

BIBLIOGRAFIA
Y
NOTAS



IGUALDAD Y LIBERTAD: NORBERTO BOBBIO *

Angel Llamas

Universidad Carlos III de Madrid.



NORBERTO Bobbio publicó en la *Enciclopedia del Novecento* las voces **Eguaglianza** y **Libertà** en los volúmenes II (pp. 355-364) y III (pp. 994-1.004), aparecidos en 1977 y 1979 respectivamente, bajo la edición del *Istituto dell'Enciclopedia Italiana* de Roma. La traducción de Pedro Aragón Rincón para la coedición de la editorial Paidós con la I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, publicada en 1993, acerca al público de lengua castellana a este interesante estudio sobre ambos valores. El ensayo que aúna ambos artículos aparece prologado por Gregorio Peces-Barba, pionero, junto a Elías Díaz, de la recepción en España del pensamiento de Bobbio.

La introducción recoge la biografía intelectual del autor turinés siguiendo los pasos significativos que, en el reducido espacio de un escrito de estas

* Paidós I.C.E. / U.A.B. Barcelona 1993.

características, nos permite situar las directrices de la aportación científica en su trayectoria vital. Este encuadre que, antes de analizar los contenidos que los artículos, realiza Peces-Barba, resultará de especial interés para quienes son conscientes de las lúcidas contradicciones del pensamiento bobbiano, aproximándonos así a algunas de las claves de exposición. El público de habla hispana tuvo la oportunidad de leer, hace once años, el volumen de Alfonso Ruiz Miguel «Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio» (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983) donde ya se destacan las complejidades de un pensamiento expuesto con peculiar capacidad de establecer vías abiertas que, lejos de reunir clasificaciones acabadas, mostraban el acierto del pensamiento problemático. Desde las incursiones anteriores —Elías Días ya había permitido familiarse al estudioso con nuestro autor—, hemos asistido a un largo camino de aportaciones que han ido contrastando el pensamiento de Bobbio, concluyendo por el momento con la edición del conjunto de conferencias del curso-homenaje celebrado en la Universidad Menéndez Pelayo en julio de 1992, (Universidad Carlos III de Madrid en coedición con B.O.E. Madrid, 1994) en donde figuran estudios de los autores más significativos.

Si nos adentramos en la reflexión subsiguiente, Bobbio en su especulación sobre la libertad y sobre la igualdad encontrará un ámbito descriptivo y un espacio valorativo alternado con cuidadoso rigor académico. La introducción aclara cual es la perspectiva histórica del propio autor desvelando los puntos de apoyo de su trayectoria. El origen de la visión bobbiana despeja no pocas dudas acerca de los contenidos mostrados en su reflexión. A su vez, las contradicciones reflejadas en su prolífica producción escrita obedecen a los contrastes de todo gran pensador y para su comprensión es prudente examinar la propia trayectoria, a lo que nos ayuda la exégesis histórica que la introducción ensaya. Por otro lado el análisis de los dos artículos, que Peces-Barba ha estudiado como material de su propia obra en trabajos sobre los valores superiores y sobre axiología jurídica en general, nos sitúan ante las voces «Igualdad» y «Libertad», objeto del estudio que centra nuestra reseña.

El análisis de los dos artículos sintetizan bien la preocupación del autor desde una perspectiva característica en la exégesis bobbiana. La igualdad y la libertad son abordadas desde la Filosofía Política y relacionadas con su peculiar forma de llegar hasta el Derecho a través de sus acotaciones históricas. Los elementos históricos configuran siempre algo más que el poso de datos que como telón de fondo registran los cuadros de clasificaciones, en donde la igualdad y la libertad se desarrollan. Se trata de convertir el tejido

histórico en un ámbito imprescindible para reconstruir con un mínimo de rigor los términos del debate de los dos conceptos. Para los lectores habituales del autor italiano la inmersión en los contextos históricos significa replantear un debate sin el que las continuas matizaciones —convertidas por Bobbio en auténticas señas de identidad del oficiante intelectual— aparecería desprovisto de su materia prima. El referente diacrónico y su matización, a fuerza de la reconsideración de opuestos, contrarios y complementarios, acaba por ofrecer el ambiente propicio desde el que Bobbio se encuentra en situación óptima para realizar sus juegos de manos conceptuales. Si la historia exige la interrelación de sus múltiples condicionantes y relativas consideraciones, la puesta en contraste de valores como la igualdad y la libertad tomados de manera conjunta satisface el marco de su aproximación. El lector que asistiendo a la lectura de la voz igual se encuentra con que el primer paso es la reconstrucción de un concepto que no puede considerarse aislado de la libertad ya sabe que ambos quedan históricamente entrelazados para su posterior delimitación.

Sin la justicia la igualdad parece no quedar completamente enfocada y las dimensiones de la propia justicia son pasos que acotan la igualdad. Sus dimensiones formales y materiales serán la antesala de un tratamiento inicialmente descriptivo a cambio de dar un paso adelante en las líneas de estudio posteriores que entronizan dimensiones axiológicas. El último epígrafe de este artículo «el ideal de la justicia», (pp. 92 y ss.) representa el tímido paso de Bobbio por no disfrazar de entelequias académicas lo que implica una toma de posición, que al igual que ocurre con la libertad, lleva en su interior la idea de progreso. El «telos» de una ética históricamente abocada a llamar a las puertas de la Teoría del Derecho implica que Bobbio no se engaña sobre las limitaciones y exigencias del discurso académico en materia de Filosofía Política. La situación es similar para la segunda de las voces —la libertad— incluida en la Enciclopedia Italiana.

Bobbio parte de los conceptos de libertad de Constant en conexión con los que Berlín apunta. Entre ambos hay coincidencias y distinciones de las que Bobbio, especialista en el arte de la dialéctica de los contrarios / complementarios (en posible herencia de Croce) se esfuerza por mostrar el reflejo de la contraposición de luces diversas. En ocasiones, la lucidez y la capacidad para abrir perspectivas en materias que, por estar enormemente estudiadas ofrecen un enfoque difícilmente superable, encuentran nuevas dificultades. En el caso del pensamiento de Bobbio, eminentemente problemático, el obstáculo puede instalarse en su obsesión por la matización excesiva, expuesta, como

antes indicábamos en la contraposición eterna de las clasificaciones. Su misma agudeza le permite observar este extremo en algunas de sus reflexiones (pp. 112 y ss., entre otras). El mismo autor reconocer cierta debilidad en las clasificaciones que propone y muestra que la inherente necesidad de los matices constantes tiene sus propias deficiencias. A pesar de ello, el lector atento encontrará caminos abiertos después del desbrozamiento de la materia desde un pensamiento problemático siempre fértil.

Por otro lado, la mayor parte del volumen se mantiene en un tono descriptivo, más en el artículo dedicado a la libertad que el que estudia el concepto igualdad, situándonos en un paso previo a la toma de posición que implícitamente, casi necesariamente, precede a los estudios de los valores. El juicio del valor inmediato queda suspendido a un arduo ejercicio de reconocimiento de las opciones académicas más significativas en la materia. Sin embargo, en ningún momento esconde Bobbio su inquietud por las limitaciones respecto a la libertad, toda vez la idea de progreso —como «telos»— ha hecho aparecer la igualdad de modo irreversible. Aunque este paso exige la comprobación histórica que Bobbio cultiva reverentemente, encontramos un modo apresurado de justificar la igualdad desde la libertad. Creo que así debe ser entendido desde que Bobbio ha mostrado la dificultad axiológica por adentrarnos en la libertad positiva una vez que valora los prejuicios de Berlín, casi compartiéndolos, para reconocerla en coherencia doctrinal. Bobbio, laico que profesa la religión de la historia, expone sus convicciones dando el paso a la libertad positiva desde la política, ignorando las objeciones de Berlín. Las convicciones que le mantienen alerta respecto del mundo que estudia desde su atalaya académica, puede quizá más que la impecable línea que parecía mantenerle preso de la libertad negativa a la vista de sus propios razonamientos. No es que no haya razones teóricas para encarar la libertad positiva sin esperanza de encontrar sólidos pilares, sino que Bobbio parece resignado en su análisis de la voz «libertad de». La perspectiva política sitúa a su vez a Bobbio ante la situación de comprender los presupuestos conceptuales de la voz libertad positiva, cuyas dificultades, basadas en el lugar donde se incluye la voluntad individual y la voluntad colectiva, se acrecientan cuando se debe encontrar una salida de carácter político, ya que se exige una traducción inmediata a este campo (vid. pp. 118-123). En todo caso la exposición viene precedida con la comentada forma del planteamiento bobbiano, reduciendo hasta hacer desaparecer las estrictas fronteras de la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos de Constant, y en su reflexión posterior sobre sus resultados, de la consideración de una y otra, se extrae una

matización que permite ver los antiguos esquemas a la luz de una nueva propuesta.

Bobbio no ofrece una tesis conciliadora después de reparar en lo insatisfactorio de contar con una libertad negativa excluyente y una libertad positiva que cuenta con voluntades colectivas totalizadoras. Nuevamente el pensamiento problemático libre de la conclusión que reasuma un sistema sustitutorio. Ello lejos de ser una crítica supone la coherencia misma del método del análisis bobbiano.

Tan sólo puede ser objeto de posible crítica el hecho de que las exigencias que Bobbio plantea para la voluntad en la libertad positiva se desconocen en la libertad negativa, a pesar de que aparecen multiplicadas en esta última. Si tenemos problemas para reconocer la voluntad en libre autodeterminación para la libertad positiva, ¿qué ocurre cuando nos preguntamos por el ámbito de la voluntad en la libertad negativa, rodeada de las limitaciones y restricciones en las que tan sólo queda de contenido el resorte mecánico desde el que se enciende la alarma cuando un límite se ve transgredido? Quizá aquí Bobbio no plantea la extensión de la voluntad dado que su vocación histórica le obliga a considerar la libertad negativa como una consolidación histórica, como un producto acabado en su evolución traducido en límites al poder y garantías institucionales de las que se desgranar facultades subjetivas, mientras que el «iter» de la libertad positiva depende de tratamientos apuntados por teóricos como Rousseau y de exigencias futuras que dependen del tratamiento de la voluntad individual y colectiva.

La vía integradora citada (pp. 130-132), a partir del análisis histórico, nos permite revisar los extremos del recorrido. Respecto de la libertad, la aportación bobbiana se expresa como inicio de un replanteamiento de todo el recorrido a la luz de su propuesta, con una visión moderada de la libertad positiva y sin un concepto cerrado susceptible de ser introducido con entidad propia en el entramado de las clasificaciones de la libertad, toda vez que las dificultades teóricas respecto de la voluntad aclaran la finalidad política cercana a la igualdad, pero enturbian su búsqueda de la autodeterminación como sustento de la libertad positiva. La evolución histórica, no obstante, apadrina esta posibilidad detectada con el tiempo más que explicada en el tiempo. Aunque en la libertad «respecto de» se enfocan desarrollos como superaciones de los anteriores planos ideológicos, económicos y políticos, para dejar atrás el Estado totalitario, sin embargo no queda clara cómo esa visión integradora es capaz de afrontar las opresiones que resultan del mantenimiento de visiones cercenadas de la libertad y de la igualdad a la luz de la economía en el Estado contemporáneo occidental. Las visiones ideológicas y políticas exigen

una reconsideración a la vista de estas proyecciones a las que Bobbio, desde su vía integradora, no entra a considerar.

El reverso de esta libertad, el poder limitador, permite estudiar en su órbita aquello que la libertad por sí misma no puede contemplar. Este colofón de la visión idealizadora (p. 132) es el sugerente comienzo de un camino que Bobbio ha recorrido en sus múltiples y ricas aportaciones desde lo mejor de su pensamiento.



**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA VISION
INTEGRAL DE LOS DERECHOS. Comentario del
libro de Gregorio Peces-Barba "Curso de derechos
fundamentales (I, Teoría General) ***

Francisco Javier Ansuátegui Roig

Universidad Carlos III de Madrid.



UCHAS veces el trabajo del investigador consiste en la recuperación y en el reexamen de anteriores materiales para, a partir de ahí, ir dando pasos hacia adelante en la investigación. En este sentido, creo que la investigación, no sólo en el ámbito de las ciencias sociales, no suele ser directa, progresiva y lineal, sino que es el fruto de la reelaboración a partir de materiales y adquisiciones intelectuales ya producidas. De ahí, la constancia y perseverancia necesaria en los trabajos de investigación. Creo que el libro del profesor G. Peces-Barba, *Curso de derechos*

* (En colaboración con R. de Asís y A. Llamas), Eudema, Madrid, 1991 (270 pp.).

fundamentales (I. Parte general), escrito en colaboración con los profesores R. de Asís y A. Llamas, constituye una buena muestra de las afirmaciones con las que acabamos de comenzar estas reflexiones.

En efecto, desde que en 1973 el profesor Peces-Barba publicó la primera edición de su *Derechos fundamentales* (con el mérito de abrir brecha en un determinado ámbito de la teoría filosófico-jurídica, lo cual, a la vista del presente panorama doctrinal español, parece que ha dado buenos frutos), han pasado algunos años, durante los cuales el autor no ha abandonado el estudio y la reflexión sobre los derechos fundamentales, combinando las investigaciones en dicho ámbito con las propias de otras parcelas de la filosofía del Derecho. El mantenimiento del interés en estos temas ha tenido como consecuencia múltiples trabajos referidos, sobre todo, a la historia y a la fundamentación de los derechos. El acervo constituido por todos esos materiales ha significado el punto de partida de una reelaboración de su pensamiento, que se ha materializado en el libro que comentamos.

Antes de pasar a mostrar las líneas principales del contenido del libro y a comentar alguno de sus puntos, en mi opinión, más discutibles, me interesa efectuar dos observaciones de carácter general. En primer lugar, del análisis del libro se desprende una característica, sumamente laudable en un intelectual, y que, según mi parecer, no es sino expresión del modo de ser del autor. Me refiero al carácter integrador y conciliador de las distintas posiciones. Las aportaciones u opciones del profesor Peces-Barba no se sitúan nunca en algunos de los extremos del espectro de posibilidades, sino que siempre intenta conjugar y armonizar los diferentes, e incluso enfrentados, puntos de vista, aprovechando lo más fructífero de las distintas alternativas. Creo que su opción, principal y genérica, por las soluciones derivadas de la razón, ilustrada y moderna, tiene bastante que ver con esto. En segundo lugar, pienso que es destacable una cualidad de la obra que tenemos ante nosotros, que tiene una doble naturaleza. Por una parte, es claramente una obra “de investigación”, con la profundidad y respaldo intelectual que toda aportación de estas características requiere. Pero esta dimensión es, al mismo tiempo, conjugada con el carácter didáctico del libro. En efecto, la obra constituye la primera parte de un “Curso” destinado a los estudiantes de la licenciatura de Derecho que estudien la asignatura “Derechos Fundamentales”, de reciente y progresiva implantación en España a partir de la paulatina reforma de los planes de estudios universitarios¹. Creo que la armonización entre el

¹ A esta primera parte del “Curso” le ha de seguir otra, actualmente en curso de elaboración, sobre el régimen jurídico de los derechos fundamentales. Junto a esto, el profesor Peces-Barba también dirige un proyecto de investigación sobre la historia de los derechos fun-

carácter investigador y el didáctico o divulgador es una cualidad destacable, que no es difícil echar en falta en otras ocasiones en la doctrina. También, conjugar la inexcusable profundidad de la investigación con la claridad en la exposición de los temas es una buena forma de contribuir en la empresa de la divulgación de la causa de los derechos fundamentales.

* * *

A continuación, procederemos a indicar las líneas o puntos principales del trabajo del profesor Peces-Barba, señalando también los extremos del mismo que, en mi opinión, pueden ser más problemáticos o que significan ciertas novedades en relación con su anterior pensamiento. Me interesa señalar que, asumiendo en buena medida la metodología adoptada por el autor, no se pretende ofrecer aquí ninguna alternativa o solución definitiva en relación con alguno de los temas que plantearemos. Nos limitaremos a señalar distintas líneas de análisis o discusión a partir de las cuales, creo, puede continuar la reflexión.

Dos grandes parámetros son los que condicionan el conjunto de la investigación: razón e historia. La comprensión de los derechos fundamentales, de su origen, de su evolución, su sentido actual, no se puede hacer de un modo completo, si no es a través de la conjugación de la razón y de la historia. La idea de los derechos fundamentales es fruto del desarrollo y de la incidencia de la razón en la historia. En este sentido, se niegan posiciones identificadas con un racionalismo abstracto, en el que los derechos son entendidos al margen y con independencia de los condicionantes históricos. Si los derechos han de satisfacer las necesidades humanas, y éstas son las de un sujeto inmerso en un mundo concreto, en una sociedad determinada, fruto de la evolución y susceptible de evolución, cualquier elaboración doctrinal que desconozca esta vertiente del problema habrá de ser tachada de insuficiente.

El punto inicial del planteamiento del profesor Peces-Barba es el análisis de los distintos términos utilizados para aludir al fenómeno de los derechos. Cabe preguntarse si lo que en ocasiones puede parecer una mera disputa verbal o terminológica, realmente lo es, o si tras las diferentes expresiones hay una distinta concepción del Derecho, de su normatividad y de la incidencia del Poder en la obligatoriedad de los enunciados jurídicos. El grueso de las críticas del autor está constituido por las referencias a la ex-

damentales, que aglutina a profesores de la Universidad Carlos III de Madrid, Sevilla, Castilla-La Mancha y Complutense.

presión “derechos morales”, señalándose, entre otras razones, su falta de sensibilidad en relación con la historia y, por lo tanto, su incapacidad para dar respuestas a la evolución de los derechos.

La inicial comprensión de los derechos fundamentales ha de realizarse a partir de dos componentes iniciales: la filosofía de los derechos y el Derecho positivo de los derechos. La filosofía, formada a través de la acción de la razón a lo largo de la historia, en un proceso que continúa en nuestros días, se cristaliza a través de su inserción en las estructuras jurídicas. En ese momento disponemos de unos instrumentos jurídicos, los derechos fundamentales, respecto de los cuales se pretende plena operatividad y vigencia social. Este esquema básico, al que luego, como veremos, el autor añade un tercer elemento, constituye el parámetro de contraste en relación con el cual se definen las comprensiones reduccionistas de los derechos. Por una parte, el reduccionismo iusnaturalista, en sus tres dimensiones (iusnaturalismo moderno, reconstrucción del Derecho Natural clásico y modelo iusnaturalista impropio de los derechos morales), en las cuales se confunde la moralidad con el Derecho, se menosprecian las funciones de las estructuras jurídicas, o se responde a las exigencias de un racionalismo abstracto desvinculado de la historia y, por tanto, incapaz de asumir la evolución y renovación de los derechos. Por otra parte, el reduccionismo positivista, atento sólo a la acción del Soberano, en una evidente ruptura con la moralidad previa.

Junto a lo anterior, el profesor Peces-Barba también muestra los diversos modelos de crítica o rechazo a la idea de los derechos. Así, cabe distinguir, en primer lugar, aquellas posiciones en las que sólo se acogen parcialmente los derechos, limitando su aceptación a ciertas categorías restringidas dentro del conjunto. Se producen reduccionismos tales como los del liberalismo, y su expresión en el actual neoliberalismo, y las de determinadas posiciones socialistas, hoy prácticamente arrinconadas como objeto de estudio académico. En segundo lugar, hay que aludir a las negaciones totales de la idea de los derechos, en las que se produce un frontal y taxativo rechazo, ya sea basado en la tradición, en el intento de preservar ciertos privilegios del Poder, en la religión o en la ilusión de la dictadura del proletariado que acabará por suceder a las caducas estructuras del Estado burgués.

* * *

Pero creo que quizá una de las novedades más apreciables, y puede que susceptibles de mayor discusión y reflexión académica, viene determinada por lo que el profesor Peces-Barba denomina “*la visión integral de los dere-*

chos", lo que supone una transformación, o mejor dicho, una ampliación de los componentes del concepto de "derecho fundamental". En sus anteriores aportaciones, el autor había defendido la denominada teoría *dualista*, esto es, la teoría que consideraba que el concepto de los derechos respondía a dos componentes, la filosofía y el Derecho positivo, como señalamos anteriormente. A través de la intervención del Poder estatal, la moralidad crítica con la que se identifica la filosofía de los derechos fundamentales se transforma en moralidad legalizada, con un sitio, por tanto, dentro del Ordenamiento jurídico. Cabe destacar, en este punto, la importancia que el autor atribuye a la actividad del juez, como elemento que concreta el sentido de esa moralidad legalizada. La filosofía de los derechos habrá de albergar fundamentaciones que luego sean susceptibles de integrarse en el seno de un sistema jurídico. Una pretensión moral no sería apta para incluirse como derecho fundamental dentro de un Ordenamiento jurídico cuando tuviera un imposible contenido igualitario o cuando existiera una imposibilidad de atribución individualizada. Desde este punto de vista, la propiedad privada, por la imposibilidad de generalización en su disfrute, y la desobediencia civil, por la imposibilidad técnica y lógica de su juridificación (el Ordenamiento jurídico no puede albergar un derecho a desobedecer ese propio Ordenamiento jurídico), han de ser consideradas como pretensiones morales, posiblemente justificadas, pero no incluíbles en el Ordenamiento jurídico.

Hasta aquí se han mostrado las líneas principales de la teoría dualista de los derechos. Pero el profesor Peces-Barba ha completado tal explicación con un tercer elemento. En efecto, si hasta ahora la filosofía (la moralidad) y el Derecho de los derechos fundamentales debían identificarse con la justicia y con la validez de los derechos, respectivamente, la *visión integral de los derechos* es aquella en la que se mantiene que "la justicia y la validez necesitan de la eficacia" (p. 95). En este sentido, la escasez condiciona la inserción en el Ordenamiento jurídico de determinados contenidos de moralidad, hablándose entonces "del condicionamiento de la justicia o moralidad de las normas o de su validez o legalidad por factores sociales" (p. 98). Vemos por lo tanto que los dos elementos de la teoría dualista se han convertido en tres, en la visión integral de los derechos.

La adopción de la visión integral de los derechos condiciona el mantenimiento de una postura negadora del derecho al trabajo como derecho fundamental, tal y como lo reconoce el propio autor, habiendo adelantado esta postura en anteriores trabajos². Parece, en principio, que desde un de-

² Vid. "El Socialismo y el derecho al trabajo", *Sistema*, número 97, julio 1990.

terminado punto de vista es difícil negar la justificación del derecho al trabajo como pretensión moral. El profesor Peces-Barba, al analizar posteriormente el significado del proceso de generalización de los derechos, habla de *“la idea de un derecho al trabajo como derecho a obtener un puesto de trabajo, partiendo de que el trabajo es una condición de la dignidad humana”* (p. 148). Esta afirmación, además de estar referida a un determinado momento en la formación histórica de los derechos, creo que puede ser asumida por el autor. Además, también creo que la necesidad moral de trabajar puede ser puesta en relación con las denominadas más adelante por el autor “necesidades de mantenimiento” —innegociables junto a las necesidades radicales— y *“cuya satisfacción permite mantener la capacidad de elección ilustrada, que se deduce de una condición humana en niveles normales y generalizados de acuerdo con el modelo de ser humano que deriva de los actuales estudios científicos”* (p. 191).

La incapacidad de la pretensión moral al trabajo para incluirse en la nómina de los derechos obedece a razones distintas a las que provocan la misma situación en relación con el derecho de propiedad privada y con la desobediencia civil. Por una parte, la escasez referida al derecho de propiedad sería de tipo estructural. No parece muy arriesgado mantener, recordando algunas vertientes del pensamiento de Hume y de Marx, que escasez y propiedad son conceptos que se implican el uno al otro. Tiene sentido hablar de propiedad privada en una situación en la que el acceso a los bienes no es libre y está determinada por la insuficiencia cuantitativa de los mismos. Por otra parte, la desobediencia civil, como ya hemos señalado, tiene vetada su inserción en el Ordenamiento jurídico por la propia incoherencia lógico-jurídica que ella representa (en este sentido cabe destacar la diferenciación que el autor efectúa entre objeción de conciencia y desobediencia civil: mientras que la objeción de conciencia es un derecho concreto dentro del Ordenamiento, la desobediencia civil es un acto de rebeldía frente al Ordenamiento). Creo que la escasez referida a la pretensión moral de ocupar un puesto de trabajo es, sobre todo, estructural, determinada por la situación económica y la configuración de un cierto sistema.

En su argumentación en relación con la imposibilidad del derecho al trabajo, el profesor Peces-Barba explica que a los empleadores privados no se les puede obligar a asumir la carga que significa suministrar puestos de trabajo, ya que eso es una *“idea contradictoria con la idea de libre empresa, que es una de las características centrales de la economía de mercado, y que se puede racionalizar en el Estado social, pero no suprimir”* (p. 96). En este punto podemos preguntarnos sobre el concepto de “racionalización” de la economía

de mercado. Me inclino por pensar que, en todo caso, la racionalización de la economía de mercado ha de tener como fin u objetivo principal la autonomía moral del individuo. No es una exigencia caprichosa respecto a un determinado sistema económico; al contrario, creo que es una premisa a la que ha de atender todo sistema de ordenación social —y la economía es uno de ellos—, que se desarrolle, o pretenda hacerlo, en el ámbito de un Estado social y democrático de Derecho, como es el señalado en el artículo 1.1. de nuestra Constitución. Parece que la economía de mercado no es un sistema intangible en todos sus extremos. Tampoco lo era el sistema feudal propio del Estado absoluto, firmemente asentado, contra el que se luchó a finales del siglo XVIII, de la misma manera que no lo era el sistema económico de explotación, derivado de la primera revolución industrial, contra el cual reaccionaron los movimientos obreros en el siglo XIX, exigiendo nuevos derechos sociales. Ya casi al final del libro, el profesor Peces-Barba se refiere a los peligros que tiene una divinización del mercado en relación con la igualdad material y afirma que *“partiendo de la premisa de que esa corrección basada en la idea de la igualdad material, que voy a estipular, facilita o hace posible el desarrollo moral de las personas, pienso que está justificada la intervención y modificación de las normas propias de la economía de mercado”* (p. 246). En todo caso, no hay que olvidar que no hay derechos fundamentales absolutos, y que los derechos fundamentales se limitan los unos a los otros.

Una de las principales razones que ofrece el autor en relación con el tema que estamos discutiendo es la referida a que, en caso de admitir el derecho al trabajo como tal, los poderes públicos serían los obligados a satisfacer tal pretensión, lo cual crearía una situación imposible de asumir. Evidentemente, no se pretende convertir al Estado en el empleador principal, único y excluyente. Lo que sí se puede pretender, y creo que la Constitución posibilita el intento, es que el Estado promueva y favorezca. La técnica de los derechos sociales no supone sólo que el Estado asuma la carga de ofrecer directamente el disfrute de los derechos, sino que también promueva la existencia de condiciones (incluso a través de la intervención, ya que los límites entre el sector público y privado no son “sagrados e inviolables” es un sistema de economía mixta) que faciliten el ejercicio de los derechos. Me parece que a la vista del artículo 9.2 de la Constitución, lo anterior no sólo es un conjunto de buenas intenciones.

Además, conviene tener en cuenta la diferenciación entre dos significados de “escasez”, efectuada por el autor (vid. p. 95). En primer lugar, una escasez en sentido fuerte, referida a *“bienes que no pueden en ningún caso*

repartirse porque ese reparto nunca alcanza a todos (...). Esta es la escasez que impide la existencia de un derecho fundamental". Por otra parte, "se utiliza escasez en otro sentido más amplio donde cabe un reparto que alcance a todos. Incluso muchos derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, tienen precisamente su razón de ser una acción positiva de los poderes públicos para repartir una escasez, que los particulares, titulares de los derechos, no podrían alcanzar con la ley del mercado". En mi opinión, es difícil justificar, en relación con la escasez —y teniendo en cuenta, de una parte, el mantenimiento del respeto a los mecanismos de la economía de mercado (con el peligro que representa la especulación) y, de otra, la imposibilidad de obligar al sector privado—, las diferencias de tratamiento entre el derecho al trabajo y el derecho a la vivienda, por ejemplo. En todo caso, creo que nunca hay que perder de vista el imperativo que suponen los artículos 1.1. y 9.2 de la Constitución en relación con un esfuerzo de asignación de recursos por parte del Estado.

Pienso que una de las posibles dificultades que pueden estar implícitas en la propuesta que estamos analizando, consistiría, en mi opinión, en una cierta benevolencia o permisibilidad en relación con los mecanismos de la economía de mercado y de la libre empresa, cuando no tienen por qué ser negativas ciertas restricciones de estos derechos siempre y cuando ello vaya en beneficio de la efectividad y disfrute generalizado del derecho al trabajo. Creo que de la filosofía inspiradora del Estado social y democrático de Derecho y de una determinada interpretación de los artículos 35 y 131 de la Constitución se puede desprender dicha tesis. Creo que no se debe olvidar la importante función utópica y liberadora de los derechos. La historia de los derechos es la de la constante reivindicación, la de la permanente oposición y presión frente al *statu quo*. Es una función de la que los derechos no deberían desprenderse, ya que ese día perderían su papel emancipador. Además, hemos de tener en cuenta que en un sistema de economía mixta de mercado, también son protagonistas los trabajadores ejerciendo su legítima reivindicación. Y, aunque quizá sea acercarse a los inseguros terrenos de la historia-ficción, podemos preguntarnos sobre el destino y la suerte de los trabajadores y de sus organizaciones si desaparecieran de los textos constitucionales todos aquellos derechos cuyo disfrute pleno y generalizado fuera impedido por las estructuras del sistema económico. Por otra parte, podemos tener ante nosotros el peligro de desaprovechar todas las consecuencias que para el concepto de derechos fundamentales se derivan de la aportación al mismo del concepto socialista de libertad. El derecho al trabajo ha sido du-

rante largo tiempo el argumento más potente en manos de la clase menos favorecida a la hora de reclamar ante el Poder una mejora en sus condiciones de existencia.

