enraizar la libertad como no-dominación y elevar la no-dominación a la categoría de ideal político.

### **3.2. La comprensión republicana de Kant: libertad, derechos y ley**

A la vista de lo expuesto, se puede decir que existen dos grandes concepciones sobre la libertad en la filosofía moderna: según la libertad negativa del liberalismo, el hombre es portador de unos derechos naturales en el estado de naturaleza que garantizan una libertad subjetiva de acción que debe protegerse en contra de las intromisiones de los demás y del propio Estado de Derecho, la cual solamente puede institucionalizarse en el estado civil mediante el contrato social, entendido como una limitación de la voluntad soberana del pueblo; mientras que la libertad positiva del republicanismo entiende que el hombre únicamente es libre cuando se somete a la ley de su propio consentimiento y, consiguientemente, renuncia a los derechos naturales del estado de naturaleza, para recuperarlos íntegramente en el estado civil mediante el pacto social.

Kant acepta la idea de autolegislación, pues afirma que nadie puede cometer injusticias contra sí mismo, mientras que otro distinto, a partir de su voluntad particular, no puede legislar nada justo sobre los demás, lo que implica que únicamente la voluntad unida de todos, en la medida que todos legislan sobre todos y cada uno sobre sí mismo, puede ser legisladora<sup>55</sup>. Por eso, los hombres deben renunciar a los derechos naturales del estado de naturaleza provenientes de la libertad innata, para recuperarlos mediante la libertad legal del estado civil, aunque, por causa de razones históricas especialmente relacionadas con su entusiasmo por la Revolución Francesa, que le llevó a formular la constitución republicana a partir de la Constitución de 1791, cree que la autolegislación unas veces fundamenta derechos liberales como la libertad subjetiva de no-intromisión del estado en la felicidad de los súbditos, la igualdad formal ante la ley que permite la desigualdad proveniente de la propiedad privada, la diferenciación entre ciudadanos activos y pasivos, excluyendo los obreros del ejercicio efectivo de la soberanía, así como la representación y delegación de poderes, mientras que otras veces de-

---

<sup>55</sup> I. KANT, se cita por la *Academia. Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. Ak VI. p. 33.

riva derechos específicamente republicanos como la pena de muerte, derechos sociales o la tajante negación del derecho de resistencia a partir de la soberanía popular.

Toda filosofía práctica proviene de la facultad de desear, que se denomina “arbitrio” cuando está unida con la conciencia de la capacidad de producir los objetos mediante la acción y se denomina “voluntad”<sup>56</sup> cuando el fundamento interno del arbitrio para la acción se encuentra en la razón práctica del sujeto. El arbitrio humano es un *arbitrium liberum*, afectado por las inclinaciones, pero determinado por la voluntad, lo que permite definir la libertad de arbitrio en sentido negativo como la independencia de las inclinaciones externas y en sentido positivo como la determinación de su acción por la voluntad<sup>57</sup>. Cuando la voluntad determina la materia del arbitrio y define un fin para la acción que es también un deber, constituye la libertad interna, de la cual se originan los deberes de virtud relacionados con la propia perfección y la felicidad ajena, pero, cuando la voluntad determina la forma del arbitrio, o su relación externa con el arbitrio de los demás, entonces, surge la libertad externa del arbitrio, que establece los deberes jurídicos<sup>58</sup>. Por tanto, los deberes jurídicos, o las leyes, resultan de la libertad externa, entendida como libertad positiva, pero esta se divide en libertad innata y libertad legal.

La libertad innata, lo mío y tuyo internos, corresponde a todos los hombres únicamente en virtud de su humanidad y consiste en la independencia con respecto al arbitrio coercitivo de los demás, de la cual se pueden deducir los derechos a la igualdad innata, que radica en la coacción recíproca universal, y la independencia innata, en tanto que calidad de ser su propio señor<sup>59</sup>. De la libertad innata no se puede obtener ningún otro derecho privado o público, aunque se pueda deducir analíticamente la posesión<sup>60</sup> legal empírica, pues Kant considera que si puedo tener objetos externos de mi arbitrio físicamente en mí poder, entonces, debo poder tenerlos jurídicamente de alguna manera, pues, de lo contrario, existirían cosas en sí sin dueño o *res nullius*, a pesar de que el uso de objetos externos de mi arbitrio es compatible con la li-

<sup>56</sup> I. KANT, *La Metafísica de las costumbres*, Tecnos, 4ª ed., Madrid, 2005, estudio preliminar de Adela Cortina, p. XXXII.

<sup>57</sup> *Ib.*, *Die Metaphysik der Sitten*, Ak. VII, p. 13.

<sup>58</sup> *Cit.*, p. 14 y *Tugendlehre*, Ak. XIV, p. 217.

<sup>59</sup> *Op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>60</sup> J. L. COLOMER MARTIN-CALERO, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1995, p. 228.

bertad de arbitrio de los demás. Lo que permite formular el postulado jurídico de la razón práctica que afirma que “es conforme al derecho el uso de objetos externos de nuestro arbitrio”<sup>61</sup>, pero esto no representa una fundamentación de la posesión meramente jurídica o inteligible, porque el postulado es sólo una ley permisiva que, por definición, no puede deducirse y porque, si fuera una fundamentación de la propiedad privada<sup>62</sup>, constituiría una grave versión de la falacia naturalista, pues parte del ser, el uso físico de objetos externos, para el deber-ser, su posesión jurídica<sup>63</sup>. Lo único que Kant afirma es que de la libertad innata, lo mío interno, se puede deducir analíticamente la posesión legal empírica de los objetos externos, puesto que si yo detento un objeto externo de mí arbitrio en mis manos, lo poseo empíricamente, aunque otro la posea jurídicamente, pero, si el legítimo poseedor me lo quita de mis manos, actúa en contra de mí libertad innata<sup>64</sup>, eso vale incluso en el estado civil, donde sólo puede recuperarlo mediante un mandato de restitución de la posesión expedido por un tribunal. Consiguientemente, en el estado de naturaleza sólo hay la posesión legal empírica porque únicamente tenemos la libertad innata.

Pero, si la libertad innata sólo puede generar los derechos innatos a la igualdad e independencia, además de la posesión empírica, entonces todos los demás derechos deben provenir del otro concepto de libertad: la libertad legal. Como sabemos, la libertad externa resulta de la determinación de la forma de la relación externa del arbitrio por la voluntad, cuando cada voluntad particular y privada determina el arbitrio de cada sujeto de tal modo que surja una conciliación con el arbitrio de todos los demás, lo que sólo puede ocurrir mediante una ley de la libertad, eso constituye el principio del derecho, pero Kant afirma tajantemente que para la aprobación de las leyes no basta la mera conciliación de las voluntades particulares y privadas (la unidad distributiva de la voluntad de todos), sino su reunión en un pueblo para constituir una voluntad común y pública (unidad colectiva de la voluntad unificada) en que todos *conjuntamente* se asocian para formar una voluntad concordante y unida de todos en la cual cada uno decide sobre todos y todos sobre cada uno, lo que es la voluntad popular universalmente legisladora<sup>65</sup>;

<sup>61</sup> *Die Metaphysik der Sitten*. Ak. VII, pp. 48-49.

<sup>62</sup> I. KANT, *La Metafísica de las costumbres*, cit., estudio preliminar, p. XLVI

<sup>63</sup> I. KANT, *La Metafísica de las costumbres*, cit., estudio preliminar, p. XXVIII.

<sup>64</sup> *Die Metaphysik der Sitten*. Ak. VII, p. 52.

<sup>65</sup> Cit., § 46, p. 120, también Ib., *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. Ak VI. p. 372 y también Ib., *Zum ewigen Frieden*. Ak VI. pp. 457-8.

esta voluntad colectiva determina el arbitrio de cada sujeto, lo que constituye la libertad legal que se define como un atributo de los ciudadanos de no obedecer ninguna ley excepto aquellas a las que puede prestar su consentimiento<sup>66</sup>. Por tanto, el principio del derecho y de la voluntad unida del pueblo expresan la misma idea de autolegislación, aunque el primero, desde el punto de vista de los destinatarios de la ley, que ya encuentran una ley de la libertad que permite la conciliación recíproca de los arbitrios, mientras que el segundo, desde la perspectiva de los autores de la ley, que la tienen que aprobar conjuntamente a partir de su libertad legal según la cual sólo pueden aceptarse las leyes que resulten del consentimiento de cada uno sobre todos y de todos sobre cada uno de los ciudadanos.

A partir de la libertad legal como sumisión a la ley de su propio consentimiento, Kant deduce todos los derechos fundamentales del hombre, porque cualquiera que legisle en nombre de otro puede cometer una injusticia, pero el pueblo mismo no puede legislar injustamente en su contra y, por eso, no tiene otro remedio que fundamentar sus derechos naturales, aunque con respecto a los tradicionales derechos naturales a la vida, la libertad y la propiedad, llega a conclusiones ambiguas:

(1) critica la concepción liberal de que el hombre posee un derecho inalienable a la vida, al cual no puede renunciar, sino proteger, incluso en contra del Estado, como se manifiesta en su polémica sobre la pena de muerte<sup>67</sup> con Beccaria y concuerda con Rousseau en que la legislación y su aplicación debe emanar enteramente del consentimiento de los ciudadanos mediante el contrato originario (la libertad legal), pues el colegislador que acepta someterse a la ley penal de su consentimiento no es jurídicamente la misma persona que físicamente comete el crimen, puesto que el legislador es santo y el criminal es destituido de los derechos civiles de legislar, lo que implica el principio de igualdad entre el crimen y el castigo y, consiguientemente, la pena de muerte en los crímenes de asesinato<sup>68</sup>;

(2) sobre la libertad (y también la igualdad e independencia), considera que los hombres deben renunciar a la libertad externa innata, puesto que las leyes públicas solamente pueden proceder del soberano, que es la propia voluntad legisladora de cada uno y la única que no puede cometer injusti-

<sup>66</sup> Cit., § 46, p. 120, también Ib., *Zum ewigen Frieden*. Ak. VI. pp. 434-5 nota. I. KANT, *La Metafísica de las costumbres*, cit., estudio preliminar, p. LXIV.

<sup>67</sup> I. KANT, *La Metafísica de las costumbres*, cit., estudio preliminar, p. LVII.

<sup>68</sup> *Die Metaphysik der Sitten*. Ak VII, Allgeuneine-Aumerkung (E), pp. 142-3.

cias contra nadie, lo que implica que la propia persona no puede sacrificar una parte de su libertad externa innata al todo, y, consiguientemente, debe entregar su libertad salvaje desprovista de ley para rescatarla íntegramente enseguida bajo la dependencia legal del Estado de Derecho<sup>69</sup>, por eso, la libertad externa del estado civil es la propia libertad legal, que aparece como uno de los atributos de los ciudadanos y consiste en no obedecer a ninguna ley excepto aquellas a las que puede dar su propio consentimiento<sup>70</sup>. Se puede constatar que la libertad legal representa una auténtica renuncia a la libertad innata a partir de las definiciones que presenta de la libertad, la igualdad y la independencia, no como derechos del hombre en el estado de naturaleza, sino como derechos de los ciudadanos bajo el estado civil<sup>71</sup>.

La libertad legal consiste en la facultad, otorgada a los súbditos por el soberano, de elegir su manera de ser feliz, pues, cuando el jefe supremo gobierna a partir del principio de benevolencia, instituye un gobierno paternalista que trata a los súbditos como niños incapaces de elegir, especialmente en lo que se refiere a la religión, pero la considera compatible con una política de bienestar social, porque lo exige la propia voluntad unida del pueblo, la cual ordena que la comunidad de ciudadanos se conserve perpetuamente y ampare a los miembros pobres, que son incapaces de alimentarse por sí mismos, mediante impuestos cobrados obligatoriamente por el Estado a los ciudadanos que tengan cómo vivir, lo que no representa una carga injusta para los ricos, pues no es necesario temer que conviertan la pobreza en un medio de vida para los perezosos<sup>72</sup>. Por eso, entiende la república como un gobierno patriótico del pueblo en el que los súbditos son miembros de una comunidad que consideran como el seno materno y de un país como el suelo paterno en que nacieron; pero, su patriotismo republicano es neutral con respecto a los valores de una comunidad particular, aunque no con el civismo respecto a los derechos establecidos por la voluntad unida del pueblo, que suprime todo paternalismo y posibilita que cada súbdito elija su manera de ser feliz<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Cit., § 47, pp. 122.

<sup>70</sup> Cit., § 46, pp. 120.

<sup>71</sup> Cit., § 46, pp. 120-1, también Ib., *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. Ak VI. pp. 373-80 y también Ib., *Zum ewigen Frieden*. Ak VI. pp. 434-5.

<sup>72</sup> *Die Metaphysik der Sitten*. Ak VII, Allgeuneine-Aumerkung (C), pp. 133-5.

<sup>73</sup> Cit., § 49, p. 123, también Ib., *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. Ak. VI. p. 374 y también Ib., *Zum ewigen Frieden*. Ak. VI. p. 437.

La igualdad civil es la capacidad recíproca de coacción de los miembros de la comunidad en cuanto súbditos, de la cual sólo está excluido el jefe supremo, que puede coaccionar a todos en el pueblo sin que nadie le coaccione. Pero, puesto que los ciudadanos disponen de la libertad legal de elegir su manera de ser feliz, se tornan muy desiguales entre sí en lo que se refiere a sus disposiciones naturales y a la propiedad privada y, por eso, al tratarse una igualdad formal, compatible con la desigualdad material, que demanda solamente las mismas oportunidades para todos garantizadas por la ley, no cabe conceder a algunas personas en el pueblo un privilegio jurídico, como derechos exclusivos para la nobleza hereditaria, determinados por su nacimiento. Esta desigualdad jurídica de la nobleza no tiene justificación, porque el nacimiento en sí no implica ninguna desigualdad jurídica y porque tampoco se puede apelar a un presunto contrato en que el pueblo les otorgó esos privilegios, pues eso sería imposible ya que los derechos a la libertad e igualdad son presupuestos para que se pueda firmar el contrato, lo que demanda la supresión gradual de la nobleza hereditaria, hasta que solamente queden el soberano y los súbditos<sup>74</sup>.

La libertad e igualdad son atributos de todos los miembros de la comunidad, pues, como súbditos, tienen derecho a la protección de la ley pública; pero, para aprobar las leyes públicas mediante el ejercicio de la ciudadanía, la voluntad unida del pueblo exige, además, la unidad de todos los ciudadanos; pero, esta unidad de todos no implica la unanimidad de los ciudadanos, sino una mayoría de votos, pues en la república<sup>75</sup> los ciudadanos eligen por votación a sus delegados en el parlamento, que también por votación aprueban las leyes conformes con la voluntad unida del pueblo. Esta capacidad para votar requiere la independencia civil de los miembros de la comunidad, lo que exige distinguir entre los ciudadanos activos con derecho a voto y los ciudadanos pasivos, que son simplemente protegidos por la comunidad, a pesar de reconocer Kant que esta diferenciación parece contradecir el propio concepto de ciudadano en general: las mujeres y los niños no poseen la independencia civil por naturaleza, mientras que los varones adultos, solamente disfrutan de la independencia civil en caso de que su subsistencia no provenga de ningún otro miembro del pueblo, sino únicamente de la pro-

---

<sup>74</sup> Ib., *Über den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*. Ak. VI., pp. 374-7.

<sup>75</sup> I. KANT, *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1994, v. "Presentación" de Antonio Truyol y Serra, p. XVIII.

pia comunidad, lo que excluye a todos los trabajadores (excepto los funcionarios públicos) y limita la ciudadanía a los propietarios, según el criterio de que a cada propietario corresponde un voto, independientemente del montante de la propiedad<sup>76</sup>.

(3) para fundamentar la propiedad privada, Kant retoma la teoría del consentimiento de Grocio y Pufendorf, que fue ridiculizada por la teoría liberal de Locke, según la cual el hombre es dueño de su propio cuerpo, lo que le permite trabajar sobre los objetos externos dados en común a todos los hombres y sumar a ellos algo que es exclusivamente suyo, su trabajo; Kant ridiculiza, a su vez, precisamente el carácter liberal de la teoría del trabajo de Locke, pues un derecho no es una relación entre personas y cosas, sino una relación entre personas<sup>77</sup>, consiguientemente, la posesión jurídica o inteligible de un objeto externo del arbitrio, consiste en la abstención recíproca de usar los objetos externos del arbitrio de otro mediante una serie de actos de la voluntad, los cuales presuponen la posesión común originaria de los objetos externos, y empieza con la voluntad unilateral del primer ocupante de poseer el objeto. Pero, como la voluntad unilateral no puede generar ninguna obligación por parte de los demás, eso exige la voluntad unida de todos que garantiza esta obligación recíproca<sup>78</sup>, pero esta sólo es efectiva en el estado civil, lo que implica que en el estado de naturaleza, en que sólo hay la posesión empírica, hay una presunción de derecho<sup>79</sup> o una propiedad provisional en comparación y en espera de la realización del estado civil en que ocurre la posesión definitiva, a partir del consentimiento de todos sobre todos<sup>80</sup>.

Evidentemente, a partir de la libertad innata del estado de naturaleza no se puede fundamentar los principios del Estado de Derecho, puesto que derivan del consentimiento facultado por la libertad legal de los ciudadanos en el estado civil, como el principio de la representación, que consiste en la separación de los poderes legislativo y ejecutivo, pues, al igual que Rousseau, el legislativo compete al pueblo reunido y debe hacer leyes iguales para todos, mientras que el ejecutivo sólo hace decretos de carácter particular, pero en caso de que el legislador y el ejecutor sean la misma persona, es

---

<sup>76</sup> Cit., pp. 378-80.

<sup>77</sup> Ib., *Die Metaphysik der Sitten*. Ak. VII. § 11 p. 64 y § 17 pp. 72-3.

<sup>78</sup> Cit., § 6, pp. 52-4.

<sup>79</sup> Cit., § 9, p. 60 (*rechtliche Präsumtion*).

<sup>80</sup> Cit., § 15, p. 68.

muy difícil evitar que se aprueben leyes particulares que favorezcan a unos en detrimento de los demás. Por eso, la república no debe ser una democracia en que la voluntad unida de todos no es verdaderamente la de todos, cuando una minoría discrepa de la ley<sup>81</sup>; pero, al contrario del ginebrino, la república<sup>82</sup> es una forma delegada de poder, puesto que los ciudadanos eligen diputados para el legislativo y el príncipe gobierna mediante sus ministros<sup>83</sup>.

Por último, la idea de voluntad unida de todos torna imposible el derecho liberal de resistencia del pueblo en contra de las decisiones injustas del soberano, puesto que todo derecho público proviene de la sumisión de la voluntad de cada uno a la voluntad soberana y la resistencia en contra de este poder supremo, constituye una contradicción consigo misma, que niega todo el fundamento de la constitución republicana y, consiguientemente, también el propio derecho de resistencia<sup>84</sup>. Por supuesto, Kant solo puede negar el derecho de resistencia<sup>85</sup> porque recusa la tesis liberal de que los derechos naturales fundamentados en la libertad innata deben positivarse<sup>86</sup> en el estado civil y acepta la tesis republicana de que se debe renunciar a tales derechos, puesto que en el estado civil todo derecho proviene del consentimiento de los ciudadanos mediante su libertad legal<sup>87</sup>.

### 3.3. El neorrepblicanismo de P. Pettit

Pettit, en su libro *Republicanism*, pretende fundamentar el neorrepblicanismo a partir del concepto de libertad<sup>88</sup> y remite a los conceptos de libertad expuestos por Constant y Berlin. Como se sabe, Constant define la libertad liberal como la libertad de los modernos que consiste en la libertad de no someterse sino a la ley y no a la voluntad arbitraria de uno o de

<sup>81</sup> *Ib.*, *Zum ewigen Frieden*. Ak. VI. pp. 436-8.

<sup>82</sup> J. L. COLOMER MARTÍN-CALERO, *La teoría de la justicia de Immanuel Kant*, cit., p. 346.

<sup>83</sup> *Ib.*, *Die Metaphysik der Sitten*. Ak. VII § 49 pp. 123 y § 52 p. 149.

<sup>84</sup> *Cit.*, *Allgemeine Anmerkung A*, pp. 125-30, *Anhang, Beschl.*, p. 180.

<sup>85</sup> I. KANT, *La Metafísica de las costumbres*, cit., estudio preliminar, p. LXVIII.

<sup>86</sup> I. KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1997, versión del alemán e introducción por Felipe González Vicén, pp. 24 y 25.

<sup>87</sup> J. CARVAJAL CORDÓN, (coordinador), *Moral, Derecho y Política en Immanuel Kant*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, v. M. HERNÁNDEZ MARCOS, "Política y ley permisiva en Kant", p. 380.

<sup>88</sup> A. M. MARTINS, "Republicanism y libertad", *Res Pública*, núm. 9-10, 2002, p. 190.

algunos<sup>89</sup>, mientras que concibe la libertad republicana como la libertad de los antiguos que radica en ejercer directa y colectivamente la soberanía completa<sup>90</sup>. Pero Pettit prefiere referirse a la clasificación de Berlin que distingue la libertad liberal como la libertad negativa, mientras que la libertad republicana es la libertad positiva; según la interpretación de Pettit, que no corresponde exactamente a las definiciones de Berlin, la libertad negativa se refiere a la no-interferencia, en la medida que el sujeto no debe sufrir las interferencias de las acciones de los demás, mientras que la libertad positiva reside en el autodomínio, que surge cuando yo debo dominarme a mí mismo, pero eso implica el surgimiento de otro yo que se muestra falso, el cual debe ser dominado, y esta perspectiva puede ser ampliada hasta concebir una voluntad general, un pueblo, una nación, o un espíritu que imponga coercitivamente sus valores verdaderos sobre una parte alienada del todo<sup>91</sup>. Sin embargo, aunque Pettit afirme que actualmente está muy extendida la idea de que se debe distinguir el liberalismo y el republicanismo a través de las clasificaciones de Constant y de Berlin, considera que la no-interferencia y el autodomínio no son conceptos excluyentes y, por eso, es posible analíticamente pensar que existe un término medio que incluye el no de la primera y la dominación del segundo, y que antes de la libertad positiva y negativa, hubo la libertad como no-dominación, la cual corresponde propiamente al republicanismo<sup>92</sup>.

La libertad como no-dominación se distingue del autodomínio porque, los republicanos clásicos jamás pretendieron que el pueblo reunido en asamblea mediante la formación de una auténtica voluntad general ejerciera directamente la soberanía, pues lo que aspiraban era simplemente no ser dominados por la voluntad arbitraria de los demás. Por eso, Pettit distingue el populismo, que remite a la concepción de libertad positiva como autodomínio, del republicanismo<sup>93</sup>. Para realizar el ideal de la no-dominación los re-

---

<sup>89</sup> B. CONSTANT, "De la liberté des anciens comparée à celle des modernes", Discours prononcé à l'Athénée Royal de Paris, février 1819, en *De l'esprit de conquête et de la usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne*, GF Flammarion, Paris, 1986, Introducción, notas, bibliografía y cronología por E. Harpaz, p. 67.

<sup>90</sup> B. CONSTANT, cit., p. 68.

<sup>91</sup> P. PETTIT, *Republicanism*. Paidós, Barcelona, 1999 pp. 35-6.

<sup>92</sup> LARMORE, University of Chicago, *A critique of Pettit's republicanism*, [http://www.luiss.it/ricerca/centri/cersdu/attivita\\_di\\_ricerca/paperscoll/RepublicanismLiberalism.PDF](http://www.luiss.it/ricerca/centri/cersdu/attivita_di_ricerca/paperscoll/RepublicanismLiberalism.PDF).

<sup>93</sup> P. PETTIT, *Republicanism*, cit., p. 223.

publicanos clásicos concibieron la república como un gobierno mixto fundado en las leyes y no en la voluntad de los hombres, pero, en lugar de considerar que la ley resulta del ejercicio directo y colectivo de la soberanía popular, simplemente imaginaron un diseño del estado en que las propias instituciones políticas y jurídicas ejercen el control recíproco del poder, pues los ciudadanos que gozan de la capacidad de independencia no quieren mandar, sino evitar que sean mandados arbitrariamente por los demás.

Por eso, Pettit considera que la libertad como no-dominación, demanda una forma de gobierno constitucionalista regido por los principios del imperio de la ley, de la dispersión del poder y de la decisión contramayoritaria, pero, como aún bajo este régimen constitucionalista<sup>94</sup>, existe un margen para el uso discrecional del poder, eso conduce a un concepto una democracia contestataria, que no necesita fundarse en el consentimiento de los ciudadanos, sino simplemente en la posibilidad de cuestionar las decisiones del gobierno<sup>95</sup>, así como también un concepto de ciudadanía más fuerte que el liberal, según el cual los ciudadanos están más preocupados con sus negocios en la esfera privada, pero más débil que el populista, que exige la participación efectiva de los ciudadanos en la deliberación, puesto que les basta la vigilancia sobre el funcionamiento de las leyes, las instituciones y los funcionarios<sup>96</sup>, aunque eso demande una ciudadanía acostumbrada a las virtudes cívicas<sup>97</sup>. La idea de unos derechos naturales prepolíticos carece de sentido para Pettit en el terreno político e institucional. Les atribuye un sentido retórico y una función de medios para la obtención de fines republicanos<sup>98</sup>.

Pettit, por consiguiente, mediante una reconstrucción de la historia de la filosofía política<sup>99</sup>, muestra cómo los republicanos clásicos defendieron la concepción de la libertad como no-dominación y considera que posiblemente

---

<sup>94</sup> A. M. MARTINS, "Republicanismo y libertad", cit., p. 191.

<sup>95</sup> P. PETTIT, *Republicanismo*, cit., p. 225 y ss.

<sup>96</sup> P. PETTIT, *Republicanismo*, cit., p. 269 y ss.

<sup>97</sup> P. PETTIT, *Republicanismo*, cit., p. 313 y ss.

<sup>98</sup> P. PETTIT, *Republicanismo*, cit., p. 139.

<sup>99</sup> C. ALTINI, "Libertad republicana y filosofía política moderna", *Res Pública*, núm. 9-10, 2002, p. 182: "...parece legítimo dudar de su reconstrucción histórica y teórica del liberalismo moderno; (...) cuestionar la estrecha y directa correspondencia entre liberalismo y concepción de la libertad como no-interferencia; (...) o reclamar la necesidad de aclaración teórica y metodológica con respecto al discurso comparativo entre los diversos republicanismos y liberalismos, ya que la actualidad y la cantidad de la divergencia o convergencia entre las macro-áreas parece depender de la taxonomía de las micro-áreas tomadas en consideración".

te la influencia de Hannah Arendt ocasionó la asociación equivocada con la libertad positiva de los comunitaristas y populistas<sup>100</sup>. Pero entiende que necesita explicar mejor por qué la libertad como no-dominación se distingue de la libertad negativa, puesto que incluso algunos neorepublicanos interpretaron que el concepto de libertad presente en Maquiavelo es negativo. Para eso, Pettit pretende exponer que la no-dominación se diferencia de la no-interferencia en la medida en que es posible la dominación sin interferencia y la interferencia sin dominación. La dominación ocurre cuando alguien puede determinar las acciones de otro, aunque no haya interferencia real, como ocurre con un amo muy benevolente que no interfiere de hecho en las acciones y pensamientos de su esclavo pero tiene la posibilidad de interferir, lo que es suficiente para que el esclavo realice lo que juzga sean los deseos de su señor independientemente de que exista un mandato real<sup>101</sup>. Por otro lado, argumenta que es posible la dominación sin interferencia cuando la interferencia no ocurre según la voluntad arbitraria de aquel que interfiere, pues es posible que la interferencia ocurra siempre para realizar los intereses del que sufre la interferencia.

Sin embargo, en primer lugar, esta definición es inconsecuente, pues, por un lado, no resulta plausible la explicación de que sea posible la dominación sin interferencia, puesto que si no hay ninguna forma de interferencia tampoco puede existir dominación, pues un señor que no interfiere en su esclavo no es un señor y no existe relación de esclavitud, ya que los hombres suelen no hacer ningún caso y simplemente olvidar lo que no les molesta. Otra cosa distinta ocurre si el señor efectivamente no interfiere en el esclavo, pero hay todo un conjunto de relaciones sociales basado en la esclavitud que le recuerda a menudo su condición de esclavo y genera incluso una sumisión psicológica que no necesita una interferencia real, pero eso no es el caso de no-interferencia, lo mismo ocurre en las situaciones de maltrato con la mujer que obedece a su marido sin que éste ejerza una violencia física, eso sólo es posible si la amenaza se detecta constantemente en el ambiente, si la familia le dice que es mejor que se calle y se someta y que la sociedad se inhíba en su defensa, pero estos son casos de interferencia psicológica y social, que ya no tiene que ser efectiva. Por otro lado, es perfectamente posible la interferencia sin dominación, pero solamente en la medida que el otro respete siempre mis intereses o el gobierno decida siempre según mi punto de vista, pero eso

---

<sup>100</sup> P. PETTIT, *Republicanism*. p. 25.

<sup>101</sup> P. PETTIT, *Republicanism*. pp. 41-42.

constituye la propia libertad positiva en que las decisiones resulten de mi consentimiento, aunque yo no tenga que deliberar directamente, porque las decisiones se ajustan a mi voluntad legisladora por una especie de *checks and balances*, como parece resultar de la democracia contestataria de Pettit.

En segundo lugar, la definición de Pettit de la libertad republicana como no-dominación no explica correctamente el concepto de libertad negativa<sup>102</sup> defendido por los liberales y es demasiado amplia en la medida en que incluye muchos pensadores reconocidamente liberales como John Locke<sup>103</sup> y John Rawls<sup>104</sup>, ya que ellos también defienden que su idea de libertad conduce a la no-dominación, pues afirman que la libertad surge de la sumisión a la ley y no a la voluntad arbitraria de los hombres, lo que le obliga a hacer una sorprendente reconstrucción de la historia de la filosofía política.

Pettit considera que la libertad negativa<sup>105</sup> como no-interferencia fue presentada inicialmente por Hobbes<sup>106</sup> y, posteriormente, retomada por políticos ingleses conservadores que pretendían oponerse a la Revolución Norteamericana y, solamente a partir del siglo XIX, fue aceptada por liberales como Bentham y Paley que la transformaron en el paradigma de la libertad negativa. Realmente, en el capítulo del Leviatán dedicado a la discusión sobre la libertad de los súbditos, Hobbes argumenta que los súbditos tienen dos libertades: (1) como la ley otorgada por el soberano no puede abarcar a todas las situaciones, entonces, existen fracturas en la ley, lo que implica que el súbdito es libre precisamente cuando ninguna ley le obliga a actuar; (2) además, a pesar de que Hobbes afirma tajantemente que el contrato social implica la renuncia a los derechos naturales del estado de naturaleza, él considera que la primera ley de la naturaleza “que todo hombre debe procurar la paz y seguirla” origina el primer derecho natural “en caso de que no logremos la paz, debemos defendernos a nosotros mismos con todos los medios a nuestra disposición” que nos permite resistir cuando el soberano nos condena a muerte.

Por lo tanto, la libertad como no-interferencia proviene de la primera definición de libertad como ausencia de ley, pues Hobbes escribe desde el

---

<sup>102</sup> C. LARMORE, web cit., “In the end, Pettit belong to the very liberal tradition that he imagines he has transcended”.

<sup>103</sup> P. PETTIT, *Republicanism*, cit., p. 62 nota 6.

<sup>104</sup> P. PETTIT, *Republicanism*, cit., p. 74.

<sup>105</sup> C. ALTINI, “Libertad republicana y filosofía política moderna”, cit., p. 186.

<sup>106</sup> P. PETTIT, *Republicanism*, cit., p. 64.

punto de vista de ciudadanos liberales que pretenden disfrutar de libertades subjetivas de acción, pero se encuentran bajo un estado civil gobernado por un soberano absoluto en la medida que renunciaron a sus derechos naturales y son obligados a través del pacto de sumisión civil a obedecer a leyes cuya legitimidad proviene simplemente de su legalidad y, por consiguiente, solo se sienten verdaderamente libres en las brechas de la ley. Además, como no tienen otro remedio que la sumisión al soberano absoluto, la libertad les parece compatible con la dominación, siempre que el soberano no interfiera efectivamente en las acciones de los súbditos. Posteriormente, Pettit considera que este concepto de libertad como no-interferencia fue usado por los conservadores ingleses para oponerse al ideal de libertad como no-dominación defendido por los republicanos durante la Revolución Norteamericana, porque permitía mostrar que los colonos norteamericanos no eran menos libres con la dominación del Rey de Inglaterra, puesto que él no interfería de hecho en sus acciones. Además, como demuestran los argumentos del ministro inglés John Lind, toda ley representa una forma de coacción sobre la acción de los ciudadanos, incluso el derecho de propiedad, por ejemplo, pues, en la medida en que me garantiza mi propiedad, también me impide poseer la propiedad de los demás, por lo tanto, no hay nada especialmente coactivo en las decisiones del Rey sobre las colonias<sup>107</sup>. Posteriormente, en el siglo XIX los liberales como Bentham y Paley consagraron este ideal de no-interferencia como el modelo de libertad negativa, pues les permitía negar las intervenciones del estado y de la ley en las acciones de los ciudadanos, dejando el máximo de espacio para las libertades subjetivas de acción<sup>108</sup>.

Sin embargo, el liberalismo no defiende la libertad como no-interferencia (libertad como ausencia de ley) y tampoco Berlin la propone como modelo de libertad negativa, pues lo que llama libertad negativa es la libertad como no-impedimento<sup>109</sup>, lo que parece ser una diferencia sutil, pero tiene importantes consecuencias en lo que se refiere a la relación de la libertad con la ley, puesto que seguramente toda ley interfiere en las acciones de los ciudadanos, pero no toda ley impide. Los liberales piensan que la persona en-sí-misma es portadora de determinados derechos inalienables, por eso,

---

<sup>107</sup> P. PETTIT, *Republicanism*, cit., p. 65.

<sup>108</sup> P. PETTIT, *Republicanism*, cit., p. 69.

<sup>109</sup> I. BERLIN, "Dos conceptos de libertad", en I. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1988, versión española de Julio Bayón, p. 225.

creen que las leyes que garantizan estos derechos constituyen libertades subjetivas de acción que los individuos no pueden ser impedidos a usar ni por los demás ni por el estado y, precisamente por eso el paradigma del liberalismo es la libertad como no-impedimento de John Locke, pues afirma que el estado civil que resulta del contrato social tan solo puede institucionalizar los derechos naturales inalienables de los individuos y protegerlos en contra de las intromisiones de los otros y del propio estado, lo que justifica el derecho de resistencia cuando las leyes impiden arbitrariamente ese ejercicio de las libertades individuales facultado por los derechos individuales. Consecuentemente, ya para los liberales del siglo XVIII, y que lucharon en la Revolución Norteamericana, los argumentos de Lind tendrían que parecer un sofisma, pues el derecho de propiedad solo puede impedir la extensión de la propiedad si en la propia formulación de la ley se especifica el bien y su propietario, en este caso la ley me impediría poseer el bien de los demás, pero el derecho de propiedad solo indica, dadas determinadas condiciones, que el individuo puede poseer un bien, lo que no impide nada a nadie, sino todo lo contrario, puesto que solo mediante la ley, un individuo suficientemente sagaz puede poseer todo lo que quiera.

Esta confusión conduce al propio Pettit a contradecirse cuando afirma inicialmente que la no-interferencia y la no-dominación son bienes para ambos ideales de libertad y que la interferencia y la dominación son males para los dos, pero, enseguida, concluye que la dominación, aunque no la interferencia, solo es mala para el ideal de la libertad como no-dominación y que la interferencia, aunque no la dominación sólo es mala para el ideal de la no-interferencia<sup>110</sup>.

También Constant defiende la libertad como no-impedimento como modelo de la libertad de los modernos: “la libertad...no es otra cosa que el derecho de no estar sometido sino a las leyes, no poder ser detenido, ni preso, ni muerto, ni maltratado de manera alguna por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o de muchos individuos”<sup>111</sup>. Por lo tanto, la libertad negativa no es incompatible con la interferencia de la ley, sino todo lo contrario, ella depende del imperio de la ley en la medida en que los derechos fundamentales de los individuos tienen que ser protegidos de la intromisión arbitraria de los demás, pues es el derecho que garantiza la libertad de elección,

---

<sup>110</sup> P. PETTIT, *Republicanism*, cit., p. 43.

<sup>111</sup> B. CONSTANT, *La libertad de los antiguos y de los modernos*, cit., p. 67.

de opinión, de movimiento, de usar la propiedad sin necesidad de pedir permiso o llevar en consideración la opinión de los demás, incluso de influir en el gobierno, por eso, la libertad de los modernos implica también la no-dominación, pues el imperio de la ley tiene precisamente la finalidad de evitar que el individuo tenga que someterse a la voluntad arbitraria.

Esta libertad individual o civil que proviene de los derechos individuales constituye la libertad fundamental para los modernos, pero ellos no pueden renunciar enteramente a la libertad de los antiguos, es decir, la libertad política, pues ella tiene un sentido instrumental como garantía de la libertad individual, ya que los ciudadanos tienen que “ejercer una vigilancia activa y constante sobre sus representantes para ver si cumplen exactamente con su encargo y si defraudan a sus votos y sus deseos”<sup>112</sup>, sin embargo, al final del opúsculo, Constant se pregunta si solamente existe la felicidad proveniente del gozo de las actividades privadas y empieza a elogiar apasionadamente la libertad política, como una auténtica forma de felicidad que ennoblece el alma de los ciudadanos, la cual define como “el más poderoso y enérgico modo de perfección que el cielo nos ha dado entre los dones terrenos”<sup>113</sup>, así como el todavía vívido sentimiento de patriotismo del pueblo francés transcurridos 30 años de la Revolución.

#### 4. CONCLUSIONES

Las sociedades occidentales actuales articuladas de acuerdo con la democracia liberal, próximas al paradigma inicial descrito, si bien atemperado por el devenir histórico, se presentan caracterizadas por un atomismo individualista que provoca la ruptura de los vínculos de comunidad; una relación entre individuos e instituciones políticas de carácter instrumental; un Estado de Bienestar en crisis; un predominio de la economía de mercado tanto nacional como internacional; uniéndose a ello, desde la perspectiva política, una indiferencia hacia lo político generadora de un déficit democrático profundo. Todo ello dificulta una respuesta común a problemas nuevos como la inmigración, la pobreza o los medioambientales y pone de relieve que las sociedades democráticas modernas no dependen sólo de la proclamación de unos derechos y las garantías institucionales hacia ellos, sino que

---

<sup>112</sup> B. CONSTANT, *La libertad de los antiguos y de los modernos*, cit., p. 90.

<sup>113</sup> B. CONSTANT, *La libertad de los antiguos y de los modernos*, cit., p. 91.

se necesita una paso más por parte de los individuos que consistiría en un compromiso con la comunidad de la que reciben amparo y con los intereses colectivos de la misma. Y ésta es la llamada que se hace desde el republicanismo<sup>114</sup>, entre otras perspectivas.

Colocar la libertad en el núcleo de las preocupaciones prioritarias acerca republicanismo y liberalismo, sin embargo la concepción de la libertad republicana difiere de la liberal, como creemos haber puesto de relieve. Nos encontramos con formulaciones en las que se pretende integrar igualdad política y libertad individual, quizás sin la pretensión de sustituir el modelo liberal por el republicano pero si para proceder a una severa crítica de las carencias que la teoría liberal supone al arrinconar la dimensión política de unos sujetos que aspiran a que su realización en la esfera pública sea perfectamente compatible con su autonomía personal. Los autores analizados desde ángulos diferentes pretenden alcanzar estos fines. Mientras Rousseau y Kant establecen una relación entre libertad, derechos y ley junto a un entramado institucional con el fin de garantizar la ausencia de dominación; Pettit procede a formular la idea de la libertad como no-dominación presentándola como un *tertius genus* entre la libertad positiva y la libertad negativa. A nuestro juicio no resuelve de modo satisfactorio este objetivo, como hemos puesto de relieve, y consideramos que habría tenido más fuerza aún si hubiese incorporado a su discurso las tesis de Rousseau y Kant. Probablemente Pettit prescindió del referente rousseauiano por el deslizamiento al populismo que su planteamiento puede suponer al defender la democracia directa. Y obvió a Kant para adherirse a un republicanismo “neorromano”, como el de Skinner. Lo único que se quiere poner de relieve es que Pettit al tomar como punto de partida a Hobbes y a Berlin se va a encontrar con serios problemas de contradicción conceptual, en los que quizás no hubiera incurrido siguiendo a Rousseau y a Kant<sup>115</sup>. La propuesta de Pettit al definir la libertad en términos de no-dominación, se acerca más a un ideal político como condición para el ejercicio de la libertad, que a un concepto nuevo de la misma. Es verdad que la propuesta de Pettit, por obvias razones, se puede adecuar con mayor facilidad a las preocupaciones de las sociedades actuales, pero

---

<sup>114</sup> J. PEÑA, “¿Tiene futuro el republicanismo?”, en VV. AA, *Siglo XXI: ¿ un nuevo paradigma de la política?*, Anthropos, Barcelona, 2004, pp. 145-147.

<sup>115</sup> A. M. MARTINS, “Republicanism y libertad”, cit., p. 196: “Es de notar que ni Pettit, ni Skinner ni otros heraldos de esta versión «romana» del republicanismo, muestran ningún tipo de interés por los textos dedicados por Kant a esta materia”.

los modelos de Rousseau y Kant, no pueden ser arrinconados al poseer un denso contenido que puede ser muy útil para generar alternativas válidas a los problemas de las sociedades actuales.

El republicanismo actual pretende colocarse en el punto equidistante entre la concepción liberal y la comunitarista, propugnando como líneas a desarrollar: la participación, mayor relevancia de lo social, auge de lo político, con el objetivo de alcanzar un compromiso con la ciudad y las instituciones republicanas como mecanismo idóneo del ciudadano para garantizar su libertad, la cual sólo es posible al amparo de la ley. No se pretende por parte del republicanismo invadir el ámbito individual y reducir su propuesta a la participación política y al autodomínio, más bien se suma a las modernas exigencias de autonomía y pluralismo. Dichas exigencias se colman en un equitativo orden normativo conjugado con una serie de instituciones políticas que requieren el ejercicio de ciertas virtudes cívicas y la participación ciudadana, en cuyo marco tiene cabida la educación para la ciudadanía. Todo ello no supone la persecución de un bien objetivo ni la imposición de un modelo de vida buena, con la consiguiente supresión de los planes individuales. Idea derivada de Kant cuando formulaba la neutralidad del patriotismo republicano. La propuesta republicana, como indica Pettit, no puede ser vista como un plan de actuación cerrado, al contrario, "el republicanismo es un programa de investigación para la toma de decisiones políticas", atendiendo a las situaciones empíricas que se dan en los diferentes planos de la decisión política: defensa exterior, protección interior, independencia personal, prosperidad económica y vida pública"<sup>116</sup>.

JAVIER GARCÍA MEDINA  
*Área de Filosofía del Derecho.*  
*Facultad de Derecho.*  
*Universidad de Valladolid.*  
*Plaza de la Universidad s/n.*  
*47002 Valladolid.*  
*e-mail: jgmedina@der.uva.es*

---

<sup>116</sup> P. PETTIT, *Republicanism*, cit., p. 356



# LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS SOCIALES

## THE NATURE OF SOCIAL RIGHTS

JOSÉ LUIS REY PÉREZ

Universidad Pontificia Comillas de Madrid - ICADE

Fecha de recepción: 12-9-06

Fecha de aceptación: 5-10-06

**Resumen:** *En este trabajo se analizan algunos de los argumentos más frecuentemente utilizados para negar la juridicidad y exigencia de los derechos sociales: su diferente coste económico, los deberes que implican, su carácter como reglas o principios, su naturaleza como derechos individuales o colectivos, su importancia y el papel que los jueces juegan en su garantía. Se pretende discutir estos argumentos para defender la identidad, al menos en lo que se refiere a su importancia, entre uno y otro grupo de derechos. Para ello se parte de la diferencia entre derecho y garantía.*

**Abstract:** *In this paper the arguments more often used to deny the juridical reality and the demands of social rights are studied: the differences between their economical costs, the duties they imply, if they are rules or principles, if they are individual or collective rights, their importance and the role the judges must play to guarantee them. The purpose of the paper is discussing all these arguments to defend the identity, at least referred to their importance, between one and another group of rights. With that purpose the starting point is the conceptual distinction between rights and guarantees.*

**PALABRAS CLAVE:** derechos sociales, derechos fundamentales, garantías.

**KEY WORDS:** social rights, human rights, guarantees.

Normalmente se suele considerar a los derechos sociales como imperfectos, incompletos o de difícil realización. Frente a los de libertad, los derechos civiles y políticos, los sociales se presentan como derechos de segunda

categoría. Esto puede deberse, en parte, al momento en que aparecieron, posterior al de los derechos de libertad. Cuando se analiza la evolución en la positivación de los derechos, se suele decir que los sociales surgieron en lo que se conoce como el proceso de generalización<sup>1</sup>, cuando las presiones de los movimientos obreros y la incorporación de los partidos de los trabajadores a los parlamentos gracias a la extensión del sufragio hicieron posible la entrada de pretensiones de igualdad real (y no sólo formal) en el diseño de la política; pretensiones que se sustanciarían en un catálogo de derechos que, no obstante, no se vio garantizado y recogido de forma efectiva hasta después de la II Guerra Mundial con la aparición y el desarrollo de los Estados de Bienestar<sup>2</sup>.

Aunque durante las décadas de crecimiento y asentimiento del Estado de Bienestar, los derechos sociales comenzaron a verse como derechos irrenunciables que formaban parte del catálogo con la misma importancia que los derechos de libertad<sup>3</sup>, la crisis que este modelo de Estado lleva viviendo desde los años setenta ha vuelto a poner sobre la mesa la cuestión de si los derechos sociales son auténticos derechos y no simples pretensiones bien intencionadas<sup>4</sup>. Dudas que se dejan ver, sin ir más lejos, en la plasmación que el constituyente hizo de muchos derechos sociales dejándolos con un grado de protección no tan fuerte y, sobre todo, no tan directa como la de los civiles y políticos. Pues bien, al margen de cómo se articule esta protección en nuestro texto constitucional, en este trabajo intentaré examinar si ciertamente los derechos sociales no son más que principios programáticos que no es-

---

<sup>1</sup> Sobre este proceso, cfr. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fdez. Liesa y A. Llamas, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 168 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. las características de este proceso con más detalle en M. J. RUBIO LARA, *La formación del Estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

<sup>3</sup> Y es que, como ha señalado R. MISHRA, "se podría decir, sin exageración, que en la década de los sesenta la superación de los desequilibrios sociales mediante la puesta en práctica de programas y servicios sociales casi se convirtió en una política multipartidista [...] En ningún lugar del mundo occidental existía un rechazo manifiesto del compromiso estatal con el bienestar" en R. MISHRA, *El Estado de Bienestar en crisis. Pensamiento y cambio social*, trad. de R. Muñoz de Bustillo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, p. 27.

<sup>4</sup> Ésta es la opinión de algunos destacados autores como D. ZOLO para quien los derechos sociales serían únicamente servicios sociales, prestaciones asistenciales ofrecidas discrecionalmente por los gobiernos para lograr una mayor integración, orden público e igualdad. Cfr. D. ZOLO, "Libertad, propiedad e igualdad" en L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, pp. 75-104.

tán a la altura de los derechos de libertad o si, por el contrario, son derechos tan auténticos, tan jurídicos como los primeros. Para ello, en primer lugar, ofreceré una definición de derechos humanos que no pretende estar ligada al campo del Derecho positivo de este o aquel país, sino que quiere abarcar cualquier positivación posible de los derechos, una definición, en fin, ofrecida desde el ámbito de la Filosofía jurídica. A continuación examinaré y discutiré los argumentos que se suelen señalar para indicar la naturaleza rebajada de los derechos sociales. Y terminaré argumentando que no sólo se trata de auténticos derechos sino que incluso podría considerarse que tienen un carácter previo, al menos en sentido lógico, a los derechos de libertad.

## 1. UN CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS Y UN CONCEPTO DE GARANTÍAS

Es muy conocido que, sobre el concepto de derechos humanos, como sobre el mismo concepto de Derecho, no existe acuerdo. En función de que adoptemos una visión iusnaturalista o positivista, los derechos serán una u otra cosa. Si aceptamos la existencia del derecho natural, los derechos humanos son los derechos naturales que las personas tenemos por el hecho de serlo, que tienen un carácter previo a la aparición del Estado y que se sitúan por encima del gobierno y el poder. Son, en palabras de Dworkin, los derechos morales (*moral rights*) como derechos contra el Gobierno<sup>5</sup>. Los derechos naturales son, por tanto, universales, absolutos e inalienables. Esta idea se puede asumir, pero no está exenta de dificultades que ha señalado una larga tradición filosófica. Los derechos naturales tienen una naturaleza eminentemente moral, con lo que estaríamos dando entrada a la moral en el ámbito del Derecho, lo que a los científicos del Derecho les preocupa pues supone perder la autonomía de la ciencia jurídica como tal disciplina. Sin embargo, éste no es el mayor problema porque la autonomía de las ciencias no deja de ser un mito académico. Si dirigimos la mirada a la sabiduría clásica, la filosofía lo encerraba todo, y es que el saber puede parcelarse como método para entendernos entre nosotros, pero el saber como tal es único. La realidad es una y nuestro conocimiento sobre ella se construye a partir de lo que nos ofrecen esas distintas ramas que llamamos disciplinas o ciencias.

---

<sup>5</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio* [1972], trad. M. Guastavino, Ariel, 5ª reimpresión, Barcelona, 1997.

La cuestión que en materia de derechos el iusnaturalismo no es capaz de resolver es ofrecernos un catálogo de derechos naturales que sea único, porque en función de los autores que leamos desde la Edad Media hasta el presente, ese elenco se va modificando. Quizá su clausura es algo que tenemos que solventar desde la argumentación moral, pero entonces deberíamos sentarnos a discutir antes de ofrecer un listado cerrado o de hablar tan siquiera de derechos naturales. Y ya se sabe que poner fin a este tipo de discusiones no es cosa fácil. Por otro lado, habría quien dijera que los derechos naturales son únicamente los llamados derechos de libertad, es decir aquellos que preservan una esfera de decisión propia frente al Estado, los derechos de no interferencia, y que los derechos sociales no lo serían porque aparecen muy vinculados a las circunstancias socio históricas y socio económicas de cada pueblo, no pudiendo por tanto predicarse su universalidad. Esto ha sido discutido por algunos autores, como entre nosotros Pérez Luño, que parece no tener grandes problemas en admitir la existencia de derechos sociales dentro de la idea del derecho natural, ya que vendrían a concretar una pretensión de igualdad y de satisfacción de necesidades que sería universal aunque luego, en función de cada momento y de cada contexto, habría que concretarla de diferente manera. Incluso los llamados derechos de nueva generación, el derecho al medio ambiente, a la paz, al desarrollo, al patrimonio común de la humanidad y a la autodeterminación de los pueblos se han defendido con argumentos iusnaturalistas moderados<sup>6</sup>.

No obstante, creo que si queremos mantener la autonomía del Derecho como ciencia y como disciplina y no dar entrada a subjetivismos varios en nuestro sistema jurídico y en la resolución de conflictos a los que el Derecho debe dar respuesta, hemos de adoptar lo que se ha dado en llamar una visión dualista de los derechos, que reconoce el papel y la influencia de la moral en el Derecho pero no califica automáticamente esas pretensiones como jurídicas por muy justificadas que estén. Según esta conocida visión, los derechos humanos serían pretensiones morales justificadas (y éste sería el ámbito de la

---

<sup>6</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 8ª edic., Madrid, 2003, pp. 82 y ss. Sobre la nueva generación de derechos humanos y su fundamentación, cfr. M. E. RODRÍGUEZ PALOP, *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 2002. Cfr. También el debate sobre el derecho a la paz en I. CAMPOY CERVERA, M. E. RODRÍGUEZ PALOP y J. L. REY PÉREZ, *Desafíos actuales a los derechos humanos: reflexiones sobre el derecho a la Paz*, Dykinson, Madrid, 2006.

discusión moral, de la filosofía ética sobre los derechos) que han sido reconocidas por el ordenamiento como jurídicas, esto es, como normas de Derecho imperativas. Habrá por tanto pretensiones morales justificadas que todavía no sean derechos porque aún no se les ha dado el reconocimiento jurídico. Para hablar de derechos en un sentido jurídico y no moral es necesario que estén positivizados como auténticas normas jurídicas. Algún autor, como Peces Barba, ha incluido un tercer elemento fruto de la preocupación por la crisis del Estado de Bienestar, y es que además de los dos señalados, el derecho tendría que ser realizable, esto es, dado el contexto de escasez en el que vivimos el derecho ha de poder ser eficaz, de tal forma que los obstáculos o impedimentos para materializar esas pretensiones recogidas en la norma si no son salvables, provocarían que no se pudiese hablar propiamente de un derecho fundamental porque la justicia y la validez precisan de la eficacia<sup>7</sup>. De acuerdo con esta idea, la escasez podría convertir en ineficaces algunos derechos, esto es, podría dejarles sin el carácter de la juridicidad al exigir la viabilidad para poder hablar de derechos. Aunque sin duda no es la intención del Profesor Peces-Barba, se aprecia que este argumento puede utilizarse para negar de golpe todos los derechos sociales. Si carecemos de recursos para satisfacer las necesidades de vivienda, salud, trabajo, alimentos a la población, es que todas estas pretensiones por muy morales que sean no pueden ser articuladas como instrumentos jurídicos.

Sin embargo, sin negar su importancia, creo que este tercer elemento pertenece a otra institución cercana a los derechos pero supeditada a ellos. Entre otras cosas, porque los términos escasez, disponibilidad de recursos, o eficacia, son relativos y pueden determinarse en función de variados criterios. Esto no significa pasar por alto la cuestión de la viabilidad, de la posible realización de los derechos, porque sin duda carece de sentido esgrimir teorías de los derechos humanos de espaldas a las condiciones existentes que nos permitan hacerlos realidad. En lo que discrepo es introducir la eficacia en el concepto mismo de derecho. La eficacia pertenece a lo que se pueden denominar como garantías. Éstas serían los diversos medios a través de los cuales los derechos se hacen efectivos; las garantías se utilizan aquí en un sentido distinto al de garantía institucional o al de garantía jurisdiccional (que Ferrajoli denomina garantía secundaria<sup>8</sup>). Cuando digo que la

<sup>7</sup> G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 110-113.

