

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

Por IGNACIO CAMPOY CERVERA
Universidad Carlos III de Madrid

INTRODUCCIÓN: En este artículo se trata de apuntar las líneas generales que delimitan lo que podemos considerar como el fundamento último de los derechos fundamentales y determinan a qué obliga la aceptación de ese fundamento último de los derechos. En este sentido, se rechaza la idea de dignidad humana como fundamento último de los derechos fundamentales y se acepta como valor esencial el de la libertad, estableciéndose la obligación general de respetar, reconocer y proteger que cada persona diseñe y desarrolle sus propios planes de vida conforme a su «auténtica» voluntad; e igualmente se analiza cómo son necesarias las dimensiones que han de incorporar los valores de igualdad y solidaridad para la delimitación de ese fundamento último de los derechos fundamentales y las obligaciones que se derivan de su aceptación, quedando establecido como objetivo último de la colectividad conseguir que el mayor número de personas posible desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada uno de ellos individualmente se haya dado.

1. LA DIGNIDAD HUMANA

La dignidad humana ha sido, y sigue siendo, considerada por muchos autores como el fundamento último de los derechos fundamentales. Sin embargo entiendo que esa consideración sólo sería

aceptable –y si no debería ser, pues, superada– si se comprendiese a través de una determinada vinculación –a la que a continuación me referiré– con el valor libertad. En este sentido, me parece un buen punto de arranque la esclarecedora distinción que realiza Rafael de Asís entre dignidad humana, como el fundamento de los derechos humanos en cuanto sirve de punto de partida para el reconocimiento de los derechos, y vida humana digna, como el desarrollo de la vida conforme a esa dignidad humana, que también sirve, así, como fundamento de los derechos humanos en cuanto se constituye en el objetivo a conseguir con el ejercicio de los derechos¹. No obstante, quisiera hacer aquí una muy importante diferenciación: de esos dos elementos caracterizadores de la fundamentación de los derechos, dignidad humana y vida humana digna, creo que el que realmente ha de ser destacado como fundamento último de los derechos no es la dignidad humana, sino la vida humana digna. Si el fundamento último residiera en lo que es la dignidad humana, nos encontraríamos ante el problema, seguramente irresoluble, de determinar qué es lo que caracteriza a esa dignidad humana. Las respuestas que se han ofrecido históricamente y que se siguen ofreciendo son de lo más variado². Aquí sólo voy a referirme a dos tipos: el primero para demostrar las enormes e irreconciliables diferencias que se pueden dar dependiendo del enfoque desde el que se pretenda iluminar la cuestión; el segundo por su inmediata trascendencia en la teoría de los derechos fundamentales, que es la que a mí más me interesa resaltar en este momento.

El primer tipo hace referencia a las inevitables diferencias que se han de dar en la respuesta a qué es la dignidad humana si la misma la buscamos en el terreno de la religión o en el de las puras ciencias naturales. Creo que es evidente que no tiene nada que ver lo que constituye la dignidad humana para alguien que la busca en los designios de un Dios creador de la naturaleza humana, una naturaleza pecadora o hecha a la imagen y semejanza del Creador o como se quiera entender, que lo que constituye esa dignidad para quien simplemente concibe al hombre como una unión más o menos fortuita de genes, comprendiendo éstos simplemente como materia orgánica viva. Claro que si en estas aproximaciones se prescinde de la idea de derechos fundamentales, los resultados pueden ser igual de nefastos para las vidas de las personas concretas, como bien saben, por ejemplo, las personas con discapacidad, que las han sufrido tanto a causa de concepciones

¹ En Asís ROIG, Rafael de, «La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder», en CAMPOY CERVERA, Ignacio (Ed.): *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas. Hacia una Convención internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*, Dykinson, en prensa.

² Desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, resulta muy esclarecedor el estudio histórico que realiza el profesor Peces-Barba en PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, colección Cuadernos «Bartolomé de las Casas», núm. 26, Dykinson, Madrid, 2002.

religiosas como la del medievo que entendía que las personas con discapacidades eran más engendros diabólicos (en cuanto se apartaban de esa imagen y semejanza de Dios) –como bien se explica en una interesante investigación que en este momento está realizando la profesora Agustina Palacios sobre los diferentes modelos que históricamente se han construido en la respuesta que la sociedad ha articulado frente a las personas con discapacidad–, como a causa de concepciones médico-biológicas que fueron ideológicamente utilizadas para señalar a las personas con discapacidades –algunas de ellas, claro está– como deformaciones de la naturaleza biológica estándar que había que eliminar.

El segundo tipo de respuestas entiendo que son más interesantes, en cuanto que realizan una conexión directa entre naturaleza humana, dignidad humana y derechos humanos. Conforme a ellas, se entiende que ciertas características de la naturaleza humana son las que se han de destacar porque son las que nos determinan la dignidad del ser humano, y los derechos humanos son, en este sentido, los que se encuentran esencialmente vinculados a esa dignidad humana, los que encuentran, así, su fundamento directo en esa dignidad. La propia historia de los derechos humanos comienza así, con el iusnaturalismo racionalista –la primera corriente de pensamiento que consigue realizar un esquema completo de justificación para el reconocimiento y protección de derechos naturales-humanos, una doctrina que, como es bien sabido³, venía a considerar que el elemento esencial de la dignidad humana era la naturaleza racional del hombre y que de ella, de esa naturaleza racional, y con el uso de la propia razón, se podían deducir todos los derechos humanos (los derechos naturales en su terminología). Pero también desde las posiciones del positivismo, que niegan la existencia de un Derecho natural, un Derecho por encima de la voluntad de los hombres, y concretamente desde un positivismo corregido, que comprende la necesidad de abrir ese Derecho que se dan voluntariamente los hombres a la Moral, autores como Gregorio Peces-Barba o el ya citado Rafael de Asís (autores de los que me siento intelectualmente más próximo y a cuyo pensamiento, por consiguiente, habré de referirme de forma especial en lo que sigue) vuelven a señalar determinadas características que son propias de la naturaleza humana como las que constituyen su dignidad. Para el primero⁴, serían la libertad de elección (es decir, el libre albedrío, la capacidad para tomar decisiones frente a las doctrinas deterministas de la acción humana), la capacidad de construir conceptos generales y de razonar, la capacidad para comunicarse a través de un lenguaje complejo, la

³ Véase en este sentido, la trascendente aportación que realizase el profesor Elías Díaz en DÍAZ, Elías, *Sociología y Filosofía del Derecho*, col. «Taurus Humanidades», Taurus, 1989, 1.ª ed. 1971, Madrid, pp. 262-277.

⁴ Véase al respecto en PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 65-69.

capacidad para crear arte, la sociabilidad y la libertad moral (es decir, el objetivo utópico del ser humano de la felicidad a través de su realización como ser moral) –libertad, esta última, que me interesa particularmente y que tendré en cuenta al exponer mi propio planteamiento–. Y para Rafael de Asís, siguiendo la concepción de Peces-Barba, se han de destacar⁵, conforme a la teoría de los derechos humanos, la «capacidad» del ser humano para razonar, la «capacidad» para sentir y la «capacidad» para comunicarse.