Es cierto, como señala el profesor Peces-Barba, que *"la estructura jurídica puede estar dependiente de la realidad social"* (p. 97). Tampoco hay que olvidar la influencia en sentido inverso, esto es, el cambio que puede producir el Ordenamiento jurídico sobre la realidad social. Pero podemos preguntarnos también: ¿y la moralidad?, ¿puede la realización de la moralidad estar dependiente de la realidad social?, ¿acaso una de las finalidades de la afirmación jurídica de las pretensiones morales no es hacer evolucionar y transformar las situaciones sociales? Podemos plantearnos por qué los derechos fundamentales tienen una especial consideración. La respuesta ha de estar referida a su especial "carga o contenido moral", y de ahí su también especial protección o mayor grado de resistencia, como ha explicado últimamente el profesor Luis Prieto: los derechos fundamentales lo son porque el Poder es consciente de su especial carga axiológica en relación con un cierto modelo de organización de la comunidad³. Por lo tanto, se puede mantener que, en este ámbito, 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.

Y puestos a plantear interrogantes, podemos formularnos una última cuestión en relación con la visión integral de los derechos. Sabemos que filosofía, Derecho positivo y ausencia de escasez se identifican, en la teoría de los derechos, con justicia, validez y eficacia, respectivamente (teniendo en cuenta que la ausencia de escasez sería una parte de la eficacia en su conjunto, ya que la ineficacia de un derecho puede depender también de otros factores, aun en condiciones de abundancia). Sabemos también que la validez y la eficacia pueden llegar a condicionarse mutuamente (no entramos en la consideración de la distinta relación entre validez y eficacia a nivel de norma o a nivel de Ordenamiento). Parece que la consideración del factor eficacia no es problemática en el ámbito de la teoría del Derecho. Pero, ¿el condicionamiento de las dimensiones de moralidad o de justicia por el factor escasez, no supone una distorsión en la teoría de la justicia?, ¿no supone un sometimiento del deber ser al ser? En definitiva, ¿hasta qué punto la eficacia es operativa en la teoría de la justicia?

³ Vid. PRIETO, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

* * *

A partir de la definición de su modelo integral, el profesor Peces-Barba analiza uno de los elementos que definen la idea de los derechos: su carácter histórico. La consideración de la historia es una constante en la obra del autor, no sólo en el tratamiento de temas relacionados directamente con los derechos fundamentales⁴. Los derechos fundamentales se gestan en el mundo moderno, aunque cristalizarán definitivamente en tres modelos: el inglés, el americano y el francés. Creo que el autor puede estar de acuerdo con el profesor Norberto Bobbio cuando éste señala que la concepción individualista se halla tras la idea de los derechos⁵. En efecto, la aparición y progresiva presencia del individuo como centro de referencia en el ámbito de la política, de la economía, de la cultura, de la ciencia, del Derecho, parece un punto de referencia ineludible. Todas las transformaciones en estos sectores, que comienzan a definir la modernidad, han de ser explicados en función del individuo. La conjunción de todos estos cambios tiene como consecuencia el surgimiento de la inicial filosofía de los derechos fundamentales en el tránsito a la modernidad, que desemboca, como hemos dicho, en los modelos de aparición histórica de los derechos. En el libro se señalan las características respectivas de los modelos inglés, americano y francés, pudiéndose destacar dos características comunes a todos ellos que nos sirven para definirlos: su carácter individualista y liberal y el entendimiento de los derechos fundamentales como instancias limitadoras del Poder, frente al cual han de ser considerados como elementos de reacción.

Desde el momento en que los derechos aparecen como tales en los textos jurídicos, comienza su existencia histórica propiamente dicha. El autor señala las líneas de evolución de los derechos a través de la aplicación de cuatro procesos solapados entre sí, inacabados y complementarios: positivación, generalización, internacionalización y especificación. En un primer momento, los derechos, que hasta ese instante son pretensiones morales, se incluyen en los Ordenamientos jurídicos, ampliando, progresivamente, sus contenidos y sus titulares. En este segundo momento, la igualdad va a conjugarse con la libertad como valores fundamentales de los derechos. También hay que tener en cuenta la importancia de la extensión de la presencia de los

⁴ Vid. su *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983.

⁵ Vid. N. BOBBIO: *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Sistema, Madrid, 1991. En efecto, el profesor PECES-BARBA ya había adelantado esta idea en *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.



derechos más allá de las fronteras nacionales, con todo lo que ello implica en relación con la titularidad, problemas de protección y garantía, ataques y violaciones supranacionales, etc. Por último, el proceso de especificación viene a reiterar que los derechos son evolutivos históricamente y abiertos a las transformaciones actuales, con posibilidades de hacer frente a cambios venideros. La consideración de las particulares y especiales situaciones en las que se pueden encontrar los individuos y, junto a esto, la presencia de nuevos contenidos, en una lista no cerrada, constituyen el significado de este cuarto proceso.

* * *

La última parte del libro se dedica a lo que el autor denomina "*la sincronía de los derechos fundamentales*". Tras haber efectuado el estudio diacrónico, referido a la evolución en el tiempo de la idea de los derechos, en un primer momento y, posteriormente, de esos derechos en el marco de Ordenamiento jurídico, el profesor Peces-Barba se refiere a los valores que fundamentan los derechos, a partir de los cuáles surge su explicación moral.

El primero de esos valores, el fundamental, referencia última de todos los restantes, es la libertad. Es el fundamento básico, condición de la dignidad humana y estrechamente vinculado a la autonomía moral de los individuos, fin último de todos los derechos. Es interesante destacar como el valor libertad no sólo se concreta o se refleja a través de los derechos, sino que también lo hace mediante determinados principios de organización, encargados de guiar el desarrollo de los mecanismos sociales y jurídicos conducentes a la conquista de la autonomía moral.

La libertad a la que se refiere el profesor Peces-Barba es la libertad política, social y jurídica, que supondría el nexo o enlace necesario entre la libertad psicológica, dato precio e identificador de lo humano, y la libertad moral, objetivo último a alcanzar en la realización del individuo. Esa libertad política, social y jurídica tiene tres dimensiones destacables: a) la libertad como no interferencia, o libertad para hacer lo que se quiera; b) la libertad promocional, o libertad para poder hacer lo que se quiera, necesariamente vinculada a las necesidades humanas, radicales, de mantenimiento o de mejora, y c) la libertad de participación.

Por otro lado, la libertad moral también se puede ver en ocasiones condicionada, lo cual implica un especial cuidado a la hora de admitir cualquier decisión personal basada en la libertad individual. En este sentido, las posibilidades de actuación individuales han de estar siempre sometidas a su

ponderación en relación con la posibilidad de permanencia del dinamismo hacia la libertad moral, propia o ajena.

La seguridad jurídica es el segundo gran valor inspirador de los derechos fundamentales, tal y como éstos son analizados en su sincronía por el profesor Peces-Barba. En este sentido, creo que hay que destacar el intento del autor por combinar las tradicionales dimensiones formales de la seguridad jurídica con sus dimensiones materiales. En efecto, la seguridad jurídica, en su consideración de *mínimum existencial* desde el que parte el itinerario hacia la libertad moral y la autonomía, tiene una primera vertiente en la que ha de ser entendida como un valor procedimental, en el que se ha de incluir la igualdad formal. Esta es su vertiente objetiva, junto a la cual se destaca una segunda vertiente que es la referida al ámbito subjetivo, a esa "*seguridad frente a la desesperanza*", al desamparo. Es la seguridad jurídica entendida desde el punto de vista material. En todo caso, el autor intenta terminar con esa tradicional idea que consistiría en enfrentar la seguridad con la justicia: tal enfrentamiento no es necesario ya que la justicia incluye dimensiones de la seguridad. Por último, en relación con el valor seguridad como fundamento de los derechos, cabe destacar la afirmación de "*un derècho a la seguridad jurídica, entendido como derecho a gozar y a beneficiarse de las dimensiones objetivas, de esta seguridad jurídica en relación con el mismo Derecho, que no será, así, sólo un deber de los poderes públicos, sino también un derecho de los ciudadanos y de los grupos en que éste se integra*" (p. 215).

La solidaridad también se incluye en los valores principales que fundamentan los derechos. La concepción que el autor nos ofrece de este valor es laica y moderna (*solidaridad de los modernos*), diferente de aquella comprensión de la solidaridad como virtud individual frecuentemente religiosa (*solidaridad de los antiguos*). La solidaridad va a ser considerada como un valor que ha de regir la organización social. Creo que las mayores dificultades en relación con el valor solidaridad pueden ser las referidas a su traducción jurídica. Parece claro que la materialización de dicho valor sólo es posible si contamos con una actuación positiva del Estado. Pero me parece que el profesor Peces-Barba va más allá al reflexionar sobre los deberes positivos generales. En efecto, la solidaridad generaría unos derechos, pero a través de unos deberes. Estos deberes no sólo son del Estado, sino que también se predicen de los individuos. Puede parecer problemático, a primera vista, establecer deberes individuales, coacciones de la libertad individual, basadas en el valor solidaridad. ¿Se pueden obligar jurídicamente a alguien a ser solidario?, ¿pueden los individuos estar obligados, junto al Estado, a llevar a

cabo conductas basadas en el valor solidaridad?, ¿no debe pertenecer este ámbito a la moralidad individual y a la autonomía privada? En todo caso, no parece discutible que tras esta reflexión se encuentra el tema de la relevancia moral de las omisiones, a partir del cual se pueden extraer consecuencias para la afirmación de los derechos económicos, sociales y culturales. La postura que se adopte en relación con este tema es uno de los puntos de diferenciación entre una concepción liberal individualista de los derechos y otra de índole más social o igualitaria.

El último valor analizado en el estudio sincrónico de los derechos es la igualdad. El núcleo de la argumentación del autor en este punto está referido a la igualdad material ya que, como adelantamos, la igualdad formal carece de autonomía respecto a la seguridad jurídica. La igualdad material ha de ser diferenciada del igualitarismo. En efecto, no se trata de que todos los individuos sean iguales en todo. Se trata, teniendo en cuenta la presencia e influencia de los factores socio-económicos, de que todos estén en condiciones materiales que permitan alcanzar la meta de la autonomía moral, para lo cual es necesario fijar los criterios que eviten el peligro igualitarista. La fijación de estos criterios ha de ser efectuada en función de las necesidades básicas individuales. De la misma manera que las necesidades sirven para fundamentar los derechos en relación con el valor igualdad, las capacidades se encuentran en la raíz de los deberes, destinados precisamente, a satisfacer las necesidades. En todo caso, en el ámbito de la igualdad material, parece necesaria la intervención del Estado como propulsor del esfuerzo económico implícito en la tarea de satisfacer las necesidades básicas y, también, como controlador y corrector de los rumbos de la economía de mercado, muchas veces contrarios a los que conducen a la satisfacción generalizada de las necesidades básicas.

Tras todas las anteriores reflexiones, podemos afirmar que nos hallamos ante un libro denso en relación con los temas tratados. Creo que una de las virtudes del trabajo del profesor Peces-Barba radica en la capacidad de plantear, integrando materiales anteriores, nuevas perspectivas sobre la teoría de los derechos. Muchos de los temas analizados no quedan cerrados o clausurados a través del tratamiento que se les ofrece en la páginas del libro. Al contrario, se abren nuevas perspectivas de discusión y análisis y se dejan pendientes interrogantes, alguno de los cuales ha sido reflejado en este co-

mentario. Todo hace pensar que la próxima aparición del segundo tomo de este "*Curso*", referido a la teoría jurídica de los derechos, mantendrá el interés despertado por éste primero en los estudiosos e investigadores de los derechos.



“SOBRE PRINCIPIOS Y NORMAS. PROBLEMAS DEL RAZONAMIENTO JURIDICO”

**(Luis Prieto Sanchís, Centro de Estudios
Constitucionales, Madrid, 1992, 186 pp.)**

Rafael Escudero Alday

Universidad Carlos III de Madrid.



N la actualidad asistimos a un momento de abundante literatura sobre el tema de los principios, tal y como se puede comprobar sin ir más lejos en la amplia bibliografía utilizada por el autor en el libro que nos ocupa. Este resurgir de las investigaciones sobre la estructura y la función de los principios debe ser puesto en relación con otro tema que suele ir intrínsecamente conectado con éste. No es otro que el de la crítica a la concepción positivista del Derecho. Sin embargo, el libro del profesor Prieto nos pone de manifiesto que es posible compatibilizar el carácter normativo de los principios con una concepción positivista del Derecho, siendo ésta la concepción que define al Derecho como un conjunto de

normas identificables bien por poseer una serie de rasgos formales establecidos en una "regla de reconocimiento", o bien por contar con un cierto respaldo social.

El autor aborda el problema de los principios desde dos perspectivas, ya clásicas a la hora de realizar cualquier análisis jurídico: el punto de vista estructural y el punto de vista funcional. Tradicionalmente, la doctrina se ha centrado más en esta última perspectiva, dado que tras la figura de los principios se encontraba toda una concepción del Derecho, en la que éstos cumplían una función destacada; en tal concepción, el Derecho es algo más que un conjunto de reglas identificables a través de unos rasgos formales suministrados por una norma suprema, a semejanza de la "regla de reconocimiento" de Hart. Para dicha doctrina, existen otros estándares normativos que se pueden identificar por su contenido, pero no por poseer dichos rasgos formales. Estos son los principios, que en nuestra tradición jurídica, y fundamentalmente por la doctrina civilista, se denominaban "principios generales del Derecho". Actualmente, asistimos a un resurgir de estas posiciones, que el profesor Prieto agrupa bajo el nombre de "teoría fuerte de los principios".

En este libro se reconoce la mayor relevancia de esta aproximación funcional, pero no porque el autor mantenga una concepción del Derecho y de sus relaciones con la moral similar a la que se ha reseñado, sino precisamente por lo contrario. El autor se coloca en una posición iuspositivista, que le lleva a afirmar que el Derecho se compone de un conjunto de modelos de conducta y organización, entre los cuales se encuentran los principios, identificables por determinados rasgos formales o, y aquí se introduce un elemento realista, por contar con un cierto respaldo social. Por tanto, los principios, al igual que el resto de los estándares jurídico-normativos, forman parte del Ordenamiento jurídico, ya que son recibidos en éste gracias a un acto de producción normativa reconocido en la regla de reconocimiento, y no por su supuesta correspondencia con normas morales o por su "justicia objetiva". Así pues, desde esta posición el análisis estructural de los principios pierde interés, ya que plantean "los mismos problemas que la existencia de las normas; no presentan un origen distinto ni constituyen un vehículo especialmente cualificado para la penetración de la moral en el Derecho, sino que, al igual que el resto de las normas, podrá predicarse su existencia cuando resulten válidos a la luz de una regla de reconocimiento o cuando una práctica de los operadores jurídicos así lo acredite" (p. 132). La cita es larga, pero muestra con cierta claridad cuál es la conclusión a la que llega el profesor

Prieto por lo que se refiere al análisis estructural de los principios. Sin embargo, para llegar a ello, es necesario referirse en primer lugar al concepto utilizado de principios y a sus diferentes modalidades. Me referiré por tanto, tras este inciso, a la aproximación estructural.

El autor, encuadrado en lo que él mismo denomina una “teoría débil de los principios”, concibe los principios como un tipo de normas. Una primera idea que se extrae de esto es que se rechazan aquellas tesis que sostienen, como es el caso de Dworkin, que entre ambas categorías hay una diferencia radical o lógica. En cambio, el profesor Prieto dirá que el concepto de principios es una noción relacional o comparativa, abandonando pues una concepción esencialista del lenguaje, lo que quiere decir que el lenguaje jurídico, que es el lenguaje natural, no nos ofrece un criterio lo suficientemente relevante y claro para la distinción, es decir, no es posible hallar una nota distintiva que pertenezca a la categoría de las normas y no a la de los principios, y viceversa. Para probar esta insuficiencia se nos ofrecen tres ejemplos: fundamentalidad, generalidad y vaguedad.

Una disposición es fundamental cuando se refiere a algún aspecto básico del sistema jurídico o de algún subsistema de éste, de tal forma que si faltara cambiaría su orientación o sentido. Evidentemente, los principios adoptan esta estructura de “normas importantes”, pero lo mismo puede suceder con otros estándares normativos. Piénsese en el caso del art. 1.1 de la Constitución española, que recoge los valores superiores del Ordenamiento jurídico español, y ello sin adoptar la forma de principios. La fundamentalidad también puede entenderse en el sentido de normas que se refieren a otras normas, al estilo de lo que Hart llama “normas secundarias”. Sin embargo, si concebimos los principios únicamente como normas que aclaran el sentido de otras normas o atribuyen competencias o dimensiones de aplicación de otras normas, estaríamos impidiendo que dichos principios actuaran en caso de laguna normativa, o lo que es lo mismo, se cercenaría la función integradora de los principios, para la cual éstos adoptan la estructura de “normas primarias”.

Por lo que respecta a la generalidad y la vaguedad, ambos conceptos son igualmente relativos, debido a que se trata de características intrínsecas del lenguaje natural. Así pues, se trata de propiedades relativas (¿dónde está el umbral que nos permite decir que una norma es general o particular?) y que no deben ser criterios que por sí solos lleguen a motivar la creación de distintos estándares normativos. La conclusión de lo indicado se encuentra en las siguientes palabras del profesor Prieto: “Decimos que una norma es un

principio cuando, siquiera idealmente, tenemos presente otra norma o grupo de normas respecto de las cuales aquélla se presenta como fundamental, general, etc.” (p. 63).

De acuerdo con esta concepción de los principios como un tipo de normas, sí es posible establecer una distinción entre principios y reglas, teniendo en cuenta que éstas también se encuadran como otro tipo de normas. Así, principios y reglas son especies del mismo género: las normas. Un principio es un término teórico, creado por el operador jurídico, que no constituye el significado directo de una disposición normativa, puesto que si así lo fuera estaríamos en presencia de una regla. Las reglas pueden contener también las notas de la fundamentalidad, generalidad y vaguedad, cuya posesión ya se ha señalado que no constituye *a priori* un criterio diferencial respecto de los principios. Sin embargo, las reglas sí son la expresión directa de una disposición normativa, pudiendo ser esta circunstancia un primer criterio distintivo de ambas categorías. Por otro lado, ambos son conceptos elaborados por los juristas, y en un determinado contexto comparativo. Así, se puede deducir que en dicha comparación la norma que se presente como más general, vaga o fundamental será el principio, mientras que la otra será considerada una regla específica. Por tanto, existe un segundo criterio distintivo, aunque éste sólo es válido si es necesario confrontar o comparar diversas normas. Por ejemplo, una norma A será un principio con respecto a una norma B en el caso en que A dote de significado a B. Sin embargo, si existe una norma C que contiene un criterio interpretativo de la norma A, ahora es C el principio y A la regla. Fuera de esta actividad relacional, como puede ser por ejemplo el caso de la existencia de antinomias, las notas de la fundamentalidad, vaguedad y generalidad no nos ofrecen un criterio distintivo, y mucho menos válido para cualesquiera casos. Así, como dice el autor, “de ahí que cuando una Constitución o una ley consagran expresamente un principio no seamos capaces de determinar *a priori* ninguna conclusión acerca del porqué de ese calificativo; sólo cuando llevamos el principio a un contexto normativo más amplio se hace posible precisar en qué sentido, y en relación con qué un enunciado normativo es un principio” (p. 63).

Como se puede apreciar, el problema estructural queda de nuevo relegado al plano funcional, ya que de todo lo dicho se desprende que las diferencias entre los distintos estándares normativos sólo se ponen de manifiesto en el momento de realizar alguna actividad, y en concreto, son creados por el operador jurídico en caso de conflicto o confrontación entre ellos. Por tanto, y aunque sea por una vía distinta a la de los defensores de la teoría

fuerte de los principios, se vuelve a dotar de mayor peso al análisis funcional. Es cierto que los criterios estructurales pueden ser insuficientes, y que plantean similares problemas a los del resto de estándares normativos, pero se echa en falta una mayor profundización en torno a las posibles diferencias entre ellos fuera del proceso aplicativo.

Sin embargo, el profesor Prieto parece querer avanzar por este camino en mayor medida que la doctrina tradicional, y ello se puede comprobar en su intento de clasificación de los principios, que toma como criterio distintivo su origen o respaldo institucional, el cual puede ser considerado como un criterio estructural y no funcional. Basándose en una clasificación desarrollada por Wroblewski y matizada por Guastini, distinguirá entre principios explícitos, implícitos y extrasistemáticos.

Los principios explícitos son aquellos que se recogen en una disposición legislativa, es decir, los que cuentan con un expreso respaldo institucional. Básicamente los podemos encontrar en la Constitución y en aquellas normas que pertenecen al "bloque de constitucionalidad". El hecho de que no aparezcan recogidos bajo la denominación de principios no quiere decir que no puedan ser considerados como explícitos, ya que es posible hacerlo atendiendo a las notas de fundamentalidad, generalidad y vaguedad reseñadas anteriormente. Conviene tener en cuenta que un principio es un estándar normativo que carece de relación semántica directa con la realidad jurídica a la que se refiere. Esto es lo que quiere decir que los principios no constituyen el significado de una disposición jurídica, porque si así lo fuera sería una regla, y no un principio. De ahí que pueda ser frecuente que los principios no aparezcan denominados como tales en la disposición de que se trate.

En cuanto a los principios implícitos, éstos no se recogen expresamente en ninguna disposición, sino que se obtienen a partir de una o varias de ellas por vía inductiva o deductiva. Con respecto a estos procesos de obtención de principios explícitos, para el profesor Prieto no son métodos estrictamente lógicos, sino que en ellos intervienen elementos valorativos. Esta puede ser una de las vías por la que las concepciones morales de una determinada sociedad pueden penetrar en el plano jurídico, sobre todo en aquellos casos en los que el juez se ve obligado a recurrir, para resolver un caso que se le presenta, a estos principios implícitos. Sin embargo, el autor insiste en que dichas concepciones morales entran en el campo de lo jurídico no por su contenido objetivo, sino porque el juez está habilitado por la regla de reconocimiento para introducirlas.

Es en el marco de los principios implícitos donde el profesor Prieto sitúa los “principios generales del Derecho” del art. 1.4 del Código Civil. Estos se aplicarán en defecto de ley y costumbre, según el citado texto legal, lo que quiere decir que no podemos estar aquí en presencia de los principios expresos. En definitiva, los principios generales del Derecho no aparecen recogidos en disposición legal alguna, sino que deben deducirse del conjunto del Ordenamiento, lo que supone, de acuerdo con los conceptos manejados, que se trata de principios implícitos.

Finalmente están los principios extrasistemáticos o, en la terminología de Guastini, “principios totalmente inexpressos”. La diferencia entre estos y los principios implícitos está en que mientras éstos encuentran apoyo, aunque sea indirecto, en disposiciones normativas, aquéllos intentan deducirse de nociones más oscuras como la “naturaleza de la cosa”, la Constitución material, etc. Debemos aclarar que estos principios no forman parte del Ordenamiento jurídico, ya que ni constituyen el significado de ninguna disposición de éste ni se pueden inducir o deducir de algunas de dichas disposiciones. El profesor Prieto, aunque no deja entrever ninguna duda respecto a la no validez de esta clase de principios, matiza esta idea desde una perspectiva realista, y así señala que “los principios extrasistemáticos, en la medida en que sean aplicados por los jueces pueden considerarse normas existentes, inválidas pero eficaces” (p. 149). En definitiva, estamos ante un problema de creación judicial del Derecho, puesto que la aplicación de un principio extrasistemático por parte de un juez no es más que eso: crear una nueva norma ante un caso en el que el Derecho no le ofrece los instrumentos suficientes para llegar a una solución. Para la Teoría del Derecho es irrelevante de dónde procedan dichos principios o quién los haya creado, ya que lo único determinante es analizar si el juez está habilitado para recurrir a estos elementos extrasistemáticos, con independencia incluso de que lleguen a ser principios o no adquirieran dicha categoría. Por tanto, se puede decir que la solución es idéntica que en el caso de los principios implícitos: el recurso a estos principios es válido siempre y cuando el juez esté habilitado para ello por su regla de reconocimiento. Esto es lo que permite que el proceso de aplicación judicial del Derecho no sea un estricto proceso lógico de subsunción, y que en él se encuentren elementos valorativos. Como dice el autor, “las sentencias expresan actos de voluntad, no operaciones meramente cognoscitivas, y que, por consiguiente tienen un carácter creativo” (p. 97). En definitiva, es la conjugación de lo que Ross llamaba la “conciencia jurídica formal”, la obediencia habitual de los tribunales a las prescripciones de la legislatura, con la “con-

ciencia jurídica material”, es decir, los elementos materiales que influyen en la decisión.

Antes de entrar en el análisis de los principios desde la perspectiva funcional, es necesario referirse a las críticas que hace el autor a la “teoría fuerte de los principios”. Para esta teoría, los principios se distinguen estructuralmente de las normas, y ello por tener cada uno de estos estándares normativos su propia morfología. Sin embargo, esta peculiar morfología queda relegada a un segundo plano, ya que toda la argumentación subsiguiente a ella tiene como objetivo una crítica al positivismo jurídico. Vemos por tanto que por unas razones o por otras el análisis estructural queda relegado a un segundo plano. Como pone de manifiesto el profesor Prieto, “una empresa de tal magnitud —la crítica al positivismo jurídico— requiere dotar a los principios de unos perfiles muy singulares que permitan su diferenciación de las normas, pues precisamente el núcleo del argumento consiste en demostrar que el Derecho es algo más que un sistema de normas identificables mediante algún procedimiento preferentemente formal y ajeno a consideraciones morales sustantivas” (p. 32). Esto se corresponde con una visión del Derecho centrada principalmente en la actuación judicial, y con un cierto temor hacia la actuación del legislador, de forma que en aquellos casos en que la actividad legislativa se aparte de los principios que supuestamente justifican un sistema jurídico, el juez podrá entrar a corregir dicha situación mediante la aplicación de los principios.

Según esta teoría, examinada por el autor fundamentalmente a través de la obra de Dworkin, hay dos puntos que nos permiten establecer una diferencia radical entre principios y normas. En primer lugar, mientras que las normas son estándares aplicables del modo “*all-or-nothing*”, los principios son razones para decidir, de forma que no nos ofrecen la respuesta al caso concreto, sino que orientan o dirigen la interpretación de otras normas. El profesor Prieto desmonta esta distinción, al poner de manifiesto que hay principios que se aplican directamente a un determinado caso, de forma que suponen el fundamento único de la decisión. La segunda razón en favor de la tesis de la diferenciación lógica consiste en que en caso de conflicto de normas, una de ellas tiene que ser expulsada del Ordenamiento, mientras que si la colisión se produce entre principios ambos pueden seguir siendo válidos, aunque en el caso concreto se le conceda mayor relevancia a uno. De nuevo el autor se encarga de echar por tierra esta distinción, ya que “parece perfectamente imaginable una antinomia total entre dos principios, de manera que ambos no puedan coexistir en el mismo ordenamiento; por ejemplo, pién-

sese en el reconocimiento —no meramente retórico— de los principios de igual dignidad humana y de apartheid” (p. 41). Además, el autor se refiere al llamado “criterio de conservación de las normas”, que en la actualidad no es infrecuente en las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, según el cual dos normas de sentido contradictorio pueden conservarse mediante un juego adecuado de los criterios de validez.

Sin embargo, ya habíamos señalado que el argumento realmente importante de esta teoría fuerte de los principios no es la diferencia estructural entre éstos y las normas, como por otro lado se puede apreciar por la debilidad de los argumentos aducidos, sino la peculiar función que se otorga a los principios en esta concepción del Derecho. El problema que subyace es el deseo de evitar la discrecionalidad judicial a través de la tesis de la única solución correcta. Esto quiere decir que el juez, en cualquier caso que se le presente, debe acertar con la solución idónea. El problema está en los llamados “casos difíciles”, ya que aquí el juez cuenta con una dificultad añadida: el material jurídico-normativo de que dispone no le permite por sí solo llegar a dicha solución. En estos casos, el juez no puede actuar según su propia discrecionalidad, sino que debe utilizar dichos principios, que son diferentes de las normas identificables por la posesión de una serie de rasgos formales especificados en la regla de reconocimiento; principios que ya están preconstituidos y que el juez sólo tiene que “descubrirlos” en el caso concreto y aplicarlos en el proceso hermenéutico. Ellos son los que le permitirán llegar a la única solución correcta. Además, si estos principios no se corresponden con las prescripciones de la legislatura, parece que el “juez Hércules” deberá obviar éstas, y aplicar los principios.

La razón que se aduce en favor de este amplio margen de actuación en el plano jurídico de los principios es que su actuación en el plano jurídico de los principios es que su relevancia moral es por sí misma suficiente para convertirlos en “deber ser jurídico”. Para Dworkin, el fundamento de los principios no está en que sean identificables por la regla de reconocimiento, sino en su propio contenido; por lo tanto, formarán parte de lo jurídico, de forma que los operadores jurídicos deben obedecerlos al igual que las restantes normas del sistema, cuando sean moralmente adecuados para justificar no sólo el conjunto de normas jurídicas sino también una concreta decisión judicial.