<sup>8</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999.

eficacia pertenece a la institución de las garantías a lo que me refiero es a las garantías primarias, esto es, a los mecanismos a través de los cuales se realizan y se hacen efectivos los derechos. Las garantías están supeditadas a ellos porque lo que pretenden es hacer real y efectivo su contenido. Se trata de distinguir entre el *objeto* de un derecho y las *formas* en que éste puede ser realizado, porque un derecho puede realizarse de diversas maneras; para ello es indiferente la forma como se lleve a cabo. Una cosa es afirmar la existencia de un derecho y otra diferente determinar cuáles son los modos de protegerlo; éstas variarán en función del contexto social e histórico, de la disponibilidad de los medios y de los factores de la realidad social que la visión integral considera que conforman el tercer elemento del concepto de derecho fundamental. En mi opinión, toda la dimensión de la eficacia cae de lleno en la institución de las garantías que, estando muy cercana a los derechos, se encuentra supeditada a ellos. Ponerlas al mismo nivel significa que el derecho y la moral, que el reconocimiento de los derechos humanos, estaría supeditado a la economía<sup>9</sup>. Y esto se presentaría disfrazado de objetividad económica, cuando la economía, si de algo carece es de objetividad, porque responde casi siempre a ciertos intereses e ideologías. Si situamos la dimensión económica en las garantías, supeditadas por tanto a los derechos, estamos poniendo por encima de la economía la moral y el derecho. Y este orden me resulta más razonable.

Si las garantías son las diversas maneras en que un derecho puede satisfacerse, eso supone que son más variables que los derechos. En función del contexto histórico y económico, cada vez más cambiante, tendremos que ir adaptando las garantías para lograr que los derechos sean siempre eficaces. Los derechos entonces permanecen, pero las garantías han de estar modificándose para adaptarse a una realidad nunca estática. En consecuencia, el criterio para optar por unas u otras garantías, por unas u otras formas de hacer efectivo y real el contenido de los derechos, dependerá de la eficacia que unas u otras acrediten y demuestren. Uno de los elementos que nos permitirá elegir entre las posibles garantías será el de la eficiencia económica. Los derechos son reconocidos como exigencias de una teoría de la justicia deter-

---

<sup>9</sup> Así lo pone de manifiesto F. J. ANSUÁTEGUI ROIG al señalar que “las estructuras jurídicas han de estar más pendientes de la realidad moral que de la realidad económica. Es la fuerza de la realidad moral la que, a través del apoyo que supone su juridificación, va a transformar la realidad social”, en F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Algunas reflexiones sobre la visión integral de los derechos”, *Derechos y Libertades*, núm. 2, 1993-1994, p. 665.

minada susceptibles de juridificarse y luego, a la hora de ver qué instituciones pueden hacer efectivos sus contenidos, optaremos por aquéllas que resulten más rentables. Los derechos son prioritarios, el deber ser se sitúa por encima del ser. La economía y sus limitaciones únicamente entran en juego cuando intentamos optar por la mejor manera de llevar a cabo el contenido de un derecho: a la hora de evaluar varias garantías de un mismo derecho, lo primero que hay que examinar es si todas ellas sirven para hacerlos efectivos y una vez comprobado esto, habrá que determinar cuál resulta más eficiente en el contexto donde se va a aplicar. Si no operásemos de esta manera, las condiciones de escasez de cada contexto nos podrían llevar a hacer un reconocimiento diferenciado de los derechos, perdiendo éstos su vocación de universalidad.

Teniendo claro el concepto de derecho que voy a manejar y el concepto, a él supeditado, de garantía, intentaré ahora analizar los argumentos que tratan de negar la juridicidad a los derechos sociales<sup>10</sup>.

## 2. ¿SON REALMENTE DISTINTOS LOS DERECHOS DE LIBERTAD Y LOS DERECHOS SOCIALES?

Muchos autores consideran que existen profundas diferencias entre, por un lado, los derechos de libertad, los civiles y políticos, y los derechos sociales, por el otro. Habría que decir, antes de entrar a analizar estos argumentos, que el nombre de los derechos que hoy nos ocupan no es muy correcto. Porque ciertamente sociales son todos los derechos; también los civiles y políticos en cuanto que tratan de ordenar nuestra vida en sociedad<sup>11</sup>. Y es que los derechos, el Derecho, sólo tiene sentido en la vida social. Por eso, como diré después, quizá yo prefiera la denominación derechos de igualdad a la de derechos sociales. Veamos ahora si los derechos de igualdad tienen una naturaleza distinta a la de los derechos de libertad.

---

<sup>10</sup> Sigo aquí los argumentos enumerados por R. GARGARELLA en "Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", *Jueces para la democracia*, núm. 31, 1998, pp. 11-15, a los que añado algunos otros.

<sup>11</sup> Señala en este sentido M. CARRILLO que "el carácter social es predicable de todos los derechos, incluso de aquellos que forman parte del ámbito de la vida privada de las personas", en M. CARRILLO, "La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la Ley", *Jueces para la democracia*, núm. 36, 1999, p. 69.

## 2.1. El diferente coste económico de unos y otros

El primer argumento que de forma reiterada suele utilizarse es que los derechos de libertad y los derechos políticos tienen un coste económico bastante inferior que el que implican los sociales. Éstos serían altamente onerosos para el Estado que para asegurar la salud, la vivienda, la alimentación, la seguridad social, se ve obligado a incurrir en fuertes gastos. Bossuyt, en un artículo clásico sobre la cuestión, señala que esta diferencia de coste se plasma tanto en el contenido como en los rasgos de los derechos. Mientras que el contenido de los derechos civiles o de libertad es fijo y permanente, el de los sociales varía en función del desarrollo económico de cada contexto. Mientras que los civiles tendrían un carácter absoluto, inherente a la esencia del ser humano, los sociales tendrían un carácter relativo, como consecuencia de su variabilidad. Estas diferencias tendrían una serie de efectos: los civiles se ejecutan inmediatamente, han de respetarse en su totalidad y no caben grados en su aplicación, debiéndose universalmente a todos los seres humanos. En cambio, los sociales admiten una ejecución progresiva con lo que en la práctica no pueden garantizarse en su totalidad y aparecen ligados a las necesidades de cierta parte de la población; no serían por tanto derechos universales, sino derechos de determinadas personas que presentan un conjunto de necesidades especiales que han de ser satisfechas<sup>12</sup>.

No es cierto que los derechos civiles y políticos no reclamen un esfuerzo financiero al Estado. Si observamos las cuentas estatales vemos que la seguridad exige un dinero que muchas veces excede el de las prestaciones sociales. Nuestras libertades cuestan todo lo que supone mantener un sistema de prisiones, un sistema jurisdiccional, policial, etc. Nuestra participación política también tiene un coste económicamente elevado en las subvenciones a los partidos políticos, asociaciones civiles y sindicales, en la organización de elecciones democráticas, etc. No se puede sostener, por tanto, que los derechos civiles sean gratuitos; cuestan y cuestan mucho dinero<sup>13</sup>.

En segundo lugar, tampoco es exacto que los derechos civiles son fijos y permanentes mientras que los sociales son variables en función del contexto. Lo mismo podría decirse de unos y otros. Los civiles son variables en

---

<sup>12</sup> M. BOSSUYT, "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels », *Revue des Droits de l'Homme*, núm. 4, 1975, pp. 783-820.

<sup>13</sup> Cfr. S. HOLMES y C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Norton and Company, Nueva York, 1998.

función de dónde se presenten, pues cada ordenamiento los protege de una manera distinta y por ello puede decirse que en función del ámbito su contenido puede variar; por ejemplo, la manera de protegerse el derecho a la libertad de expresión no es igual en todos los sistemas jurídicos y algo similar ocurre con el resto de derechos. A la inversa, también podría defenderse que el contenido de los derechos sociales es fijo porque su objeto es el mismo (por ejemplo, garantizar la salud). Y es que aquí, una vez más, donde se están confundiendo los derechos con sus garantías. Son las formas con las que se hace efectivo el contenido de los derechos las que son variables y eso está en función del contexto, pero no sólo en el caso de los derechos sociales, sino también en lo que se refiere a los derechos de libertad. Algo semejante ocurre con el contenido. No es que los derechos civiles sean absolutos e inherentes al ser humano y los sociales sean relativos como señalaba Bossuyt, salvo que defendamos una visión iusnaturalista que considere que sólo los primeros son derechos naturales. Si optamos por una visión dualista, los que tienen vocación de ser absolutos son los valores que luego se irían concretando en derechos en función del momento histórico. Tan absolutos serían los valores que institucionalizan los derechos civiles como los valores que concretan los derechos sociales. También desde planteamientos iusnaturalistas se ha defendido la igual consistencia de uno y otro grupo de derechos, ya que todos vienen a compartir el apoyo en igual conjunto de valores; como señala Pérez Luño, “los derechos sociales, en cuanto especificaciones de la igualdad y la solidaridad, poseen un fundamento tan sólidamente vinculado a los valores iusnaturalistas como pueden tenerlo los derechos derivados de la libertad”<sup>14</sup>.

## **2.2. La diversa naturaleza de los deberes que los derechos civiles y sociales conllevan**

Ya se sabe que la afirmación de un derecho tiene como reverso la imposición de uno o varios deberes. Ligado a la idea del coste económico se suele plantear también el argumento de que los derechos civiles son meros derechos de abstención, mientras que los derechos sociales lo son de prestación. Los primeros impondrían deberes negativos, deberes de no hacer, tanto al Estado como a los particulares, mientras que los segundos impondrían deberes de hacer teniendo como único destinatario de esta obligación positiva a los poderes públicos.

---

<sup>14</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª edic., Madrid, 1998, p. 207.

Esta distinción tampoco es muy certera. Los derechos conllevan todos ellos deberes de muy distinto signo. Los derechos sociales no sólo requieren comportamientos activos, también pueden implicar deberes de abstención dirigidos tanto al Estado como a los particulares: el derecho a la salud, por ejemplo, supone el deber del Estado de abstenerse de desarrollar cualquier acción que dañe ese bien protegido; el derecho al trabajo implica la obligación del Estado de abstenerse de desarrollar ninguna política cuyo objetivo sea la destrucción del empleo, y el derecho a la educación posee como reverso el deber que el Estado tiene de no empeorar o realizar ninguna acción que afecte negativamente a la educación<sup>15</sup>. Los particulares también tienen deberes de abstención derivados de los derechos sociales. Los derechos laborales imponen deberes negativos a los particulares, ya que los empresarios no pueden vulnerar, por poner un caso, el derecho al descanso de los trabajadores.

Por otra parte, los derechos sociales implican deberes positivos para los particulares, para los ciudadanos: el más inmediato como ya señaló Marshall en una obra clásica es el deber de pagar impuestos que hacen posible que el Estado materialice los derechos sociales<sup>16</sup>. Y quizá se puedan apuntar otros como el deber de trabajar<sup>17</sup>.

Al lado de esto, se puede decir que los derechos de libertad no sólo implican deberes negativos, sino que también conllevan obligaciones de hacer tanto para el Estado como los particulares. Cuando, por ejemplo, la Constitución española en su artículo 30 establece el deber de los españoles de defender su país<sup>18</sup>, estamos ante una obligación positiva que se deduce de al-

---

<sup>15</sup> En este sentido, C. FABRE en *Social Rights Under the Constitution. Government and Decent Life*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 53-65, defiende la existencia de derechos sociales negativos.

<sup>16</sup> T. H. MARSHALL, "Ciudadanía y clase social" [1963] en T. H. MARSHALL y T. BO-TTMORE, *Ciudadanía y clase social*, trad. P. Linares, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 76.

<sup>17</sup> Aunque sobre el deber de trabajar como exigencia del principio de reciprocidad se mantiene hoy un animado debate. Cfr. en defensa de esta tesis el interesante libro de S. WHITE, *The Civic Minimum: On the Rights and Obligations of Economic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

<sup>18</sup> Señala el artículo 30 de la Constitución española "1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España. 2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria. 3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general. 4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública".

gunos derechos de libertad; cuando éstos se encuentren amenazados, los ciudadanos españoles se ven obligados a desarrollar una acción positiva para defenderlos. Y también el deber de pagar impuestos se deriva de estos derechos, ya que hacen posible el mantenimiento de las obligaciones positivas que afectan al Estado, porque sin tal pago esas prestaciones no serían posibles. De la misma forma el Estado tiene deberes positivos derivados de las libertades, ¿cómo podrían explicarse las subvenciones que el Estado otorga a las iglesias si no como una exigencia de la libertad religiosa?

Lo mismo ocurre con los derechos políticos. Conllevan prestaciones positivas para el Estado que ha de organizar los comicios electorales que tienen un considerable coste económico, y para los particulares, cuando se ven obligados a ser miembros de una mesa electoral. Y conllevan deberes de abstención porque ni el Estado ni los particulares pueden llevar a cabo ninguna acción que limite o vulnere el normal desarrollo de unas elecciones o que impidan el ejercicio de los derechos políticos.

Como se ve, todos los derechos despliegan un haz de deberes de distinto signo tanto para el Estado como para los particulares. Las obligaciones variarán y algunas serán más inmediatas y otras menos, pero el signo de los deberes dependerá del contexto en que el derecho en cada caso esté jugando<sup>19</sup>. Esto también pone de manifiesto que no es cierta la identificación que muchas veces suele hacerse entre derechos sociales y derechos de prestación. Para intentar demostrar las dificultades de eficacia de los derechos sociales se suele decir que éstos suponen una dotación por parte del Estado, pero esto no es exacto. Derechos sociales como el derecho a la huelga o la li-

---

<sup>19</sup> Así lo señalan V. ABRAMOVICH y C. COURTIS al señalar que los derechos despliegan un *continuum* de deberes: “habrá algunos derechos que, dado que sus rasgos más característicos remiten a obligaciones negativas del Estado, pueden ser enmarcados en el horizonte de los derechos civiles y políticos. Tal sería el caso, por ejemplo, de la libertad de conciencia o de la libertad de publicación de ideas sin censura previa. En el otro polo, algunos derechos que resultan caracterizados fundamentalmente a través de obligaciones positivas del Estado, quedarán abarcados en el catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Tal sería el caso, por ejemplo, del derecho a la vivienda. En el espacio intermedio entre estos dos polos, se ubica un espectro de derechos en los que la combinación de obligaciones positivas y negativas se presenta en proporciones diversas. En estos casos, identificar un derecho como perteneciente al grupo de derechos civiles y políticos o al grupo de derechos económicos, sociales y culturales es simplemente el resultado de una decisión convencional más o menos arbitraria”, V. ABRAMOVICH y C. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, p. 27.

bertad sindical no se traducen en una prestación. Y tampoco todas las dotaciones que ofrece el Estado proceden del reconocimiento de derechos sociales: el Estado subvenciona medios de comunicación o la asistencia letrada son ejemplos de derechos prestacionales no sociales. Por tanto, si no es cierta la identidad entre derechos sociales y derechos de prestación, tampoco lo es que el criterio de distinción entre derechos de libertad y derechos sociales sea precisamente el de las prestaciones porque, de hecho, las acciones positivas a las que se ve obligado el Estado provienen también de los derechos de libertad<sup>20</sup>.

### 2.3. Los derechos de libertad como reglas, los derechos sociales como principios

Otro argumento que se ha utilizado para distinguir los derechos sociales de los derechos civiles y políticos se basa en la clásica distinción entre reglas y principios. Las reglas son normas jurídicas de forzada aplicación, su cumplimiento no admite grados, imponen mandatos de resultado. Establecen de forma concluyente sus condiciones de realización, de tal manera que o se cumplen o no se cumplen. En cambio, los principios son pautas que obligan a los gobiernos a hacer algo con un determinado fin, pero sin exigir el resultado. Son obligaciones de procedimiento que admiten un cumplimiento gradual, una gradación en su realización. Son, pues, mandatos de optimización que marcan un ideal que debe cumplirse en el mayor grado posible<sup>21</sup>. De acuerdo con esta categorización, los derechos civiles y políticos serían reglas, derechos que o se cumplen o no se

<sup>20</sup> Ésta es la tesis que, si bien con otras palabras, sostiene A. RUIZ MIGUEL, "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa*, n. 15-16, 1994, pp. 651-674: "respecto de ningún derecho jurídicamente reconocido la conducta del poder estatal se debe ni se suele agotar [...] con la mera abstención o ausencia de interferencia estatal, sino que exige también la imprescindible actividad de organización, especialmente policial y judicial, para la protección de aquellos derechos respecto de su violación tanto por los particulares como por el propio Estado" (p. 666). Y la misma tesis sostiene L. PRIETO SANCHÍS al defender que todos los derechos merecen llamarse prestacionales ya que "todos ellos exigen en mayor o menor medida una organización estatal que permita su ejercicio o que los defienda frente a intromisiones ilegítimas, o también el diseño de formas de participación", en L. PRIETO SANCHÍS, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, p. 15.

<sup>21</sup> Esta distinción ha dado lugar a una amplia discusión en el campo de la Teoría del Derecho. Vid. la distinción en R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

cumplen, mandatos de resultado, mientras que los sociales serían principios, órdenes de acción a los gobiernos a los que no se puede exigir un resultado determinado. Esta diferencia está presente en nuestra Constitución y es la manera en la que muchos derechos sociales incluidos en los principios rectores de la vida social y económica se han entendido.

No obstante, la identificación de los derechos civiles con las reglas y los sociales con los principios responde a la intencionalidad previa de rebajar el grado de exigencia de los derechos sociales. Es cierto que la complejidad normativa en la que vivimos exige articular instrumentos jurídicos de diversa naturaleza, pero no es posible identificar sin más un grupo de derechos con los principios. Dependerá de cada ordenamiento jurídico cómo se configuren éstos (así parece que están contruidos muchos derechos sociales en el sistema jurídico español). Lo que quiero decir es que no hay nada en los derechos sociales que necesariamente los convierta en principios. Los derechos sociales pueden ser analizados también desde el ángulo de las reglas y pueden demandar resultados concretos. Si se proclama el derecho a la salud se puede estar exigiendo que nadie, por ejemplo, sea privado de atención sanitaria primaria. Esto es un mandato de resultado, no graduable que en nuestro país está asegurado. El derecho a la salud puede ser leído en este caso como una regla. También puede leerse como principio y entender que los poderes públicos en la medida de lo posible han de tener presente la salud como un derecho a proteger en las actividades legislativa y ejecutiva que desarrollen. Aquí, el derecho a la salud estaría funcionando como principio. Lo mismo ocurre con los derechos de libertad. La libertad de expresión puede considerarse como una regla, porque exige que todo el mundo pueda expresar sus opiniones sin verse sometido a censura, pero al mismo tiempo puede operar como principio, ya que el gobierno cuando, por ejemplo, concede licencias a empresas radiofónicas o audiovisuales debe tener como guía rectora de su actividad los valores que la libertad de expresión está tratando de proteger. Por lo tanto, en función de en qué contexto estén operando y de la lectura que hagamos, los derechos pueden funcionar en ocasiones como reglas y en otras como principios. No hay nada en los derechos sociales que los configure necesariamente como principios y los imposibilite como reglas. Entenderlo así responde al propósito de devaluar su naturaleza jurídica. Los derechos fundamentales, desde el momento en que se positivizan y se incluyen en el texto constitucional, son principios pues inspiran todo el ordenamiento y deben presidir y estar presentes en la acción legislati-

va de los gobiernos, y son o deben ser reglas porque constituyen auténticas normas jurídicas que exigen la realización de unos contenidos. Funcionarán como unos u otras en función de cada problema en el que aparezcan.

#### **2.4. Los derechos civiles como derechos individuales y los derechos sociales como derechos de grupos o colectivos**

Otro criterio de distinción entre unos y otros que se suele apuntar es aquel que señala que mientras los derechos civiles o de libertad son individuales, los sociales serían derechos de grupos, porque otorgan beneficios en la medida en que se pertenece a un determinado colectivo, se construyen sobre una sociología y no sobre una filosofía, como será el caso de los derechos civiles. Los sociales serían, en este sentido, derechos colectivos.

Esta cuestión es bastante polémica porque no todos los autores están de acuerdo sobre la existencia de tales derechos<sup>22</sup>. En mi opinión es muy difícil hablar de derechos colectivos porque en primer lugar éstos no tienen los límites claramente definidos y, en segundo lugar, porque los colectivos no pueden ejercitar los derechos. Hablar de derechos colectivos sólo tiene sentido si se hace metafóricamente. Todos los derechos humanos son derechos individuales aunque al ser, como se dijo antes, todos ellos derechos que operan en la vida social, precisan de los otros como referente. Hay derechos que demandan un ejercicio colectivo, como es el caso del derecho a la huelga, pero en última instancia el titular del derecho es el individuo. Hay derechos que se precisan en tanto que uno pertenece a un grupo que posee similares necesidades y demandas, pero el titular no es el grupo como tal, sino el individuo que siente esas necesidades<sup>23</sup>. Por lo tanto, los derechos sociales son individuales aunque se disfruten por la efectiva pertenencia a un determinado grupo, esto es, por estar situado en una posición determinada. Y es que

---

<sup>22</sup> Al ser una cuestión compleja, no me voy a detener en este tema. Sobre el debate puede verse el completo libro de F. J. ANSUÁTEGUI ROIG (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2002.

<sup>23</sup> Y es que si no lo hacemos así podemos estar incurriendo en defender la existencia de esencias objetivas y no negociables que identifican determinados colectivos, dejando en un segundo lugar a la libertad. Por ejemplo, las reivindicaciones de los colectivos homosexuales en gran medida han asumido el argumento esencialista que dice que la identidad sexual viene determinada biológicamente frente a una postura construccionista que sostiene que la identidad sexual es una opción de libertad. Cfr. E. STEIN (ed.), *Forms of Desire. Sexual Orientation and the Social Constructionist Controversy*, Garland Publishing, Nueva York, 1990.

es cierto que los derechos sociales ya no se basan sobre el ideal liberal del hombre abstracto y sin atributos sobre el que se configuraron los derechos de libertad, sino que se construyen sobre una serie de realidades y de problemas, intentando lograr una igualdad de hecho y no meramente formal. Como señala Pérez Luño, “la relevancia dada por los derechos sociales a quienes forman parte de determinados grupos deriva del presupuesto de que así se pueden satisfacer mejor las necesidades de aquellos a quienes se intenta proteger”<sup>24</sup>. Esta diferencia no disminuye la naturaleza jurídica de los derechos sociales. Una cosa es que existan y otra distinta es que por ellas únicamente los civiles sean los auténticos derechos. Unos y otros son derechos individuales y unos y otros alcanzan sentido en la vida social, en su ejercicio en relación con los demás miembros de la comunidad política.

## 2.5. Los derechos civiles como el núcleo duro de los derechos

Otro argumento que se suele utilizar para argumentar la prioridad de los derechos civiles consiste en decir que ellos son el núcleo duro de los derechos, los más fundamentales dentro del ordenamiento jurídico. Se quiere contrarrestar así una cierta inflación en el catálogo de derechos, incluyendo sólo aquellos ligados a núcleo fundamental de principios básicos<sup>25</sup>. Ésta es una distinción también relevante en el ámbito norteamericano, donde la Corte Suprema restringe la designación de “derecho fundamental” para las libertades, como la de expresión o la de culto, y las básicas garantías procesales. De hecho, toda la filosofía liberal o neoliberal que está detrás de la negación y de los ataques a los derechos sociales parte de la presunción de que el núcleo duro de los derechos son únicamente los que aseguran una esfera de libertad negativa, un ámbito de acción libre de las intervenciones del Estado o de terceros. El núcleo duro de los derechos lo formarían aquéllos que intentan asegurar las libertades<sup>26</sup>. Sin embargo, no hay ninguna razón para que esto sea así. El argu-

---

<sup>24</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, “La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho”, *Derechos y Libertades*, II época, núm. 14, 2006, p. 157.

<sup>25</sup> Cfr. L. HIERRO, “El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho” en A. MARZAL (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, J. M. Bosch Editor-ESADE, Pamplona, 2001, pp. 15-45.

<sup>26</sup> Siguiendo este argumento se podría argumentar que los derechos de libertad serían derechos absolutos frente a los sociales que tendrían un carácter relativo. A. RUIZ MIGUEL, cit., p. 659, discute esto señalando que ningún derecho es absoluto y que cuando se ponen en juego todos deben ponderarse, algo que afecta tanto a los sociales como a los de libertad.

mento se puede invertir y se podría decir que los sociales son los derechos más básicos, porque si no se protegen los aspectos de la vida humana que tales derechos vienen a resguardar (en concreto la satisfacción de las necesidades más fundamentales como son la subsistencia, la vivienda, la salud o la educación) el resto pierde su sentido. De hecho, de nada me sirve disfrutar de libertad de expresión, de prensa o de creencia, si no puedo ejercitar esas libertades porque me estoy muriendo de hambre. Parece que hay incluso una prioridad lógica que sitúa a los derechos sociales como previos al disfrute de las libertades. Claro que una cosa es la prioridad lógica y otra distinta lo básico o menos básico que puede ser un derecho o un conjunto de derechos. En este sentido creo que todos los derechos son igualmente importantes porque todos tratan de proteger la dignidad de la persona, de proteger valores morales de suma importancia. Entender que los derechos exigen únicamente la protección de las libertades negativas implica manejar un concepto mutilado de libertad que se debe, en gran medida, a esa distinción entre libertad positiva y negativa que popularizó Berlin<sup>27</sup> que, siendo válida en lo analítico, no lo es en la realidad. La libertad, para serlo, debe alcanzar lo negativo y lo positivo, debe extenderse también a los medios y oportunidades que la hacen posible<sup>28</sup>.

## 2.6. El excesivo protagonismo del poder judicial en los derechos sociales

Otro de las preocupaciones que se ponen sobre la mesa cuando se habla de los derechos sociales es el papel que estarían otorgando al poder judicial en su protección. Dado que el poder judicial tiene en muchos ámbitos atribuida la responsabilidad de poner en juego y hacer operativos los derechos, si esta capacidad se extiende hasta los sociales, eso supondría una reducción de la democracia ya que de todos los poderes el judicial es el que cuenta con menor legitimidad democrática. Confiar a los jueces la puesta en práctica de los derechos sociales acabaría deviniendo en el gobierno de la judicatura, remplazando ésta al legislativo en muchas de sus funciones.

---

<sup>27</sup> I. BERLIN, "Dos conceptos de libertad", *Cuatro ensayos sobre la libertad* [1958], trad. J. Bayón, Alianza Editorial, Madrid, 1988, pp. 81-96.

<sup>28</sup> Cfr. el concepto de *libertad real* que maneja P. VAN PARIJS ligando la libertad no sólo al deseo actual, sino también al potencial y entendiendo que la libertad consiste en "no verse impedido de hacer cualquier cosa que uno pueda querer hacer" en P. VAN PARIJS, *Libertad real para todos. Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, trad. J. F. Álvarez, Paidós, Barcelona, 1996, p. 37.

No obstante, esta preocupación no afecta sólo a los derechos sociales; como señala Gargarella “del mismo modo que nos preocupa que los jueces reemplacen a los legisladores para diseñar, por ejemplo, un plan económico, nos debe preocupar que hagan otro tanto en materia de derechos individuales”<sup>29</sup>. Es sabido que una de las discusiones que hoy ocupa más a los filósofos del Derecho es la tensión que se produce entre constitucionalismo y democracia<sup>30</sup>. La inclusión de los derechos en los textos constitucionales y su blindaje, supone levantar un coto vedado (en expresión de Garzón Valdés<sup>31</sup>) a las decisiones mayoritarias, construir una democracia sustantiva en la que la decisión mayoritaria no puede recaer sobre los derechos que se recogen en la Constitución y que los jueces protegen de manera efectiva. El constitucionalismo supondría entonces que hay determinadas materias que quedan fuera de la decisión democrática, con el consecuente protagonismo que el poder judicial cobra en este escenario<sup>32</sup>. Supone abandonar el concepto estrictamente formal de validez para adoptar un concepto con una dimensión sustantiva. Éste, que es un tema al que se le pueden dar muchas vueltas, sin duda apasionante, pero que se sale del objeto de este trabajo, no afecta únicamente a los derechos sociales. También los derechos civiles y políticos en tanto que incluidos en el texto constitucional, forman parte de este coto vedado en el que la decisión democrática no puede entrar. Quizá porque sobre lo que debe recaer la democracia, una vez reconocidos los derechos, no es sobre el objeto de ese derecho, sino sobre las maneras de hacerlo efectivo, esto es, sobre las garantías. Una vez más aquí comprobamos que la distinción entre derecho y garantía resulta pertinente: los derechos quedan fuera del juego de las mayorías porque son pretensiones morales especialmente fuertes que lo que hacen es posibilitar el juego democrático. Son requisitos del mismo tanto los derechos civiles como los sociales. Lo que sí tiene que ser objeto de juego y análisis político, de la decisión mayoritaria, es elegir las instituciones a través de las cuales podemos hacer efectivos esos derechos. Son las garantías las que debemos decidir democráticamente, porque son

---

<sup>29</sup> R. GARGARELLA, “Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales”, cit., p. 15.

<sup>30</sup> Cfr. sobre esta cuestión V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

<sup>31</sup> E. GARZÓN VALDÉS, “El consenso democrático: fundamento y límite del papel de las minorías”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 0, 1998.

<sup>32</sup> Cfr. los argumentos de L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, cit.

ellas las que deben ser modificables para adaptarlas a los distintos contextos sociales en los que han de ponerse en juego.

### 3. A MODO DE CONCLUSIÓN, ¿QUÉ CARACTERIZA A LOS DERECHOS SOCIALES?

He intentado analizar algunos de los argumentos que se suelen presentar para diferenciar los derechos sociales de los derechos civiles y tratar de negar o de devaluar los primeros en relación con los segundos, que serían, para los autores que así razonan, los auténticos derechos. Creo que no hay nada en estos argumentos que demuestre de manera definitiva que los derechos sociales sean de segunda categoría. Esto no significa, obviamente, que los derechos sociales no se puedan distinguir de los civiles. Podemos diferenciarlos atendiendo a los valores morales que unos y otros tratan de proteger, pero no a su relevancia jurídica. Negar la juridicidad de los derechos sociales es una opción ideológica que lo que pretende es negar el valor moral de la igualdad real que este grupo de derechos trata de proteger y poner en funcionamiento. Los derechos, todos ellos, tratan de asegurar unos intereses y unos valores que constituyen un instrumento de transformación del mundo. Esto lo hacen todos, al margen de su adscripción a uno u otro grupo, porque todos son derechos.

Tradicionalmente los sociales se han identificado con los derechos del trabajador y atendiendo a su contenido se ha señalado que mientras que los civiles serían los derechos de cualquier persona, los sociales serían los del trabajador. Esta identificación responde a una época ya pasada, cuando el vínculo social, la ciudadanía, venía unida a la laboralidad. Esto ocurría, sin duda, en las décadas de desarrollo del Estado de Bienestar cuando el reconocimiento social se alcanzaba con el estatus de trabajador, en una época en la que había más o menos pleno empleo. A partir de los setenta el modelo de bienestar se rompe y surge la quiebra del mundo laboral. Una fractura que se pone de manifiesto en el incremento del desempleo, en la reducción y recorte de la protección al trabajador, en definitiva, en el ataque neoliberal a los derechos laborales y al conjunto de los derechos sociales<sup>33</sup>. Esta situación se ha visto acentuada con el complejo fenómeno de la globalización que po-

---

<sup>33</sup> Una descripción de conjunto de este proceso puede verse en R. CASTEL, *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trad. J. Piatigorsky, Paidós, Barcelona, 1997.

ne contra las cuerdas a un Estado que cede y rebaja la protección de los derechos sociales. En nuestro mundo de hoy la laboralidad ya no es sinónimo de pertenencia social, de inclusión, y así tenemos cada vez más personas que trabajan en el mercado negro, *working poors*, trabajadores que entran y salen de la laboralidad cada dos o tres meses viviendo en una precariedad permanente, etc. Seguir identificando los derechos sociales con los derechos laborales, con los derechos del trabajador, significa negar a todas estas personas la titularidad de estos derechos que son, además, quienes más precisan la protección que los derechos sociales desarrollan<sup>34</sup>. El Estado de Bienestar se asentaba sobre el modelo laboral, pero una vez más no hay que confundir aquí los derechos con las garantías. El Estado de Bienestar es un sistema de garantías de los derechos sociales construido sobre la laboralidad, por eso identificábamos los derechos sociales con los laborales. Cuando este sistema de garantías se viene abajo no arrastra o no debe arrastrar con él los derechos sociales, sino únicamente las garantías que ya no se adaptan a un mundo cambiante y cambiado. Hoy la laboralidad ya no sirve como garantía a los derechos sociales, tendremos entonces que idear un nuevo modelo de Estado social que sea capaz de asegurar este grupo de derechos<sup>35</sup>.

Los valores que los derechos sociales tratan de proteger son universales. Intentan dar cobertura jurídica a la pretensión moral justificada de igualdad real, a la pretensión moral de que la idea de dignidad de las personas (esto es, la exigencia ética de tratarnos como fines y no como meros medios) demanda la satisfacción de una serie de necesidades básicas sin las cuales no podemos desarrollarnos: necesidad de alimentación, de vivienda, de salud, de protección, de pertenencia a una sociedad. Sólo cuando tengamos cubiertas esas necesidades estaremos en condiciones de ejercitar nuestras libertades. Los derechos sociales se construyen sobre el valor moral de la igualdad real, porque partiendo de la igualdad en la distribución de esos recursos que satisfacen nuestras necesidades, nos podemos situar en una igualdad en el

---

<sup>34</sup> Señala B. de CASTRO que “ante el incesante crecimiento del espacio social ocupado por los sin trabajo, resulta razonable la sospecha de que los derechos económicos, sociales y culturales, entendidos prioritariamente como derechos del trabajo o derechos propios de los trabajadores, empiezan a verse privados de sentido”, Cfr. B. de CASTRO, “Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 60.

<sup>35</sup> Cfr. sobre esto J. L. REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y la propuesta del ingreso básico: perspectivas desde la crisis del Estado de Bienestar*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2005.

punto de partida a partir de la cual seremos responsables de nuestras decisiones. Los derechos sociales, en definitiva, sustraen del juego del mercado la satisfacción de las necesidades imprescindibles para la existencia. Por eso decía al principio que me gusta hablar de derechos de igualdad más que de derechos sociales, porque los dos grupos de derechos, los de igualdad y los de libertad, son sociales, tratan de hacer viable la vida en sociedad, un determinado tipo de vida que persigue el respeto a la igual dignidad de todas las personas. Y por ello, en mi opinión, los dos son igualmente fundamentales, auténticos derechos humanos. La afirmación y defensa de los derechos sociales no supone la negación de las libertades sino su complemento y un requisito necesario para que ellas gocen de pleno sentido<sup>36</sup>. Por eso, si me apuran, diré que me parecen lógicamente previos los derechos de igualdad a los de libertad, porque sólo cuando tenemos cubiertas esas necesidades estamos en condiciones auténticas de ejercitar nuestra libertad.

JOSÉ LUIS REY PÉREZ

*Universidad Pontificia Comillas de Madrid - ICADE*

*C/ Alberto Aguilera, 23*

*MADRID 28015*

*e-mail: jlrey@der.upcomillas.es*

---

<sup>36</sup> Así lo señala A. E. PÉREZ LUÑO al argumentar que “el nacimiento y paulatino reconocimiento de los derechos sociales no puede interpretarse como una negación de las libertades, sino como un factor decisivo para redimensionar su alcance” en A. E. PÉREZ LUÑO, “La positividad de los derechos sociales”, cit., p. 156.

**DERECHO Y PODER. DESARROLLO Y OBSTRUCCIÓN  
A LA NUEVA JUSTICIA EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX**  
*LAW AND POWER. DEVELOPMENT AND OBSTRUCTION TO THE NEW  
COURT ADMINISTRATION IN THE FIRST HALF OF 19<sup>TH</sup> CENTURY*

GUTMARO GÓMEZ BRAVO  
*Universidad Complutense de Madrid*

Fecha de recepción: 5-6-06  
Fecha de aceptación: 28-9-06

**Resumen:** *Este trabajo analiza el nacimiento del Estado moderno en España desde la problemática de la Justicia. Los procesos judiciales de la primera mitad del siglo XIX muestran los mecanismos por los cuales el aparato judicial del absolutismo no aceptaba la igualdad jurídica del liberalismo. Un entramado personal formado en el mundo local, escenario ideal del nuevo marco de representación pública, que sirve también para observar las estrategias de resistencia ante los nuevos proyectos constituyentes .*

**Abstract:** *This work explains the transition from the Ancien régime to the liberal system in Spain focused in the Court administration. The judicial proceedings of the first half of the 19 th century show the reasons why the judicial system of the absolutism did not accept the legal equality of liberalism. A personal network formed in the local world –ideal setting for the new context of public representation– that also serves to observe the strategies of resistance to the new constitutional framing projects.*

**PALABRAS CLAVE:** jurisdicción, poder local, absolutismo, Justicia liberal, privilegios  
**KEY WORDS:** jurisdiction, county power, absolutism, liberal court administration, privileges

1. UNIFICACIÓN Y PLURALIDAD: LÍMITES DE LA REFORMA ILUSTRADA

El comienzo de la tarea centralizadora en la Administración en el siglo XVIII supone, para muchos autores, el verdadero precedente de una serie de

reformas técnico-políticas que no fueron ajenas al edificio de la Justicia<sup>1</sup>. El 27 de abril de 1791, en el discurso que sirvió para la apertura de la Real Audiencia de Extremadura, Juan Meléndez Valdés, que dos años antes había iniciado su carrera de Magistrado en la Audiencia de Zaragoza (donde conoció a Antonio Mon, con el que entró en la Sociedad de Amigos del País aragonesa), desgranó el ideario reformista directamente influido por Beccaria, Voltaire o Lardizábal y Uribe. Éste, a su vez, en calidad de miembro del Consejo de Castilla y tras su paso por la Audiencia de Granada recibió el encargo de una recopilación legislativa española de la que nació su obra, publicada en 1782, *Discurso sobre las penas*. Años más tarde Lardizábal asistiría a las Cortes de Cádiz.

Las propuestas de actuación y reforma planteadas por Meléndez Valdés pueden sintetizarse en los siguientes aspectos: suavizar la condición del delincuente; abreviación de las pruebas de su defensa o de su condenación; hacer un castigo más análogo con la ofensa; abolir la tortura; arbitrar justas indemnizaciones para los reos condenados por error, e implantar un código, en la parte criminal, adecuado al carácter y las circunstancias de la nación, y no tomado, como en el Derecho Romano, de otras civilizaciones antiguas y alejadas de la “cultura actual” de los pueblos. En la parte de las leyes civiles, Meléndez Valdés, destacó como errores generales, el establecimiento de casos en lugar de principios, la consideración de ley de una singular opinión particular y la complicación de los procesos en detrimento de los interesados<sup>2</sup>.

Estas son sólo dos de las líneas de las reformas ilustradas, que siguieron apareciendo en todo el desarrollo del Derecho a lo largo del siglo XIX, en especial en la lucha por dirigir el proceso de codificación. Sobre todo por su énfasis y atención a la plasmación social que todo sistema jurídico representa y, en especial, para el anhelo político de la era liberal, el enfoque de la co-

---

<sup>1</sup> J. PAREDES, *La organización de la Justicia en la España liberal*, Civitas, Madrid, 1990, p. 24.

<sup>2</sup> J. MELÉNDEZ VALDES, *Discurso de apertura de la Real Audiencia de Extremadura*, 27 de abril de 1791, Mérida, Asamblea de Extremadura, 1991, p. 88. La influencia de la corriente humanizadora del Derecho puede rastrearse en la literatura, en Cadalso, en el Jovellanos de *El delincuente honrado*, en el *Don Álvaro o la fuerza del sino* del Duque de Rivas, o en el *Discurso sobre la tortura* escrito por Juan Pablo Forner entre 1792 y 1793 y que puede consultarse en la edición de Santiago Mollfulleda, Barcelona, Crítica, 1990 o en el capítulo VI de *La tortura en España* de Francisco Tomás y Valiente, Barcelona, Ariel, 1994.

dificación que realizó Francisco Tomás y Valiente<sup>3</sup> sigue siendo muy válido para la disciplina histórica, porque expresa con precisión la desigualdad en los ritmos de introducción del sistema jurídico liberal (el Código de Comercio fue aprobado en 1829 mientras que el Civil no llegó hasta 1889) y de sustitución y transformación de las instituciones, entre las que se comprenden las propiamente judiciales.

La división clásica de cuatro fases codificadoras puede ser complementada con el análisis de otros textos legales, a fin de entrever las disposiciones que incluían la propia organización de la Justicia y el papel de los Ayuntamientos en el proceso de organización del Estado liberal.

Finalmente, a pesar de los movimientos y reorganizaciones en el ámbito de la Justicia, sobre todo con la finalidad de constituir una potente red de información, control y represión, el absolutismo fernandino se precipitó en el seno de una crisis múltiple<sup>4</sup> (crisis política interna, crisis del modelo de Imperio Transoceánico que agravaba más el estado hacendístico junto a las malas cosechas en los años 1803 y 1804 y, finalmente, Guerra de la Independencia) que ideológicamente veía cuestionada su forma de comprender y explicar la sociedad, compuesta por un conjunto de corporaciones y grupos, a cada uno de los cuales se les atribuía una función social determinada y característica a sí misma y que "precisamente para facilitar el cumplimiento de esa función social específica era para lo que a los miembros de cada estamento se les otorgaba un régimen jurídico diferenciado."<sup>5</sup>

La jurisdicción en el Estado absolutista recaía directamente en el poder real como titular de una Justicia que se ejercía como concesión, fruto de un esquema extendido mucho tiempo atrás en la construcción de la sociedad estamental. La jurisdicción eclesiástica seguía las mismas directrices en nombre del Papa, la universitaria en nombre del Rector, por no mencionar las jurisdicciones y tribunales especiales, que se llevaban a cabo dentro de la figura de la jurisdicción real ejercida, por la que el monarca delegaba la ad-

---

<sup>3</sup> F. TOMÁS y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Tecnos, Madrid, 1997. *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Alianza, Madrid, 1989. J. JOVER (dir), *Historia de España Menéndez Pidal*, T-XXX, *Las bases políticas, económicas y sociales de un régimen en transformación (1759-1834)*, Espasa Calpe, Madrid, 1998.

<sup>4</sup> A. BAHAMONDE y J. MARTINEZ, *Historia de España. Siglo XIX*, Cátedra, Madrid, 1998.

<sup>5</sup> B. GONZALEZ ALONSO, "Del Estado Absoluto al Estado Constitucional", *Manuscrits*, núm. 4/5, 1987, pp. 81-82.

ministración de justicia en sus tribunales<sup>6</sup>. Esta diversidad de jurisdicciones y tribunales, comunes y privilegiados, por establecer una clasificación en relación a su naturaleza, provocó innumerables casos de conflictos de competencias agudizados, en la transición al régimen liberal, por una serie de factores que fueron determinantes para la evolución de la Justicia en el peculiar contexto histórico de la España decimonónica.

Un aparato judicial con la mayoría de su personal habituado a los procedimientos del Antiguo Régimen, donde el Corregidor era la base efectiva de la justicia ordinaria desempeñando las funciones judiciales dentro de su corregimiento, ejerciendo como justicia principal de las poblaciones comprendidas en dicho término. Por encima y en la cúspide del sistema judicial del Antiguo Régimen se encontraba el Consejo Real, como órgano colegiado supremo del Estado absoluto, con atribuciones legislativas, gubernativas y judiciales. Ambos extremos sufrieron por igual esta transición jurisdiccional, sobre cuyos precedentes no existe aún hoy acuerdo. Es muy posible que el punto de arranque no fuese un efecto inmediato ni tampoco fruto únicamente del proceso de ruptura iniciado con la construcción del Estado liberal.

Señoríos y corporaciones que mantenían sus jurisdicciones o gobernaban dentro de la propia Monarquía en instituciones o distritos territoriales, como la Iglesia, la nobleza, los gremios, los consulados mercantiles, la Universidad, el soporte social del privilegio en el absolutismo. Frente a ellos se había ido gestando la idea de establecer un Derecho general, de nueva concepción, frente a estos privilegios y derechos particulares históricos. Las Cortes de Cádiz iniciaron en 1812 la labor codificadora de ruptura con el derecho procesal del Antiguo Régimen basado en el Derecho Romano-Canónico, entroncando con gran parte de los principios de secularización que se habían difundido desde la Ilustración, por los que se clausuraba todo carácter divino del monarca y su justicia por las dimensiones de obra humana y pacto social que desarrolló la filosofía del Derecho. Pero, como se ha destacado dentro de la misma corriente que sigue considerando poco valorado el peso de las reformas ilustradas, desde el punto de vista del Derecho, también la obra de Cádiz tuvo sus límites teóricos que soslayaron la edificación de un régimen político basado en el principio de legalidad, en el imperio de

---

<sup>6</sup> J. SAINZ GUERRA, *La administración de justicia en España (1810-1870)*, Eudema, Madrid, 1992, p. 27.

la ley y se transformaron en límites jurídicos, como “la imposibilidad de salvaguardar la ley mediante un sistema de casación, ni tampoco establecer la necesidad de motivar las sentencias”<sup>7</sup>.

Los historiadores del Derecho han atribuido normalmente estos problemas a la dificultad en la transición del Antiguo Régimen. Los breves períodos liberales, las sucesivas restauraciones absolutistas y, luego, la guerra, se han expuesto como ejemplo de la dificultad de la quiebra absolutista y la normalización liberal en España, pero también convendría hacer una reflexión sobre la propia evolución doctrinal y la articulación de un liberalismo que, al menos en la primera mitad del XIX, como afirmó Alicia Fiestas<sup>8</sup>, no llegó a elaborar un Código que significara ese alejamiento definitivo de los principios inspiradores del proceso penal español, tal vez por la necesidad de control y afirmación del monopolio punitivo del Estado, pero también por la continuidad en los medios locales de conocimiento vecinal y de control de la violencia y del orden público, tan esenciales en un hábitat rural predominante y no sólo por la presencia del Ejército o la Guardia Civil<sup>9</sup>.

## 2. EL PARTIDO JUDICIAL: EL SUEÑO DE LA JUSTICIA LETRADA

La imposibilidad de instaurar un nuevo edificio legal, convirtió el desmantelamiento de los resortes del poder absoluto en una necesidad vital para el primer liberalismo; por eso la articulación de la Justicia y su interrelación con los poderes locales que debían ser fieles al nuevo régimen fue prioritaria. La obra legislativa de las Cortes de Cádiz señaló el camino del posterior desarrollo reglamentario del liberalismo. La primera de sus fases, cargada de simbolismo y futuros referentes en la disolución del Derecho del Antiguo Régimen es la que Tomás y Valiente llamó “preludio gaditano” que se extiende entre 1808 y 1823; sobre ella se estableció una base de acción cen-

---

<sup>7</sup> E. GARCIA DE ENTERRIA, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1994, p. 124. Para una óptica política desde la extensión propagandística de la soberanía nacional: A. FERNÁNDEZ GARCIA, “La cuestión de la soberanía nacional”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, núm. 24, 2002, pp. 41-59.

<sup>8</sup> A. FIESTAS LOZA, “Codificación procesal y estado de la administración de justicia”, p. 427, en J.L. GARCÍA DELGADO, *La España de la Restauración. Política, economía, legislación y cultura*. Siglo XXI, Madrid, 1985, pp. 413-433.

<sup>9</sup> G. GÓMEZ BRAVO, *Crimen y castigo. Cárceles, delito y violencia en la España del siglo XIX*, Catarata, Madrid, 2005.

trada en los principios de soberanía nacional, la separación de poderes y la unidad en la jurisdicción; aspectos todos ellos que suponían el fin jurídico de la monarquía absoluta, de la desigualdad jurídica de los súbditos propia de la sociedad estamental, del régimen señorial y la pluralidad de fueros, pero también de una nueva andadura administrativa que abriría las puertas a muchas familias bien posicionadas, tradicionalmente influyentes en el ámbito local y provincial <sup>10</sup>.

El Decreto de 31 de abril de 1834, que subdividía las provincias en Partidos Judiciales, movido por el principio de administrar justicia con mayor rapidez en los pueblos, haciendo coincidir la demarcación judicial con la administrativa, fue la piedra de toque de todo el diseño posterior de la Justicia en primera instancia. Con la reforma de Javier de Burgos, la unidad provincial de tipo napoleónico se subdividió en Partidos Judiciales (Real Decreto de 26 de enero de 1834 sobre división del territorio en Audiencias y el referido sobre división de las provincias en partidos judiciales aprobado el 21 de abril de 1834)<sup>11</sup>. Se va cumpliendo entonces el proyecto de las Cortes de Cádiz de Alcaldes como jueces de paz, jueces letrados como jueces de Partido, Audiencias Territoriales y Tribunal Supremo, diseñado en el *Reglamento* de 1835. Entre marzo de 1834 y septiembre de 1835 se dictaron seis decretos, básicos para la materialización de la reforma del Estado en el primer liberalismo que además marcan la diferencia esencial con el modelo gaditano, el primero reformista a través de la Constitución y el segundo, temporalmente hablando, reformista a través de la vía gubernamental del Real Decreto, asumiendo la Justicia su subordinación a la normativa del Ejecutivo y su propia acción política<sup>12</sup>.

En todos los procesos que conducen a la construcción del nuevo aparato legal, se aprecian ya las esferas decisivas para la ejecución de los proyectos

---

<sup>10</sup> F. TOMÁS y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1997. F. TOMÁS Y VALIENTE *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Alianza, Madrid, 1989.

<sup>11</sup> Real Decreto de 4 de abril de 1834; citado en M. APARICIO, *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1995, p. 51. También, A. MESA SEGURA, A., *Labor administrativa de Javier de Burgos*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1964.

<sup>12</sup> Supresión del Consejo de Estado y sustitución del Consejo Real de España e Indias de acuerdo a la división ministerial. Supresión de los Consejos de Castilla e Indias y sustitución por el Tribunal Supremo de España e Indias. Supresión del Consejo Supremo de Guerra y sustitución por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina. Supresión del Consejo de Hacienda y creación del Tribunal Supremo de Hacienda. Declaración de la necesidad de reformar el Consejo Real de las Órdenes militares.

de ruptura irreversible con el Antiguo Régimen. Una seguía en la escala piramidal diseñada para la articulación territorial: la Diputación. Otra, el Juez de Primera Instancia, como institución fundamental en la vida cotidiana y local, que los liberales querían tener de su lado. Al mismo tiempo, comenzó a desarrollarse un proceso esencial en la cristalización del siglo XIX español: la desamortización, que durante muchos años definió la arquitectura legal, favoreciendo el gran traspaso de edificios y funciones de una época a otra. En el *Reglamento de 1807* quedó planteado ya el problema de encontrar los edificios suficientes. El proceso desamortizador vino a aportar los espacios a reutilizar, de fondo quedaba plasmado con toda su fuerza simbólica el traspaso a las funciones civiles de los edificios eclesiásticos. La *Ley de Reforma de Regulares*, de octubre de 1820, estableció en su artículo 23 que todos los bienes de las órdenes religiosas suprimidas quedasen a disposición de la Hacienda para cubrir la escasez con la que ésta se desenvolvía, razón de peso e ideal que estuvo detrás de las posteriores leyes desamortizadoras. Pronto no habría mucha dificultad en encontrar conventos y edificios religiosos en la mayoría de ciudades y pueblos, ya que con motivo de la supresión de las comunidades había muchos edificios vacíos, que pasaron a ser Juzgados de Primera Instancia de Partido.

En la misma línea de creación de demarcaciones o partidos judiciales, y de la dirección del proceso desamortizador para dotar de espacios el nuevo edificio legal, la Justicia ordinaria se preparaba para la multiplicación de sus funciones que se extendían por los centros administrativos más destacados. Todo ello engrandeció enormemente las perspectivas de los notables locales y no sólo porque muchos de ellos vendieran reiteradamente al Estado aquellos edificios que habían adquirido a bajo precio en subasta. La *Ley Ayuntamientos de 1835* ponía a cargo de los alcaldes la ejecución de los acuerdos, la policía urbana y rural, la inspección de los establecimientos y obras municipales, la presidencia de los remates públicos, la concesión del permiso para los espectáculos y diversiones públicas que debía presidir en defecto del Jefe Político y, en definitiva, desempeñar las funciones judiciales que le designaban las leyes. La concentración de funciones institucionales en los edificios desamortizados también se plasmó en la nueva concepción de la pena, que rebasaba con mucho aquella que presidía las viejas cárceles de custodia. La diferencia fundamental llegó de la mano de las atribuciones judiciales, de la instalación de los Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias y de otros edificios, símbolos todos ellos del llamado "liberalismo emergente" y de su

voluntad pedagógica de cambio, que enlaza nuevamente con el ideario reformista ilustrado<sup>13</sup>.

Toda esta concentración administrativa queda expresada, algunos rasgos urbanísticos particularmente, en aquellos edificios desamortizados y reutilizados, donde quedaron muy marcadas esas dos líneas de delimitación y concentración de funciones: la carcelaria y la judicial, símbolo del tránsito de la cárcel de custodia a la pena sustantiva de privación de libertad<sup>14</sup>. Aún no se había aprobado el *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835*, ni se habían depurado los escalafones más altos de la Justicia absolutista, pero esta distribución de las salas señala las que serían las tareas básicas de los Juzgados de Primera Instancia, así como el afianzamiento de las competencias de los Partidos Judiciales y sus respectivos centros administrativos. Sin embargo, los avances en materia judicial, con la extensión de los juzgados y el apoyo de las corporaciones constitucionales, no puede encubrir la realidad de unas cárceles decididamente arcaicas y mucho más ligadas al continuismo de los procedimientos del Antiguo Régimen que de los anunciados cambios liberales del Trienio, que en materia carcelaria no tiene ninguna disposición legal aparte de instar a la caridad de los presos en la Ley de Beneficencia de 1822. Los derechos constitucionales eran muy débiles en una estructura tan cerrada y dependiente de una forma de organización concebida como regalía, que en realidad seguía los principios designados en la delimitación de la pobreza del camino utilitarista ilustrado<sup>15</sup>.