La importancia de este primer paso ha de ser resaltada, porque de todas las características que podemos predicar que existen en la naturaleza del ser humano se está escogiendo unas determinadas para señalar nada menos que es conforme a ellas que se constituye su dignidad, y que es conforme a ellas que encuentran su fundamentación última los derechos humanos. No hay que pensar que se pretenda, en ningún caso, sustraer la condición de dignidad humana a ninguna persona, la teoría de los derechos humanos impide dar ese paso. Pero, sin embargo, esas aproximaciones nos sitúan, por una parte, en la incómoda posición de tener que argumentar, por ejemplo, cómo, aún definiendo la dignidad humana conforme a la característica de la capacidad para comunicarse a través de un lenguaje complejo, o simplemente la capacidad para comunicarse, de una persona que sufre un autismo profundo, que le impide comunicarse con el exterior, es predicable la dignidad humana en la misma medida que de otra persona que se comunica sin ningún problema con el exterior. Y, por otra parte, nos sitúa en la peligrosa senda, ésta sí profusamente seguida, de negar el ejercicio de derechos fundamentales a aquellas personas de las que no es predicable en una medida satisfactoria las características que conforman la dignidad humana.

Pero es que, además, aunque superásemos ese primer obstáculo aquí apuntado, y consiguiésemos un consenso sobre qué es lo que caracteriza a la dignidad humana, nos quedaría todavía por resolver la –en realidad irresoluble– falacia naturalista, que, conforme la enunciara Hume en su *Tratado de la naturaleza humana*, vendría a decir que de un ser no se puede derivar un deber ser; es decir, en nuestro caso, que de un hecho –como pueden ser las características que determinan la naturaleza humana– no se puede derivar una obligación de actuar –como sería el reconocimiento, respeto y protección de los derechos fundamentales–.

Por todo ello, creo que deberíamos dejar de intentar escoger algunas de las características del ser humano como las constitutivas de su dignidad y entender simplemente, de forma casi tautológica, que *la dignidad humana es la dignidad que todo ser humano tiene simplemente por su condición de ser humano*.

⁵ Véase, al respecto, en Asís ROTG, Rafael de, *La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder*, cit.

2. LA LIBERTAD

En el apartado anterior he expuesto algunas razones para superar la vía de considerar directamente a la dignidad humana como fundamento último de los derechos fundamentales, en éste pretendo explicar por qué la vía adecuada a seguir debe ser la de la libertad, y, en este sentido, considerar que *el fundamento último de los derechos fundamentales reside en la vida humana digna, es decir, en el desarrollo de la vida conforme a lo que cada persona considere que constituye su propia dignidad como ser humano*. Y de aceptar ésta como la fundamentación última de los derechos, habría que entender que el deber ser de reconocer, respetar y proteger los derechos fundamentales se deriva de otro deber ser, el de reconocer, respetar y proteger que cada persona desarrolle conforme a su voluntad su propia concepción de lo que constituye su dignidad; no derivándose la justificación de este deber de ninguno otro superior. Como siempre en el mundo de las obligaciones, la escala de fundamentaciones ha de acabar en una obligación última, que o bien es impuesta por la fuerza o bien es asumida como tal obligación por el sujeto que la acepta, constituyéndose así, para este sujeto, en una obligación moral que no necesita de una ulterior justificación.

De esta manera, *el elemento esencial lo configuro en torno a la idea de que hay que reconocer, respetar y proteger el desarrollo de la vida conforme a lo que la persona considere que es lo más adecuado para la consecución de su idea de dignidad humana, o, dicho de una manera más clara, lo que se trataría es de reconocer, respetar y proteger que la persona pueda desarrollar sus propios planes de vida*. El que sean sus propios planes de vida indica que lo que se ha de reconocer, respetar y proteger es la voluntad de la persona en la toma de decisiones que afectan al desarrollo de su vida. Es decir, que a donde llegamos es también a *respetar, reconocer y proteger la libertad de la persona para diseñar sus propios planes de vida y para actuar para la consecución de su efectiva realización*. Lo que, en realidad, también supone, necesariamente, que la persona pueda participar en la toma de todas aquellas decisiones públicas que le vayan a afectar, que vayan a afectar, precisamente, al desarrollo de sus planes de vida.

Pero, el que se considere que lo fundamental sea reconocer, respetar y proteger la voluntad de la persona en la toma de decisiones que afectan al desarrollo de su vida, abre, en realidad, dos cuestiones, estrechamente vinculadas, de trascendental importancia: el problema de determinar cuál es la voluntad de la persona y el problema de determinar cuándo está legitimado que actuemos paternalistamente con una persona y cuándo no⁶. El muchas veces referido ejemplo que

⁶ Cuestiones a las que aquí –como, en realidad, la mayor parte de las que se tratan en este artículo– sólo puedo referirme brevemente, pero que trato –las que en este punto me refiero– con más amplitud, justificando las conclusiones que apunto en el texto principal, en el libro (que actualmente está en sus últimas fases para la publi-

pusiera John Stuart Mill, en su magnífico libro *Sobre la libertad*, de medida paternalista justificada⁷, nos aclarará bien el sentido de una medida paternalista plenamente respetuosa con la voluntad del individuo; siendo así que precisamente en este libro realizaría Mill una de las más notables defensas que se han hecho sobre la libertad individual, concibiéndose la vida de cada persona configurada conforme a un ámbito de libertad para la toma de decisiones por el propio sujeto en el que nadie está legitimado para interferir cuando sólo a él le afectan. Nos invita Mill a que imaginemos un sujeto que quiere cruzar un puente que hay para salvar un abismo, sin saber que el puente está declarado inseguro y que, por consiguiente, morirá en la caída, apuntando, al respecto, la clara obligación que tenemos, en caso de poder, de impedirle cruzar el puente, a pesar de que el hombre haya manifestado su voluntad en este sentido al empezar a cruzarlo. En una somera aproximación al ejemplo parece que estamos actuando contra la voluntad de la persona, pero es fácil de entender que, en realidad, lo que estamos haciendo es precisamente respetando su voluntad⁸. Actuamos contra su voluntad expresamente manifestada: empezar a cruzar el puente, porque queremos respetar su «auténtica» voluntad: presuponemos que prefiere vivir que intentar cruzar el puente, pues su voluntad no es caer en el abismo, como de hecho ocurriría si empezase a cruzar el puente. El ejemplo, pues, creo que es muy ilustrativo de que el respeto por la «auténtica» voluntad del individuo no tiene por qué coincidir siempre con el respeto por la voluntad por él manifestada. Aunque, en todo caso, tomarnos en serio que se ha de respetar siempre la «auténtica» voluntad del individuo significa que cuando actuemos contra la voluntad manifestada por el individuo debemos de poder justificar muy claramente que esa voluntad manifestada no se corresponde con su «auténtica» voluntad. Creo, en este sentido, que siempre hemos de respetar la voluntad manifestada por el individuo –más allá de los supuestos en que con ello se perjudique ilegítimamente a terceros–, salvo en aquellos supuestos en que, por falta de razón, información o experiencia para poder procesar adecuadamente esa información, el individuo no sea realmente consciente de las consecuencias que van a derivar de la acción que expresamente manifiesta realizar y que, además, esas consecuencias sean claramente perjudiciales para el individuo, en este sentido, cuanto menos le afecten al desarrollo presente y futuro de sus probables planes de vida menos

cación) que tiene su origen en mi tesis doctoral: *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*, Madrid, 2000.

⁷ Puede verse el ejemplo al que aquí se hace referencia en MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, prólogo de Isaiah Berlin, trad. Pablo de Azcárate, col. El Libro de Bolsillo, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 182.

⁸ O su libertad, en la concepción de Mill, pues como dice: «...la libertad consiste en hacer lo que uno desee, y no desearía caer al río» (en MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, cit., p. 182).

justificada estará la acción paternalista en contra de su voluntad expresamente manifestada⁹.