Una de las críticas que se le puede hacer a esta interpretación, además de estar basada en un “objetivismo moral”, es que abre la normatividad jurídica a las “creencias ideológicas subjetivas” de los jueces, de forma que se

puede ver dañado el valor de la seguridad jurídica. Creo que de las páginas del libro se puede deducir la idea de que sólo desde una concepción positivista del Derecho, abierta a dimensiones realistas, es posible mantener la seguridad jurídica. Ello es perfectamente compatible con la posibilidad de que el juez, cuando el material jurídico del que dispone no le permita llegar a la solución del caso, acuda a estas dimensiones extrasistemáticas, sean o no principios, siempre y cuando esté habilitado para ello por la regla de reconocimiento.

La última parte del libro está dedicada íntegramente a las funciones de los principios. El profesor Prieto, tomando en cuenta diversos criterios clasificatorios, como por ejemplo el de Bobbio, distingue entre función interpretativa y función integrativa. Como se puede apreciar, en esta clasificación de las funciones aparece un elemento estructural, prueba de la preocupación del autor por dotar de mayor consistencia a esta perspectiva.

La función interpretativa supone que los principios se estructuran bajo la forma de normas de segundo grado o “normas secundarias”, de modo que actúan como instrumentos para resolver las dudas sobre el sentido de una disposición concreta. Además, y también en el seno de esta función interpretativa, los principios pueden servir para evitar las antinomias. Esta dimensión se pone de manifiesto en el texto, cuando se dice que “éste es el caso, por ejemplo, de los principios que recogen los artículos 8 y siguientes del Código Civil a propósito del ámbito espacial de las normas; así, el principio de territorialidad de la ley penal o el principio personal que rige la capacidad y el estado civil impiden que ante un mismo supuesto concurren dos regulaciones diferentes, es decir, resuelven la antinomia antes de producirse” (p. 158).

Junto a esta función interpretativa, los principios desempeñan también una función integrativa o integradora, adoptando aquí la estructura de normas de primer grado o “normas primarias”, es decir, actuando como normas que proporcionan una solución directa al caso concreto si se produce un supuesto de laguna normativa. Es un caso de la llamada “autointegración del sistema”, lo que supone que el Ordenamiento jurídico tiene sus propios mecanismos de solución de lagunas. Obviamente, el autor se refiere aquí a los principios implícitos, puesto que la existencia de laguna implica la inexistencia de norma expresa aplicable. Por tanto, aquí es preciso obtener la solución a través de una doble vía, inductiva y deductiva. En primer lugar, del grupo de disposiciones normativas de las que pudiera obtenerse la solución se induce el principio regulador, que es el elemento común a todas ellas; posteriormente, de

dicho principio se deduce el mandato específico que dé solución al caso planteado.

Finalmente, el autor nos expone cómo pueden actuar los principios, a través de las funciones ya señaladas, en un tema concreto: cuando en el marco del razonamiento jurídico no es posible llegar a una solución del caso planteado por medio de la subsunción o la justificación deductiva. En estos casos, basándonos en las tesis de MacCormick, el operador jurídico puede acudir a tres técnicas: el criterio de universalización, el argumento consecuencialista y el argumento sistemático. No es éste el lugar para explicar en qué consiste cada uno de ellos, pero sí hay que tener en cuenta que acudir a los principios puede resultar bastante esclarecedor cuando es necesario utilizar estas técnicas. Así por ejemplo, en aquellos casos en los que el juez acude al argumento universalizador, en realidad lo que está haciendo es crear una serie de principios implícitos, ya que “obtener un principio mediante la generalización de un conjunto de normas que contemplan supuestos de hecho análogos significa delimitar —con mayor o menor fortuna— un rasgo común a todos estos supuestos y estar dispuesto a tratar del mismo modo cualesquiera otros casos que presenten el mismo rasgo” (p. 167). Creo que este texto es esclarecedor por lo que respecta a la similitud entre ambos mecanismos, la argumentación a través de principios y el argumento universalizador. En definitiva, cuando el juez somete su decisión a la “prueba” de la universalización, que quiere decir que en cualquier caso semejante que se le plantee en el futuro adoptará igual solución, lo que hace es construir un principio implícito, es decir, una nueva norma, que aplicará a partir de ese momento en todos los casos semejantes. Así, el juez debe ser capaz de transformar su concreta decisión en un principio que pueda ser aplicable en las futuras situaciones similares.

Del mismo modo, en el caso del argumento sistemático, el juez a la hora de tomar una decisión, en cierto modo “subjetiva”, debe tener en cuenta que dicha sentencia se adecue materialmente al resto del Ordenamiento jurídico. La mejor forma de llevar esto a cabo es presentando las disposiciones del Ordenamiento referentes al caso concreto de que se trate bajo la forma de principios, y ello gracias a una interpretación sistemática. Así, el juez cuenta con una serie de principios que le llevan a adoptar la decisión, con lo que estos principios cumplirían aquí con una función interpretativa. Como afirma el profesor Prieto, esto supone una importante defensa de la seguridad jurídica, ya que de este modo las normas forman un sistema dotado de coherencia interna gracias a dichos principios. Así pues, los principios actuarían

como normas generales, a partir de las cuales se podrían ir deduciendo las normas particulares y concretas gracias a un criterio material, y no exclusivamente formal. Ello supone afirmar, como creo que es posible, que la regla de reconocimiento no sólo contiene criterios formales que deben cumplir las normas que vayan siendo creadas, sino también un criterio material, con el que deben concordar todas las normas de un Ordenamiento jurídico.



“DERECHOS HUMANOS”
(J. Ballesteros, ed., Tecnos, Madrid, 1992, 242 pp.)

José Manuel Rodríguez Uribes

Universidad Carlos III.



“DERECHOS Humanos” es un libro formado por catorce trabajos de otros tantos profesores de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia. El libro consta de dos partes y un apéndice.

I

La primera parte se ocupa (como no podía ser de otro modo en un libro sobre derechos humanos escrito desde la teoría y la filosofía jurídica) de lo que sigue siendo hoy uno de los caballos de batalla centrales en la doctrina iusfilosófica: el problema del concepto y de la fundamentación de los derechos.

Esta parte inicial, a la que se dedica más de medio libro, contiene un breve y espléndido artículo del profesor J. DE LUCAS titulado "*Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos*", al que le siguen otros, no menos interesantes, de E. VIDAL ("*Los derechos humanos como derechos subjetivos*"), B. MARTINEZ DE VALLEJO FUSTER ("*Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos a la distinción conceptual*"), J. GARCIA AÑON ("*Los derechos humanos como derechos morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez*"), A. L. MARTINEZ PUJALTE ("*Los derechos humanos como derechos inalienables*"), M. J. AÑON ROIG ("*Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas*") y A. MONZON I ARAZO ("*Derechos humanos y diálogo intercultural*").

El artículo del profesor J. DE LUCAS ("*Algunos equívocos sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos*") contiene fundamentalmente una doble reflexión:

En primer lugar, trata de demostrar la dificultad que existe en abordar por separado el problema del concepto y el del fundamento de los derechos humanos. Para el profesor DE LUCAS, la fundamentación de los derechos aparece estrechamente ligada al concepto que se estipule de éstos. De este modo, las preguntas, ¿qué son los derechos humanos?, por un lado, y ¿por qué o para qué los derechos humanos?, por otro, encuentran respuestas difícilmente separables. J. DE LUCAS critica así las respuestas dualistas (representadas hasta hace bien poco principalmente por G. PECES-BARBA, hoy defensor de lo que él mismo llama la *visión integral de los derechos fundamentales*¹) aunque desde un punto de vista estrictamente metodológico reconoce que son las más útiles.

En segundo lugar, el catedrático de Valencia reflexiona sobre la llamada teoría de los derechos morales que, por cierto, tan buena acogida tuvo (y tiene todavía) en nuestro país (piénsese, por ejemplo, en F. LAPORTA, A. RUIZ-MIGUEL o E. FERNANDEZ, entre los más representativos). El profesor DE LUCAS sostiene al respecto que esta teoría "tiene un alcance engañoso". Se presenta "como respuesta al problema conceptual: ¿qué son los derechos humanos?, ¿qué significa tener un derecho a X?, cuando, en rea-

¹ Para PECES-BARBA, los derechos fundamentales, además de una "pretensión moral justificada..., técnicamente incorporable a una norma", son también "una realidad social; una realidad actuante en la vida social y, por tanto, condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter económico, social y cultural, que favorecen, dificultan o impiden su efectividad". En *Curso de Derechos Fundamentales*, vol. 1, *Teoría General*, Eudema Universidad, Madrid, 1991.

lidad, es tan sólo una teoría relativa al fundamento de los derechos y ni aun así constituye tal fundamento, pues se remite a otra instancia: las necesidades, los valores, los bienes jurídicos básicos" (pág. 13).

El profesor E. VIDAL, en un interesante artículo ("*Los derechos humanos como derechos subjetivos*"), retoma el problema de la relación concepto-fundamento, reconociendo que "hoy en día preguntarse por el problema del fundamento de los derechos humanos exige, a la vez, preguntarse por su concepto (pág. 23). De este modo, se sitúa muy próximo, como él mismo reconoce², a lo que era la vieja teoría dualista de G. PECES-BARBA; los derechos con aspecto bifronte, como Jano, con un perfil ético (el fundamento) y otro jurídico (el concepto).

Más adelante, el profesor VIDAL se ocupa también de analizar la concepción de los derechos humanos como derechos morales, llegando a la conclusión de que "la distinción entre derechos civiles y obligaciones civiles, de un lado, y derechos morales y obligaciones naturales/morales, de otro, constituye una posible alternativa que permite eludir la objeción iusnaturalista y mantener el carácter jurídico-moral de tales derechos morales" (pág. 31). A mi juicio, esta conclusión, ingeniosa sin duda, no deja de plantear ciertos problemas si se asume, como E. VIDAL hace, que los derechos humanos son exigencias éticas, "que sólo³ se transforman en Derecho positivo mediante su positivación e inclusión en un Ordenamiento jurídico vigente" (pág. 31).

E. VIDAL termina su artículo con una doble consideración en torno a los derechos humanos como derechos subjetivos: primero ve el concepto de derecho subjetivo como una cuestión de estricta técnica jurídica y después lo analiza como un problema de índole socio-política.

M.^a JOSE AÑON ROIG se ocupa en su artículo de explicar la teoría de las necesidades, que, como ella misma escribe, "no es una solución excluyente de otras hipótesis", pero que permite, sin duda, "contribuir a argumentar consistentemente de los derechos humanos" (pág. 101). En este sentido, la profesora AÑON huye en sus planteamientos de cualquier tentación justificadora de carácter absoluto. Las necesidades constituyen para ella el contenido de valor que informa los derechos, "valores que, dada su inserción en la experiencia histórica, dan lugar a necesidades sociales y, por tanto, no quedan configurados como sistema cerrado y estático de principios absolutos

² "Por lo que en este punto creo que la tesis llamada del 'fundamento dual de los derechos humanos' que mantiene PECES-BARBA merece mi adhesión." En *Derechos Humanos*, J. BALLESTEROS, ed., Tecnos, Madrid, 1992, pág. 24.

³ El subrayado es mío.

situados en un ámbito independiente de la realidad social” (pág. 102). Pero este recelo ante las justificaciones absolutas y definitivas no le lleva tampoco a un relativismo moral que derive al final en un escepticismo sobre la posibilidad de fundamentar con solidez los derechos humanos. Al contrario, M.^a JOSE AÑÓN recurre al concepto de necesidades básicas porque ello “implica aceptar, (...) que en ellas se encuentra el soporte antropológico de los derechos humanos, de forma que reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades, entendidas como exigencias que se consideran ineludibles para el desarrollo de una ‘vida digna’. De este modo se explicaría la objetividad y el carácter generalizable del fundamento que, por otro lado, supera también el reduccionismo propio de la apelación a los deseos o intereses de los individuos que llevaría a un subjetivismo extremo” (pág. 102).

II

La segunda parte (*“Sujetos de los derechos humanos”*) versa en gran medida sobre lo que se ha venido a denominar el proceso de especificación de los derechos humanos. En ella se analizan algunos derechos desde la perspectiva del hombre situado, del hombre concreto, en particular, del hombre necesitado de una protección o tutela especial (el pobre, la mujer, el negro o el árabe, el niño, etc.). Todos ellos tienen un rasgo común: el encontrarse en una especial situación de debilidad que permite hablar en cada caso de la existencia de unos derechos específicos.

Cinco son los trabajos que conforman esta segunda parte: *“Los derechos de los nuevos pobres”* de J. BALLESTEROS, *“Los derechos de las mujeres”* de E. FERNANDEZ, *“Los derechos de las minorías nacionales: su protección internacional, con especial referencia al marco europeo”* de E. BEA, *“Los derechos del niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989”* de M. CARRERAS, y *“Los derechos de las futuras generaciones”* del desaparecido profesor J. M. ROJO SANZ.

Por último, el apéndice recoge dos escritos: el primero de C. GARCIA PASCUAL sobre *“La función del juez en la creación y protección de los derechos humanos”*, y el segundo de A. APARISI MIRALLES sobre *“Los derechos humanos en la Declaración de Independencia americana de 1776”*.

III

En definitiva, y con carácter general, podemos decir que estamos en presencia de un libro enormemente ambicioso en relación a los temas que trata (ambición que repercute, dicho sea de paso, en una cierta falta de sistemática). En él aparecen trabajos hechos desde lo que podríamos llamar la Teoría General de los derechos fundamentales (la mayoría de los artículos sobre concepto y fundamento) hasta reflexiones concretas sobre, por ejemplo, los derechos de las mujeres o el papel del juez en la *creación* y protección de los derechos humanos.

Además, "Derechos Humanos" es, desde un punto de vista teórico, un libro enormemente plural. Es evidente la diversidad de perspectivas con que se analizan cada uno de los temas, reflejo, intuyo, de un profundo debate inteno que claramente enriquece la obra.

Sin embargo, y como no podía ser de otro modo, existen premisas compartidas, puntos de confluencia entre los distintos autores y sus respectivos planteamientos. Se observa, por ejemplo, un cierto consenso, aunque se llegue a él por caminos distintos, en la separación, o mejor, en la no identificación entre dos conceptos: derechos humanos y derechos fundamentales, así como en la utilización preferente (con excepción, quizá, de los trabajos de E. VIDAL y/o M.^a JOSE AÑÓN) del primero respecto al segundo. En este sentido, derechos fundamentales no serían más que una *especie*, aunque importante, del *género* derechos humanos. Dicho de otro modo: los derechos humanos y los derechos fundamentales son cosas distintas; aquéllos no serían los únicos derechos humanos existentes, de modo que cualquier identificación entre unos y otros supondría un reduccionismo que, por ejemplo, para J. GARCIA AÑÓN, no distingue el concepto de los derechos de su validez o existencia jurídico-positiva (págs. 61 y ss.).

Y no estamos, a mi juicio, ante una mera opción terminológica, sino que, bien al contrario, supone la asunción de determinados planteamientos teóricos, o, al menos (si se prefiere) el rechazo de otros. Rechazo fundamentalmente de lo que llaman el *positivismo legalista extremo* (E. VIDAL), o dicho en términos bobbianos, del positivismo ideológico, aun a riesgo de caer en algunos casos (claramente MARTINEZ PUJALTE) en un iusnaturalismo si cabe todavía más *extremo*.

Por otro lado, todos coinciden en la posibilidad de encontrar un fundamento a los derechos humanos. Este es otro *lugar común*. Y es que, como escribe M.^a JOSE AÑÓN, "renunciar a él supone limitar injustificadamente

la perspectiva de acercamiento a los derechos humanos o, en cualquier caso, soslayar una de sus dimensiones constitutivas" (pág. 100). Es verdad que para unos ese fundamento nunca será absoluto ni definitivo (aunque sí ha de tratar de "formular criterios y presupuestos racionales que presten una adecuada atención a la realidad social", M.^a JOSE AÑON, pág. 100), mientras que para otros no sólo será posible, sino también necesario, buscar una justificación de carácter absoluto, "una noción más completa, que permita contemplar la auténtica dimensión moral de los derechos" (MARTINEZ PUJALTE, pág. 86). Con todo, y pese a las diferencias (importantes sin duda) no estamos en ningún caso ante posiciones que nieguen la posibilidad de fundamentar los derechos. Ninguno de los colaboradores del libro que comentamos se sitúa en posiciones siquiera próximas a lo que representó en el plano de la ética el *cientifismo* positivista de WITTGENSTEIN y el "círculo de Viena", o el *irracionalismo ético* de MACINTYRE, para quien no existen los derechos humanos "y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios"⁴, o el *solipsismo metódico, ciego de la vertiente social de la moralidad, tan importante para cualquier justificación de los derechos, en especial de los de carácter social, económico y cultural*. Como escribe M.^a JOSE AÑON "... cualquier intento de aproximación al terreno de los derechos humanos lleva implícito tomar como punto de partida la posibilidad y necesidad de justificar o fundamentar los derechos del hombre..." (pág. 100). Y es que, "frente a lo que hace algún tiempo se consideraba la tesis dominante, parece que, en la actualidad, la fundamentación de los derechos humanos no es una empresa desesperada" (E. VIDAL, pág. 22). Otra cosa es, claro está, lograr efectivamente una justificación sólida de los derechos fundamentales. Una fundamentación que evite caer en cualquier dogmatismo universalista, que supere la vieja polémica que han protagonizado y todavía protagonizan iusnaturalistas y positivistas y que, a la vez, sirva para explicar con rigor el verdadero sentido de los derechos humanos hoy. Pero esto, obviamente, es *harina de otro costal*.



⁴ MACINTYRE, A., *Tras la virtud*, trad. de A. VALCARCEL, ed. Crítica, Barcelona, 1987, pág. 95.

CONSTITUCION Y DERECHO DEL TRABAJO
(1981-1991)
(Análisis de diez años de jurisprudencia
constitucional) *

Teresa Ena Ventura

Profesora Asociada de Derecho de Trabajo.
Universidad Carlos III Madrid.

I. Estructura del libro



ESTE libro es el fruto de las III Jornadas Catalanas de Derecho Social celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona del 30 y 31 de octubre de 1992, que tuvieron como objeto el análisis de la jurisprudencia constitucional aparecida desde que el Tribunal Constitucional dictara su primera sentencia en materia laboral el 8 de abril de 1981.

* Marcial Pons, Madrid, 1992, 455 pp.

La estructura del libro se corresponde con el orden en que fueron defendidas las ponencias y comunicaciones en el congreso y es la que sigue:

Una primera parte, de carácter general, referida a los temas de “Estado Social y Derecho del Trabajo”, a cargo del profesor Manuel Ramón Alarcón Caracuel, y de “Contrato de trabajo y Derechos fundamentales en la Doctrina del Tribunal Constitucional”, a cargo del profesor Salvador Rey Guanter.

Una segunda parte, con el denominador común de la “Libertad Sindical”, integrada por la ponencia sobre “La Libertad Sindical y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, a cargo del profesor Tomás Sala Franco, y la ponencia sobre “Libertad Sindical y Acción Sindical en la empresa en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, a cargo del profesor Federico Durán López y de la profesora Carmen Sáez Lara.

Una tercera parte más heterogénea, compuesta por las ponencias quinta, sexta y séptima desarrolladas, respectivamente por la profesora María Fernanda Fernández sobre “La igualdad y la discriminación en la Jurisprudencia Constitucional”, “Diez años de Jurisprudencia Constitucional: El derecho a la huelga”, por el profesor Baylos Grau, y “La negociación colectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, a cargo del profesor González Ortega.

Cierra el libro la conferencia de clausura sobre “Justicia Constitucional y Derechos del Trabajo”, a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional, profesor Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer.

II. Estado social y Derecho del trabajo

El enraizamiento del Derecho del trabajo en la Constitución y en concreto el grado de absorción de los valores superiores constitucionales de justicia y de igualdad en el mundo laboral, constituye el núcleo de la reflexión contenida en la ponencia del profesor Alarcón.

Desde su punto de vista, un presupuesto imprescindible para la absorción de los valores constitucionales es que la Constitución acoja un mecanismo compensador de las desventajas que los trabajadores encuentran en el mercado de trabajo. Lo que se contiene en la fórmula constitucional del artículo 1.1. Es decir, la cláusula del Estado social y democrático de Derecho que refleja el compromiso del Estado de fijar y desarrollar los mecanismos compensatorios que palien las desigualdades en el mercado. Concluyendo, tras un

análisis de la Jurisprudencia constitucional en torno al artículo 1.1, “que es la propia identidad del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en cuanto ordenamiento compensador de ciertas desigualdades sociales, la que está subsumida en la fórmula constitucional del artículo 1.1 de la Constitución”.

III. Contrato de trabajo y derechos fundamentales

Como denominador común del tema se puede resaltar el hecho de que en el fondo del Derecho del trabajo esté la persona y no las cosas. Lo que esta idea sugiere es que el contrato de trabajo está, probablemente como ningún otro, constitucionalmente afectado: lo que a su vez supone que dicho contrato represente en el establecimiento y desarrollo de su marco obligacional, un condicionamiento estructural y permanente respecto de gran parte de los derechos fundamentales de la persona. Para ello el ponente realiza un balance de la doctrina del Tribunal Constitucional, determinando la evolución de la aplicación de los derechos fundamentales no laborales a la esfera laboral.

A juicio del profesor Rey Guanter del estudio y grado de protección de las sentencias del Tribunal Constitucional se pueden extraer las siguientes conclusiones. Por un lado, el derecho a la intimidad y los derechos de libertad religiosa y educación han recibido una menor protección, cuando se han planteado en el contexto del contrato de trabajo. Una mayor protección se ha otorgado a los derechos de libertad ideológica, libertad de expresión e información. Al relevante número de sentencias sobre estos derechos, se une el hecho de que la mayoría han sido muy favorables y protectoras de la libertad de expresión e información.

Todo ello ha venido a confirmar la tendencia fuertemente protectora de estas libertades en el ámbito laboral, tendencia sin embargo que se ve matizada en el caso de las prestaciones desarrolladas en el ámbito de las Administraciones Públicas.

En el sentido de la necesidad de compatibilizar la trascendencia del ejercicio de la libertad de expresión e información de los empleados públicos, en cuanto denunciante potenciales de anomalías en el funcionamiento de un servicio público, con las necesidades derivadas para la Administración de su carácter de empleadora. Este equilibrio no parece haberse desarrollado en las sentencias hasta ahora emitidas por el Tribunal Constitucional.

El profesor Rey destaca la necesidad de buscar un punto de equilibrio

entre las partes cuándo esté en juego un derecho fundamental en el seno de una relación laboral. Se trata de imponer, en base al rango constitucional del derecho implicado, un mínimo esfuerzo para acomodar la organización del trabajo al ejercicio de aquél.

IV. La libertad sindical y la acción sindical en la empresa

Lo más relevante de la ponencia del profesor Sala se centra en la distinción entre el contenido esencial y adicional del derecho fundamental de libertad sindical por cuanto el contenido esencial constituye el límite de actuación de la legislación de desarrollo constitucional que, de traspasarse, motivaría un recurso de inconstitucionalidad o una cuestión de inconstitucionalidad. Por otro lado, el contenido esencial y adicional constituyen también el límite de actuación de los poderes públicos que de traspasarse motivaría un recurso de amparo, como el propio TC reconoce al establecer en sus sentencias que los actos contrarios al contenido adicional del derecho de libertad sindical sí pueden calificarse de vulneradores del derecho fundamental. El TC a través de sus sentencias ha ido delimitando qué derechos forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, aunque este reconocimiento no ha sido totalmente unánime sino que han surgido algunas contradicciones como se verá a continuación. Por una parte, aparece claro el reconocimiento general como contenido esencial de la libertad sindical de aspectos como el derecho a la negociación colectiva, el derecho de huelga, el derecho a promover los procedimientos colectivos. Por otra y en sentido distinto algunas sentencias excluyen el derecho a la negociación colectiva como parte del contenido del derecho de libertad sindical. En la misma línea se establece un límite al ejercicio del derecho de huelga y a la legitimación para el planteamiento de conflictos conflictivos al excluir a los sujetos colectivos que no demuestren implantación en el ámbito del conflicto. Se pone de relieve además que el TC ha primado la figura del sindicato más representativo desde el plano constitucional mediante la atribución al mismo de una serie de prerrogativas extraordinarias enmarcadas en los artículos 7 y 28.1 en relación con el artículo 14 de la Constitución.

En el tema concreto de la acción sindical, los ponentes ponen de relieve como el TC da el mismo trato a las actividades representativas dentro de la

empresa incluidos los actos preparatorios de las mismas que al contenido esencial de la libertad sindical. El argumento jurídico que avala esta protección ha sido entender que estas actividades se encuadran dentro del ejercicio del derecho de libertad sindical en el plano individual.

Junto a lo anterior, se pone de relieve como el TC subraya aspectos fundamentales de la actividad sindical dentro de la empresa. En concreto la consideración de la autonomía organizativa del sindicato como parte del contenido esencial de la libertad sindical ha supuesto prolongar el tratamiento constitucional a las secciones sindicales y delegados sindicales dentro de la empresa en cuanto instancias organizativas del sindicato. Otro aspecto que el TC ha puesto de relieve en el ámbito empresarial es la sujeción a los principios democráticos en el ejercicio de la representación efectiva de los trabajadores en la empresa.

Como ya es sabido también forma parte del contenido esencial de libertad de sindicación el derecho de reunión de los trabajadores en la empresa. Algunos aspectos concretos de este derecho de reunión se concentran en el derecho de asamblea de los afiliados a un sindicato cuando sea éste el convocante de la reunión y tenga por objeto desarrollar los fines del propio sindicato, siempre sujeto a los límites legales establecidos para el derecho de reunión.

V. Igualdad y discriminación

La ponencia de la profesora Fernández se centra en tres aspectos:

El primer aspecto, la identificación de los distintos poderes que la garantizan. La igualdad, en el sentido más amplio del término, ha sido objeto de un reconocimiento, no ya plural en sus manifestaciones, sino, sobre todo, plural en los instrumentos jurídicos que tratan de garantizarla.

Así, se pueden distinguir tres niveles de reconocimiento: el primer nivel se caracteriza, en apariencia, por ser su efectividad práctica (es decir, la posibilidad real de su exigencia por parte de los ciudadanos) inversamente proporcional a la trascendencia que se le reconoce al principio como base organizativa y teleológica de un Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, su falta de autoejecutividad no le priva para nada de esa trascendencia.

En el segundo nivel, la efectividad de la igualdad en el ámbito de

Estado social y democrático se garantiza mediante el reconocimiento abstracto de la igualdad como derecho de los ciudadanos en el artículo 14 de la Constitución.

La igualdad como derecho, que no tiene contenido propio, implanta una técnica de control basada en la constatación de la razonabilidad de las diferencias establecidas por el legislador o por los órganos de aplicación de las mismas y, a la vez, otorga al ciudadano el poder de poner en marcha ese control que no le otorga otros derechos no fundamentales.

El tercer nivel es el que se puede denominar de reconocimiento concreto del principio de igualdad que, por lo general, tiene lugar cuando se ponen en movimiento las exigencias del principio como sistema de garantía del ejercicio de otros derechos, o como modalizadores de sus formas de ejercicio.

No obstante, el peligro puesto de relieve por el Tribunal Constitucional reside en introducir, con el juicio de igualdad, un mecanismo de sustitución de las decisiones del TC a las tomadas por los poderes públicos competentes, independientemente de quien sean éstos.

Un segundo aspecto se refiere al análisis del artículo 14 que es el precepto en que se ha positivizado con mayor contundencia el principio de igualdad y sus consecuencias, y es el más frecuentemente invocado dentro de la jurisprudencia constitucional cuando se pone en cuestión el problema del tratamiento igual.

Comenzando con la cláusula general de igualdad aplicada en relación a la ley que prevé el artículo 14 de la Constitución, la profesora Fernández destaca su ineficacia ya que existen unos expedientes técnicos a través de los cuales se ha hecho efectiva esta inactividad frente a la actuación del legislador, como son los siguientes. El primero consiste en proclamar más allá de toda duda que existe una casi total libertad del legislador para configurar el tratamiento a dar a situaciones sociales diferentes y para elegir el factor sobre el cual considerar que esas situaciones, efectivamente, son diferentes entre sí. La segunda técnica restrictiva hace referencia a la fórmula empleada para comparar los supuestos de hecho y la eventual desigualdad entre los mismos, deduciendo de una forma clara, precisa y directa de la ley, sin un hipotético juicio de las consecuencias a que conduciría su aplicación. De tal forma que si se requiere únicamente la valoración formal del texto de la ley, se abandona de entrada todo control sobre la incidencia de la norma en la realidad social que tiende a regular y con ello se abandona también el análisis relacional tan

preciso desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución. Finalmente, la exigencia a los defensores de la norma de la justificación de la diferencia y su progresiva debilitación es otra de las técnicas utilizadas para desvirtuar la eficacia del juego de la cláusula general de igualdad.

En cambio, existen excepciones a esta regla general de ineffectividad en las que el artículo 14 de la Constitución aparece sumamente potenciado en su efectividad práctica, hasta el punto que en estas situaciones el TC ha considerado nula una norma por oponerse al artículo 14.1 de la Constitución. Así, en la relación cláusula general de igualdad y normas reglamentarias, el TC ha admitido como competencia propia el control de la legalidad reglamentaria, al amparo de algún precepto constitucional que resulta desconocido por el exceso reglamentario, pero sólo cuando el Reglamento ilegal produzca, por sí mismo, la vulneración del derecho en un área no imputable a la ley. Otros supuestos de declaración de nulidad de una norma han sido motivados por la incidencia de la desigualdad en las posibilidades de disfrute de otros derechos fundamentales, esencialmente la conexión del artículo 14 de la Constitución con los artículos 24 y 28 de la misma. En la relación entre los artículos 14 y 28 el principio de igualdad está subsumido en el derecho, de tal forma que la vulneración del primero comporta la del segundo. La conexión entre los artículos 14 y 24 de la Constitución, y centrándonos en el proceso laboral, se subraya como los requisitos de acceso al proceso y las posiciones de cada parte en el mismo como factores de igualdad material junto con el juego ordinario de la igualdad como presupuesto de la contradicción y defensa, constituyen el doble aspecto en el que se mueve la interpretación conjunta de estos dos artículos.