### 3. EL PAPEL DE LOS MUNICIPIOS

En estos años de vaivenes políticos, de rápidos y breves cambios, las autoridades iban y venían según soplaban los vientos políticos de la violencia<sup>16</sup>. En muy poco tiempo, un alcalde o un alguacil podía ser nombrado y destituido por otro que, a buen seguro, no lo iba a olvidar. Pero es importan-

---

<sup>13</sup> F. SANTAMARÍA LAMBAS, *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia*, Universidad de Valladolid, 2002, pp. 126-127.

<sup>14</sup> C. GARCÍA VALDÉS, *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006.

<sup>15</sup> G. GOMEZ BRAVO, "La violencia y sus dinámicas en el siglo XIX español", *Historia Social*, núm. 51, 2005, pp. 93-111.

<sup>16</sup> J-P DUVIOLS, A. MOLINIE-BERTRAND, *La violence en Espagne et Amérique (XV-XIX siècles)*, Presses de la Université de Paris-Sorbonne, Paris 1997.

te señalar que por encima de las diferencias políticas que se deslindan entre la nueva y la vieja Justicia, había un conjunto de relaciones personales decisivas para mantener una situación privilegiada en el paso al régimen liberal. En este punto, el mundo local se mostró entonces como el espacio idóneo para alcanzar las nuevas virtudes públicas mediante la continuidad en las formas de gobierno tradicionales. El peculiar desarrollo codificador, el vacío reglamentario y la penuria presupuestaría, además de la propia estructuración administrativa y política del Estado decimonónico, fueron los soportes de los poderes locales durante todo este período; unas deficiencias que aumentaron considerablemente en algunos aspectos y que supusieron el despliegue de toda su influencia en fases políticas posteriores<sup>17</sup>.

Desde el punto de vista de la formación de la Justicia, la consideración que como autoridad gozasen en el medio local los jueces, los alcaldes, los regidores, los corregidores o los jefes políticos fue sumamente importante. En ocasiones, este reconocimiento propio jugó un papel más efectivo que el fijado sobre el diseño político de las atribuciones de cada figura. La parcela que separaba a la pluralidad estamental de la división de poderes no estaba tan labrada como a veces se dice, aunque parecen advertirse ciertas diferencias en los surcos que hacían unos y en los que hacían otros.

Por ejemplo, Máximo de Arambares era el alcalde de Cazalejas, una pequeña localidad cercana a Talavera de la Reina. Máximo hacía los surcos como los de toda la vida y no le gustaba demasiado esa palabrería altanera y esas formas nuevas de labrar el futuro. Aunque firmaba sus mandatos el regidor porque él no sabía escribir, nadie le daba importancia y todo el mundo recordaba aquella vez, por carnaval de 1832, en que hubo un gran alboroto en la taberna que terminó a silletazos y él tuvo que intervenir poniendo a todos en la cárcel. No habían pasado ni tres años y el nuevo alcalde era muy

---

<sup>17</sup> E. TOSCAS, "El estudio de las estructuras de poder local en el siglo XIX: aspectos metodológicos", *Hispania*, núm. 201, 1999, pp. 37-50. J. PRO, "La formación de la clase política liberal en España (1833-1868)", *Historia Contemporánea*, núm. 23, 2001, II, pp. 445-462. P. CARASA, "El poder local en la castilla de la Restauración. Fuentes y métodos para su estudio", *Hispania*, núm. 201, 1999, pp. 9-36. J. IZQUIERDO, *El rostro de la comunidad. La identidad del campesino en la Castilla del Antiguo Régimen*, CES, Madrid, 2000. J. TUSELL, "La Restauración revisitada", *Claves de razón práctica*, núm. 140, 2004, pp. 54-62. A.LARIO, *El Rey, piloto sin brújula. La Corona y el sistema político de la restauración (1875-1902)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999. VARELA, J (dir), *El poder de la influencia. Geografía del caciquismo en España (1875-1923)*, M. Pons-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

distinto. Se llamaba Julián González, había estudiado leyes y le gustaban esos surcos nuevos, a los que llamaba “derechos”, pero no le iba a resultar fácil la tarea de defenderlos. El 24 de Noviembre de 1835 reclamó para que se cumplieran los de un vecino, Manuel Gómez, “maestro de postas de soto cochino”, pero no lo hizo ante el juez de su término, sino ante la Audiencia Territorial, una institución recién creada<sup>18</sup>.

Todo había empezado dos años antes, cuando se instruyó un proceso por el robo de 5 mulas que el juez competente, a instancias de la Chancillería de Valladolid, desestimó, y que el alcalde pretendía reabrir. Pero no fue jurídica la única naturaleza de este proceso y de este fallo, también lo fue política, entre los extremos de un juez que sólo reconocía la Chancillería, y un alcalde que apelaba al Tribunal Supremo, la cúspide del diseño de la Justicia liberal desde la Constitución de Cádiz. La resistencia a reconocer e instruir de acuerdo al ordenamiento liberal por parte del juez, expresaba el conflicto latente a lo largo de todo el siglo XIX entre la Justicia letrada y la municipal y también el de sus apoyos sociales. La resistencia se enfrenta al cambio, que asiste impávido ante la facilidad con que se confirma la vieja sentencia dentro de la nueva estructura judicial. La denuncia del alcalde es clara: “se puede pues asegurar que la citada orden de la Real Audiencia de Madrid ha sido ganada con los vicios de obrección y subrección, y en este caso quieren nuestras leyes que se obedezcan y no se cumplan”<sup>19</sup>.

El representante de la parte acusada del robo, dos labradores de Daganzo, era don Pedro Gómez de la Serna, del claustro de la Universidad de Alcalá, quien además de ostentar la Cátedra de Práctica Forense, era amigo del Corregidor, quien a su vez lo era del juez y de otros muchos y notables amigos<sup>20</sup>. Los acusados apostaron a sabiendas de que, a pesar de los cambios políticos, la “vieja maquinaria” seguiría funcionando<sup>21</sup>. El alcalde liberal también parecía saberlo y por eso apeló en el recurso a la propia estructura polí-

---

<sup>18</sup> Archivo General de la Administración. Justicia. Leg. 14027.

<sup>19</sup> AGA . Justicia. Leg. 14027.

<sup>20</sup> Pedro Gómez de la Serna había sido Subdelegado de Policía de Madrid y Corregidor de Alcalá. L.E. OTERO CARVAJAL, P. CARMONA PASCUAL, y G. GOMEZ BRAVO, *La ciudad oculta. Alcalá de Henares 1753-1868. El nacimiento de la ciudad burguesa*, Fundación Colegio del Rey, Madrid, 2003.

<sup>21</sup> Así denomina Tomás y Valiente al viejo entramado judicial y político del Antiguo Régimen que subsiste en el siglo XIX. E. P Thompson designaba el mismo conjunto bajo “la vieja corrupción”. E. P. THOMPSON, *Costumbres en común*, Crítica, Barcelona, 1992.

tico-jurídica creada para el desmantelamiento de estos resortes, la esencia judicial del orden absoluto.

Tras la muerte de Fernando VII, y como primer paso en la ruptura formal con el Antiguo Régimen, se dictó un *Reglamento provisional para la Administración de Justicia*, que mantuvo al Tribunal Supremo y a las Audiencias en el primero y segundo lugar de la organización de los tribunales, colocando detrás de las últimas, sucesivamente a los jueces letrados de Primera instancia y a los alcaldes<sup>22</sup>. Lo que estaba en cuestión, como se advertía en este juicio, era la capacidad de adaptación al cambio institucional o su resistencia, que en el ámbito de la Justicia ordinaria pasaba por la estructura judicial y la dimensión política de los Ayuntamientos dada en el proyecto de construcción del Estado. La lucha de los poderes de representación de ambos bandos se aceleraba en el tiempo de la coyuntura política por un lado, la que anima la petición del alcalde, mientras que por otro, quedaba enquistada en el espacio de los jueces y su lucha por excluir elementos nuevos, que en todo momento consideraron no profesionales o no competentes<sup>23</sup>.

La derrota total de los “serviles”, nombre con el que los liberales denominaban peyorativamente a los absolutistas, pasaba por su desalojo de las instancias jurídicas. No en vano, el 29 de junio de 1822, las Cortes liberales habían autorizado al Gobierno unas *Ordenanzas* para el régimen interior de todas las Audiencias, en línea con otras medidas de reforzamiento del aparato judicial interno y su adhesión al sistema constitucional, como colofón a la depuración política; según esta “era necesario que hubiera pericia suficiente para el control de la conformidad de las decisiones con el nuevo orden jurídico-político”<sup>24</sup>.

No conviene perder de vista, por otro lado, que el conflicto entre las diferentes instancias judiciales, entre el Tribunal Supremo o la Chancillería, era heredero de la dinámica y funcionamiento de la pluralidad jurisdiccional, una realidad en la práctica más compleja que su mera expresión en el plano teórico de la conflictividad liberal/absolutista descrita a veces en la

<sup>22</sup> A. FIESTAS LOZA, *Codificación procesal y estado de la administración de justicia*, op. cit., p. 416.

<sup>23</sup> B. SCHAAPER, *Voies nouvelles en histoire du droit, la justice, la famille, la répression pénales (XVI-XX siècles)*. Presses Universitaires de France, Paris, 1999.

<sup>24</sup> F. MARTINEZ, “Un ejemplo de omisión de omisión historiográfica: las ordenanzas para todas las Audiencias de 1822”. VVAA, “La administración de justicia en la historia de España”, *Actas de las III Jornadas de Castilla-La Mancha sobre Investigación en Archivos*, Guadalajara, 1998, pp. 1061-1074.

crisis del Antiguo Régimen. Las causas judiciales de esta época de crisis, cambio y transición están llenas de señales de la diversidad en que se vieron sumidos los asuntos legales, rodeados de conflictos de competencias por el control del orden público, señalando la sucesión de tribunales y asuntos confundidos y separados entre la jurisdicción real por vía ordinaria, la universitaria, la militar, la eclesiástica..... En ellas no sólo se puede apreciar el trasfondo de intereses corporativos, sino también el nuevo horizonte de los negocios y las oportunidades, generados al transferir de un Estado, en plena redefinición y sin medios, la gestión de numerosos asuntos a los municipios.

Este fue el momento álgido de una doble problemática de ruptura legal: una con la unificación de fueros y otra de orden temporal, relacionadas ambas con la dificultad del régimen liberal para depurar realmente la maquinaria judicial absolutista, la base teórica de la codificación pero también su base humana, la del alcalde, el corregidor, los jueces y los apoderados, sus privilegios y sus procedimientos para mantenerlos. Buena prueba de ello fueron los expedientes judiciales inmediatos a la muerte del monarca absoluto, buscando, con frecuencia, una revisión de todo el proceso. Expedientes como el de la Audiencia de Madrid del 26 de agosto de 1835 por el que se condenaba a 50 ducados a Natalio Luis e Isidoro Rodríguez, antiguos alcalde y secretario de Velada (Plasencia), por “malos usos” en la causa que iniciaron contra Zacarías Callejo, sospechoso de robo, y muchos otros que cabrían dentro de los vicios de corrupción denunciados por Meléndez Valdés en su discurso inaugural de 1791<sup>25</sup>.

Así pues, en la crisis final del Antiguo Régimen las dificultades se multiplicaron en una Justicia basada en un complejo entramado personal, tejido en sus múltiples jurisdicciones especiales, donde los jueces, sin normas previas para actuar, se basaban en las doctrinas jurídicas de las universidades. Este entramado personificado en ciertas instituciones o “tribunales de fuero común” con atribuciones tanto propiamente judiciales como gubernativas, pronto se vio muy presionado por la base jurídica del liberalismo, como máxima expresión de un sistema de concentración y sustentación de poderes con competencias económicas, judiciales, de policía y orden público, que se extendieron y autonomizaron de tal forma que chocaron desde el principio con los intentos de reforma y unificación del despotismo ilustrado<sup>26</sup>. Sin

---

<sup>25</sup> Archivo Histórico Provincial Toledo, Justicia, leg. 146/35. Se les acusa por cobrar al sospechoso para “aliviar” su propia condena.

embargo, ese tejido humano de relaciones personales y familiares, el de la vieja *fidelitas* señorial, convirtió en escenarios fundamentales del nuevo edificio político-administrativo a los baluartes naturales de los justicias tradicionales: los municipios, como los centros de poder más visibles ante los cambios políticos del período.

Pasada la Guerra de la Independencia, y tras la abolición del régimen constitucional, la restauración de los ayuntamientos fernandinos se hizo efectiva. El Trienio Liberal volvió a afirmar el principio de separación de poderes, para lo que se hacía evidente la necesidad de desmontar el conglomerado municipal del Antiguo Régimen. Por un lado, se decidió mantener los pequeños y crear ayuntamientos nuevos en poblaciones superiores a los 1.000 habitantes. De los nuevos desaparecía la figura del Alcalde Mayor y el Corregidor, y se volvía al modelo de 1813<sup>27</sup>, pero dadas las condiciones para ser elector y elegible era prácticamente imposible que se produjeran grandes cambios en la composición de los actores políticos. Lo importante es que la Constitución de Cádiz había abierto la posibilidad de concebir y realizar otro modelo de Ayuntamiento diferente al absolutista. En su organización y carácter último, como pieza fundamental del diseño político del Estado, se enfrentaron los distintos grupos del liberalismo, en un debate donde seguramente se encuentren condensadas muchas de las expresiones de la construcción histórica del poder local hasta nuestros días.

En la "década ominosa" no se restauró la Inquisición pero sí se reorganizaron los cuerpos de vigilancia y seguridad en lo que puede considerarse un firme intento de policía estatal. La Superintendencia General de Policía del Reino, creada en 1824 en línea con el fortalecimiento de las instituciones policiales desde finales del siglo XVIII y las reformas técnicas de los gabinetes de Fernando VII, coexistió durante un tiempo en la persecución del deli-

---

<sup>26</sup> J. SAINZ GUERRA, *La administración*, op. cit, p. 62. Pascual Madoz describió el funcionamiento de este sistema "...los intereses y la vida de los ciudadanos estaba encomendada en primera instancia a corregidores y gobernadores de capa y espada, a quienes no se exigía el estudio del derecho, ni otra garantía que el dictamen de un asesor letrado: menos inconvenientes ofrecía la institución de alcaldes mayores y tenientes corregidores, pero siempre con el defecto de carecer los tribunales de primera instancia del oficio fiscal". P. MADOZ, *Madrid. Audiencia, Provincia, Vicaría, Partido y Villa*, Madrid, 1848. Primera Edición facsímil José Ramón Aguado Ediciones, 1981, p. 13.

<sup>27</sup> C. De CASTRO, *La Revolución liberal y los municipios españoles*, Alianza, Madrid, 1979. J. GARCIA FERNÁNDEZ, *El origen del municipio constitucional. Autonomía y centralización en Francia y en España*, Instituto de Administración Local, Madrid, 1983.

to con la milicia militarizada, representada por los Voluntarios Realistas. Cuestionada por el Ejército, que se sintió limitado y agraviado, la Superintendencia en 1827 “pierde autonomía y pasa a depender de Gracia y Justicia, desaparecían los Intendentes y se creaban los subdelegados provinciales, cargo que quedaba agregado a las Audiencias y Chancillerías o los corregidores, incluso a los gobernadores militares”<sup>28</sup>.

La pluralidad, que se desplaza en la práctica a ritmo desigual, quedó sustituida plenamente en el panorama judicial diseñado en el liberalismo gaditano desde el principio. La unidad jurisdiccional de la obra de Cádiz fue representada en el sistema piramidal de tribunales desde cuya cúspide vigilaba el Tribunal Supremo, seguido de las Audiencias con competencias en sus correspondientes territorios, en estos ejercían unos denominados jueces inferiores. La Justicia, como bien conocía el alcalde de Cazalejas, se administraba en nombre del rey pero “la potestad de hacer aplicar las leyes en las causas civiles y criminales que reside en los Tribunales establecidos por la ley” correspondía, según la Constitución, al Tribunal Supremo<sup>29</sup>.

En la organización político-administrativa diseñada por la Constitución de Cádiz y, a modo excepcional, puesto que a lo largo del siglo estas cuestiones se resolvieron por leyes ordinarias, las instituciones locales fueron piezas esenciales de reforma. Se dispuso que por vez primera los Ayuntamientos fueran elegidos por un sistema de sufragio universal indirecto, rompiendo el principio de representatividad perpetua del Antiguo Régimen. El siguiente escalón administrativo, la Diputación, mediaba entre los ayuntamientos y el Jefe Político, designado ya por el poder central. Esta estructura política diseñada en el primer liberalismo fue la base sobre la que asentó todo el ordenamiento posterior mediante, principalmente, tres decretos que estudió Miguel Ángel Aparicio: el *Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia*, aprobado el 9 de Octubre de 1812, las *Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos*, de 24 de marzo de 1813, y por último, el *Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia*, aprobado el 13 de marzo de 1814<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> J. JOVER, (dir), *Historia de España Menéndez Pidal*. T-XXX. *Las bases políticas, económicas y sociales de un régimen en transformación (1759-1834)*, Espasa Calpe, Madrid, 1998, p. 315.

<sup>29</sup> B. CLAVERO, *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 38.

<sup>30</sup> M. APARICIO, M.: *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1995, p. 29.

Una de las cuestiones, desde el ámbito judicial, que no se abordaron hasta la profesionalización e inamovilidad de los jueces, además del *status* y las competencias en la llamada justicia inferior, pero que más afectaron en la construcción jurídica del orden liberal, fue la difícil tarea de llevar a cabo la división de poderes. Esta cuestión, resulta bastante esclarecedora en los movimientos del liberalismo en el siglo XIX, su concepción y realización del Poder. Sobre esta cuestión, entre la división de poderes y el llamado poder efectivo, real, se ha hablado desde los estudios constitucionalistas de "liberalismo emergente y liberalismo consolidado"<sup>31</sup>. Manteniendo una raíz temporal más que teórica de ambos momentos, el problema de localización y ejecución del poder directo existió desde Cádiz, estableciéndose un sistema de relación-dependencia entre el Poder Judicial y el resto de los "Poderes del Estado".

De la "vía emergente" se llegó pronto a la necesidad de reforma del Estado, a través del diseño de los mecanismos políticos y su implantación territorial y administrativa. Para ello resulta imprescindible valorar la relación entre el poder central y el local en torno a la figura del Jefe Político, más tarde llamado Gobernador Civil, como único conducto de comunicación entre los Ayuntamientos y las Diputaciones, y entre éstas y el Gobierno. Las Cortes de Cádiz definieron sus amplias competencias regionales en la *Instrucción para el Gobierno económico-político de las Provincias de 1813*, pero fue la reforma administrativa provincial de Javier de Burgos, que entroncaba con esas medidas del despotismo ilustrado antes aludidas como precedentes de la transición jurisdiccional, la que concentró mejor esos ámbitos y sus propias funciones<sup>32</sup>. Por el Real Decreto de 23 de Noviembre de 1833 se creaban los subdelegados de Fomento, quedando asegurada así la presencia de delegados del poder central en todo el territorio de forma continuada hasta nuestros días, con amplias atribuciones sobre la vida, el orden público y económico provincial.

La tesis uniformista<sup>33</sup> de realización de un modelo de poder central para derrocar definitivamente al Absolutismo, apoyándose en la figura del Gobernador Civil ofrece efectivamente líneas de continuidad en el diseño del Estado:

---

<sup>31</sup> M. APARICIO, op. cit., p. 40.

<sup>32</sup> R. CARR, *España, 1808-1975*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 161.

<sup>33</sup> M. ARTOLA, *Antiguo Régimen y Revolución Liberal*, Ariel, Barcelona, 1983.

- A) Uniformidad (con excepción de las Provincias Forales; Ley de 25 de Octubre de 1839).
- B) Gobierno: control jurisdiccional de la legalidad, de tutela y fiscalización administrativa sobre las Diputaciones y Ayuntamientos.
- C) Jerarquización de los delegados gubernativos y de las autoridades locales; así el Jefe Político o Gobernador Civil era Presidente de la Diputación Provincial, el alcalde, además de jefe de la Administración municipal, era delegado del Gobierno subordinado al Gobernador Civil.
- D) Delegación de competencias administrativas por las que las corporaciones locales asumían funciones estatales, cubriendo las insuficiencias de la Administración y de la Hacienda del Estado.

La creación de la infraestructura periférica gubernativa (jefe político o gobernador civil) desempeñó un papel fundamental en la superación del Antiguo Régimen, pero también en la conservación posterior del nuevo orden jurídico y socioeconómico, nutrida y envuelta progresivamente en el universo local que acabó por proclamarse imprescindible para el sostenimiento político, electoral y policial del Gobierno de turno<sup>34</sup>.

Uno de los lugares donde las reformas tuvieron mayores problemas para llevarse a cabo fueron las cárceles. Buena parte de las dificultades para la consecución de la nueva idea de la pena en un sistema penitenciario moderno, se encuentran en la definición del modelo del propio poder judicial<sup>35</sup>. Termina la década moderada en materia penitenciaria con la aprobación trascendental de la Ley de Prisiones en 1949, tras el amplio abanico de penas privativas de libertad que disponía el Código Penal. Lo que se dispuso en relación a los jueces, en el último título de la Ley, fue su derecho a "visita" a las prisiones, pero únicamente para comprobar el cumplimiento de condenas.

La correspondencia del 14 y 15 de julio de 1849 del Gobernador Provincial de Madrid señala fielmente el camino de este apoyo decidido al poder ejecutivo delegado frente a las atribuciones judiciales. Es difícil separar las visitas penitenciarias de un aspecto técnico-legal, pero era indudable su carácter simbólico y formal dentro de la pugna por las garantías jurídicas. Sin embargo, es en un acto público, como una procesión presidida por la corpo-

---

<sup>34</sup> A. CAJAL VALERO, *El Gobernador Civil y el Estado Centralizado del siglo XIX*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 1999, p. 208.

<sup>35</sup> C. GARCÍA VALDÉS, *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Edisofer, Madrid, 2006.

ración municipal, donde la actitud protocolaria, ante la comunidad rozando casi el ritual, se destina a hacer valer la posición política y social. El domingo de Cuaresma era costumbre dar la comunión a los presos, seguida de una comida a la que asistían las principales autoridades provinciales. Normalmente, la lista del presidio de Alcalá la realizaba el alcalde, pero ese año de 1849 el juez se adelantó. "Supe después que este señor había dirigido oficios a la autoridad eclesiástica, al cura párroco, a la Guardia Civil para el piquete y en fin, que se disponía a tomar cuantas disposiciones para esta ceremonia sin contar mi persona de acuerdo al menos con atención por el que como Jefe Civil, Alcalde-Corregidor y Presidente de la Junta de Partido correspondiente"<sup>36</sup>.

Con las medidas moderadas, los jueces fueron expulsados del control interno de las cárceles, sustituyendo las visitas judiciales por informes al Jefe Político o Gobernador. En pleno contexto del reforzamiento del poder político en los asuntos carcelarios, la visita penitenciaria cambió respecto de la judicial. Por delegación se nombraba un comisionado con el visto bueno del Gobernador, esto es, se seguía el conducto Ministerio-Gobernador-Alcalde; estos últimos volvían a llamarse alcaldes-corregidores.

#### 4. VIEJOS Y NUEVOS JUSTICIAS

Otros casos judiciales, uno por robo, otro por falsificación de monedas y, el último, por un delito de lesiones, que tuvieron lugar también a medio camino entre el régimen liberal y el absolutista, permiten conocer más aspectos de ambos lados de la Justicia, de mundos opuestos en la concepción soberanista y en el diseño del Estado, pero también en la formulación del proceso judicial y sus garantías. El veinte de febrero de 1821 se instruyó la causa por el robo de una casa; las primeras diligencias correspondían al alcalde, esta vez constitucional, que mandó detener a una sospechosa "que iba de tránsito y portaba numerosas alhajas" que coincidían con las desapareci-

---

<sup>36</sup> Archivo Municipal Alcalá Henares. Leg. 148/3. donde sigue: "Resentida mi autoridad por este desaire y volviendo por el decoro cual es mi deber, pasé un oficio al señor vicario eclesiástico para que se suspendiera la salida de SM. Tomada ya la iniciativa me propuse desde luego que se celebrase esta solemne ceremonia el domingo último para lo cual me dirigí a las autoridades y jefes militares respectivos, invité a la hermandad sacramental de la parroquia para que acompañara al Santísimo; el resultado es que según opinión general no he visto nunca procesión tan lúcida y de tan brillante acontecimiento".

das, pero la sentencia la dictó el juez y no el alcalde corregidor. Las diligencias describen a “una mujer que venía en un carro catalán que dijo llamarse Francisca Mayor, soltera, natural de Valencia, que se dirigía de Madrid a Barcelona en un carronato en el que llevaba su equipo”. El auto judicial, donde terminaban las atribuciones del alcalde, ordenaba “que se pusiese a la susodicha en la cárcel”<sup>37</sup>.

En otra causa por un delito de falsificación de moneda estuvieron implicados varias personas: Andrés Segorve, de Alicante, de 41 años y mozo de cuerda, “por haber expedido dos duros falsos y cuatro más que le encontraron de la misma clase”. También los hermanos Juan y Alejandro Torregrosa. Y por último, Bautista López. Los cuatro se habían declarado “carruajeros” y estuvieron en prisión tres meses, de la que salieron bajo fianza, por haberlos encontrado la misma noche con siete duros, reconocidos todos ellos por Juan Romero, “platero de oficio”.

El proceso judicial se hacía más complicado en función del número de participantes aunque todos pertenecieran a la jurisdicción ordinaria. En la reconstrucción de los hechos se nombraron al menos once personas, milicianos, alguaciles, militares, arrieros, y de fondo una posada. “Juan Segorve llegó a la Corte, en cuya ciudad se hospedó en casa de un amigo y envió a la mujer de éste a la posada para que comprase aceite y otras cosas. Al efecto del duro que cogió, la posadera le dijo a esta que pesaba poco y que iba a enviar por el alcaide”<sup>38</sup>.

En esta causa se muestran los atributos de las autoridades e implicados en el control del orden público en pleno Trienio Liberal. Pero aunque fueran constitucionales, seguramente no repararían en diferencias sustanciales con los corregidores y alguaciles del absolutismo. El delito se había producido en época fernandina. La diferencia teórica, además de los principios constitucionales, estaba en las atribuciones que perdían los alcaldes en favor de los jueces, en el contexto de pugna con el conglomerado de apoyos del absolutismo. La línea divisoria entre las atribuciones de unos y las funciones de otros era muy frágil. Había testigos, declaraciones, peritos y encierro en la Cárcel Nacional hasta el momento en que pasaran a disposición judicial, donde con cierta nitidez se apreciaba el esfuerzo liberal por mantener claras

---

<sup>37</sup> AGA. Justicia. Leg. 14069. En la labor de describir y valorar lo que llevaba Francisca debieron invertir cierto tiempo pues ocupó cuatro páginas de la causa. El valor de las ropas y alhajas de su equipaje fue de 18.366 reales.

<sup>38</sup> AGA Justicia. Leg. 14069.

las potestades judiciales, pero todo el proceso, a excepción de la sentencia, estaba encaminado mucho antes, desde el momento en que llevaba un año en prisión a la espera de juicio. Los arrieros, que estuvieron tres meses encerrados, finalmente salieron bajo fianza. El juez consideró “por pena la prisión sufrida”, pero para Segorve dispuso 8 meses de presidio correccional en el Prado de Madrid<sup>39</sup>.

Otro caso criminal de oficio fue seguido “contra los que resulten culpables en las heridas causadas a Silvestre Martínez” y está extraído de las notas que tomó Miguel Angel Morales Payán del Archivo Histórico Provincial de Almería<sup>40</sup>. Todo comenzó la noche del 14 de enero de 1821 en que Silvestre Martínez recibió varias heridas en su pueblo de Almería, Aldeire. Según el auto, fue su mujer la que puso en conocimiento del “alcalde constitucional” Domingo Romacho tal situación, solicitando que se curase a su marido y se averiguase lo ocurrido. Tras el correspondiente juramento por Dios y ante un crucifijo comienza su declaración señalando que su marido llegó ensangrentado a la casa en compañía de Jesús Sánchez Río el cual le explicó que estando ellos dos juntos con otros amigos conversando, su hermano Juan les había tirado una piedra que impactó en la cabeza de Silvestre.

Acto seguido, el alcalde y el escribano fueron a casa de Silvestre, al que tomaron declaración. Aunque la suya sea bastante diferente a la de su mujer, ambos coincidieron en señalar al autor de la agresión: Juan Sánchez del Río. Cuando venía de la fragua, se encontró a los hermanos Sánchez Río, quienes “le dijeron los convidara, a que les respondió que no tenía dineros”; entonces Juan se marchó y él siguió hablando con Jesús con el que al final acabó en un puesto de vinos. Al rato salieron a la calle y se cruzaron con Francisco Bordajandi y Francisco Rueda que llevaban agarrado a Juan Sánchez con claros síntomas de embriaguez. Pero al verles, se enderezó y les lanzó una piedra que impactó en su cabeza. Tras contestar negativamente a si existía alguna desavenencia entre ellos, se realizó el reconocimiento médico “que encontró síntomas de conmoción del cerebro seguidos a la ofensa”. El alcalde pasó el expediente al licenciado Pedro Cañas advirtiéndole que

---

<sup>39</sup> Para ampliar y comparar otros procesos: M. A. MORALES PAYAN, *La Justicia Penal en la Almería de la primera mitad del siglo XIX*. Universidad de Almería, 1998. G. GOMEZ BRAVO, *Los delitos y las penas. La ciudad judicial y penitenciaria. Alcalá de Henares 1800-1900*, Fundación Colegio del Rey, Madrid, 2006.

<sup>40</sup> Expedientes judiciales j.56, núm. 567. M. A. MORALES PAYAN, *La Justicia Penal en la Almería de la primera mitad del siglo XIX*. Universidad de Almería, 1998. Anexos, pp. 165-172

“tanto el Juan como el Jesús han tenido varias causas por razón de ser hombres ruidosos”<sup>41</sup>. Llegamos al final del acto o mejor dicho, al final de las atribuciones del alcalde. Ese mismo día 20 el alcalde ordenó que se pasara a la casa de Juan Sánchez para proceder al embargo de sus bienes y después firmó el auto por el que se remitían estas diligencias al Juez de Primera Instancia, “a quien le hago presente como al Juan Sánchez lo tengo por detenido en su casa por no haber cárcel donde ponerlo”<sup>42</sup>.

Se cubre entonces la primera mitad del siglo XIX con una estrecha relación de los alcaldes y la Justicia, tanto por la continuación de sus funciones como por la imposibilidad del Estado de garantizar juzgados y cárceles de primera instancia en todos los niveles en que teóricamente debía hacerlo. De ahí que el *Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia*, de 9 de octubre de 1812, repitiese lo que ya advertía la Constitución de Cádiz en su discurso preliminar sobre la dificultad de administrar justicia hasta que no se establecieran los juzgados inferiores, por lo que seguía siendo necesario que los alcaldes conociesen “los juicios de conciliación por injurias, las faltas leves y el prendimiento de reos”. Hasta el decreto de 1834 de creación de los partidos judiciales no se inició la separación de la función jurisdiccional de la administrativa, materializándose dos de los logros de los constitucionalistas de Cádiz: “la justicia letrada y la separación de poderes.” Con el decreto de creación de los partidos judiciales se ordenaba el cese de las funciones jurisdiccionales de los alcaldes que debían remitir todos los procesos pendientes a los jueces letrados de las cabeza de partido<sup>43</sup>.

Pero había muchos alcaldes como Maximino de Arambares. El 8 de enero de 1835, el juez comisionado de Cerralbo (Andujar), decidió suspender todas

---

<sup>41</sup> El 20 de enero comenzaron las declaraciones de todos los detenidos. Francisco Bordajandi, de 36 años, explicó que Jesús le dijo a su hermano Juan que se fuera a acostar, y este le dijo “que se iría cuando quisiera”. Entonces, mediando la mujer de Juan, que ya se iba cayendo por el suelo, se unieron varios hombres para llevarle a casa. Al menos así lo expresó Francisco de Rueda. Cuando a su casa se dirigían se encontraron con los otros dos, y entonces, despedido al ver que sí tenía dinero para convidar a su hermano y no para él, le lanzó la piedra.

<sup>42</sup> Unas trevedez, unas tenazas, cuatro sillas de cocina, una cantarera de tres asientos, una mesa, un banco de coser suelas y una sartén, eran todos sus bienes.

<sup>43</sup> J. MONTERO AROCA, “La justicia municipal”, *Revista de Derecho Judicial*, núm. 51-52, 1972, pp. 91-92. Hasta el Real Decreto de 22 de octubre de 1855, con la creación de los juzgados de paz, los alcaldes de los pueblos no quedaron definitivamente desprovistos de competencias jurisdiccionales.

las vistas e informar que el antiguo regidor se negaba a desalojar la Casa Consistorial. Con el antiguo juez, José González, presenciaba todo el juicio, pero ahora después de tomar declaración a un testigo sobre unas diligencias, se le mandaba retirar. Humillado, aquel 8 de enero de 1835 contestó “que como Regidor y Prior de este pueblo le había dado el Rey el Ayuntamiento y que a su presencia tenían que declarar los testigos, a lo que añadió que era más que el Señor Juez Comisionado y que nadie podía echarle fuera de la Casa Consistorial”<sup>44</sup>. Este era literalmente el mundo de las resistencias puesto en pie; negándose a ser desalojado, González se quedó allí hasta que el juez decidió marcharse. La nueva Justicia, al borde del agotamiento, terminó imponiéndose a medida que las redes más obstruccionistas se descomponían. Sin embargo, el período inmediatamente posterior, la llamada fase consolidada del liberalismo, debe mucho a este proceso de transición y negociación, ya que las atribuciones judiciales sobre los delitos menores y sobre ciertos asuntos civiles estuvieron repartidas entre jueces y alcaldes hasta entrada ya la Restauración.

Veamos lo que sucedió en el expediente de conocimiento del juicio verbal contra Ricardo Gurriarán, comerciante, promovido por Ramón Arias, labrador, sobre pago de 225 arrobas de hierba. Como todos los años, ambos quedaban en la estación de tren para entregarse la hierba, pero en 1896, el comerciante no reconoció el peso del vagón de hierba y no pagó al labrador. El problema se complicó al plantearse un conflicto de competencias entre los juzgados de Valdeberas y Villadecanes (León), ya que la entrega se realizaba en la estación de tren de un término, mientras que el contrato verbal se realizaba en otro. Como era de esperar, cada parte reclamaba la competencia de su juzgado y al final el Tribunal Supremo, órgano ya previsto desde los primeros vientos liberales, reconoció al término donde se facturó la mercancía<sup>45</sup>.

Superada ampliamente la primera mitad del siglo, todavía en muchos casos de aparente problemática de competencias subyace la vieja cuestión del reconocimiento de la autoridad, avivada con los cambios políticos y normativos. La complicada secuencia del año 1874, así lo atestigua. El 20 de junio, siendo ya manifiesto el agotamiento político de la República, con el Gobierno en plena crisis por la guerra carlista y una penuria presupuestaria realmente grave, el alcalde de Iglesias, una pequeña localidad toledana, comunicó al juez del partido que a eso de las nueve de la mañana “se ha

---

<sup>44</sup> Archivo Histórico Nacional, Interior, leg. 44/A.

<sup>45</sup> AHN, Leg. 170/2, Tribunal Supremo, Recursos.

acercado a mi autoridad, Dionisio Ordales, dándome cuenta de que Sebastián Herrador, su vecino, le había estropeado con 8 o 9 vacas, el centeno que tiene sembrado<sup>46</sup>". Ante su presencia, Herrador dijo que era cierto, "pero que sólo habían sido dos de las vacas", dato importante si se tiene en cuenta que lo previsto para estos casos era una peseta por vaca.

Parece ser que en ese instante Herrador cambió de tono y desobedeció al alcalde, aunque a este le molestó más que nada que no reconociera su cargo, su potestad y presencia como ley: "desoyendo mi mandato, desacató mi autoridad con palabras indecorosas y manifestando a la vez que le importaba poco y que no pagaría la multa, ni cien multas que se le impusieran, y que se "frotaba" en mi autoridad. En este motivo ordené fuese arrestado y al llegar para entrarle en la cárcel, me manifestó que no le daba la gana, que se "ciscaba" en mi autoridad y que para nada la reconocía, con cuya manifestación se marchó, sin saber adónde, burlando mi autoridad"<sup>47</sup>.

El escrito se lo mandó al juez, ya que pidió que se instruyera causa criminal contra el huido y "que no tuviera otro dormitorio que la cárcel", el mismo que tuvo Francisco Blázquez, la noche del 27 de enero de 1875, un recién depuesto delegado provincial en Talavera. Apenas había pasado un mes desde el pronunciamiento que precipitó el triunfo de la Restauración, cuando entró en un céntrico café de Talavera, "y sin que procediera cuestión alguna, amarró al mozo poniéndole un revolver al pecho e insultó a todos los que allí estaban, diciendo que se "esquiaba" en el alcalde, porque él era un representante de la provincia"<sup>48</sup>.

El papel dado a los alcaldes en la Restauración fue muy superior al que habían recibido hasta la fecha, ya que volverían a adquirir nuevas atribuciones en las primeras diligencias en los asuntos penales, el conocimiento de los juicios de faltas y los civiles de pequeña cuantía, junto a su participación directa en el control y organización local de las elecciones. Pero problemas como los anteriores no se terminaron hasta la regulación de los nombramientos de los Jueces Municipales con la Ley de 1908 del Gobierno Maura. En 1882, con la *Ley Orgánica del Poder Judicial* los Jueces de Paz pasan a ser denominados Jueces Municipales<sup>49</sup> y el nombramiento de los alcaldes había sido solucionado, como en otras cuestiones, mediante un "sistema híbrido", ya que en principio

---

<sup>46</sup> AHPT, Justicia, Leg. 156/42.

<sup>47</sup> AHPT, Justicia, Leg. 156/42.

<sup>48</sup> AHPT, Justicia, Leg. 156/44.

<sup>49</sup> Ley de 16 de diciembre de 1876 de reforma de las *Leyes Orgánicas* Provincial y Municipal de 20 de agosto de 1870.

se mantenía el derecho de los Ayuntamientos a nombrarlos, pero el Gobierno se reservaba la posibilidad de elegir los alcaldes de las capitales de provincia y cabeceras de partido judicial, como el que llevó a cierta disputa en el corazón de Cantabria y que en 1895 aún seguía pendiente de informe del Consejo de Estado. El alcalde de Redueña y su criado habían sido acusados de coger cuatro cargas de leña en la dehesa. Cuando el juez de Partido de Torrelaguna se personó en la Casa Consistorial con la Guardia Civil no sólo se negó a abrir la puerta, sino que “puso de relieve el bastón municipal, dirigiendo al juez varias expresiones indecorosas, diciendo *que allí no era nadie*”<sup>50</sup>.

Así pues, la Justicia moderna en la transición final del Antiguo Régimen debe primero vencer las resistencias frontales de los viejos núcleos corporativos de representación privilegiada, para después enfrentarse a una dinámica lastrada por la configuración política y administrativa del poder político y, por último, debe esperar a que se produzca un cambio de mentalidad y una nueva regulación en las atribuciones de los alcaldes y jueces de paz. Durante más de medio siglo, el deseo de construir un Poder Judicial como el diseñado en el liberalismo gaditano, había chocado frontalmente con la realidad de penuria y falta de medios económicos de un Estado en construcción. La precariedad de la Hacienda aceleró una amplia gama de traspasos, de la beneficencia a la educación, pasando por el control del orden público, a los municipios, que acrecentaron su poder pero mucho más sus gastos. La desamortización, que dotó materialmente la nueva arquitectura legal, simbolizó con precisión ese modelo llevado a cabo desde la cabecera de los Partidos Judiciales. De ahí que los conflictos de competencias entre jueces y alcaldes tuvieran una lectura de reconocimiento de sus figuras en el seno de la comunidad, como también otra próxima a la decisión moderada de establecer una Administración de Justicia que siguiera los mismos conductos políticos.

GUTMARO GÓMEZ BRAVO

*Facultad de Geografía e Historia*

*Departamento de Historia Contemporánea*

*C/ Profesor Aranguren s/n*

*Ciudad Universitaria*

*Universidad Complutense de Madrid*

*28040 Madrid*

*e-mail: gunde@ghis.ucm.es*

---

<sup>50</sup> AHN, Gobernación, Leg. 169/120.



**CUESTIONES DE VIDA Y MUERTE.**  
**Los dilemas éticos del aborto**  
QUESTIONS ABOUT LIFE AND DEATH  
*The ethical dilemmas of abortion*

CRISTINA GARCÍA PASCUAL  
*Universitat de València*

Fecha de recepción: 27-9-06  
Fecha de aceptación: 11-10-06

**Resumen:** *El aborto sigue siendo una cuestión controvertida entre los juristas. La discusión sobre la legitimidad o ilegitimidad del aborto voluntario se suele condensar en cuatro argumentos o tópicos del debate. En primer lugar, el argumento de quien afirma que resulta imposible prohibir el aborto con eficacia o lo que es lo mismo que las normas jurídicas a este respecto no son capaces de controlar o limitar la realidad. En segundo lugar, el argumento central de los llamados anti-abortistas, la tesis de la personalidad del feto (embrión o preembrión). En tercer lugar, la justificación del aborto voluntario a través de su presentación como estado de necesidad y finalmente, la afirmación de la legitimidad del aborto apoyada en la idea de libertad o autonomía de la mujeres. El examen de estos argumentos necesariamente debe detenerse en consideraciones de carácter moral de las que resulta extremadamente relevante conocer sus consecuencias o su posible o imposible traducción en normas jurídicas.*

**Abstract:** *The abortion continues being a highly controversial issue. Discussing abortion's legitimacy usually centres around four arguments. In the first place, there is an argument affirming that abortion cannot be legally prohibited with efficacy. It would conflict with effective implementation. Secondly, a central argument is the thesis of the personality of the fetus (embryon o preembryon). In the third place, abortion is justified with reference to a state of necessity. Finally, abortion's legitimacy would be based upon women's autonomy. The paper's task consists of delucidating the moral character of these four arguments and a consideration of their respective legal consequences.*

**PALABRAS CLAVE:** aborto, autonomía de la voluntad, feminismo

**KEY WORDS:** abortion, autonomy of the will, feminism

Entre los muchos argumentos que utilizan los defensores y detractores de la legalización del aborto algunos constituyen, ya, auténticos tópicos del debate, nunca cerrado, sobre el tratamiento que el derecho debería dar a la interrupción del embarazo. Partiendo de presupuestos morales, de posiciones jurídicas y políticas o de rigurosas reflexiones médicas a menudo nos encontramos ante un conjunto de lugares comunes ya tantas otras veces escuchados.

Quiero revisar aquí algunos de estos tópicos en relación a lo que podría ser la legitimidad o ilegitimidad (en algunos casos o de modo general en todos) de poner fin al embarazo. Especialmente, quiero revisar la relación entre la valoración del aborto, su fundamentación, su carácter moral o inmoral, legítimo o ilegítimo con el tratamiento jurídico que recibe o debería recibir. Muchas veces encontramos estudios sobre el aborto centrados en aspectos morales que no se traducen en propuestas jurídicas. Y sin embargo, respecto al aborto, no se trata solamente de describir la acción y de calificarla si no de concretar que tratamiento legal sería el adecuado. Debemos tener en cuenta, pienso, que la regulación que el derecho deba dar al aborto es un problema jurídico-político pero también aquí podemos encontrarnos ante una cuestión moral.

Examinaré, así, cuatro argumentos sobre la interrupción del embarazo. En primer lugar, (i) consideraré la afirmación de que es imposible prohibir el aborto con eficacia. Es decir, la posición de aquellos que constatan la realidad del aborto en todas las sociedades y como el derecho resulta del todo ineficaz en su prohibición o incluso regulación. Se trata de una cuestión previa, en la medida en que, de ser cierta, cualquier otra consideración podría resultar banal, al menos, jurídicamente. En segundo lugar, (ii) me detendré en el argumento estrella de los llamados antiabortistas: la afirmación de la personalidad del feto (preembrión y embrión). Argumento que coherentemente debería llevar a la más radical prohibición del aborto, la persecución policial de las abortistas y su tratamiento penal. Como veremos, quienes afirman que el feto es una persona tienen serias dificultades para traducir esta afirmación en términos jurídicos.

En tercer lugar, (iii) examinaré la consideración del aborto como estado de necesidad, es decir, la posición de quienes consideran que siendo el mundo desigual y difícil la situación de muchas mujeres, hay que admitir el aborto en algunas situaciones límites. Aquí, el feto no es una persona pero sí un principio de vida humana que debe ser protegido por el derecho. Así, se defiende una postura jurídica intermedia entre la radical prohibición del aborto y su liberalización. Más concretamente, se demanda una prohibición general del aborto, con algunas excepciones o supuestos allí donde se considere que la dramática situación de las mujeres no debe ser agravada con el tratamiento penal. En último lugar, (iv) analizaré el argumento fundamental de los defensores de la despenalización del aborto: la autonomía de las mujeres, la autodeterminación sobre lo que ha sido denominado su propio poder generativo.

Los cuatro argumentos a examinar no aparecen ordenados en argumentos “a favor” o argumentos “en contra” de la legalización del aborto voluntario puesto que mi pretensión primera es poner en evidencia la debilidad o fortaleza de esos mismos argumentos con independencia del fin que pretenden sustentar.

## 1. LA IMPOTENCIA DEL DERECHO FRENTE AL ABORTO

Algunos juristas y no pocos actores de la vida política afirman que la realidad del aborto difícilmente se puede contener con las normas jurídicas. Apoyándose en datos estadísticos se sostiene que el aborto es una realidad en todos los países y en todas las culturas y que su ilegalización, antes de disuadir a las mujeres de su práctica, sólo consigue convertirlo en hecho clandestino, en un problema de salud pública. Obviamente, un ordenamiento jurídico no puede exigir lo imposible y tampoco parece razonable emitir una prohibición válida pero que se sabe va a resultar ampliamente ineficaz. Si pese a su prohibición el número de abortos se mantiene constante en las sociedades contemporáneas habrá que concluir en la futilidad de la norma prohibitiva.

Ciertamente, el derecho no lo puede todo y en relación a la interrupción del embarazo, o, por ejemplo, al consumo de drogas, el ejercicio de la libertad parece imponerse, a menudo, por encima de prohibiciones. Este tipo de constatación, sirve, en el marco del debate sobre la relación del derecho con el aborto, para exigir que la discusión se traslade de lo moral o jurídicamen-

te justificado a la valoración de lo jurídicamente posible. La realidad se convierte, así, en el mejor argumento a favor de la legalización del aborto.

Como pone de manifiesto Luigi Ferrajoli “las prohibiciones no sólo deben estar “dirigidas” a la tutela de los bienes jurídicos, deben ser “idóneas”. El principio de utilidad y el de separación entre derecho y moral obligan a considerar injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive la eficacia intimidante buscada, a causa de los profundos motivos – individuales, económicos o sociales– de su violación; y ello al margen de lo que se piense sobre la moralidad e, incluso, sobre la lesividad de la acción prohibida... La introducción o la conservación de la prohibición penal [si no disuade la conducta indeseada] no responde a una finalidad tutelar de bienes que, más aún, resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de “valores morales”, opuesta a la función protectora del derecho penal”<sup>1</sup>.

Abunda sobre esta línea argumentativa la constatación de que existe una disparidad entre las diversas regulaciones sobre la interrupción del embarazo y la realidad de cómo se aborta en muchos países. Un examen de las normativas sobre el aborto en el mundo nos muestra un abanico bastante amplio de regulaciones, que van desde la prohibición del aborto en todos los supuestos imaginables (normativa que afectaría a un 26% de la población mundial) hasta su legalización sin restricciones causales (afectaría al 41% de la población). Entre ambos polos, un amplio espectro de normativas que (respecto al 33% de la población restante) establecen un sistema de permisos para abortar siempre que concurren determinadas causas relacionadas con la situación socioeconómica de la mujer, la causa del embarazo o/y su salud física y mental. Teniendo en cuenta las dificultades para recabar datos sobre el número de abortos en el mundo, muchos estudios ofrecen cifras cercanas a estas: el número de abortos en todo el mundo al año parece estar en la cifra de 46 millones, de los cuales 20 millones son abortos ilegales<sup>2</sup>. Una de las regiones con normativas más restrictivas en relación al aborto, América Latina, tiene una de las tasas más altas de abortos, 37 por cada 1000 mujeres. Se trata, insisto, de una de las tasas mundiales más altas sobre

---

<sup>1</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. cast de P. Andres Ibañez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, p. 473.

<sup>2</sup> Vid., S. K. HENSHAW, S. SING. S., T. HAAS, “La Incidencia de Aborto inducido a Nivel Mundial”, *Perspectiva Internacionales en Planificación Familiar*, n. especial 1999.

todo si tenemos en cuenta que se trata prácticamente en su totalidad de abortos ilegales. En el ámbito de la Unión Europea, Irlanda y Portugal<sup>3</sup> poseen la legislación más restrictiva, lo que no impide en este último país un número constante de abortos en torno a los 20.000 anuales. Mientras que en Irlanda, donde es prácticamente imposible obtener servicios de abortos legales, por lo menos 6 de cada 1000 mujeres en edad reproductora aborta cada año. En Inglaterra o en Holanda, para abortar no se pide más que el cumplimiento de unos plazos y se prescinde de cualquier justificación material del aborto. Holanda es uno de los países con la tasa de abortos más baja del mundo. Distintos estudios comparados ponen de relieve que severas restricciones legales no garantizan una baja tasa de abortos.

Pero el desfase entre la reglamentación jurídica del aborto y la realidad del mismo no termina aquí. La tutela de la vida, de la vida del feto, considerado no como una persona sino más bien como un bien jurídico o un principio de vida humana digno de protección, conlleva que en muchos países se encuentren normativas que exigen a la mujer para abortar la justificación fundada de su decisión. Así, en Europa normativas como la española, despenalizan algunos supuestos de aborto voluntario (y por tanto los amparan con una cobertura médica pública) manteniéndose el marco de una prohibición general. Es decir, dentro de unos plazos es posible abortar siempre que concorra causa justificada<sup>4</sup>. En Italia, por ejemplo, en el marco de una ley de plazos se pide que "concurran circunstancias capaces de poner en peligro la salud física o psíquica de la mujer", circunstancias que debe verificar el médico o el consultor. En Francia, se permite el aborto en las primeras diez semanas de gestación sólo si la mujer embarazada está "angustiada" y acepta

---

<sup>3</sup> La actual legislación portuguesa permite el aborto en caso de riesgo de vida o salud mental para la mujer hasta las primeras 12 semanas y hasta las 24 en caso de violación o malformación del feto. Pero también persigue y juzga a las mujeres que hayan sufrido un aborto voluntario y a los familiares que tengan conocimiento del mismo y no lo hayan denunciado. Ya se han celebrado varios juicios, el último de los cuáles ha sido aplazado debido a la presión de diversas organizaciones. Portugal ya sometió la legalización del aborto a referéndum en 1999 y ganó el "no", aunque la participación fue inferior al 50%. Ahora a iniciativa del Gobierno socialista, el Parlamento ha aprobado la convocatoria de un nuevo referéndum para despenalizar el aborto en las diez primeras semanas esperando una afluencia de votantes mayor.

<sup>4</sup> Los últimos datos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas indican que el número de abortos en España ha aumentado sostenidamente desde 1990 aproximándose a la cifra de 80.000 abortos anuales.

“consejo”. En Alemania, el aborto es libre en las 12 primeras semanas de embarazo siempre que la mujer se haya sometido previamente a lo que ha sido denominado un *striptease* psicológico. Esto es, debe haber pasado por dos centros de asesoría, en su mayoría tutelados por las iglesias católica o protestante, que teóricamente deben ejercer un papel disuasorio<sup>5</sup>. Digamos que en todos estos países la licitud del aborto en ciertos supuestos y/o dentro de ciertos plazos y su prohibición fuera de esos supuestos fijados o superando determinados plazos de tiempo, ilustra una doble preocupación de un lado por la tutela de la vida incluso antes de su concepción y de otro lado, por la autonomía de las mujeres o por lo que ha sido denominado su autodeterminación reproductiva.

Habría que añadir que estas normativas traducen también una idea más general, una visión del aborto como algo no deseable, probablemente inmoral, que debe ser limitado o que debe cubrirse con la proclamación de la angustia de la madre, su desequilibrio, su situación de necesidad.

De este modo, está permitido abortar si concurren, bien circunstancias objetivas, como puede ser que el que embarazo se produjera por medio de una violación, el peligro para la vida de la madre o que el feto sufra malformaciones, bien circunstancias subjetivas, como la angustia o el desequilibrio psíquico en que la mujer misma se encuentra o podría encontrarse si el embarazo siguiera adelante. También son muchos los países en que se obliga a la mujer a aceptar consejo o a ser informada de las alternativas a las que podría recurrir en el caso en que desistiera de su decisión de abortar. Es como si se quisiera expresar a través del derecho que el aborto no es un método anticonceptivo y que su uso debe reducirse sólo a situaciones de especial gravedad.