De lo dicho, se podría deducir que, finalmente, también yo pongo características propias de la naturaleza humana, como es el caso de la razón, para determinar cuándo se puede hablar o no del desarrollo de una vida humana digna. Sin embargo creo que hay una diferencia muy importante, esta característica no constituye el fundamento último de los derechos fundamentales, *el fundamento último está en ese respeto, reconocimiento y protección del diseño por la persona de sus propios planes de vida y de la actuación de ésta conforme a su voluntad para su efectiva consecución*. Aunque también entienda que un medio necesario para que

⁹ Un ejemplo muy interesante en este punto nos lo ofrece la regulación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En la misma existe una clara y explícita intención de respetar la voluntad del paciente en todas aquellas decisiones que se hayan de tomar respecto a su persona en el ámbito sanitario; como dice el artículo 2, en el que se establecen los principios básicos de la Ley, en sus apartados 2 y 3: «2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley. 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles». Y, sin embargo, la decisión a tomar debe ser tomada más allá de la voluntad que pudiese manifestar el paciente en cuanto éste no tuviese la razón suficiente para procesar adecuadamente la información médica pertinente. Me parece, en este sentido, acertada la regulación del artículo 9.3.a), donde se establece que se otorgará el consentimiento por representación: «Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación». Por lo que igualmente me parece acertada la regulación del artículo 11 sobre las «instrucciones previas», pues de lo que establece en sus puntos 1 y 2 claramente se deduce que ha de primar lo que podríamos considerar como la «auténtica» voluntad de la persona sobre lo que ha de ser su voluntad manifestada. Así, se regula en la Ley que: «1. Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud (...). 2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito». Y es también con ese criterio con el que entiendo que habría que interpretar la disposición del artículo 5.4: «El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho». Por lo que la aplicación de la necesidad terapéutica hay que entender que estará justificada porque: primero, se respeta la «auténtica» voluntad del paciente (se presupone que éste preferirá no estar informado que sufrir un grave perjuicio en su salud, estableciéndose, además, que posteriormente se informará de esa actuación, con lo que se podrá después valorar en qué medida se respetó o no la «auténtica» voluntad del paciente), y, segundo, porque es proporcional la medida, en tanto que lo que se evita con ella es que se «pueda perjudicar su salud de manera grave».

eso se dé es que el individuo esté usando una razón adecuada para la decisión que se va a tomar, pero igual que la ha de tomar contando con una información y una experiencias adecuadas, y está claro que éstas no forman parte de la naturaleza del hombre, y que también son necesarios otra serie de elementos, como es el respeto por los sentimientos humanos o el desarrollo de la persona en sociedad. Y es que todas esas son características y elementos que se han de valorar para conseguir el pretendido desarrollo de los planes de vida de cada persona, pero por sí solas no suponen el fundamento de ningún derecho fundamental.

Hasta ahora he señalado por qué para mí el fundamento último de los derechos fundamentales es el reconocimiento, respeto y protección de los planes de vida que la persona libremente quiera proponerse y la actuación de ésta para su efectiva consecución; pero no he explicado qué quiere decir para mí la propia idea de fundamento último. La idea de fundamentación no ha de entenderse aquí al estilo del iusnaturalismo racionalista, en el sentido de considerar que de ese respeto por los planes de vida de las personas hayan de derivarse, a través del uso de la razón, una serie de derechos que son propios de la persona. Lo que quiere decir la idea de fundamentación es que habrá que considerar como derechos fundamentales sólo aquellos que se entienda que son los instrumentos político jurídicos idóneos para conseguir la efectiva consecución por las personas del desarrollo de sus planes de vida. En esto vuelvo a coincidir con, por ejemplo, los ya citados Rafael de Asís y Gregorio Peces-Barba; para el primero, los derechos fundamentales serán los instrumentos para el logro de la vida humana digna¹⁰. La posición de Peces-Barba resulta muy ilustrativa, pues si, conforme a lo que antes apunté, establece como rasgos conformadores de la dignidad humana la libertad de elección (el libre albedrío) y la libertad moral (que es la autonomía que la persona alcanzaría de haber conseguido desarrollar adecuadamente sus planes de vida), sitúa, a modo de puente entre las dos, para conseguir que se produzca el dinamismo de la libertad –el paso de la libertad de elección a la libertad moral–, a lo que denomina como libertad social, política y jurídica, que sirve, así, de fundamento de los derechos fundamentales¹¹.

3. LA IGUALDAD

De lo hasta aquí expuesto creo que nos hemos de quedar con una idea esencial: *la obligación básica a la que hay que dar cumplimiento*

¹⁰ Puede verse así en Asís ROIG, Rafael de, *La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder*, cit.

¹¹ Véase el capítulo dedicado a la libertad social, política y jurídica en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, col. R. Asís, C. Fernández Liesa y A. Llamas, Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 215-243.

es el deber de reconocer, respetar y proteger los planes de vida que la persona libremente se quiera dar y las acciones que la misma realice para lograr su efectiva consecución; siendo para ello los derechos fundamentales los mecanismos político jurídicos idóneos.

Pero dos preguntas esenciales que a continuación cabría plantear son: ¿de qué personas estamos hablando?, y ¿se han de respetar siempre las acciones que las personas realicen para la efectiva consecución de sus planes de vida si se entiende que responden a su «auténtica» voluntad? Las respuestas que creo que hay que dar a estas cuestiones implican la incorporación de un valor más en la escena de discusión: el valor igualdad.

a) *La igualdad ante la Ley y la prohibición de la discriminación directa*

En cuanto a la primera cuestión hay que subrayar que uno de los grandes logros que hay que atribuir a la doctrina antes mencionada del iusnaturalismo racionalista es que con ella se dejó asentado que los derechos se habían de predicar de todos los hombres, ya que todos compartían la misma naturaleza racional. Conforme con ese punto de partida de la idea básica de la universalidad –aunque sin compartir las teorías del iusnaturalismo racionalista y las consecuencias político jurídicas con las que históricamente se conformaron–, entiendo que hay que superar cualquier consideración que predique sólo de un grupo de hombres, cualquiera que éste sea, el objetivo de la consecución del desarrollo de la vida humana digna, nadie puede quedar excluido, y, por consiguiente, hemos de dejar claro que existe una igualdad entre todas las personas para que se les reconozca, respete y proteja el diseño de sus planes de vida y las actividades que quieran realizar para su efectiva consecución. De esta manera, la obligación que impone ese respeto, reconocimiento y protección, significa que *debemos hacer que sea real para el mayor número de personas posible*. Y, conforme a ello, se asume, en primer lugar, el compromiso que implica esa obligación interpretada en un sentido débil: que la Ley tiene que ser igual para todos, que no se pueden realizar discriminaciones hacia algún grupo de persona, que las leyes, la aplicación de las mismas, las políticas públicas en general, no deben ser discriminatorias. Son las dimensiones de la igualdad ante la Ley: el Derecho es el mismo para todos, que obligan tanto al legislador cuando crea Derecho, igualdad en la Ley, como al juez cuando aplica ese Derecho, igualdad en la aplicación de la Ley; la igualdad como generalización, las leyes tienen que tener como destinatario al hombre genérico y, como equiparación, las leyes no pueden establecer consecuencias jurídicas diferentes para las personas pertenecientes a algún colectivo humano por razones irrelevantes.