El tercer aspecto se centra en el ámbito de la igualdad en la aplicación de la ley, el TC ha precisado en bastantes ocasiones que los elementos que han de concurrir en la selección del término de comparación para apreciar la posible vulneración del principio de igualdad son: que corresponde a quien requiere la anulación de la sentencia por infracción del artículo 14 de la Constitución aportar el término de la comparación; que debe tratarse de resoluciones del mismo órgano judicial que hayan precedido en el tiempo a la que se impugna; que deben ser resoluciones dictadas en supuestos sustancialmente iguales que el que ocasionó la sentencia que se impugna, y que se inserte en una línea jurisprudencial consolidada y actual en el momento en que se requiere la tutela al amparo del artículo 14 de la Constitución.

El principio de igualdad ha adquirido importantes dimensiones también al tomar la igualdad como síntoma de problemas que, de otro modo, no serían

tutelables ni en la jurisprudencia constitucional ni en la ordinaria, los dos campos en los que resulta más evidente esto han sido:

Por un lado, el artículo 14 de la CE puede ser empleado como método para el refuerzo de la eficacia de otros derechos fundamentales ya que a través del endurecimiento del juicio de igualdad en conexión con otros derechos fundamentales se traduce en una mayor eficacia del derecho afectado. En el caso de derechos no fundamentales se produce el efecto contrario, lejos de resultar potenciado el derecho asociado, éste queda difuminado en su carga de su contenido protector para pasar a un primer plano los aspectos más formales del artículo 14 de la Constitución.

Por otro lado, el principio de igualdad puede ser utilizado como instrumento de control de la arbitrariedad en el ejercicio de poderes públicos o privados. El TC ha considerado en algunos supuestos a la Administración Pública como empleadora sometida no a la autonomía de la voluntad, sino sometiendo su actuación a la ley y al Derecho, con una interdicción expresa de la arbitrariedad y sujeta al principio de igualdad ante la ley.

Así, el TC confirma que también en el seno de una relación privada la Administración se encuentra sometida a los mismos criterios que rigen su actuación como poder público. La trascendencia de esta resolución puede ser grande, ya que si se admite esta homogeneidad intrínseca de los poderes de la Administración en la relación privada con los mismos cuando se ejecutan por un empresario privado, se abre un campo de gran amplitud para el control de arbitrariedad de esos poderes al amparo del artículo 14 de la Constitución.

VI. Derecho a la huelga

La regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, en cuanto no sea contrario a la Constitución y en tanto no se dicte nueva regulación por ley orgánica; por tanto es ajeno al sistema de garantías que rodea al reconocimiento del derecho de huelga en el artículo 28.2 de la Constitución y que ha de hacerse compatible en sus contenidos con el nuevo marco constitucional y esto únicamente puede hacerse mediante la interpretación de la norma por el Tribunal Constitucional.

A juicio del profesor Baylos, en la jurisprudencia constitucional pueden

distinguirse tres grupos de sentencias. En el primero, el Tribunal Constitucional no dice nada nuevo respecto de lo que ya afirmara en la STC 11/1981 que incorporó el régimen legal de la huelga la doctrina del abuso del derecho, de esta forma, el derecho de huelga exige una proporcionalidad y unos sacrificios mutuos que hacen que cuando no se cumplan estas exigencias, las huelgas puedan considerarse abusivas, este enfoque, enormemente privatista y al margen de la problemática de la funcionalidad y eficacia del derecho, está forzosamente relacionado con las modalidades que la huelga puede revestir, y es reiterado en posteriores sentencias.

Otro aspecto de continuidad se muestra en lo que se refiere al deber de paz referido a la negociación colectiva, ya que si no se permite la huelga para alterar lo pactado en convenio durante la vigencia del mismo, nada impide la huelga cuando su finalidad no es alterar el convenio colectivo sino simplemente reclamar una interpretación del mismo o exigir reivindicaciones que no impliquen modificación del convenio. Incluso es admisible reclamar una alteración del convenio colectivo en aquellos casos en que éste haya sido incumplido por la parte empresarial.

En el segundo grupo se recogen ciertos avances respecto a la STC 11/1981. El derecho de huelga requiere una adhesión colectiva lo más general posible en el ámbito sometido a la convocatoria de la misma, por ello es necesario que las facultades de información, publicidad y extensión de la huelga formen parte de su contenido esencial, y la publicidad valorativa de la huelga, de sus motivaciones y de sus fines, tome forma en el piquete informativo.

En materia económica, la prescripción legal de que el trabajador no tendrá derecho a salario no deriva de la Constitución, ni forma parte del contenido esencial del derecho de huelga. Por otro lado, el enfoque que debe primar entre el ejercicio del derecho de huelga y las prestaciones de la Seguridad Social debe ser el más favorable al ciudadano ya que el Estado está activamente comprometido en la promoción y desarrollo libre de los derechos fundamentales, obligándose a eliminar aquellos obstáculos que impidan su pleno goce por los ciudadanos.

En el tercer grupo se encuentra que la cláusula limitadora del artículo 28.2 de la Constitución respecto del ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales de la comunidad, constituye un punto de referencia central del análisis jurisprudencial constitucional sobre la huelga. El Tribunal Constitucional ha asumido una función conformadora muy activa, pero también ha incurrido en contradicciones y cambios de tendencia a lo largo de sus sentencias.

Existe una homogeneidad evidente en las grandes líneas de interpretación, así considera que la noción de servicio esencial hace referencia a la naturaleza de los intereses, a cuya satisfacción la prestación se dirige, entendiendo por tales los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, con la consecuencia de que *a priori* ningún tipo de actividad productiva puede ser considerada en sí misma como esencial. Esta indeterminación del concepto podía ser útil en cuanto que permitía una aplicación más flexible de la noción de servicio esencial a efectos de huelga, sin embargo correspondía al poder público concretar esta cláusula general a cada situación de huelga, lo que motivó la progresiva extensión de la esencialidad de determinadas actividades productivas y de servicios como forma de restringir el ejercicio del derecho de huelga ejercitable en las mismas.

Aunque estas son las líneas generales de actuación del Tribunal Constitucional, no faltan sentencias de signo contrario, que manifiestan formas diferentes de enfocar los problemas o interpretaciones divergentes sobre principios comunes. Así, se destacan excepciones a la extensión de la esencialidad del servicio, reconduciendo el tema a la exigencia de motivación suficiente sobre la declaración de esencialidad del servicio. Por otro lado, no siempre el respeto de otros requisitos formales ha sido acogido por la jurisprudencia constitucional, así una serie de decisiones del TC han ido progresivamente debilitando las garantías de carácter formal a la vez que ampliaban las facultades de la autoridad gubernativa, llegando a permitir que la concreción de los servicios mínimos determinados por la autoridad gubernativa se confiasen a la dirección de la empresa.

VII. Negociación colectiva

El derecho a negociar colectivamente es, a juicio del TC, un derecho de naturaleza constitucional que reclama una intervención normativa de garantía, que sirve para crear un orden especial de convenios colectivos que se caracterizan por una selectiva legitimación para negociarlos y por una especial eficacia que la misma ley les atribuye, en cuanto expresión, de la fuerza vinculante a que se refiere el artículo 37.1 de la CE y que a la vez supone la existencia de otro orden de convenios con base en el mismo precepto constitucional y sin necesidad de ley.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la negociación colectiva ha estado condicionada por el carácter de derecho cívico y no fundamental de este derecho reconocido en el artículo 37.1 de la Constitución, con lo cual no es susceptible de amparo y su tratamiento en el TC ha sido a través de los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, ante la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva, por las normas que lo han regulado o con ocasión de una presunta lesión por parte de esas mismas normas legales a otros derechos constitucionales de dimensión colectiva estrechamente conectados con él. Y por otra parte, indirectamente cuando el derecho a la negociación colectiva pudiera sufrir una lesión o la propia actuación negociadora o el convenio colectivo pudieran suponer en atentado a derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo como el derecho a la libertad sindical, derecho de huelga, principio de igualdad o la tutela judicial efectiva.

El tema central de la ponencia es la relación entre el derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical. El TC se ha pronunciado acerca del derecho a la negociación colectiva en la resolución de recursos de amparo interpuestos por estimarse que la lesión del derecho de negociar podía constituir un atentado a la libertad sindical, partiendo de que el derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, lo que ha sido recogido por el TC con carácter general en sus sentencias, si bien ha sido matizado de forma reductiva el alcance de la conexión entre libertad sindical y negociación colectiva como parte del contenido esencial de la primera.

La primera limitación a esta conexión entre negociación colectiva y libertad sindical supone restringir la titularidad directamente constitucional del derecho a la negociación colectiva a los sujetos sindicales y a su vez proteger el derecho a la negociación colectiva de los sujetos sindicales con la tutela privilegiada dispensada a la libertad sindical.

La segunda limitación se refiere a que la libertad sindical sólo se proyecta sobre determinados estadios o aspectos de la negociación colectiva y, por lo tanto, la protección del derecho fundamental de libertad sindical solamente se podrá extender a esos aspectos, uno de los cuales es la protección del acceso efectivo a la negociación del sujeto sindical legitimado, y así el TC configura el derecho a la negociación como un derecho inicial, esgrimible por todo sujeto legitimado para ello según la ley, pero limitado únicamente a los sujetos colectivos que dieron origen al convenio cuando se trate de una negociación posterior.

Sin embargo, el TC amplía esta afirmación y establece que se lesiona

el derecho a la negociación colectiva del sindicato legitimado y a su libertad sindical, si se le excluye de instancias negociadoras en las que no tiene participación, en las que se desarrolle una tarea reguladora o de creación de normas con eficacia general para todos los trabajadores del ámbito del convenio. Lógicamente, esto únicamente es de aplicación a los convenios estatutarios.

IX. Justicia constitucional y Derecho del trabajo

El profesor Rodríguez-Piñero, en la conferencia de clausura de este congreso, destacó el exceso de protagonismo que se ha dado al Tribunal Constitucional, al trasladar a dicho órgano competencias que en principio podrían ser asumidas por la jurisdicción ordinaria. Ante esta situación, insiste en la necesidad de un reparto eficaz de competencias donde la justicia constitucional se limite a ocupar un papel subsidiario en todo aquello que no sea control de la inconstitucionalidad de las leyes o resolución de conflictos competenciales. Parece importante la potenciación de la jurisdicción ordinaria en su papel de garante de derechos y valores constitucionales en las relaciones laborales y en una mayor intervención en el cumplimiento de la Constitución.

La viabilidad práctica de este planteamiento no puede dejar de situarse desde una perspectiva de colaboración entre el plano jurisdiccional ordinario y el constitucional.

X. Conclusión

A la vista del estudio pormenorizado que contiene el libro que se comenta, podemos afirmar que la síntesis de la jurisprudencia constitucional que se refleja en este trabajo constituye un instrumento imprescindible en el conocimiento de las últimas soluciones que nuestro Tribunal Constitucional ha aportado a los problemas actuales del sistema de relaciones laborales, y muestra la importante construcción jurisprudencial creada en torno al Derecho del trabajo.

Esta afirmación se constata ante el buen tratamiento ofrecido de las cuestiones laborales ya reseñadas tanto en su aspecto individual y colectivo,

como y sobre todo en las cuestiones referidas a los derechos fundamentales en la relación laboral. Lo que se trata de destacar es el avance en el desarrollo jurídico de los derechos fundamentales dentro de la relación laboral y las líneas de tendencias surgidas.

Finalmente, destacar el valor de las comunicaciones presentadas sobre temas tan importantes como la igualdad de trato y la contratación temporal, la igualdad en el acceso a la función pública y servicios esenciales y huelga.



LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS REVISTAS ITALIANAS: 1990-1992

Francisco Javier Ansuátegui Roig

Universidad Carlos III de Madrid.



A pretensión del presente trabajo es ofrecer un panorama de las distintas aportaciones doctrinales sobre derechos aparecidas en algunas de las más importantes revistas italianas de Filosofía del Derecho y de Filosofía Política, en los números correspondientes a los años 1990, 1991 y 1992. Como se señala, el ámbito de nuestra atención se ha acotado en lo referente a la Filosofía del Derecho y a la Filosofía Política. No obstante, también nos haremos eco del contenido de otras revistas que, no estrictamente pertenecientes al área señalada, han acogido tradicionalmente relevantes trabajos de Filosofía del Derecho. Es el caso, por ejemplo, de la *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* y de la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*¹.

¹ Las contribuciones filosófico-jurídicas en esta última han sido analizadas por Enrico

Como se verá a lo largo de esta reseña, a juzgar por la cantidad y la profundidad de algunos de los trabajos aparecidos en estos últimos años en estas revistas, el tema de los derechos suscita en estos momentos un gran interés científico en Italia. Una buena muestra de lo anterior es la rápida aparición de la segunda edición de *L'età dei diritti*, de Norberto Bobbio, poco tiempo después de su aparición². También merece especial atención, en relación con los derechos, el libro de Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*³.

En un intento de sistematizar el tratamiento que aquí se va a hacer de las distintas aportaciones, se ofrecerá un panorama que partirá de los trabajos que pudiéramos considerar más generales y que llegará hasta aquellos artículos en los que se afrontan temas o problemas más concretos y específicos. Por lo tanto, los artículos no aparecerán reseñados según el criterio de su aparición en una determinada revista, sino en función de su contenido.

* * *

En este sentido, un buen punto de partida puede ser el constituido por el artículo de Francesco Viola, *Individuo, comunità, diritti. L'identità dell'individuo alla luce dei diritti dell'uomo*⁴, en donde se revisan algunas dimensiones del individualismo a partir de su encuentro con las concepciones comunitaristas, reformulándose —de una manera integradora— la relación individuo-comunidad, con el reflejo que esto tiene en la idea de los derechos. En efecto, el autor es consciente de que, frente a la tradicional concepción individualista de los derechos —sobre la que se ha fundado hasta el momento la teoría de los derechos—, hoy asistimos a una ofensiva de la idea de comunidad, lo cual implica la necesidad de renovar el modo de comprender la idea de individuo y de identidad personal. Pero, ¿de qué individuo y de qué comunidad hablamos cuando nos referimos a los derechos? Según F. Viola, los caracteres generales del individualismo vendrían determinados a partir de la comprensión del individuo, y no de la comunidad, como punto de partida de las concepciones políticas y morales. Según la concepción individualista, en donde los deberes derivan de los derechos, el individuo puede actuar al margen de

Pattaro en "Trent'anni di studi di filosofia giuridica", en *Trent'anni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè ed., Milano, 1980, pp. 1-34.

² Norberto BOBBIO: "L'età dei diritti", Einaudi, Torino, 1992. La primera edición era de 1990. Existe traducción castellana a cargo de Rafael de Asís, en la editorial Sistema, Madrid, 1991.

³ Einaudi, Torino, 1992. Vid. un comentario del mismo en un artículo "¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli", en este mismo número.

⁴ *Teoría Política*, VIII, número 3, 1992, pp. 59-81.

la comunidad, ya que tiene ciertas potencialidades, cualidades que le son propias, no siendo la sociedad una condición necesaria para el desarrollo de su racionalidad y de su capacidad de actor moral. Para el individualismo, los derechos se adscriben al individuo independientemente de la sociedad.

Francesco Viola señala dos tipos principales de individualismo. Por una parte, nos encontramos con el individualismo ontológico, el de Hobbes y el de Locke, según el cual la sociedad se compone de individuos, siendo aquella un instrumento para la realización de fines individuales. Se mantiene una concepción instrumental de la sociedad, en la que ésta no tiene fines propios. Es un individualismo fundado sobre la naturaleza humana, y que cree en la posibilidad de señalar las tendencias naturales o esenciales del hombre. Por otra parte, se alude al individualismo ético, el de Kant o el de Rawls. En este modelo, la sociedad se debe fundar sobre reglas aceptadas por todos, afirmándose la necesidad de neutralizar las concepciones personales. Aquí no existe una metafísica de la naturaleza humana: el concepto de justicia se construye a partir de la existencia de una pluralidad de personas, y a partir también de esas reglas de justicia se derivan los derechos que, en este caso, a diferencia del individualismo ontológico, no definen la identidad del «yo». Por lo tanto, según el individualismo ontológico, los derechos constituyen la identidad del individuo separado de la comunidad; para el individualismo ético, existe un encuentro entre derechos y comunidad.

En el marco de las teorías comunitaristas, se defiende la idea de la comunidad como *constitutiva* de la identidad personal. El individuo adquiere su identidad en tanto en cuanto miembro de una comunidad. El valor central de la moral comunitaria no es la libertad o la independencia respecto al grupo, sino la pertenencia a éste. En este sentido, priman los deberes sobre los derechos. Por lo tanto, la comunidad interviene en la construcción de la identidad personal. F. Viola distingue entre el concepto de sociedad y el de comunidad. Mientras que la sociedad comporta una unión instrumental sin significativas afinidades, en la comunidad hay elementos vitales compartidos. Según una concepción subjetivista de la comunidad, las personas y sus relaciones construyen el bien común; en el seno de una concepción objetiva de la comunidad, es ésta la que construye *per se* el bien común. Si se demuestra que los intereses de las personas son idénticos a los de la comunidad, lo bueno y lo justo coincidirán.

Según el autor, las líneas generales de la evolución de los derechos señalan un progresivo distanciamiento respecto al individualismo tradicional. Varios factores han de ser tenidos en cuenta. Junto a la importancia de la

comunidad en el desarrollo de los derechos, hay que aludir a la progresiva ampliación de los derechos culturales y sociales, con una mayor operatividad de la idea de solidaridad. Se produce también una creciente contextualización de los derechos en función del particular *status social* de los sujetos. También hay que tener en cuenta la propia dinámica evolutiva interna del concepto de comunidad: la idea de comunidad se amplía, no coincidiendo de esta manera la ciudadanía con la pertenencia a un Estado. La crisis del Estado como comunidad política amplía el ámbito de la ciudadanía. Frente a la noción de Estado, adquiere importancia la noción de pueblo: el formalismo jurídico de la sociedad política es un impedimento para el individuo a la hora de determinar su identidad. No se afirma la crisis de la comunidad política, sino la del Estado como comunidad política típica.

De lo anterior se desprenden, para Francisco Viola, buenas razones que apuntan hacia un replanteamiento de las relaciones individuo-comunidad. En efecto, y el proceso de especificación de los derechos señalados por Norberto Bobbio es sintomático al respecto, se produce un tránsito de la consideración del hombre abstracto al hombre en situación. La protección de las distintas "formas y estados de vida" implica un proceso de estratificación y fragmentación metodológica. En esta situación, ¿podemos acudir a algún elemento unitario? Se recurre a la centralidad del individuo, cuyas esferas esenciales son comunes a las de los demás: los hombres se pueden reconocer como iguales *a través de* su diferencia y no *a pesar de* su diferencia. Los conceptos de naturaleza humana y de bien común ya no son los defendidos por el individualismo en sus diferentes versiones. La diferencia con el individualismo es que ahora se afirma una relación entre nuestro bien y el bien privado de los demás. Nuestro bien ha de tener presente el de los otros. Además, existe una relación entre la justicia como aspiración personal en nuestro propio y determinado proyecto de vida y la justicia como característica de una sociedad. Nuestra existencia y la de los demás son inseparables. La justicia como virtud personal está relacionada con la justicia de las instituciones.

Por lo tanto, concluye F. Viola, la identidad personal debe construirse entre el individualismo y el comunitarismo. Los derechos están en esta dirección: son expresión de la propia individualidad que sólo adquiere sentido en el mundo en el que vive el hombre.

En su artículo "*I diritti fondamentali, oggi*"⁵, Gustavo Zagrebelsky expone muchos de los argumentos esgrimidos en su libro *Il diritto mite*, citado

⁵ *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXII, 1992/1, pp. 187 y ss.

anteriormente. El artículo ha de ser entendido, como el propio autor señala, como una crítica al positivismo jurídico. Para Zagrebelsky, el positivismo jurídico debe ser relacionado con una determinada situación histórica (siglo XIX) y con unos ciertos planteamientos ideológicos (reducción de los derechos al Derecho, reducción de la justicia a la ley). Directa derivación del positivismo es el modelo del Estado liberal del Derecho que, en nuestro siglo, se ve superado por el modelo del Estado constitucional. Las características del Estado liberal de Derecho, como son el principio de legalidad, la prevalencia de la idea de la ley y, por lo tanto, del legislador sobre la Administración, la comprensión de la ley como un criterio regulativo de las relaciones sociedad-Estado, la generalidad, abstracción y sistematicidad de la ley, no pueden ser mantenidas hoy en día, de la misma manera que tampoco puede ser mantenida la idea de Ordenamiento, tal y como se entendía en el siglo pasado. Según Zagrebelsky, la causa de la transformación del Estado de Derecho en Estado constitucional ha de ser buscada en el propio concepto de democracia. En efecto, en una sociedad pluralista como la actual, en la que la ley es fruto de presiones, muy a menudo contradictorias, es necesario fundar el sistema jurídico en una norma más estable que la ley. Dicha norma es la Constitución. El principio constitucional sucede al principio de legalidad.

A partir de esta renovación, se afirman tres aspectos del Derecho: la ley, los derechos y la justicia. Los derechos y la justicia, cuyo punto de referencia es la Constitución, son distintos e independientes de la ley. Están directamente fundados en la Constitución, excluidos, por lo tanto, del regateo y de las presiones políticas. Como el mismo autor reconoce, en el razonamiento expuesto, la función de la Constitución, de los principios y de la idea de justicia en relación con el resto del Ordenamiento jurídico no es muy diferente al esquema iusnaturalista que precede al positivismo del siglo XIX.

En relación con los derechos, es interesante señalar que el autor distingue dos tradiciones de derechos —en muchos puntos contrapuestas— la humanista laica y la humanista cristiana, dentro de las cuales se gestarían, respectivamente, los denominados derechos de libertad y los derechos de justicia. Libertad y justicia serían los dos principales valores cuya realización se persigue por estas concepciones y, mientras que en el primer caso la libertad sería un valor alcanzable de manera prioritaria a través de los derechos, en el segundo caso, en relación con la justicia, los deberes ocupan el protagonismo.

Junto a esta visión de los derechos, la renovación que implica el Estado constitucional se materializa también en una nueva composición del sistema

jurídico, en el que, junto a las reglas, se van a situar los principios. Para Zagrebelsky, esta nueva realidad del sistema jurídico conlleva una nueva concepción de la interpretación y aplicación del Derecho. El juez, aunque no se puede desvincular totalmente de la ley, ha de atender también a las exigencias de los principios y de la justicia, lo cual conlleva, según Zagrebelsky, una renuncia al tradicional modo de entender las ideas de fijeza y certeza del Derecho. En definitiva, Zagrebelsky propone una profunda reformulación de la ciencia jurídica que, abandonando esquemas tradicionales, ha de surtir de nuevos instrumentos y ha de proceder con nuevos comportamientos, para estar a la altura de la nueva realidad jurídica, fruto de una sociedad pluralista y abierta.

También Martin Kriele, en su artículo sobre "*L'universalità dei diritti dell'uomo*"⁶, aboga por una reformulación del modo de entender un concepto tradicionalmente asociado al de los derechos, como es el de su universalidad. Para M. Kriele, si se parte de la idea de que los derechos del hombre son los derechos que el hombre tiene por el solo hecho de ser hombre, se tiene que concluir necesariamente que esos derechos son derechos que tienen todos los hombres. Esta es una primera razón para proceder a una crítica de la «visión estrecha» o del «delirio de omnipotencia» implícito en aquellas concepciones de los derechos dentro de las cuales éstos son entendidos solamente conforme al modelo occidental (ya sea americano o europeo). Frente al paradigma "moderno" de los derechos basado en la industrialización, el capitalismo y el parlamentarismo, Kriele propone un nuevo paradigma "posmoderno" en el cual ha de tener lugar una redefinición de los derechos. Según este nuevo paradigma, no hay que intentar exportar el modelo occidental a otros entornos, como los del tercer mundo, a los que se les ha de permitir, en su visión de los derechos, conservar sus propias tradiciones.

Para M. Kriele, tanto los relativismos, ya regionales, ya históricos, como el utilitarismo, se constituyen en obstáculos frente a la afirmación de la universalidad de los derechos. Frente a estas posiciones, la estrategia del autor comienza por afirmar que, para entender la universalidad de los derechos, éstos ha de ser considerados en su conexión con el Estado moderno. Kriele explica el origen de los derechos sólo en relación con la aparición del Estado, sin atender a otros factores, como por ejemplo los que se identificarían con la influencia ideológica de la burguesía.

El Estado dispone de mecanismos para garantizar las libertades individuales. Junto al más importante de ellos, la separación de poderes, en opinión

⁶ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXIV, 1992, pp. 3-26.

de Kriele también hay que destacar otros como las garantías procedimentales, los derechos de participación, la paridad de derechos. Al universalizarse el Estado como forma política de Poder, el problema de los derechos también se convierte en universal: toda la humanidad está sometida a los Estados y los problemas en relación con los derechos se plantean en toda la humanidad. Sin embargo, para mantener la idea de universalidad de los derechos, ¿es necesario disponer, previamente, de un consenso universal sobre los derechos? La respuesta negativa a la demanda se considera un requisito de la liberación del paradigma moderno. No es posible un consenso fáctico universal ya que dicho consenso debería incluir también, por definición, la participación de los violadores de los derechos. Por lo tanto, si nos preguntamos ¿si no hay consenso universal no hay universalidad?, la respuesta también sería negativa. La universalidad de los derechos depende, exclusivamente, de dos factores: la naturaleza humana y la difusión universal del Estado moderno.

La problemática de las relaciones entre el Estado y los derechos también es abordada por Anna Maria Nico en su nota sobre "*Sovranità e diritti umani: un difficile rapporto*"⁷, en la que se comentan las aportaciones a la mesa redonda sobre este tema celebrada en Lecce el 25 de enero de 1991. En este sentido, se constata la crisis de la soberanía del Estado, provocada de manera importante por la aparición de otros entes, infra o supraestatales, que reglamentan materias antes reservadas a la soberanía estatal. Si bien es cierto que soberanía y Estado han sido hasta el momento conceptos intrínsecamente relacionados, hoy dicha relación muestra síntomas de agotamiento. Junto al del Estado, se sitúan otros ordenamientos, de manera que el Estado ya no es la única instancia competente en materia de derechos. En muchas ocasiones, la relación individuo-Estado estará acompañada, si no sustituida, por las relaciones entre el individuo y esas otras organizaciones.

* * *

Son varias las aportaciones relacionadas con la problemática de la objeción de conciencia, ya sea desde el punto de vista general o en relación con sectores concretos del Ordenamiento. En el primer caso, nos encontramos con el trabajo de Marina Gascón, *Notas sobre la existencia de un posible derecho general a la desobediencia*⁸, en el que se intenta analizar el significado de la posible existencia de una presunción de legitimidad constitucional, en

⁷ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXVIII, 1991, pp. 713-718.

⁸ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXVIII, 1991, pp. 156-168.

el sistema jurídico español, para los que actúan ejerciendo el derecho de libertad de conciencia, incluso cuando incumplen alguna norma. La justificación que se pretende es *prima facie*, pendiente de una evaluación final de las circunstancias del caso específico. La solución al problema dependerá de la postura que se adopte en relación con, de una parte, el alcance de la libertad de conciencia y, de otra, el lugar de los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

Según la autora, la libertad de conciencia debe ser entendida también como una libertad práctica, según la cual se ha de poder actuar de acuerdo con la propia conciencia. Desde este punto de vista, la objeción de conciencia sería el lógico corolario de la libertad de conciencia. La pregunta que nos debemos plantear es la siguiente: ¿la libertad de conciencia implica el derecho de actuar conforme a la propia conciencia incluso en aquellos casos en los que tal actuación comporta la violación de un deber jurídico y no existe ningún reconocimiento jurídico explícito de esa determinada forma de actuación? Se señalan dos diversos modos de entenderla, que dependerán de que la libertad sea entendida como una excepción o como la regla general del sistema. En el primer caso, la libertad será un área de inmunidad perfectamente delimitada y no existirá un derecho general a la desobediencia; en el segundo caso, se deberá justificar la existencia de un deber jurídico cuando éste restrinja la libertad del individuo. Para la autora, ésta es la concepción que se desprende de la actual configuración de nuestro Ordenamiento.

Teniendo en cuenta que el fin superior de la Constitución es la protección de la dignidad y de los derechos de la persona, y con apoyo en la jurisprudencia constitucional, Marina Gascón afirma la existencia de un derecho general *prima facie* a comportarse de acuerdo con los dictados de la propia conciencia siempre y cuando no se vulnere ninguna obligación jurídica. Si dicha obligación existe, el problema que se plantea entonces es de límites de los derechos, siéndose consciente de la dificultad de elaborar una teoría general de dichos límites.

En definitiva, la posición de Marina Gascón se puede condensar de la siguiente manera: existe un derecho general a desobedecer por motivos de conciencia en base a la libertad de conciencia; dicho derecho general no implica que se deba tolerar la violación de cualquier deber jurídico; sólo implica una justificación *prima facie* limitada; cuando se plantee un caso de este tenor, el juez no debe sancionar sin más, sino que debe examinar si, efectivamente, el deber jurídico que limita la libertad de conciencia está justificado.