Pero en la realidad, la exigencia de justificación material se transforma, o en una especie de expiación de culpas, humillación de la mujer o en un mero trámite vacío de contenido real. En el ámbito de la sanidad pública, a menudo el aborto se convierte en un tortuoso camino burocrático en el que se dilatan los plazos (con el consiguiente crecimiento del feto) y se culpabiliza a la mujer. El servicio público tal como está organizado en muchos países puede decirse que anima a las mujeres a acudir a la sanidad privada. Si las

---

<sup>5</sup> Juan Pablo II a través de una carta instaba a los obispos alemanes a no extender más “licencias de muerte” o certificados que atestiguaran que se había pasado por la asesoría. Esta exigencia del anterior Papa muestra como la reclamación de justificación material de las decisiones personales puede convertirse o en algo hipócrita, en un trámite meramente burocrático

mujeres no tienen recursos económicos y/o no se quieren prestar a esos procedimientos burocráticos, solo les quedan opciones que están fuera de la ley con el consiguiente peligro para su salud. Con prohibición general o sin prohibición general la situación vista desde esta perspectiva se puede reconstruir como un problema de medios económicos. Una mujer con dinero (dentro de los supuestos en los que el aborto es legal o fuera de ellos) no acudirá a la sanidad pública, no pasará por entrevistas, o repetición de análisis, ni por la tortura de los plazos que se dilatan sino que resolverá su pretensión en una clínica privada o en el extranjero. Una mujer sin dinero acudirá cuando sea posible a la sanidad pública con lo que ello conlleva, y si no al llamado aborto clandestino.

La prohibición del aborto, circunscrita a unos supuestos, lleva en algunos países a un sistema de protección del derecho a la salud de las mujeres desigualitario y claramente deficiente, que empuja a las mujeres con suficientes ingresos económicos a la sanidad privada tanto en los supuestos de abortos permitidos por la ley como en los no permitidos.

No obstante, esta experiencia común de tantos países donde se prohíbe el aborto (en todos o en algunos supuestos) y donde, sin embargo, las mujeres siguen abortando en un número que se revela bastante constante, o la disparidad entre una regulación que pretende hacer que las mujeres muestren su sufrimiento ante el aborto y a la vez permite que esta demostración se desenvuelva como un mero trámite, no me parece suficiente para sostener la futilidad de las prohibiciones sobre el aborto. En realidad, considero que el problema es otro y tiene que ver con la hipocresía social en torno a este tema y sobre todo con la incapacidad, por radical que se sea en la lucha contra el aborto o en la defensa de la vida de embriones o fetos, de defender con coherencia los propios postulados. Antes que afirmar la incapacidad del Derecho para prohibir determinadas acciones cabría valorar los pocos esfuerzos que desde las administraciones públicas se realizan para hacer valer las normativas sobre el aborto. Tendríamos que preguntarnos el porqué se producen leyes en este campo que no se piensa aplicar. En muchos países se tolera el aborto ampliamente (preferentemente cuando la mujer lo puede financiar) y a la vez se mantienen normas restrictivas del mismo que parecen tener efectos meramente retóricos. La ley prohíbe abortar o impone serias restricciones al aborto y la conciencia pública queda a salvo, mientras que la experiencia del aborto se desenvuelve en un terreno invisible, sobre todo para quien no la quiere ver.

En realidad, si partiéramos de una legislación basada en el derecho a la vida de fetos o embriones, por ejemplo, se podría desarrollar todo un sistema de vigilancia sobre la mujeres que redujera el aborto clandestino. Un terrible ejemplo es sin duda el régimen rumano en los años oscuros de la dictadura de Ceaucescu. Para conseguir que la prohibición del aborto fuese efectiva, durante muchos años en Rumania, se hacían revisiones mensuales en las fábricas en las que se comprobaba si las trabajadoras estaban embarazadas haciendo así difícilísimo el ocultamiento de su estado. Ciertamente no es esta mi propuesta, ni es tampoco una alternativa para los regímenes democráticos que mayoritariamente no parten del reconocimiento del feto como persona, solo intento destacar la diferencia entre afirmar que el derecho no tiene mecanismos para prohibir determinada acción y la falta de voluntad real de prohibirla.

La hipocresía del tratamiento legal que se realiza en tantos países europeos se refleja en que en muchos de ellos está prohibido abortar fuera de los supuestos legales, incluso en las primeras semanas del embarazo, y, sin embargo, existen bancos de embriones o de óvulos fecundados que terminan siendo desechados cuando alcanzan un número demasiado elevado para seguir conservándolos.

Creo entonces que antes que reconocer la imposibilidad de prohibir con eficacia el aborto habría que admitir la escasa voluntad de prohibirlo seriamente. Este desfase entre la ley y lo que se está dispuesto a hacer desde las administraciones públicas para que se cumpla, implica el abandono de la tutela de la salud de la mujeres y también de la protección de vida como principio general del derecho.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, creo que podemos reclamar legítimamente leyes realizadas con una correcta técnica legislativa y a la vez exigir que las normas nazcan con la voluntad de ser aplicadas. Pero, sobre todo y en este último sentido, debemos enfrentarnos al hecho de que en las sociedades contemporáneas, ni las instancias políticas o jurídicas parecen dispuestas a actuar contra la mujeres que abortan, ni la opinión pública a presenciar el espectáculo de mujeres que son tratadas como delincuentes y llevadas ante los tribunales por abortar.

## 2. EL ABORTO ES INMORAL POR QUE EL FETO ES UNA PERSONA

La afirmación de mayor fuerza argumentativa utilizada por los llamados antiabortistas a la hora de exigir la prohibición de la interrupción del embarazo es, sin duda, la consideración de que el feto y también el embrión

son seres humanos. Se trata de un argumento que parece lógicamente conducir a la prohibición del aborto y, desde luego, con muchos más medios y medidas de los que se suelen utilizar en las distintas legislaciones modernas al respecto. Sin embargo, bien porque el legislador excluye este argumento para fundamentar sus limitaciones al aborto, bien porque no lo toma en serio, aunque hipócritamente lo sostenga, es difícil encontrar una regulación de la prohibición del aborto consecuente con un presupuesto de tal fuerza<sup>6</sup>.

En el plano teórico, la afirmación del estatuto de persona del embrión y del feto hace tambalear muchos argumentos de los "proabortistas" y les obliga a menudo a hacer acopio de conocimientos médicos para intentar contrarrestar esa afirmación utilizada a menudo como dogma incontestable. Una a una las argumentaciones en defensa del aborto se miden con la afirmación de la personalidad del embrión. La libertad de la madre, su estado de necesidad, la preservación de su vida o salud... son afirmaciones que pierden fuerza si nos situamos en un escenario en que nosotros actuamos a modo de tercero entre las partes: una mujer y un niño con intereses contrapuestos.

La afirmación de que tanto el feto como el embrión son personas da lugar a teorías extremadamente radicales, como la del jurista J. Finnis, representativas de toda una línea argumentativa en torno al aborto. Para este conocido profesor de Oxford, la personalidad del feto anula cualquier justificación del aborto. No cabría considerar, por ejemplo, la fragilidad socioeconómica de la mujer, ni su equilibrio psíquico, ni siquiera es valorable que el embarazo sea el producto de una violación o que la continuación del embarazo ponga en peligro la vida de la mujer. Si el feto es una persona, ninguna de estas razones es suficiente para justificar un homicidio. Es decir, parece ya gratuito que nos planteemos la legitimidad del aborto puesto que la prohibición del homicidio se extiende sobre él y da igual que la mujer embarazada haya sido violada o esté en una situación límite... El aborto sería claramente inmoral, tan inmoral como el homicidio y por tanto igualmente punible.

---

<sup>6</sup> En Irlanda, donde en el propio texto constitucional se proclama la personalidad del feto y por lo tanto se prohíbe el aborto en cualquier situación, se han aprobado cambios constitucionales que permiten que las mujeres irlandesas puedan abortar en el extranjero. De este modo ahora es posible distribuir en Irlanda información relativa a prácticas abortivas en otros países. Si la afirmación de que el feto es un ser humano fuese asumida como un dato indudable ¿cómo se podría justificar que un Estado dejase salir a sus ciudadanos con intención de cometer un homicidio fuera de sus fronteras?

En palabras del propio Finnis, el aborto es “una decisión que no tiene más remedio que caracterizarse como decisión *contra* la vida (matar)”<sup>7</sup>. De manera –dirá– que la “condena del aborto terapéutico no parte de un prejuicio contra las mujeres o en favor de los niños, sino de una recta aplicación de la solución de un caso a otro, sobre la base de que la madre y el niño son igualmente personas en las que debe plasmarse el valor de la vida humana (o el “derecho a la vida” respetado) sin ser atacado”<sup>8</sup>.

Si la mujer embarazada y el feto son igualmente personas será difícil para un tercero discernir a quién debe salvar y a quién debe dejar morir o, si se quiere, quién debe morir para que el otro viva. En esta situación, el jurista australiano considera que es relevante remarcar la absoluta inocencia del feto y la prohibición bíblica de no matar al inocente ni al justo. El cuadro del embarazo parece así representado como una relación entre dos seres que provisionalmente se encuentran en relación de mutua dependencia. El feto representa, entonces, la parte débil que debe ser protegida por el Estado frente a las agresiones de la otra parte, considerada no como una víctima sino más bien como un agresor o incluso un posible verdugo.

De la misma manera que no es admisible sacrificar la vida de un inocente para salvar a otro, no es permisible acabar deliberadamente con la vida del feto para salvar la vida de la madre. Aquí Finnis introduce la llamada teoría del doble efecto<sup>9</sup>. Es decir, para ayudar a la mujer gestante cuya vida está en peligro podrían legítimamente realizarse algunas acciones aunque traigan como consecuencia (un mal efecto) la muerte del feto, pero sólo cuando esa muerte, ese efecto previsible, “no se pretenda como medio, ni como fin y por tanto no determine el carácter moral del acto”<sup>10</sup>. Desde la teoría del doble efecto no es aceptable, entonces, que en defensa de una vida humana se realicen acciones dirigidas directamente a producir la muerte del feto. La afirmación de que el feto, el embrión o el mismo óvulo fecundado son personas, exige, por tanto, para el profesor de Oxford, ante una situación de peligro para la vida de la madre gestante y en aplicación de la doc-

---

<sup>7</sup> J. FINNIS, “Pros y contras del aborto” en AA. VV., *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Debate, 1983, p. 118

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 127

<sup>9</sup> Es decir que el mal efecto de una acción no es ni el medio ni el fin que se pretende, y, por tanto, no determina el carácter moral del acto como decisión de no respetar uno de los valores humanos básicos.

<sup>10</sup> J. FINNIS, “Pros y contras del aborto”, *op. cit.*, p.130.

trina del doble efecto, una pormenorizada valoración de supuestos y enfermedades encaminada a separar las prácticas morales de las inmorales.<sup>11</sup>

La casuística se impone, y, sin embargo, los criterios guía para discernir entre acciones morales e inmorales están lejos de ser precisos. Si depende de la intención con la que se realiza la acción en el caso del aborto terapéutico, la muerte del feto bien puede presentarse siempre como una consecuencia indeseada. Finnis nos ofrece mayores precisiones, la acción a realizar en ayuda de la mujer gestante en peligro de muerte tiene que cumplir tres requisitos: (i) se habría tomado igualmente si la víctima (es decir, para Finnis, el feto) no hubiera estado presente. "Si es así, hay base para decir que el mal aspecto de la acción, es decir, sus efectos mortales sobre la víctima (el niño) no se pretenden ni deciden como fin ni como medio, sino que son efectos colaterales completamente accidentales que no tienen por qué determinar el carácter de nuestra acción como (no) respetuosa de la vida humana."<sup>12</sup> Se trata de algo parecido a los famosos efectos colaterales de los conflictos armados, es decir, efectos no queridos pero que se tiene la seguridad de que se van producir en cualquier acción bélica. Como vemos la distinción es verdaderamente sutil puesto que afirmamos que no queremos lo que sin duda va a ser la consecuencia de nuestros actos.

En segundo lugar, (ii) la persona que toma la decisión es la que está amenazada por la "víctima". De lo que se entiende que si la mujer necesita una medicina para salvar su vida que producirá el efecto de matar al feto ésta sólo se administrará a petición de la mujer que podría decidir morir sin que esto para Finnis se pueda considerar un suicidio<sup>13</sup>. La vida que, está este

---

<sup>11</sup> Así, puntualiza Finnis no se trataría de condenar "la administración de medicinas a una mujer embarazada cuya vida está amenazada, por ejemplo, por la alta fiebre (provocada por el embarazo o no), aunque se sepa que esas medicinas tienen el efecto colateral de producir un aborto. No es una condena de la extracción del útero canceroso de una mujer embarazada, aunque se sepa que el feto en su interior no es aún viable, y por tanto morirá. Es dudoso que sea una condena de la operación necesaria para poner en su lugar el útero desplazado de una mujer embarazada cuya vida está amenazada por el desplazamiento, aunque se sepa que la operación necesita el drenaje del líquido amniótico necesario para la supervivencia del feto" (J. FINNIS, "Pros y contras del aborto", *op. cit.*, p 127).

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 132

<sup>13</sup> Toda la argumentación de Finnis gira en torno a la idea de la indisponibilidad del derecho a la vida (incluso cuando se trata del propio titular de ese derecho), sin embargo, la afirmación de que la madre puede negarse a tomar una medicación o a someterse a una intervención que le salvaría la vida pero causaría la muerte del feto significa afirmar justamente lo contrario. Una crítica en este sentido puede encontrarse en D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Human dignity in bioethics and biolaw*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p.156 y ss.

momento, parecía un bien indisponible, incluso por su propio titular, se convierte ahora, en la argumentación del profesor de Oxford, en algo renunciabile. Digamos que en este complejo entramado de consideraciones para discernir entre lo moral y lo inmoral, donde el sujeto que toma las decisiones no es, en vía de principio, la mujer, en un contexto en que el feto es víctima y la mujer verdugo, el único espacio de decisión que Finnis otorga a las mujeres gestantes es la posible elección de morir.

En tercer lugar, (iii) la acción elegida debe implicar sólo una negación de ayuda y socorro a alguien pero nunca una intervención real que se concrete en un ataque al cuerpo de esa persona.<sup>14</sup> Pretensión difícil cuando estamos hablando de una situación en la que la vida de la madre está en peligro y donde una rápida intervención puede favorecer su salvación, frente a una no acción, es decir, una simple espera de la muerte del feto.

La lectura de Finnis nos ofrece una imagen del embarazo como una situación en que la mujer constituiría un simple contenedor<sup>15</sup>, un cuerpo que contiene a otro cuerpo, de manera ocasional. Una imagen que, ciertamente, no da cuenta de la especialísima relación que se establece entre la madre y el feto. En Finnis, lo que constituye una relación única, en cierta medida simbiótica, irreducible a una unidad y, sin embargo, imposible de deslindar en dos realidades diversas, nos aparece como una relación de intereses contrapuestos, entre una víctima y un verdugo. La intervención del Estado se considera necesaria para proteger a los niños frente a madres desaprensivas.

El hilo argumental del profesor australiano plantea muchas dudas pero, sin embargo, si partimos de que el feto es una persona, algunas de sus afirmaciones no son más que la estricta consecuencia de esa premisa. Cabe afirmar que Finnis no desarrolla su discurso hasta sus últimas consecuencias. Es decir, al final no realiza una propuesta de tratamiento jurídico del aborto. Obviamente sus palabras nos llevan hacia una legislación prohibitiva, pero ¿cuál debe ser la pena impuesta a las mujeres por abortar? ¿debe imponerse la misma pena en todos los supuestos, por ejemplo sin hacer diferencias entre abortos tempranos o tardíos? Cuando una mujer embarazada se encuentre en una situación de peligro para su salud ¿quién debe vigilar que se ob-

---

<sup>14</sup> *Vid. Ibid* p. 135

<sup>15</sup> Tamar Picht hace especial hincapié en esta idea de las mujeres como meros contenedores o máquinas reproductoras, idea que solo puede construirse sobre la separación entre la madre y el feto. (Cfr., T. PICHT, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, trad. cast. de Cristina García Pascual, Madrid, Trotta, 2003, p.78 y ss).

serva la doctrina del doble efecto? ¿Si se prohíbe el aborto de modo general, se permitirá a las nacionales abortar en el extranjero? Como digo, Finnis no concreta las respuestas a estas cuestiones, no obstante, siendo que considera el aborto inmoral en cuanto que constituye la muerte de una persona, coherentemente podemos deducir que sostendrá un castigo para el aborto equiparable al del homicidio o incluso al del asesinato.

En este sentido, resulta muy sorprendente la insistencia de Finnis en la inocencia del feto como si la inocencia o culpabilidad justificaran la muerte de los seres humanos. Por otra parte, se trata de un argumento muy utilizado y que suele acompañar a la afirmación de la personalidad del feto. Cabe al respecto dos consideraciones. De un lado, calificar al feto de inocente parece inadecuado a no ser que para el jurista de Oxford la inocencia sea igual a inconsciencia. ¿Puede ser inocente quien no puede ser culpable, quien no puede actuar, quien no puede comprender todavía la diferencia entre el bien y el mal? Ciertamente el feto no es ni inocente ni culpable, tampoco es bueno o malo<sup>16</sup>.

De otro lado, al menos en Finnis, la insistencia en la inocencia del feto como argumento que sostiene la ilegitimidad del aborto pone en evidencia que ante un ser humano culpable no estarían vigentes las mismas razones a la hora de respetar su vida. En definitiva, con la afirmación de la inocencia del no nacido, Finnis pretende salvar la contradicción evidente que existe entre manifestarse contra el aborto como acción contra la vida y justificar la pena de muerte<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Dice el teólogo español Jose I. Gonzalez Faus que el *nasciturus* "no puede ser llamado "inocente" porque está todavía más aca de toda posibilidad moral. La vida humana es una realidad dinámica pero la inocencia no lo es. El feto es tan inocente como puede serlo una piedra o una planta. Todo esto permite sospechar que no es una razón moral, sino una razón interesada la que está debajo de este modo de argumentar" J. I. GONZALEZ FAUS, "El Derecho de Nacer, Crítica de la razón abortista", *Cristianisme i Justicia*, nota12, p. 20.

<sup>17</sup> FINNIS sostiene que la única justificación de la pena es la retribución. Es decir, "el restablecimiento de un equilibrio de justicia que el crimen, esencialmente una voluntaria elección de anteponer la propia libertad de acción a los derechos de los otros ha necesariamente turbado". ( Vid. J. FINNIS, *Moral absolutes. Tradition, Revision and Truth*, The Catholic University of America Press, Washington, 1991 p. 80). Por lo que respecta a la pena de muerte Finnis hace especial hincapié en la intención de la acción, puesto que ningún caso es moralmente admisible la realización de un mal para obtener un bien. En consecuencia afirma: "parece que puede sostenerse que, en la medida en que la acción elegida [la pena capital] actúa inmediatamente y por sí misma el bien de la justicia retributiva, la muerte de un condenado no es elegida ni como fin en sí mismo ni como medio para un fin ulterior". (Vid. J. FINNIS, *Moral absolutes. Tradition, Revision and Truth*, op. cit., p. 80)

Si se sostiene hasta sus últimas consecuencias que óvulo fecundado, preembrión, embrión y feto son personas y, por lo tanto, darles muerte deliberadamente es equiparable a un homicidio o un asesinato, no cabe esperar para las mujeres que abortan más que una condena de cárcel idéntica a la prevista en el código penal para los delitos anteriores. ¿Por qué tendríamos que hacer diferencias? Pero Finnis no solo no se detiene ahí sino que subraya la inocencia más absoluta del feto. Abortar no es solo matar, sino matar inocentes. Su posición no es la de quienes proclaman el respeto a la vida en cualquiera de sus manifestaciones y por tanto se manifiestan contra al aborto pero también sin duda contra la pena de muerte. Aquí, muy al contrario, la posición antiabortista sostiene la personalidad del feto haciendo del mismo sujeto de derechos, intereses y pretensiones, remarcando su inocencia. No es una exaltación de la vida sino una protección de derechos legítimos. El feto es inocente y no podría ser de otra manera, demandar la pena de muerte para alguien que da muerte a un inocente no dejaría de ser más que la consecuencia de una argumentación coherente.

La feminista americana Judith Jarvis Thomson defiende la legitimidad del aborto voluntario intentando no entrar en la discusión sobre el estatuto del feto. Aunque partiéramos de la consideración de que el feto es una persona cabría para Thomson considerar moralmente admisible el aborto en algunos supuestos. El hilo de su argumentación gira en torno a un situación imaginaria, formulada ya hace muchos años pero que sigue teniendo una gran difusión en el debate sobre el aborto: “usted se despierta una mañana y se encuentra en la cama con un violinista inconsciente. Un famoso violinista inconsciente. Se le ha descubierto una enfermedad renal mortal, y la Sociedad de Amantes de la Música ha consultado todos los registros médicos y ha descubierto que sólo usted tiene el grupo sanguíneo adecuado para ayudarle. Por consiguiente le han secuestrado, y por la noche han conectado el sistema circulatorio del violinista al suyo, para que los riñones de usted puedan purificar la sangre del violinista además de la suya propia. Y el director del hospital le dice ahora a usted: ‘Mire, sentimos mucho que la Sociedad de Amantes de la Música le haya hecho esto, nosotros nunca lo hubiéramos permitido de haberlo sabido. Pero, en fin, lo han hecho, y el violinista está ahora conectado a usted. Desconectarlo significaría matarlo. De todos modos, no se preocupe, solo es para nueve meses. Para entonces se habrá recuperado de su enfermedad, y podrá ser desconectado de usted sin ningún peligro’”<sup>18</sup>:

<sup>18</sup> J. JARVIS THOMSON, “Una defensa del aborto”, trad. cast. de Montserrat Millán en AA. VV., *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, op. cit., p.11.

Siguiendo a Thomson, su rocambolesca situación imaginaria nos debería mostrar que, aunque se trate de vidas humanas, en determinadas ocasiones no se puede exigir a las mujeres que lleven adelante un embarazo, de la misma manera en que no resultaría exigible para cualquiera de nosotros que nos prestáramos durante nueve meses a continuar conectados con nuestro violinista. Dicho en otras palabras, para Thomson también el derecho a la vida tiene sus límites, en su nombre no se puede pretender determinados sacrificios de terceros. De modo, que se podría afirmar que el que un hombre tenga derecho a la vida "no garantiza que tenga derecho a que se le conceda el uso de lo que necesita para vivir, ni que tenga derecho al uso continuado de lo que usa actualmente y necesita para vivir."<sup>19</sup>

Si bien es cierto que comparto esta idea de los límites del derecho a la vida creo, sin embargo, que el artificioso ejemplo de Thomson, a su pesar, nos devuelve necesariamente a la discusión en torno a la afirmación de que tanto el feto como el embrión son personas.

Si hablamos de vidas humanas, su protección resulta un principio moral a la vez que un exigencia jurídica. Podría dudarse entonces de la legitimidad de desconectar al violinista de mi cuerpo si eso le produjese su muerte. Y ello a pesar de la ilegalidad e inmoralidad de haberlo conectado sin mi consentimiento. La vida de alguien que tiene sentimientos, capacidad de sufrir y autoconciencia es valiosa en sí misma. Para el propio violinista, tal vez para su familia o también para la humanidad, su vida es preciosa y la pretensión del músico de vivir unos años, meses o incluso unas horas es legítima ética y tal vez jurídicamente.

Si pienso ahora en la relación del feto o del embrión con su madre me parece estar ante un problema totalmente diverso. El valor del feto gira en torno a su viabilidad, a su capacidad para convertirse en un nacido, para sobrevivir fuera de la madre. No parecería razonable mantener a un feto con vida en el seno materno si tuviésemos la seguridad de que nunca iba a crecer, a desarrollarse, a transformarse en el niño que todavía no es. La vida del violinista tiene valor, no porque vaya a transformarse en persona, no porque vaya a superar su enfermedad, sino en sí misma, conectado o no a otro cuerpo que no es el suyo. El deseo de quedar embarazada y/o la responsabilidad frente a ese hecho natural a veces queda truncada de manera espontánea y la tristeza de la madre gira en torno a la pérdida del niño que podría

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 144.

haberse desarrollado en su seno y no tanto a la pérdida de un feto. La madre quiere a un niño no a un feto y su decepción, su frustración no quedaría paliada si le aseguráramos la pervivencia de un feto que nunca dejará de serlo.

Ciertamente este es el nudo de la cuestión. Si el médico anunciase a una mujer encinta que el feto no evolucionará, no nacerá, en definitiva no va a ser viable ¿tendría sentido mantenerlo en vida unas semanas más? Muy diferente sería la respuesta si pensáramos en un niño, en un adulto, en el violinista, en definitiva, en una persona. Si el médico nos dice que tiene una patología mortal de la que no sanará parece más que justificado que pretendamos que viva el mayor tiempo posible aunque éste sólo sea unos días, horas o minutos.

La afirmación de que tanto el feto como el embrión son seres humanos, a menudo, se nos presenta como una cuestión científica y sin embargo ese supuesto carácter científico no parece pacificar los términos de la discusión. Se trata de una difícil cuestión incluso para los médicos que ponen de manifiesto cómo a medida que se producen nuevos adelantos en la medicina se rebaja el límite de los meses de gestación necesarios para salvar la vida a prematuros. Sin embargo, y pese a su complejidad, parece que todos coincidimos en una idea al respecto, o tal vez sea sólo una intuición, un pensamiento no demasiado reflexivo, sobre la diferencia entre los fetos y las personas, entre los embriones y la personas. Idea que hace que tantos gobiernos que prohíben el aborto toleren ampliamente el incumplimiento de tal prohibición. La idea o la intuición de que no es igual una mujer que aborta que una mujer que mata a su hijo, que no es igual abortar espontáneamente que sufrir la muerte de un hijo.

Para defender restricciones jurídicas sobre el aborto o incluso su absoluta prohibición no es necesario afirmar la personalidad del óvulo fecundado, del embrión o del feto, parecería suficiente sostener la protección del valor de la vida en cualquiera de sus estadios o de ese principio de vida humana, que es el óvulo fecundado, único e irreplicable. Este, por otra parte y como sostiene Dworkin, podría ser un punto de encuentro entre los antiabortistas y aquellos que defienden la legalización del aborto en algunos supuestos. Tampoco para defender la legitimidad del aborto parece necesario negar que el embrión o feto constituyen una promesa de vida humana y que sobre ellos se invierten a menudo sentimientos y esperanzas. En la búsqueda de argumentos fuertes que sostengan las posiciones de unos y otros se llega a afirmar la personalidad del feto o, por el contrario, se nos ofrecen estudios

que avalan que el feto no es más que un conjunto de células sin capacidad para sentir. Argumentar de esta manera supone una reducción al absurdo. Por un lado, no se entendería por qué un aborto sobrevenido es causa de tristeza, sería lo mismo abortar en las primeras semanas de embarazo que en las últimas, tendríamos que albergar idéntica pena por la frustración de un embarazo en los primeros días que en el noveno mes, mientras que por otro lado tendríamos que considerar a las mujeres que abortan asesinas o poner por ejemplo serios límites a la libre circulación de la mujeres cuando se pensase que tienen en mente abortar en otro país.

### 3. ABORTO Y ESTADO DE NECESIDAD

En realidad, si dejamos a un lado la discusión en torno a la personalidad del feto, antiabortistas y defensores de la legalización del aborto podrían encontrar un punto de partida común en torno a su común preocupación y demanda de protección de la vida. Evitaríamos así la virulencia de la discusión, las graves imputaciones que tienden a equiparar a los defensores del aborto legal con una especie de teóricos del sadismo<sup>20</sup> y a los detractores con peligrosos fundamentalistas desalmados defensores de los óvulos fecundados por encima de la suerte de las mujeres. Ciertamente el reconocimiento del necesario respeto y protección de la vida humana, incluso antes del nacimiento, no constituye una premisa suficiente para que de ella podamos extraer una única conclusión. La discusión adquiere así una mayor complejidad y se nutre de múltiples matices.

Dice el teólogo español J.L. González Faus que “el feto todavía no es una persona humana en sentido pleno, como tampoco lo son el bebé recién nacido o incluso el niño antes del uso de razón”<sup>21</sup>, pero esta constatación no le impide presentarnos el aborto como una lacra social o como una expresión de deshumanización moral. Desde luego las posiciones de Gonzalez Faus se mantienen en la antípoda de las tesis extremadamente radicales de algunos defensores de los derechos de los animales como M. Tooley o Peter Singer. Para Tooley, por ejemplo, “un organismo tiene serio derecho a la vida sólo si posee la idea del ‘yo’ como sujeto continuo de experiencias y otros estados

---

<sup>20</sup> Sobre la construcción de la imagen de los defensores del aborto libre como sádicos, vid L. LOMBARDI VALLAURI, *Terre, Vita e pensiero*, Milan, 1989, pp. 43 y ss.

<sup>21</sup> J. I. GONZALEZ FAUS, “El Derecho de Nacer”, cit., p.6.

mentales, y cree que es en sí mismo una entidad continua.”<sup>22</sup> Un recién nacido no posee ciertamente esa autoreflexividad, no tiene derecho a la vida y por lo tanto el aborto y el infanticidio pueden considerarse acciones permisibles o, lo es que más, acciones moralmente aceptables.<sup>23</sup> En cambio, el sacrificio de determinados animales que si tienen conciencia de su propia existencia sería moralmente inaceptable o en palabras de Tooley el asesinato de personas inocentes.<sup>24</sup>

No creo que sea necesario detenerse demasiado en esta última argumentación, bastaría decir que, con independencia de que el feto no tenga autoconciencia o lo que Tooley denomina el concepto de ‘yo’ continuo, es más que dudoso que esa situación le equipare a un animal o, mirando el argumento por el otro lado, no creo, tampoco, que sea moralmente admisible la acción indiscriminada de matar animales con la única justificación de su falta de reflexividad.

Pero, como apuntaba, la afirmación de que el feto no es todavía una persona sólo excepcionalmente conduce a este tipo de planteamientos. Más habitual y a la vez más razonable parece considerar al feto si bien no como una persona, sí como un principio de vida o, como se ha sostenido, un “viviente humano” en la medida en que su vida está programada para ser humana<sup>25</sup>. Desde este punto de partida es posible construir una visión del aborto más compleja, que oriente la normas jurídicas no hacia el absurdo de equiparar el aborto a un asesinato sino a su valoración en relación a contextos y circunstancias. Este es el marco o el punto de partida presumiblemente de al-

---

<sup>22</sup> M. TOOLEY, “Aborto e infanticidio”, en AA. VV., *Debate sobre el aborto. Cinco ensayos de filosofía moral*, Debate, 1983, p.78.

<sup>23</sup> “La preocupación menor es dónde hay que trazar el límite en el caso del infanticidio. No es problema, porque no hay seria necesidad de saber en qué punto exacto adquiere un niño el derecho a la vida; en la gran mayoría de los casos en los que desea el infanticidio, la cuestión es evidente poco después del nacimiento. Como es prácticamente seguro que un niño en esa etapa de su desarrollo no posee el concepto del ‘yo’ continuo, y por tanto no tiene un serio derecho a la vida, hay excelentes razones para creer que el infanticidio es moralmente permisible en la mayoría de los casos en que se desea. El problema moral práctico se puede manejar satisfactoriamente eligiendo algún periodo de tiempo, como una semana después del nacimiento, por ejemplo, como intervalo durante el que se permitirá el infanticidio...La preocupación sería es si los animales adultos pertenecientes a especies distintas de la humana no pueden tener también serio derecho a la vida”. (*Ibid.*, pp.101 y 102).

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>25</sup> J. I. GONZALEZ FAUS, J. I, “El Derecho de Nacer...”, cit., p.6.

gunas normativas europeas que partiendo de la inmoralidad general del aborto consideran, que en situaciones límite, el derecho no debería perseguir ni condenar algunos supuestos concretos.

Dicho de otra manera, el aborto voluntario sin más sería una acción inmoral que no podría dejar de aparecer en el código penal. Un ordenamiento jurídico, sin embargo, no puede exigir a las mujeres un comportamiento heroico. En algunas situaciones límite la acción de abortar no sería condenable: allí donde las condiciones psicológicas o socioeconómicas de las mujeres sean realmente penosas o donde tener un hijo sea una carga objetivamente insoportable.

Esté fue sin duda el argumento más usado en muchos países en los años sesenta y setenta (ochenta en España) cuando se debatían leyes sobre el aborto y éstas figuraban como uno de los elementos estelares en los programas electorales de los distintos partidos. También ha sido el argumento de humanidad de grandes sectores de católicos progresistas que, separándose de la postura oficial de la Iglesia, veían en muchas mujeres la representación de un sujeto débil al que la sociedad colocaba en situaciones de gran dificultad, de grave marginación. Un sujeto, cuya precaria situación, no merece un tratamiento penal<sup>26</sup>.

Una argumentación de este tipo puede traducirse en términos jurídicos en una normativa que valora caso por caso. Ciertamente lo típico de las situaciones-límite es que no pueden universalizarse. Ante ellas, como se ha sostenido, "abogamos simplemente por el respeto ..."<sup>27</sup>. El estado de necesidad se articula jurídicamente como una eximente de la responsabilidad que sólo se aprecia tras un juicio contradictorio. De este modo, si hay que valorar caso por caso y lo debe hacer un juez, tendríamos que someter a las mujeres (que presuntamente han abortado en una situación-límite) a un juicio y, si se apreciará estado de necesidad, el fallo de la sentencia sería la absolución. Este tipo de tratamiento jurídico me parece ciertamente cruel, humillante más aún en relación a mujeres que se encuentran en una difícil situación. Con independencia de lo denigrante que puede resultar para una

<sup>26</sup> En parte la legislación española actual y la de otros países europeos responde a estas consideraciones. Se afirma la ilegalidad general del aborto con su penalización y se exceptúan tres supuestos concretos en los que sería legal la interrupción del embarazo. Es legal abortar para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada, cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación, cuando se presume que el feto habrá de nacer con grave taras físicas o psíquicas. (art. 417 bis CP).

<sup>27</sup> J. I. GONZALEZ FAUS, "El Derecho de Nacer...", cit., p.12.

mujer explicar su situación de necesidad ante un “tribunal”, si tenemos en cuenta la lentitud de la justicia y lo que significa de burocratización de una situación angustiosa, se trataría de una especie de tortura infligida justamente a aquellas mujeres cuya decisión dramática deberíamos “simplemente respetar”. Por ello, muchas normativas partiendo de la voluntad de no condenar el aborto cuando nos encontramos ante una situación especialmente gravosa para la mujer, articulan el estado de necesidad a través de una normativa que recoge aquellas situaciones en las que se considera lícito el aborto y por lo tanto tienen el amparo de la legalidad. La legislación española actual parece basada en esa idea<sup>28</sup>. Así, en el marco de una prohibición general del aborto, cuando un embarazo ha sido producido por una violación, cuando la salud física o psíquica de la mujer peligra si continua con la gestación o cuando el feto presenta graves malformaciones se permite el aborto en consideración a la difícil situación que las mujeres afrontan.

Se establecen así unos supuestos en los que se presume que la mujer embarazada tendrá graves dificultades en proseguir con la gestación. Se presume, por ejemplo, que a una mujer violada no se le puede reclamar obligaciones morales o jurídicas, no se la puede perseguir penalmente, se trata, se nos dice, de reconocer una situación que nadie falto de compasión podría condenar. De manera que el Estado de necesidad como eximente de la responsabilidad que se sustancia tras un proceso penal o como inspiración de leyes despenalizadoras de algunos supuestos de aborto, es el resultado de una valoración cuyo presupuesto es que existen unas condiciones suficientes para traer un hijo al mundo (cuando concurren no sería legítimo el aborto y no debería ser legal) y unas condiciones objetivas en que resulta evidente que la gestación y la maternidad resultarían una carga insuperable y aquí se deja a la mujer decidir. Creo que en cualquier caso el argumento del estado de necesidad parte de una mala comprensión de lo que significa la gestación y la maternidad.

---

<sup>28</sup> La jurisprudencia del TC en materia de aborto también se apoya en la justificación del estado de necesidad en el que pueden encontrarse las mujeres para admitir la constitucionalidad de algunos supuestos de aborto voluntario. Dice el TC: “el legislador... puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insuperable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos” (Sentencia 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 9º)

El embarazo puede ser querido, fruto de una decisión programada con antelación o por el contrario de una situación sobrevenida con la que no se había contado y que, sin embargo, se acepta o incluso se sobrelleva con resignación. Algunas mujeres están embarazadas y desean que la gestación siga adelante, otras se pliegan a una situación no deseada pero para la que no cabe a sus ojos realizar ninguna oposición. Tanto en un caso como en el otro el deseo, la aceptación o la resignación ante el embarazo responde a una decisión en gran parte subjetiva que difícilmente se puede juzgar desde fuera, y que no tiene que ver necesariamente con condiciones de estabilidad socioeconómica o con la razón por la que se ha producido el embarazo. Lo que para cualquiera de nosotros pueden ser condiciones adversas para tener un niño, para una mujer concreta puede ser el momento ideal, una posibilidad a aprovechar o una obligación moral de la que no se quiere sustraer. Son muchas las mujeres solas o de edad avanzada que deciden hacer frente a la maternidad y es una situación habitual en todos los tiempos la maternidad con escasos recursos económicos. La valoración del estado de necesidad exige, como apuntaba, condiciones de posibilidad e imposibilidad de la gestación objetivas y me temo que estas necesariamente terminan reducidas a condiciones económicas. Si una mujer está sola pero tiene dinero ¿por qué no podría sobrellevar una gestación? ¿por qué no podría hacerlo si es mayor pero tiene dinero? y ¿por qué debería abortar si está desequilibrada pero su familia tiene dinero? ¿y si el feto presenta graves malformaciones pero la gestante goza de una desahogada situación económica?

En este sentido, creo, pueden entenderse las palabras de González Faus cuando afirma que “no se puede hablar de aborto en general, sino que es preciso hablar del aborto de los ricos y aborto de los pobres. Pues el aborto de los ricos es siempre inhumano, pero el aborto de los pobres puede que no sea más que infrahumano”<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, p.11. En un sentido similar, el TC considera que la falta de prestaciones asistenciales para el cuidado de personas con enfermedades o discapacidades psíquicas o físicas hace que el aborto justificado por las graves taras físicas o psíquicas del el feto no deba ser penado. Sostiene el TC: “En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización”. (Sent. 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 11º). Deberíamos imaginar que en un Estado que proporcionase la ayuda necesaria a las mujeres con niños discapacitados la reivindicación del aborto carecería de sentido.

No creo que el deseo de ser madre, o la simple voluntad de dejarse llevar por una situación no deseada, no buscada, se pueda valorar económicamente. Entre otras cosas por que es un deseo o una decisión en cierta medida irracional, si tuviéramos que valorar los riesgos que correrá nuestra salud, los sufrimientos y sacrificios que nos puede exigir la maternidad, el dinero que tendremos que gastar, la cantidad de niños que hay en el mundo sin padres o incluso la superpoblación mundial, tal vez sería más razonable desistir en nuestra pretensión. Y sin embargo sobre ese deseo, sobre ese dejarse llevar, se perpetua la humanidad y se explica nuestra presencia en el mundo. Atribuimos ignorancia a cualquier mujer pobre (mayor, sola, con varios hijos pequeños...) que de nuevo queda embarazada y consideramos fría, calculadora, incluso delincuente, la mujer que sin problemas económicos desee abortar. Reducimos así la maternidad a cálculo económico en una sociedad como la nuestra en la que se pretende que todo tenga un precio, también los más íntimos deseos, los sentimientos, la fuerza interior que permite a las mujeres ver como se transforma su cuerpo, como cambian para el mundo, como se convierten en madres. Considero entonces que no es posible valorar la capacidad para afrontar un embarazo o la maternidad desde fuera, como quien juzga las condiciones ideales para realizar una actividad deportiva, o para afrontar un gran gasto. Resulta muy difícil juzgar sentimientos o deseos, tampoco parece que el derecho los pueda imponer. Si consideramos que hay situaciones en las que no se puede condenar a una mujer por abortar, antes que intentar tipificarlas deberíamos permitir a las mujeres expresar su decisión en la medida en que son ellas las que se encuentran en la mejor posición para valorar su presente y su futuro como madres. La violación, por ejemplo, nos recuerda Dworkin, "supone un desprecio repugnante y absoluto, pues reduce a una mujer a mero objeto físico, a ser una criatura cuya importancia se agota en su uso genital, alguien cuyo amor propio y sentido de sí mismo -aspectos de la personalidad que están particularmente en juego en el sexo- no tienen significación alguna excepto como vehículos de degradación sádica"<sup>30</sup>. Obligar a una mujer a tener un niño concebido tras una violación<sup>31</sup> sería "especial-

---

<sup>30</sup> Vid. R. DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, versión española de R. Caracciolo y V. Ferreres, Ariel, Barcelona, 1994, p.129.

<sup>31</sup> No en vano durante el conflicto que tuvo lugar en la ex Yugoslavia una tortura a las mujeres musulmanas fue su confinamiento en "campos de violación" donde se las violaba repetidas veces y se las obligaba a tener hijos contra su voluntad. En el ámbito del derecho penal internacional se distingue como dos tipos diferente la violación del embarazo forzado y por otra parte se equipara este último a la esterilización forzosa (art. 7 Estatuto de Roma del Tribunal penal internacional) Si el embarazo forzoso es un tipo penal una específica clase de tortura ¿cuál es la diferencia entre que venga impuesto por un particular o el Estado?

mente destructivo de su realización personal, porque frustra sus decisiones creativas no sólo en el sexo, sino también en la reproducción”<sup>32</sup> En este sentido, socialmente parece justificable que una mujer violada quiera abortar, incluso es probable que una mujer en esa situación reciba presiones de su entorno, de su pareja o de su familia, para que “solucione” cuanto antes su situación. Pero incluso en un caso tan terrible como el de una violación lo que para la sociedad sería comprensible y aceptable para una mujer concreta podría ser inaceptable. Una mujer cuyo embarazo es el fruto de una violación podría asumir la maternidad sin la terrible angustia que otra mujer embarazada tras una relación sexual querida podría sentir.

#### 4. SACRALIDAD DE LA VIDA Y LIBERTAD DE LAS MUJERES

La especial relación que se establece entre el feto y la madre es una relación única, un proceso que implica todo el equilibrio psíquico-físico de la mujer. El embarazo supone una manera diferente de estar en el mundo y a la vez una manera diferente de ser percibida por los demás. La naturaleza ha dado a las mujeres la capacidad de procrear y una larga tradición de sexismo, transversal a todas las culturas, las ha consagrado como principales encargadas del cuidado de los niños. Las mujeres, a menudo solas, hacen posible que los niños lleguen a la edad adulta tanto en los países pobres como en los países del primer mundo. Que el costoso proceso del crecimiento de los niños descansa sobre los hombros de las mujeres es un dato de sobra conocido y, sin embargo, pocos son los países que pueden ofrecer un sistema de sostén adecuado para este tradicional trabajo femenino. Frecuentemente el nacimiento y cuidado de los hijos es un tarea que desarrollan las mujeres contra la adversidad tanto en el primer como en el tercer mundo.

La prohibición del aborto conlleva así la imposición de una obligación; la de ser madre o al menos la de ser gestante. Ciertamente, algunos opinan que se trata de una obligación menor y, en todo caso, pasajera si el nacido es dado en adopción. Se trata de valoraciones sobre la procreación que niegan la realidad compleja del embarazo y del parto, que consideran a la mujeres como máquinas incubadoras o, como apuntaba antes, meros contenedores. Ignoran o no tienen en cuenta que el embarazo y parto son situaciones que difícilmente se afrontan sin una inversión de sentimientos y que, en algunos

---

<sup>32</sup> DWORKIN, R., *Ibidem*.

casos, puede ser más traumático dar a un hijo en adopción que la realización de un aborto.

Una regulación jurídica del aborto debe dar cuenta de la especial situación de las mujeres en relación a su capacidad generativa, y combinar el legítimo interés de protección de la vida en cada una de sus manifestaciones con el respeto a la autonomía de la mujeres y la tutela de la salud de las mismas.

Y aquí es donde la clásica reivindicación de las feministas resumida en el eslogan “mi cuerpo es mío” puede ser entendida. Primero como la negación del sometimiento del cuerpo femenino a decisiones heterónomas o que se justifican en intereses ajenos a la propia mujer. El cuerpo de las mujeres no pertenece a la sociedad. No es la sociedad quien a través de comités éticos, jurídicos o médicos puede imponer a una mujer la gestación y la maternidad. Sería como nos recuerda Ferrajoli “la lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento –aunque sea de procreación– para fines no propios, sino sólo como fin en sí misma”.<sup>33</sup> Pero en segundo lugar, la reivindicación del propio cuerpo frente a injerencias externas constituye un llamamiento a la responsabilidad. El cuerpo no nos pertenece como una propiedad que se pueda alienar sino que ciertamente tiene sus hipotecas sociales. La capacidad de generar implica una gran responsabilidad, en principio, frente al embrión o feto y frente a una misma, pero también frente al varón, a la familia, a la sociedad o incluso frente a la especie humana.<sup>34</sup>

Pero considerar que es el Estado quien debe regular la capacidad de generar de las mujeres a través de un tratamiento punitivo o de un sistema de permisos, no es más, como sostiene Tamar Picht, que la expresión del pertinaz desconocimiento del estatuto de sujetos plenamente morales de las mujeres a las que no se les puede confiar la tutela de la “vida”<sup>35</sup>. Es necesario o bien prohibir a las mujeres abortar, o bien obligarlas a justificar su decisión para obtener un permiso si cabe. Se trata a las mujeres como menores de edad, como personas necesitadas de tutela o, lo que es peor, como sujetos con temibles intenciones de las que se deben proteger a los niños e incluso a ellas mismas.

---

<sup>33</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Introducción de P. Andrés Ibáñez, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1990, p. 85.

<sup>34</sup> PICHT, T. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, trad. cast. de C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003, p. 97.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 99.

Como es sabido, en el marco de los Estados modernos, el reconocimiento de la autonomía de la persona implica la afirmación del valor intrínseco de la libre elección individual de planes de vida o de la adopción de ideales de excelencia humana. "El Estado (y los demás individuos) no deben interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución"<sup>36</sup>. Negar a las mujeres la autodeterminación en materia de procreación significa negarles el carácter de sujetos autónomos, puesto que pocas cosas como la gestación y la maternidad determinan tanto el proyecto o plan de vida de una mujer. De modo que el reconocimiento histórico de las distintas generaciones de derechos se detendría para las mujeres en los derechos de la primera generación, aquellos llamados de libertad o de autonomía, cada vez que no se tiene en cuenta su voluntad en relación a la maternidad<sup>37</sup>.

¿Pero cómo afirmar la autonomía de la mujeres, tutelar su derecho a la salud y no desatender la protección de la vida como algo valioso en si mismo? o dicho de otro modo ¿qué tratamiento jurídico obtendríamos de esa triple preocupación?

En realidad, la reivindicación de autonomía, de libertad o del derecho a la privacidad como marco jurídico que ofrezca amparo a la autodeterminación de las mujeres en materia procreativa, plantea muchos problemas en el seno del pensamiento feminista.

Concretamente en EEUU, donde la legalidad del aborto se fundamenta en el derecho a la *privacy*, algunas notables feministas como Catharine MacKinnon renuevan su denuncia al Derecho como instrumento de opresión de las mujeres. El aborto amparado por la *privacy* queda abandonado, a los ojos de la jurista norteamericana, a la clásica distinción entre público y privado. Mientras lo público es el terreno por excelencia del derecho y el ámbito del varón, las mujeres ocupan el espacio privado donde reina la desigualdad y don-

---

<sup>36</sup> NINO, C.S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 204-205.

<sup>37</sup> Como se ha sostenido desde el pensamiento feminista "la autodeterminación femenina por lo que respecta a la procreación tendría, entonces, dos significados. Determinaría la plena individuación femenina, el acceso de las mujeres al estatuto de pleno individuo, a través del reconocimiento a las mujeres de un dominio sobre su propia potencia generativa y sería a la vez un principio de ética pública. Se reconoce a las mujeres la competencia moral para decidir en esté ámbito". T. PICHT, *op cit.*, pp. 100-101.

de es posible la violencia sin la protección del derecho. Incluir el aborto en el terreno de la *privacy* significa, por otra parte, interpretarlo como un hecho privado que el Estado respeta pero no configura como una prestación debida. La decisión del aborto compete así solo a la mujer en una situación de desigualdad real y, por tanto, sin que se pueda exigir cobertura de la sanidad pública. Dicho en otras palabras, todo aquello que la *privacy* garantiza, la libertad en la propia intimidad, la integridad física, la libertad moral en las elecciones, no constituye la condición jurídica y social de las mujeres, al contrario la intimidad nos da la medida de su opresión. Puesto que es en la esfera privada donde las mujeres están especialmente subordinadas a los hombres a través de estructuras políticas, algunas feministas afirman que lo privado es público y lo personal es político. La no intervención del Estado en ese falsamente supuesto ámbito de libertad de las mujeres que es la esfera privada se concretaría en la penalización de las mismas o en su desamparo<sup>38</sup>.

En este sentido, una parte del pensamiento feminista demanda una defensa del aborto no en términos de libertad sino de igualdad entre los sexos<sup>39</sup>. Los hombres no pueden quedarse embarazados en contra de su voluntad, ni pueden ser obligados a una gestación indeseada. Nos encontramos, entonces, ante el rechazo a construir el aborto tomando como referencia un sujeto asexuado y abstracto como si para abortar no fuera necesario ser mujer. Por otra parte de nuevo se nos recuerda (en modo similar a como se usa el argumento del estado de necesidad) que las mujeres no parten de una situación igual a la de los varones y que no se puede olvidar las dificultades sociales que encuentran a la hora de afrontar una maternidad, a la hora de acogerse a categorías jurídicas pensadas para el varón bajo el disfraz del sujeto abstracto.

---

<sup>38</sup> Catharine Mackinnon analiza la famosa sentencia *Roe vs. Wade* (1973) donde la Corte Suprema americana establece que los Estados no pueden dictar normativas que prohíban el aborto en cuanto que constituirían una violación del derecho a la *privacy*. (Cfr. C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, , 1987, p. 93 y ss). Cabe recordar que *Roe vs. Wade*, como señala Ronald Dworkin, es, sin duda, el caso más famoso que ha tratado la Corte Suprema de Estados Unidos y que en las cuestiones constitucionales que suscita se encuentra el nudo gordiano del sistema constitucional americano. Para un análisis pormenorizado de la sentencia véase también R. DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, cit., cap. VI -V, pp. 136 y ss. Vid. También M. R. MARELLA, "Appunti sull'influenza di Marx nel femminismo giuridico", *SWIF*, 2001.

<sup>39</sup> Aunque apoyarse en la igualdad antes que en la libertad no deja de ser un recurso a un principio que en su génesis también estuvo vinculado al varón, blanco y propietario.

El recurso a la *privacy* o a la autonomía de la voluntad como fundamento del derecho al aborto también conduce, se nos dice, al terreno poco propicio del “lenguaje de los derechos”. Si la acción de abortar se incluye en el derecho a la autodeterminación puede resultar ponderada o limitada legítimamente por otros derechos (el del *narciturus* o el del padre) o por el interés del Estado en la protección de la vida.

Ciertamente estamos ante discusiones que tienen como trasfondo el debate feminista contemporáneo, la añosa cuestión de la liberación de la mujer a través de la afirmación de su diferencia o de la proclamación de su igualdad. Y obviamente también ante la discusión en torno a la posibilidad de utilizar el derecho, tradicionalmente instrumento de pervivencia del patriarcado, ahora a favor de las mujeres. No puedo, ni pretendo en este artículo abordar profundamente estos problemas. Me mantengo no obstante en la idea de que el derecho es uno de los más contundentes instrumentos de cambio social y de que muchas de las discriminaciones que padecen las mujeres tienen que ver con su exclusión persistente y constante de la consideración de sujetos autónomos, mayores de edad o titulares de una plena ciudadanía.

Cuando se insiste en que de hecho la autonomía de la mujeres está seriamente menguada especialmente en el ámbito privado se olvida que la debida transformación de las circunstancias sociales, como ya indiqué en el epígrafe anterior, no terminaría por sí misma con la cuestión del aborto. En un mundo igual entre varones y mujeres donde la carga del cuidado de los niños no recayera sólo sobre estas últimas, se mantendrían las valoraciones personales de cada mujer, y hasta cierto punto subjetivas, sobre sus proyectos de vida, su capacidad para generar y tener hijos, su deseo o aceptación de la maternidad. Se mantendría, sobre todo, el hecho de que no existe desarrollo vital ni ser humano, sin la madre y tampoco fuera de la relación con la misma. De modo que el elemento de la libertad a la hora de configurar el aborto como una prestación que el Estado debe garantizar a las mujeres resulta del todo inevitable. Una libertad (o un derecho a la *privacy* al servicio de la libertad) que tiene una importante dimensión jurídica y que encuentra en el derecho el mecanismo más eficaz de protección.

En palabras de Dworkin “A veces la privacidad es territorial: las personas tienen derecho a la privacidad en el sentido territorial cuando les es lícito hacer lo que quieran en un espacio determinado –dentro de su propia casa, por ejemplo. A veces la privacidad alude a la confidencialidad: decimos que las personas pueden mantener sus convicciones políticas en privado, lo

que significa que no tienen por qué revelar qué han votado. En ocasiones, sin embargo, la privacidad connota algo distinto de cualquiera de estos dos sentidos: significa soberanía en la toma de decisiones personales<sup>40</sup>. En este último sentido incluir el aborto en la *privacy* o en el ámbito de libertad de las mujeres significa afirmar la soberanía de éstas sobre su propio cuerpo, por ejemplo, afirmar el derecho de la mujer a no ser violada o forzada sexualmente. Inviolabilidad del cuerpo y ámbito de decisión personal o dicho en otras palabras reconocimiento de la mujer como sujeto moral y jurídico.

Efectivamente, la autonomía de las mujeres se afirma así haciendo uso del “lenguaje de los derechos” y entra en el ámbito de lo ponderable pero de ahí no puede más que salir reforzada puesto que afirmar la autonomía conlleva la inmunidad del propio cuerpo frente a constricciones, la autodeterminación reproductiva y el reconocimiento, como apenas he apuntado, de la capacidad para tomar decisiones sobre la propia vida.