En cuanto a la segunda pregunta que antes formulaba, la respuesta que cabe dar, desde la incorporación de esta primera dimensión del valor igualdad, es que sí se ha de respetar la realización de las accio-

nes que las personas emprendan, conforme a su «auténtica» voluntad, para la efectiva consecución de sus planes de vida siempre que con las mismas no se esté perjudicando directamente el plan de vida de otras personas. Pero la igualdad ha de implicar que, en principio, todos los planes de vida son igualmente valiosos y que, por consiguiente, un plan de vida no puede realizarse a costa de impedir o dañar la consecución de otro plan de vida. Esta dimensión de la igualdad fue plenamente aceptada y muy bien defendida desde las tradicionales posiciones liberales. Es la libertad de la que nos hablaba Mill en *Sobre la libertad*, pero que ya Kant había sabido resumir magistralmente en su obra *La Metafísica de las costumbres*: «No hay sino un derecho innato. La libertad (la independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad»¹². Pero el valor igualdad por sí mismo ya no nos dice nada más, y en esto se quedaron aquellas posiciones liberales y, también en esto, pretenden que nos quedemos las posiciones neoliberales: se ha de respetar el arbitrio del otro siempre que en el ejercicio del mismo no se esté afectando a mi ámbito de libertad¹³. Es decir, trasladado a nuestro esquema: la obligación de reconocer, respetar y proteger el desarrollo de los planes de vida de una persona *nos obliga a no entorpecer ese desarrollo y sólo nos obliga a actuar cuando las acciones emprendidas para ese desarrollo supongan un daño ilegítimo en el desarrollo de planes de vida de terceros*.

Pero la pregunta que cabe realizar ahora sería: ¿es satisfactoria la anterior conclusión? La obligación de reconocer, respetar y proteger los planes de vida que la persona libremente se quiera dar y las acciones que la misma realice para lograr su efectiva consecución, ¿es cierto que se ha de limitar a una obligación de no impedir el desarrollo de los planes de vida de los demás, o exige algo más de nosotros? La respuesta a esta pregunta viene, en realidad, por dos vías diferentes, aunque creo que tienen un punto de conexión fundamental en el elemento común, de raíz psicológico-moral, de la empatía, entendiendo ésta como la capacidad que tiene el hombre de sentir como propio (lo que no quiere decir en la misma medida) el sufrimiento de otra persona.

¹² Cito por KANT, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, colección «Clásicos del Pensamiento», núm. 59, tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1994, pp. 48-49.

¹³ Resulta significativo de estas posiciones el pensamiento de Nozick, quien ya al principio de su obra *Anarquía, Estado y Utopía*, apuntaba: «Mis conclusiones principales sobre el Estado son que un Estado mínimo, limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera, se justifica; que cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica» (en NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, traducción de R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México, 1990, p. 7).

b) *La igualdad de oportunidades*

La primera vía ha sido la que se ha seguido a través de la incorporación de nuevas dimensiones al valor igualdad. Mientras que para la incorporación de las primeras dimensiones de la igualdad no se necesitaba para nada el sentimiento de la empatía, simplemente podía tener, como de hecho tuvo, su origen en una construcción racional, que entendiéndose que el respeto, reconocimiento y protección del desarrollo de los planes vitales de las personas tenía que pasar por una igualdad de todos ante la Ley, en una construcción basada en una idea del hombre abstracto y genérico, que no tenía en cuenta al hombre concreto y situado en la sociedad, al hombre de carne y hueso¹⁴. Sin embargo, a través del crecimiento de la empatía por las penosas situaciones vividas por las personas reales (y, evidentemente, con la participación de otras causas, como lo fueron en muy buena medida las reivindicaciones más o menos violentas de las propias personas que con ese sistema de igualdad habían quedado apartadas de la participación en los beneficios sociales) se hizo –y se hace– necesario tener en cuenta a ese hombre de carne y hueso, se hizo –y se hace– necesario incorporar medidas que hiciesen –y hagan– posible superar esas situaciones de desventaja social que impedían –e impiden– a muchas personas en la realidad diseñar y desarrollar un plan de vida autónomo. La apreciación paulatina de las situaciones de desigualdad real vividas por personas individuales y por colectivos de personas, tanto por falta de recursos económicos, como por circunstancias personales o sociales, o, más recientemente, como producto de discriminaciones indirectas, hizo necesaria la incorporación de nuevas dimensiones de la igualdad que pretendían hacer posible una igualdad real de oportunidades para todos los ciudadanos.

Así, se entendió que, en realidad, darle contenido a la obligación de hacer que el respeto, reconocimiento y protección del desarrollo de los planes de vida de las personas sea real para el mayor número de personas posible, implicaba que lo que se había de garantizar no era sólo que no se interfiriera en la forma en que cada persona creía conveniente conseguir la realización de sus planes de vida, sino que de lo que también se trataba era de que todos pudieran estar en una situación de igualdad de «oportunidades» para poder satisfacer sus planes de vida. De esta manera, se consideró que había que ayudar con prestaciones adecuadas a aquellas personas que por sí solas no estaban en situación de igualdad con respecto al resto de los miembros de la sociedad para poder desarrollar sus planes de vida con unas razonables garantías de éxito. Con ello no se defiende que se ha de colocar a todos en la misma situación de oportunidades sociales para desarrollar

¹⁴ En palabras de Luis Prieto: «la dignidad que se protege no es la del hombre histórico, necesitado y doliente, sino la de una mónada aislada, la del *homo iuridicus*, la de un sujeto ideal y, por lo mismo, universal» (PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 25).

sus planes de vida, lo que se defiende es que todos han de tener garantizados unos mínimos que les sitúen en disposición de poder desarrollar sus planes de vida. Es decir, no se trata de garantizar que todos tengan, finalmente, las mismas oportunidades de éxito, sino que todos tengan razonables oportunidades de éxito. En nuestro esquema se añade una dimensión nueva muy importante, de lo que ahora se trataría es de que *el mayor número de personas tengan garantizadas la satisfacción de sus necesidades básicas de manera que estén en condiciones de poder desarrollar sus propios planes de vida*. Lo que tiene una traducción clara en la respuesta que se ha de dar a la pregunta que antes hacía: la obligación de reconocer, respetar y proteger los planes de vida de las personas exige de nosotros (fundamentalmente, pero no únicamente, a través de la acción de los poderes públicos) un deber no sólo de no impedir o perjudicar directamente el desarrollo de otros planes de vida, sino también de *actuar para poder satisfacer las necesidades básicas de aquellas personas que no puedan satisfacerlas por sí mismas* (o que sólo puedan hacerlo con un esfuerzo heroico que no se les puede exigir), *a fin de que tengan realmente oportunidades de diseñar y dar cumplimiento a sus propios planes de vida*. Con lo que es claro que se están incorporando nuevas dimensiones de la igualdad.

b.1) *La discriminación indirecta y los ajustes razonables*

Dentro de las nuevas dimensiones que adquiere el valor igualdad, creo que habría que situar, en primer lugar, lo que se conoce como discriminación indirecta. No es que haya sido históricamente la primera en ponerse de manifiesto, pero creo que es la más cercana a las consideraciones propias de las anteriores dimensiones de la igualdad. Una buena definición de lo que significan estas medidas de discriminación indirecta la encontramos en el artículo 6.2 de la actual Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003): «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». Es decir, que se produciría una discriminación indirecta cuando una norma jurídica que tratase formalmente igual a todos, que tuviese como destinatario a ese hombre genérico del que antes hablaba, es decir, que no implicase ninguna discriminación directa, sin embargo, con su aplicación, y precisamente por no tener en cuenta las especiales situaciones de desventaja social en que se encuentran determinadas personas, se

produciría una discriminación para esas personas. Por ejemplo, una norma que regule el horario de trabajo de una empresa pero que no tenga en cuenta las situaciones de lactancia femenina o la necesidad para ciertas personas con discapacidad de contar con algunas horas de rehabilitación, sería una norma formalmente respetuosa con el valor igualdad pero que produciría una discriminación en la realidad, al hacer más difícil que las personas afectadas puedan acceder a los puestos de trabajo de esa empresa.