El artículo de Paolo Toso, "*Dovere di fedeltà e diritto di resistenza. L'obiezione di coscienza del pubblico funzionario*"⁹, se centra en la aplicación a un caso concreto de un tema clásico, relacionado con la objeción de conciencia, cual es el planteado por la pugna entre la fidelidad al Estado y la posibilidad de resistencia por parte de los funcionarios públicos. En este sentido, se toman como punto de partida para el posterior análisis dos posiciones. Por una parte se señala la de aquellas «democracias que se defienden», en las que hay una identidad entre legalidad y legitimidad. De otro lado, están las «democracias abiertas» en las que al ciudadano no se le impone ningún tipo de vínculo ideológico con la ley: basta con la obediencia.

En Italia, la «fidelidad a la República» se ha de entender como fidelidad a las condiciones que permiten la existencia de la República. En este sentido, "República" no tiene por qué entenderse sólo como forma política republicana, sino también como *res publica*, como lugar de encuentro y de deliberación de los ciudadanos. Así, la fidelidad a la República sería la fidelidad al diálogo que posibilita el correcto funcionamiento de la República. Teniendo presente esto, ¿qué significado tiene el artículo 54 de la Constitución italiana en el que se establece: "Tutti i cittadini hanno il dovere di esseri fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge"? ¿qué cambia en los funcionarios públicos respecto al resto de los ciudadanos? En una primera aproximación, de una interpretación sistemática del citado artículo 54 se desprende un deber de fidelidad cualificado en cuanto a la modalidad de cumplimiento y no en cuanto al vínculo constitucional.

¿Cuál es la relación entre el deber de fidelidad del funcionario y la objeción de conciencia? Partiendo de la defensa general de los valores y derechos del individuo que se hace en la Constitución italiana, la conducta del desobediente entra dentro de las reglas del juego: puede ser interpretada como un ejemplo de *fidelidad al diálogo* siempre y cuando se respeten los derechos de los demás. En este caso estaríamos ante un conflicto aparente. Sin embargo, también hay que contar con la presencia de «libertades funcionales» categoría extraída de la propia Constitución. Dichas libertades se caracterizan por algunas limitaciones puestas con el fin de realizar diversas y determinadas finalidades del Ordenamiento. ¿El normal desarrollo de la Administración puede englobarse dentro de estas finalidades? La Corte Consti-

⁹ *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1990, pp. 426-445.

tucional italiana, en su sentencia número 196 de 1987, se planteó el tema y, aunque no se dieron criterios generales, se subordinó la libertad de conciencia. El autor alude a posibles criterios, extraídos del Derecho comparado, a tener en cuenta: el "least restrictive means test" y el que se refiere a la "Vertretbarkeit" (*fungibilidad*). Para P. Toso, es necesario encontrar criterios de armonización: si bien la comunidad necesita de la actividad de los funcionarios, la comunidad tampoco puede desprestigiar los bienes individuales. Tampoco hay que confundir a los funcionarios que ocupan su cargo en razón a una relación de confianza de tipo político con el superior, con el resto de los integrantes de la función pública. La fidelidad que se exige en ambos casos es, evidentemente, distinta.

Para el autor, ha de respetarse, en todo caso, el principio de igualdad de los funcionarios respecto al resto de los ciudadanos. Así, en un intento de conjugar los bienes jurídicos en conflicto, se puede acudir a la posible exoneración de los deberes si las circunstancias lo permiten o al establecimiento de una prestación alternativa, que tampoco sea un obstáculo para el desarrollo de la propia personalidad.

En el contexto de las aportaciones relacionadas con la libertad de conciencia, también hay que señalar el comentario de Laura Palazzani, "*I conflitti degli ordinamenti: realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza*"¹⁰, en el que se pretende dar noticia de las distintas aportaciones al seminario nacional de estudio, organizado en Milán (9-11 de abril) por la Unión de Juristas Católicos Italianos, sobre la objeción de conciencia. Aunque en esta ocasión el enfoque fue esencialmente interdisciplinar, el tema se trató desde una doble perspectiva principal. Por una parte, aquella referida a la configuración jurídica de la objeción de conciencia en el Ordenamiento jurídico italiano, y también a nivel comparado. Por otra, la perspectiva teórico-filosófica. En relación con esta segunda perspectiva, se puede destacar la consideración de la objeción de conciencia como un fenómeno premoderno (F. D'Agostino) en tanto en cuanto presupone la no coincidencia entre ley y Derecho, identificándose este último con la verdad. Por el contrario, la objeción de conciencia "modernista", basada en la reivindicación de un derecho subjetivo, se identifica con el positivismo. Desde el punto de vista positivista, la objeción de conciencia se configura como "la afirmación de la libre autonomía de la conciencia individual, no en razón de valores morales objetivamente reconocidos, sino en razón de un conflicto de voluntades".

¹⁰ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXIX, 1992, pp. 345-351.

Asimismo, también son analizados los antecedentes históricos del problema y la especificación de la objeción de conciencia en varios ámbitos: servicio militar, al aborto por parte de los médicos, de los farmacéuticos, la objeción de conciencia fiscal, de jueces y funcionarios públicos.

* * *

Otro de los grandes bloques temáticos al que nos hemos de referir es el constituido por la historia de los derechos. En relación con los artículos aparecidos en el período de tiempo que abordamos, hemos de efectuar una ulterior distinción entre aquellos que tratan de concepciones generales de los derechos, y aquellos otros referidos a derechos concretos. De este modo, nos tenemos que referir, en primer lugar, al trabajo de Jörg Luther sobre "*L'idea dei diritti fondamentali nel protestantesimo*"¹¹. El autor ofrece un cuadro general de la concepción de los derechos propia del protestantismo *in genere*. El punto de partida del estudio está constituido por la conocida postura de Jellinek en relación con el origen religioso de los derechos, considerados como fruto de la Reforma. Dicha postura es situada en su contexto preciso, que vendría constituido por la investigación de Jellinek sobre la genealogía de los derechos públicos subjetivos. En este contexto, la libertad religiosa ocupa el lugar de un prototipo en relación con los otros derechos. Luther recoge las críticas a Jellinek por parte de Boutmy, Del Vecchio, Otto v. Gierke, Pound, Kriele, junto a otras reacciones menos conocidas como las de Troeltsch, Max Weber o Schmitt.

Si bien es cierto que el luteranismo y el calvinismo constituyen las dos corrientes más importantes dentro del protestantismo, también lo es, en opinión de Luther —que recoge la opinión de Troeltsch—, que la de Calvino es una doctrina más abierta a la idea de derechos del hombre. Así, han de ser tenidos en cuenta elementos como la organización de la Iglesia como comunidad abierta con más participación de los fieles, y el hecho de que la ética de Calvino es más proclive a las exigencias de libertad y propiedad del primer capitalismo. No obstante, el punto de convergencia vendría constituido por la consideración de la libertad de conciencia como regla fundamental de la relación entre el hombre y Dios.

Junto a las explícitas conexiones de la doctrina protestante con el racionalismo iluminista (liberación de una ética de los dogmas, individualismo religioso, ética de la conciencia) también se analiza la reacción del protes-

¹¹ *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXI, 1991/2, pp. 329-351.

tantismo contra los derechos: así, frente al optimismo antropológico iluminista, nos encontramos con el pesimismo de Lutero, la idea de que la finalidad del individuo no radica en sus derechos sino en el cumplimiento de sus deberes, la idea de que los derechos constituyen un laicismo peligroso para la Iglesia. Lo cierto es que en el siglo XIX el protestantismo no presta su apoyo explícito a los derechos. En el artículo se trae a colación la reinterpretación teológica de los derechos elaborada por Stahl, en su intento de construir «la doctrina del Estado y del Derecho sobre la base de una visión cristiana del mundo», operándose, de este modo, una reducción del sentido histórico de las declaraciones americanas y francesa.

También en la época de Weimar, la atención prestada a los derechos es marginal, salvo excepciones como las de Rudolf Smend o Dietrich Bonhoeffer. En 1974, el Consejo Ecuménico de las Iglesias se plantea un debate sobre la fundamentación teológica de los derechos, pudiéndose distinguir varias posiciones. Así, de un lado, una fundamentación estrictamente teológica. De otro lado, una fundamentación teológico-filosófica: la dignidad del hombre como elemento racional se puede reconducir a la idea del hombre como imagen de Dios. Junto a éstas, una fundamentación teológica, incompatible con el carácter racional de los derechos, pero que reconoce la preeminencia de la fundamentación filosófica, pues una fundamentación teológica contrasta con la universalidad de los derechos. Por último, aquellas posturas que afirman que es importante cualquier fundamentación, teológica o filosófica, de los derechos.

En su intento de ofrecer un primer paso para una posible mayéutica de los derechos, Luther termina su artículo afirmando que los derechos no son ni una invención de la Reforma ni tampoco un peligro existencial para el protestantismo. Por otro lado, se afirma que es posible, pero no indispensable, una fundamentación específicamente teológica de los derechos: el protestantismo no tiene necesidad de contruir fundamentos metafísicos para la dignidad y los derechos del hombre. Por último, se destaca la importancia de las energías políticas y religiosas del protestantismo en la realización de los derechos del hombre.

Pasando ahora a los artículos que se ocupan de temas específicos de la historia de los derechos, podemos aludir, en primer lugar, al de Floriana Colao sobre “*La libertà moderata dalla legge: I reati di stampa tra L’Editto del 1848 e il Codice Zanardelli*”¹². En este trabajo se analiza un período de la

¹² *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXI, 1991/1, pp. 75-92.

historia de la libertad de prensa en Italia: el que transcurre desde el Estatuto Albertino de 1848 (y el edicto dictado en su desarrollo, promulgado el 26 de marzo de 1848) hasta el Código Penal de 1889. El tema principal de discusión en este período es el que se refiere a si los delitos cometidos a través de la prensa ha de ser regulados en una ley especial, o han de ser incluidos, a la altura de los demás, en el Código Penal. El edicto de 1848, que recibe la consideración de un auténtico manifiesto liberal, establece un sistema que prohíbe la censura previa y que crea un régimen de favor legal en tanto en cuanto se deroga, para los delitos de prensa, el régimen común, al igual que ocurre con los delitos políticos. Las especificidades consisten, entre otras cosas, en la previsión de cárceles separadas en relación con los delitos comunes y en un plazo de prescripción de la acción penal en tres meses, en vez de cinco años, además del establecimiento del jurado para este tipo de delitos. La solución que finalmente se adopta en el Código Zanardelli consiste en afirmar que los delitos políticos y los que "propiamente se denominan delitos de prensa" (*reati di stampa*) son regulados por la norma de 1848, mientras que los que no son verdaderos delitos de opinión (difamación, injurias, ofensas a las buenas costumbres) han de ser regulados en el Código Penal común. Así, se sigue aplicando la norma de 1848, emblemática para el liberalismo. No obstante, a partir de esta regulación se derivan problemas de interpretación y contrastes jurisprudenciales, algunos de los cuales son analizados en el artículo.

Por su parte, Mario Passano, en su muy documentado trabajo sobre "*La pena di morte nel Regno d'Italia (1859-1889)*"¹³ se refiere al tema de la abolición de la pena de muerte como el principal problema que impidió la unificación legislativa hasta el Código Zanardelli de 1889. En este artículo se enfoca el tema desde varios puntos de vista: la postura de la opinión pública, la de la magistratura, la medida en que la pena de muerte fue efectivamente aplicada, los distintos proyectos legislativos. En relación con la opinión pública, se señalan las reacciones de diversas asociaciones culturales, así como de algunas asociaciones de juristas. La magistratura mantuvo diversidad de posiciones en relación con la abolición y, en lo que se refiere a la aplicación real y efectiva de la pena, el autor, con el apoyo de diversas y completas tablas de datos, demuestra la existencia de una situación caracterizada por la fragmentariedad y la contradictoriedad.

La descripción de los diversos proyectos toma como punto de partida las discusiones sobre la materia en el Reino de Cerdeña, antes de 1859

¹³ *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XXI, 1992/2, pp. 341-385.

(Código Penal de Rattazzi). Se procede a una descripción de los trabajos parlamentarios y de la historia legislativa de los diversos proyectos hasta que en 1876, el Ministro de Justicia Mancini emprende el definitivo camino hacia la abolición, que culminará con la entrada en vigor, el 1 de enero de 1890, del Código Zanardelli, en vigor hasta el advenimiento del fascismo.

Es interesante destacar la evolución de las mentalidades observada a lo largo de este período de tiempo. Mientras que al principio se discute sobre la legitimación de la pena, enfocando el tema desde el punto de vista filosófico, al final se enfoca como una elección de política criminal, discutiéndose la oportunidad o no de la abolición en relación con las condiciones de seguridad pública. El autor señala que si bien, por una parte, las posturas abolicionistas no se aplican hasta las últimas consecuencias, tampoco existen posturas antiabolicionistas puras: muchos son, en principio, contrarios a la pena, pero se piensa que es demasiado pronto, que no está todavía preparada la conciencia popular para admitir medidas de ese tenor.

* * *

El siguiente bloque de artículos a los que vamos a hacer referencia viene determinado por el tratamiento que se hace de algunos valores o principios como la dignidad, libertad o igualdad. En ocasiones, dichos valores son tratados desde un punto de vista general, mientras que otras veces se efectúa un análisis aplicado de los mismos. Teniendo esto presente, podemos señalar, en primer lugar, el artículo conjunto de Antonio Ruggeri y Antonino Sparado, "*Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*"¹⁴. La finalidad del artículo es analizar las dimensiones del concepto de dignidad, a partir de su inclusión en la Constitución italiana. La gran carga semántica del término es un elemento que condiciona el análisis. En una primera aproximación, el respeto a la dignidad puede ser entendido como el límite de las libertades y como el fin a alcanzar por las mismas. Se señala también el valor supraconstitucional del principio de dignidad humana, que tiene la función de auténtica norma de clausura, principio fundante que resume el contenido material del Ordenamiento jurídico. Esta supraconstitucionalidad lleva a los autores a proponer una lectura internacionalista de la inclusión de la dignidad en los textos constitucionales: su protección trasciende a los Estados y a la nacionalidades.

¹⁴ *Politica del Diritto*, a. XXII, número 3, septiembre de 1991, pp. 343-377.

La Corte Constitucional ha llevado a cabo una interpretación contextual del valor dignidad que actúa, en este sentido, como límite general a la iniciativa económica privada y como condición particular del trabajador y de su familia. Así, se señalan tres orientaciones de la Corte Constitucional al interpretar el término: a) la dignidad como cualidad del sujeto en abstracto; b) la dignidad como cualidad del sujeto en concreto, como titular de un *status* específico; c) en tercer lugar, se habla de una “trasposición” de la dignidad: de la dignidad como cualidad subjetiva de *status* se pasa a la protección de la dignidad como cualidad objetiva de la institución a formación social en la que el sujeto específico desarrolla su función (así, se habla de la dignidad de las Fuerzas Armadas, o de la profesión médica, o de la magistratura). En las sentencias de la Corte Constitucional, la dignidad se ve frecuentemente acompañada de otros conceptos como libertad, igualdad, derecho inviolable, seguridad, que serían medios para alcanzar la dignidad. A través de ellos no se puede lograr un concepto omnicomprendivo y exhaustivo de dignidad, cuyo contenido es más amplio que el de estos valores.

Al final, se propone una concepción de la dignidad como un derecho-deber, señalando la inescindibilidad de ambos términos. La afirmación de la dignidad implicaría un conjunto de derechos y deberes que actúan sobre todo en relación con la dignidad «contextualizada» o referida a los *status*. Así, por ejemplo, se habla de la dignidad de los padres, que implica tanto derechos como deberes hacia los hijos.

El valor libertad, en relación con el suicidio, constituye el centro de atención del artículo de Realino Marra, “*Suicidio e diritti. Un’alternativa a costruzioni eziologiche e programmi terapeutici*”¹⁵. La finalidad de dicho trabajo es estudiar cuáles son los diversos modos de aproximación al fenómeno del suicidio, como fenómeno social, valorando si el suicidio, considerado como elección personal libre, tiene cabida en una supuesta cultura de los derechos. Por una parte, a partir de las aportaciones de Durkheim, se considera el suicidio como un indicador de los problemas de la sociedad, como un problema social; por otra parte, el suicidio vendría considerado como una postura desviada, fruto de un defecto en la asimilación de las reglas sociales de comportamiento o de los valores culturales dominantes.

Tras examinar las diversas corrientes de pensamiento en relación con el tema, el autor se pregunta si hoy es realmente justificable un prejuicio negativo frente al suicidio. En relación con esta pregunta se adopta el criterio

¹⁵ *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XX, 1990/1, pp. 211-236.

de los derechos del individuo como un parámetro de valoración generalmente aceptado en las sociedades modernas. Un instrumento básico dentro del conjunto de los derechos es la libertad de hacer, de actuar. Así, no sería posible, desde el punto de vista de los derechos, tener una imagen negativa del suicidio, ya que éste sería la manifestación por excelencia de la libertad humana. La lógica consecuencia de este discurso sería la proclamación de un “derecho al suicidio”. Pero, para el autor, el del suicidio es un caso paradigmático que demuestra como, en ocasiones, la garantía formal de las libertades individuales tiene dificultades para traducirse en una cultura y en una práctica de los derechos. En efecto, la orientación dominante entre los autores, presidida por un cierto paternalismo, presta más atención a los problemas de legitimidad o no del acto suicida, que a la consideración de éste como un fenómeno o una enfermedad social.

En relación con los artículos cuyo centro de atención está constituido por el valor igualdad, hay que señalar que una mayoría de ellos se refiere al tema de la aplicación del principio de igualdad de las mujeres. En este sentido, Maria Vittoria Ballestrero, en su trabajo sobre “*I ‘diritti delle donne’ (note in margine a un dibattito su diritti umani e comunità europea)*”¹⁶, adopta como punto de partida la pregunta de si es posible que los derechos de las mujeres tengan un espacio en una Carta Europea de Derechos, y, en todo caso, si tiene sentido reclamar un espacio particular para las mujeres. El artículo constituye una crítica al modelo tradicional de explicación del trato que ofrece el Ordenamiento jurídico a las mujeres. Dicho modelo está construido sobre esquemas sólo en apariencia neutrales, ya que el estándar considerado realmente es el masculino. La autora señala nuevas direcciones de pensamiento, en las que se pone el acento en la diferencia. Así, se señala que la diferencia sexual no es algo a evitar o a reequilibrar. Hay que mantenerla, procediendo a una refundación de la subjetividad jurídica diferenciada por el sexo: hay que proceder, en opinión de M. V. Ballestrero, a una refundación de la idea de igualdad. No se trata de homologar, por ejemplo, los puestos de trabajo masculinos y femeninos, sino de valorar el puesto de trabajo femenino, procediendo a una operación de “parificación”, que consistiría en conceder un valor igual a condiciones de trabajo que permanecen distintas. En el trabajo se acoge, aplicándola al tema, la diferencia efectuada por R. Dworkin entre el derecho al *equal treatment* y el derecho al tratamiento *as an equal*.

¹⁶ *Politica del Diritto*, a. XXI, número 1, marzo de 1990, pp. 123-135.

Una visión opuesta a la de M. V. Ballestreros es la de Gilda Ferrando, reflejada en su trabajo "*Note sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*"¹⁷. Se analiza la sucesiva equiparación de las situaciones del hombre y de la mujer en el marco de la familia a partir, sobre todo, de la reforma del Derecho de familia italiano en 1975.

También el principio de igualdad es analizado en el artículo de André Roux y Philippe Terneyre, "*Principio d'eguaglianza e diritto di voto*"¹⁸, consistente en un estudio de la traducción del principio de igualdad en los mecanismos concretos del sistema electoral francés, haciendo referencia especial, sobre todo, a los problemas que se pueden derivar de la configuración de las distintas circunscripciones electorales.

Por último, dentro de este apartado, en el que vemos que los trabajos relativos a la igualdad entre los sexos tiene una importante presencia, tenemos que aludir al trabajo de Carlo Federico Grosso, "*I diritti della donna nei processi penali di aborto*"¹⁹. El aborto es un caso, según C. F. Grosso, en el que se puede ver claramente la posibilidad de crear ese "derecho desigual", basado en la diferencia, en aras de la igualdad material, del que habla Ballestreros. La ley italiana sobre el aborto 194/78 es un claro ejemplo de un derecho desigual en favor de la mujer. Sin embargo, algunas decisiones judiciales y la propia configuración de los procesos por aborto presentan vertientes problemáticas. El autor propugna, "de lege ferenda", determinadas medidas en relación con el secreto de los actos procesales, con las posibilidades de contenido y modalidades de los interrogatorios a la mujer, o con la necesaria cautela en ejecución de las pruebas periciales. Son todas exigencias de un "derecho desigual" en favor de las mujeres como premisa de la realización plena de los principios de justicia sustancial.

* * *

También hemos de aludir a interesantes artículos en los que se trabaja sobre un derecho concreto. Así, se debe hacer referencia a un primer bloque constituido por aquellas aportaciones que tienen por objeto de atención el derecho a la intimidad. Podemos comenzar por la nota de Cecilia Angrisano, "*Ancora sul diritto alla riservatezza*"²⁰, en la que se ofrece un panorama de las posiciones jurídicas sobre el derecho a la intimidad en Italia. Se constata

¹⁷ *Politica del Diritto*, a. XXI, número 3, septiembre de 1990, pp. 509-523.

¹⁸ *Politica del Diritto*, a. XXII, número 3, sept., 1990, pp. 578-880.

¹⁹ *Politica del Diritto*, a. XXI, número 2, giugno, 1990, pp. 297-309.

²⁰ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXVII, 1990, pp. 695-702.

el hecho de que, debido a la ausencia de recepción de este derecho en el Derecho positivo, ha sido construido esencialmente a partir de la labor de la doctrina y de la jurisprudencia. Es importante la labor del Derecho judicial en este tema, con una consiguiente aparición de problemas de interpretación, muchas veces relacionados con los límites del derecho. También se efectúa una alusión a la incidencia de la informática en la problemática de este derecho.

Un artículo que nos puede servir de puente entre los trabajos que se ocupan de la intimidad y aquellos otros que tratan de los derechos de los enfermos es el de Yves Poulet, "*Aspetti legali della protezione dei dati nell'informatica medica. La tessera dei dati sanitari*"²¹, donde se analiza la problemática relacionada con la aparición de las tarjetas de datos médicos (M.D.C.: "Medical data card") y a las posibles situaciones de conflicto que pueden surgir en su utilización con la intimidad de los afectados. En efecto, si bien las ventajas de la tarjeta son evidentes (rapidez de la asistencia en casos de urgencia, posibilidad de elegir nuevos facultativos sin necesidad de abrir un nuevo historial del paciente, confidencialidad de los datos, ya que la tarjeta se encuentra en posesión y es propiedad del afectado), también existen peligros o dificultades (referidas, sobre todo, a la posibilidad de violación del secreto profesional, utilización de los datos que se encuentran en la tarjeta con otros fines, todos ellos reconducibles a la violación de la intimidad).

Se analizan diversos aspectos del fenómeno (contenido de la tarjeta, acceso a la información que se encuentra en la tarjeta, corrección y renovación de los datos) y, al final, el autor, tras trazar unas determinadas líneas de actuación a tener en cuenta en aquellos casos en los que se quiera adoptar el sistema, procede a enunciar los principios que deben iluminar dicho sistema: transparencia, no discriminación, finalidad limitada de la tarjeta, respeto a los principios de la ética médica y a las leyes de la *privacy*, y responsabilidad de aquellos que introducen los datos en la tarjeta.

El tema del secreto profesional y de la confidencialidad de las informaciones médicas también es tratado en el artículo de Francisco Carcere, "*Attività epidemiologica e diritto alla riservatezza delle informazioni sanitarie*"²², en el que el autor analiza la problemática de las informaciones médicas prestando especial atención al ámbito de la psiquiatría (por las consecuencias jurídicas que se pueden derivar) y de la epidemiología.

²¹ *Politica del Diritto*, a. XXI, número 3, sept., 1990, pp. 443-475.

²² *Politica del Diritto*, a. XXII, número 2, giugno, 1991, pp. 301-316.

* * *

Como ya se ha señalado, toda la temática relacionada con la salud, integridad corporal, respeto de los derechos de los enfermos, constituye un importante centro de atención de las aportaciones que estamos analizando. Nos encontramos con un panorama en el que aparecen desde reflexiones sobre el embrión humano, hasta investigaciones sobre la legislación sobre el uso de estupefaciente o el SIDA. Así, por ejemplo, la breve nota de Francesco Compagnoni, "*Quale statuto per l'embrione umano?*"²³, en la que se mantiene, desde una posición apoyada por algunas afirmaciones científicas y por los postulados de la teología católica, la consideración del embrión humano, no como un ser humano potencial, sino como un ser humano con pleno título, manifestándose, en consecuencia, una postura contraria al aborto.

Bartha Maria Knoppers, en "*L'integrità del patrimonio genetico: diritto soggettivo o diritto dell'umanità?*"²⁴, afirma que el patrimonio genético de cada ser humano no es fijo ni inmutable, en el tiempo, ni totalmente independiente del de sus antepasados. Por lo tanto es, al mismo tiempo, un patrimonio individual y colectivo. A partir de esta doble dimensión, se propone un entendimiento de la dignidad humana en una doble vertiente: desde el punto de vista concreto e individual, a partir de la singularidad concreta de cada persona, y desde un punto de vista colectivo, como integrante de la raza humana. La autora se muestra contraria a la idea de un concreto y específico "derecho subjetivo al patrimonio genético". Más bien, el patrimonio genético no debe ser sometido al control individual. Se propugnan, en este sentido, mecanismos que aseguren transparencia en la comunicación de las informaciones genéticas como medio indispensable para crear confianza y participación pública en los programas de investigación genética.

También hay que aludir al artículo de Lucette Khaiat sobre "*Aids e diritti dell'uomo. L'epidemia in uno stato di diritto (e per essere giuristi non si è meno uomini)*"²⁵, cuyo objetivo es el análisis de las diversas actitudes frente a la enfermedad del SIDA, y de los diversos mecanismos jurídicos a través de los cuales se afronta la epidemia. Teniendo en cuenta que las estrategias frente a la enfermedad dependen mucho de las actitudes personales, objetivas o subjetivas, se señala un amplio abanico de posibles reacciones: protección, constricción, exclusión, segregación, prohibición, represión. La autora propone

²³ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXVII, 1990, pp. 302-304.

²⁴ *Politica del Diritto*, a. XXI, número 2, giugno, 1990, pp. 341-361.

²⁵ *Politica del Diritto*, a. XXII, número 3, sep. 1991, pp. 491-506.

una acción racional basada en la solidaridad internacional y en la conciencia de la fragilidad de las conquistas de la civilización; unas políticas legislativas basadas también en el fomento de la investigación, difusión, interdisciplinariedad y cooperación internacional. Se afirma que es esencial evitar la discriminación y lo que se denomina el “pánico moral”: hay que luchar contra el virus, y no contra la persona golpeada por el virus. Por último, se recuerda que también los enfermos tienen derechos, que son los derechos del hombre. La lucha contra el SIDA es, en definitiva, la lucha de la razón contra el oscurantismo, y las medidas jurídicas han de optar por una de estas dos alternativas.

Los derechos relacionados con la salud también son tratados por Emanuele Rossi en “*Problemi di costituzionalità della nuova legge sugli stupefacenti: la necessità di un bilanciamento tra valori costituzionali*”²⁶, y por Carmine Ventimiglia en “*La riproduzione umana tra vincoli di necessità e scenari in trasformazione. La rappresentazioni, gli attori, la coscienza del limite*”²⁷. También hay que destacar el artículo de Angela Musumeci “*Gli orientamenti legislativi regionali in materia di tutela dei diritti del malato*”²⁸.

* * *

En la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* encontramos tres artículos sobre el derecho de huelga. Lorenzo Gaeta, en “*La teoria dello sciopero nella dottrina italiana. Una guida alla lettura*”²⁹, lleva a cabo un estudio que pretende mostrar cuáles han sido los desarrollos doctrinales del derecho de huelga en Italia a partir del artículo 40 de la Constitución, en el que se delega en la ley la regulación de este derecho. En efecto, la regulación constitucional de este derecho en Italia es abierta y flexible, habiéndose construido el concepto de huelga por la doctrina. Cabe destacar dos extremos del tratamiento efectuado por L. Gaeta. Por un lado, lo referido a la titularidad del derecho de huelga, manifestándose posturas tanto a favor de la titularidad individual como de la titularidad colectiva. Por otro lado, lo que atañe a la delimitación del derecho: la cuestión de hasta dónde se extiende este derecho, con especial atención a las formas “anormales” su ejercicio.

Por su parte, Paolo Pascucci, en “*La regolamentazione autonoma del diritto di sciopero nella dottrina italiana*”³⁰, plantea los problemas de una eventual

²⁶ *Politica del Diritto*, a. XXII, número 4, dic. 1990, pp. 667-691.

²⁷ *Politica del Diritto*, a. XXII, número 2, giugno, 1991, pp. 225-273.

²⁸ *Politica del Diritto*, a. XXI, número 2, giugno 1990, pp. 329-340.

²⁹ *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1990, pp. 139-184.

³⁰ *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1990, pp. 185-226.

autorreglamentación en relación con el derecho de huelga, que podría ser tanto unilateral como bilateral. También se señala la influencia que sobre este tema puede tener la idea de la titularidad individual del derecho de huelga.