Una activa protección de la vida no tiene por qué menguar la defensa de la libertad de las mujeres. Creo que en un Estado social, como se presentan todavía (véanse los textos constitucionales) tantas democracias contemporáneas, el derecho no tiene un fin meramente represivo ni siquiera *prima facie*. Una preocupación sincera por la vida, en cualquiera de sus manifestaciones, o por la infancia, antes que concretarse en limitaciones de los derechos de las mujeres, debería, para ser eficaz, traducirse en medidas educativas, de promoción y asistencia social. Un Estado o una sociedad preocupada por proteger la vida puede pretender legítimamente reducir el número de abortos y la vez permitir que las mujeres decidan sobre su presente y su futuro. En ese sentido, el derecho comparado nos indica cuáles son los sistemas donde se ha conseguido esta pretensión sin menguar los derechos de las mujeres. Sistemas, por ejemplo, como el holandés donde se combina una educación sexual temprana, que antes que banalizar las relaciones sexuales intenta desarrollar una actitud responsable frente a las mismas, con un adecuado sostén socioeconómico de las madres, con una protección de los derechos de la infancia y en definitiva, con una ley que establece un plazo dentro del cual es lícito abortar respetando la decisión de la mujer y reconduciendo los abortos a un periodo de tiempo donde el feto claramente no es viable fuera del útero materno.

Abortar no puede ser nacer y por lo tanto tampoco parece admisible una desregulación de la interrupción del embarazo en que no se diferencie

---

<sup>40</sup> R. DWORKIN, *El dominio de la vida*, cit., p.73.

entre las edades del feto en relación a su viabilidad. Reconducir los posibles abortos a un periodo inicial del embarazo es una exigencia derivada de la tutela de la vida y también de la tutela de la salud de las mujeres. Así, una normativa no penal debe permitir el aborto, sin necesidad de causa justificativa, en un periodo anterior a cualquier mínima posibilidad de viabilidad y debe exigir una seria justificación si estamos ante un feto viable. Si podemos extraer del reconocimiento de las mujeres como sujetos autónomos su derecho al aborto no podemos, sin embargo, afirmar en ningún caso que las mujeres tengan derecho a matar al nacido.

Ciertamente el límite de la viabilidad o de la capacidad de vida autónoma es siempre una cuestión discutible y sobre todo variable a medida que se producen avances médicos y se aplican a los mismos las nuevas tecnologías. En un ámbito de relativa y variable indeterminación la ley debe evitar los abortos tardíos. Pero estoy de acuerdo con Tamar Picht cuando afirma que este problema será muy extraño allí donde pongamos a las mujeres en situación de decidir a tiempo<sup>41</sup>.

Una ley que extraiga la regulación del aborto del código penal y que establezca un plazo en el que se garantice a la mujeres el aborto sin necesidad de hacer manifiesta una justificación material no se podría defender si partiéramos de la consideración del feto como persona, tampoco si creyéramos que las mujeres son incapaces de decidir su futuro, no sería legítima si afirmásemos que el deseo o la aceptación de la maternidad está vinculado a condiciones económicas o elementos objetivables. En definitiva, no cabe defender una ley así cuando preferimos vivir en un mundo donde se hacen leyes para no ser obedecidas y la determinación de las mujeres de gobernar su propia vida transcurre en ámbitos de ilegalidad.

CRISTINA GARCÍA PASCUAL  
*Departamento de Filosofía del Derecho*  
*Facultad de Derecho*  
*Universitat de València*  
*Campus dels Tarongers s/n*  
*46071-València ESPAÑA*  
*e-mail: garciac@uv.es*

---

<sup>41</sup> “¿O es que alguna mujer puesta en condiciones de decidir a tiempo afrontaría un aborto tardío, o sea, un auténtico parto?”, (T. PICHT, *op. cit.* p. 103, nota 23).



**ECONOMÍA DE MERCADO Y DERECHOS HUMANOS**  
**UN ESTUDIO SOBRE LA INTERDEPENDENCIA DE LAS NORMAS**  
*MARKET ECONOMY AND HUMAN RIGHTS*  
*A STUDY ABOUT NORMS INTERDEPEDENCE*

PABLO ZAPATERO<sup>1</sup>  
*Universidad Carlos III de Madrid*

Fecha de recepción 26-09-06  
Fecha de aceptación: 30-10-06

**Resumen:** *El presente artículo se adentra en la interacción de normas tomando como caso de estudio dos grandes valores sociales de nuestro tiempo: la economía de mercado y los derechos humanos. Para ello, analiza la relación entre los tratados económicos y los tratados de derechos humanos y mantiene la tesis de que sus normas pueden generar efectos negativos y positivos entre sí al margen de criterio o procedimiento jurídico alguno. En definitiva, esta investigación asume que unas parcelas sustantivas del derecho pueden llegar a incidir sobre el grado de eficacia de otras, sin producir necesariamente una antinomia. Administrar de forma racional este fenómeno, por tanto, requiere intensificar la coordinación entre las instituciones que producen y aplican estas normas.*

**Abstract:** *This article approaches the issue of normative interaction taking two key social values of our time as a case of study: the market economy and human rights. The text approaches the relationship between economic treaties and human rights treaties. It argues that these rules can produce negative and positive effects on each other while not being governed by any legal criteria or procedure. In essence, this research assumes that some sectors of the law could have an impact on the degree of efficacy of others, without necessarily producing an antinomy. The rational management of this phenomenon, therefore, requires to intensify coordination among those institutions producing and applying these rules.*

---

<sup>1</sup> Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación BJU2002-03794 concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología de España.

**PALABRAS CLAVE:** derechos humanos, economía de mercado, tratados, interacción normativa

**KEY WORDS:** human rights, market economy, treaties, normative interaction.

## 1. INTERACCIÓN DE NORMAS

La literatura jurídica suele aproximarse al derecho como un sistema coherente y armónico en el que una lógica interna propia, por lo general formalizada en una norma cualificada, despeja las contradicciones a través de reglas de conflicto basadas en los criterios de jerarquía, especialidad y tiempo. Sin embargo, la realidad del derecho como herramienta de ordenación social es algo más compleja. Con frecuencia, las normas jurídicas interactúan e inciden entre sí ajenas a cauce o procedimiento legal alguno. Este fenómeno jurídico general está ausente en las grandes visiones sistémicas del derecho y requiere, por tanto, una mayor atención. El presente trabajo emplea el término “interacción normativa” o “interacción de normas” para definir este fenómeno<sup>2</sup>.

La interdependencia es un fenómeno del que no escapa el derecho. Cabe identificar fenómenos de interdependencia entre (1) las normas de un sistema jurídico dado, (2) los sistemas jurídicos estatales, (3) los regímenes internacionales así como (4) las normas de estos dos últimos. Así por ejemplo, el derecho urbanístico incide sobre la realización del derecho a la vivienda. De la misma forma, el régimen del mercado de valores estadounidense incide sobre la aplicación del derecho bursátil en España. Al tiempo, las normas sobre protección internacional de patentes inciden sobre la eficacia del derecho a la salud enunciado en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Asimismo, los programas derivados del acuerdo del Fondo Monetario Internacional pueden incidir sobre el cumplimiento estatal del derecho constitucional a la educación o las pensiones.

---

<sup>2</sup> Para los primeros estudios jurídicos que se acercan a este tipo de cuestiones en la esfera del comercio, véase J. L. DUNOFF, “Trade and: Recent Developments in Trade Policy and Scholarship-And Their Surprising Political Implications”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, núm. 17, 1996-97, pp. 763-764; J. P. TRACHTMAN, “Trade and...problems, Cost-Benefit analysis and Subsidiarity”, *European Journal of International Law*, núm. 9, 1998, pp. 32-85 y, en especial, el número monográfico del *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 19, núm. 2, 1998.

El presente artículo aplica esta óptica de análisis a las relaciones entre las normas de los regímenes internacionales (supuesto 3), con el objeto de abordar los efectos del derecho de la globalización económica sobre otros sectores del derecho internacional y su actual inconmensurabilidad. Con dicho fin, se toma como caso de estudio la interacción entre tratados de derechos humanos y tratados económicos. En este sentido, es indudable que el encuentro entre el derecho internacional económico y el derecho internacional de los derechos humanos produce una serie de complejos desafíos tanto para nuestras sociedades como para el derecho como herramienta de ordenación de aquellas. Este es un asunto central del proceso social denominado, de modo convencional, “globalización”; un proceso que se caracteriza por multiplicar de forma exponencial la complejidad y la interdependencia, que afecta al derecho como sistema y que, paradójicamente, es impulsado por medio de normas jurídicas (legalización internacional de ideas económicas).

Herramientas legales tradicionales como la *atribución de relevancia* (incorporación por referencia), los criterios de solución de *antinomias* (cláusulas de conflicto y normas generales de conflicto de tratados) y la *interpretación* de tratados (artículo 31.3.c de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados) no administran este fenómeno. Hoy en día, este conjunto de herramientas jurídicas (referencias, criterios de conflicto, criterios de interpretación) y los procedimientos que las aplican (mecanismos de solución de diferencias domésticos e internacionales) coexisten con un fenómeno de interacción de tratados carente de herramientas o procedimientos que lo administren. En esencia, estas interacciones no están reguladas o canalizadas por normas y procedimientos generales. En consecuencia, sus efectos son ingobernables en la actualidad.

El derecho moderno carece de procedimientos para medir, controlar y administrar los efectos que produce este fenómeno. Valga como un simple ejemplo la incidencia (positiva o negativa) que la reducción arancelaria sobre productos textiles de un tratado bilateral de libre comercio puede tener sobre la eficacia de las normas de un convenio de la OIT en el territorio de un Estado. Las normas de un tratado pueden producir, *de facto*, tanto efectos negativos como positivos sobre la eficacia de las normas de otro. Estos efectos escapan al ‘sonar’ de la ciencia jurídica y son ajenos a procedimiento o institución alguna, tanto en los sistemas jurídicos internos como en el denominado “sistema de derecho internacional”. Operan, por tanto, al margen de cauces, procesos y reglas. En definitiva, están al margen del derecho co-

mo sistema de ordenación social. El sistema jurídico los ignora; no forman parte del 'sistema'.

Muestras de este fenómeno son, entre otras, la interacción entre el derecho a la salud y la protección internacional de las patentes farmacéuticas, entre el derecho del comercio internacional y el derecho internacional medioambiental o entre la condicionalidad financiera de las instituciones de Bretton Woods y los derechos económicos, sociales y culturales<sup>3</sup>. En este sentido, el incremento de la legislación internacional especializada potencia de forma exponencial fenómenos en los que normas contenidas en diferentes tratados (o derivadas de los órganos que éstos establecen) interactúan entre sí y producen resultados imprevistos. Hoy en día, la fragmentación y especialización de las *políticas jurídicas exteriores* de los Estados del mundo (desarrollo, derechos humanos, telecomunicaciones, comercio, cultura, propiedad intelectual, salud...) está desarrollando una red horizontal de tratados dispersos y desconectados entre sí. Por ello, el diseño de modelos de relación entre los diversos regímenes internacionales es uno de los retos actuales del derecho internacional. En la actualidad, estos regímenes especializados creados por medio de tratados (comercio, derechos humanos, equilibrio de balanza de pagos, derecho del mar...) son el vehículo privilegiado de la gobernanza global basada en normas. Sin embargo, sus sistemas de normas se desplazan e interactúan entre sí como placas tectónicas, a la deriva, provocando en ocasiones solapamientos y fricciones<sup>4</sup>.

Los tratados tutelan un conjunto plural de valores sociales que, gestionados de forma inadecuada, pueden entrar en competencia, creando diver-

---

<sup>3</sup> Véanse, como ejemplos, los tres primeros informes del Alto Comisionado sobre globalización y derechos humanos: (1º) "Economic, Social and Cultural Rights: The Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights on human rights", E/CN.4/Sub.2/2001/13 (27 de junio de 2001), (2º) "Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its impact on the Full Enjoyment of Human Rights", E/CN.4/2002/54 (15 de enero de 2002) y (3º) "Economic, Social and Cultural Rights: Liberalization of Trade in Services and Human Rights", E/CN.4/Sub.2/2002/9 (25 de junio de 2002). El tipo de trabajos elaborados por el experto independiente sobre políticas de ajuste estructural y deuda externa de la extinta Comisión de Derechos Humanos tiene, asimismo, una orientación similar. Véase p.e Doc ONU E/CN.4/2004/47, *Consecuencias de las políticas de ajuste estructural y de la deuda externa para el pleno ejercicio de los derechos humanos, especialmente económicos, sociales y culturales* (16 de febrero de 2004).

<sup>4</sup> Véase P. ZAPATERO, "Sistemas jurídicos especiales", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2006.

gencias, tensiones y fricciones en el derecho internacional. Así pues, nos adentramos en un escenario nuevo cuyas ideas definitorias son la “conexión”, la “interacción”, el “impacto”, la “incidencia” o la “externalidad”. Bajo este escenario, la aplicación de un tratado X (incluidas sus normas y actos derivados) puede *incidir* en la eficacia de otro tratado Y. Esto nos sitúa en un ámbito distinto a la práctica y teoría de los conflictos de tratados. Dichas interacciones normativas se producen al margen de las soluciones y procedimientos que el derecho internacional provee para los conflictos de tratados. Estos fenómenos trascienden las fronteras de la clásica antinomia entre dos enunciados sobre una *misma materia*<sup>5</sup>. En este sentido, son diferentes a la mera contradicción lógica entre enunciados (p.e: “Prohibido A” y “Obligatorio A”) y se encuentran, por tanto, infra-teorizados. Por ello, cabe definirlos, de forma más adecuada, como *conflictos complejos*.

La interacción entre los tratados de liberalización de la economía internacional y la eficacia de derechos atribuidos a los particulares en los tratados de derechos humanos es un ejemplo patente de este fenómeno. Determinados tratados económicos (y sus actos derivados) pueden llegar a incidir, en este sentido, en el cumplimiento de los tratados de derechos humanos. En este sentido, los efectos negativos que produce esta interacción superan nuestra racionalidad legal tradicional. Estas fricciones no subsumibles en un supuesto de contradicción lógica entre enunciados ofrecen, desde una perspectiva teórica y práctica, importantes desafíos para el derecho.

## 2. IMPACTOS NEGATIVOS... Y POSITIVOS

El fenómeno va más allá de los conflictos complejos que pueden generarse entre las normas y/o actos de diferentes tratados. Se ha hecho referencia a los posibles efectos adversos que las normas de un tratado pueden producir sobre la eficacia de las normas de otro. El escenario descrito es incompleto, sin embargo, si no se evidencia que la aplicación de las disposiciones de un tratado puede tener asimismo un efecto positivo sobre la eficacia de las normas de otro. La eficacia de determinadas parcelas del derecho coadyuva, en ocasiones, a la eficacia de otras. En este sentido, existen conexiones entre la eficacia de determinados sectores sustantivos del derecho. La eficacia del derecho tiene, en cierto modo, sus propias y particulares “economías de escala”.

---

<sup>5</sup> Véase artículo 30 de la CVDT.

Las normas jurídicas pueden producir pues tanto efectos negativos como positivos entre sí. El 'caso caliente' de los tratados económicos y los tratados de derechos humanos permite formular diversos ejemplos meramente tentativos<sup>6</sup>. Con un objeto meramente exploratorio, se expone a continuación un conjunto asistemático de efectos o impactos que bien pudieran resultar de dicha interacción. La finalidad básica de la exposición es, por tanto, ilustrar el fenómeno de la interacción de normas seleccionando algunos posibles ejemplos prácticos. Estos ejemplos han sido desglosados en dos grandes categorías: *impactos negativos* e *impactos positivos*<sup>7</sup>. El resultado es el siguiente:

(Caso A)

*Tratados de Libre Comercio/Tratados de Inversiones Tratados de derechos humanos:*

*Impactos negativos:* La eficacia de los tratados de derechos humanos puede verse afectada por disposiciones de tratados económicos que inciden negativamente sobre los derechos humanos, sin regularlos de forma directa. En este sentido, los tratados de liberalización de la economía internacional pueden tener un impacto negativo (a corto, medio o largo plazo) sobre el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales en los Estados que los ratifican e incluso, en ocasiones, sobre el disfrute de derechos civiles y políticos. En este sentido, pueden fomentar fenómenos de compe-

---

<sup>6</sup> Desde hace años, algunos autores plantean la necesidad de investigaciones sobre el futuro papel de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones económicas internacionales. Véase, por ejemplo, T. COTTIER, "Constitutional Trade Regulation in National and International Law: Structure-Substance Pairings in the EFTA Experience" en E. U. PETERSMANN y M. HILF (eds.), *National Constitutions and International Economic Law. Studies in Transnational Economic Law.*, Kluwer Law and Taxation Publisher, Deventer/Boston, 1993, p. 415. Desde una óptica prescriptiva, consúltese la prolija línea de investigaciones iniciada por Petersmann. Para la obra que sienta las bases de dichas investigaciones véase E. U. PETERSMANN, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of the International Economic Order*, 1991.

<sup>7</sup> De forma alternativa, el concepto económico de "externalidad" es también útil para definir los fenómenos jurídicos aquí estudiados, al distinguir entre *externalidades negativas* y *externalidades positivas*: costes o beneficios que se imponen o conceden a un sujeto y que no son tenidos en cuenta por el sujeto que adopta la acción. La idea de externalidad elaborada por Alfred Marshall fue desarrollada y divulgada por Arthur C. Pigou. Véase A. C. PIGOU, *La economía del bienestar*, Aguila, 1946.

tencia negativa entre Estados<sup>8</sup>. Bajo esta lógica, estos tratados económicos pueden incentivar, por ejemplo, una disminución competitiva de obligaciones fiscales sobre inversores extranjeros y productores nacionales y reducir, por extensión, los recursos presupuestarios para hacer efectivos estos derechos; cuya eficacia tiene una intensa dependencia de financiación pública<sup>9</sup>.

En lo que respecta a los derechos civiles y políticos, cabe asimismo sostener que los tratados comerciales y los tratados de protección y promoción de la inversión extranjera directa pueden llegar a tener una incidencia negativa sobre el respeto de estos derechos en algunos casos. Así podría suceder, por ejemplo, si los grupos de poder que controlan la maquinaria institucional de Estados fallidos o formalmente democráticos se ven reforzados económicamente por las operaciones comerciales o de inversión que promueven estos tratados.

*Impactos positivos:* Al tiempo, de forma alternativa, puede producirse un efecto inverso en otros casos. La literatura económica convencional sostiene como evidencia empírica que los beneficios agregados de la liberalización del comercio internacional superan los costes sociales. La interpretación subsiguiente, en términos de eficacia de los tratados de derechos humanos, es que los colectivos y grupos sociales beneficiados por la apertura económica son mayoritarios y que el cumplimiento de estos tratados es una cuestión temporal: a medida que mejore la calidad de vida, por tanto, se desplazará la atención social desde la mera supervivencia a la demanda de derechos y libertades individuales a través de la apertura política y la democratiza-

---

<sup>8</sup> La competencia inter-estatal es aquel fenómeno en que los Estados *reducen* o *elevan* los estándares legales exigidos a empresas y particulares con el objeto de atraer o preservar inversiones. Los Estados emplean las normas primarias (obligaciones sustantivas) de sus sistemas jurídicos como ventaja competitiva para preservar el tejido industrial u obtener inversión extranjera directa. Un conjunto de normas jurídicas contenidas en tratados comerciales facilitan este fenómeno. Así, por ejemplo, los tratados de liberalización del comercio internacional (acuerdos multilaterales o regionales) disocian el acceso al mercado y el cumplimiento de estándares mínimos de producción y proceso de los productos importados (métodos de proceso y producción). Esta disociación es resultado de las normas y jurisprudencia del GATT sobre "producto similar" y ha sido replicada en tratados comerciales posteriores. En consecuencia, los Estados pueden emplear como ventaja competitiva los costes que sus sistemas jurídicos imponen a las empresas (obligaciones fiscales, laborales, medioambientales..).

<sup>9</sup> Sobre este nexo véase, en general, C. R. SUNSTEIN, y S. HOLMES, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Norton, New York, 1999.

ción<sup>10</sup>. Este aumento paulatino de la presión social redundaría, de forma progresiva, en una creciente realización de los derechos humanos en el territorio del Estado<sup>11</sup>. Los tratados comerciales, en este sentido, de la misma forma que los tratados que protegen y promueven la inversión extranjera directa operarían como un motor de crecimiento y desarrollo que puede coadyuvar, en determinadas condiciones, a crear las condiciones para ese cambio social.

(Caso B)

*Tratados de derechos humanos - Tratados de Libre Comercio /  
Tratados de Inversiones:*

*Impactos positivos:* Para algunos, cambiando de perspectiva, el respeto de los derechos humanos puede no sólo ser un *fin* de las políticas públicas estatales sino también, en ocasiones, un *medio* para el desarrollo económico. Los derechos humanos pueden incidir en ocasiones, de forma positiva, sobre la inversión extranjera directa y las transacciones comerciales. Por ello, la propia eficacia de estos tratados económicos puede llegar a depender, parcialmente, de la eficacia de normas no contenidas en sus disposiciones. El cum-

---

<sup>10</sup> Para una interesante reelaboración del planteamiento de Lipset sobre la relación entre desarrollo económico y democracia ("cuando mejor le va a un país en términos económicos, mayores son las posibilidades de mantener gobiernos democráticos") véase L. DIAMOND, "Economic Development and Democracy Reconsidered", *American Behavioral Scientist*, núm. 35, 1992, pp.450-499 (p.468). Véase, asimismo, S.M. LIPSET, "Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy", *American Political Science Review*, núm. 53, 1959, pp. 69-105 y J. LINZ, A. STEPAN, *Problems of Democratic Transition and Consolidation*, John Hopkins University Press, 1996, p. 77.

<sup>11</sup> Petersmann defiende en algunos de sus trabajos que la Organización Mundial del Comercio, por ejemplo, cumple funciones en materia de derechos humanos al crear precondiciones para el disfrute de los derechos humanos. Véase, p.e: E. U.PETERSMANN, "From 'negative' to 'positive' integration in the WTO: Time for 'Mainstreaming human rights' into WTO law", *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000, p.1375. Para una crítica encendida de esta y otras tesis del autor véase P. ALSTON, "Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann", *European Journal of International Law*, núm. 13, 2002 pp. 815-844. Véase asimismo la respuesta del primero en el mismo número ("Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston", pp. 845-851) y el comentario de R. HOWSE, "Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann", *European Journal of International Law*, núm. 13, 2002 pp. 651-659.

plimiento por parte del Estado de las obligaciones enunciadas en los tratados de derechos humanos puede incidir en que los anteriores desarrollen su función estimulando el crecimiento económico. En este sentido, las normas de estos tratados de liberalización del comercio o de protección y promoción de las inversiones han de producir un volumen mínimo de operaciones económicas para constituir instrumentos legales eficaces. Para ello, cómo muestran los índices de riesgo-país, son precisos climas políticos estables, que tienden a estar ligados a la realización de los derechos humanos y, muy en particular, de los derechos civiles y políticos.

Al tiempo, por ejemplo, una de las variables que incide en la sostenibilidad de la inversión extranjera directa y el comercio exterior que persiguen estos tratados es la existencia de infraestructuras y servicios públicos que provean en el territorio del Estado de la realización de aquellos derechos de segunda generación instrumentales para el desarrollo económico. Así, bajo este esquema argumental, el respeto de normas contenidas en los Pactos internacionales de derechos humanos podría tener una incidencia positiva sobre la eficacia de los tratados económicos en dicho Estado (p.e: derecho a la educación).

*Impactos negativos:* Por último, cabe asimismo argumentar que el cumplimiento estatal de derechos humanos de segunda generación contenidos en el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo, pudiera tener un impacto negativo, bajo determinadas circunstancias, sobre la eficacia de los actuales tratados económicos, tanto en su vertiente relativa a inversiones como en la vertiente comercial. En este sentido, el estricto cumplimiento estatal de obligaciones laborales internacionales puede llegar a incidir de forma adversa, en ocasiones, sobre la inversión extranjera directa y la producción orientada a la exportación que promueven los tratados económicos. Esto podría afectar de forma negativa a la eficacia de estos tratados; cuyas normas no discriminan entre empresas por razón del menor o mayor cumplimiento de la legislación social. La evaluación de la eficacia de estos tratados en el territorio del Estado, así pues, está sólo vinculada al volumen de transacciones económicas que se rigen bajo sus normas. Siguiendo con este ejemplo, cabría argumentar que el respeto del Pacto de derechos civiles y políticos puede tener un impacto negativo sobre la eficacia de estos tratados económicos en sectores específicos como el de las industrias extractivas; algunas de las cuales florecen en ocasiones en países en desarrollo con alto riesgo político o zonas en conflicto.

Hasta aquí se aportan varios ejemplos prácticos de impactos positivos y negativos entre tratados. Para ello, se ha explorado la interacción de tratados de derechos humanos con acuerdos comerciales y tratados de inversiones. Idéntico esquema puede replicarse, asimismo, a otros ámbitos legales; empezando por la relación entre los tratados de derechos humanos y las normas y actos de las instituciones financieras internacionales<sup>12</sup>. Es decir, las conductas estatales reguladas por la condicionalidad del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional<sup>13</sup>. Estos programas de asistencia financiera constituyen un efectivo sistema de regulación por medio del acceso al crédito. En este sentido, orientan eficazmente el comportamiento estatal e inciden sobre la (re)ordenación del gasto público. Así, los programas de asistencia financiera de estas instituciones pueden producir un impacto negativo sobre la realización de derechos humanos como resultado de condiciones que prescriban, por ejemplo, medidas de reducción del gasto público en materia

---

<sup>12</sup> Véase, de forma general, D. BRADLOW, "The World Bank, the IMF, and Human Rights", *Transnational Law and Contemporary Problems*, núm. 6, 1996, pp. 47-90 y B. RAJAGOPAL, "Crossing the Rubicon: Synthesizing the Soft International Law of the IMF and Human Rights", *Boston University International Law Journal*, núm. 11, 1993, pp. 81-107. Desde la óptica del Banco Mundial véase *The World Bank: Development and Human Rights*, 1998 (documento elaborado para la celebración de la Declaración Universal de Derechos Humanos) así como, en particular, I. SHIHATA, "The World Bank and Human Rights: An Analysis of the Legal Issues and the Record of Achievements", *Denver Journal of International Law and Policy*, núm. 17, 1988, pp.39-66. Para una reflexión del consejero jurídico del FMI sobre la función de los derechos humanos en sus actividades véase F. GIANVITI, "Economic, Social and Cultural Rights and the International Monetary Fund", Seminario 2002. Desde el Fondo, véase asimismo S. PEIREIRA LEITE, "Human Rights and the IMF", *Finance & Development*, núm. 38, 2001.

<sup>13</sup> Véase, en general, J. GOLD, *Interpretation: The IMF and International Law*, E. DENTERS, *Law and Policy of IMF Conditionality*, Kluwer Law International, 1996, A. BUIRA (ed), *Challenges to the World Bank and IMF. Developing Countries Perspectives*. Anthem Press, 2003, D. VINES, C.L.GILBERT(eds), *The IMF and its Critics: Reform of the Global Financial Architecture*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, E. RIESENHUBER, *The International Monetary Fund under Constraint: Legitimacy of its Crisis Management*, Kluwer Law International, London, 2001, M. GIOVANOLI(ed.), *International Monetary Law. Issues for the New Millenium*, Oxford University Press, Oxford, 2000, R. M.LASTRA (ed.), *The Reform of the International Financial Architecture*, Kluwer Law International, London, 2001, pp. 119-154. Sobre la coordinación entre ambas instituciones véase *Strengthening IMF-World Bank Collaboration on Country Programs and Conditionality*, Monetary Fund and World Bank (23 agosto 2001), *Strengthening IMF-World Bank Collaboration on Country Programs and Conditionality – Progress Report*, International Monetary Fund and World Bank (19 agosto 2002) y *Operationalizing Bank-Fund Collaboration in Country Programs and Conditionality*, Staff Guidance Note, International Monetary Fund and World Bank, abril 2002.

social o la privatización de determinados servicios prestados por el Estado. Dichos programas basados en tratados pueden afectar pues, de forma directa, a la capacidad de los Estados para cumplir tratados que otorgan derechos a los particulares. Esta es, pues, una línea de posible impacto dado que la eficacia tanto de los derechos humanos de primera como de segunda generación es directamente dependiente de asignaciones presupuestarias.

Al tiempo, no obstante, cabe también mantener que la implantación de estos programas hace viable una política estatal eficaz de protección de derechos humanos a medio y largo plazo. Por tanto, las respectivas funciones de estas dos instituciones en materia de estabilidad macroeconómica y de crecimiento sostenible pueden incidir de forma positiva en la eficacia “mediata” de los derechos humanos: Bajo esta lógica, se asume que el Estado sólo podrá costear el cumplimiento de aquellos cuando haya corregido sus desequilibrios macroeconómicos.

En este sentido, por ejemplo, el FMI otorga asistencia financiera a países con problemas de balanza de pagos, por lo general resultado del reajuste de déficits fiscales. Tomar decisiones para corregir estas situaciones (p.e: reducir gastos y/o elevar impuestos) incide, de forma inevitable, en el presupuesto de que dispone el Estado para ejercer sus funciones. El Estado tiene, por tanto, dos opciones básicas para corregir sus desequilibrios macroeconómicos en materia de balanza de pagos: el ajuste o la nueva asunción de deuda. La asunción de deuda equivale en la práctica a dilatar en el tiempo el momento del ajuste. Por tanto, el subsiguiente argumento es que, en situaciones de recursos limitados, los Estados deben hacer elecciones en su estrategia de desarrollo. Un asunto capital, por tanto, es cómo diseñar el ajuste para que su impacto tenga el menor efecto social adverso. En cualquier caso, es evidente que estos programas terminan produciendo en la práctica fenómenos de suspensión temporal de derechos (p.e: recortes presupuestarios que afectan al ejercicio de derechos sociales), cuya reactivación queda subordinada a una mejora de la situación económica general y la situación financiera del Estado.

Hay posiciones pues para todas las preferencias y sensibilidades. Hasta aquí, se han enunciado, a mero título explicativo, algunos casos de interacción de tratados en el ámbito de los derechos individuales y la economía. Han sido expuestos sin ánimo de valoración, a modo de muestra del tipo de argumentos básicos que cabe elaborar desde distintas tradiciones de pensamiento y disciplinas. Extraer evidencias y establecer la medida en que prepondera más

un fenómeno que otro es ya otra cuestión, que excede a este trabajo y que, de modo inevitable, será controvertida. En cualquier caso, partir de la existencia de efectos tanto positivos como negativos entre tratados es, sin lugar a dudas, un punto de partida más equilibrado para asomarse al fenómeno de la globalización y los derechos humanos que las posiciones que sobredimensionan uno de estos efectos en función de preferencias políticas.

No es racional abordar los aspectos jurídicos de la globalización económica desde una óptica polarizada y maniquea (*pro* o *anti*). Así, por ejemplo, resulta aventurado sostener que los tratados económicos, en bloque, tienen un efecto negativo sobre los derechos humanos y, en particular, sobre el cumplimiento o la eficacia de los tratados de derechos humanos. En su caso, será la aplicación de algunas normas o secciones sustantivas de estos tratados la que produce dicho efecto. De hecho, es del todo factible que un tratado económico produzca un efecto positivo (a corto, medio o largo plazo) sobre el grado de eficacia de un derecho individual enunciado en otro tratado (p.e: derecho al trabajo) y que, a la par, genere un efecto negativo (a corto, medio o largo plazo) sobre otros derechos individuales enunciados en dicho tratado (p.e: derecho a la salud). La globalización es, ante todo, un fenómeno jurídico complejo<sup>14</sup>.

Por tanto, es razonable considerar que las normas de los tratados económicos y sus actos derivados pueden incidir, en términos positivos y/o negativos, en la capacidad del Estado para cumplir con obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (eficacia de los derechos humanos). Del mismo modo, es factible que el cumplimiento de los tratados de derechos humanos pueda incidir, de una forma similar, en la eficacia de los primeros. En definitiva, los tratados económicos y los tratados de derechos humanos pueden producir diferentes efectos, tanto positivos como negativos, entre sí.

Desafortunadamente, la evaluación de estas interacciones se enfrenta a inevitables sesgos y preferencias políticas individuales. Las dos concepciones políticas básicas a este respecto son bien conocidas: una sostiene, en una punta del espectro, que es el desarrollo económico el que introduce de forma paulatina el buen gobierno, y el consiguiente respeto de los derechos hu-

---

<sup>14</sup> Por ello, una tipología tentativa de los efectos de unas normas sobre otras requeriría sistematizar además de estos parámetros positivos y negativos, la *estabilidad* de dichos efectos en el tiempo (p.e: permanencia, aumento o disminución de efectos a corto, medio o largo plazo) y su *relevancia* (p.e: efectos significativos o no significativos). De la misma forma, el análisis de estos parámetros debiera ser dual y, por tanto, atender a los efectos que se producen sobre cada uno de los sistemas normativos en interacción.

manos; y otra sostiene, en el otro extremo, que estos últimos son una precondición para consolidar y hacer sostenible el primero<sup>15</sup>. En este punto de intersección entre derechos individuales y economía internacional confluyen, por tanto, concepciones muy diversas que hunden sus raíces en la siempre controvertida relación entre Mercado y Estado<sup>16</sup>. Surge así un conjunto de interpretaciones ideales enfrentadas. Reconociendo esta tradicional contienda de ideas, parece razonable evitar las posiciones monolíticas y polarizadas a la hora de dar una respuesta institucional global a una cuestión política imperecedera: qué papel y peso relativo han de tener el Estado y el Mercado para obtener el máximo bienestar social mundial. Es decir, es preferible buscar un equilibrio a escala global entre estas dos instituciones básicas de la vida en sociedad; un equilibrio, por tanto, entre las herramientas jurídicas que internacionalizan los mercados y los derechos humanos.

Tomar esta aproximación constructiva al adentrarse en estas cuestiones situadas en el 'interfaz' del derecho y la economía internacional es la mejor,

---

<sup>15</sup> Hoy en día no es controvertido, como sostiene Douglas North, que las instituciones y la forma en que estas evolucionan inciden en el desempeño de la economía. Véase D. C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990, p. 3. Para algunas primeras aproximaciones sobre la medición de la calidad de las instituciones y su relación con el desarrollo económico véase R. LA PORTA, F. LÓPEZ-DE-SILANES, A. SHLEIFER, y R. VISHNY, "The Quality of Government", *Journal of Law, Economics, and Organization*, núm. 15, 1999, pp. 222-279; W. J. HENISZ, "The Institutional Environment for Economic Growth", *Economics and Politics*, núm. 12, 2000, pp. 1-31 o S. KNACK, P. KEEFER, "Institutions and Economic Performance: Cross-Country Tests Using Alternative Institutional Measures", *Economics and Politics*, núm. 7, 1995, pp. 207-227. Para un interesante trabajo, que va más allá y sostiene la retroalimentación entre crecimiento económico y calidad de las instituciones (equilibrio institucional múltiple: "múltiple institucional equilibria") véase A. CHONG, C. CALDERÓN, "Causality and Feedback Between Institutional Measures and Economic Growth", *Economics and Politics*, núm. 12, 2000, pp. 69-81.

<sup>16</sup> De forma inevitable, el papel de los derechos humanos dentro del esquema de interacción entre derecho y desarrollo económico varía según escuelas y preferencias ideológicas. Desde el ala liberal, por ejemplo, Richard Posner sostiene que el progreso económico puede producirse con poco derecho. Mantiene, en esta línea, que promover la prosperidad económica exige una infraestructura de protección de los derechos de propiedad y los contratos. Hoy por hoy, no obstante, esta posición tiene firmes detractores en la literatura jurídica especializada. Véase R. A. POSNER, "Creating a Legal Framework for Economic Development", *The World Bank Research Observer*, núm. 13, 1998, pp. 1-11. En similar tradición, McGinnis argumenta que hay que situar las libertades económicas y el derecho de propiedad en el epicentro de una nueva agenda internacional para los derechos humanos véase MCGINNIS, "A New Agenda for International Human Rights: Economic Freedom", *Catholic University Law Review*, núm. 48, 1999, pp. 1029-1034.

o la menos mala, de las opciones disponibles<sup>17</sup>. En suma, facilitaría la búsqueda de sinergias entre los principales instrumentos jurídicos internacionales de dos de las grandes visiones políticas globales de nuestro tiempo: la protección de los derechos humanos y la integración de la economía internacional. En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el GATT no comparten aniversario por coincidencia: 1948. El desafío, no obstante, es inmenso. Requiere, nada más y nada menos, diseñar y construir nuevos engranajes jurídicos que garanticen un 'círculo virtuoso' entre el gran experimento social de la integración de la economía internacional y el aumento gradual y sostenido de la eficacia de los derechos humanos enunciados en instrumentos internacionales.

Conciliar la integración de la economía internacional con la realización internacional de los derechos humanos exige inventar fórmulas que aumenten la eficacia agregada de estos tratados<sup>18</sup>. En definitiva, hay que explorar el conjunto de herramientas disponibles para estimular las sinergias entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la liberalización de la economía internacional. Este es el reto al que se enfrenta el derecho internacional ante el fenómeno de la globalización económica<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> En este sentido, la política y teoría de los derechos humanos debería tener mayor presencia en la esfera de la política y teoría económica, y viceversa. Esta aseveración es aplicable tanto a la esfera internacional como a la doméstica. Desde una mera óptica interna, por ejemplo, es razonable pensar que la realización de los derechos humanos puede tener un efecto positivo en la economía doméstica del mismo modo que es razonable pensar que los déficit públicos insostenibles, determinados niveles de inflación, la distribución cooptada de subvenciones, determinadas medidas comerciales proteccionistas o incluso tipos de cambio irreales pueden tener una efecto adverso en la realización de derechos humanos.

<sup>18</sup> Para una de las primeras referencias al concepto de "sinergia" en la práctica de los regímenes internacionales véase *Inter-Linkages. Synergies and Coordination Between Multilateral Environmental Agreements*, United Nations University, Tokyo, 14-16 julio 1999 y los proyectos y programas que de ahí resultan en el campo del derecho internacional medioambiental.

<sup>19</sup> Para algunos primeros trabajos de la literatura crítica del derecho internacional económico, que apuntan la existencia de tensiones pero también de sinergias entre el derecho internacional económico y el derecho internacional de los derechos humanos, véase S. CHARNOVITZ, "The Globalization of Economic Human Rights", *Brooklyn Journal of International Law*, núm. 25, 1999, p. 113 y J. DUNOFF, "Does Globalization advance human rights", *Brooklyn Journal of International Law*, núm. 25, 999, pp. 125-139. Thomas Cottier, por su parte, captura de forma equilibrada la necesidad de una amplia agenda de investigaciones sobre las fórmulas que permitan que los regímenes del comercio multilateral y los derechos humanos, por ejemplo, se apoyen mutuamente y tiendan, eventualmente, a la convergencia. Véase T. COTTIER, "Trade and human rights: A relationship to discover", *Journal of International Economic Law*, núm. 5, 2002, pp. 111-132.

Hoy por hoy, el derecho internacional económico está reduciendo la capacidad de orientación u ordenación social por parte de los sistemas jurídicos estatales. De igual forma, está sucediendo con los sistemas jurídicos de los regímenes internacionales no económicos (p.e: derechos humanos, salud, medioambiente), cuyo desarrollo regulatorio se ve limitado por la pujanza del derecho internacional económico. Esta pérdida de capacidad de regular es producto de la construcción progresiva de un mercado global de mercancías y servicios que trasciende las estructuras y paradigmas legales en que están asentadas nuestras sociedades desde la creación del Estado-nación. En este sentido, es paradójico que este proceso sea impulsado por instrumentos de derecho internacional negociados por los gobiernos, a través de sus agencias económicas. Como resultado, se han desarrollado complejos y efectivos regímenes internacionales en la esfera económica. Reequilibrar la balanza dando un peso equivalente a los valores sociales que tutelan los tratados de derechos humanos es pues uno de los grandes desafíos de la globalización económica. Acometer esta tarea sólo es posible a través de nuevas herramientas de derecho internacional que conformen, de modo progresivo, un *statu quo* alternativo.

### 3. LOS IMPACTOS NEGATIVOS: UN CASO DIFÍCIL

Hoy en día, coexisten en el derecho internacional una amplia red de tratados multilaterales, regionales y bilaterales con diversas racionalidades y valores sociales subyacentes. Desde la segunda mitad del siglo pasado, la política jurídica exterior de los gobiernos se ha visto sometida a un intenso proceso de sectorialización y especialización (comercio, derechos humanos, salud, medioambiente, cultura... ). Este fenómeno ha conformado un conjunto de regímenes internacionales escasamente coordinados entre sí y que, hoy por hoy, operan de forma relativamente autónoma. La coherencia del derecho internacional como sistema se tambalea bajo este escenario. Las disfunciones que de ello resultan son amplificadas por el hecho de que los tratados suelen disponer de muy dispares mecanismos para obtener el cumplimiento de sus normas. Como resultado, los gobiernos tienden a otorgar mayor peso en la toma de decisiones públicas a las normas sustantivas de aquellos tratados con mecanismos más efectivos para promover el cumplimiento; ya sean incentivos o sanciones. En este sentido, las repercusiones que el cumplimiento o incumplimiento de estos tratados tiene para el Esta-

do determinan el grado de atención política y el orden de prioridad que los gobiernos les atribuyen<sup>20</sup>. Así por ejemplo, el particular diseño institucional de los Pactos de derechos humanos, por un lado, y la OMC o el Fondo, por otro, permite deducir con facilidad qué normas tendrán mayor peso en la adopción de decisiones políticas y, por tanto, qué normas dispondrán de una mayor eficacia en foro doméstico.

Esta diferencia manifiesta de eficacia puede amplificar las tensiones y controversias políticas que producen las relaciones entre dichos tratados. En este sentido, determinadas normas tienen una ventaja institucional comparada frente a otras a la hora de obtener eficacia. El grado de eficacia de un enunciado normativo depende, en una medida significativa, de una serie de características ajenas al propio enunciado<sup>21</sup>. Una amplia panoplia de cuestiones de técnica legislativa, diseño institucional y asignación de recursos para el cumplimiento inciden *per se* en el grado de eficacia de las normas sustantivas de los tratados. En suma, la ventaja institucional comparada de los tratados produce un fenómeno espontáneo de *competencia* entre sus normas. En aquellos casos en que surgen divergencias o incluso conflictos entre normas, este fenómeno define a menudo qué reglas realmente importan. Así, las normas de determinados regímenes internacionales obtendrán en todo caso una mayor eficacia comparada frente a otros (*competencia normativa*); incluso en supuestos de antinomia (*conflicto normativo*).

---

<sup>20</sup> Así, por ejemplo, sectores como el derecho internacional medioambiental tienen menor peso en la toma de decisiones por parte de los gobiernos como resultado de las escasas repercusiones que tiene para el Estado la determinación de un incumplimiento. Como sostiene Dunoff, los compromisos medioambientales internacionales suelen recibir una "más baja prioridad" en las políticas de gobierno y, a menudo, sus programas carecen del personal y recursos necesarios. Véase J. L. DUNOFF, "From Green to Global: Toward the Transformation of International Environmental Law", *Harvard Environmental Law Review*, núm. 19, 1995, p. 272.

<sup>21</sup> Este es un fenómeno genotípico propio del derecho. Baste citar las constituciones nacionales como ejemplo paradigmático. Los distintos enunciados sustantivos (derechos y obligaciones) contenidos y expresados en ellas (p.e: "Todos los españoles tienen derecho a ....") tienen diferente cobertura institucional y procesal. Como resultado, dan pie, a menudo, a derechos con diferente grado de eficacia. Considérese el caso de los derechos de los particulares. La relación entre el enunciado constitucional que otorga el derecho a la vivienda y aquel que reconoce la propiedad privada es, en este sentido, un simple ejemplo. La cobertura institucional y procesal de estos derechos no está regulada de forma expresa en la Constitución. Sin embargo, es allí donde se determinan, en la práctica, la diferente eficacia comparada de estos derechos.

En esencia, pues, las normas jurídicas llegan a competir en ocasiones en el plano de la eficacia. De hecho, pueden incluso llegar a ser desplazadas, en la práctica, desde la esfera de validez hacia la pendiente de lo que Llewelyn denominara “reglas de papel”. En este sentido, el análisis de este fenómeno es un campo fértil para perfeccionar el funcionamiento de los sistemas jurídicos. El derecho es una herramienta social que corrige sus antinomias por medio de reglas y procedimientos predefinidos. No sucede de igual forma, sin embargo, con la competencia que, de forma espontánea, puede producirse entre sus normas. En este sentido, si unas normas (p.e: derechos de propiedad intelectual) llegan a afectar de forma negativa a otras (p.e: derecho a la salud) surgen fenómenos *relevantes* para el derecho como sistema jurídico, que este debiera “internalizar” y administrar. Así pues, la eficacia de cada sector del derecho internacional depende, en gran medida, no sólo de la claridad y precisión con la que estén formalizadas sus disposiciones sustantivas sino del particular diseño de las instituciones y procedimientos que tutelan su cumplimiento. De ahí que la diferencia en la estructura institucional de los regímenes internacionales de pie a una diferencia en la eficacia de sus normas. Esto inevitablemente produce fenómeno de competencia entre sus normas; un fenómeno de especial relevancia dado que los regímenes internacionales prescriben, en ocasiones, conductas estatales divergentes o incluso abiertamente contradictorias.

Es importante resaltar que este fenómeno de competencia entre regímenes internacionales se da tanto entre tratados no supeditados entre sí como, incluso en ocasiones, entre tratados formalmente supeditados (tratado superior vs. tratado inferior). En este sentido, el grado de eficacia de las normas de un tratado superior puede verse afectado por las normas de un tratado subordinado que disponga de unos mecanismos más efectivos para obtener el cumplimiento de sus normas. Así, por ejemplo, aunque el artículo 103 de la Carta de la ONU determina de modo taxativo que sus disposiciones priman sobre el resto de tratados, la condicionalidad del FMI tiene mayor peso sobre los Estados sometidos a ella (asistencia financiera) que cualquier norma, acto o resolución emanada de la ONU y sus organismos especializados; con la única excepción de algunos actos del Consejo de Seguridad. Al tiempo, sucede de forma similar en las relaciones entre tratados no supeditados entre sí. Así, por ejemplo, las condiciones de la asistencia financiera del Fondo pueden imponer a un Estado la reasignación de partidas presupuestarias en detrimento de la financiación de los programas de educación pública a

los que, sin embargo, se ha comprometido al ratificar el Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales. En definitiva, este tipo de efectos negativos se produce cuando los mecanismos asignados al cumplimiento de una norma (p.e: norma FMI) son más efectivos que los asignados a otra (p.e: norma ONU); ya sea esta última superior, inferior o de igual rango.

En consecuencia, es evidente que el equilibrio entre la constelación de valores sociales que tutela el derecho internacional puede verse alterado o subvertido por medio de la asignación de mecanismos más efectivos al cumplimiento de algunos de sus sectores sustantivos. Esta alteración puede producirse sin que concurra reforma o derogación alguna. El fenómeno es especialmente relevante para el derecho internacional debido a su heterogénea arquitectura institucional. En este sentido, la eficacia de los mecanismos de que dispone cada tratado para obtener el cumplimiento determina el grado de prioridad que cada Estado le atribuye a éste *vis a vis* otros tratados. Por ello, cabe afirmar que el diseño de estos mecanismos puede desplazar y *degradar*, en la práctica, normas sustantivas que tienen sin embargo idéntico o superior rango dentro de la jerarquía de un sistema jurídico. Esta aseveración es asimismo aplicable a los sistemas jurídicos internos y las relaciones entre sus diversos sectores (p.e: derecho a la propiedad y derecho a una vivienda digna).

Es razonable sostener, por tanto, que el nexo entre eficacia del derecho y diseño de instituciones (mecanismos de adopción de decisiones, sanciones, incentivos y procedimientos de asignación de recursos materiales al cumplimiento) es un campo de análisis prioritario para la literatura jurídica; tanto en su vertiente doméstica como internacional<sup>22</sup>. En es-

---

<sup>22</sup> En la actualidad se está empezando a discutir, explorando y desarrollando estudios empíricos, si los actuales modelos de tratados de derechos humanos son herramientas eficaces para proteger los derechos humanos. Sobre la medición de los efectos de los tratados de derechos humanos véase, entre los primeros trabajos cuantitativos, L. KEITH, "The United Nations Covenant on Civil and Political Rights: Does it make a Difference in Human Rights Behaviour", *Journal of Peace Research*, núm. 36, 1999, pp. 95-118; HATHAWAY, "Do Human Rights Treaties Make a Difference?", *Yale Law Journal*, núm. 112, 2002, pp. 1935-2042 y R. GOODMAN, D. JINKS, "Measuring the Effects of Human Rights Treaties", *European Journal of International Law*, núm. 14, 2003, pp. 171-183 (crítica metodológica del anterior). Véase asimismo E.M. HAFNER-BURTON, y K. TSUTSUI, "Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises", *American Journal of Sociology*, núm. 110, 2005, pp. 1373-1411 y E. NEUMAYER, "Do International human rights treaties improve respect for human rights", *Journal of conflict resolution*, núm. 49, 2005, pp. 925-953.

te sentido, es indudable que el diseño de instituciones que aplican y tutelan parcelas especializadas del derecho de forma más eficiente que otras puede alterar, de forma subrepticia, relaciones de primacía preestablecidas en el derecho; o incluso crearlas *ex novo*. El caso de la OMC, por ejemplo, merece especial atención ya que los mecanismos de que dispone para obtener el cumplimiento de sus normas (jurisdicción multilateral obligatoria y vinculante y sistema de suspensión de concesiones comerciales) indican sobre la relevancia de las normas de otros regímenes internacionales<sup>23</sup>.

El resultado de este estado de cosas en el derecho es que cabe identificar dos “pirámides” en tensión: la tradicional jerarquía formal, por un lado, y una jerarquía en términos de eficacia, por otro. Esta última es, en esencia, una estructura jerárquica alternativa, no formalizada; en definitiva, una jerarquía *de facto*, pero tan real o más incluso que la tradicional jerarquía formal. Este es el escenario en el que, en la práctica, se encuentran las normas y actos de la OMC, el Banco y el Fondo en relación con las normas y actos de algunos regímenes como los Acuerdos Multilaterales Medioambientales, la OIT y, en general, el resto de organismos especializados de Naciones Unidas. Formalmente, sus normas tienen el mismo valor jurídico y, por tanto, la misma relevancia para los Estados. No están supeditadas unas a otras. Sin embargo, la práctica cotidiana de los Estados muestra un fenómeno diametralmente opuesto. Sin duda, la función del derecho internacional como herramienta de ordenación social puede verse afectada a resultas de este fenómeno. A menudo, los gobiernos no deciden expresamente sobre las relaciones de primacía o supeditación entre tratados. Sin embargo, el particular diseño de los mecanismos erigidos para hacer efectivo su cumplimiento produce un efecto equivalente.

Las diferencias de eficacia entre los enunciados sustantivos del derecho internacional dependen, entre otras cuestiones, de (a) la naturaleza jurídica de los instrumentos que los contienen (p.e: tratados vs. *soft-law*), (b) el particular diseño de los mecanismos que hacen efectivos dichos enunciados y (c) la asignación de recursos materiales y personales suficientes a la tutela de su cumplimiento. Este conjunto de cuestiones son, *per se*, asuntos de redacción normativa y diseño institucional. El grado de eficacia de

---

<sup>23</sup> Véase P. ZAPATERO, *Derecho del comercio global*, Cívitas, 2003.

las normas sustantivas de un tratado depende de cómo abordan estas cuestiones sus negociadores y redactores. En este sentido, los incentivos asignados a dar pleno cumplimiento a las normas y actos derivados de unos u otros tratados tienen el mismo o incluso mayor nivel de relevancia en la negociación y redacción de tratados que los contenidos de las normas sustantivas negociadas<sup>24</sup>. De ahí surgen como campos prioritarios para la literatura jurídica internacional el desarrollo del “derecho internacional comparado” y, muy en particular, el estudio comparado de la eficacia del derecho internacional.

La relación entre los tratados de liberalización de la economía y los tratados de derechos humanos constituye un caso de estudio paradigmático: Tanto el sistema multilateral de comercio, que gestiona el acceso al mercado multilateral de mercancías y servicios, como los sistemas de regulación por medio del crédito del Banco y el Fondo, son avanzadas estructuras institucionales para la gobernanza global. Como tales, pueden tener efectos (ya sean positivos o negativos) sobre la eficacia de los derechos atribuidos a los particulares en los tratados de derechos humanos. Regímenes como el Banco, la OMC y Fondo, por un lado, y el sistema de derechos humanos de Naciones Unidas, por otro, están sustentados sobre racionalidades diferentes. La liberalización internacional de la economía y la protección y promoción internacional de los derechos humanos son aproximaciones diferentes –una ‘macro’ (economía internacional) y otra ‘micro’ (derechos de los particulares)– que aspiran a la consecución de un mayor bienestar social a escala mundial. Por ello, es esencial conciliar ambas racionalidades por medio de alguna fórmula de nivelación; aunque la tarea sea ímproba y compleja.

Los organismos especializados de Naciones Unidas en materia de derechos humanos llevan algunos años identificando efectos adversos que pro-

---

<sup>24</sup> El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que tiene como objeto asegurar la eficacia de estos derechos, es un claro ejemplo: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la *cooperación internacional*, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente, por todos los medios *apropiados inclusive en particular la adopción de medidas legislativas*, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. El contenido del enunciado es claro. No obstante, como es evidente, carecerá de relevancia mientras no exista una estructura institucional y procesal fuerte que obtenga el cumplimiento.

duce el fenómeno de la “globalización económica”<sup>25</sup>. Así por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos Sociales y culturales (ECOSOC) comenzaba a avisar, ya en 1998, de que “los ámbitos del comercio, las finanzas y las inversiones no están, de forma alguna, exentos de las obligaciones y principios en materia de derechos humanos”. Sostenía que las organizaciones internacionales con competencias en estas áreas deberían “jugar un papel positivo y constructivo en relación con los derechos humanos”<sup>26</sup>. Un año después, con ocasión de la Conferencia Ministerial de la OMC de 1999 (Seattle), este órgano llegó a presentar una declaración al Director General y los Miembros de la OMC en la que proponía revisar las políticas y normas en materia de comercio e inversiones para asegurar su “consistencia” con las actuales políticas y tratados de derechos humanos<sup>27</sup>. El documento, que es una muestra representativa de la percepción de este organismo especializado sobre las relaciones entre los dos regímenes, mantenía sin excesivas concreciones que el proceso de reforma de la gobernanza global debía orientarse al individuo y no centrarse sólo en consideraciones macroeconómicas. Sostenía así que las normas de derechos humanos deben “dar forma al proceso de formulación de políticas económicas internacionales” y recordaba a los miembros de la OMC, representados por los ministros de comercio de dichos Estados, “la naturaleza central y fundamental” de las obligaciones en materia de derechos humanos. Como conclusión, les urgía a asegurar que sus obligacio-

---

<sup>25</sup> Los órganos de Naciones Unidas con competencias en materia de derechos humanos se asoman con creciente atención al impacto de las operaciones de las instituciones económicas internacionales y sus normas sobre sus propias normas, actividades y programas. No obstante, no aluden a antinomias en sentido estricto. La documentación técnica de Naciones Unidas enfatiza a menudo, de forma alternativa, el impacto negativo. De hecho, es en esta línea en la que la Resolución 54/165 de la Asamblea General de Naciones Unidas encarga al Secretario General un informe comprensivo sobre las consecuencias de la globalización sobre el *pleno disfrute* de los derechos humanos. El Informe del Milenio, asimismo, plantea que el mayor desafío de la globalización es garantizar que se convierta en una fuerza positiva para el mundo. Véase Doc ONU A/55/342, *La mundialización y sus consecuencias para el pleno disfrute de todos los derechos humanos*, Informe preliminar del Secretario General (31 de agosto de 2000) y Doc ONU A/54/2000, *Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI*, Informe del Secretario General (27 de marzo de 2002).