Y es para luchar contra esas discriminaciones indirectas que se ha articulado lo que se conoce como «ajustes razonables», que también se encuentran bien definidos en la misma Ley 51/2003¹⁵ –lo que resulta, en gran medida, lógico, ya que ha sido gracias a las reivindicaciones de los grupos sociales que han sufrido tradicionalmente este tipo de discriminación, como las mujeres o las personas con discapacidad, que se ha hecho patente la existencia de situaciones de discriminación indirecta en nuestras sociedades y la necesidad de combatirlas con la articulación de instrumentos como los ajustes razonables– que establece en su artículo 7: «Ajuste razonable: las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta 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 cualquier otra ayuda».

b.2) *Las medidas de igualación positiva*

Otra nueva dimensión se incorporó al entender que había de existir toda una serie de políticas públicas para satisfacer las necesidades de aquellas personas que estuviesen en una situación de desventaja social. Estas ayudas, que pueden ser derechos a recibir prestaciones de tipo económico o personal, pueden establecerse teniendo en cuenta a la persona individualmente considerada: es la persona como individuo la que está en situación de desventaja social y a la que hay que

¹⁵ Aunque ya se refirió a ellos explícitamente el Proyecto de Opinión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo, de 20 de junio de 2000, dejando claro que su realización: «Tiene por objeto garantizar (a) que las personas puedan participar en igualdad de condiciones en los servicios, programas, actividades, empleos y otras oportunidades mediante la adaptación de las instalaciones, la modificación de los manuales de referencia y de instrucciones, la formación y la modificación de los horarios de trabajo, y (b) que se halle un equilibrio justo entre las legítimas reivindicaciones de las personas discapacitadas y los costes financieros que el empleador puede soportar dentro de unos límites razonables...».

beneficiar con las correspondiente prestaciones sociales. Es a este tipo de medidas a las que el profesor Giménez Gluck ha denominado como medidas de igualación positiva¹⁶.

b.3) *Las acciones positivas moderadas*

También puede ser que la situación de desventaja social que se tenga en cuenta para el establecimiento de las prestaciones sociales correspondientes no se encuentre en un hombre concreto, sino que se predique de un colectivo humano que, por diferentes circunstancias, normalmente por haber sido precisamente objeto de un trato discriminatorio en el pasado o incluso en el presente, se encuentra, en general, en una situación de desventaja social; por lo que se presuponga que las personas que pertenecen a ese colectivo, y sólo por el hecho de pertenecer al mismo, también sufren en alguna medida esa desventaja social que se predica del colectivo en su conjunto. De esta manera, se articularían medidas para solventar esas desventajas sociales de forma que de las mismas se puedan beneficiar todas las personas que pertenezcan a ese grupo social.

Ese tipo de medidas entrarían dentro de lo que Giménez Gluck explica como acciones positivas¹⁷; que se encuadran dentro de lo que está siendo el desarrollo del último de los procesos que se han señalado en cuanto a la evolución de los derechos fundamentales, al que el profesor Bobbio se refirió como el proceso de especificación¹⁸, y, más

¹⁶ Dirá GIMÉNEZ GLUCK: «Las medidas de igualación positiva son los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados y, por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan» (en GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, colección Tirant monografías, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 58; y puede verse más concretamente el desarrollo respecto a esa idea de las medidas de igualación positiva en pp. 58-61).

¹⁷ Para GIMÉNEZ GLUCK: «son acciones positivas los tratos formalmente desiguales que favorecen a determinados colectivos por poseer un rasgo diferenciador en común caracterizado por ser transparente e inmodificable y constituir cláusulas específicas de no discriminación» (en GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 64; y puede verse más concretamente el desarrollo respecto a esa idea de las acciones positivas en pp. 61-75).

¹⁸ El primero en hablar del proceso de especificación (que se añadiría a los otros tres procesos, positivación, generalización e internacionalización, que el profesor Peces-Barba ha identificado en la evolución histórica de los derechos fundamentales desde el tránsito a la Modernidad) fue Norberto Bobbio –como él mismo lo señala explícitamente en la Introducción a su libro, recopilación de catorce trabajos suyos en donde trata el tema de los derechos humanos, *El tiempo de los derechos*–, desarrollando esa idea en los capítulos: «El tiempo de los derechos» y «Derechos del hombre y sociedad» (se pueden ver estos dos trabajos de Bobbio, en BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pp. 97-112 y 113-127, respectivamente; y sobre los procesos de positivación, generalización e internacionalización en la concepción del profesor Peces-Barba, véase en PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 154-179).

concretamente –teniendo en cuenta que después el profesor Peces-Barba distinguió entre especificación por los titulares de los derechos y especificación por el contenido de los derechos– dentro del proceso de especificación por los titulares de los derechos –que es el que se corresponde con el planteamiento que el profesor Bobbio expuso en su momento al hablar de proceso de especificación–¹⁹. Y es que, efectivamente, se produce una especificación de los derechos fundamentales por los titulares de los mismos, por las situaciones de especial indefensión en las que éstos se encuentran en las relaciones sociales por su edad, sexo, discapacidad, etc., que les colocan en una situación de desventaja respecto al resto de los actores sociales para poder participar en las relaciones sociales y poder conseguir por ellos mismos con razonables posibilidades de éxito la realización de sus planes de vida. Por eso, a las personas pertenecientes a esos colectivos se les reconocen ciertos derechos específicos, y, sobre todo, se les reconocen garantías específicas, o derechos que funcionan como tales garantías, de manera que les permitan ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales que comparten con todas las demás personas, que son los que antes hemos señalado como los instrumentos político jurídico idóneos para que las personas puedan diseñar sus planes de vida y actuar para su efectiva consecución²⁰.

Y, dentro de esas acciones positivas, las que entiendo que casan mejor con las nuevas dimensiones de la igualdad a las que me estoy refiriendo son las que el propio Giménez Gluck denomina como acciones positivas moderadas²¹. Lo relevante de este tipo de acciones

¹⁹ Puede verse, en este sentido, el análisis que hace el profesor Peces-Barba en cuanto al proceso de especificación en relación con los titulares, en PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 180-182.

²⁰ Es muy esclarecedor en esta línea el análisis de Ferrajoli, en el que se puede apreciar la defensa de la igualdad en derechos fundamentales y de la posibilidad de articular derechos específicos siempre que se responda a la consideración básica del igual respeto a la identidad de todas y cada una de las personas (véanse dos significativos pasajes al respecto en FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, Trotta, Madrid, 1999, pp. 76 y 91).

²¹ Que él va a definir como «la categoría que comprende a las acciones positivas que, sin constituir cuotas en procesos de selección, benefician a los miembros de los colectivos minusvalorados por su sexo, raza o, en determinados casos, minusvalía. Estas acciones positivas, en vez de influir directamente en el proceso selectivo para favorecer la elección de los miembros de los grupos desaventajados, como hacen las cuotas, tratan de remover los obstáculos que impiden a los miembros de estos grupos llegar al proceso selectivo en igualdad de condiciones. Se adaptan mejor, pues, al concepto tradicional de igualdad de oportunidades: conseguir que todas las personas gocen de una posición similar en el punto de partida. De ahí que sean bautizadas en este libro como acciones positivas moderadas: no provocan el daño a terceros que provocan las cuotas; no tienen la eficacia igualitaria que conlleva la radicalidad de estas últimas» (en GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., pp. 76-77).