Por último, Umberto Romagnoli, en "*Il diritto de sciopero: ieri e oggi*"³¹, efectúa un análisis de la historia reciente de la regulación de este derecho en Italia. Una característica del Ordenamiento laboral italiano ha sido el tradicional vacío legislativo en materia de conflicto colectivo. Para suplir este déficit legal, ha tenido lugar un desarrollo jurisprudencial con un marcado carácter conservador en ocasiones. Por su parte, la Corte Constitucional, cuya obra ha tenido el sentido de permitir una liberalización del ejercicio del derecho de huelga, ha tomado en ocasiones decisiones que han chocado con la cultura jurídica italiana. En los años setenta y ochenta, también se ha producido una cierta intervención legislativa en algunas manifestaciones de este derecho, como la huelga de los trabajadores de centrales nucleares, de los militares o de la policía. El autor critica la ley 146/1990, reguladora de este derecho, y analiza cuál es el rol de las partes implicadas (Estado, trabajadores, empresarios, usuarios) atribuido en la nueva legislación.

Antes de entrar en el último bloque temático al que nos hemos de referir, es preciso reseñar aquí el artículo de Gerhard Walter, "*Il diritto alla prova in Svizzera*"³². A partir de una sentencia de la Corte Constitucional italiana de 23 de julio de 1974, que abroga el artículo 247 del Codice di Procedura Civile, en relación con la prohibición de que ciertas personas con un cierto ligamen con una parte en un proceso puedan dar testimonio en dicho proceso, como contrario al artículo 24 de la Constitución italiana que garantiza a las partes el derecho a la prueba, el autor investiga un posible paralelismo entre la situación italiana, antes de la citada sentencia, y la suiza. Así, trata las líneas principales del desarrollo histórico del derecho a la prueba en Suiza, comparando la regulación actual con el contenido del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Tras el análisis de la situación legal en Suiza, el autor concluye que la situación es similar a la de Italia. Se propugna, por tanto, la revisión de ciertos extremos de la legislación procesal suiza para adecuarlos a la Convención Europea, ratificada por Suiza.

* * *

Los últimos artículos a los que nos vamos a referir son aquellos que podrían ser situados en un apartado relativo a los sistemas de protección de

³¹ *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1991, pp. 1165-1174.

³² *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1991, pp. 1187-1201.

los derechos desde el punto de vista del Derecho comparado. Giancarlo Rolla, en "*Il sistema costituzionale dei diritti fondamentali. L'esperienza spagnola*"³³, efectúa un estudio descriptivo de la configuración constitucional del sistema de derechos en España. Se estudia su lugar en la Constitución, su relación con el resto del Ordenamiento, la reserva de ley orgánica, los límites y las características principales del sistema de protección. Todo ello, utilizando aportaciones extraídas de las argumentaciones doctrinales y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Stamatios Tzitzis efectúa una crítica a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su artículo "*Le Droit du Mort (dikè thánontôn) et les Droits de l'Homme*"³⁴. En dicho trabajo reprocha al citado órgano el no utilizar en su actividad —concretamente en el *Affaire Soreing* (1/1989/161/217), *Arrêt* 7 de julio de 1989— criterios estrictamente jurídicos, sino más bien sentimientos filantrópicos y argumentos morales. Con ello, según S. Tzitzis, el Tribunal cae en el error de confundir la generosidad con la justicia. Para el autor es un error que el Tribunal no haya permitido la extradición de un individuo alemán, acusado de asesinato, reclamada por el Estado de Virginia, con la argumentación de que la pena de muerte vigente en dicho Estado contrariaría evidentemente el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos que establece que "nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". A través de una construcción doctrinal en la que se utilizan conceptos extraídos de la Grecia antigua, y en la que no parece existir demasiada conciencia de las verdaderas dimensiones del significado de la pena de muerte, el autor denuncia la tendencia actual a valorar más los derechos individuales que las necesidades y exigencias de la comunidad que ha de defenderse de los ataques a los que es sometida. Se reprocha a la Corte el hecho de haber atribuido más importancia al derecho a la existencia del presunto asesino que al derecho a la vida de la víctima.

En relación con la pena de muerte, cabe destacar también el artículo de Francesco D'Agostino, "*Porte aperte*": *la pena di morte come problema*"³⁵, en el que se analizan algunos de los argumentos dirigidos a crear convencimientos fuertes y justificados en contra la pena de muerte utilizados por el escritor italiano Leonardo Sciascia en su obra *Porte aperte*.

Por su parte, Kálmán Kulcsár, en su trabajo "*Constitutional State, Constitutionalism. Human Rights in the transformation of the Hungarian Political System*"³⁶, intenta señalar cuáles son las líneas principales, las características

³³ *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1990, pp. 136-183.

³⁴ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXVIII, 1991, pp. 516-535.

³⁵ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXIX, 1992, pp. 393-403.

³⁶ *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1990, pp. 222-244.

y obstáculos que están presentes en el proceso de cambio político e institucional que tiene lugar en Hungría. Los tres grandes paradigmas de dicho proceso están constituidos por las nociones de Estado constitucional, constitucionalismo y derechos humanos.

Según Kulcsár, que señala los paralelismos entre la situación húngara y la transición española —tomada frecuentemente como referente—, existen grandes condicionamientos derivados de la estructura política anterior: populismo, partido único, presencia absoluta del Estado en todos los sectores de la vida social... El proceso de cambio ha de coexistir con muchos de estos elementos.

El paso más importante que debe darse, sin despreciar el carácter esencial de una cotidiana práctica democrática, es el establecimiento de una nueva Constitución, en la que la separación de poderes y la defensa de los derechos van a ser valiosos instrumentos en la consolidación del nuevo régimen político. Todo ello sólo puede ser conseguido a través de un procedimiento consensual, mediante el cual se adopten soluciones plurales y se alcancen compromisos democráticos.

El último artículo al que nos vamos a referir es el de Tamás Földesi, *"The unity of human rights in Western and Eastern Europe. Meditation about Human Rights"*³⁷, en el que se efectúa un análisis de las situaciones pasadas y de las perspectivas futuras en los países de Europa del Este en relación con los derechos humanos. Según el autor, se pueden señalar dos tendencias contradictorias, en lo que se refiere a la posición de los derechos en el sistema social de valores en estos países. Por una parte, se ha podido constatar una aceptación legal oficial sin restricciones, en donde el principio básico era la declaración de estos derechos, influyendo en esta postura diversas razones de índole internacional. Por otro lado, hay que aludir a una tendencia contraria, de rechazo frontal a los derechos "clásicos" liberales. En esta situación, aun cuando se reconocieran los derechos, éstos sólo deberían ser practicados en armonía con los "intereses del socialismo". Además, la estructura política no reconocía la difícil posición de los derechos en el sistema, aduciendo siempre que las acusaciones provenientes del exterior eran meras ficciones o, en todo caso, asuntos internos.

En los países socialistas se han producido tres tipos de actitudes científicas respecto a los derechos. En primer lugar, se alude a aquellas que despreciaban el tema de los derechos como objeto de investigación y atención

³⁷ *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LXVII, 1990, pp. 82-92.

científica, no produciendo apenas literatura e incurriendo en un consciente aislamiento. Junto a éstas, aquellas que se identificaban con las líneas oficiales de evaluación del problema, produciendo una literatura apologética y defendiendo las bondades del sistema socialista en el que los derechos eran verdaderamente realizados. En tercer lugar, hay que señalar aquellas posiciones que defendían la discontinuidad de los derechos: la tradición de los derechos en los países del Este no es paragonable a la tradición occidental. Un denominador común de estas tres posiciones sería la reducción del valor de los derechos: en la dictadura del proletariado, donde no hay opresión, hay una comunidad de intereses sociales y la reivindicación de los derechos no tiene mucho sentido.

Sin embargo, para el autor, en la actualidad se ha comenzado a formular un nuevo concepto de los derechos en estos países. Los derechos son el más importante elemento en la consolidación de los nuevos sistemas sociopolíticos democráticos en el Este. Pero estos derechos no han de ser entendidos como los derechos basados en las características de una ideología burguesa, sino en lo que es "universalmente humano". De este modo, no puede haber dos tradiciones o dos maneras de entender los derechos. La continuidad de los derechos podrá asegurar la veracidad de unos mismos criterios de control, y un mayor respeto a nivel supranacional. Sin embargo, es necesario eliminar algunos obstáculos todavía presentes en las mentalidades de los países del Este. En primer lugar, la hostilidad hacia los análisis no marxistas de la situación. En segundo lugar, hay que intentar acabar con la fácil respuesta, frente a las críticas externas, de que en los países que critican también hay problemas.

* * *

Para terminar este recorrido a través de las aportaciones italianas sobre derechos en alguna de las más importantes revistas de ese país, puede ser conveniente señalar ciertas líneas de preocupación doctrinal que aparecen a lo largo de alguno de los artículos considerados, y que pueden marcar desarrollos futuros de la teoría de los derechos.

Así, es ciertamente relevante el interés que despiertan aquellas situaciones que podrían ser encuadradas en lo que, en su día, N. Bobbio denominó "proceso de especificación"³⁸. En efecto, los estudios sobre los derechos de

³⁸ Vid. N. BOBBIO: "Derechos del hombre y filosofía de la historia", *Anuario de Derechos Humanos*, número 5, 1988-89, pp. 27 y ss.

los enfermos, o también sobre la situación jurídica de las mujeres, tienen como centro de referencia aquellas determinadas y concretas circunstancias en las que se encuentran ciertos seres humanos, a partir de las cuales se define su situación jurídica en relación con los derechos. Las particularidades de dichas circunstancias son las que determinan la necesidad de un tratamiento jurídico específico y distinto. Es precisamente la pertenencia del sujeto a un grupo determinado la que condiciona la titularidad de un derecho. Desde una cierta óptica, se podría considerar que el proceso de especificación supone un cambio de dirección en la evolución histórica de los derechos: en este sentido, se construiría una argumentación según la cual dicho proceso supondría un regreso al pasado, en el sentido de que se retornaría a observar al hombre en situación y encuadrado en ciertos grupos, a partir de los cuales es considerado. Dicha estructura era, básicamente, aquella que determinaba la atribución de la subjetividad jurídica en la premodernidad. En efecto, la titularidad de ciertas capacidades jurídicas era reconocida a un sujeto determinado a partir de su pertenencia o de su inserción en grupos concretos (gremios o hermandades, por ejemplo). En este sentido, parece que podría establecerse un cierto paralelismo entre —al menos— la estructura o las líneas básicas del proceso premoderno de atribución de titularidad de capacidades jurídicas, de un lado, y el proceso de especificación, de otro. Pero, este paralelismo, ¿es real? En la actualidad, si nos situamos en el marco y en las coordenadas del proceso de especificación, podemos darnos cuenta de que la titularidad de ciertos derechos viene determinada por la pertenencia efectiva del sujeto a un grupo y su consideración como miembro del mismo. Parece que esto, tal y como se entiende el proceso de especificación, es innegable. Por lo tanto, ¿este proceso supone una cierta vuelta atrás e la progresiva afirmación individual de la subjetividad jurídica que supone la historia de los derechos?

Como acabamos de señalar, en la época premoderna, el sujeto, incluido en un grupo, puede disfrutar de ciertas prerrogativas formalizadas jurídicamente, en tanto en cuanto miembro de ese grupo. El proceso de especificación también supone la inclusión del sujeto en un cierto grupo, definido por determinadas circunstancias. Sin embargo, podemos intentar ensayar una diferenciación entre las dos situaciones. En el primer caso, el *status*, definido por la inclusión del sujeto en un grupo, es considerado como un fin en sí mismo. Los derechos o los privilegios tienen como punto de referencia el grupo, sin descender en su lógica interna al terreno de las individualidades. El miembro de un determinado agregado goza de unas ciertas facultades

jurídicas a partir de su inserción en el grupo. Dichas facultades sólo se explican con referencia al grupo, y no cabe una comprensión de las mismas que trascienda al conjunto. Sin embargo, en el proceso de especificación, el grupo o la situación en la que el sujeto se encuentra inmerso constituye sólo un índice a partir del cual se consideran unas concretas y especiales necesidades individuales que han de ser satisfechas. En este ámbito, el elemento definidor de la capacidad jurídica no es el grupo, sino la concreta y singular situación del sujeto, que justifica un trato diferenciado en relación con el resto de la comunidad. Al enfermo, por ejemplo, se le atribuyen unos determinados derechos no como miembro de un grupo sino como sujeto que se encuentra en una específica situación, distinta de la general, la cual justifica un trato diferenciado y una especial atención por parte del Ordenamiento jurídico. Sin embargo, también hay que reconocer que, precisamente, el hecho de que el sujeto sufra una determinada enfermedad, en el ejemplo que manejamos, automáticamente hace que sea incluido en un grupo en el que comparte espacio con otros individuos que se encuentran en sus mismas circunstancias, con lo cual podemos estar en presencia de un argumento circular. Pero, la respuesta jurídica, en el caso del proceso de especificación, viene determinada por la especial situación que caracteriza a un individuo, mientras que, en el caso de los *status* premodernos, el elemento que se toma en consideración para explicar y justificar el trato jurídico es el grupo considerado en su conjunto, sin trascender sus confines internos y considerar las particularidades que caracterizan a sus miembros.

Otro de los temas importantes tratados en alguno de los artículos reseñados es el de la universalidad de los derechos y el posible encuentro entre las diversas tradiciones culturales y políticas, en este caso, propias de los antiguos países de Europa del Este, aunque las consideraciones pueden ser extendidas también en relación con áreas culturales mucho más extrañas o diferentes a la occidental. Creo que éste es un tema esencial que ha de ser tenido en cuenta a la hora de construir una fundamentación y una conceptualización de los derechos. Parece que la nota de la universalidad, concepto que tradicionalmente ha caracterizado la comprensión de los derechos, debe ser necesariamente replanteada en relación con el encuentro de diferentes culturas y tradiciones. ¿De qué derechos hablamos cuando nos referimos a los derechos humanos en el continente africano o en el asiático? Hasta qué punto es exportable, sin forzar los rasgos culturales esenciales y respetando las tradiciones distintas a las nuestras, el modelo occidental de derechos? Muchas veces las tradiciones culturales extrañas a la occidental son realmente

antitéticas a la práctica y, es más, a la propia idea de los derechos. También hay que tener en cuenta que el concepto y la tradición de los derechos es un elemento integrante y definidor del acervo cultural del occidente moderno. Por lo tanto, desde un cierto punto de vista, se debería considerar que nos encontramos ante un problema de contradicciones culturales, en donde lo más lógico parecería el respeto mutuo a las especialidades y particularidades culturales³⁹. Sin embargo, si se mantiene la idea de que ciertos valores y concepciones antropológicas son universales y compartibles de un modo general, la única solución parece ser aquella que afirma la primacía de los derechos ante posturas discordantes o negadoras en relación con los mismos, aunque se identifiquen con tradiciones y notas culturales distintas a la occidental.



³⁹ En relación con este tema, *vid.* el libro de Rafael de ASIS ROIG, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límite al Poder*, E. Sistema, Madrid, 1992, pp. 78-85.

LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NUEVA ETAPA DEL “ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO”

J. J. Santamaría Ibeas

1. La “nueva etapa” de los derechos humanos en España y el “renacimiento” del Anuario de Filosofía del Derecho



pesar del llamamiento contenido en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos en aras de promover, *“mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades”* se puede afirmar que, al menos hasta finales del año 75, tratar de llevar a cabo tal promoción en España fue poco menos que una entelequia.

Esta situación vivida en España de independencia jurídica en materia de libertades respecto de los países “de nuestro entorno” parece ser la responsable de que, hasta hace relativamente poco tiempo, los estudios dedicados a la investigación y la docencia de la Filosofía del Derecho tuvieran por objeto materias (tales como la Sociología jurídica, teorías del Derecho o de la Jus-

ticia...) en cuyos análisis no se aludía, siquiera tangencialmente, a cuestiones relacionadas con los derechos humanos, de tal forma que en este tiempo es reducido —cuantitativamente— el sector doctrinal que decididamente se dedica a la investigación y promoción de estos derechos, con el objetivo último de propiciar en un futuro el reconocimiento normativo y la aplicación práctica de los mismos en el Ordenamiento español¹.

La transformación jurídica que España experimenta durante la transición política supone la “puesta al día” de nuestro país en materia de derechos humanos, con la ratificación de numerosos textos internacionales relativos al reconocimiento, garantía y promoción de los mismos. El hito fundamental de esta transformación lo constituye la redacción y aprobación de la Constitución en 1978, no sólo por la inclusión y desarrollo en el articulado de la misma de un listado de *derechos fundamentales y libertades públicas*, sino también por el reconocimiento expreso que la CE hace de la Declaración Universal y del resto de tratados internacionales ratificados por España (art. 10).

La radical modificación que *sufre* el Ordenamiento jurídico español con la introducción en el mismo de forma expresa —y como pilar básico— de los derechos humanos, se traduce en el planteamiento a la doctrina de numerosas cuestiones de índole teórica y práctica que deben ser respondidas.

En las facultades de Derecho, serán principalmente las áreas Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional² las que inician (o “continúan” aquellos pocos que ya habían comenzado tiempo atrás) una reflexión más o menos extensa acerca de la problemática que la incorporación de los derechos humanos en el Ordenamiento plantea, analizándose tanto el concepto, la génesis histórica o la fundamentación de los derechos humanos como la resolución de los problemas que plantea la operatividad práctica y la garantía efectiva de dichos derechos —ahora derechos “fundamentales”— en un Estado democrático.

En esta tesitura de cambio³ es en la que reaparece en el panorama de la Filosofía del Derecho, merced al impulso que recibe de la también reanimada Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, el *Anuario de Filo-*

¹ Ello no es de extrañar si se consideran cuáles son las consecuencias prácticas que se derivan de la decidida apuesta por los derechos humanos. A modo de ilustración, *vid.* prólogo de ATIENZA, PECES-BARBA, ELIAS DIAZ, FERNANDEZ ROZAS y GONZALEZ CAMPOS, *Política y Derechos Humanos*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1976, pp. 9-14.

² Entonces todavía denominadas de “*Derecho político*”, principalmente porque la denominación de “Derecho constitucional” hubiera resultado paradójica, teniendo en cuenta que básicamente, en el plano constitucional, dedicaban al estudio y la explicación del sistema alemán.

³ El Director del *Anuario*, J. J. Gil Cremades, lo expresa en la Presentación de la obra: “Empezar de nuevo significa, entre otras cosas, percatarse de que diversos hechos, distintos de los

sofía del Derecho, publicación que ya había comenzado —y terminado— su andadura años antes (1953-1977) y que, en esta “nueva etapa” está dirigido intelectualmente por el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza, bajo el patrocinio del Ministerio de Justicia.

En cuanto al contenido material del *Anuario*, la estructura se repite desde el primer volumen, aún con cierta flexibilidad adquirida con su evolución temporal, dividiéndose cada tomo en varias secciones: la primera contiene colaboraciones de distintos autores, todas ellas referidas a una misma cuestión, variando cada año la materia objeto de la monografía; a continuación, la denominación “Estudios” incluye artículos de contenido diverso sin conexión material entre sí; bajo la rúbrica “Notas” se agrupan colaboraciones semejantes a los “Estudios” por su contenido desigual pero diferentes por su menor extensión; a continuación, tras dar cuenta en las “informaciones” de parte de lo que acontece en el mundo de la Filosofía del Derecho (congresos, seminarios, simposios...) se pasa a las noticias bibliográficas, primero a través de una “crítica” —que frecuentemente se convierte en jugoso “debate” al permitir dar respuesta al autor de la obra criticada— y, después, a través de las “recensiones” de novedades bibliográficas nacionales y extranjeras (en los años 1991 y 1992 se incluye también una “Crónica bibliográfica” a cargo de José Calvo González que, en palabras del Director del Anuario, “*intenta contener, siguiendo leve hilo conductor, lo que a juicio de su autor es destacable entre lo publicado recientemente*”⁴).

2. “Antes” y “después” de la Revolución Francesa

2.1. Los derechos humanos en el Anuario de Filosofía del Derecho (1984-1988)

En materia de derechos humanos se puede observar una clara evolución ascendente en el contenido del *Anuario de Filosofía del Derecho*, hallando el punto de inflexión en el del año 1989, cuya parte monográfica se dedica a la

iniciales y siguientes, se han producido en el gremio dedicado en España a la Filosofía del Derecho. Además, y con mayor relevancia, se han producido en el contexto social. No se trata ahora de analizarlos, no vaya a ser que, por desoír la advertencia nietzscheana, 'buscando orígenes se convierta uno en cangrejo'. Pero tampoco hay la obligación de asumir como 'idiosincrasia de los filósofos, su falta de sentido histórico'.

⁴ GIL CREMADES, J. J.: “Presentación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo IX, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1992, p. 10.

conmemoración del segundo centenario de la Revolución Francesa y de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano; llegándose incluso a dividir en 1991 la sección “Estudios” en varias subsecciones, siendo rubricada una de ellas “Derechos Humanos”.

En los cuatro primeros volúmenes el tema de los derechos humanos no aparece expresamente tratado en apenas ninguna de las colaboraciones incluidas, así como tampoco en la parte monográfica, los “Estudios” o las “Notas”. A pesar de ello, la atención de determinados —y muy concretos espacialmente— sectores doctrinales dedicados a estos derechos se vislumbra en las críticas bibliográficas y recensiones.

El *Anuario* de 1984 dedica su parte monográfica al tema “La decisión jurídica”. En la sección “Estudios” se puede encontrar el trabajo de Saavedra López, “La libertad de expresión y el problema de la televisión privada en nuestro ordenamiento jurídico”, en el que el autor, tras una breve referencia a la regulación internacional, lleva a cabo un análisis de la operatividad en el Ordenamiento español de la libertad de expresión referida al sector de la televisión que complementa con la interpretación que realiza de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En cuanto a las noticias del panorama bibliográfico, en la sección de “Crítica bibliográfica” este primer *Anuario* contiene un comentario de la obra del profesor Atienza, *Marx y los derechos humanos*, a cargo del profesor Estévez Araújo, replicado a continuación por el autor mismo y en la sección de “Recensiones” incluye una de las obras del profesor Puy, *Derechos Humanos*.

En el *Anuario* de 1985, que dedica su parte monográfica al tema “Derecho, paz, violencia”, sólo se hallan referencias a los derechos humanos en las recensiones de las obras del profesor Eusebio Fernández, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos* —obra recopilatoria de artículos publicados en diversas revistas con anterioridad— y del profesor Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*.

El *Anuario* de 1986, tras dedicar su monografía al tema de la “Metodología jurídica”, da noticia de la publicación en España, en 1984 —y su repercusión posterior—, de la obra del profesor de Oxford, Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, traducción al castellano del *Talking about rights seriously*, publicado por vez primera en 1977.

En el *Anuario* de 1987 la parte monográfica se dedica al “Principio de igualdad a fines de siglo xx”, ocasión que aprovecha el profesor Pérez Luño para, en el artículo que titula “Sobre la igualdad en la Constitución española”, referirse a la triple dimensión que la igualdad tiene como principio, valor y

derecho fundamental, realizando, con el denso estilo que le caracteriza, primero una comparación entre nuestro texto constitucional y otros textos normativos (en concreto, lo dispuesto acerca de la igualdad en la Ley fundamental de Bonn, en la Constitución italiana y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos) y, después, una somera referencia a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y un más profundo análisis jurisprudencial de las sentencias del Tribunal Constitucional español que se refieren a la igualdad.

También en este *Anuario* de 1987 se publica, en la sección de “Crítica bibliográfica”, una comunicación de la profesora Rojo Sanz titulada “Apuntes sobre el imperativo categórico y los derechos humanos (a propósito de recientes interpretaciones de Kant)” y recensiones de la obra de Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, y de la obra común realizada por iniciativa de la UNESCO, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*.

En el *Anuario* de 1988 se puede observar la misma escasez de colaboraciones referidas a derechos humanos que en sus predecesores; dedica su parte monográfica a la “Situación de la Sociología del Derecho” y es en los “Estudios”, donde se halla una traducción al castellano de un artículo del profesor de Edimburgo, Neil McCormick, hecho público por vez primera en 1975 y titulado “Los derechos de los niños, una prueba de fuego para las teorías de los derechos”, cuyo objetivo no es, a pesar de lo que se parece vislumbrar en el título, determinar o analizar aquellos derechos cuya titularidad corresponde a los niños sino, partiendo de la premisa de que los niños tienen derechos, probar la existencia de cuestiones cuya resolución es imposible si se utiliza el sistema propugnado por Hart y la jurisprudencia analítica.

El autor, tras exponer cuales serían los argumentos de unas y otras en lo relativo a la naturaleza de los derechos de los niños, rechaza frontalmente las teorías voluntarias (que afirman que “tener un derecho equivale al reconocimiento legal o moral de que la opción de un individuo es preeminente sobre la voluntad de otros en una materia y en una relación dada”) y se decanta como firme partidario de las tradicionales teorías del interés (que afirman que “tener un derecho significa tener los propios intereses protegidos de cierta manera por la imposición de limitaciones normativas —legales o morales— a los actos y actividades de otras personas con relación al objeto de los intereses propios”), aunque las matiza para poder elaborar una teoría propia acerca de la naturaleza de los derechos en general.

Así, McCormick incluye los derechos de los niños dentro de la categoría de los “derechos morales” (cuya premisa, según él mismo, es la aceptación

del “principio de que los seres racionales deben ser respetados como fines en sí mismos”), denominación que es propugnada un sector de la doctrina anglosajona, y utiliza esta categoría (los derechos morales en general y los derechos de los niños como una concreción de aquéllos) como una especie de “piedra de toque” que, aplicada a cualquier teoría de los derechos, responde acerca de su fiabilidad, demostrando en este caso la quiebra de las teorías voluntarias para las que, lógicamente, los derechos morales aparecen como una simple “elucubración teórica”.

Finalmente, en la sección “Recensiones”, el *Anuario* de 1988 reseña la obra del profesor Ezcurdia Lavigne, *Curso de Derecho Natural. Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos (Parte general)*.

2.2. El Anuario de Filosofía del Derecho de 1989 (o de la transformación de los “droits de l’homme et du citoyen” en “derechos humanos”)

Aprovechando la efemérides, en 1989 el *Anuario* se plantea “*hacer balance, a dos siglos de distancia, de la Revolución Francesa y su influjo en el pensamiento jurídico y político*”⁵; para ello, dedica su parte monográfica al tema “Revolución liberal y Derechos (1789-1989)” y así en este *Anuario* se rompe la tónica que habíamos observado hasta ahora, incluyendo en su parte monográfica varias colaboraciones dedicadas *stricto sensu* a los derechos humanos.

A) La primera colaboración que aquí nos interesa es la de Norbert Bilbeny, “Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil”, en la que, aunque se refiere a un derecho concreto, se puede observar de manera indirecta el clima iusfilosófico en el que se desarrolla la Revolución y la redacción de la *Déclaration*. El autor analiza la posición de Kant ante la Revolución Francesa y como, a pesar de simpatizar con los fines perseguidos por la Revolución —y de ver en ella la posible “puesta en práctica de la filosofía política de su admirado Rousseau”—, reniega de los medios empleados para su consecución.

En este artículo se explica como Kant mantiene que existen dos formas de introducir la “Idea” de una “comunicada pacífica internacional”: bien a través de una revolución, lo que transitoriamente deja a la comunidad sin

⁵ GIL CREMADES, J. J.: “Presentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VI, 1989, p. 11.

Estado de Derecho alguno o bien a través de una “*reforma paulatina según firmes principios*”.

Aceptar la primera de las posibilidades supone reconocer la legitimidad del derecho de rebelión que, según Kant, podría fundamentarse utilizando tres argumentaciones:

- En primer lugar, podría admitirse un “derecho natural a la felicidad” pero, aceptar la existencia de este derecho supondría introducir la más absoluta relatividad en el sistema legal, que sería objeto de continuas variaciones, debidas, precisamente, a que la subjetividad es una característica constitutiva de la felicidad;

- En segundo lugar, podría fundamentarse en la expresa introducción en el sistema legal de un derecho excepcional que previera la creación y actuación —también excepcional— de un órgano encargado de determinar cuándo el poder legal ha incurrido en los excesos que permiten el ejercicio del derecho de rebelión; parece obvio que este poderoso “*contrapoder*” perdería, una vez constituido, su carácter de excepcionalidad y se ocuparía directamente del ejercicio del poder legal;

- En tercer lugar, el derecho de rebelión podría fundamentarse en un “derecho natural a la libertad” que, frente al “derecho natural a la felicidad”, tiene la ventaja de ser objetivo —“*la libertad es una idea universal de la razón pura práctica*”—, pero tiene el inconveniente de que el derecho a la libertad no podría positivarse, dado que el sistema legal puede garantizar la libertad externa —en la relación social— pero, en ningún caso, la libertad interna o moral.

Vistas las nefastas consecuencias a que conduciría el reconocimiento del derecho de rebelión (la destrucción de los fundamentos en que se basa la convivencia de una comunidad), la conclusión parece evidente: cualquier tipo de movimiento revolucionario carece de base legal o moral.

Tras analizar este discurso teórico de Kant, Norbert Bilbeny analiza la posición que de hecho mantiene Kant frente a la Revolución Francesa y como tras condenar el regicidio de Luis XVI, busca la única comprensión posible para las acciones del pueblo francés: “*Si la revolución no es planteable en términos éticos y de Derecho positivo, es cuando menos comprensible en sus términos políticos, como ejercicio de la libertad por el pueblo soberano a través de una acción diferente de la que prescribe la pura razón.*” Esta postura del filósofo de Königsberg lleva al autor a calificarlo como “*un curioso revolucionario nada partidario racionalmente de la revolución*” y a aportar en la parte

final de la colaboración algunas posibles justificaciones de su actitud “tímida y ambivalente” frente a la Revolución Francesa.