<sup>26</sup> *Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on globalization and economic, social and cultural rights* (mayo de 1998).

<sup>27</sup> Doc ONU E/C.12/1999/9, *Statement of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights to the Third Ministerial Conference of the World Trade Organization* (26 de noviembre de 1999).

nes de derechos humanos fueran “materia prioritaria” en las negociaciones comerciales multilaterales.

Por su parte, en esa primera época, la ahora extinta Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas encargó la realización de un estudio sobre el impacto de la globalización sobre los derechos humanos a la Subcomisión. Como resultado, esta última hizo público en 2000 un controvertido informe sobre la realización de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>28</sup>. El documento cuestiona de forma directa que las instituciones económicas internacionales tengan en consideración los posibles efectos negativos de sus políticas sobre los derechos humanos<sup>29</sup>. Asimismo, reconoce los efectivos atributos institucionales de la OMC, por ejemplo, y sostiene que sus actividades tienen “serias implicaciones para los derechos humanos”. Como resultado, llega incluso a aventurar que esta organización es “una verdadera pesadilla” (sic) para determinados sectores sociales del mundo en desarrollo<sup>30</sup>. Tras esta afirmación categórica, uno de los epígrafes del documento, intitulado “La globalización y el marco de derechos humanos aplicable”, confecciona un inventario de infracciones de derechos contenidos en los Pactos; es decir, enumera alegaciones de violación de tratados por parte de instituciones creadas a su vez por otros tratados<sup>31</sup>. Dentro de este esquema argumental, cuya adecuación no valora la presente investigación, el informe incluye un canto a la “primacía” de los derechos humanos; un triunfo de la “comunidad epistémica” de los derechos humanos, formalizado en un instrumento no vinculante durante la Conferencia de Viena de 1993<sup>32</sup>. El infor-

<sup>28</sup> Doc ONU E/CN.4/Sub.2/2000/13, “The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Globalization and its impact on the full enjoyment of human rights”. *Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights. Fifty-second session. Item 4 of the provisional agenda*. Preliminary report submitted by J. Oloka-Onyango and Deepika Udagama, in accordance with Sub-Commission resolution 1999/8 (15 de junio de 2000).

<sup>29</sup> Párrafo 12.

<sup>30</sup> Párrafos 37-38.

<sup>31</sup> El informe sostiene así que “aspectos fundamentales” de los siguientes derechos han sido “gravemente perjudicados”: (a) derecho a la vida, (b) libertad frente al trato cruel, inhumano, o degradante, (c) derecho a la igualdad y a la no discriminación, (d) derecho a un estándar adecuado de vida (incluyendo el derecho a la alimentación y a la vivienda), (e) derecho a un alto estándar de salud física y mental, (f) derecho al trabajo y derecho a unas condiciones justas de trabajo, (g) derecho a la libertad de asociación y asamblea o (h) derecho a la negociación colectiva, entre otros. Véase párrafo 44.

<sup>32</sup> Párrafos 62-63. Sobre las comunidades epistémicas en la sociedad internacional véase HAAS, P.M. “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination”, *International Organization*, núm. 46, 1992, pp. 1-36.

me deduce, por tanto, que dicha “primacía” ha de guiar la formulación de normas y políticas de estas instituciones.

La fundamentación del informe tiene sus luces y sombras<sup>33</sup>. Se cita aquí, no obstante, como muestra de la presencia de percepciones críticas en el seno de algunos organismos internacionales que consideran afectadas sus esferas de gestión y sus competencias jurisdiccionales. En esencia, este tipo de percepciones y pronunciamientos institucionales es el resultado de las tensiones y controversias políticas que producen los fenómenos descritos en estas páginas. En este sentido, el contenido y orientación básica de estos documentos oficiales muestra, en particular, la fricción que una parte relevante de la comunidad de los derechos humanos percibe en la interacción del derecho internacional de los derechos humanos con diversos sectores del derecho internacional económico<sup>34</sup>. Es, así pues, expresión de una extendida visión crítica respecto al impacto de las normas y actos de los regímenes internacionales “económicos” sobre las normas y actos de regímenes “no económicos” de Naciones Unidas. En suma, las instituciones de derechos humanos, los representantes estatales y los juristas especializados en este

---

<sup>33</sup> De hecho, como era de prever, la Secretaría de la OMC respondió a este documento de forma inmediata y pública. Así, el Director General Adjunto de la OMC, Rodríguez Mendoza, envió una carta formal de queja al Alto Comisionado para los Derechos Humanos, expresando su preocupación sobre el “lenguaje, metodología y conclusiones principales” del Informe preliminar. Véase “UN Human Rights Commission and WTO exchanges”. *BRIDGES Weekly Trade News Digest*, vol. 4, núm. 33, 5 de septiembre de 2000. Para un comentario véase ALA’I PADIDEH. “A Human Rights Critique of the WTO: Some preliminary Observations”, *George Washington International Law Review*, núm. 33, 2001, pp. 537-553.

<sup>34</sup> Los informes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) tienden a mantener una aproximación similar. El PNUD sostenía lo siguiente en su Informe sobre Desarrollo Humano de 2000; a la sazón centrado en los derechos humanos: “[S]e están formulando más normas a escala mundial en todas las esferas, desde los derechos humanos hasta el medio ambiente y el comercio. Pero se están formulando por separado, con la posibilidad de que exista conflicto. Es necesario que los compromisos y las obligaciones de derechos humanos se reflejen en las normas comerciales, las únicas que ahora son auténticamente vinculantes con respecto a la política nacional, porque tienen medidas para su aplicación”. El Informe incluía la siguiente propuesta: “Establecer una comisión mundial de derechos humanos en el sistema de gestión de los asuntos públicos mundiales con el mandato de examinar propuestas para reforzar el mecanismo internacional de derechos humanos y las salvaguardias de derechos humanos en acuerdos económicos mundiales y de alcanzar un sistema económico mundial justo”. Véase Doc PNUD. *Informe de Desarrollo Humano 2000. Derechos Humanos y Desarrollo Humano*, p. 23 y p. 27.

campo muestran, con diferentes terminologías, su inquietud ante los efectos de este particular fenómeno de interacción de normas.

#### 4. TEORÍA APLICADA Y NUEVAS HERRAMIENTAS

El panorama genera, de forma inevitable, importantes retos para la práctica y la teoría del Derecho. Los fenómenos que resultan de la interacción de normas, y en particular la interacción de tratados, requieren mejorar nuestras teorías y herramientas analíticas. En este sentido, el pensamiento jurídico y su edificio teórico tropieza con una nueva realidad. La literatura jurídica carece de metodologías e instrumentos para abordar estos fenómenos. Las interacciones entre las normas jurídicas que administran la gobernanza global por medio de regímenes internacionales ponen de manifiesto un *desorden* que no encaja en las categorías formales del pensamiento jurídico convencional. Las soluciones no se aventuran simples. En este sentido, nos asomamos a una frontera de la racionalidad legal. En la actualidad, no cabe negar la compleja interacción entre las diversas parcelas y segmentos especializados del derecho internacional. Es razonable pensar, como se ha apuntado ya, que esta interacción no sólo produce, de forma general, efectos negativos. Más bien, producirá un conjunto diverso de impactos tanto positivos como negativos que habrá que deslindar y administrar. Estos impactos requieren, por tanto, nuevas herramientas de análisis así como el diseño de instituciones jurídicas que los gobiernen.

La literatura jurídica sólo puede adentrarse en estos fenómenos desde una óptica multidisciplinar. Diversos sectores del derecho internacional reflejan este peculiar fenómeno infra-analizado: las normas de algunos tratados inciden en la eficacia de las normas de otros. Surgen, en este sentido, fricciones y tensiones en el derecho internacional no subsumibles en la categoría tradicional de antinomia, entendida como contradicción lógica entre enunciados. Estos efectos están al margen de categorías legales tradicionales como es la derogación (*lex posterior derogat lex anterior*). Sin embargo, en ocasiones, son tan letales como el propio acto de una derogación. La lente jurídica está hoy lejos de poder realizar una evaluación empírica de estos fenómenos; ni siquiera de evaluar el grado de eficacia comparada de las disposiciones de un tratado o un sistema jurídico dado. Este tipo de cuestiones no ha recibido

atención en la literatura jurídica; que carece, hoy por hoy, de metodologías al respecto. Por ello, la teoría y el pensamiento jurídico tienen por delante la tarea de desarrollar instrumentos para analizar la interacción de normas, en particular, así como la eficacia del derecho, en general. La ausencia de adecuadas herramientas de análisis desafía la función de ordenación social tanto del derecho internacional como del propio derecho interno.

Construir nuevas instituciones y procedimientos que permitan *administrar* y lidiar con este fenómeno exige, como paso previo, graduar la 'lente legal' y elaborar nuevos instrumentos para el análisis. En suma, actualizar y modernizar la maquinaria del derecho exige resituar estas interacciones *dentro* y no al margen de la provincia del derecho. Esto permitiría administrarlas y, por tanto, garantizar y preservar un grado razonable de eficacia –siguiendo con el caso de estudio de este artículo– a los derechos atribuidos a los particulares en un escenario jurídico global caracterizado por la liberalización de la economía. En este sentido, haríamos bien en adentrarnos en la medición de la eficacia del derecho; la 'métrica' del derecho<sup>35</sup>. El diseño y construcción de instrumentos y métodos de evaluación es una de las principales vías para promover la eficacia de las normas legales y, por tanto, para potenciar su relevancia como herramienta de ordenación social. Para ello, el pensamiento jurídico ha de colaborar y complementarse con otras disciplinas de las ciencias sociales; en definitiva, apostar por la multidisciplinariedad.

Los modernos estudios de impacto del derecho sobre ámbitos de la realidad social pueden aportar ideas a estos efectos. De hecho, los estudios de impacto medioambiental de los tratados, por ejemplo, empiezan a tener

---

<sup>35</sup> Los indicadores tienen una función capital que cumplir en el derecho: evaluar el grado de eficacia de las normas, procedimientos e instituciones jurídicas en vigor. El pleno disfrute de los derechos humanos, por ejemplo, exige desarrollar herramientas de medición que permitan que se avance de forma progresiva hacia ese fin. Véase Doc PNUD. *Informe de Desarrollo Humano 2000. Derechos Humanos y Desarrollo Humano*, "Uso de indicadores para exigir responsabilidad en materia de derechos humanos", capítulo 5. Para un trabajo colectivo previo sobre modelos empíricos de medición véase T. B. JABINE, R. P. CLAUDE (eds.), *Human Rights and Statistics: Getting the Record Straight*, University of Pennsylvania Press, 1992. Véase, asimismo, T. LANDMAN, "Measuring Human Rights: Principle, Practice, and Policy", *Human Rights Quarterly*, núm. 26, 2004 y M. GREEN, "What We Talk About When We Talk About Indicators: Current Approaches to Human Rights Measurement", *Human Rights Quarterly*, núm. 23, 2001, pp. 1062-1097.

cierta presencia en algunos procesos de legislación internacional<sup>36</sup>. Aunque las metodologías de estos estudios se encuentran aún en proceso de desarrollo, son herramientas con un futuro prometedor<sup>37</sup>. De la misma forma, sería positivo desarrollar los estudios de impacto propiamente normativo. Es prioritario, en este sentido, comprender el impacto que tiene cada proceso de legislación internacional especializada sobre otros segmentos del derecho en vigor, ya sean leyes internas o tratados. Es decir, además de analizar con mayor rigor las antinomias formales emergentes en la negociación de cada tratado, sería positivo tomar en consideración la posibilidad de que dichas normas pudieran producir, eventualmente, posibles efectos negativos sobre otros tratados y leyes domésticas en vigor.

Incluir una función de evaluación de impacto normativo en las negociaciones internacionales de tratados sería positivo; al menos, en determinados campos sustantivos de especial valoración social como son, sin duda, los de-

---

<sup>36</sup> EEUU y la Unión Europea han realizado estudios de impacto medioambiental y sostenibilidad de tratados en diversas ocasiones. Para la primera creación de procedimientos permanentes de análisis de impacto medioambiental de los acuerdos comerciales véase la *Executive Order 13141-Environmental Reviews of Trade Agreements*. Por medio de esta orden de noviembre de 1999, el presidente de los EEUU mandó a la USTR (*United States Trade Representative*) y el CEQ (*Council on Environmental Quality*) la elaboración de unas directivas para el análisis del impacto medioambiental de futuros acuerdos comerciales. La Unión Europea se ha adentrado en el campo, por medio de la Dirección General de Comercio, a través de su programa de evaluaciones del impacto de sostenibilidad de sus acuerdos comerciales: SIA (*Sustainable Impact Assessment*). Este programa trae origen en el compromiso del comisario Leon Brittain en el Simposio de Alto nivel sobre Comercio y Medioambiente de la OMC (15 de marzo de 1999). Con dicho objeto, la Comisión Europea encargó al *Institute for Development Policy and Management* (IDPM) de la Universidad de Manchester el desarrollo de metodologías para evaluar el impacto de sostenibilidad de las negociaciones comerciales de la OMC que iban a iniciarse en la tercera conferencia ministerial de Seattle (Ronda del Milenio). El proyecto continúa siendo financiado por la Comisión Europea y se está aplicando a la agenda de la Ronda de Doha. La primera y la segunda fase se centraron en el desarrollo de metodologías y en su empleo para hacer evaluaciones cualitativas del impacto sobre la sostenibilidad de la nueva ronda. Véase *WTO New Round. Sustainability Impact Assessment Study*, IDPM, informe central de la fase segunda (18 de noviembre de 1999) e informe de la fase primera (1 de octubre de 1999). La tercera fase se centra en aplicar estas metodologías a una serie de sectores de la negociación en curso. Véase, p.e: *Overall Final Report for Sector Studies*. IDPM (21 de junio de 2005).

<sup>37</sup> La evaluación de impacto permea todos los campos. Entre las recientes publicaciones especializadas véase, p.e: *Impact assessment and project appraisal: journal of the International Association for Impact Assessment y Environmental impact assessment review*.

rechos humanos<sup>38</sup>. En esencia, prestar atención a estas cuestiones desde la literatura jurídica permitiría diseñar mecanismos más efectivos para hacer realidad su cumplimiento. Son los políticos y juristas contemporáneos quienes están llamados a diseñar y crear herramientas que inhiban los efectos negativos que las normas de la liberalización internacional de la economía pueden producir sobre los derechos humanos. En definitiva, volvemos sobre la función del derecho en el proceso de globalización económica, como mediador entre valores sociales legalizados (y en competencia) o como mero facilitador de la liberalización<sup>39</sup>. Mientras no existan estas herramientas, la internacionalización de la economía de mercado que promueven estos tratados económicos continuará incidiendo, no sólo sobre las instituciones políticas de nuestras sociedades, sino sobre la propia función del derecho público como mecanismo de ordenación social.

## 5. EN BUSCA DE FÓRMULAS INSTITUCIONALES ALTERNATIVAS

Sin duda, el diseño actual de los tratados de derechos humanos sufre limitaciones estructurales a la hora de proteger y promover los derechos que enuncian. Estos defectos inciden, a su vez, en su capacidad para inhibir o reducir los posibles impactos negativos que la aplicación estatal de otros tratados produzca sobre la eficacia de sus disposiciones. Por tanto, una función adicional a la que prestar atención desde una óptica de reforma es la de la alcanzar una equivalencia entre los grados de eficacia de los tratados que atribuyen derechos a los particulares y aquellos que regulan el proceso de liberalización de la economía internacional. En este sentido, hay que equiparar la eficacia de aquellas instituciones, normas y procedimientos que tutelan el cumplimiento de las normas sustantivas de estos tratados.

---

<sup>38</sup> Landman y Häusermann elaboraron un informe para EUROSTAT que evalúa las diferentes iniciativas mundiales en materia de herramientas de medición de democracia, buen gobierno y derechos humanos. El documento destaca la falta de fuentes primarias creíbles en este último campo y la consiguiente reutilización de datos producidos para otros fines. Véase T. LANDMAN, J. HÄUSERMANN, *Map making and analysis of the main international initiatives on developing indicators on democracy and good governance*, University of Essex, Human Rights Centre, 2003.

<sup>39</sup> En esencia, como sostiene Dunoff, el asunto crítico es qué hacer para asegurar que la globalización económica sea beneficiosa para los derechos humanos. Véase J. DUNOFF, "Does Globalization advance human rights", *Brooklyn Journal of International Law*, núm. 25, 1999, p. 138.

Ahí radica la importancia, muy en particular, del diseño institucional y la calidad de las instituciones; en que las diferencias de diseño institucional entre los regímenes internacionales pueden producir un desequilibrio en la aplicación del derecho internacional por parte de los Estados. Como se ha señalado, el cumplimiento estatal de las normas y actos de los regímenes especializados económicos es incentivado por la denegación de acceso a mercado en el caso de la OMC (autorización de suspensión de concesiones comerciales a través de los procedimientos del mecanismo de solución de diferencias) y de acceso a financiación en el caso del Fondo y el Banco (concesión o denegación de tramos de financiación por cumplimiento de condiciones). Estas herramientas, como es evidente, no admiten comparación con aquellos disponibles en los tratados de derechos humanos.

Sin embargo, dado que equiparar la eficacia de estos regímenes es una tarea política difícil, cuando menos, sería recomendar desarrollar otras estrategias en paralelo. En este sentido, se hace prioritario facilitar la comunicación, la cooperación y la ulterior coordinación entre regímenes internacionales, con el objeto de incentivar las sinergias entre las particulares parcelas especializadas del derecho internacional. Estas cuestiones de nivelación o equilibrio entre instituciones son un asunto jurídico internacional de primera magnitud. En este sentido, tanto los tratados de derechos humanos como los de liberalización de la economía son *productos jurídicos globales* que pueden entrar en tensión, generar fricciones (efectos negativos) e incluso colisionar abiertamente (antinomias). Sus normas promueven diferentes valores sociales y, por tanto, valores sociales en potencial competencia. Por ello, es crucial tender puentes y crear espacios efectivos de encuentro, cooperación y coordinación horizontal entre estos regímenes internacionales y, por extensión, entre los departamentos y agencias gubernamentales que los administran de manera directa.

Hoy en día, regímenes como el sistema universal de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, por un lado, y las instituciones de Bretton Woods y la OMC, por otro, trazan sendas en ocasiones divergentes<sup>40</sup>. Los Estados de la comunidad internacional debieran corregir este fallo creando nuevas estrategias normativas e instituciones alternativas. Si se

---

<sup>40</sup> Sobre la coordinación cualificada entre las instituciones económicas internacionales y las disfunciones que esto genera en el derecho internacional véase P. ZAPATERO, "Searching for coherence in global economic policy making", *Penn State International Law Review*, núm. 24, 2006.

acepta la premisa de que las normas de determinados regímenes pueden tener un impacto entre sí, pareciera razonable diseñar y desarrollar mecanismos que gobiernen de modo efectivo estos fenómenos. En este sentido, la globalización económica del siglo XXI ofrece un momento constitucional óptimo para el derecho internacional. El reto constitucional requiere intensificar las sinergias entre las diversas parcelas del derecho internacional, mitigando o inhibiendo los eventuales efectos negativos que la aplicación autónoma de éstas pudiera producir. Cómo hacerlo ya, es la gran cuestión.

Hay muy diversas opciones. Una parte del discurso institucional del desarrollo, por ejemplo, está desplazándose desde una orientación centrada en la eficiencia macroeconómica a una *aproximación basada en derechos* (“rights-based approach to development”). Esta aproximación, incluida en los propios objetivos de desarrollo del milenio, gira en torno a una sencilla pero poderosa idea: toda política de desarrollo ha de basarse en el cumplimiento estatal de las obligaciones internacionales de derechos humanos. Pues bien, esta aproximación basada en derechos podría ser también una herramienta útil para potenciar la sinergia entre instituciones económicas globales e instituciones de derechos humanos<sup>41</sup>. En definitiva, podría ser útil para explorar fórmulas institucionales alternativas a las actuales estructuras jurídicas internacionales y, por tanto, a nuestro modelo de mundo. El asunto crítico es, por supuesto, definir cómo y de qué forma las instituciones económicas internacionales podrían aplicar una *aproximación basada en derechos*, de modo razonable y efectivo.

PABLO ZAPATERO

Área de Derecho Internacional Público

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 Madrid

e-mail: pablo.zapatero@uc3m.es

---

<sup>41</sup> El panel de inspección del Banco Mundial es el primer mecanismo diseñado para proteger los intereses particulares y comunitarios en las operaciones de una institución económica internacional si bien no analiza la conformidad de los proyectos y operaciones con normas internacionales de derechos humanos sino con las normas y criterios propios del Banco. Véase I. F. SHIHATA (ed), *The World Bank Inspection Panel in Practice*, Oxford University Press, 2000 y *Responsabilidad y transparencia en el Banco Mundial: Panel de Inspección. Los primeros 10 años*, Banco Mundial, 2003.



# RECENSIONES



**Gregorio PECES-BARBA, *La España civil*, Galaxia Gutenberg, 2006, 304 pp.**

RAFAEL DE ASÍS  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**PALABRAS CLAVE:** patriotismo constitucional, laicidad, nacionalismo, Constitución  
**KEY WORDS:** constitutional patriotism, laicity, nationalism, Constitution

*La España civil*, es un libro que permite comprender algunas de las claves del pensamiento de Gregorio Peces-Barba, así como cuales son sus preocupaciones actuales que, por cierto, tienen mucho que ver con el momento presente de la historia de España.

Aunque está estructurado en tres partes, en realidad podría estar dividido en dos. Por un lado, la constituida por las dos primeras “La construcción de la España civil” y “Los pilares de la España civil”; por otro la tercera, “Semblanza intelectual”. En principio, las primeras constituyen un ensayo sobre una serie de cuestiones de naturaleza política, ética y jurídica, mientras que la segunda se acerca a una especie de autobiografía, sin llegar a serlo íntegramente ya que se centra sólo en algunos aspectos que tienen que ver, principalmente, con su orientación intelectual.

No se trata de partes completamente separadas. Dada la relevancia de la actividad del profesor Peces-Barba en la historia de la España contemporánea, las dos primeras partes tienen también aspectos biográficos esenciales. Por otro lado, la tercera parte, permite entender algunas de las opiniones vertidas en las precedentes.

En este breve comentario, en relación con las dos primeras partes me centraré en tres cuestiones: la defensa de la lealtad a la Constitución; la defensa de la laicidad; y el tratamiento de la Reforma de la Constitución. Finalmente, me referiré de manera breve a la última parte del libro relativo a la “Semblanza intelectual”.

## 1. LA ESPAÑA CIVIL Y LA LEALTAD A LA CONSTITUCIÓN

La idea de España civil que aparece en este libro de Gregorio Peces-Barba, y sobre todo los referentes desde los que la construye, es un ejemplo de eso que ha venido a llamarse en los últimos tiempos como patriotismo constitucional.

Aunque se trate de una terminología que, en alguna ocasión, ha sido criticada por el propio Peces-Barba, su trabajo se desenvuelve en lo básico dentro de una determinada manera de entenderlo.

Como es sabido, el significado más difundido de esta fórmula ha aparecido como reacción a determinados nacionalismos pero también como reacción frente al relativismo cultural. La construcción de este término por parte de Rolf Sternberger es una respuesta motivada por los horrores del nacionalismo étnico y de su patriotismo. Pero es sin duda Habermas quien divulga con éxito la idea de patriotismo constitucional en la cultura política y jurídica alemana, después de la Segunda Guerra Mundial

En el concepto de patriotismo constitucional se encuentra la tradición republicana, desde Roma, con Cicerón y su idea de la libertad dependiente de la Ley, hasta Rousseau y Kant pasando por Maquiavelo, los humanistas del Renacimiento, Montesquieu o Voltaire. El mismo Peces-Barba, ha insistido siempre como esta idea está presente ya en la época de Carlos III con la distinción entre "patria común" y "patria propia", y en Feijoo, en su *Teatro crítico*, donde incorpora el tema con una crítica contra el amor a la patria, mezcla tan peligrosa como explosiva, tanto en la patria común como en la patria propia.

El patriotismo constitucional se presenta como un sentimiento al igual que el nacionalismo. Eso si, puede separarse de él al hacer alusión a unos valores constitucionales que se justifican, en principio, sin referencia a contextos geográficos o temporales, y dentro de una argumentación racional.

En este sentido, a diferencia del relativismo, el patriotismo constitucional alude a unos valores que, en cierta forma, presiden un modelo cultural que, independientemente de su vocación universal, se corresponde con el de una determinada cultura. La fórmula "patriotismo constitucional" implica asunción, fidelidad, defensa o cumplimiento de unos valores o principios constitucionales. Obviamente no de cualquier valor o principio constitucional, sino de aquellos que se identifican con la libertad y la igualdad, con la idea de dignidad humana, con los derechos humanos.

La defensa del patriotismo constitucional es la defensa de un modelo de individuo, de sociedad, de Derecho y por tanto de la relación entre el Derecho

y el Poder político. Se trata de la defensa de un modelo jurídico integral presidido por la idea de los derechos. No es extraño así que, dadas las diferentes formas de entender a estos, esta idea, la del patriotismo constitucional, pueda ser defendida por sectores de la derecha, de la izquierda y del centro.

En el prólogo del libro, su autor señala como (cito textualmente): "El sentido último del libro es la defensa del pacto social que hizo posible la Constitución de 1978". En este sentido, aunque en el libro, Peces-Barba destaca tres obstáculos principales para el desarrollo de su idea de la España civil (el nacionalismo, la Iglesia y la derecha política), su análisis se hace desde el papel que estas cuestiones deben tener a la luz de la Constitución, manejando, eso sí, un concepto de Constitución abierta y susceptible de mejora; manejando una idea de lealtad a la Constitución que implica, por eso mismo, la posibilidad de reformarla en aquellas cuestiones justificadas por la evolución de las ideas, de la sociedad y, en definitiva, de la realidad española. En todo caso, de la lectura del libro se deduce que algunas de las reformas necesarias para Peces-Barba, independientemente de que se justifiquen por esa evolución, afectan a problemas que fueron resueltos a medias por el consenso constitucional de 1978.

## 2. LA ESPAÑA CIVIL Y LA LAICIDAD

Los tres principales referentes que aborda Gregorio Peces-Barba en relación con su modelo de España civil (nacionalismo, Iglesia católica y derecha política), son tratados desde perspectivas diferentes, si bien pueden reconducirse a dos. Por un lado, la que vendría representada por la lealtad a la Constitución; por otro, la que vendría representada por la defensa de un conjunto de valores que expresan una teoría ética identificable con los derechos humanos. La primera es la perspectiva presente al abordar las cuestiones del nacionalismo y de la derecha política; la segunda es la que se adopta a la hora de examinar el papel de la Iglesia católica.

En efecto, el examen del nacionalismo no se plantea desde una crítica a estas posiciones desde un punto de vista teórico, sino más bien desde el texto constitucional interpretado en conformidad con el pacto social del que trae su origen y a la vista de la realidad española. Así, la crítica principal hacia ciertos nacionalismos no es otra que la deslealtad a la Constitución. Y lo mismo cabe decir respecto al tratamiento de la derecha, si bien, en este caso, junto a la exigencia de la lealtad, aparecen consideraciones propias del planteamiento político del autor.

Por su parte, las referencias a la Iglesia católica, no toman, como en los casos anteriores, a la Constitución como principal referente. Su análisis se hace desde la defensa del pluralismo, de una determinada manera de entender los derechos humanos, de lo que en otros trabajos ha denominado como ética pública en comparación con la ética privada, y de la laicidad.

El tratamiento que Peces-Barba ha llevado a cabo en este libro de la Iglesia católica, ha sido una de las cuestiones que más se han discutido y criticado desde determinados medios de comunicación y por parte de algunos intelectuales. Muchas de esas críticas se han realizado desde planteamientos que, en definitiva, no diferencian entre ética pública y ética privada. No obstante, otras vienen de la mano de una mala comprensión del significado de la laicidad y de su equiparación con el laicismo, así como de una falta de atención a las reflexiones que Gregorio Peces-Barba lleva a cabo en la segunda parte de este libro (y de manera principal en el punto titulado "Valores y principios").

El término laicidad es normalmente utilizado para hacer referencia a un principio que excluye en el ámbito público toda dominación o toda restricción de la libertad basada en un credo religioso. Se utiliza así para exponer un criterio ideal sobre el tratamiento de las religiones por parte de los Estados y, también sobre el papel que éstas deben desempeñar en el ámbito de la sociedad civil.

Si todo sistema jurídico se caracteriza por el desempeño de una determinada función, la de ejercer el control y la dirección social (que puede luego descomponerse en otras), la laicidad supone especificar algunos de los fines presentes en el desempeño de esa función. Supone así establecer un marco de actuación estatal, o si se prefiere, señalar una serie de parámetros básicos que deben presidir el funcionamiento del Estado y ser trasladados al sistema jurídico.

Con carácter general, y tal vez insuficiente, estos parámetros pueden ser reconducidos a la defensa del derecho a la libertad de conciencia y a la no justificación de la diferenciación positiva por motivos religiosos. Ciertamente incluso podría señalarse, en una primera aproximación, que lo verdaderamente particular de este principio radica en este segundo parámetro, ya que el derecho a la libertad de conciencia posee un alcance que trasciende la dimensión religiosa.

Los parámetros que añade la Laicidad al funcionamiento del Estado, suelen ser descritos en términos de neutralidad. La Laicidad implicaría así que el Estado no promoviera ninguna concepción del bien, que no situara ninguna concepción moral o política por encima de cualquier otra. Vistas así

las cosas, el principio de Laicidad supondría que toda concepción del bien, toda concepción religiosa o toda concepción ética es buena o también que es mala, y que por ello, no debe ser propuesta como marco regulador de la convivencia social. Siguiendo con este razonamiento, el principio de Laicidad se apoyaría en un relativismo ético que serviría precisamente de fundamento a esa neutralidad.

No obstante, lo anterior debe ser matizado. El ideal de neutralidad que va unido a la Laicidad se entiende dentro del contexto del examen del fenómeno religioso y se apoya en la defensa de una serie de valores, con lo que queda fuera del relativismo ético. Implica tolerancia entendida en un sentido contemporáneo y justificada desde un punto de vista moral.

Como señaló Norberto Bobbio, en su trabajo "Las razones de la tolerancia", desde un punto de vista histórico, la tolerancia ha sido justificada mediante tres argumentos. El primero es el de la prudencia política, y supone justificar la tolerancia como mal menor o como mal necesario. Normalmente, el tolerante por razones políticas, en palabras de Bobbio "es al que le importa mucho que triunfe una verdad, la suya, pero entiende que a través de la tolerancia, su fin, que es el de combatir el error o impedirle que produzca daños, se alcanza mejor que con la intolerancia". El segundo es el del método, e implica adoptar un punto de vista relativo a la convivencia civil. La tolerancia se justifica como método de persuasión, el rechazo de la violencia como manera de imponer un ideal. Implica valorar la racionalidad de los seres humanos y es un argumento que sirve para justificar igualmente a los sistemas democráticos. El tercero es el moral, y justifica la tolerancia en el respeto al otro. Implica el reconocimiento del derecho a creer según la conciencia. Según Bobbio: "Desde este punto de vista la tolerancia no es solamente un mal menor, no es solo la adopción de un método de convivencia con preferencia a otro, sino que es la única respuesta posible a la imperiosa afirmación de que la libertad interior es un bien demasiado alto para no ser reconocido, e incluso reclamado. Aquí la tolerancia no es querida por ser socialmente útil o políticamente eficaz, sino porque es éticamente obligatoria".

La neutralidad que demanda la idea de Laicidad, se enmarca en el ámbito de una justificación moral de la tolerancia y desde el reconocimiento de la libertad de conciencia. En este sentido, puede suponer neutralidad del Estado ante las religiones, pero siempre desde el respeto a una serie de opciones de índole axiológico y que separan esta idea del relativismo extremo (tanto de índole individual como cultural).

Los parámetros que expresa el principio de Laicidad, aunque poseen una proyección en el fenómeno religioso, se entienden en el marco de una teoría ética que, en cierta medida se corresponde con la teoría de los derechos humanos. No es así extraño que exista una clara conexión entre Laicidad y derechos humanos, o mejor, entre laicidad y una determinada forma de entender los derechos humanos.

La Laicidad implica una serie de valores irrenunciables tales como la autonomía, la libertad, la igualdad y la universalidad, que se proyectan en el tratamiento del fenómeno religioso. Así implica la defensa de la libertad de conciencia desde la exaltación que posee la autonomía individual, y todo ello desde el reconocimiento del valor universal que poseen los seres humanos y de la relevancia que posee la no discriminación por motivos religiosos.

El término Laicidad se constituye así en un principio fundamental de lo que G. Peces-Barba ha denominado como *Ética Pública de la Modernidad*. En efecto, la relación entre Laicidad y *Ética Pública de la Modernidad*, es clara si entendemos a ésta última como (cito textualmente sus palabras en "Ética, Poder y Derecho"), la "configuración de 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... organización incompatible con ofertas morales excluyentes que pretenden el monopolio de la verdad".

La importancia de la tolerancia basada en una argumentación moral, que está detrás del principio de Laicidad, se traduce en la exigencia de un Estado neutral ante las religiones. Esta forma de entender la Laicidad no tiene por qué identificarse con hostilidad hacia las religiones, aunque es cierto que implica siempre adoptar una especie de precaución ante ellas.

Significa tratar a las religiones como teorías éticas que, serán admisibles en el ámbito privado en la medida en que sean compatibles con los valores que he venido señalando, y sólo podrán acceder al ámbito público en la medida en que sean capaces de estar apoyadas en una argumentación de tipo racional, desprovista de la dimensión religiosa como argumento de autoridad, y susceptible de integrar en el espacio de discusión pública democrática.

El principio de Laicidad justifica la posibilidad de rechazar la práctica de determinados credos y usos que afectan a los derechos humanos, en el sentido de que manifiestamente implican la transgresión de sus valores básicos. Y es importante recalcar que en este punto no se estaría actuando con-

tra una religión sino contra unas prácticas independientemente de su origen religioso.

### 3. LA ESPAÑA CIVIL Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

Sobre la Reforma de la Constitución, Peces-Barba se refiere principalmente y de manera explícita a cuatro asuntos: (i) la referencia a la nueva realidad de la Constitución europea; (ii) la reforma del Senado para convertirla realmente en una Cámara de representación territorial; (iii) la enumeración de las Comunidades autónomas y de Ceuta y Melilla y, de paso, la reforma e incluso desaparición total o en parte de ciertos artículos esenciales para la configuración de las Autonomías pero que hoy ya no tienen sentido; (iv) por último la cuestión de la sucesión de la Corona.

Es cierto que a lo largo del libro, Gregorio Peces-Barba deja caer otras posibles reformas, entre las que destaca la relativa al Consejo General del Poder judicial, y que afectaría al artículo 122.3, proponiendo una reducción de su composición (pasando de 20 a 10) y la elección en su totalidad por las Cortes Generales entre juristas de prestigio (ya sean jueces o no).

Ahora bien, estas sugerencias podrían verse complementadas en coherencia con el pensamiento de Peces-Barba manifestado en otros trabajos. No se ha hecho aquí pero podría haberse apuntado. Su ausencia en el libro puede deberse a que realmente no se trata de reformas que él apoyaría. No obstante, no me resisto a señalar algunos ejemplos ya que, como digo, creo que están en coherencia con lo manifestado en otros trabajos de este profesor.

Así, en primer lugar, el profesor Peces-Barba, al hilo de su reflexión sobre la Iglesia católica podría también haber apuntado la posibilidad de reformar el artículo 16.3 en lo que se refiere a la referencia explícita a esta Iglesia. En segundo lugar y en materia de derechos humanos, podría también hacerse referencia a una posible reforma del artículo 13.2 en relación con el 23 para dar entrada a la participación política de inmigrantes residentes (dando paso a la sustitución del paradigma de la nacionalidad por el de la residencia). O también, en materia de derechos, a la reforma del artículo 49, no ya sólo en el sentido que en algún momento se ha expresado desde el Gobierno de la Nación, de omitir la referencia a los disminuidos físicos y hablar de personas con discapacidad, sino también introduciendo una referencia explícita a la accesibilidad universal, que es uno de los derechos más rele-

vantes y que más directamente afectan a este colectivo. Por último, y en coherencia con su forma de entender el papel de los jueces y de sus sentencias, aunque ciertamente tengo mis dudas de que realmente el profesor Peces-Barba estuviera totalmente de acuerdo, la posible incorporación al artículo 161 (tal y como estaba en el proyecto de Constitución) del recurso de inconstitucionalidad frente a la “jurisprudencia en cuanto sea complementaria del Ordenamiento jurídico”.

#### 4. LA SEMBLANZA INTELECTUAL

Las reflexiones de Peces-Barba no acaban en esos cuatro asuntos que he venido destacando (nacionalismo, Iglesia Católica, derecha política y reforma de la Constitución), sino que se proyectan sobre otra serie de cuestiones, algunas muy cercanas a su actividad actual (como es la cuestión de la atención a la víctimas del terrorismo) y otras de carácter más general que son presentadas como otros obstáculos para el desarrollo de su idea de una España civil.

La experiencia de Gregorio Peces-Barba, en el Alto Comisionado para la Ayuda a las Víctimas del Terrorismo, ha puesto de manifiesto como la cuestión de las víctimas del terrorismo está siendo abordada tanto por los partidos políticos, como por los movimientos asociativos como por los medios de comunicación, desde un exceso de politización, pero de una politización al modo schmittiano del amigo-enemigo. Y ello, guarda por cierto relación con las cuestiones que Peces-Barba presenta como obstáculos para la construcción de la España civil y que, en su aspecto propositivo, se reconducen a la necesidad de normalizar constitucionalmente a la sociedad desde el respeto a los valores constitucionales.

La última parte del libro, titulada “Semblanza intelectual”, comienza con referencias a aquellos que han influido en su pensamiento, a sus discípulos y, por último a la Universidad Carlos III de Madrid. Junto a ello, expone sus principales intereses intelectuales y los principios que han guiado su vida intelectual. Ciertamente, esta parte, es de lectura obligada para todos aquellos que quieran profundizar en su pensamiento.

Las referencias a aquellos que más le han influido, permiten entender el primer origen de algunas de las principales propuestas de Gregorio Peces-Barba en el ámbito de la Teoría del Derecho, de la Filosofía Política y de la

Historia de las ideas. No obstante, y desde mi punto de vista, queda sin cubrir uno de los principales ámbitos científicos de este profesor como es el de los derechos humanos. Dicho de otra manera, los autores que son destacados en el libro, permiten entender su posicionamiento en los campos antes citados, pero se echa en falta las referencias que le han servido para su construcción de los derechos humanos (aunque es cierto que estas referencias seguramente aparecen a través de la alusión que hace a otros ilustres pensadores).

En todo caso, de la lectura de esta última parte se deduce que Gregorio Peces-Barba ha sido el verdadero creador de una escuela, compuesta por profesores e investigadores con intereses a veces separados, pero que comparten un mismo origen y que se han formado en un estilo universitario. Aunque el término escuela no sea en la Universidad actual muy utilizado, seguramente por el significado que puede tener vinculado a una escolástica ramplona y acrítica, creo que es posible hablar de la escuela de Gregorio Peces-Barba (por cierto, ya lo hizo en su día Bobbio, cuando en una de sus últimas visitas a España dijo *"mi glorio de la scuola di Gregorio"*).

Pero además, ha sido el verdadero creador de una Universidad, la Carlos III de Madrid. Creo que nadie de los que hemos vivido su creación y desarrollo puede negar que lo que es y lo que no es la Universidad Carlos III de Madrid, se lo debemos, en gran parte (tal vez en todo) a Gregorio Peces-Barba. La lectura del punto del libro dedicado a la Universidad, sirve para entender el compromiso de Peces-Barba hacia esta institución.

Como suele ocurrir, el libro describe la personalidad del autor, un intelectual comprometido con la política, un intelectual moderado y compenador desde unos principios sólidos anclados en el pensamiento socialista democrático e ilustrado, un universitario de vocación y dedicación, un filósofo del Derecho abierto, plural y riguroso, una persona generosa, cordial, auténtica y leal.

RAFAEL DE ASÍS ROIG  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
e-mail: [rafael.asis@uc3m.es](mailto:rafael.asis@uc3m.es)



**Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005, 135 pp.**

CARMELO J. GÓMEZ TORRES  
*Universidad de Barcelona*

**PALABRAS CLAVE:** igualdad, Constitución, derechos económicos, sociales y culturales  
**KEY WORDS:** equality, Constitution, economic, social and cultural rights

Gustaba a Wolfgang Goethe incluirse en la estirpe de aquellos que desde lo oscuro aspiran a lo claro. A ese mismo linaje intelectual pertenece el Autor de la obra objeto de este comentario, como reiteradamente han puesto de relieve –también en estas mismas páginas– numerosos lectores y autorizados críticos de su ya ingente producción científica. En su libro ha pretendido ofrecer una visión diáfana de un concepto tan impreciso, equívoco y proteico como el de la igualdad. Se ha propuesto también urbanizar la jungla doctrinal, normativa y jurisprudencial de fuentes en las que se explicita esta importante categoría jurídica. La oportunidad de estos propósitos constituye, de por sí, razón suficiente para hacer atractiva y estimulante la lectura del texto del profesor Pérez Luño.

Es notorio que la igualdad suscita el fervor popular. Ello es debido a su misma condición de anhelo inspirador de todos los movimientos emancipatorios. En particular, desde la génesis del constitucionalismo moderno su presencia ha sido una cita obligada en las Leyes básicas de los sistemas políticos democráticos; vinculada las más de las veces, en relaciones de armonía o tensión, al otro valor jurídico-político fundamental: la libertad. Por eso, decir que la igualdad es una de las piezas claves informadoras de la Constitución española de 1978 es algo que saben o intuyen buena parte de ciudadanos. Reconocer que la igualdad ha sido una de las categorías más invocadas y utilizadas en nuestra incipiente experiencia jurídico-constitucional tampoco es algo novedoso para cualquier profesional del derecho mínima-

mente avisado. Ahora bien, tratar de dar cuenta de la significación y alcance de la igualdad, como categoría jurídico-política básica, y asumir su relevancia en nuestro sistema constitucional supone, para el filósofo o el teórico del derecho, una tarea ardua e indócil, que se resiste a ser cumplida plena y satisfactoriamente. Este es el empeño intelectual de la obra aquí comentada.

El libro se halla integrado por cuatro capítulos que recogen y, en cierto modo, compendian el resultado de una inquietud y labor intelectual de su Autor que abarca un espacio de veinticinco años. El texto ahora publicado supone la reelaboración y actualización de las investigaciones anteriormente realizadas por el profesor Pérez Luño en esta materia. La obra se ha hecho eco de algunas de las más significativas aportaciones, españolas y extranjeras, en las que ese fenómeno se ha concretado. En sus páginas se ha tratado de dar cuenta de la diversidad de horizontes ideológicos y doctrinales, así como de la multiplicidad de planos que confluyen en el significado y alcance de la igualdad, en la teoría y en la práctica del derecho. El propio título del trabajo pretende reflejar su contenido: la pluralidad dimensional de la igualdad.

El primer capítulo del libro trae causa de un curso realizado por el Autor al iniciarse la década de los ochenta del pasado siglo, coincidiendo con el inicio de las actividades del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense. Su temática versa sobre las Dimensiones de la igualdad formal. En dicho capítulo se tratan sucesivamente las principales manifestaciones del principio de la igualdad ante la ley: la igualdad ante la ley como exigencia de generalidad; la igualdad ante la ley como exigencia de equiparación; la igualdad ante la ley como exigencia de diferenciación; y la igualdad ante la ley como exigencia de regularidad del procedimiento.

El capítulo segundo tiene por objeto el estudio sincrónico y diacrónico de las principales versiones de la igualdad material. Tuvo también su origen en un curso impartido en el Instituto de Derechos Humanos. En sus páginas se da cuenta, en apretada síntesis, de las más relevantes vicisitudes doctrinales y políticas que han contribuido a perfilar la versión material o sustantiva de la igualdad.

En el capítulo tercero se acoge una investigación iniciada por el Autor en el verano del año 1986. En esa época disfrutó de una primera beca del Max-Planck Institut en Heidelberg para llevar a cabo un estudio comparativo sobre el alcance del principio de igualdad en los sistemas constitucionales alemán y español. En años posteriores se trasladó a esa vieja capital uni-

versitaria germana con el propósito de poder culminar ese proyecto intelectual. A pesar del tiempo y el esfuerzo dedicados a la elaboración de ese estudio, abstracción hecha de alguna aportación puntual, el Profesor de Sevilla no ha concluido todavía la auspiciada obra de conjunto sobre la materia.

Fruto de aquellas investigaciones ha sido el trabajo "Sobre la igualdad en la Constitución española", que ahora constituye el núcleo de este capítulo. El sistema constitucional español no ha sido una excepción en la tendencia de todos los ordenamientos jurídicos de los Estados de derecho del presente, cifrada en la relevancia que la igualdad asume en su triple faceta de valor, principio y norma. Esa importancia se ha visto corroborada por la constante y creciente ampliación de los materiales científicos y jurisprudenciales relativos a la categoría de la igualdad. Precisamente, el acopio de pronunciamientos al respecto del TC deviene una fecunda herramienta para quienes pretendan analizar la relevancia de la igualdad en nuestro sistema jurídico.

El capítulo cuarto estudia la relación existente entre los valores de igualdad y solidaridad, cuyos respectivos significados se entrecruzan y, en muchas ocasiones, se confunden. En este apartado, el Autor, ofrece un enfoque riguroso y preciso de ambas nociones, delimitando su respectivo ámbito conceptual.

Los cuatro capítulos que integran el libro corresponden, por tanto, a esos cuatro momentos descritos en los que se ha venido decantando el interés y estudio sobre la temática de la igualdad, por parte del Autor, con la imprescindible actualización de algunas de las referencias bibliográficas y jurisprudenciales incluidas en los primeros. Advierte Pérez Luño que, en todo lo esencial, puede hacerse actualmente solidario de las ideas y tesis sobre la igualdad que se infieren de sus primeros trabajos sobre la materia. Sólo destaca una excepción relevante, que hace referencia al valor de la persona o sujeto titular de los derechos. El afán por hacer de la igualdad el valor-guía de los derechos económicos sociales y culturales, que inspiró sus dos primeras aportaciones sobre esa categoría, le llevó a magnificar la trascendencia axiológica de lo social y colectivo, con un cierto detrimento del sujeto individual. Para impugnar el individualismo soslayaba, en ocasiones, la ineludible centralidad de la persona, del sujeto individual como titular básico de los valores y derechos humanos. Se trataba de un planteamiento metódico que podía afectar al núcleo sustantivo de la investigación. Hoy, entiende más

adecuado al método y al contenido de cualquier reflexión sobre los derechos humanos, así como sobre los valores que los fundamentan -por tanto, sobre cuanto concierne a la igualdad- reconocer a lo subjetivo el puesto y la tarea central que le corresponde en el edificio de la cultura humanista.

Estimo que un ejemplo relevante de la lúcida investigación sobre la incidencia de la igualdad en nuestra experiencia jurídica de los últimos años, que se desprende de esta obra, puede inferirse de sus tres observaciones conclusivas sobre su significado y alcance en el sistema constitucional español. Sobre ello, señala Pérez Luño que:

- a) La igualdad ha actuado y actúa como *texto normativo*. Su positivación como valor, principio y derecho fundamental reconocido expresamente en la Constitución española de 1978, ha dotado a la igualdad de un sólido status normativo, con los consiguientes efectos en el plano legislativo, jurisprudencial y en la ciencia jurídica española del presente.
- b) Al propio tiempo, la igualdad ha constituido un insoslayable *contexto normativo*, para la interpretación y aplicación de todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico. La irradiación axiológica de la igualdad ha operado en determinadas ocasiones como una atmósfera para entender y hacer operativas las cláusulas emancipatorias, que se derivan de la definición de nuestro sistema político como Estado social y democrático de derecho que propugna como uno de sus valores superiores la igualdad (art. 1.1 CE).
- c) Pero resulta también obligado reconocer que, en nuestra experiencia jurídica constitucional, la apelación al derecho a la igualdad ha jugado el papel, en demasiadas ocasiones, de un *pretexto normativo*. En este sentido, el art. 14 CE ha sido tras el art.24 CE, referido a la tutela judicial efectiva, el precepto más invocado en los recursos de amparo ante nuestro Tribunal Constitucional. Esa continua apelación a la igualdad no se ha hallado exenta de determinadas prácticas abusivas. Se ha recurrido asiduamente a la igualdad por quienes han visto en ella una artimaña jurídica para extender la tutela del juicio de amparo a supuestos para los que no estaba previsto en el diseño constitucional. El carácter abierto, proteico y expansivo de la igualdad, ha sido abusivamente manipulado, con interpretaciones arbitrarias y forzadas, para conectarla con supuestos y relaciones jurídicas ajenos a ella.

El Autor expresa su reconocimiento a la decidida y decisiva colaboración del Prof. Dr. Rafael González-Tablas, cuya pericia y paciente empeño

ha posibilitado recuperar y procesar en soporte informático actualizado los textos de sus primeros trabajos sobre la igualdad. Asimismo, ha cuidado de la normalización de las citas y del índice bibliográfico general, lo que redundará en una lectura más provechosa.

Recuerda Pérez Luño la observación de Ortega, con respecto a la Historia, que: "termina pero no acaba". Algo semejante podría predicarse del estudio de la igualdad como categoría jurídica y de su significación en el sistema constitucional. Una sociedad pluralista y compleja, abocada a transformaciones y cambios constantes, tiene en la igualdad una categoría jurídica clave para los procesos de adaptación y/o respuesta a los nuevos retos económicos, tecnológicos, sociales y políticos. La legislación, la jurisprudencia y la doctrina han prestado y prestan una atención cualificada a la igualdad, al ser conscientes de su protagonismo y su virtualidad en los sistemas jurídicos democráticos.

CARMELO J. GÓMEZ TORRES  
*Universidad de Barcelona*  
*e-mail: carmelogomez@ub.edu*



**Robert WALTER, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Manz Verlag,  
Viena, 2004**

LUIS VILLAR BORDA  
*Universidad Externado de Colombia*

**PALABRAS CLAVE:** tribunal constitucional, positivismo, interpretación  
**KEY WORDS:** constitutional court, positivism, interpretation

El amplio conocimiento que se tiene de Hans Kelsen como teórico, internacionalista, iusfilósofo, constitucionalista, contrasta con lo poco que se sabe de otras actividades suyas desarrolladas en una larga vida de dedicación al derecho. Entre esos aspectos relativamente inéditos se encuentra su labor de once años (1919-1930) como Juez constitucional en el Tribunal Constitucional de Austria. De ahí el interés de la obra *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*<sup>1</sup> recientemente publicada dentro de la Serie del Instituto Hans Kelsen de Viena y de la que es autor el profesor Robert Walter, Director conjuntamente con el profesor Clemens Jabloner del mencionado Instituto.

En buena parte la ignorancia acerca de esa tarea se debe, como lo señala el profesor Walter, a que dentro del sistema de la colegiatura judicial de Europa continental es tradicional que la actividad del juez se mantenga cubierta de toda publicidad. "La jurisprudencia de un Tribunal aparece en primera línea, mientras las personalidades que la conforman permanecen en reserva". Sólo con la apertura de los archivos se puede aclarar la participación que ha tenido un miembro en las decisiones de "su corporación", nos informa Walter.<sup>2</sup> Hoy, a más de setenta años de distancia, ha sido posible el completo acceso a los protocolos preparatorios y descubrir así la contribución de Kelsen a la conformación de la doctrina constitucional en el lapso referido.

---

<sup>1</sup> R. WALTER, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Manz Verlag, Viena, 2004.

<sup>2</sup> R. WALTER, *op.cit.*, p. 1.

Nadie más preparado profesionalmente para desempeñar la función de juez constitucional que Kelsen. Como principal redactor de la Constitución definitiva de la primera república austriaca, Kelsen consideró que “el establecimiento de un Tribunal Constitucional era la pieza jurídica central”<sup>3</sup>. Nada más natural, pues, que se le eligiera unánimemente y en forma vitalicia por la Asamblea Nacional, que designaba a la mitad de los miembros mientras el Senado Federal tenía el encargo de escoger la otra mitad. Kelsen cumplía esas funciones desde 1919 en el Tribunal creado por ley de ese mismo año en la etapa provisional de la naciente república.

Las competencias atribuidas al Tribunal fueron:

1. Sobre las reclamaciones pecuniarias contra la Federación, las provincias o las localidades, que no puedan resolverse por la vía legal ordinaria.
2. Sobre determinados conflictos de competencias.
3. Sobre la legalidad de los reglamentos.
4. Sobre la constitucionalidad de las leyes.
5. Sobre la impugnación de determinadas elecciones.
6. Sobre acusaciones a órganos superiores.
7. Sobre el desconocimiento de los derechos constitucionalmente garantizados por decisiones de los funcionarios administrativos.