positivas es, para mí, que –además de articularse para favorecer a aquellas personas que por sí solas no tienen posibilidades para diseñar sus planes de vida y actuar para su efectiva consecución de manera que puedan tener una real igualdad de oportunidades– la aplicación de esas medidas no supone el perjuicio directo para el desarrollo de ningún otro plan de vida. Esta última consideración creo que hay que subrayarla, y después volveré sobre ella, no obstante, entiendo que antes es más conveniente señalar a qué tipo de medidas nos referimos al hablar de acciones positivas moderadas; y, en este sentido, entiendo que las principales se pueden encuadrar, siguiendo una clasificación del profesor García Añón, como medidas de concienciación, medidas de incentivar, medidas de trato preferencial y medidas de recompensa²². Las primeras, las de concienciación, sirven para concienciar a la población sobre la especial situación que afecta a esos colectivos, como puede ser una campaña de información que dé cuenta de la especial situación de desventaja social en la que se encuentran las personas pertenecientes a uno de esos colectivos. Las segundas, las de incentivar, procurarían impulsar acciones que permitan acabar con esa situación de desventaja en la que se encuentran los individuos de determinados colectivos, como puede ser el establecimiento de becas que incentiven la investigación en ese ámbito. Las medidas de trato preferencial atacarían directamente una situación de desventaja estableciendo para ello un trato artificial de ventaja, como podría ser el apartar para el uso exclusivo de las personas con discapacidad las plazas de *parking* que estén más cercanas a las entradas y salidas de los establecimientos. Finalmente, con las medidas de recompensa se pretende abordar las situaciones de desventaja, otorgando beneficios a los que adopten medidas que vayan contra las mismas, como puede ser el establecer un incentivo económico para los empresarios que empleen a personas pertenecientes a uno de esos colectivos.

²² En realidad, García Añón hace esta clasificación al distinguir «medidas de acción afirmativa» según las funciones que cumplen. Señalando, así, las medidas de concienciación, las medidas de recompensa (a las que también denomina como de retribución o sanción positiva) y las medidas de facilitación (a las que también denomina de impulso o de promoción). Y dentro de estas últimas (a las que define como «medidas previas tendentes a la consecución del fin: la eliminación de la desventaja. Tratarán de promover e impulsar la igualdad para el futuro»), distingue, a su vez, entre medidas de incentivar, medidas de trato preferencial y medidas de discriminación inversa o positiva. Sin embargo, entiendo que mientras todas las demás «medidas de acción afirmativa» caben dentro de lo que en el texto principal señalo como del tipo de las acciones positivas moderadas, las de discriminación inversa o positiva son a las que después me refiere, también en el texto principal, con el nombre de medidas de discriminación inversa (véase, a este respecto, en GARCÍA AÑÓN, José, «El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2-1999, p. 6).

En todo caso, había dejado antes una cuestión pendiente sobre la afectación de todas estas medidas, de igualación positiva y del tipo de las acciones positivas moderadas, a los planes de vida de terceros, que ha de resolverse. Es cierto que toda medida de igualación positiva y toda medida de acción positiva moderada afecta, en alguna medida, a los planes de vida de los demás miembros de la colectividad, ya que se retraen recursos del colectivo, en aplicación de un sentido de justicia distributiva, para concederles beneficios a las personas que por sí solas no pueden satisfacer sus necesidades básicas y desarrollar, así, sus planes de vida. Es claro, pues, que esto afecta a terceras personas. Pero me parece también claro que eso afecta, en principio, de forma indirecta a sus planes de vida, y que, en todo caso, no afecta de forma que se impida o dificulte gravemente el desarrollo de los planes de vida de esos terceros. Las posiciones neoliberales han subrayado esa afectación a la libertad económica de terceras personas que ellos consideran básica para conseguir el desarrollo de los planes de vida de las personas, por lo que consideran que esas medidas de justicia distributiva son ilegítimas, precisamente porque no respetan la libertad de las personas²³. Sin embargo creo que esta objeción no tiene fuerza si nos tomamos en serio la conclusión a la que antes habíamos llegado de que la obligación de reconocer, respetar y proteger los planes de vida de las personas exige de nosotros un deber de actuar para poder satisfacer las necesidades básicas de aquellas personas que no puedan satisfacerlas por sí mismas a fin de que tengan realmente oportunidades de diseñar y dar cumplimiento a sus propios planes de vida. Ese deber de actuación, ya sea a través de las medidas de igualación positiva o a través del tipo de las medidas de acción positiva moderada, *afecta de forma indirecta a los planes de vida que terceros puedan desarrollar, pero nunca de forma que éstos pierdan la capacidad de diseñar sus propios planes de vida y actuar con razonables oportunidades de éxito para su efectiva consecución.*

²³ Son muy explícitas, en este sentido, las palabras de Hayek y Nozick. Para el primero: «Se dice a menudo que la libertad política carece de significado sin libertad económica. Esto es muy verdad, pero en un sentido casi opuesto al que dan a la frase nuestros planificadores. La libertad económica que es el requisito previo de cualquier otra libertad no puede ser la libertad frente a toda preocupación económica, como nos prometen los socialistas, que sólo podría obtenerse relevando al individuo de la necesidad y, a la vez, de la facultad de elegir; tiene que ser la libertad de nuestra actividad económica, que, con el derecho a elegir, acarrea, inevitablemente, el riesgo y la responsabilidad de este derecho». Y Nozick dirá rotundamente: «Contra la afirmación de que tal Estado [un Estado más extenso que el Estado mínimo que él propugna] se justifica en tanto establece o trae consigo la justicia distributiva entre sus ciudadanos, opongo una teoría de la justicia (la teoría retributiva) la cual no requiere ningún Estado más extenso...» (en HAYEK, Friedrich A., *camino de servidumbre*, traducción de José Vergara, colección «El Libro de Bolsillo», Sección: Humanidades, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 135; y en NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, cit., p. 9).

4. LA SOLIDARIDAD

Las posibles respuestas a la pregunta sobre las actuaciones comprendidas en la obligación de reconocer, respetar y proteger el desarrollo de los planes de vida de terceros, tiene, como antes apunté, otra vía diferente a la ya señalada de la incorporación de nuevas dimensiones al valor igualdad, y esa segunda vía supone la incorporación del otro gran valor a considerar: el de la solidaridad. Aunque, en realidad, su simple incorporación como tal valor propio no deja de estar debatida entre la doctrina; pues, siendo también importante la doctrina que le reconoce autonomía como valor superior del ordenamiento jurídico, que destaca, en este sentido, dimensiones propias que no son realmente reconducibles a las nuevas dimensiones de la igualdad, lo cierto es que una muy buena parte le sigue negando esa autonomía²⁴. Pero, pese a la evidencia de elementos comunes –como el trascendental de la empatía, al que antes me referí, presente tanto la incorporación de las nuevas dimensiones de la igualdad como la incorporación del valor solidaridad–, hay diferencias importantes entre el camino emprendido con la incorporación de las nuevas dimensiones de la igualdad y el emprendido conforme al valor solidaridad. En este sentido entiendo que la diferencia fundamental entre las nuevas dimensiones de la igualdad y las que podemos encontrar en el valor solidaridad radica en que mientras que el primero sigue anclado en muy buena medida en las reflexiones sobre las personas individualmente consideradas, el valor solidaridad mira más a la colectividad. Aunque, y esto es muy importante subrayarlo conforme a la comprensión que aquí se maneja de la solidaridad, no se ha de olvidar nunca que el objetivo último que tenemos marcado es que las personas individualmente consideradas consigan diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución. Se trata, así, de complementar el individualismo, que está en la base de todo el sistema de los derechos fundamentales²⁵,

²⁴ Para una comprensión del valor solidaridad en la línea aquí apuntada puede verse, por ejemplo, en DE LUCAS, Javier, *El concepto de Solidaridad*, colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, núm. 29, Fontamara, México, 1993; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político», en *Sistema*, núm. 101, 1991, pp. 123-133; GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, Jesús, «Solidaridad y derechos de las minorías», en AA.VV.: *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994, pp. 2-14; PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., pp. 261-282; Rodríguez Palop, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2002 (fundamentalmente pp. 326-353), y Rorty, Richard: *Contingencia, ironía y solidaridad*, Piados, Barcelona, 1991 (fundamentalmente pp. 207-217).