B) Inmediatamente después de esta refutación del derecho de rebelión en el pensamiento de Kant, se encuentra el artículo del profesor Montoya Sáenz titulado “Rousseau y los Derechos del Hombre”. El autor, tras comenzar señalando que la poca atención que ha recibido la doctrina de los derechos humanos en Rousseau se debe a que dicha doctrina no está claramente deslindada en sus textos, sino mezclada con sus teorías antropológicas y sus doctrinas políticas y jurídicas, a continuación manifiesta su intención de demostrar como a pesar de ello el concepto de los derechos humanos juega un importante papel dentro de su pensamiento.

En el artículo se rastrearán los textos de Rousseau para presentar lo que, a juicio del autor constituye su “doctrina esencial” consistente en que *“aunque la noción de derechos humanos tiene sus raíces en el estado de naturaleza y la ley natural, sin embargo no tiene sentido antes del estado civil (no puede haber ‘derechos naturales’, puesto que la noción misma de derecho hace referencia a una situación social, a una situación de relativización del individuo, que rompe con el carácter espontáneo del estado de naturaleza)”*.

Rousseau distingue entre los derechos que se basan en los “dones esenciales” de la naturaleza —como la vida y la libertad— y los basados en las “convenciones e instituciones” humanas, el principal de los cuales es el derecho de propiedad, dado que su reconocimiento es el que determina, por una parte, el fin del estado de naturaleza y el comienzo del estado civil y, por otra, el establecimiento de las primeras reglas de justicia, *“pues para dar a cada uno lo suyo es preciso que cada uno pueda tener algo”*; ello teniendo en cuenta que el derecho de propiedad es un derecho “prepolítico”, es decir, que su reconocimiento no es consecuencia del establecimiento de un orden legal-estatal, sino el origen del mismo.

En cuanto a los “derechos del ciudadano” (que no son los derechos que los ciudadanos tienen en un Estado determinado, sino *“los derechos que deben tener en cualquier Estado legítimo”*), su validez tampoco está en función del reconocimiento que de ellos haga la norma positiva sino que, al contrario, es la validez de ésta la que depende del reconocimiento de aquéllos. De tal forma que los derechos del ciudadano vendrían a constituir la “parte normativa” del contrato social (una especie de “test de calidad” de las normas positivas que emanan del Estado que se desprende de ese contrato social).

En el paso del estado de naturaleza al estado civil, los “dones de la naturaleza” también se transforman, convirtiéndose en “derechos” *stricto sen-*

su; la libertad natural, característica del “hombre”, en libertad civil, característica del “ciudadano”, constituyendo *“el ambiente natural del ciudadano, su verdadero estado de naturaleza”* (en palabras del mismo Rousseau citadas por el autor: *“lo que el hombre pierde por el contrato social es su libertad natural y derecho ilimitado a todo lo que tienta y puede alcanzar; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no equivocarse en estas compensaciones, es preciso distinguir bien la libertad natural, que no tiene otros límites que la fuerza del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general.”*)

Uno de los elementos constitutivos de la libertad civil será el concepto de igualdad, ya que *“sólo podemos ser libres en la medida en que seamos iguales, es decir, en la medida en que tengamos igual capacidad de influencia en las decisiones sociales”* puesto que, como se ha dicho, la libertad civil sólo está limitada por la voluntad general. De todo ello, el autor deduce que el derecho fundamental de los ciudadanos es el *derecho a igual libertad* que, en la práctica se debe reflejar principalmente en la participación activa en la elaboración de la legislación vigente.

Montoya Sáenz finaliza con una referencia a la reflexión que Rousseau hace acerca de la operatividad del derecho a la propiedad en el estado civil ya que, si bien afirma que *“el derecho de propiedad es el más sagrado de todos los derechos de los ciudadanos, y más importante en ciertos aspectos que la misma libertad (...) porque es el verdadero fundamento de la sociedad civil y la verdadera garantía de los compromisos de los ciudadanos”*, también mantiene que en un estado político ilegítimo *“la propiedad puede desarrollar una dinámica propia y transformarse en una fuerza opresora que llevaría a la tiranía y a la eliminación de toda libertad”*, para concluir con la afirmación de que *“toda la doctrina de Rousseau acerca de los derechos humanos está centrada en torno a la idea de libertad. La propiedad es una afirmación de la libertad frente a otras personas concretas”*.

C) La tercera colaboración en el *Anuario* de 1989 dedicada a los derechos humanos es el artículo del profesor Puy, “Los Derechos en la Declaración de 1789”, en la que se lleva a cabo una magnífica —y muy útil para realizar una aproximación sintética— labor de sistematización del contenido del texto revolucionario.

A modo de introducción se presenta una reflexión acerca de varias cuestiones: *“¿Qué significa la expresión ‘derechos’ en la Declaración (...)? ¿Qué ‘derechos’ son los derechos que declara (...)? ¿Qué queda vigente de esa declaración de derechos dos siglos después de su formulación?”*, para, después examinar las siguientes cuestiones:

En primer lugar, se analiza la terminología que se usa en la DDHC, y también las críticas que la misma ha recibido en este período de dos siglos: básicamente la expresión “derechos y deberes” y los calificativos a ella referidos: “sagrados”, “inalienables”, “inviolables”, “preciosos”, o “apreciables”.

También terminológicamente se analiza la titularidad de los derechos compendiados, llegando a la conclusión de que ninguna de las fórmulas utilizadas entonces es aceptable actualmente: la expresión “derechos del hombre” por la exclusión expresa que hace de una parte del género humano —las mujeres—; la expresión “derechos de todos los miembros del cuerpo social” porque demuestra que estos derechos no fueron concebidos como referencia al ser humano en general, sino a una clase determinada: la formada por ciudadanos *stricto sensu*, es decir, la burguesía, y en tercer lugar, la fórmula “derechos del hombre y del ciudadano” porque al ser la suma de las dos primeras compendia también todas las críticas que se les han hecho.

En segundo lugar, la opinión del autor en cuanto a los derechos que la Declaración contiene es original: *“La enumeración de los derechos de la DDHC es parca pero suficiente. Lo que en todo caso no se le puede reprochar es que omita los que omite. Ya es bastante con que dijera lo que dijo.”*

La principal virtud que se destaca de esta enumeración es que todos los derechos formulados se siguen manteniendo en la actualidad (derecho a la libertad, a la propiedad, a la seguridad, a la resistencia, a la expresión, a la igualdad, al control de la administración tributaria, a la participación política...), al tiempo que se comenta brevemente la importancia que el reconocimiento expreso de cada uno de ellos tuvo en su momento.

En tercer lugar, se hace referencia al sistema de garantías que se establece para asegurar la efectividad de los derechos reconocidos en la DDHC: primera, la declaración solemne de los derechos, que al tiempo supone la *positivación* de los mismos, procedimiento que, siendo inusual en aquel momento, una vez consolidado dota a los derechos de una publicidad que dificulta su vulneración impune; y segunda, la conversión en normas “jurídicas” de normas hasta entonces “morales”, transformación que abre la posibilidad de utilizar la coacción —de la fuerza pública— para hacer respetar el contenido de dichas normas.

En este mismo apartado el artículo se refiere a las limitaciones que ya los redactores reconocieron a los derechos contenidos en la DDHC: la determinación de los derechos por ley, la responsabilidad ante la justicia, el respeto a los derechos de los demás y el mantenimiento del orden público; limitaciones que simplemente constituyen el reconocimiento de otros derechos

(a la legalidad, a la responsabilidad, a la efectividad estricta de los derechos fundamentales y al orden).

Finalmente, en lo relativo a la fundamentación de los derechos de la DDHC, el profesor Puy expone tres fundamentaciones: la denominada "*fundamentación inmediata*" que se deriva de la redacción de la Declaración por una asamblea de representantes del pueblo avalada por su rey —procedimiento que se ha seguido desde entonces—; la "*fundamentación mediata*" que supone que los derechos deben garantizarse por dos motivos: "*Afirmativamente, porque su efectividad y garantía limita al poder y produce la felicidad de todos; y negativamente, porque su violación e ineffectividad destruye la constitución, corrompe al gobierno y ocasiona la desgracia pública*"; y la "*fundamentación remota*", que supone la consideración de los derechos como derivados no ya de una "ley natural", sino de la ley "divina" (en este tema, el profesor Puy se remite a otras publicaciones ⁶).

Para terminar, únicamente comentar que, en el plano fáctico, el autor reconoce expresamente las "espantosas agresiones a todos los derechos humanos" que fueron llevadas a cabo durante la Revolución Francesa, pero afirma que ellos no debe ser utilizado en contra de la DDHC porque "*la cuestión no consiste en qué hizo la revolución con los derechos de todos los seres humanos a los que atropelló, violó y guillotínó. La cuestión consiste en qué habría hecho si no hubiera tenido siquiera el freno que suponía la invocación de los derechos*".

D) La última colaboración que el *Anuario* de 1989 dedica específicamente a los derechos humanos es el exhaustivo y esclarecedor artículo del profesor Peces-Barba titulado "Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa", en el que se adelanta una pequeña parte de lo que incluirá una publicación posterior más compleja ⁷.

En la introducción, el profesor Peces-Barba, tras exponer la premisa de la que parte para la concepción los derechos humanos, es decir, que estos derechos "*son un concepto histórico y que no se pueden entender plenamente prescindiendo de los materiales que la historia nos proporciona*", expresa la idea de que la DDHC es la cristalización de un largo proceso político. ("*La primera generación de los derechos humanos, impulsada por el pensamiento liberal cons-*

⁶ Vid. VV.AA.: *El fundamento de los Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1989, páginas 289-302.

⁷ Vid. PECES BARBA, G.: *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991.

tará de los derechos individuales, de los derechos de participación política, de las garantías procesales y del derecho de propiedad, y se forma a través de un recorrido histórico que dura dos siglos hasta 1789, pero desde el principio, aunque sea de una manera germinal, apuntan todas las dimensiones.”)

Para examinar el proceso histórico de positivación de esta denominada “primera generación” de derechos humanos, se comienzan analizando las Declaraciones inmediatamente anteriores en el tiempo, correspondientes al “modelo inglés” y al “modelo americano”, poniéndose de manifiesto como el modelo francés será la consecuencia de la ruptura jurídico-política con el sistema anterior que produce la Revolución: mientras que el modelo inglés es más bien fruto de la evolución del “buen derecho de los ingleses” que se transforma en los “natural rights of freeborn Englishmen”, mientras que el modelo americano, partiendo de la misma base que el inglés, es consecuencia de las ansias de libertad con que llegan a las colonias americanas los individuos que proceden de Europa.

En un segundo momento, en lo que el autor denomina “*los fundamentos ideológicos mediatos*”, el artículo analiza, según manifiesta expresamente “sin ánimo de exhaustividad”, las aportaciones ideológicas que se pueden encontrar en la DDHC (“*el iusnaturalismo racionalista, Locke, el humanismo laico desde los libertinos a Voltaire, la Enciclopedia y su entorno ilustrado, Montesquieu, los fisiócratas y Rousseau*”) para después pasar a “*los fundamentos inmediatos*”, que son los que determinan la redacción misma de la Declaración. Dentro de estos fundamentos inmediatos, el profesor Peces-Barba expone y analiza con una precisión casi horaria las vicisitudes por las que pasa la DDHC hasta ser aprobada el 26 de agosto por la Asamblea General.

El profesor Peces-Barba, al final de la colaboración, afirma certeramente que “*otro artículo podría empezar donde éste va a concluir, con el estudio de las repercusiones y de las influencias que surgen ya desde la aprobación del texto*” y, a modo de conclusiones, deja abiertos y señalados los caminos que una investigación posterior podría llevar a cabo, refiriéndose a la “*nueva legitimidad*” que instituye la Declaración al marcar el paso del Antiguo Régimen al nuevo Estado liberal (respondiendo las preguntas “¿quién manda?”, “¿cómo se manda?” y “¿qué se manda?”); al contenido casi “constitucional” que tiene la Declaración al contener ya un esbozo de los principios que deben regir en un Estado de Derecho; a la evolución que una elaboración racional, como es la Declaración, experimenta con el devenir histórico; a la superación de las crisis del iusnaturalismo y del voluntarismo estatalista que lograron los redactores de la Declaración aunando en un solo texto elementos formales

—“*poderes y procedimientos de producción de normas*”— y materiales —“*valores, principios y derechos fundamentales*”—; a la regulación jurídica que desde entonces se reconoce que debe tener la libertad para lograr el pleno desarrollo del ser humano en sociedad; o a las evidentes contradicciones que existen dentro de la Declaración, lógicamente justificadas por la multiplicidad de fuentes de las que bebe el texto.

El artículo finaliza con el reconocimiento del rasgo más característico de la Declaración: su carácter universal, su referencia a toda la humanidad a pesar de ser pensada como la solución a los problemas de la Francia de 1789: “*Tiene esa vocación de universalidad, un talante casi religioso, aunque el mensaje a pesar de la referencia al ser supremo y a los derechos naturales presente un tenor laico, donde lo sagrado es el hombre. (...) Si se evita tomarla al pie de la letra (...) y se acepta que el mundo de los derechos humanos no acaba en 1789, como por otra parte la realidad se ha encargado de demostrar, su valor es vivo y dinámico para avanzar en la defensa de la dignidad del hombre.*”

En otro orden de cosas, y para finalizar con lo relativo al *Anuario* de 1989, reseñar que su sección “Debates” incluye una jugosa polémica mantenida entre los profesores Estévez, Gordillo y Capella por una parte (“Los derechos un poco en broma: Las razones de Peces-Barba sobre obediencia, desobediencia y objeción”) y, por otra el profesor Peces-Barba, con objeto de los puntos de vista expresados por éste en el número 5 (1988-89) del *Anuario de Derechos Humanos*, de la Universidad Complutense de Madrid.

2.3. Los derechos humanos en el *Anuario de Filosofía del Derecho* (1990-1992) (de la Revolución Francesa a la conquista de las Indias)

El *Anuario* de 1990 dedica su parte monográfica a la “Legitimación de la democracia”, rúbrica bajo la cual encontramos dos trabajos que se refieren a los derechos humanos: uno de manera indirecta, titulado “Paradojas de la democracia”, de Ernesto J. Vidal Gil (lo que el autor pretende es exponer algunas de las contradicciones que se producen en la aplicación de los sistemas democráticos y, al hilo de ello, conceptúa a los derechos humanos como la nota propia de la democracia plena —moderna—, que permite, según Bobbio, observar la diferencia que existe entre ésta y otros sistemas también pluralistas pero no democráticos —como los feudales— o democráticos pero no pluralistas —como las democracias antiguas—) y otro de forma directa, el de Luis García San Miguel titulado “Democracia y Derechos Humanos en la

sociedad Post-Industrial”, que pretende analizar la influencia que los cambios experimentados por la sociedad industrial tendrá sobre el sistema democrático en el que esta sociedad se asienta.

El segundo artículo está dividido en dos partes; en la primera, el autor se refiere a tres obras (su ensayo *La sociedad autogestionada*, *La sociedad post-industrial*, de Daniel Bell, y *La tercera ola*, de Alvin Toffler) para determinar las transformaciones que va a experimentar el sistema político democrático, las transformaciones previsibles en el orden económico y “*las fórmulas que se proponen para adjudicar los puestos que pudiéramos llamar de responsabilidad social*”. En la segunda parte, el autor trata de determinar cuáles serán los problemas con los que habrá de enfrentarse la democracia del futuro y las soluciones que es posible formular para los mismos. Así, comienza exponiendo los principios —de libertad, de igualdad, de eficacia, de calidad y de convivencia pacífica— a los que se supone debe ajustarse “*cualquier forma de organización social*” en aras de determinar cuáles son los valores y fines que trata de realizar. Al analizar el principio de libertad se hace una referencia parcial a los derechos humanos —“*son derechos que se ejercen frente al Estado, justamente porque de éste pueden venir los mayores peligros...*”— caracterizándolos como “*parcelas de libertad personal de las que todos los individuos puede disfrutar*” y, al examinar el principio de igualdad, tras dar cuenta de las concepciones socialista y liberal, se hace una referencia a los denominados “derechos de la minorías” con la intención de determinar cómo ha de operar el principio de igualdad de oportunidades.

Ya en la sección “Estudios” y bajo la rúbrica “De la modernidad”, se incluye una colaboración del profesor Mikunda Franco titulada “J. Lipsio: neoestoicismo, iusnaturalismo y derechos humanos”, en la que se trata de *desagraviar* a la figura de Justo Lipsio (1547-1606) por el injusto olvido en el que parece sumida.

Tras una síntesis de lo que fue su intranquila vida en una turbulenta Europa agitada militar e intelectualmente por las guerras de religión, se analiza su obra, su inclusión en el neoestoicismo político y su posición respecto del absolutismo y del pensamiento de autores tales como Maquiavelo y Bodino, haciéndose notar como el pensamiento de Lipsio es uno de los fundamentos del posterior iusnaturalismo racionalista protestante, y por lo tanto, precursor del concepto de los derechos humanos —“naturales”— que esta corriente elaborará más adelante.

En la misma sección de estudios y bajo la rúbrica “Retorno anglosajón” encontramos dos colaboraciones referidas de forma más o menos directa al

tema que nos ocupa, la de María Elósegui titulada "El derecho del ciudadano a la participación en la vida política en Hume, Smith y la ilustración escocesa", y la de Angela Aparisi Miralles titulada "Thomas Jefferson y el problema de la esclavitud".

La primera parte se dedica a la conexión existente entre las ideas de David Hume y Adam Smith, mostrándose como en el pensamiento del primero se ha obviado tradicionalmente el análisis de sus escritos de contenido económico, y en el del segundo, los de contenido político. La autora analizará la conexión que existe entre la aparición de la sociedad comercial y la extensión a toda la población del derecho a la participación en los asuntos políticos, limitado en un primer momento a los propietarios de fundos —*landowners*—, llegándose a la conclusión de que la "libertad política" —"*derecho a participar en el gobierno de los asuntos públicos*"— está indisolublemente aparejada con la libertad económica. Aunque ello no quiere decir que Hume y Smith atacaran el derecho de propiedad individual para lograr la libertad política de los ciudadanos —como se hará más adelante— sino justo lo contrario, al propugnar que todos los individuos se conviertan en propietarios y, por lo tanto, en ciudadanos de pleno derecho (aparece de nuevo la idea que ya vimos expuesta en el artículo del profesor Montoya Sáenz sobre Rousseau —*Anuario* de 1989— de que la propiedad permite la realización de la justicia, pues ¿cómo dar a cada uno lo suyo si se elimina el concepto de propiedad privada?).

Respecto de la igualdad, es posible distinguir dos niveles en ambos autores: en abstracto, todos los individuos son iguales, pues todos participan de la misma naturaleza humana pero, de hecho, desde el nacimiento hay desigualdad tanto en las oportunidades como en las capacidades. El estudio se completa con una referencia al derecho de igualdad en el pensamiento de Adam Ferguson y las teorías de Hume y Smith respecto de la división y organización de la emergente sociedad comercial.

En la colaboración de la profesora Aparisi se vuelve a tocar el tema de la igualdad, esta vez desde el punto de vista de la esclavitud y del contenido de la Declaración de Independencia de las colonias americanas redactada por Jefferson. La autora, tras poner de manifiesto que el contenido de la Declaración se refiere a una serie de derechos naturales —fundamentales— que el Estado debe reconocer a todos puesto que "es evidente por sí mismo que todos los hombres son creados iguales" y que los principios que proclama la Declaración son "*aplicables a todos los hombres, cualquiera que sea su nacionalidad o época en la que se desarrolle su existencia*", lleva a cabo un de-

tallado análisis filosófico, jurídico e histórico de la posición que el redactor de la Declaración de Independencia mantiene acerca de la esclavitud y de cómo va plasmando ésta en los distintos textos jurídicos en cuya elaboración participa (curiosamente, si bien cree que es evidente que la esclavitud atenta directamente contra el principio de igualdad —*“nada hay escrito con más certeza en el libro del destino que el que estas gentes han de ser libres”*— parece que no llegó a concebir en ningún momento que blancos y negros pudieran llegar ni a mezclarse biológicamente ni a convivir en un mismo territorio —razón por la cual ha merecido recientemente la calificación de “racista” que la autora trata de matizar—).

A modo de conclusión se señalan las contradicciones en que incurre una Declaración que, pretendiendo fundamentar la independencia estatal en los derechos inalienables de los hombres, excluye del ejercicio de los mismo a toda una raza y que permite, de hecho, que el “derecho a la búsqueda de la felicidad” se convierta en el “derecho al mantenimiento del *status*” adquirido por una parte de la población merced a la explotación de la otra.

El *Anuario* de 1991, de nuevo aprovechando la próxima efemérides, dedica su parte monográfica al tema “España y América, ayer y hoy (1492-1992)”. En ella, prácticamente todas las colaboraciones se dedican al estudio y constatación del nacimiento del *derecho de gentes* merced a las repercusiones del descubrimiento y la conquista de América por los españoles del siglo xv. De todos los artículos, reseñar el escrito por el profesor De Lucas acerca de la xenofobia y el racismo titulado “España en el 92: ¿De refugio a fortaleza?”, y el de Wolf Paul titulado “Los derechos del indio - ayer y hoy”, cuyo contenido podemos incluir dentro de lo que el profesor Peces-Barba, siguiendo terminología de Bobbio, denomina “proceso de especificación” —o “de concreción”— de los derechos fundamentales⁸.

El autor de esta última colaboración pretenderá responder a las siguientes tres interrogantes: “¿Quién es el sujeto de los derechos indígenas, quién es indio? ¿Qué es el ‘derecho indígena’? ¿Cuál es la realidad de los derechos indígenas?” Para ello desarrolla un sociológicamente bien documentado estudio acerca de cuestiones tales como la situación de los indígenas antes de la conquista europea, la gran diversidad que la amplitud territorial provoca y también de las actuaciones positivas que bien los Estados implicados —como Brasil— o bien las organizaciones internacionales —ONU— llevan a cabo en aras de reconocer el “derecho a la diferencia” en vez de la “obligación de soportar la discriminación” de que deben gozar los indios hoy.

⁸ PECES-BARBA, G.: *Op. cit.*, pp. 154-155.

Tras la parte monográfica, en el *Anuario* de 1991 encontramos dentro de la sección “Estudios” la rúbrica “Derechos Humanos” y en ella dos colaboraciones, una de José García Añón titulada “Las teorías de los derechos morales: algunos problemas de concepto”, y otra de M.^a Encarnación Fernández Ruiz-Gálvez titulada “‘Precursores’ en la defensa de los derechos de las mujeres”.

La primera de ellas presenta desde una nueva perspectiva las teorías de los *moral rights* manteniendo que, si bien es cierto que tienen problemas importantes —como “*la confusión concepto-fundamento*”—, también lo es que solucionan algunas carencias —como “*la diferenciación concepto-validez*”—. Con la intención manifiesta de limitarse a los problemas de concepto de estas teorías —y a si los autores que las mantienen han ofrecido alguna solución a los mismos—, se analizan los siguientes tres problemas: la confusión del concepto con el fundamento en estas teorías, la conexión que realizan entre la moral y el Derecho y la confusión que mantienen entre el concepto y la validez.

Respecto de la confusión entre el concepto y el fundamento, el autor sintetiza las críticas de que son objeto estas teorías: incurren en la falacia naturalista —confunden lo que “es” con lo que “debe ser”—, son teorías monistas —dan una misma solución al problema del concepto y del fundamento— y sostienen presupuestos iusnaturalistas. Se argumentan todas ellas y se rechaza la caída en la falacia naturalista —recurriendo a la idea de que la realidad “necesidades del ser humano” es tan “valiosa” que debe ser protegida normativamente—; se admite el monismo de estas teorías —puesto que “*concepto y fundamento vienen definidos a partir de bienes, intereses o necesidades básicas*”—; y también se admite su fundamentación iusnaturalista “*débil*” —al considerar que “*algunos de los presupuestos iusnaturalistas de los que parten surgen de la consideración histórica que tuvieron en su origen las declaraciones de derechos humanos*”— al tiempo que se critica la posición de Bentham respecto de los derechos, naturales y morales.

Respecto de las otras dos cuestiones —conexión entre la moral y el Derecho y confusión del concepto y la validez—, el autor sistematiza cuales son las posiciones de los que mantienen las teorías de los derechos morales y cuáles son las críticas que tales posturas han recibido.

La segunda de las colaboraciones —“‘Precursores’ en la defensa de los derechos de las mujeres”— resulta ser un adelanto de la parte monográfica del *Anuario* de 1992 que se reseña más adelante. La autora aprovecha el cumplimiento del segundo centenario de la redacción de la *Déclaration des*

droits de la femme et la citoyenne para estudiar el contexto en el que aparecen las primeras aportaciones en defensa, específicamente, de los derechos de la mujer (nótese como podemos de nuevo situar el contenido de este artículo dentro del “proceso de especificación” de los derechos fundamentales a que se refiere el profesor Peces-Barba).

La autora dedica la primera parte de este estudio “*al análisis de los caracteres de la discriminación de las mujeres en la modernidad*”, haciendo curiosas referencias de las aportaciones doctrinales que hacen Rousseau, Kant y Hegel, dándose el acuerdo entre todos ellos de que las mujeres han de ser discriminadas en la vida política, económica y cultural, discriminación justificada en la “subjetividad” femenina frente a la “objetividad” masculina al analizar las situaciones que puedan acontecer en dichos ámbitos y también en la educación específica que han de recibir —porque, como expresa Rousseau, “*deben aprender muchas cosas, pero solamente aquellas que les conviene saber*”.

La segunda parte se dedica al estudio de las reivindicaciones que a finales del XVIII se realizan en pro de la no discriminación de la mujer —aunque el origen de la idea de la igualdad natural entre los sexos es posible situarlo ya a finales del XVII—. Básicamente, el artículo se refiere a tres “precursores” en la reivindicación de los derechos de las mujeres —sobre todo, del derecho de las féminas a la participación política en plano de igualdad con los hombres—; estos autores son, en la Francia revolucionaria, Condorcet —con su *Essai sur l'admission des femmes au droit de cité*, de 1790— y Olympe de Gouges —con la ya referida *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, de 1791— y, en Inglaterra, Mary Wollstonecraft con su *A vindication of the Rights of Woman*, de 1792.

El artículo termina con una referencia histórica al movimiento feminista con la que se trata de precisar el papel desarrollado por sus “precursores” doctrinales, señalándose por una parte el carácter tradicionalmente no-unitario de este movimiento feminista y, por otra, el aglutinamiento que logra en el siglo XX en torno al problema del voto femenino —el denominado “sufragismo”.

Para acabar con el contenido del *Anuario* de 1991, una simple referencia a la sección “Crítica bibliográfica”, que incluye consideraciones críticas de dos obras: la de el profesor Prieto Sanchís, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, y la del profesor Porras del Corral, *Derecho, Igualdad y Dignidad. En torno al pensamiento de Ronald Dworkin*, ambas a cargo de Blanca Martínez de Vallejo.

El *Anuario de Filosofía del Derecho* de 1992 dedica su parte monográfica al tema “Mujer, Poder, Derecho” y, como indicación del contenido de los

artículos que la componen, valga la división en tres partes que expone el Director del *Anuario* en su “Presentación”: *“En primer término la estrictamente jurídica, que analiza distintas propuestas de una ‘Teoría feminista del Derecho’ (...). A estos primeros artículos siguen otros que versan, en segundo término, del feminismo en su dimensión política (...). Por último, desde distintas perspectivas éticas se aborda, afirmativa o negativamente, la hipótesis de la ‘diferencia’.”*

En cuanto a los “Derechos Humanos”, reseñar únicamente en este *Anuario* la presencia en la sección “Estudios” y bajo la rúbrica “Valores jurídicos” del artículo de Esperanza Ferrando Nicolau, “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, en el que se analiza este derecho desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, conectándolo con otros derechos más o menos próximos (tales como el derecho al “hogar” —entiendo “vivienda” y “hogar” como dos posibles puntos de vista de una misma realidad—, el derecho a la intimidad — que sería uno de los fines que llevan a los hombres a construir y habitar casas—, el derecho a la vida —aludiéndose a la distinción que algunos autores hacen entre este derecho “a la vida” y el derecho “a vivir” y entendiendo comprendida en este derecho, en cualquier caso, la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano—) y, sobre todo, con conceptos actuales como son la “calidad de vida” y el pensamiento ecológico. El artículo finaliza con una referencia a la protección del derecho a una vivienda digna en el Derecho positivo a nivel nacional e internacional y con la conclusión de que *“a este derecho fundamental hay que encontrarle su pleno significado, y un camino para ello puede ser el señalado por el nuevo modo de pensar ecológico”*.

Finalmente, en la sección “Crítica bibliográfica” se recogen reseñas de las obras *Derechos humanos* —recopilación de artículos sobre el concepto, el fundamento y los sujetos titulares de los derechos humanos llevada a cabo por el editor Jesús Ballesteros— y de la obra de Paloma Durán, *Deberes sobre el género (a propósito del Plan para la igualdad de las mujeres)*.



SOCIAL PHILOSOPHY & POLICY *

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid.



NO de los aspectos más debatidos de la fundamentación moral de los derechos humanos es el lugar que ocupa en ella el valor de la solidaridad. Quizá no sea casual y es posible que la discusión se haya centrado precisamente sobre este punto porque el concepto de solidaridad tiene muy diversas implicaciones. En efecto, admitir una u otra versión del principio de la fraternidad, o tener una u otra opinión sobre el valor moral del altruismo, determina en alguna medida una concepción subyacente de la política, de la economía y también, como es lógico, del Derecho.