La actual Constitución mantiene las mismas líneas generales, si bien ha agregado otras atribuciones, como la relativa a la ilegalidad de los tratados y sobre las violaciones contra el derecho internacional<sup>4</sup>.

Ya fuera como ponente o como miembro del Tribunal, la labor de Kelsen durante esos diez años fue muy intensa. De ella presenta un resumen la obra de Walter en cada uno de los frentes de trabajo correspondientes a las funciones que atrás se detallan, destacando algunas, en la imposibilidad de hacerlo con todas, teniendo en cuenta en especial la posición jurídica de Kelsen en los diferentes temas.

Los principales rasgos que caracterizaron la tarea jurisprudencial de Kelsen pueden puntualizarse así:

1. Kelsen reconoce la labor creadora de derecho del Tribunal Constitucional, que se hace especialmente evidente en su estilo de interpretación;

<sup>3</sup> R. A. METALL, *Hans Kelsen, vida y obra*, UNAM, México, 1976.

<sup>4</sup> D. COLAS, *Textes constitutionnels français et étrangers*, Larousse, Paris, 1994.

2. Contra lo que se repite a veces, más que todo por desconocimiento de la doctrina de Kelsen, éste rechazaba una interpretación “demasiado formalista”.

3. En algunos casos en los que se enfrentaron el método de interpretación literal y el histórico-subjetivo, Kelsen optó por el primero, pues tratándose de un asunto evidente se impone su carácter objetivo sobre la arbitrariedad que representa adjudicar una determinada “voluntad” al legislador. Es claro que no todos los casos son evidentes y que, como lo enseña Kelsen en su *Teoría Pura*<sup>5</sup> frecuentemente “el sentido de la norma no es unívoco”; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante varios significados posibles. También la indeterminación del acto jurídico a efectuarse puede resultar de la existencia de dos normas válidas contradictorias. Por lo tanto la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales -en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse- tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal.”<sup>6</sup> En esa misma obra Kelsen sostiene que ningún método es infalible para llegar a una sola respuesta correcta, pues siempre hay un margen de indeterminación entre la norma superior y la inferior en la gradación jurídica. De ahí que el Juez sea creador de derecho con una relativa libertad para el cumplimiento de esa función. Tampoco, señala Kelsen, existe un método para que el Legislador haga, interpretando la Constitución, la única ley correcta. De allí la libertad, en el caso del Legislador más amplia que la del juez, para crear normas.

Las anteriores consideraciones no corresponden, como es obvio, a su actividad judicial, pues la obra citada es posterior, o sea del año 1934, en su primera edición, y de 1960 la segunda, considerablemente ampliada por el autor, pero considero útil llamar la atención sobre ellas, pues no puede desligarse su calidad de Juez de su labor doctrinal. En muchos aspectos ésta se hizo presente en sus sentencias, observa Walter, como por ejemplo en sus exposiciones sobre aceptación de derogación o inconstitucionalidad.

No podemos entrar a detallar aquí las numerosas decisiones investigadas por el profesor Walter, pero si queremos destacar una que muestra la si-

---

<sup>5</sup> H. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México, 1982, pp. 349 ss.

<sup>6</sup> H. KELSEN, *op.cit.*, p. 352.

tuación política de Austria en vísperas de ser anexada por la Alemania de Hitler, la creciente influencia del fascismo en la conducción del Gobierno y la necesidad de eliminar o “domesticar” al Tribunal Constitucional, como uno de los escollos para el completo predominio autoritario, antesala de la dictadura.

Se trata de la importancia que adquirió la llamada sentencia sobre dispensas de matrimonios. El biógrafo de Kelsen, Métall<sup>7</sup> nos ha relatado en detalle el problema, que ahora recuerda Walter en la obra comentada.

De acuerdo con la ley austriaca el matrimonio católico era indisoluble, siguiendo en todo la doctrina de la Iglesia Católica sobre el particular. Una situación semejante a la que vivió Colombia por largo tiempo. Solo se aceptaba la separación de los cónyuges<sup>8</sup>, pero no el divorcio vincular. Por consiguiente cualquier segundo matrimonio de uno de los cónyuges, en tanto estaba vigente el primero, era sancionado penalmente como bigamia.

Sin embargo, el Código Civil de Austria, por la influencia del poder monárquico, autorizaba una dispensa de los impedimentos por parte del Emperador o sus representantes, lo que permitía que las personas en la situación descrita pudieran volver a casarse. Tratándose de un acto de gracia del Monarca no se señaló ningún límite al otorgamiento de tales dispensas. Al establecerse la República tales disposiciones siguieron vigentes, pues los partidos católicos y de derecha se opusieron siempre a una reforma del régimen matrimonial, y en contrapartida aceptaron que las dispensas continuaran. Esa tolerancia no siguió mucho tiempo.

La contradicción entre los dos principios, el de la indisolubilidad del matrimonio y el de las dispensas, se puso de manifiesto desde el momento en que un tribunal declaró inválida una dispensa otorgada por una autoridad administrativa. En adelante se multiplicaron los casos de invalidación.

El tema llegó al Tribunal Constitucional como conflicto de competencias. Era evidente que un Tribunal ordinario carecía de competencia para pronunciarse sobre la ilegalidad de un acto administrativo, para cuyo conocimiento solo era competente el Tribunal Constitucional. Es un punto que Kelsen explica detenidamente en su autobiografía y que él defendió con éxito en el Tribunal Constitucional.

---

<sup>7</sup> R. A. METALL, op. cit., pp. 54 ss.

<sup>8</sup> La cesación de los deberes matrimoniales de “mesa y lecho”.

La actitud del Tribunal Constitucional -dice Kelsen- nada tenía que ver con la cuestión de la legalidad o ilegalidad del otorgamiento de la dispensa matrimonial hecha por la autoridad administrativa y que constituía el acto reclamado por los tribunales. La Corte se limitaba a cumplir su tarea de mantener los límites de competencia existentes entre tribunales y autoridades administrativas.

El tema fue utilizado por las fuerzas reaccionarias para adelantar una verdadera cruzada, especialmente por medio de la prensa, contra la Corte Constitucional, que llevó finalmente a su disolución en 1929 y la destitución de los jueces "vitalicios" a partir del 15 de febrero de 1930. La reorganización de la Corte que siguió solo pudo conducir a su sometimiento al gobierno, como lo previó Kelsen al no aceptar que se le postulase para integrarla. Su anuncio se cumplió de inmediato.

Bien vale la pena transcribir la anotación que uno de los más grandes escritores de lengua alemana, Robert Musil, el autor de *El hombre sin calidades*, escribiera en su diario, como lo rememora el mismo MétaI:

*"En el diario aparece hoy que, con fundamento en la nueva ley, el Tribunal Constitucional ha sido recientemente constituido. En lugar de dos famosos juristas, Kelsen y Lauer, ha llegado un profesor universitario social-cristiano.....también hoy en la mañana pensé que se debería fundar una unión contra la difusión de la estupidez"*<sup>9</sup>.

Debemos felicitarnos de la dedicación del profesor Walter, uno de los más autorizados interpretes de la doctrina kelseniana, a la cual ha hecho aportes invaluable, al adelantar esta paciente y sistemática indagación sobre la tarea jurisprudencial de Kelsen en los diez años de judicatura en el Tribunal Constitucional de Austria. Con esta publicación se completan 27 volúmenes en la Serie del Instituto Hans Kelsen de Viena.

LUIS VILLAR BORDA  
Universidad Externado de Colombia.  
e-mail: [joillar@uexternado.edu.co](mailto:joillar@uexternado.edu.co)

---

<sup>9</sup> Viena, 6 de febrero de 1930, reproducido por METALL, op. cit.



**Pedro CEREZO GALÁN (ed.), *Democracia y virtudes cívicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, 430 pp.**

LUIS LLOREDO ALIX  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**PALABRAS CLAVE:** virtud cívica, virtud pública, racionalidad práctica, filosofía moral, republicanismo.  
**KEY WORDS:** civic virtue, public virtue, practical reason, moral philosophy, republicanism.

Cuenta Aristóteles, en su *Constitución de Atenas*, cómo hubo un tiempo en el que se hizo necesario comenzar a incentivar económicamente a los ciudadanos de la *polis* para que acudieran a la Asamblea, puesto que la recurrente falta de un número suficiente de votantes impedía con frecuencia alcanzar el quórum necesario para sacar adelante las resoluciones. Dicho incentivo, para mayor vergüenza de la hasta entonces intachable virtud cívica de los atenienses, tuvo que ser aumentado progresivamente de uno a tres óbolos, dado el persistente y creciente absentismo político: la falta de interés por los asuntos públicos se presentaba, así, como un claro síntoma de la crisis de la democracia. Este mismo hecho es utilizado más tarde por Aristófanes como motivo de una de las escenas de su hilarante comedia *La Asamblea de las mujeres*, donde hace una mordaz burla del escarnio que para él suponía el que los ciudadanos estuviesen más preocupados por ganar una miseria de incentivo, que por atender a la política de la ciudad. La situación dibujada por el comediógrafo no puede ser más grotesca: Blépiro, uno de los miembros de la Asamblea, sale por la mañana de su casa con atuendo de mujer, pues su esposa le había robado los vestidos, para intentar aliviar sus necesidades. Al sufrir de problemas de estreñimiento, no obstante, se ve obligado a invertir bastante tiempo y un notable esfuerzo en dicha tarea. Mientras se halla en tan poco decoroso trance, aparece otro personaje en es-

cena, por quien se entera de que, entretanto, la Asamblea ya se ha reunido, ha votado y se ha disuelto. Sin embargo, y contra todo pronóstico, lejos de dolerse por no haber podido acudir a deliberar con los demás, o por haber faltado a sus obligaciones, su lamento tiene por causa el haber perdido el trióbolo con el que estaba remunerada la asistencia a las votaciones: “¡Infeliz de mí! ¡Oh, Antíloco! Llórame más vivo sin el trióbolo que muerto con él; perdido soy”.

Tanto la preocupación de Aristóteles, al señalar semejante estado de la democracia, como la de Aristófanes al burlarse del mismo, tienen que ver con la palmaria decadencia en el ejercicio de la virtud cívica por parte de los ciudadanos. Sin ésta, parecen querernos decir ambos, la república naufraga irremisiblemente. Pues bien, creo que la elección de este motivo supone un buen punto de partida para ilustrar la orientación que subyace a todos los ensayos que integran el libro objeto de esta recensión: que la virtud cívica constituye un elemento irrenunciable para la salud de todo sistema democrático. La práctica constante de unos valores éticos en el seno del espacio público, la participación activa en las labores de crítica y deliberación sobre los asuntos de la *polis* o la conciencia de que la democracia lleva aparejada, junto a sus reglas y procedimientos, también una moral de base que es imprescindible ejercitar, son los componentes que definen esa virtud. Pero nada mejor para ilustrar esto, que la preciosa e iluminadora sentencia de Montesquieu elegida por el coordinador como exordio del volumen: “No hace falta mucha probidad para que un gobierno monárquico o un gobierno despótico se mantenga. La fuerza de las leyes en el primero, o el brazo del príncipe permanentemente elevado en el segundo, todo lo regulan y contienen. Pero, en un estado popular, hace falta un resorte de más, que es la virtud”.

A este “resorte de más”, por seguir con la afortunada expresión de Montesquieu, es al que se dedican los trece ensayos de esta obra. Partiendo de un planteamiento teórico inicial, en el que se analiza lo que se quiere decir con el concepto de virtud pública, así como de un rápido repaso introductorio sobre la fortuna que ha tenido en la historia de la filosofía y la práctica políticas, se incluye a continuación una retahíla bastante exhaustiva de virtudes particulares, que van siendo desentrañadas a lo largo de cada capítulo y por parte de cada uno de los diferentes autores que participan en el volumen. Así, en el primer bloque, Victoria Camps indaga sobre el concepto de virtud cívica, adelantando muchas de los conceptos y orientaciones teóricas que se irán encontrando a lo largo de todo el libro. En un segundo blo-

que, Fernando Quesada explora sobre la vinculación de la virtud pública con la génesis de la democracia liberal representativa, mientras que Carlos Thiebaut y Javier Muguerza reflexionan, respectivamente, sobre las virtudes de prudencia y razonabilidad. A continuación, en un tercer bloque, José Rubio Carracedo analiza el significado de la civilidad, Pedro Cerezo discute sobre el controvertido valor de la tolerancia, y Elías Díaz se pregunta por el posible valor del respeto a la ley como virtud cívica. El cuarto bloque se abre con una reflexión de Amelia Valcárcel en torno al complejo binomio libertad-igualdad, mientras que Fernando Vallespín se atreve con la justicia y Ramón Vargas-Machuca con la solidaridad. Por último, en el quinto bloque, Rafael del Águila se ocupa de la responsabilidad, Adela Cortina de la profesionalidad y Domingo Blanco del también controvertido valor del patriotismo. Pero, antes de entrar a profundizar más pormenorizadamente sobre el variopinto contenido de cada uno de estos capítulos, creo conveniente adelantar una serie de aspectos generales por los que estimo que la publicación de este libro merece un especial interés.

En primer lugar, desde un punto de vista político, creo que es fundamental ser conscientes de la importancia de la virtud pública como sostén de la democracia. O, mejor aún, como práctica efectiva y cotidiana de la democracia, tanto en lo que atañe a la esfera de la ciudadanía, como en lo que se refiere a los propios poderes públicos. Porque, cuando hablamos de virtud cívica o de virtud pública, no sólo estamos lanzando un requerimiento de participación y activismo político a los ciudadanos, ni estamos alentando exclusivamente la génesis de una sociedad civil fuerte e implicada con los valores democráticos. En realidad, estamos involucrando también, y si cabe con mayor énfasis, a toda la clase política, desde los aparatos de los partidos, hasta los gobernantes y las instituciones públicas. Señalaba Kant, en un famoso pasaje de *Sobre la paz perpetua*, que “incluso para un pueblo de demonios” sería posible establecer un Estado que funcionase de acuerdo con principios de justicia. Según el filósofo alemán, en efecto, se trataría de diseñar un sistema de leyes coactivas, una constitución política, en definitiva, que creara una situación normal capaz de ordenar la convivencia. Y ello sería posible, de acuerdo con dicha tesis, pese a que en los miembros de la ciudadanía reinasen las tendencias más nocivas y destructivas de cuantas podamos imaginar. Hoy, esta creencia en el poder de las leyes o en la suficiencia de una ingeniería constitucional adecuada, parece no sostenerse en absoluto. Para que la democracia funcione, hacen falta, desde luego, to-

dos los elementos de un Estado de Derecho, así como una buena legislación que encauce con eficacia la labor de las instituciones y la participación de la ciudadanía. Pero si contamos, siguiendo la terminología de Kant, con “un pueblo de demonios”, es altamente probable que el sistema termine fracasando. La insistencia en una recuperación de la idea de virtud cívica, que es patente en la proliferación de las diversas corrientes republicanas de las últimas décadas, es una muestra de la necesidad de fortalecer nuestras democracias a través del cauce de una cierta moralización de la actividad pública. En este sentido, es interesante cómo, frente al punto de vista estrictamente kantiano, se vienen recuperando buena parte de los planteamientos del que hoy se presenta como su gran opositor en cuanto a su concepción de la ética, Aristóteles. La publicación de este libro da cuenta de este interesante viraje y trata de explorar, haciéndose eco de todas estas preocupaciones, sobre el concepto de virtud cívica en muchas de sus dimensiones.

En segundo lugar, desde un punto de vista ético, que se engarza claramente con el párrafo anterior, también este libro ofrece interesantes sugerencias. Uno de los principales ejes, en torno al cual parecen gestarse todos los ensayos que integran el volumen, es el de la apuesta por un cierto matrimonio entre la ética y la política. Pero no sólo en el sentido de que la labor del gobernante deba adecuarse a criterios éticos en su actuación, cosa que forma parte del funcionamiento normal de todo Estado de Derecho. Me refiero, más bien, a esa idea de la *democracia como moral* de José Luis López Aranguren, a la que los autores de este libro apelan con una extraordinaria frecuencia. Según dicha concepción, la democracia no consistiría sólo en un conjunto de normas y procedimientos, ni se debe entender como una mera forma jurídico-política, sino que incluye un robusto pertrecho de valores que constituyen su sustrato ético. Así, como señala Pedro Cerezo en el prólogo, siguiendo de cerca las ideas de Aranguren, la democracia no sería “sólo un régimen político, sino también un *ethos* o forma de vida”. En este sentido, a lo que se apela, desde muchos de los ensayos que encontramos en esta publicación, es a la interiorización de unos valores, a una interiorización casi sensible de los mismos. Lejos están los autores de querer componer un catálogo de virtudes, a modo de breviario moral, que todos debamos aplicar como quien recita un salmo, pues tal concepto de virtud, ciertamente deudor de la moral cristiana, no es el que se precisa para fortalecer la vida democrática. De lo que se trataría, más bien, es de un cierto retorno a la manera de comprender la moral característica de los antiguos: una moral entendida como

*mores*, esto es, como costumbre; una ética entendida como *ethos*, es decir, como carácter. En definitiva, la idea de virtud cívica que se propugna pasa por asumir que la democracia requiere unos comportamientos, unas costumbres, unas prácticas e, incluso, una sensibilidad, que, desde la ciudadanía, las instituciones y los poderes públicos, deberían ser interiorizados y practicados cotidianamente.

En tercer lugar, desde un punto de vista sociológico, y con ello me refiero a la importancia de la publicación de este tipo de obras en nuestro país, también la aparición de este libro reviste un interés especial. Como ya se advierte en el prólogo, se echa de menos en España una cultura democrática sólida y arraigada, una conciencia de ese *ethos* que se requeriría para poder desarrollar en su plenitud las posibilidades de participación, de activismo, de crítica, de deliberación y de educación políticas que, tras los casi cuarenta años de oscurantismo representados por la dictadura franquista, facilitó la Constitución de 1978. Una de las tareas fundamentales que la filosofía política debe afrontar, de hecho, es la del fomento de una ética laica que pueda acomodarse a los mimbres de los sistemas democráticos y contribuya a apuntalarlos. Que contribuya, por ende, a presionar ese “resorte de más” del que nos hablaba Montesquieu como imprescindible en los estados no autoritarios. Sólo que en el caso de España, quizá, ello tenga aún mayor razón de ser: la particularidad histórica de haber vivido al amparo del llamado nacional-catolicismo y de una feroz dictadura durante décadas, así como la falta de una alternativa moral sólida, que contribuya a la creación de una “España Civil”, como reza el título de un reciente libro del profesor Gregorio Peces-Barba, constituyen una lacra que todavía debe ser superada. Si bien el libro que aquí se reseña no hace excesivo hincapié, a lo largo de los diferentes capítulos que lo integran, en la particularidad del caso español, creo que muchas de sus reflexiones pueden ser vertidas y utilizadas provechosamente en dicho contexto. En especial, el último ensayo del libro, dedicado al patriotismo y a cargo de Domingo Blanco, puede orientar fructíferamente en la necesaria gestación de esa virtud cívica, de esa ética laica que convendría desarrollar especialmente en nuestro país.

Y, en cuarto lugar, aun sin afán de exhaustividad, creo que la obra que aquí se reseña merece un especial reconocimiento por el contexto académico en que surge. Ya se ha señalado anteriormente cómo el republicanismo, en sus diversas versiones, viene gozando de un cierto protagonismo en la filosofía política de los últimos años. Pues bien, forzoso es reconocer que la

idea de virtud cívica, sin ser necesariamente la piedra angular de toda concepción republicana, desempeña un papel fundamental en la mayoría de ellas. De ahí que una publicación como ésta, que explora con relativa extensión numerosos aspectos relacionados con ella, constituya un acierto digno de ser destacado. El que se analicen separadamente un buen número de dichas virtudes, como pueden ser la tolerancia, la prudencia, la responsabilidad, el patriotismo y todas las demás que hallamos en el volumen, supone una forma de encarar la teoría política que, a mi modo de ver, es sumamente refrescante. Frente a un tratamiento excesivamente teórico y abstracto sobre qué debemos entender por virtud, o sobre qué papel haya de jugar ésta en el espacio público, se discuten aquí varias de las virtudes cívicas concretas que deberían articular la práctica política. Ello supone, en cierta medida, regresar al modo de pensar la política que encontramos, por ejemplo, en Aristóteles y en los antiguos, y favorece el estrechamiento de lazos entre la reflexión ética y la reflexión política. No es extraño, en este sentido, que entre los autores del libro se den cita personalidades provenientes de disciplinas temáticamente muy relacionadas, pero académicamente escindidas, como la filosofía moral, la filosofía política, la filosofía del derecho o la ciencia política. Creo que esta pluridisciplinariedad, por otra parte, es uno de los importantes aciertos del libro: no de otra forma pueden afrontarse, en mi opinión, temas tan poliédricos como el que en esta ocasión nos ocupa.

Hechas estas apreciaciones generales sobre la relevancia de esta obra, conviene pasar a detallar, siquiera sea sucintamente, los contenidos concretos de cada capítulo.

El volumen se abre con una introducción general sobre el concepto de virtud pública, que corre a cargo de VICTORIA CAMPS. En este capítulo, presidido por un principio de claridad expositiva y un espíritu didáctico que sin duda el lector agradecerá, la autora nos brinda una serie de observaciones generales sobre el concepto, la evolución y la fortuna actual de la idea de virtud pública. Vemos así el paulatino tránsito desde una ética de las virtudes, propio del mundo antiguo y, en particular, de la ética aristotélica, al descrédito moderno de la misma noción de virtud, cuyo mayor referente se encontraría en Kant, si bien previo apunte de algunos importantes matices que la propia autora señala. El siguiente hito fundamental en la evolución del concepto tendría lugar ya en el siglo XX, y muy especialmente con el ya clásico *Tras la virtud* de Alasdair MacIntyre, del que, no obstante, Victoria

Camps rechaza su vertiente comunitarista, apostando claramente por una visión republicana del concepto.

A continuación, en un capítulo de transición, FERNANDO QUESADA nos ofrece una interesante reflexión, a caballo entre lo sincrónico y lo diacrónico, sobre la vinculación entre la virtud pública y la democracia. De la mano de un recorrido histórico y de un ejercicio hermenéutico sobre tres grandes hitos del liberalismo político –Benjamin Constant, Max Weber y Joseph Schumpeter–, el autor reflexiona sobre cómo, tras el rechazo liberal de la noción de virtud, subyacía una desconfianza explícita o solapada, más o menos inconsciente, hacia la participación e implicación política de la ciudadanía. A través de este ejercicio hermenéutico, el profesor Quesada termina transportándonos a la actualidad, para proponernos una cierta relativización de esa tensión aparentemente irresoluble entre lo público y lo privado, que ha sustentado buena parte de las convicciones del liberalismo clásico y que, en ocasiones, dificulta una mirada lúcida sobre los retos que hoy se nos plantean. En la misma línea, el autor nos llama la atención sobre la posibilidad de rescatar una cierta noción del bien común, estrechamente emparentada con la de virtud pública, como una de las vías para afrontar las modernas cuestiones que la filosofía política debe encarar.

Los dos siguientes capítulos, de la mano de CARLOS THIEBAUT y de JAVIER MUGUERZA, analizan las virtudes de prudencia y de razonabilidad. En un largo y riguroso ensayo, el profesor Thiebaut desgana el discurrir del concepto de prudencia a lo largo de los sucesivos paradigmas filosófico-políticos que se han dado desde la antigüedad hasta nuestros días, discurrir en el que, fundamentalmente, se establece un diálogo crítico entre los dos grandes gigantes de la ética: Kant y Aristóteles. Constatado el descrédito que la noción de prudencia comenzó a cobrar en el Renacimiento y el Barroco, al equipararse a ideas negativas como la de astucia o la de habilidad puramente estratégica, el autor nos propone un cierto regreso a la concepción aristotélica de prudencia, que tenía que ver con la audacia del que sabe decidir en las situaciones difíciles y no con una astucia sin escrúpulos, desprovista de valores o principios. Por su parte, Javier Muguerza nos propone un recorrido a través de la más moderna noción de razonabilidad, que va desde la reivindicación contemporánea de Stephen Toulmin, hasta la concepción rawlsiana de la misma. También entablando un diálogo con Kant y Aristóteles, pero saltando a otras teorías de la racionalidad como la weberiana, el autor termina proponiéndonos una interesante vuelta de tuerca: antes que rendir

pleitesía a los equilibrios y consensos que tantos se afanan en buscar en la idea de razonabilidad, quizá nos convenga más explorar las posibilidades de la “irrazonabilidad”. Ni los derechos humanos de que hoy gozamos, ni las democracias en que vivimos, le deben demasiado a esa clase de equilibrios, sino, más bien, a una actitud disidente, de crítica, disenso y rebelión constantes. Así que, haciendo suyo el lema que el jurista Rudolf von Jhering manifestó ya a finales del siglo XIX, concluye el profesor Muguerza, con el jurista alemán, en que “solamente luchando alcanzarás tu derecho”.

Tras este primer bloque de ensayos, nos encontramos con un capítulo fundamental en el conjunto de la obra, en el que JOSÉ RUBIO CARRACEDO desmenuza, con un gran poder analítico, las dimensiones que confluyen en el polisémico y escurridizo concepto de civilidad. Por civilidad entendemos, en efecto, las buenas costumbres o la buena ciudadanía, es decir, ese *ethos* cívico, piedra angular de las virtudes públicas, del que se hablaba anteriormente. Pero también, al hablar de civilidad, hemos de remitirnos al difícilmente aprensible concepto de sociedad civil. Para desenmarañar la confusa madeja que así queda planteada, recurre el autor a un interesante análisis de las teorías del contrato en Hobbes, Locke y Rousseau, en la medida en que son las teorías contractualistas las que proveen de un fundamento a la idea de civilidad. Tras este breve estudio y tras de un salto al concepto de civilidad en las sociedades democráticas, concluye el profesor Rubio Carracedo con una reflexión sobre la educación cívica, con lo que se aborda, a mi parecer, uno de los puntos candentes a tratar si hablamos de virtudes cívicas: el de cómo enseñarlas y cómo hacer que proliferen. Esta educación constituye, además, uno de los temas fundamentales para la ética de las virtudes del mundo antiguo, el de la *paideía*. Una educación que no se entendía en el sentido moderno de una mera adquisición de conocimientos, sino en el de una formación constante e integral a lo largo de toda la vida, al modo de una obra de arte, que englobaba simultáneamente la educación moral, la sentimental, la estética y la política.<sup>1</sup>

Los siguientes capítulos de este bloque corresponden, en primer lugar, a PEDRO CEREZO, quien se ocupa de discutir en torno a la tolerancia, y a ELÍAS DÍAZ, que dedica su ensayo al respeto a la ley. Partiendo de una primera incursión histórica sobre las formas de intolerancia y sobre la paulatina géne-

---

<sup>1</sup> Vid. W. JAEGER, *Paideía: los ideales de la cultura griega*, trad. de Wenceslao Roces y Joaquín Xirau, FCE, México, 1962.

sis de la tolerancia como virtud cívica, a la que contribuyeron de forma muy relevante las ideas de Locke o de Voltaire, pasa el profesor Cerezo a analizar otros autores más modernos como Stuart Mill, en cuya famosa obra *Sobre la libertad* se encuentra uno de los más poderosos alegatos en pro de la tolerancia. Tras este breve repaso histórico, a través de algunos clásicos, se analiza el papel que esta virtud haya de desempeñar ante el llamado desafío del pluralismo cultural. Como colofón del capítulo, y haciendo en ello un especial hincapié, discute el autor en torno a los necesarios límites de la tolerancia. El profesor Elías Díaz, por su parte, retoma las ideas de su gran obra, *Estado de derecho y sociedad democrática*, para analizar en qué medida debe considerarse el respeto a la ley, siempre y en todo caso, como una virtud cívica. La conclusión no es precisamente convencional: en primer lugar, no siempre el respeto a la ley ha de constituir motivo de virtud, pues también en un estado democrático pueden darse casos de desobediencia civil legítima; en segundo lugar, y frente a cierta tendencia de las corrientes republicanas por situar en la ciudadanía todo el peso de sus requerimientos, señala Elías Díaz cómo, en este caso, la observancia de la ley constituye, antes que nada, una obligación primordial de los poderes públicos.

En el siguiente bloque del libro, nos encontramos con otros tres ensayos, dedicados fundamentalmente a cuatro de los grandes principios que se hallan presentes en la arquitectura ética y jurídica de todo Estado democrático de Derecho: libertad, igualdad, justicia y solidaridad. Abre el bloque AMELIA VALCÁRCEL, con un ensayo en el que examina críticamente el siempre controvertido binomio de libertad e igualdad. La autora parte de una introducción histórica al concepto de libertad, donde deslinda su dimensión negativa y su dimensión positiva, y donde desgrena brevemente los rasgos que la caracterizan desde su conceptualización moderna. A continuación, la profesora Valcárcel analiza la tan proclamada tensión entre los valores de igualdad y libertad, para lo cual se adentra brevemente en esa gran corriente, antagonista del liberalismo, que hizo de la igualdad su bandera, el socialismo. Por último, realiza una breve indagación sobre el concepto de libertad kantiano y, también, sobre las ideas premodernas del concepto de libertad. En suma, desde una aproximación más conceptual que cronológica, en el capítulo se analizan muchas y muy variopintas versiones que sobre la libertad se han dado históricamente.

FERNANDO VALLESPÍN, a continuación, nos brinda una rápida síntesis conceptual de las teorías de la justicia contemporáneas, prestando una espe-

cial atención, como no podía ser de otra manera, a la exégesis de la obra de John Rawls. En este sentido, creo que es de especial interés la caracterización que el autor ofrece de lo que él denomina un “giro político” en el segundo Rawls, en el que la preocupación por las cuestiones de justicia social habría disminuido, en favor de una visión estrictamente política de la justicia. A partir de este viraje, lo que importará, en efecto, no son tanto qué principios definamos para un reparto equitativo de los bienes, sino el consenso entre las diferentes concepciones del bien que se concitan en sociedades abiertas y multiculturales como las actuales. Por último, dentro de este mismo bloque, el profesor RAMÓN VARGAS-MACHUCA dedica su capítulo a la discusión del concepto de solidaridad. También desde el habitual planteamiento histórico que encontramos en la mayoría de los capítulos de la obra, el autor nos conduce desde los antecedentes ilustrados de la idea de solidaridad, pasando por un interesante e ineludible análisis del concepto en la obra de Durkheim, hasta las dimensiones moral, política e institucional del mismo. Aquí, el autor combina el anterior punto de vista diacrónico con una aproximación conceptual y normativa que, sin duda, es muy de agradecer. En suma, nos ofrece así un panorama bastante completo de la idea de solidaridad.

El último bloque del libro se abre con un capítulo sobre la noción de responsabilidad, que corre a cargo de RAFAEL DEL ÁGUILA. Resulta interesante la inclusión de este concepto en el conjunto de la obra, dado que se trata de un término que viene teniendo un auge muy importante en la filosofía moral de los últimos años. Sin embargo, previa advertencia de la inaprensible amplitud del tema, el autor se centra casi exclusivamente en su vertiente política, descartando así las dimensiones moral y jurídica del mismo. Así, tras efectuar un repaso rápido y genérico sobre los modelos de responsabilidad en Kant y otros autores clásicos, se dedica a analizar cómo se produce esa exigencia de responsabilidad política en los sistemas democráticos. La conclusión resulta sugerente, pero, a la vez, un punto desalentadora. Retomando su diferencia entre las soluciones “implacables” y las soluciones “impecables” a la tensión entre la justicia y el bien común, distinción que ya desarrollara en su libro *La senda del mal*, concluye que la responsabilidad política se encuentra falta de una verdadera realización: frente a la actual tendencia a trasladar la responsabilidad al ámbito jurídico, judicializándola, y frente a la paralela inclinación a convertirla en una responsabilidad mediática y moral, todavía debemos afrontar la perentoria tarea de articular cauces específicamente políticos para ejercer dicha responsabilidad.

Los dos últimos capítulos del libro se centran, respectivamente, en la profesionalidad y en el patriotismo. El primero de ellos, a cargo de ADELA CORTINA, se atreve con un tema de no fácil tratamiento, pues no se halla tan trillado como muchos otros de los que se discuten en este volumen. Armada de los asideros teóricos que le ofrecen Aristóteles, Weber o Durkheim, propone la autora una serie de ideas en torno a la ética de las profesiones y al peso fundamental que dicha virtud debería tener en el desarrollo de una sociedad civil sana y consistente. Se trataría, en este sentido, de inculcar un espíritu de responsabilidad en el ejercicio de las profesiones y funciones que a cada ciudadano le son encomendadas, lo cual redundaría en una mejor salud de la vida democrática en su conjunto. Subyace a tal planteamiento una de las cuestiones nucleares que articulan toda la obra: que la virtud cívica es algo que se ejercita frecuentemente en el ámbito privado, pero cuya función y repercusión pública constituyen el objetivo primordial a alcanzar. Por último, el profesor DOMINGO BLANCO nos brinda unas reflexiones alrededor de la idea de patriotismo. Como era de esperar, se discute aquí en profusión la idea del patriotismo constitucional acuñada por Habermas, si bien la argumentación no sólo se limita a indagar sobre este concepto. Bien al contrario, otros nombres como los de Sternberger, Kant, Montesquieu u Ortega y Gasset surgen al hilo de la reflexión. La conclusión a la que el autor llega finalmente, con los oportunos razonamientos y matizaciones que el lector encontrará en la lectura directa del capítulo, pasa por la advertencia inicial de Montesquieu, que también encontrábamos en el exordio principal de la obra: que el patriotismo, el sano patriotismo del que hoy podríamos todavía aprender, sin caer en una u otra variante de nacionalismos antiilustrados, no es otro que el del amor a las leyes, a la constitución política y social por la que nos regimos. De especial interés, como ya se avanzaba anteriormente, es el aprovechamiento de esta reflexión en el específico contexto de la democracia española.

Así las cosas, lo que en principio parecía un volumen dedicado monográficamente al concepto de virtud pública, se ha terminado convirtiendo en una suerte de compendio de filosofía política contemporánea. Y es que, probablemente, la idea de virtud cívica constituya un gran crisol en el que confluyen la mayoría de los temas que han venido atravesando la reflexión política desde la antigüedad. Ese diálogo entre Kant y Aristóteles, que preside buena parte de los capítulos que integran la obra, es una buena muestra de ello. Por otra parte, en el contexto contemporáneo, habida cuenta del ya señalado auge del republicanismo, el tema concita la presencia de numerosas

orientaciones teóricas. En ocasiones, esta amplitud y dificultad de abarcar constituye un problema, pues se olvida que la discusión ha de centrarse en la relación de las virtudes cívicas con la democracia, y no en una reflexión genérica sobre tal o cual tema de la teoría política contemporánea. Pero también ello hace, como se decía, que el libro se convierta en un atractivo compendio de numerosos temas de la filosofía actual, al cual, en este sentido, no es imprescindible acudir con la intención de enfrentarse al volumen íntegro, sino quizá con la idea de consultar y estudiar uno u otro capítulo en concreto. También esto, creo, constituye un acierto de la obra.

No me gustaría finalizar esta reseña sin recuperar aquí a una gran pensadora española, lamentablemente relegada a un cierto olvido, que, a su manera un tanto poética, también pensó sobre la idea de virtud cívica y sobre cómo podría revitalizarse y vigorizarse la vida en democracia. Me refiero a María Zambrano. En una preciosa obra titulada *Persona y democracia*, reflexionaba de la siguiente manera sobre lo que habría de llegar a ser una sociedad democrática: “el orden de una sociedad democrática está más cerca del orden musical que del orden arquitectónico. La historia comienza cuando se erige una construcción y, según dijimos, la imagen de la vida histórica hasta ahora es la de algo que se edifica. La transformación que ha de verificarse quizá sea tal que algún día –felizmente–, la imagen de la vida histórica del quehacer histórico provenga de la música; de este orden que armoniza las diferencias”. Pues bien, creo que tal cosa es lo que podría facilitar el ejercicio de las virtudes cívicas como práctica complementaria de la arquitectura jurídica de la democracia: que los pilares y tabiques que definen y configuran el sistema, las leyes, perdieran su característica rigidez y convirtieran la actividad política en un ejercicio dinámico, vivo, donde los ciudadanos y las instituciones actualizaran y pusieran en marcha, cada día, todas las potencialidades del sistema. La virtud, por combinar la imagen de Montseny con la de Zambrano, sería así el resorte de un instrumento que, al ser presionado cada día, permitiría transformar lo pétreo y agarrotado del sistema en las notas de un orden musical constantemente reactualizado.

LUIS LLOREDO ALIX

*Universidad Carlos III de Madrid*

*e-mail: lloredo@inst.uc3m.es*

**Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006, 315 pp.**

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**PALABRAS CLAVE:** generaciones de derechos, estado constitucional, globalización, universalidad

**KEY WORDS:** generations of rights, constitutional state, globalization, universality

El último libro de Antonio Enrique Pérez Luño presenta una colección de diez artículos, ya publicados, que, en su conjunto, ofrecen de forma bastante completa la perspectiva de los derechos humanos que el autor ha venido defendiendo en estos últimos años. Como es sabido, Pérez Luño no ha mostrado temor alguno ante las cuestiones novedosas y en sus publicaciones ha abordado muchos de los puntos más espinosos que se presentan hoy al juicio de la filosofía del Derecho, moral y política. No cabe duda de que la denominada "tercera generación" de derechos humanos, es uno de tales puntos espinosos.

Al aludir a la citada generación (en cuyo catálogo no se detiene), nuestro autor excluye ciertas denominaciones:

- a) "nuevos derechos", puesto que exige trazar un límite preciso y unívoco entre lo nuevo y lo viejo, lo que constituye, cuando menos, una tarea problemática;
- b) "derechos de la solidaridad", abogando por una mayor claridad conceptual;
- c) "derechos de la era tecnológica o derechos de la sociedad global", con la que se confunde el concepto de los derechos con el marco ambiental de su ejercicio;

- d) y, finalmente, "derechos de cuarta generación", dado que con tal denominación parece darse por demostrado lo que se pretende demostrar.

A mi juicio, esta última exclusión sólo está justificada si, por un lado, se asume que los derechos de los que hablamos no aportan una visión sustancialmente novedosa del discurso de los derechos, y, por otro lado, no se distinguen ni histórica ni analíticamente derechos civiles y políticos. Ya he tenido ocasión de rechazar ambas posibilidades y no volveré aquí sobre ello<sup>1</sup>. Ahora me interesa únicamente poner de manifiesto los motivos que explican la opción terminológica del autor.

A lo largo de la obra, Pérez Luño aborda asuntos muy variados señalando la conexión que tales asuntos tienen con la generación de derechos que nos ocupa.

El primer capítulo analiza el sentido y la relevancia del análisis generacional de los derechos humanos asumiendo, como punto de partida, que las generaciones no entrañan un proceso cronológico o lineal y que el catálogo de las libertades no puede ser una obra cerrada y acabada. Los derechos reflejan un proyecto emancipatorio que se concreta de modo diferente a lo largo de la historia. De esta manera, se defiende un paradigma dinámico o pro-teico de los derechos humanos.

En el segundo capítulo se mantiene un planteamiento simétrico de las tres formas de Estado de Derecho y las tres correlativas generaciones de derechos. La relación entre Estado de Derecho y Estado constitucional no se presenta como el fruto de una oposición externa entre dos tipos incompatibles de Estado, sino como la decantación interna de la propia trayectoria evolutiva del Estado de Derecho. La dimensión triádica de este modelo estatal ha sido sucesivamente liberal, social y constitucional, y esta tríada se corresponde con las libertades individuales, los derechos sociales y, finalmente, con los de tercera generación.

En el tercer y cuarto capítulo se relaciona la concepción generacional de los derechos con dos grandes retos de la sociedad tecnológica: la incidencia de Internet en el ámbito de las libertades y el impacto de las tecnologías biomédicas en el ejercicio del derecho a la intimidad.

La valoración que puede hacerse del fenómeno de Internet se sitúa entre dos polos: el que representan los que desconfían de la red, por ver en ella un

---

<sup>1</sup> En mi libro: *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2002, capítulo primero.

riesgo de despolitización y el debilitamiento del *status* de ciudadanía activa en las sociedades democráticas; y el de los que confían en ella porque puede suponer el reforzamiento de la vida cívica. Entre los primeros (apocalípticos) se considera que la experiencia de Internet es fragmentaria, dificulta la existencia de programas políticos colectivos y menoscaba la cohesión estructural de la vivencia democrática republicana. En este contexto, los valores de la democracia se ven suplantados por la lógica económica del mercado y esto da lugar a lo que se denomina *ciudadanía.com*: la identificación del ciudadano con el consumidor pasivo de los programas producidos por los grandes poderes económicos. La visión optimista (la de los integrados), en cambio, tiende a hablar de la *ciberciudadanía* o del hombre cibernético y acaba presentando a la sociedad internauta como la sociedad madura a la que se aspira desde el republicanismo.

En todo caso, lo que parece claro en este debate es que no puede eludirse la aplicación de las reglas deontológicas que deben presidir la utilización de Internet. Es lo que en el área francófona se ha llamado *Netiquette*: la existencia de una conciencia colectiva acerca de la necesidad de respetar las libertades en la red.

Una de los aspectos más destacables del cuarto capítulo del libro es la concepción de intimidad que se presenta, alejada por completo de su clásica identificación con el aislamiento y el puro solipsismo. La noción de intimidad debe ser cultural, social e histórica y se conforma como la posibilidad de acceder, conocer y controlar las informaciones que conciernen a cada persona. Más que un estado de autoconfinamiento supone una determinada calidad de relación con los otros. A esto es a lo que se ha venido llamando: el derecho de autodeterminación informativa. El cauce procesal para lograr la protección de tal derecho es el *habeas data*, cuya finalidad es garantizar la facultad de acceso a los datos personales y la posibilidad de ejercer un control sobre ellos. Dado que se abandona la teoría de la separación tajante de las esferas íntima, privada e individual, y se asume que para tener relevancia jurídica todo comportamiento debe poseer una dimensión social, es posible apostar por un sistema de tutela de la intimidad basado en la intensidad social de la conducta. De este modo, se pasa de la dimensión intrasubjetiva de la defensa a la dimensión intersubjetiva del control de datos personales. Desde esta posición, la noción de intimidad es abierta, dinámica y proyectiva.

En el quinto capítulo se analizan las repercusiones de la evolución y el cambio del paradigma de las libertades en el sistema de derechos funda-

mentales proclamado en la Constitución española de 1978. En concreto, el tránsito:

1. Desde la unidad al pluralismo, que implica la apertura del sistema constitucional.

2. Desde la plenitud a la apertura jurisdiccional, que se traduce en la relativización del postulado de la plenitud del orden jurídico. Es decir, el desplazamiento hacia una multiplicidad de instancias jurisdiccionales tendentes a articular la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Tal desplazamiento es el fruto, por un lado, de la supraestatalidad e infraestatalidad normativa, de lo que en algunas de sus obras, el profesor Pérez Luño ha denominado el "desbordamiento de las fuentes del Derecho". Y por otro lado, de la participación de los interesados en los procedimientos administrativos (el *status activus processualis*). Parece claro que todo ello sucede en detrimento de la seguridad jurídica (tal como ha venido presentándose habitualmente) que se verá considerablemente debilitada.

3. Desde la coherencia a la argumentación, dado que se ha erosionado la dimensión unitaria, compacta, cerrada y autosuficiente de los sistemas jurídicos. Consecuentemente, la estructura normativa se ha decantado hacia el pluralismo, la apertura y la multiplicidad compleja. Esto significa, entre otras cosas, que no puede garantizarse la inexistencia de antinomias y que se necesita de un aparato argumentativo tendente a motivar la racionalidad de las posibles contradicciones existentes entre las normas y las decisiones judiciales (propias de ordenamientos abiertos). La aplicación del Derecho ya no es un acto de subsunción mecánica sino el fruto de la puesta en marcha de la racionalidad práctica; de la interacción de las normas materiales y procesales aplicables al caso, los precedentes y la dogmática jurídica institucionalmente cultivada. El elemento básico en todo este proceso es el procedimiento argumentativo, que ha de tener un carácter dinámico. De esta manera, se acepta la teoría procedimental de la corrección práctica (defendida, entre otros, por Robert Alexy) en la que se combina: a) la corrección estructural (principio de no contradicción) y b) la imparcialidad en el procedimiento argumentativo. Según Pérez Luño, esta posición no es ideológicamente neutral, pues asume la libertad y la igualdad como presupuestos y defiende la teoría del consenso como fundamento legitimador de la legalidad del Estado de Derecho. En su opinión, esto conduce a un razonamiento circular: la argumentación exige la presencia de ciertos derechos y los derechos requieren de la argumentación para poder ser interpretados y aplicados.

En definitiva, en el nuevo estado de cosas, la argumentación racional se considera un requisito esencial para la tutela efectiva de los derechos fundamentales, se concibe como un ejercicio de racionalidad que no garantiza el acierto de la decisión judicial (racionalidad formal) sino que tiende a evitar la imposición de decisiones arbitrarias (carácter excluyente).

En el sexto capítulo se sostiene que la universalidad es un ingrediente constitutivo e insoslayable del concepto de derechos humanos, aunque ha de ser entendida como una exigencia prescriptiva y no descriptiva (como una exigencia del deber ser).

Los derechos humanos son una categoría histórica (fruto del iusnaturalismo y el racionalismo) pero en su conceptualización no puede renunciarse a la universalidad. Sin embargo, esta afirmación está lejos de ser aceptada unánimemente. De hecho, frente a la universalidad se han situado varias corrientes de pensamiento.

- a) En el plano filosófico, la que representa, al menos, alguna versión de la postmodernidad; aquella versión que plantea como valores alternativos a la razón, las pulsiones emocionales, el particularismo y la diferencia. A esta tendencia, puede unirse la posición que sostiene un cierto comunitarismo, el que encuentra el fundamento de los derechos en la identidad homogénea comunitaria y/o en el *ethos* social.
- b) Desde premisas políticas, se ha planteado el reto del relativismo cultural (que hay que distinguir del pluralismo cultural).
- c) Finalmente, desde el punto de vista jurídico, se ha defendido la premisa de que la universalidad es imposible porque no existe un marco económico-social que permita satisfacer plenamente todos los derechos humanos a escala planetaria. En este caso, el problema es que no se distingue la categoría de los derechos humanos de la de los derechos fundamentales. Y es que el carácter de universalidad se postula como condición deontológica de los primeros pero no de los segundos. Es decir, se trata, como ya he indicado, de destacar su carácter prescriptivo y no descriptivo (la universalidad *de* los derechos humanos y no *en* los derechos humanos).

En pocas palabras, a juicio de Pérez Luño, o los derechos humanos son universales o no son derechos humanos.

El séptimo y octavo capítulo abordan cuestiones urgentes y relevantes planteadas a la concepción generacional de los derechos humanos, en concreto, la incidencia de las generaciones de derechos en lo que atañe a la titu-

laridad y por lo que se refiere a la teoría de los derechos en una sociedad global.

La titularidad de los derechos sólo puede predicarse del individuo, por lo que su mutación histórica afecta únicamente a los presupuestos de su ejercicio. En función de la perspectiva generacional, cada categoría de derechos toma como base una visión concreta de la persona: aislada, situada o interconectada (a través de redes planetarias de información y comunicación). Ello tiene relación con las diferentes formas de Estado en las que encuentran acomodo (liberal, social y constitucional), los valores que les sirven de guía (libertad, igualdad, solidaridad) y los distintos instrumentos de garantía que exigen su protección y puesta en práctica. De este modo, no puede hablarse de derechos colectivos sino sólo de ejercicio colectivo de derechos individuales.

Sin embargo, no parece que los derechos de tercera generación que, en opinión de Pérez Luño, aparecen en el seno de sociedades tecnológicas, puedan ser garantizados en el modelo clásico del Estado-nación sino que, más bien, se hallan conectados con la globalización y la crisis del Estado. Independientemente de la valoración positiva o negativa que pueda suscitar tal resquebrajamiento estatal, la puesta en marcha o la aplicabilidad de estos derechos, en gran parte, depende del papel que en este contexto acabe jugando el texto constitucional y de la construcción política a la que se aspire en el ámbito internacional.

En el noveno de los capítulos se alude al tránsito del enfoque estructuralista al enfoque funcionalista de los derechos. La teoría multifuncional vincula a los derechos fundamentales con la realización de fines prefijados en la norma constitucional y, al propio tiempo, afirma la dimensión abierta y plural de los fines y funciones constitucionales. Plantea, por tanto, el carácter dinámico de los derechos y señala los límites que pueden encontrarse en su ejercicio. Hay que tener en cuenta que tal planteamiento no puede suponer la relativización de este discurso ni tampoco su adulteración.

Finalmente, el décimo capítulo analiza el *status* jurídico de los derechos sociales. Para abordar el estudio de tales derechos, Pérez Luño comienza por cuestionar la distinción de las libertades, positiva y negativa, y alude a la perspectiva crítica que Marx mantenía en relación a la separación entre el hombre (economía/autonomía privada) y el ciudadano (política/autodeterminación colectiva). Y ello porque, en puridad, no se dan diferencias sustanciales entre ambos polos del espectro:

- a) en el plano de la fundamentación: ambas categorías se implican y exigen una política social apropiada, así como determinadas medidas económicas;
- b) en el plano de la formulación: los derechos sociales no exigen en todo caso la integración legislativa (su desarrollo mediante ley) ni es cierto que sólo puedan ser recogidos programáticamente. De hecho, también las libertades necesitan de la intervención del legislador;
- c) respecto a su tutela, debe rechazarse la afirmación de que mientras los derechos de libertad se benefician de la tutela constitucional, los derechos sociales no pueden ser beneficiarios de la tutela inmediata, ya que es posible aplicar el texto constitucional de forma íntegra y directa. En consecuencia, los derechos sociales no sólo no pueden violarse sino que tienen que desarrollarse.

Como es fácil apreciar, en el libro se defiende un criterio material e integrador del sistema de derechos fundamentales (no simplemente formal o restrictivo).

En conclusión, a juicio de Pérez Luño, ¿qué podemos extraer de este análisis en relación a los derechos de tercera generación?

1. Hablar de generaciones de derechos, supone asumir el valor de la historia como instancia explicativa aunque no justificatoria de los derechos. Supone asumir que la razón se da en la historia. Esto no significa que, en su conceptualización, los derechos puedan prescindir de la exigencia de universalidad.
2. Los derechos de tercera generación surgen en el contexto del Estado constitucional pero, simultáneamente, exigen la globalización de la política. En otras palabras, en el espacio nacional, estos derechos participan de las novedades que en la Teoría Jurídica plantea el protagonismo de la Constitución: pluralismo, apertura jurisdiccional, argumentación y funcionalismo. En el ámbito internacional exigen la superación (en ningún caso la supresión) del Estado: el paso a fórmulas políticas más amplias y omnicomprensivas.
3. La sociedad tecnológica es la que da cabida a los derechos de tercera generación y, por lo tanto, parece lógico que en su catálogo y garantías juegue un papel de importancia el desarrollo tecnológico. Internet puede ser una herramienta revolucionaria en el terreno de la participación democrática, la protección de datos y el derecho a la intimidad, reconfigurando de un modo distinto algunos derechos y dando lugar

a nuevas reivindicaciones, como las que se desprenden del derecho a la autodeterminación informativa.

4. Los derechos de tercera generación son derechos de titularidad individual, si bien no se excluye que su ejercicio pueda darse colectivamente. El fundamento axiológico de tales derechos, puede encontrarse en el valor de la solidaridad (cuyo examen no se aborda).
5. Finalmente, como en el caso de los derechos sociales, para la defensa y garantía de los de tercera generación, tendría que superarse la dualidad individuo/ciudadano, autonomía privada/autodeterminación colectiva. Aunque en nuestro texto constitucional algunos de tales derechos aparezcan consagrados como principios, no por ello tienen que ser por completo desconocidos y marginados por parte el poder legislativo y judicial. Máxime cuando la Constitución es comprendida como un texto de aplicación íntegra y directa.

En definitiva, a la luz de estas precisiones conceptuales, y aunque no podría negar mi desacuerdo con algunas de las tesis que se mantienen en el libro, creo que la aportación de Pérez Luño supone un avance indiscutible en un terreno confuso y complejo de cuyo análisis ni los teóricos, ni los defensores de los derechos humanos, podemos ya prescindir.

M<sup>a</sup>EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*e-mail: eugenia.rodriguez@uc3m.es*

**Andrés ROSSETTI y Magdalena I. ÁLVAREZ (compiladores),**  
*Derecho a la Vida. Un análisis desde el método de casos,*  
**Advocatus, Córdoba-Argentina, 2005, 382 pp.**

CARLOS LEMA AÑÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*

**PALABRAS CLAVE:** derecho a la vida, derecho a la protección de la salud, método de casos  
**KEY WORDS:** right to life, right to health care, case method

Es fácil encontrar numerosas obras –y también jurisprudencia- en las que el tratamiento con respecto al “derecho a la vida” se inicia o se culmina apelando al valor de la vida humana y al derecho a la vida como “derecho humano fundamental”, “prerrequisito para el disfrute de los demás derechos” o incluso “*prius* lógico” respecto a los demás derechos. Afortunadamente no carecemos de aportaciones que cuestionen esta retórica poniendo de manifiesto tanto la inconsistencia conceptual de este tipo de afirmaciones, como su déficit de fundamentación y/o correspondencia con las declaraciones internacionales o constitucionales de derechos y, sobre todo, las insostenibles consecuencias teóricas y prácticas que este tipo de concepciones comporta. En buena medida, el debate en torno al alcance y el significado del derecho a la vida, se ha venido planteando en estos términos, con argumentaciones y contraargumentaciones muy elaboradas e implicando sus complejas relaciones y eventuales conflictos con otros derechos o valores tales como la autonomía, la intimidad o incluso la libertad ideológica o religiosa. No falta, como es de esperar, este punto de vista en el libro que nos ocupa, tratando además estos asuntos con profundidad y rigor. Pero lo que resulta más novedoso es seguramente el tratamiento del derecho a la vida teniendo como horizonte que los poderes públicos (y privados) toman cotidianamente decisiones que en última instancia afectan de una u otra manera al derecho a la vida.