²⁵ No sólo conceptualmente sino también históricamente, como reconoce explícitamente Bobbio al señalar que una de las tesis de las que no se había alejado nunca era que los derechos naturales «[n]acen al inicio de la Edad Moderna, junto con la concepción individualista de la sociedad»; y resultando muy esclarecedor, en este sentido, el análisis que hace el profesor Peces-Barba del trascendental rasgo del indi-

con la trascendencia que ha de tener la propia colectividad precisamente para la consecución de los fines individuales. De esta manera entiendo que el valor solidaridad ha de incorporar tres ideas fundamentales para la consecución y la propia redefinición de ese objetivo.

La primera es que la colectividad adquiere una importancia trascendental para la vida de los individuos: el individuo no tiene existencia real sin la colectividad, la colectividad conforma en muy buena medida la propia personalidad del individuo, sus planes de vida y la forma en que se considera apropiado hacerlos eficaces, y hace posible, a su vez, que esos planes de vida puedan, efectivamente, realizarse. Por consiguiente hay que considerar también que la colectividad es responsable en buena medida –como lo es el propio individuo en otra buena medida– de que los individuos que la componen puedan o no desarrollar sus planes de vida de una forma satisfactoria.

La segunda es que el reconocimiento de esa importancia del colectivo ha de suponer que se acepta la posibilidad de que el respeto, reconocimiento y protección, por el cumplimiento de los planes de vida de terceros pueda, en ocasiones puntuales, exigir un sacrificio directo del cumplimiento de los propios planes de vida. De esta forma, se daría entrada a las que se conocen (aunque no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la terminología más adecuada) como medidas de discriminación inversa, a las que después me referiré, así como a una más adecuada práctica de los ya aludidos ajustes razonables, que entiendo que se justifican mejor desde el valor solidaridad. Así, aunque para la justificación de la articulación de ajustes razonables no es necesario atender a este sacrificio directo en el desarrollo de los planes de vida, no obstante sí es necesario atender –además de a la importancia de la empatía, que necesariamente hay que destacar para la misma percepción de las situaciones de discriminación indirecta que se combaten con esa articulación de ajustes razonables– a la fuerte implicación directa que supone para los que los han de realizar. No es que interfieran directamente en sus planes de vida, pero sí les exigen acciones y «actitudes» personales que encuentran su mejor explicación en el valor solidaridad; de hecho, en el propio texto de la Ley 51/2003, en el artículo 7 antes citado, se decía, expresamente, que los ajustes razonables implicaban medidas, de adecuación a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, también del ambiente «actitudinal», y en la disposición adicional tercera de esa Ley, por la que se modifica la Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal, se imponen claramente

vidualismo en el tránsito a la Modernidad en su trabajo: «Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales» (véase, en BOBBIO, Norberto, «Introducción», en BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, cit., p. 14, y en PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio: *Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*, en Peces-Barba Martínez, Gregorio y Fernández García, Eusebio (dirs.): *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson-Instituto de derechos humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998, pp. 185-192).

sacrificios a terceras personas (como desarrollo de la aplicación de los principios de normalización y accesibilidad universal, directamente conectados con la prohibición de discriminación indirecta y con la adopción de ajustes razonables), que entiendo que son también reflejo del valor solidaridad, aunque no signifiquen tampoco ninguna clase de perjuicio directo a los planes de vida de esos terceros.

Y, la tercera, es que los sacrificios que se pueden exigir a los individuos no se han de limitar sólo a los hechos en beneficio de individuos identificables, sino que también se pueden exigir en beneficio de ese «ente» más o menos abstracto que es la colectividad. Por ejemplo, los sacrificios que se exigen para la conservación del medio ambiente se ha de entender que se realizan por su beneficio para la colectividad en su conjunto, no para algunos individuos en concreto; o, igualmente, podemos ver esa idea de sacrificio por la colectividad en la regulación que hace el artículo 9.2.a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002), donde se permite a los facultativos realizar las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.

De esta manera, con la incorporación de las nuevas dimensiones del valor solidaridad, el objetivo a conseguir se redefine en la que creo que ha de ser su formulación definitiva: hay que conseguir que el mayor número de personas posible desarrolle *al máximo posible* el plan de vida que cada una de ellas individualmente se haya dado. Constituyéndose éste en el objetivo último de toda la colectividad, que justifica la exigencia de mayores obligaciones a los individuos que componen esa colectividad, de manera que *a los individuos se les pueden exigir sacrificios personales siempre que estén justificados para la consecución de ese objetivo común y sea conforme a normas universalizables*, lo que impide que ese sacrificio suponga que se imposibilite o dificulte gravemente la consecución de los planes de vida por parte de quien realice el sacrificio.

Aunque, claramente, la adecuación a la realidad de estas consideraciones –como se verá explícitamente al tratar las medidas de discriminación inversa– ha de suponer una mayor intervención, que se traduce en una limitación, en el desarrollo de los planes de vida que son considerados aceptables por la colectividad, lo que hace más necesaria la participación de todos en las correspondientes tomas de decisiones en todo caso, la determinación inequívoca de cuál es el objetivo último a conseguir impide que por esa vía se llegue al colectivismo, conforme al cual el individuo desaparece en aras de la consecución de un objetivo exclusivo del colectivo. Es lógico tener una fuerte prevención frente a la fuerte incursión de la colectividad por la que aquí se aboga. Sólo hay que recordar que precisamente los derechos funda-

mentales supusieron la superación de los tipos de sociedades que desde la Antigüedad se construyeron sobre la base de que el individuo era plenamente sacrificable en aras de un ideal de colectividad (como fue el caso paradigmático de la sociedad espartana, que durante tantos siglos fue alabada por filósofos y políticos); y que incluso en etapas mucho más recientes las experiencias colectivistas en que se ha hecho desaparecer la importancia básica del individuo, como ha sido el caso de los totalitarismos fascistas y comunistas, han producido las peores consecuencias. Sin embargo, el camino que aquí se propone es radicalmente diferente, la importancia de la colectividad se deriva, precisamente, de la comprensión de que la misma es necesaria para conseguir ese objetivo último de que *el mayor número de personas posible desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada uno de ellos individualmente se haya dado*.

Y de esa consideración sobre la importancia que tiene la colectividad derivan también otras consecuencias de gran trascendencia, a las que he de referirme, como son: la decisiva importancia de la participación de los individuos en la toma de decisiones políticas, jurídicas y sociales; una más adecuada justificación de las medidas de discriminación inversa; y la necesidad de prestar atención a lo que pueden aportar a la colectividad los distintos individuos que la componen.

La importancia fundamental de la colectividad hace que adquiera la mayor trascendencia el que los individuos participen en la determinación de los valores, fines y actuaciones que se van a desarrollar en esa colectividad. La participación de los individuos en la determinación de las políticas y las leyes que se adopten ha sido crucial, en realidad, desde el momento en que son las que sirven para determinar cómo se ha de respetar, reconocer y proteger los planes de vida de las personas, por eso la participación política de las personas forma parte esencial de la historia de los derechos fundamentales. Así señalaba antes que la dimensión de la libertad que significa el que cada ciudadano pueda diseñar sus propios planes de vida y actuar para su efectiva consecución, sólo tiene sentido desde el momento en que la misma se compagina con la posibilidad de participar en la toma de todas aquellas decisiones que le afecten, y, extendiendo esta idea, en la construcción del marco político y jurídico en que va a ser posible que se desarrollen esos planes de vida. Ahora lo que pretendo es subrayar dos nuevas razones, esencialmente unidas, que ahondan en la importancia de la participación política, jurídica y social de los individuos, y que implican que la participación ha de ser, en todo caso, mucho más amplia que la realizada sólo en aquellas materias que directamente nos afecten. La primera, porque es en esos ámbitos –político, jurídico y social– donde se va a establecer cómo se ha de llegar a ese objetivo colectivo último antes señalado. La segunda, porque hay que asegurar que realmente se esté siempre actuando para la efectiva consecución de ese objetivo. Es necesario, en este sentido, tener presente que los individuos evolucionan y las colectividades evolucionan con

ellos, por eso hay que asegurarse, a través de la participación política, jurídica y social, de que la evolución de la colectividad se produce en el sentido deseado por los individuos. Hay que estar alerta, porque cualquier intento de mantener inalterable la colectividad, el «espíritu» de la colectividad, sea lo que sea lo que con ello se quiera significar (el espíritu de una raza, de una comunidad, de un imperio, de unas tradiciones milenarias, de unos valores religiosos, etc.), sólo se podrá hacer a costa de impedir el libre desarrollo de los planes de vida de los individuos.