Que el derecho a la vida, en efecto, resulte en realidad afectado constantemente por decisiones políticas y jurídicas parece estar fuera del sentido común jurídico. Pero una consideración realista y global del derecho a la vida y que además pretenda ser justa con la importancia discursiva que se le suele conceder ha de considerar las cosas desde este punto de vista. Los derechos -también el derecho a la vida- según la conocida advertencia de S. Holmes y C. Sunstein *cuestan dinero* y no pueden ser protegidos sin destinarles fondos públicos<sup>1</sup>. Pero esto también significa que las políticas económicas, las políticas impositivas y los presupuestos generales del Estado importan en la protección de los derechos y, en nuestro caso, suponen tomar decisiones de vida o muerte. Por este motivo, porque los derechos cuestan y los recursos son escasos, las teorías de los derechos no pueden ser totalmente ajenas a la cuestión de la justicia distributiva.

Que los derechos cuesten no ha de ser identificado con que “los derechos sociales cuestan”, porque tanto o más cuestan los viejos derechos (¿acaso no cuesta la “tutela judicial efectiva”, por no hablar de la “seguridad”). Pero es cierto que la visibilidad de los costes se incrementa cuando entramos a considerar los derechos de prestación. Y también en el caso del derecho a la vida, ya que cuando el derecho a la vida se conecta con el derecho a la salud e incluso con el derecho a la integridad física y psíquica surgen los problemas derivados del hecho de que aquí puede hacerse más patente la vertiente positiva de estos derechos y también el problema de los costes. Por eso creo que un mérito importante de la obra que estamos considerando es precisamente haber puesto de manifiesto la relación del derecho a la vida con el derecho a la protección de la salud y al hacerlo entrar a considerar decisiones presupuestarias y organizativas de los poderes públicos y su influencia directa e indirecta en la protección del derecho a la vida. Con ello, lo que podemos evaluar es de forma realista cuál es el alcance de la protección que efectivamente queda garantizada por el “derecho a la vida”.

Porque aunque las constituciones y tratados internacionales de derechos incluyen en sus disposiciones la afirmación de un derecho a la vida, un derecho a la integridad y un derecho a la protección de la salud, no obstante, por las razones antedichas, se ha podido llegar a negar en este último caso que nos encontremos ante un verdadero derecho o al menos a afirmar que

---

<sup>1</sup> S. HOLMES y C. SUNSTEIN, *The cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton & Company, New York-London, 1999.

se trata meramente de un “derecho en el papel”. El “derecho a la protección de la salud” se trataría meramente –y más que de un derecho fundamental– de un “principio rector de la política social y económica”, atendiendo a su ubicación constitucional en el caso español. En esta medida no sería un derecho de aplicación directa (sin la intermediación del legislador) y por tanto carecería de justiciabilidad, de capacidad para fundar una pretensión jurídicamente acogible.

Ciertamente, se podría decir que es posible hablar sin mayores problemas de un derecho a la protección de la salud atendiendo no sólo a la constitución (y al carácter normativo de los principios rectores), sino también a sectores del ordenamiento jurídico que la complementan y a determinados instituciones y políticas públicas que desarrollan actuaciones públicas en este ámbito. De este modo, en un sentido descriptivo podríamos decir que un ordenamiento jurídico determinado recoge este derecho si, por un lado está constitucionalizado y por otro lado existen ciertas garantías para este derecho y cierto desarrollo tanto legislativo como institucional (organizativo y económico).

Ahora bien, que las dificultades de entender el derecho a la protección de la salud –sobre todo en su parte prestacional– como un derecho fundamental persisten y plantean relevantes cuestiones, no es difícil de mostrar si tenemos en cuenta dos problemas, que no son privativos del derecho a la protección de la salud sino que alcanzan en general a los derechos sociales de prestación. Pensemos en primer lugar en el problema que se plantea en el caso de que un determinado derecho de prestación recogido en la constitución no sea desarrollado razonablemente debido a la inactividad de los poderes públicos. Es decir, cuando lo que se produce es el reclamo frente a los poderes públicos no de una mera abstención, sino de una acción positiva que exija, entre otras cosas dotaciones económicas. Parece complicado, desde un punto de vista puramente jurídico que esto tenga alguna consecuencia, como lo ha mostrado con realismo H. Kelsen al examinar esta cuestión: en la Teoría Pura del Derecho, Kelsen sostiene que “La Constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir, o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes

del contenido prescrito". En cambio, no habría especial dificultad para excluir ciertos contenidos: "El típico catálogo de derechos y libertades fundamentales, que es parte integrante de las constituciones modernas, no es, en lo esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse".<sup>2</sup> De especial interés para el análisis de estos problemas y para ofrecer alternativas plausibles a estas dificultades es la exposición del caso "Asociación Benghalensis", en el capítulo preparado por Andrea Garín. En este caso, la asociación Benghalensis y otras organizaciones no gubernamentales comprometidas con los derechos de los enfermos de VIH-SIDA presentaron un amparo con el objeto de obligar al Estado a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos de SIDA, especialmente mediante el suministro de medicamentos. En este caso, las sucesivas resoluciones incluyendo el fallo de la Corte Suprema de Justicia en 2000 suponen que "el accionar del Estado de incumplir o cumplir mal con su deber de proveer los medicamentos constituye una omisión que roza la violación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución" [p. 134]. O en un sentido similar el caso "Campodónico de Beviacqua", tratado por Ivana Piccardo, en el que también la Corte Suprema de Justicia se pronuncia con respecto al amparo solicitado en representación de un menor al que el Ministerio de Salud y Acción Social había comunicado que le dejaría de suministrar un fármaco que necesitaba tomar de por vida para sobrevivir a se enfermedad y ante su imposibilidad económica de adquirir dicho fármaco. Todo ello nos conduce a la cuestión de la exigibilidad y accionabilidad de los derechos sociales, que incluso de forma más radical y en principio más impertinente se plantea, de la mano del "caso Luna" analizado por Andrés Rossetti, al discutir si acaso la exigencia al Estado de vivienda y trabajo -por otra parte derechos consagrados en normas constitucionales- no puede entenderse también conectado con un "derecho a una vida digna" o incluso a la "calidad de vida" o a la "satisfacción de las necesidades básicas" una vez que abandonemos una concepción de la vida puramente "fisiológica".

Además de estos, los temas tratados hacen un repaso bastante amplio -si se tiene en cuenta el método de casos elegido- a los que pasarían

---

<sup>2</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, [trad. R. J. Vernengo] México, Porrúa, 1991, p. 234. En la *Teoría General del Derecho y del Estado*, al tratar del poder del Estado y el papel de la Constitución, realiza una exposición más sistemática de esta cuestión (*Teoría General del Derecho y del Estado*, [1949, trad. E. García Máynez], México, UNAM, 1995, pp. 308 y ss).

por ser los principales “casos difíciles” en los que el derecho a la vida se ve implicado. En realidad, el primero de ellos –y si es así, por fortuna– es cada vez menos un “caso difícil” estrictamente y más una vergonzosa realidad jurídica que resiste a su abolición, como es la admisibilidad y las condiciones de la pena de muerte. Pero por mucho que esto sea así, merece la pena entrar a discutir –como propone la autora Laura Barale– también las condiciones, los límites y las garantías, sobre todo teniendo en cuenta cuán frágil puede ser la situación abolicionista (en muchos casos tan sólo de facto) o las desagradables sorpresas con las que es posible encontrarse en las aulas universitarias una vez que se trata el tema abiertamente.

El que sí es uno de los más comunes “casos difíciles” es el que se trata al debatir el “Caso Bahamondez”, ya que de lo que se está discutiendo es de la posibilidad de disponer de la propia vida por la vía del rechazo a la realización de ciertos tratamientos médicos. El “Caso Bahamondez” –discutido por Magdalena Álvarez– es el del paciente que debido a sus creencias religiosas se niega a recibir una transfusión sanguínea. Caso entonces en alguna medida semejante al tratado por el Tribunal Constitucional español en Sentencia 144/2002, pero también similar a tantos otros que no llegan a los tribunales y que mejor o peor son gestionados cotidianamente en los hospitales. En este capítulo, se pone en relación el caso con otras cuestiones tan complejas como el suicidio, la eutanasia y el auxilio al suicidio que guardando importantes diferencias entre sí, nos plantean al fin y al cabo a qué tipo de derecho y a qué concepción del mismo estamos apelando cuando hablamos de “derecho a la vida”.

También es un claro y típico “caso difícil” –claramente lo es en el Derecho argentino debido a la “no solución” de la interrupción voluntaria del embarazo– el que plantean Claudio Guiñazú y Gustavo Rodríguez con respecto a la inducción al parto de un *nasciturus* anencefálico, a partir de sendos casos fallados respectivamente por la Corte Suprema de la Nación y por la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires. Los fetos anencefálicos tienen una malformación en el sistema nervioso, por lo que no son capaces de adquirir las funciones superiores del sistema nervioso central, que tienen que ver con la conciencia y la cognición, sino que mantienen sólo funciones vegetativas y apenas si sobrevivirán unas horas fuera del vientre materno. Aquí se plantea la cuestión del aborto, pero además teniendo en cuenta que estamos en un caso de conflicto entre el presunto –por discutido– derecho a

la vida del *nasciturus* y el derecho a la integridad psicofísica de la madre. Pero en este caso concreto no sólo está implicada la cuestión del aborto, puesto que si se entiende que uno de los requisitos para que se produzca el aborto es la muerte del feto como consecuencia de las maniobras realizadas y que una de las posibilidades de que se produzca esta muerte es la expulsión del feto inmaduro, no en todos los casos de inducción al parto de un *nasciturus* anencefálico se estaría provocando un aborto punible, ya que habría casos en los que la inducción al parto por sí misma no provocaría necesariamente la muerte.

Las cuestiones del aborto y de la anticoncepción son tratadas en el último capítulo del libro en la medida en que se plantea un caso relativo a la autorización para la comercialización de la “píldora anticonceptiva de emergencia”. El hecho de que se estuviese hablando aquí de aborto es por el hecho de que los demandantes que solicitaban la prohibición de su comercialización sostenían que se trataba de una píldora abortiva. El caso en cuestión muestra a las claras lo falaz que resulta pretender mostrar científicamente en qué momento aparecería la personalidad, incluso en aquellos pocos casos en los que se evita acudir a las autoridades científicas y médicas de forma no sesgada. El pretender resolver por una vía supuestamente “científica” e inapelable lo que son cuestiones jurídicas y, en otro plano también relevante, morales, esconde la mayoría de las veces una mixtificación de carácter ideológico que en nada contribuye a plantear de forma clara el debate ni en llegar a soluciones que respeten los derechos en juego.

Si el contenido del libro hasta aquí descrito hace buen servicio al título “Derecho a la vida”, otra de las virtudes a destacarse en esta obra es la que se deriva del segundo inciso de su título: “un análisis desde el método de casos”, o como quizá sus autores se sentirían más cómodos, desde el método *crítico* de casos. En efecto, el libro es concebido para y desde la práctica docente y como un instrumento de aprendizaje del Derecho. En primer lugar porque es en alguna medida fruto del seminario de Derecho Público de la Universidad Nacional de Córdoba que desde 1991 vienen organizando Andrés Rossetti y Magdalena Álvarez sobre cuestiones de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos. La propia existencia y permanencia de este seminario, organizado por un grupo de profesores jóvenes y por el que han pasado numerosos docentes y estudiantes da muestra de la vitalidad y de la vinculación con el trabajo de innovación docente en las aulas de la Facultad de Derecho.

En este sentido, el libro se estructura en la mayoría de sus capítulos como el debate en torno a un caso, ofreciendo materiales jurisprudenciales y una guía para el estudio y el debate de esos casos presentados. Pero además ofrece un capítulo, de Horacio Etchichury, en el que se reflexiona sobre el método de casos y se ofrece una visión para la corrección de los principales defectos que se observan en la aplicación de este método. Se trata de un capítulo que además de ser sugerente en el debate sobre cómo aprender y enseñar derecho, puede servir como una buena introducción a este método. El autor identifica las virtudes de este método: poner en contacto con el derecho vigente, hacer dialogar a los estudiantes, mostrar el funcionamiento real del proceso de creación del derecho, confirmar la importancia de la argumentación, revelar la vertiente política existente en la función judicial, dar elementos para la predicción de las decisiones judiciales y en definitiva dar una buena formación para el trabajo profesional. La enumeración y el desarrollo de estas y otras virtudes pueden servir para poner de manifiesto el atractivo de este método para el aprendizaje y la docencia del derecho, bien sea como método principal o como instrumento adicional. Pero el autor no se limita a glosar estas virtudes, sino analiza cuál puede ser el principal peligro de este método y se esfuerza en ofrecer una alternativa, que no es otra que la del "método crítico de casos". En efecto, a juicio del autor, el principal peligro del método de casos es que esta forma de proceder puede perjudicar o incluso anular la capacidad crítica del estudiante. Y ello por tres motivos: porque desalienta la discusión teórica, porque se concentra demasiado en la "regla" aplicable y, por último, porque se induce a concluir que la ley es lo que los jueces dicen que es. Las consecuencias de estos resultados no queridos de este método de enseñanza pueden llegar a crear un jurista acrítico y conformista. No importa lo participativo y práctico que pueda llegar a ser el método, sin vuelo teórico no se tienen los instrumentos para innovar y sin contextualización respecto al trasfondo social y político se aceptará la solución dada por el precedente como neutral, de forma que "para el alumno acrítico el derecho siempre se deduce, se describe y se aplica. Jamás se construye, se cuestiona o se cambia". En realidad, quizá sea excesivo cargar al método de casos en exclusiva con estas responsabilidades, por cuanto no es quizá el único método que pudiera llevar a estas consecuencias y acaso ni siquiera el que más allá las podría llevar. No obstante, la alternativa que se ofrece a estos problemas (y que se trabaja en este libro) es la del método crítico de casos,

en la convicción de que la enseñanza del derecho ha de ser realista (y esto lo parece garantizar el método de casos), pero también crítica. La crítica pasa por partir de lo existente, pero para reconocer y poner de manifiesto las relaciones creadas socialmente y por ello modificables, revelando que el derecho no es neutral y que muy frecuentemente también sirve al mantenimiento de las injusticias.

CARLOS LEMA AÑÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*e-mail: carlos.lemma@uc3m.es*

IN MEMORIAM



## A LA MEMORIA DEL PROFESOR MIGUEL REALE

JAVIER GARCÍA MEDINA  
*Universidad de Valladolid*

El profesor M. Reale falleció en São Paulo el 14 de abril. Había nacido en São Bento de Sapucaí el 6 de noviembre de 1910. Se licenció en Derecho por la Universidad de São Paulo en 1934, ocupó la cátedra de Filosofía del Derecho en 1940 y fue rector de la misma en 1949 y en 1969. En su faceta académica sólo mencionar su gran actividad a la hora de promover publicaciones como la *Revista Brasileira de Filosofia* editada por el *Instituto Brasileiro de Filosofia* por él fundado en 1949; procuró el intercambio de ideas y conocimientos mediante congresos, conferencias, etc. Su faceta pública le lleva a ocupar diversas responsabilidades en las instituciones del Estado como el de Secretario de Justicia del Estado de São Paulo, entre otras. Manifestación de su vitalidad hasta los últimos años fue su participación como supervisor y coordinador de los trabajos de la Comisión revisora y elaboradora de lo que iba a ser el nuevo Código Civil de Brasil cuya entrada en vigor se produjo el 10 de enero de 2002. Sería prolijo y creemos innecesario mencionar todos los puestos relevantes ocupados por él, las condecoraciones, premios recibidos y reconocimientos de las diversas partes del mundo, por eso, no pretendemos realizar un biografía detallada del autor brasileño, sino simplemente subrayar algunos extremos de su extensa producción que reflejen la evolución de su pensamiento filosófico-jurídico. Este acercamiento debe comenzar por su reconocida teoría tridimensional del derecho, pero sin olvidar dar cuenta de otros elementos de su doctrina como la teoría de la justicia con proyección en el ámbito social y político.

### TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

M. Reale es conocido, fundamentalmente, por su teoría tridimensional del derecho cuya gestación y desarrollo fue progresivamente configurando

a partir de las primeras formulaciones totalizadoras del derecho que se venían proponiendo. La meta común que las diferentes posturas del tridimensionalismo jurídico tenían era configurar una visión integral del derecho, para de ese modo superar explicaciones unilaterales o sectoriales.

El contexto y las corrientes dominantes en la década de 1930 iban a tener una incidencia decisiva en dos obras que M.Reale publica en 1940, *Fundamentos do Direito*, que recoge su tesis doctoral, y *Teoria do Direito e do Estado*. Aunque desde una perspectiva didáctica y pedagógica la primera formulación tridimensionalista les corresponde a Icilio Vanni y a Giorgio del Vecchio, en cuyos compendios de Filosofía del Derecho, presentaban el mundo jurídico desde una perspectiva global, pero desde tres perspectivas complementarias: una "gnoseológica", una segunda "fenomenológica", y en tercer lugar una de carácter "deontológico". Si bien Vanni, positivista pero con elementos de criticismo, atiende ante todo a la fenomenología jurídica, mientras que del Vecchio, neokantiano influenciado por la Escuela de Baden, incide en las cuestiones de lógica y ética o deontología de la Filosofía del Derecho, preocupándose menos de la fenomenología jurídica. Reale descubre en del Vecchio, además, que en el derecho hay un substrato de experiencia intersubjetiva: será el tema de la alteridad. En cualquier caso se observa la intuición de tres enfoques complementarios del derecho, si bien no explican por qué existe esta triple perspectiva ni si entre ellas puede haber alguna conexión.

Le corresponde a Gustav Radbruch explicitar un problema que se sobrentendía, dando lugar a un nuevo enfoque a partir de la comprensión de la cultura como nexo de unión entre la realidad fáctica y el mundo axiológico. En su *Rechtslehre*, hay una opción por la perspectiva ético-cultural del derecho, correlacionando y explicando exigencias teóricas y prácticas. Reale se fija en Radbruch con motivo de la relación derecho-valor. Radbruch sabía de las dificultades de fundamentación de una concepción objetivista de la justicia como la de Stammler, sin embargo tampoco quería incurrir en el formalismo kelseniano, procediendo a una pura disociación entre la teoría del derecho y la doctrina de los valores. Para Radbruch como para Weber, los valores no eran asunto de ciencia sino de conciencia, lo que exigía una consideración especial a la tensión y al conflicto intra e interaxiológicos. Radbruch procede a rechazar las visiones unilaterales del derecho, tanto aquellas que se centran en lo fáctico, como la doctrina del empirismo jurídico, como aquellas vinculadas al hecho-normativo, caso de Jellinek o Petrazicki que

buscan una composición entre lo fáctico y lo normativo, o, incluso, aquellas otras, como el normativismo de Stammler, de la que Kelsen extrae sus últimas consecuencias, sin olvidar las perspectivas tradicionales que subordinan la experiencia jurídica al valor o la idea del Derecho Natural. Reale verá con interés la posterior conversión neoiusnaturalista de Radbruch, pero en esa década lo que atrae a Reale es su neokantismo. Reale destaca de Radbruch su comprensión global del fenómeno jurídico, la norma no es un puro juicio lógico de entendimiento abstracto, sino que la experiencia jurídica debe ser colocada en el marco del proceso cultural. El culturalismo genérico que representaba Radbruch influyó en Reale a la hora de concebir una visión integral del derecho, en cuyo seno no se produjera la oposición entre Filosofía del Derecho, Ciencia del Derecho y Sociología Jurídica.

El mundo del *Common Law* no era ajeno a esta corriente de superación de posturas unilaterales como las de las corrientes empiristas, iusnaturalistas y normativistas, cuya insuficiencia se manifestaba en destacar una visión predominante y exclusiva de la realidad jurídica. La figura de Julius Stone es representativa en ese sentido.

Sirvan estas pinceladas para encuadrar el tridimensionalismo de Reale cuyo eje central es la correlación dialéctica de hecho, valor y norma en la generalidad de ámbitos del conocimiento jurídico. Pero también hubo otros iusfilósofos que buscaron aunar dichos factores, como Wilhelm Sauer, Jerome Hall o Recaséns Siches. A partir de 1940 en las dos obras mencionadas Reale ya presenta una “concepción” tridimensional del derecho, al entender éste como “una integración normativa de hechos según valores”, pero aún no se puede hablar propiamente de una teoría tridimensional pues Reale no había desarrollado el mecanismo de conexión entre los tres factores en juego. Será en la década de los cincuenta cuando la consideración estática de la experiencia jurídica será sustituida por una visión dinámica gracias al instrumento de la *dialéctica de complementariedad*, desarrollado en su obra *Filosofía del Derecho* de 1953, momento a partir del cual se puede hablar ya de una teoría tridimensional del derecho.

Reale creaba un nuevo paradigma según el cual la tridimensionalidad aparecía como la característica esencial de la estructura del derecho, de manera que la aproximación a la experiencia jurídica no podría hacerse mediante una división abstracta, sino que el nuevo paradigma se definía en términos dialécticos con el fin de explicar la distinción vectorial o de sentido de la investigación específica del iusfilósofo, del jurista o del sociólogo, pero

siempre considerando la realidad jurídica en sentido tridimensional. En el marco de la Filosofía del Derecho se procedería a una comprensión axiológica de hechos en función de valores; por su parte la Sociología del Derecho atendería a la comprensión fáctica de normas en función de valores; y, por último, la Ciencia del Derecho, procedería a una comprensión normativa de hechos en función de valores. En definitiva la Ciencia del Derecho para Reale será una ciencia normativa, ahora bien, la norma representa algo más que un juicio lógico ya que posee un ineludible contenido fáctico-valorativo. Cuestión que M.Reale desarrolla ya en 1968 en su obra *O direito como experiência*. En ese mismo año la publicación de *Teoria Tridimensional do Direito*, marcaba la articulación de su postura como una teoría con la que dar cuenta de la necesidad de integrar en una unidad contenidos dispersos, como lo habían sido valor, hecho y norma, con el fin de proceder a una representación simbólica de los elementos que forman la experiencia jurídica, vinculándolos recíprocamente, de modo que los tres se interrelacionen en el tiempo, con la posibilidad de prever cómo es su recíproca influencia, incluso, cuando se manifiestan alteraciones fácticas, axiológicas o normativas.

Especial atención, si se quiere entender adecuadamente su teoría tridimensional, exige el estudio del papel del *valor* como instrumento mediador entre el hecho y la norma. El valor expresa cómo las estimaciones se han ido desarrollando en el terreno histórico. Tal comprensión es posible porque Reale supera la comprensión de los valores como objetos ideales, defendida por Max Scheler y Nicolai Hartmann. Entiende Reale que el *deber ser* preside el valor y, por tanto, tiene carácter axiológico, mientras que el *tener que ser* rige los objetos ideales y tiene carácter lógico. Es verdad que los valores en Reale tienen objetividad pero de carácter histórico, al modo en que ésta se desenvuelve en el mundo de la cultura, el cual es definido como el "sistema solidario de bienes y valores que el hombre realiza gracias a la actividad espiritual ejercida con sentido creador y en sintonía con las leyes de la naturaleza". La diferencia entre valor y objeto ideal reside en cuatro notas exclusivas de los valores: la trascendencia, la inagotabilidad, la realizabilidad y la polaridad. Siendo esta última cualidad la base de su dialéctica de complementariedad. El valor, por tanto, ha de ser comprendido como intencionalidad, que a lo largo del proceso histórico-cultural se va objetivando a la par que orienta la dirección y sentido de las futuras acciones.

Junto al valor, el *hecho* es otro elemento que interactúa en su dialéctica de complementariedad. Para Reale hecho es todo aquello que o bien depen-

de de la voluntad de los hombres o bien aquello que en ellos tiene sentido, aunque acontezca al margen de la voluntad de los mismos. Así el hecho jurídico exige siempre una referencia axiológica, ya que el hecho es algo "valorado", aunque en ningún caso sea un valor. Lo cual quiere decir que el hecho subsumido en el derecho es ya un hecho estimado de acuerdo con las circunstancias históricas y ambientales que lo rodean. La *norma*, en definitiva, surgiría de la tensión entre hecho y valor, representa una toma de posición frente a los hechos en función de valores. La norma manifiesta un "equilibrio social" que, al concretarse, se hace relativo. Pues en ella han de armonizarse estabilidad y dinamismo, puesto que es dinámica toda creación humana. Los cambios técnicos, éticos, sociales y económicos afectan de manera profunda a la "tensión fáctico-axiológica" que permitió el surgimiento de la norma, produciéndose un "deterioro progresivo" de la misma y, con ello, la necesidad de revocarla cuando ya no responda al adecuado mantenimiento del equilibrio social que se quiso asegurar. Pero la relación dialéctica inicial fáctico-axiológico-normativa no desaparece al concretarse la norma, sino que continúa manifestándose al tiempo que otras nuevas tensiones fáctico-axiológicas van erosionando el sentido de la norma. De este modo, dice Reale, la norma pasa a ser un hecho más a ponderar en las futuras tensiones fáctico-axiológicas origen de nuevas normas.

El proceso nomogenético por el que surge una norma o un modelo requiere la intervención de un poder que selecciona y decide qué tensión fáctico-axiológica merece convertirse en norma de derecho. Siendo aquí donde M.Reale procede a introducir un elemento husserliano como es el *Lebenswelt*, "mundo natural de la vida o del vivir común como experiencia pre-categorial o antepredicativa", o también, "el mundo precientífico de lo meramente dado". La vida social requiere estructuras que dirijan la conducta social del hombre. El contenido de las mismas, constituido en este caso por los modelos jurídicos, no es ajeno al *Lebenswelt*. Así cuando el poder, entendido en sentido amplio, el del legislador, el del juez o la conciencia social, etc., selecciona y decide qué tensión hecho-valor adquiere el carácter de norma rectora de los comportamientos sociales, lo hace influido por el *Lebenswelt* y por las circunstancias histórico-culturales. El derecho constituye así una estructura que afluye al *Lebenswelt*, el cual, a su vez, influye en aquél como presupuesto de toda "praxis" y como condicionante de las estructuras objetivas de las ciencias. Aunque se transforme por influencia del mundo racional objetivado, no por ello el *Lebenswelt* pierde su carácter, al no poder escapar el hombre a la influencia del mismo.

La vida social exige para su viabilidad mecanismos que garanticen cierto grado de estabilidad y de previsibilidad en las relaciones sociales. El derecho que, como elemento socio-cultural, constituye uno de dichos mecanismos, se manifiesta como experiencia de estructuras prácticas, de estructuras paradigmáticas y de modelos. Cuando una estructura social se presenta como rectora de los comportamientos venideros, actúa como una estructura normativa o como modelo social. Éste puede revestir la forma de modelo político o la de modelo jurídico. En este último caso, responde necesariamente a una estructura de carácter tridimensional. El estudio de las estructuras sociales en su forma de modelos jurídicos, que corresponde a la dogmática jurídica, implica el análisis de su significado, de sus funciones y competencias y de su inserción en el “macromodelo” que es el ordenamiento jurídico. De esta manera, se hace patente la articulación tridimensional pues, según Reale, la positivización de una solución normativa indica que se ha superado una tensión fáctico-axiológica por medio de una estructura.

Estaremos ante un modelo jurídico, en general, cuando se enuncian las consecuencias de la calificación tipológica de comportamientos futuros, dándoles un determinado sentido conforme a un acto volitivo por quien tiene facultad de hacerlo o imponerlo. Dentro de los modelos jurídicos M. Reale distingue: los *modelos jurídicos* propiamente dichos o modelos *prescriptivos* que se caracterizan por establecer un orden de conductas y un orden de competencias y por las consecuencias que se derivan de su incumplimiento, inseparables de las fuentes de que provienen, pudiendo ser, por tanto, de orden legal, consuetudinario, jurisprudencial o negocial; y los *modelos dogmáticos* o *hermenéuticos* cuya función es la de determinar lo que los primeros significan considerados aisladamente y en el conjunto del ordenamiento jurídico, de ese modo la Hermenéutica Jurídica, aún cuando pueda condicionar la aplicación de los modelos jurídicos en atención a las diferentes fuentes generadoras, se presenta con un sentido autónomo en el terreno de la doctrina. Ya no cabe discutir si la doctrina es o no fuente del derecho, ya que su carácter propio es hermenéutico.

El desarrollo de la teoría tridimensional del derecho suponía la reformulación de la “teoría de las fuentes del derecho” complementada con lo que denomina la “teoría de los modelos del derecho”. Todo ello consta articulado en su obra *Fontes e Modelos do Direito*, publicada en 1994, si bien ya se encontraba esta preocupación en el capítulo VII de la obra, mencionada anteriormente, *O Direito como Experiência*, posiblemente su obra filosófico-jurí-

dica fundamental. Esta aproximación a su teoría tridimensional refleja el deseo constante de M. Reale de integrar las diversas perspectivas filosófico-jurídicas, para superarlas después en una construcción teórica en los términos señalados.

## JUSTICIA Y DERECHO NATURAL

El pensamiento filosófico-jurídico de M. Reale no se circunscribe sólo a la mencionada teoría, siendo destacable el esfuerzo teórico que realiza para elaborar una propuesta sólida en torno a la justicia. Reale se siente interpelado por la realidad social y política brasileña fruto de la cual es su constante presencia en el periódico *O Estado de São Paulo*, colaboración que da lugar a infinidad de artículos sobre los diversos temas que la actualidad presentaba. Algunos recopilados posteriormente en libros, como ocurre en 1997 con *De olhos no Brasil e no Mundo*, entre otros.

Será en 1990 cuando de modo más estructurado plasme su concepción sobre la justicia en la obra *Nova Fase do Direito Moderno* y en el capítulo "Problemática da Justiça", en un trabajo de 2003 que unifica dos de sus obras y que titula *Teoria Tridimensional do Direito. Teoria da Justiça. Fontes e Modelos do Direito*. Reale consciente de la paradoja que supone la dificultad de definir qué es la justicia y la certeza de que el hombre no puede vivir sin ese referente, no pretenderá, por ello, contestar a la pregunta qué es la justicia, buscando una idea universal de justicia, más bien considera que cada época histórica posee su propia experiencia sobre la justicia, su propio modo de adecuar en la práctica tal experiencia.

Aun cuando la obra de J. Rawls se había convertido en el referente obligado en el panorama del pensamiento en torno a la justicia, M. Reale no acepta su enfoque neocontractualista ni toma como referente la teoría rawlsiana, y procede a subrayar que las tesis de Rawls no se ocupan de la naturaleza esencial y de la identidad de la persona humana, columna vertebral, según Reale, de cualquier teoría de la justicia. Para Reale lo destacable de la tesis de Rawls es su sentido de totalidad, más que los propios principios de justicia. Entre los cuales Reale valora especialmente el de diferencia pues alude a la igualdad que es el núcleo de la idea de justicia y es condición de la igualdad democrática. Y lo valora porque busca a través de él la concreción económica, social y política, y combatir las circunstancias que impiden la igualdad real. Para Reale el principio de diferencia revela el sentido utilita-

rista de la tesis rawlsiana y su pretensión de fijar una idea de justicia no de carácter universal sino la más ajustada a una democracia constitucional. En definitiva, entre las diferentes consideraciones que la obra de Rawls sugiere, Reale opta por colocarle en el plano del neoliberalismo, entendido como social-liberalismo, que no socialdemocracia. En sus escritos posteriores Reale no vuelve sobre la obra de Rawls, no entra en los debates que se abren y articula su teoría de la justicia con el conjunto de conceptos que fue elaborando a lo largo de su obra, incidiendo especialmente en aquellas cuestiones, la idea de persona y el elemento histórico-cultural, que había esgrimido en su crítica a Rawls.

M. Reale utiliza en su obra la expresión derecho natural, pero se opone a la consideración de su doctrina como un iusnaturalismo tradicional, pues ello supondría desvirtuar su posición al no considerarse la perspectiva histórico-axiológica. El planteamiento problemático o conjetural que lleva a cabo Reale choca con las doctrinas iusnaturalistas que entienden el derecho natural en sentido transcendente, como manifestación de lo absoluto, como reflejo de valores imperecederos y separados del desarrollo histórico concreto del derecho.

La comprensión del derecho natural que propone M. Reale será en términos transcendentales, fundamentándose en un entendimiento del mismo en relación a la experiencia histórica, al poner en relación la idea de justicia y la experiencia jurídica, siendo ésta el proceso histórico-axiológico del derecho. Concepción que parte de Kant quien entiende que cualquier forma de experiencia está condicionada por determinadas formas y conceptos (categorías) que posibilitan la propia experiencia. Reale considera que la experiencia jurídica presupone ciertas constantes valorativas o axiológicas, sin las cuales el desarrollo histórico del derecho no se podría llevar a cabo. A lo largo de la historia se observan valores que cuando han entrado en la conciencia histórica, se manifiestan como constantes éticas inamovibles, que condicionan el actuar, incluso antes de ser intelectualmente percibidas, son las "constantes o invariantes axiológicas" que constituyen el núcleo del derecho natural. Una de ellas es el valor de la persona humana; es de los valores revelados el que permite al hombre tomar conciencia de su dignidad ética. Valor que trasciende el propio proceso histórico, afirmándose, por ello, como valor-fuente. En definitiva, M. Reale entiende superada toda doctrina que se presente como: "a) Un *paradigma ideal de justicia* de validez universal, sea él concebido a la luz de la razón, o pretendidamente inferido de datos

empíricos; o b) Una *categorización formal de criterios* evaluadores de lo que deba ser considerado justo o injusto; c) La comprensión del ordenamiento jurídico *con abstracción de la idea de justicia*". Niega, por un lado, universalismo y objetivismo y, por otro, concreción y relativismo como enfoques unívocos y exclusivos para la comprensión de la justicia. Su propuesta pretenderá integrar ambos enfoques. Para ello emplea, como hemos visto la idea de un derecho natural transcendental al modo kantiano, para fijar las condiciones *a priori* en las cuales se desarrolla toda reflexión sobre la justicia y salvaguardar objetivismo y universalismo, pero el problema al que se enfrenta es definir el modo de establecer cuáles son esas condiciones *a priori*, para lo cual acude al historicismo, a la historia, como vehículo de decantación de valores que una vez revelados se convierten en "invariantes axiológicas".

La historia, en cuanto continua elaboración de nuevos elementos, no puede ser conocida, pero sí se debe admitir que es conjeturalmente pensable en la medida en que se trata de una serie progresiva de intencionalidades objetivadas que marcan los momentos históricos a lo largo de su desarrollo como inevitables opciones axiológicas. En el proceso histórico-cultural se distinguen diferentes ciclos con un concreto y determinado sistema de valores. El conjunto de valores que el hombre ha objetivado y va objetivando a lo largo del proceso histórico, inspiran entre otras experiencias, la experiencia jurídica. En ese sentido, el derecho natural, en Reale, se afirma como el conjunto de todas las condiciones transcendentales histórico-axiológicas de la experiencia jurídica. Hay, pues, un entendimiento del derecho natural en clave de "historicismo axiológico".

Reale en su afán integrador pretende superar las alternativas objetivismo-relativismo, universalismo-concreción, naturaleza-cultura, utilizando diferentes aportaciones doctrinales aparentemente contradictorias como las tesis kantianas y el historicismo, al tiempo que combina formulaciones liberales pero corregidas con intervenciones estatales propias de un Estado del bienestar a la hora de resolver cuestiones socio-políticas actuales.

## POLÍTICA Y SOCIEDAD

El pensamiento político de M. Reale ha evolucionado desde su obra de juventud, 1933 *O Estado Moderno*, en la que frente al Estado totalitario de Gentile opone un Estado corporativo insertado en la tradición católico-integralista, de corte fascista, pero con límites en la autonomía de los individuos

y con el rechazo de un Estado totalitario absorbente y unitario, más apoyado en una participación auténtica de asociaciones profesionales. Pretendía la configuración de un Estado nuevo construido de abajo hacia arriba y buscaba ya una tercera vía entre liberalismo y socialismo. Reale se va alejando progresivamente de estas posiciones como se pone de relieve cuando se analiza el conjunto de obras dedicadas a la política y a la teoría del Estado, entre las que destacan *Pluralismo e Liberdade* de 1963, *Liberdade e Democracia*, 1987, reflejo de un transitar hacia posiciones liberales con un rechazo explícito a las corrientes marxistas. Reale en el prefacio a esta obra señalaba que en aquel momento “se hace necesario reformular el problema de la libertad como una dimensión del pensamiento y de la acción humana, y, en particular, el de la libertad política, cuya función primordial, en nuestra época consiste en preservar la pluralidad, sin la cual la libertad no llega siquiera a constituir un problema”. Defensa de la libertad y exaltación de la democracia como “el único régimen capaz de realizar en la práctica las virtudes de libre crítica peculiares al tipo de cultura que nos viene de las matrices greco-romanas”.

En dos obras de los últimos años *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias* de 1998 y *Crise do capitalismo e crise do estado* de 2000, expone sus posiciones actuales en este terreno. Reale señala la necesidad de integrar y superar, en un mundo complejo como el actual, las fórmulas del liberalismo y del socialismo, en cuyos ámbitos libertad e igualdad se constituían, a veces como elementos excluyentes. Para él la relación entre libertad e igualdad no ha de plantearse en términos seriados sino como valores vinculados por una dialéctica de complementariedad, de modo que la comprensión de la libertad como forma de participación supone una más estrecha relación entre los valores mencionados. En definitiva, la democracia liberal se ha de presentar como democracia social como consecuencia de superar los planteamientos individualistas y los prejuicios frente a la interferencia del Estado propios de la versión clásica del liberalismo. La democracia social se encuadra en un marco de posibles soluciones abiertas y plurales cuyo núcleo es la libertad como participación, superando las viejas contraposiciones entre libertad e igualdad, entre liberalismo y socialismo. El término participación tiene un sentido propio, incluyendo la participación política y el tomar parte de los bienes sociales. Para ello apela a nuevas formas de participación más directas como el plebiscito, el referéndum o la extensión de la iniciativa parlamentaria a quien en la sociedad civil ostente especial re-

levancia. Todo ello se sustancia en una visión del ciudadano como titular no sólo de un status jurídico de derechos y prerrogativas individuales sino de ser consciente de los lazos que vinculan a todos y cada uno de los individuos a los supremos intereses de su comunidad. La ciudadanía, en suma, no consiste sólo en la titularidad abstracta de derechos y deberes, sino que cobra sentido, legitimidad y eficacia cuando valores personales y sociales se complementan recíprocamente, de manera que los individuos, sin renunciar a sí mismos, se integran en el bien común del pueblo. La idea predominante ya no puede ser la del individuo abstracto sino la de sujetos que protagonizan su experiencia vital con el objetivo de alcanzar unas metas que sólo se consiguen en el marco de una comunidad concreta que refleja una base común en la que se correlacionan las distintas situaciones individuales. La cuestión es cómo resolver la aparente paradoja de la afirmación de cada situación personal y la idea esencial de participación en la comunidad. El problema se resuelve si entendemos que la circunstancia individual exige el sentido de la intersubjetividad, exige la presencia del otro. La concreción de la acción libre exige que a su titular se le aseguren las condiciones efectivas de participación, el derecho a participar, social y culturalmente, de los bienes de la comunidad, tanto en el plano de las decisiones como en el acceso a las formas de mejor distribución de las riquezas.

Sólo con tales garantías los sujetos tienen asegurada la posibilidad de participar y decidir. En ese marco cabe hablar de una propiedad democratizada al alcance de todos, de un ámbito económico presidido por la libre iniciativa o de un bien común perseguible por diversos caminos pero siempre con el principio de efectiva igualdad de oportunidades materiales y culturales, en la esfera de una economía normativa, esto es, de una economía que combina la acción del Estado con la de los particulares en aras a realizar unas normas éticas de acuerdo con una jerarquía de valores. En definitiva, socialización del progreso y libertad serían los ejes de una democracia social y participativa.

La propuesta de Miguel Reale para establecer una adecuada interrelación entre libertad e igualdad, con el objetivo de alcanzar una más justa estructura social, se denomina "social-liberalismo". Dicha propuesta se separa del neoliberalismo, en sus distintas versiones, porque no comparte la idea de que sólo a través de una vida económica entregada a la libre competencia sin obstáculos y con un Estado mínimo, se pueda alcanzar lo que se denomina justicia social, ya que la participación del Estado en la economía ha con-

tribuido a mejorar la situación de los más desfavorecidos a través de los mecanismos de la seguridad social, de subsidios y fondos de garantía y asistencia, generando, en consecuencia, bienestar para todos.

En ese sentido M. Reale propone también un adecuado equilibrio entre el ámbito del libre juego de la competencia y un Estado no abstencionista, lo que se resuelve en su afirmación de un Estado nación protagonista de sus propias decisiones sociopolíticas y económicas, no entregado de manera irreflexiva a un proceso descontrolado de globalización económica. Las peores consecuencias se aprecian en el terreno económico pues la globalización permite interferencias financieras externas, de localización difícil, que pueden alterar con rapidez la libre competencia, con predominio de voluntades anónimas incontrolables. Todo ello permite dominar una nación sin ocupar su territorio, lo cual no es sino una nueva forma de imperialismo.

M. Reale duda de la viabilidad de una mancomunidad universal en la que primen exclusivamente los intereses y principios del mercado pues en aras de un marco en el que se entiende estarían actuando de la forma más libre los individuos, sin las cortapisas del Estado, se estarían poniendo en peligro los derechos individuales de los mismos, pues en ese marco de máxima libertad no existen las garantías ni los procesos adecuados a los que acudir en caso de violación y vulneración de los mismos. En definitiva libre competencia si pero atribuyendo al Estado la función de control de aquellas prácticas del mercado que puedan provocar cualquier lesión de los derechos individuales.

De ahí que sin descuidar las antiguas facetas de defensa del orden jurídico, del orden público, de la independencia del territorio, etc., el Estado debe asumir la función de colocar como objetivo prioritario la educación, la ciencia y la tecnología. Y ello porque la sociedad actual es la sociedad de la información, de la comunicación, de las tecnologías, en último término de la técnica, del conocimiento y de la inteligencia, lo que pone de relieve que son tan necesarios los medios materiales como el bagaje intelectual de un país, de ahí que la función del Estado y la acción política deban mirar también a la inteligencia como instrumento necesario de la información y formación técnica. La educación es la base de la ciudadanía. El perfeccionamiento político de una sociedad conduce a que su Estado sea la expresión concreta de los individuos y de la sociedad civil y eso sólo se consigue mediante una democracia participativa. Para M. Reale el Estado Democrático de Derecho es la vía para garantizar un proceso con tales exigencias y el logro de tales objetivos.

El ordenamiento político parte de tres elementos que se exigen recíprocamente: individuo, sociedad civil y Estado. Si éste se configura como un conjunto de individuos abstractos nos encontramos frente a un Estado de Derecho formal que “preserva sólo los valores extrínsecos del orden jurídico, sin tener en cuenta sus valores substanciales, como los de la educación y la salud, sin los cuales el individuo o perece o no se desarrolla”. El papel de la sociedad civil es mediar entre el individuo y el Estado, de manera que éste encontrará mayor sentido cuando se adapta a las exigencias de la comunidad a la que sirve. La relación entre los tres elementos – individuo, sociedad civil y Estado- se rige por la dialéctica de complementariedad, lo cual supone que se implican el uno al otro pero ninguno queda reducido a otro, pues no se trata de momentos sucesivos de una evolución sino momentos sincrónicos que resuelven su vinculación por la dialéctica mencionada.

#### ULTIMAS CONSIDERACIONES

No podemos olvidar una de las pasiones de M. Reale como era la poesía. Son numerosas las obras en este sentido y cuya fuente de inspiración es muy variada, pero hay una constante presencia que domina toda su obra y toda su existencia y fue su esposa Nuce. Sirvan para despedir a M. Reale, a quien sus allegados cariñosamente llamaban “profesor”, las palabras que él dedicó a su desaparecida esposa en la obra *Variações*: “*A morte não representa, por tanto, o termo final da pessoa que nos deixou, pois de sua memoria emerge a obrigação de viver como se ela ainda estivesse presente, substituindo-a por inteiro. Essa é a herança mais alta, a única que tem valor real. A morte é, assim, um comando de amor aos que sobrevivem, uma exigencia para que se dê continuidade àquilo que antes se fazia, ao trabalho que não pode nem deve ser interrompido*”.

JAVIER GARCÍA MEDINA  
Universidad de Valladolid  
e-mail: jgmedina@der.uva.es



## PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

JOSEPH RAZ

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford y Fellow en el Balliol College. También es profesor en la Columbia Law School. Sus publicaciones incluyen *The Authority of Law* (1979); *The Concept of a Legal System* (2nd ed., 1980); *The Morality of Freedom* (1986); *Practical Reason and Norms* (2nd ed., 1990, reimpreso 1999); *Ethics in the Public Domain* (revisado 1995); *Engaging Reason* (1999) y *Value, Respect and Attachment* (2001).

MASSIMO LA TORRE

Profesor de la Universidad de Catanzaro, especialista en Derecho europeo. Autor, entre otras obras, de: *Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law* (1999), *Norme, Istituzioni, Valori: Per una Teoria Istituzionalistica del Diritto* (1999), 'Nostalgia for the Homogeneous Community - Karl Larenz and the National Socialist Theory of Contract' (1999), *European Citizenship: An Institutional Challenge* (1998), *Disavventure del Diritto Soggettivo: Una Vicenda Teorica* (1996).

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. Ha publicado diferentes libros y artículos sobre derechos humanos y Filosofía del Derecho. Entre otros, destacan: *Deberes y obligaciones en la Constitución* (1991) *La paradoja de los derechos fundamentales como límites al poder* (1992) *Sobre el razonamiento judicial* (1995) *Jueces y normas: la decisión judicial desde el ordenamiento* (1995) *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho* (1999) *Sobre el concepto y fundamento de los derechos: una aportación dualista* (2001) *La democracia a debate* (2002) *Democracia, Constitución y derechos* (2002) *El juez y la motivación en el Derecho* (2005). Es asimismo co-director de la *Historia de los derechos fundamentales*.

ANA LAURA AIELLO

Abogada por la Universidad de Buenos Aires y Master en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente está elaborando su tesis doctoral, en el Doctorado en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid. Ha trabajado como investigadora en diversos proyectos de investigación sobre los derechos de las personas con discapacidad (entre otras entidades e instituciones: Comunidad de Madrid, Universidad Carlos III) y publicado en este sentido. También ha desempeñado cargos de responsabilidad en la Sección Española de Amnistía Internacional.

FRANCISCO BARIFFI

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina y Diplomado en Estudios Avanzados en el marco del Doctorado en Derecho: Programa Derechos Fundamentales, del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid. Investigador en Derecho Internacional en el Instituto TMC Asser de La Haya en los Países Bajos (2000). Profesor e Investigador en las asignaturas de Derecho Internacional y Derechos Humanos, Universidad Nacional de Mar del Plata, y Universidad Atlántida Argentina (1996-2000). En la actualidad se desempeña como Profesor en el Área de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III de Madrid, y se encuentra en fase de elaboración de su tesis doctoral. Sus principales áreas de especialidad son el Derecho penal internacional, la jurisdicción internacional, la justicia transicional y el Derecho internacional humanitario.

IGNACIO CAMPOY CERVERA

Profesor Contratado Doctor en el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid y responsable de la Cátedra "Norberto Bobbio" de Igualdad y No Discriminación del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid. Su principal línea de investigación es sobre los derechos humanos, destacando las cuestiones relacionadas con los derechos de los niños y los derechos de las personas con discapacidad. Entre sus publicaciones más relevantes cabe destacar: *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección* (2006); "La discapacidad y su tratamiento en la Constitución española de 1978", en Jiménez, Eduardo P. (coord.), *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad* (2006); "Reflexiones acerca de los derechos de las personas con discapacidad", en Campoy Cervera, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (2004); o "Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo XXI, 2004.

AGUSTINA PALACIOS

Profesora de Filosofía del Derecho Universidad Carlos III de Madrid. Coordinadora Sección Discapacidad Cátedra "Norberto Bobbio" de Igualdad y No Discriminación, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Miembro de la Subcomisión de Expertos sobre la Convención de la ONU en materia de Discapacidad, Real Patronato sobre Discapacidad, MTAS de España desde 2005. Asesora del Gobierno Español durante la Sexta y la Octava Reunión del Comité Especial de Naciones Unidas relativo al establecimiento de un tratado internacional sobre la protección jurídica de las personas con discapacidad, New York, agosto de 2005, y agosto de 2006.

ANA M<sup>a</sup> MARCOS DEL CANO

Profesora Titular de Universidad de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNED. Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de León en 1991. Doctora en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNED en 1998, con Premio Extraordinario de Doctorado. Ha desarrollado una larga actividad investigadora en diversos centros universitarios de España y del extranjero (*Istituto Giuridico "A.Cicu" de Bolonia, Stony*

Brook University de Nueva York, *Facoltà di Giurisprudenza di Tor Vergata en Roma*). Especialista en temas de derechos humanos, en concreto, en temas de bioética y de multiculturalismo. Ha publicado diversas monografías en su área de investigación, sobre bioética, inmigración y multiculturalidad y teoría del derecho. Ha desempeñado diversos cargos académicos: Secretaria del Departamento de Derecho Público Básico en la Facultad de Derecho de la Universidad de León; Vicedecana de la Facultad de Derecho de la UNED; Secretaria de la Facultad de Derecho de la UNED; en la actualidad es Secretaria General de la UNED.

#### JAVIER GARCÍA MEDINA

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Valladolid. Ello supone la docencia teórica y práctica de las asignaturas de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho, así como de la asignatura optativa Teoría de los Derechos Humanos. Como líneas básicas de investigación las relacionadas con cuestiones de Teoría de la Justicia y Filosofía Política, especialmente la corriente republicana y sus proyecciones.

#### JOSÉ LUIS REY PÉREZ

Licenciado en Derecho y en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Pontificia Comillas de Madrid (ICADE). Se doctoró en Filosofía del Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Su principal campo de estudio son los derechos sociales, sobre los que ha escrito varios artículos. Asimismo es editor de los dos volúmenes *Desafíos actuales de los derechos humanos* (2005 y 2006). Ha sido investigador visitante de la Universidad Católica de Lovaina, la Universidad de Amsterdam y la Humboldt Universität de Berlín. En la actualidad es profesor de Teoría del Derecho y Derechos Humanos en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid

#### GUTMARO GÓMEZ BRAVO

Profesor en el Departamento de Historia Contemporánea de la Universidad Complutense de Madrid. Trabaja aspectos de la historia social de los siglos XIX y XX, especialmente sobre la formación de la Justicia y el Estado en la España contemporánea, *Crimen y castigo. Cárceles, delito y violencia en la España del siglo XIX* (2005) y *Los delitos y las penas. La ciudad judicial y penitenciaria* (2006) son sus principales aportaciones a esta línea de investigación.

#### CRISTINA GARCÍA PASCUAL

Profesora de Filosofía del Derecho de la Universitat de València. Autora, entre otros, de: *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, (1997), "El Derecho Internacional en la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen" en *El vínculo social. Ciudadanía y cosmopolitismo* (2002), "La utopía realista de Hans Kelsen", introducción al libro de H. Kelsen, *La paz por medio del Derecho* (2003), "La vigilia de la razón. El orden internacional en la obra de I. Kant y de J. Rawls", en *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el Bicentenario de su muerte*, (2003), "El velo y los derechos de las mujeres", en *Derechos Fundamentales y valores en un mundo multicultural*" (2005).

PABLO ZAPATERO

Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Carlos III de Madrid. Destacan entre sus campos de interés la teoría del Derecho Internacional y las dimensiones sociales de la regulación de la economía internacional y los negocios internacionales. En el marco de esta agenda de investigación ha publicado, entre otros trabajos, *Derecho del comercio global* (2003), "Sistemas jurídicos especiales" (*Revista Española de Derecho internacional*, 2005) y "Searching for coherence in global economic policymaking" (*Penn State International Law Review*, 2006) .

## INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHOS Y LIBERTADES

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

- La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 200 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

- Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.

-Se deben entregar los **trabajos por triplicado** y en **soporte informático PC Word**. Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, en dos de estas copias se deben omitir las referencias al autor del artículo. En una hoja aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas. Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

**Libros:** E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

**Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semántica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

**Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm 1, 1981, pp. 2-28; F. LAPORTA, L. HIERRO y V. ZAPATERO, "Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad" en VV.AA., *La Filosofía del Derecho en España*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, 1975, pp. 93-120.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo, (p. ej.: M. WEBER, "La política como vocación", en *íd.*, *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

## INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 200 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

-Articles should be submitted in triplicate in Pc Word format. For facilitating the anonymity of the external referee, in two of these copies, author's details should be omitted. In a separate sheet of paper, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

-Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

-Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

**Books:** E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

**Articles included in collective works:** G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semántica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

**Articles included in periodic publications:** N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm 1, 1981, pp. 2-28; F. LAPORTA, L. HIERRO y V. ZAPATERO, "Algunas observaciones sobre la situación de la Filosofía del Derecho en la actualidad" en VV.AA., *La Filosofía del Derecho en España*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 15, 1975, pp. 93-120.

In order to avoiding the repetition of references is recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en *íd.*, *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).



DERECHOS Y LIBERTADES  
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

*Suscripción formato papel*

---

2 números 36,00 €

Número suelto 20,00 €

*Suscripción on-line*

---

2 números 35,00 €

Número suelto 10,00 €

Artículo suelto 6,00 €



# DERECHOS Y LIBERTADES

## BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2007), dos números al año

Abonaré la cantidad de 36,00 € (IVA incluido) por la suscripción anual

Nombre y Apellidos \_\_\_\_\_

Institución \_\_\_\_\_

Dirección \_\_\_\_\_

CP \_\_\_\_\_ DNI/CIF \_\_\_\_\_

Población / Provincia \_\_\_\_\_

Teléfono \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_

e-mail \_\_\_\_\_

### **Efectuaré el pago mediante domiciliación bancaria**

(En caso de que no disponga de cuenta bancaria para hacer el pago, envíenos un e-mail a [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com) para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta \_\_\_\_\_

Datos de la cuenta:

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.