Respecto a las medidas de discriminación inversa estoy aludiendo con este término a aquellas medidas conforme a las cuales se beneficia a una persona que se encuentra en una situación de desventaja social a fin de que pueda desarrollar sus planes de vida, pero implicando con ello el sacrificio directo de otra persona, un perjuicio directo en el desarrollo de otros planes de vida. Un sacrificio que encontraría su justificación al darse el salto del individuo al colectivo, siempre que con dicha medida se esté consiguiendo el que el mayor número posible de personas desarrolle al máximo posible sus planes de vida, lo que también supone que no se esté impidiendo o dificultando gravemente que la persona que realiza el sacrificio pueda desarrollar sus propios planes de vida, aunque haya que tener presente que, como antes señalé, sí supone un límite en el desarrollo de planes de vida que son considerados aceptables por la colectividad.

Hasta ahora las medidas de discriminación inversa se han justificado únicamente, y no sin polémica –todavía abierta–, para beneficiar, a través de lo que se conoce como cuotas o reservas de plazas para el acceso a ciertos bienes escasos, como son puestos de trabajo o plazas de universidad, a las personas que se encuentran en una situación de desventaja social por pertenecer a uno de los colectivos –en nuestro ámbito jurídico hasta ahora de forma casi exclusiva a mujeres o personas con discapacidad– que se encuentra en una situación de desventaja social a causa de haber sido objeto tradicionalmente, y de seguir siéndolo en alguna medida, de políticas y prácticas discriminadoras²⁶. Comparto, como se colige de lo que llevo dicho, la legitimidad de esas medidas de discriminación inversa. Sin embargo, no veo porqué las mismas no han de beneficiar igualmente a personas individualmente consideradas, no por su pertenencia a un determinado colectivo. El elemento relevante para la exigencia de ese sacrificio a terceras personas es que realmente sea necesario para que una persona en desventa-

²⁶ Así, para Giménez Gluck: «Las medidas de discriminación inversa son las acciones positivas que consisten en cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos de la sociedad (puestos de trabajo, listas electorales, contratos con la Administración, plazas universitarias, etc..)» (en GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, cit., p. 77; dedicando las siguientes páginas a un estudio más detallado de las mismas).

ja social pueda, efectivamente, desarrollar sus planes de vida, y esa circunstancia ha de observarse en un individuo concreto. El hecho de que se aplique a colectivos (o, más exactamente, a individuos por pertenecer a ciertos colectivos), creo que sólo se justifica si se sigue dando una situación de desventaja social por prácticas discriminatorias hacia ese colectivo y porque, por consiguiente, se presupone que por pertenecer a ese colectivo se parte de una situación de desventaja social. Pero creo que, por las mismas razones, esa presunción debe de ceder cuando se constate fehacientemente que en un caso concreto es manifiesto que otra persona –que no pertenece a ese colectivo beneficiado, en principio, por la medida de discriminación inversa– está más necesitada para el desarrollo de sus planes de vida de esa medida favorecedora que la persona que pertenece a ese colectivo tradicionalmente discriminado.

Por otra parte, si las medidas de discriminación inversa se han reconducido en la práctica a lo que se conoce como cuotas o reservas de plazas para el acceso a ciertos bienes escasos, creo que al respecto sí puedo señalar unas preferencias sobre las distintas formas en que se han articulado²⁷. Me parece adecuado el criterio de fijar un porcentaje para el acceso a puestos en determinados sectores infrarrepresentados siempre que ese porcentaje se establezca como vía para conseguir acabar con una situación de discriminación real vivida por un determinado colectivo y para anular la desventaja social de la que parten los individuos de ese colectivo para acceder a esos puestos y, así, desarrollar sus planes de vida. Sin embargo, el porcentaje no ha de ser entendido como un objetivo rígido de necesario cumplimiento, independientemente de las circunstancias concretas que se den. De esta manera hay que aceptar que para el acceso, por ejemplo, a un puesto concreto de trabajo, la persona que accede debe de tener los conocimientos suficientes para desempeñar satisfactoriamente las funciones que vaya a ejercer; de otra manera se estaría perjudicando –con mayor o menor intensidad, en función del puesto de trabajo de que se trate– a la colectividad (a los planes de vida de los individuos de esa colectividad), lo que, en principio, haría injustificada a esa medida de acción positiva. Tampoco es necesario que se limite la medida de discriminación positiva a los casos de desempate, en los que haya igualdad de méritos entre los concurrentes al puesto que se trate. Habrá, más bien, que observar lo razonable de la medida impuesta y cómo funcionan en su aplicación al caso los criterios del mérito y la capacidad y la ponderación respecto a la necesidad del puesto y las situaciones de desven-

²⁷ Opto en el texto principal por una terminología que me parece que es clara en cuanto al sentido de lo que quiero decir, aunque soy consciente de que a este respecto existe, como bien advierte María Ángeles Martín, una confusión terminológica en la doctrina, de la que también participaré en alguna medida (véase, al respecto, en MARTÍN VIDA, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, prólogo de Gregorio Cámara Villar, colección monografías, Civitas, Madrid, 2003, cap. 2, pp. 35-53, especialmente en pp. 48-49).

taja social que afectan a los concursantes al mismo. Y, por otra parte, pero directamente relacionado con el punto anterior, creo que hay que rechazar las cuotas rígidas, porque impiden tomar en consideración los casos concretos que puedan darse, y admitir la legitimidad de las cuotas flexibles, las que funcionan con una cláusula de apertura. El establecimiento de cómo se ha de articular el funcionamiento de estas cláusulas ha de ser el producto de un necesario debate público, atendiendo al objetivo último de la consecución por el mayor número posible de personas del máximo desarrollo posible de sus planes de vida.

Por último señalaba antes otra importante perspectiva que entiendo que está directamente ligada a la relevancia propia que ha de adquirir la colectividad, y es que no se puede concebir a las personas pertenecientes a esos colectivos tradicionalmente discriminados solamente como personas que han de beneficiarse de las acciones de la colectividad, sino que se les ha de considerar también como necesaria parte activa de esa colectividad. Esas personas, como cualquier persona de la sociedad, ha de contribuir al objetivo último aquí señalado, su aportación es absolutamente necesaria, y como tal ha de ser valorada y favorecida por todos los otros miembros de la colectividad. Es en este sentido que, respecto de las personas con discapacidad, decían las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, en sus artículos 1 y 10.1, respectivamente: «Los Estados deben adoptar medidas para hacer que la sociedad tome mayor conciencia de las personas con discapacidad, sus derechos, sus necesidades, sus posibilidades y su contribución»; y: «Los Estados velarán porque las personas con discapacidad tengan oportunidad de utilizar su capacidad creadora, artística e intelectual, no solamente para su propio beneficio, sino también para enriquecer a su comunidad...».