Y es que el problema de la solidaridad puede ser enfocado, por ejemplo, desde una perspectiva individualista y kantiana, que ciertamente tiene que

* "Altruismo", *Social Philosophy and Policy*, vol. 10, núm. 1 invierno de 1993; editada por el Social Philosophy and Policy Center, de la Bowling Green State University, Ohio (USA), Cambridge University Press, 1993.

diferir de otros enfoques más abiertos a dimensiones comunitarias. Desde otro punto de vista, en cambio, se podrán realizar consideraciones tanto de tipo económico como político, puesto que, en alguna medida, los límites de la solidaridad, constituyen también los límites entre la acción pública justificada y la acción privada.

Es precisamente este carácter interdisciplinar y complejo del valor solidaridad, en cuanto fundamento de algunos derechos humanos, el motivo por el cual se reseña aquí el último número de la revista norteamericana *Social Philosophy & Policy* (vol. 10, número 1) dedicado íntegramente al problema del altruismo.

En su artículo Th. E. Hill ("Beneficence and self-love: a kantian perspective") defiende una alternativa kantiana como punto intermedio entre el egoísmo absoluto y la obligación absoluta de ayudar al prójimo. Se trataría de un tipo de obligación moral de beneficencia que, sin embargo, no puede ser exigida de forma coercitiva y que además se encuentra limitada en su extensión por el requisito de la racionalidad de la acción del sujeto.

El siguiente artículo, en cambio (Ch. M. Korsgaard, "The reasons we can share: an attack on the distinction between agent relatives and agent-neutral values"), frente a la opinión de Nagel, apela a ciertas formas de integración comunitaria para justificar objetivamente algunas formas de adhesión altruista. La raíz del rechazo generalizado de estos aspectos de la moralidad se encontraría, en su opinión, en una profunda aceptación de premisas utilitaristas y edonistas por parte de la filosofía contemporánea.

Hablar de altruismo afecta pues al presupuesto inicial de la ciencia económica, el presupuesto de la racionalidad de la acción de los individuos, que el comportamiento altruista pone en cuestión. En este volumen algunos autores se enfrentan a esta premisa antropológica del egoísmo racional (D. Schmidtz, "Reasons for altruism"; R. Sudgen, "Thinking as a team: towards an explanation of non-selfish behavior"; y J. Hampton, "Selflessness and the loss of self") y exploran aquellas situaciones en las que la ciencia económica se detiene ante el límite de su propia lógica interna.

Porque parece que incluso la acción racional y egoísta puede tener consecuencias solidarias o altruistas con respecto a la comunidad: por ello Neera K. Badwar (en "Altruism versus self-interest: sometimes a false dichotomy") defiende frente a la pureza individualista de la moral kantiana, una concepción intuitiva y pragmática de la virtud que alcanzaría también a dimensiones altruistas. También frente al universalismo kantiano, W. Galston ("Cosmopolitan altruism") sostiene la existencia de "otras" razones morales

en el ejercicio de un altruismo limitado al ámbito de una comunidad particular y no universal, como ejercicio de "responsabilidad hacia lo particular".

Por su parte, y desde otra perspectiva, R. T. Long (en "Abortion, abandonment, and positive rights: the limits of compulsory altruism") analiza dos derechos fundamentales que aparentemente responden a principios morales diferentes: el del hijo a no ser abandonado y los de la madre a interrumpir el embarazo. Según el autor, sólo el derecho positivo permite establecer un límite entre las acciones altruistas legítimas y las que no lo son, en las cuales una persona puede ser considerada como simple instrumento respecto del derecho de otra.

Por último, otro artículo de este número (D. J. Den Uyl, "The right to welfare and the virtue of charity") está relacionado con los derechos humanos y con la concepción kantiana de la moral; la tesis que el autor discute es la siguiente: puesto que los derechos sociales son derechos respaldados por la normatividad del Estado, y en cambio las acciones morales consisten únicamente en decisiones voluntarias y no coactivas, el ámbito en el que se ejercen los derechos sociales es un ámbito en el que la virtud (privada) está ausente. La opinión del autor es la de promover un fortalecimiento de la virtud; según él, ésta sería la opción coherente con el liberalismo clásico.

Liberalismo, concepción kantiana de la moral, racionalidad económica de los agentes sociales, integración comunitaria, individualismo y egoísmo, son algunos de los conceptos analizados en esta revista; su clarificación, en mi opinión, es necesaria para una discusión sobre el valor de la solidaridad.



CAHIERS DE PHILOSOPHIE POLITIQUE ET JURIDIQUE *

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid.



L primer número del año 1992 de los *Cahiers de philosophie politique et juridique* (número 21) contiene dos partes diferentes: la primera recoge diversos trabajos relacionados con el concepto general de derechos humanos, mientras que la segunda está dedicada a un tema más específico, como es la difícil relación entre la teoría de los derechos humanos y el relativismo cultural.

En el primer artículo del volumen, la profesora Goyard-Fabre ("Les droits de l'homme: exigence éthique ou catégorie juridique") dedica su contribución al tradicional doble aspecto de los derechos del hombre como exi-

* "La politique et les droits", *Cahiers de philosophie politique et juridique* (dirigido por Otfried Höffe), número 21/1992; editada por el Centre de Publications de l'Université de Caen, 1992.

gencias éticas y como instituciones jurídicas. La autora sostiene la complementariedad de ambos enfoques: este dualismo, en su opinión, no sería exclusivo de los derechos humanos, sino que sería una característica general de cualquier forma de Derecho, puesto que éste nunca pierde su doble naturaleza normativa y fáctica.

Quentin Skinner se aleja en su trabajo ("Les idéaux républicains de liberté et de citoyenneté") de los problemas específicos concretos de los derechos humanos y estudia algunas dificultades de la noción de libertad negativa, así como dos tesis aparentemente contradictorias con ella: la primera es la necesidad de cumplir ciertos deberes y virtudes cívicas para garantizar el disfrute de las libertades; la segunda es la posibilidad de que los ciudadanos puedan ser obligados a ser libres.

La incontrollable proliferación de nuevos derechos fundamentales es el argumento del artículo de F. Schröter ("La plasticité des droits"): esta proliferación pondría en peligro no sólo su eficacia como instrumento jurídico, sino también su rigor conceptual como categoría jurídica. Ejemplo de esta proliferación y multiplicación de derechos es el caso estudiado por J. Y. Goffi ("Le droit à la vie"). En el caso de la madre embarazada y del feto, las posibles situaciones de conflicto entre derechos se multiplican a raíz del perfeccionamiento de las técnicas médicas en las intervenciones terapéuticas sobre el embrión.

La segunda parte de este número de los *Cahiers* está dedicada a un interesante problema teórico del concepto general de derechos humanos. Como es obvio esta categoría jurídica y moral ha nacido y tiene justificación en el contexto cultural occidental y moderno, pero posee como característica esencial su pretensión de validez universal.

Diversos factores determinan la acuciante actualidad de este problema: en primer lugar la progresiva toma de conciencia de que nuestras sociedades serán en un futuro próximo no sé si multiculturales pero, cuando menos, multiétnicas; por otra parte, la circunstancia de que en estos últimos años ha sido ya superado el empuje del relativismo cultural extremo y, en su vertiente política, el anticolonialismo intransigente, tantas veces desbordado por la complejidad de los hechos; por último, el incesante desarrollo tecnológico en muchas sociedades del tercer mundo va a plantear en ellas situaciones imprevistas de necesidad extrema, totalmente impensables en el marco de las culturas tradicionales.

O. Höffe (en "Les principes universels du droit et la relativité culturelle") se pregunta si los derechos humanos pueden llegar a encontrar una

legitimación culturalmente neutra, basada en el criterio de reciprocidad, de forma que los derechos puedan ser compatibles con tradiciones culturales diferentes a aquella en la que tuvieron su origen.

El siguiente artículo, en cambio, aborda la relación entre la filosofía universalista de los derechos con la matriz ideológica del relativismo, es decir, el idealismo romántico, que, por otra parte, no deja de ser también una tradición filosófica estrictamente occidental.

Uno de los casos prácticos en los que este problema se manifiesta de forma más evidente es en la ayuda a los países del tercer mundo (P. Laberge, "L'aide liée au respect des droits de l'homme et le relativisme culturel"). Alguna forma de etnocentrismo resulta sin duda ineludible en este caso: la mínima injerencia cultural, o la mínima injerencia ineludible (al menos desde el punto de vista occidental), debería estar limitada a la intervención para la defensa de los derechos civiles.

Un autor africano y en principio ajeno a la cultura occidental (Benezet Bujo, "La compréhension du droit dans le contexte traditionnel négro-africain") analiza tres instituciones básicas del Derecho occidental en su aplicación al mundo africano (la propiedad privada, el derecho a la educación y el derecho al libre consentimiento en el matrimonio). El autor pretende evitar la posible uniformación intercultural y mantiene el propósito de defender una "dignidad igual" para todo ser humano inserto en su propia cultura.

El número de la revista se cierra con un artículo de G. Seel ("Le pouvoir politique et les droits de l'homme") en el que se sostiene, dentro del contexto de la filosofía política contemporánea, la interdependencia y circularidad teórica entre el concepto de poder político y el de derechos del hombre.



**ARTICULOS PUBLICADOS EN REVISTAS
ESPAÑOLAS SOBRE TEMAS RELACIONADOS
CON LOS DERECHOS HUMANOS (1991-1993)**

Elviro Aranda, Gema Rosado y Carlos Deocón

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Año 11. Núm. 31. Enero-abril 1991

FRANCISCO RUBIO LLORENTE: *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción*, pp. 9-36.



STAMOS ante un trabajo de aproximación a las bases teóricas del principio de igualdad; desde éstas, nuestro autor, intentará explicar y entender la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en dicha materia.

Para el profesor Rubio Llorente la noción de igualdad ha de entenderse

como un *concepto relacionar*, no una cualidad de una persona, de un objeto o de una situación. Es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones, es, por tanto, resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los términos de comparación. Además, la igualdad predicada de un conjunto de entes diversos se ha de referir a uno o varios rasgos o calidades en ellos discernibles; estamos ante la determinación del punto de vista comparativo, el *tertium comparationis*, y se ha de entender que la determinación de éste es una decisión libre, aunque no arbitraria del propio juez.

Dicho lo anterior, el autor pasa a ocuparse del principio de igualdad como principio normativo. Como tal no se puede entender como consecuencia de un previo juicio de igualdad, sino que afirma una igualdad que el Derecho ha de respetar por principio, sin que ello excluya diferencias, *tertium comparationis*, en relación con determinadas consecuencias jurídicas.

A partir de esta toma de posición, el profesor Rubio Llorente hace una breve enumeración de los hitos más significativos por los que pasa la igualdad en la Historia de las Ideas (*Estoicismo, Cristianismo, Pactismo ilustrado y Revolución liberal*). Pero no acaba la evolución del principio de igualdad con la construcción liberal, ésta se ve alterada a lo largo del siglo XIX y parte del XX por la "revolución social". Se generaliza el sentimiento de que la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad; la sociedad no es un "hecho natural" y por ello no son naturales las diferencias. Según nuestro autor, este cambio de significado del principio de igualdad ha generado interrogantes que quizás todavía hoy están sin resolver.

Se tiene, y esto es lo que ha de estudiarse a la luz de la jurisprudencia de los diferentes Tribunales Constitucionales, que dar respuestas a preguntas como: ¿Cuál es el criterio de igualdad que se ha de aplicar? ¿Quién ha de demostrar la "racionalidad" de la norma? o ¿Qué se ha de entender por igualdad "positiva"?

Todos éstos son los principales problemas que la aplicación del principio de igualdad plantea a la jurisdicción constitucional, y son los que se deberían estudiar para valorar su obra. En definitiva, el principio de igualdad es el foco de la tensión entre el legislador y el juez, entre la política y el Derecho, y es en consecuencia su aplicación la que más frecuentemente suscita acusaciones de activismo judicial o de abdicación de juez ante la arbitrariedad de legislador.

Año 12. Núm. 35. Mayo-agosto 1992

PEDRO CRUZ VILLALON: *Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas*, pp. 63-83.

El artículo del profesor Cruz Villalón tiene su origen en la ponencia presentada al III Coloquio Internacional de Aix-en-Provence, celebrado los días 12 y 13 de julio de 1991, con el tema: "Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux". En este trabajo el autor refleja cuál ha sido la línea seguida por nuestro Tribunal Constitucional en la atribución de titularidad de los derechos fundamentales a dos sectores problemáticos —en esta cuestión— de la sociedad actual: extranjeros y personas jurídicas. Obviando reflexiones generales y teóricas en cuanto a la construcción general de la titularidad de los derechos fundamentales, el análisis realizado se centra en el estudio de la polémica concreta que en torno a cada uno de estos sujetos se plantea.

Los derechos fundamentales de los extranjeros son analizados desde un punto de vista formal —fuentes reguladoras de los mismos— y jurisprudencial. Con base a estas dos dimensiones y fundamentalmente siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, los derechos de los extranjeros son clasificados dependiendo de su naturaleza y de su vinculación, por un lado con el artículo 10 de nuestro texto constitucional y por tanto con la dignidad de la persona —incluyendo aquí derechos que toda persona por el hecho de ser tal debe de tener garantizados (vida, integridad física y moral, intimidad, libertad ideológica...) y en los que no es posible introducir limitación por razón de nacionalidad (SSTC 107/84; 99/85; 115/87)—; y aquellos otros cuya atribución es inescindible del concepto de nacionalidad —derechos políticos y derechos sociales— (STC 107/84). Entre estos dos grupos de derechos —introduciendo un cierto criterio de graduabilidad— existiría un tercero receptor de aquellos que obtienen su régimen de la voluntad del legislador, son derechos de configuración legal (art. 13.1 CE).

En el estudio de la titularidad de las personas jurídicas, el autor, siguiendo la evolución jurisprudencial, sienta como conclusiones la posibilidad de entender tanto a los grupos sociales expresivos de derechos específicos, como a las personas jurídicas de derecho privado, como titulares indiscutibles de aquellos derechos fundamentales que por su propia naturaleza puedan ser ejercidos por estos entes colectivos. Mayor problema se plantea en el supuesto de dilucidar la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas. A este respecto, haciéndose eco, brevemente, de las diferentes pos-

turas doctrinales, el autor resume la dificultad planteada. Sin tomar partido decidido y criticando alguna de las apreciaciones del Tribunal, el autor hace un recorrido por las tres sentencias constitucionales que han llevado al Tribunal a extender a las personas jurídico-públicas determinados derechos fundamentales, frente a una postura inicial de cierto rechazo en la sentencia 64/88. Esta línea jurisprudencial tiene su origen en la sentencia 4/82, en la que se estima el recurso de amparo planteado por el organismo autónomo "Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación", sin entrar el Tribunal a cuestionarse problema alguno relacionado con la titularidad de los derechos de este organismo público. La siguiente resolución es la contenida en la sentencia 19/83, en la que se mantiene el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las personas que tengan capacidad para ser parte en un proceso. Sin embargo, el problema de fondo, la titularidad tampoco aquí es objeto de tratamiento por el Tribunal, y ello porque el fundamento quinto de la sentencia circunscribe la posibilidad de ejercicio de este derecho por las personas jurídico-públicas cuando actúan en relaciones de Derecho privado, quedando así equiparadas a las personas jurídicas privadas. Es la sentencia 64/88, la que ha propiciado la posibilidad de extender en determinados casos la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas. Resuelve la citada sentencia un supuesto en que es parte la Administración del Estado, actuando como sujeto público (proceso contencioso-administrativo). La ambigüedad de la declaración del Tribunal y la existencia de tres votos particulares a la misma ponen de manifiesto la polémica que genera la cuestión. Para concluir, el profesor Cruz Villalón entiende que frente al reconocimiento que existe en favor de las personas jurídicas privadas y de los grupos expresivos de derechos, como titulares de aquellos derechos fundamentales que por su naturaleza sean susceptibles de ejercitarse por sujetos no individuales, es difícil mantener una extensión generalizada de estos derechos en favor de los poderes públicos.

Gema Rosado Iglesias

Año 12. Núm. 36. Septiembre-diciembre 1992

FRANCISCO CAAMAÑO: *Mandato parlamentario y derechos fundamentales.*

El artículo tiene, como peculiaridad metodológica, la presentación de un cambio de orientación en el tratamiento de su objeto. Este, por su parte,

es menos amplio de lo que el título promete, pues se refiere no a la globalidad de los derechos fundamentales, sino a los contemplados en el artículo 23 de la CE (participación, representación y acceso a funciones y cargos públicos).

Pretendiendo “incorporar una imprescindible dimensión democrática a la teoría de la representación”, el autor aborda, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional española (a la que compara brevemente con la italiana), una inversión metodológica en el estudio del mandato parlamentario, que parte de “los ciudadanos como sujetos políticos constitucionales, titulares de derechos fundamentales, a la reconstrucción del marco constitucional y no a la inversa”.

Caamaño deduce, de la jurisprudencia glosada, un “derecho fundamental interactivo”, consagrado en el artículo 23 CE, que legitima tanto al representante como a los representados para interponer recurso de amparo por quebrantamiento de dicho derecho fundamental interactivo mediante normas infraconstitucionales, de modo que “el mandato parlamentario se inviste de una mínima pero irreductible vertiente fundamental...”, límite, además, de la representatividad “interpuesta” de los partidos políticos.

La conclusión viene anticipada en el subtítulo del trabajo: el artículo 23 es el soporte constitucional para una teoría de la representación constitucionalmente adecuada. “La autonomía del representante ya no descansa en la prohibición del mandato imperativo del artículo 67.2 CE, sino en el valor de los derechos fundamentales del artículo 23.”

Carlos Deocón

REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Núm. 12. Mayo-agosto 1992

JAVIER PEREZ ROYO: *Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales*, pp. 233-249.

El trabajo del profesor Pérez Royo se adentra en el estudio de las condiciones y relaciones que configuran los mecanismos de garantías constitucionales.

En la tradición americana el esfuerzo por las garantías constitucionales es el esfuerzo por las garantías de las minorías frente a las mayorías. Dicha

protección tiene su mejor valedor en una articulación territorial del poder, que impida la formación de mayorías consistentes y automáticas. Si, además, para poner en funcionamiento la reforma constitucional se necesitan mayorías “extensas y compuestas”, dicha articulación protege a las minorías que se ven salvaguardadas por la rigidez del texto constitucional.

En este sistema la justicia constitucional se convierte en el mecanismo ordinario de adaptación de la Constitución a las circunstancias históricas.

La experiencia continental europea distingue dos fases o etapas en la conexión entre política y derecho:

a) La Constitución como presupuesto político para la existencia de un Ordenamiento jurídico.

En este primer momento el sistema europeo se encuentra más preocupado por las garantías del Estado que por las garantías constitucionales. La codificación es la expresión más clara de un sistema que pretende entronizar al Estado mediante su Ordenamiento jurídico, y donde el poder constituyente hace posible el ordenamiento pero deja fuera de él la Constitución (Hobbes, Rousseau, Laband).

b) La Constitución como documento político y como norma jurídica.

Es el constitucionalismo democrático, que en buena parte reproduce el esquema americano: Constitución como norma jurídica; reforma constitucional como instrumento ordinario de interpretación y adaptación a los cambios ordinarios (H. Kelsen, K. Hesse).

El profesor Pérez Royo concluye señalando, que en la experiencia democrática española actual se ha dado una sobrevaloración de la garantía ordinaria de la Constitución —Justicia Constitucional—, frente a la extraordinaria —Reforma Constitucional—. Ello por dos razones:

a) Por que la Constitución es un texto de consenso donde todos los sectores sociales están reflejados, y con ellos se reduce la base social que desee su reforma.

b) Porque se mantiene una opinión generalizada en la sociedad española que considera más oportuno políticamente consolidar la indiscutibilidad del texto constitucional.

REVISTA DE DERECHO POLITICO

Núm. 34. 1991

ENRIQUE ALVAREZ CONDE: *Algunos aspectos del régimen jurídico de la prensa*, pp. 11-71.

Este trabajo del profesor Alvarez Conde supone un exhaustivo recorrido por la evolución de nuestra jurisprudencia constitucional en materia de libertad de información, así como una crítica a determinados excesos del propio Tribunal al entrar a conocer en materias de competencia de la jurisdicción ordinaria.

El primer acercamiento a la cuestión la plantea el autor desde la reflexión de la historicidad de los derechos fundamentales, concentrándose en la libertad de información como “derecho nuevo”, incluido recientemente en los textos constitucionales, a cuyo entendimiento como derecho independiente de la libertad de expresión no se ha llegado fácilmente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. La libertad de información queda, siguiendo la jurisprudencia constitucional, configurada como una libertad autónoma, incluida dentro de los derechos subjetivos de defensa, que aunque exige del Estado la garantía de su libre ejercicio, no supone para el mismo un derecho prestacional, una obligación de mantener medios de comunicación con cargo al propio Estado. La última caracterización de la libertad de información —que indudablemente es la que ha dado lugar a mayor número de pronunciamientos del Tribunal— es la referida a su relación con otros derechos fundamentales, del mismo rango constitucional, con los que pueda entrar en conflicto. La doctrina y la jurisprudencia configuran a esta libertad como preferente, en cuanto —dados determinados requisitos— no es tan sólo un derecho individual, sino fundamentalmente un derecho instrumental para el ejercicio de otros derechos fundamentales en la sociedad democrática. Antes de entrar en la concreta problemática de la libertad de prensa en España, y en este marco general de la libertad de información, el autor, brevemente, recoge —sin tomar partido— la polémica doctrinal —también planteada ante el Tribunal (SSTC 6/81; 12/82, y 74/82)— en torno al contenido de tal libertad: ¿incluye la libertad de información el derecho a crear medios informativos de cualquier tipo (incluido por tanto televisión), libremente?

Tras estas consideraciones generales, el profesor Alvarez Conde reseña cuál ha sido la evolución constitucional española en la materia, así como la regulación internacional y el Derecho comparado. Antes de retomar el discurso referente a la libertad de prensa en España tras la Constitución de 1978, incluye una interesantísima “tabla de vigencias” de la regulación pre-

constitucional en materia de prensa —Ley de Prensa de 1966—. El autor critica la inseguridad jurídica que la falta de una derogación expresa y total de esta norma ha provocado en el ordenamiento informativo, porque en la citada regulación “conviven” preceptos derogados expresamente, con otros de dudosa vigencia una vez aprobado el texto constitucional, que no han sido objeto de derogación formal.

El estudio de la libertad de información comienza con el análisis del doble contenido del artículo 20.1, *d*), de la CE. La libertad de información contiene dos derechos diferentes pero íntimamente vinculados: la libertad de informar, y el derecho de ser informado. Ambos derechos se interrelacionan y fundamentan mutuamente, haciendo nacer, desde su duplicidad, diferentes sujetos y, por tanto, poniendo de relieve la necesidad de estructurar mecanismos de defensa desde cada una de las dos dimensiones subjetivas. Es el ejercicio activo el que plantea mayores problemas de determinación subjetiva y de replanteamiento de las garantías específicas que establece la Constitución: secreto profesional y cláusula de conciencia.

El siguiente motivo de reflexión del profesor Alvarez Conde gira en torno a la difícil delimitación de cuál sea el objeto de la información, retomando la polémica inicial en torno a la obligación del Estado de mantener medios de información. El punto de vista ahora adoptado se centra en la obligación de la Administración Pública de informar y en el derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos y registros públicos [art. 105, *b*), de la CE]. Como cuestión de especial relevancia, y que ha sido objeto de manifestación constitucional, el derecho de rectificación es analizado de forma breve, y bajo la perspectiva de garantía del sujeto pasivo, público, a una información veraz. Sin embargo, el tratamiento que el Tribunal ha dado a este derecho ha sido, no el de una garantía de la veracidad de la información recibida, sino como un derecho a disentir, a ofrecer otra versión de los hechos, que en ningún momento obliga al medio de comunicación a negar su información inicial (STC 168/86).

La última parte de este trabajo del profesor Alvarez Conde queda dedicada a las garantías de la libertad de prensa. Acogiendo la crítica de Santiago Muñoz Machado sobre la escasa relevancia que los contenidos constitucionales han tenido en las resoluciones dictadas por los Tribunales ordinarios, concluye, y para ello cita la sentencia del Alto Tribunal dictada con motivo del llamado caso Egin (STC 156/86), manteniendo la necesidad de interpretar extensivamente el derecho a la información, en su doble dimensión individual y colectiva.

ANUARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

T. XI. 1992

ESPERANZA GUIBAN: *Autonomía moral para las mujeres: un reto histórico.*

Preguntándose implícitamente por el sentido y el papel del movimiento feminista en la actualidad, la autora formula la tesis central de su artículo: "el feminismo implica, por encima de todo, una demanda moral", no bastando los logros de una igualdad jurídica.

La liberación moral y autonomía personal son términos que la autora sitúa en el horizonte utópico del feminismo y hace extensibles al género masculino, a través de citas tan dispares como bien trabadas (desde Simone de Beauvoir o J. S. Mil a Kholberg y Piaget, pasando por dos pioneras del feminismo español: Pardo Bazán y Concepción Arenal).

Carlos Deocón

T. XI. 1992

ESPERANZA FERRANDO NICOLAU: *El derecho a una vivienda digna y adecuada.*

Tras acotar el objeto del artículo al ámbito de la Filosofía del Derecho (excluyendo su tratamiento iusadministrativo), la autora trata una serie de temas necesarios para definir la dignidad y la adecuación de la vivienda desde el punto de vista filosófico ("ético" resulta más apropiado, porque al indagar, tal y como hace ella, en su etimología, este adjetivo se muestra muy apropiado al tema del derecho a la vivienda).

Así, Esperanza Ferrando conecta el derecho a la vivienda con el derecho al hogar y a éste con los derechos a la vida y a la intimidad, entroncando después con la calidad de vida y con el entorno adecuado a la vivienda; lo cual le lleva decididamente a tematizarlo en el ámbito del derecho del medio ambiente, relacionando el derecho a la vivienda con la "crisis ecológica".

Por último, nos ofrece un somero repaso al panorama de la protección del derecho a la vivienda, tanto a nivel nacional como internacional.

Carlos Deocón

CLAVES DE LA RAZON PRACTICA

Núm. 25. Septiembre 1992

La sentencia número 75 del Juzgado número 4 de Madrid, de marzo de 1992, absolviendo del delito de insumisión, se ha convertido en lugar común, recipiente adecuadamente conflictivo de opiniones acerca del Derecho de la objeción de conciencia y el tema de la desobediencia al derecho.

Buena muestra de ello es el número de artículos aparecidos sobre el tema. Podemos destacar los publicados en esta revista de Manuel Atienza ("Un dilema moral") y Javier de Lucas ("El castigo de los insumisos").

El primero de ellos presenta, sobre la base de un somero repaso a los antecedentes del caso, el panorama de opiniones y argumentos acerca de las razones absolutorias esgrimidas por el Juzgado, distinguiendo cuatro tipos de ellos: el argumento de la universalidad, el de las consecuencias, el de la coherencia y el de la corrección.

El segundo se refiere al universo de referentes producido en torno a la polémica suscitada, indicando al respecto dos tipos de equivocaciones: la confusión entre objeción de conciencia y desobediencia civil, y la reducción de toda fundamentación del deber de obediencia al Derecho a una obligación de tipo moral.

Carlos Deocón

Núm. 31. Abril 1993.

J. A. BELLOCH: *Racismo, xenofobia y extranjería.*

En un ambicioso artículo, Belloch propone una inversión metodológica en la consideración de los derechos fundamentales de los extranjeros en Europa: frente a la sola consideración de éstos como minoría desde el punto de vista interno, arriesga una mirada desde el mundial, donde el inmigrante no sería minoría, sino mayoría, una mayoría sojuzgada y empobrecida por la "minoría occidental".

El autor saca las conclusiones pertinentes con su propuesta y plantea un tratamiento general del problema del racismo, la xenofobia y la extranjería más allá de las soluciones políticas, jurídicas y económicas parciales: la alternativa al "occidentalismo fundamentalista" y su ideología de enfrentamiento como solución es la del "consenso entre integrantes y marginados", a la que corresponde una ideología de los derechos humanos.

En el contexto de su propuesta, Belloch echa una mirada al Derecho europeo de extranjería, sobre todo al articulado de la Convención de Schengen de 1990, elaborada ante los problemas de la desaparición de fronteras europeas, y sus más preocupantes aspectos en materia de derechos humanos: la regulación del derecho de asilo y el tratamiento informatizado de datos por la Administración en relación con el derecho a la intimidad. (Un buen complemento a este último extremo lo encontramos en el artículo de Luis Otero titulado "Derechos Humanos e informática", publicado en el número 38 de julio-septiembre de 1992 en la revista *Derechos Humanos*.)

El artículo abre perspectivas en la materia que trata más que concluye, en la confesada línea de los trabajos del profesor De Lucas en la misma revista. En ello reside su virtud.

Carlos Deocón

DOXA

Núm. 11. 1992

BRIAN BARRY: *Derechos humanos: Individualismo y escepticismo*.

El objeto del artículo es el eterno tema del fundamento de los derechos humanos. El autor parte de la crítica de posiciones comunitaristas y pragmáticas que devalúan la necesidad de un fundamento abstracto y universal de los derechos humanos, y repasa alguno de los más sugerentes intentos por darla, desde una premisa epistemológica: la noción de "Justicia como imparcialidad".

A partir de una valoración crítica de la obra de MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?*, Barry trata de ampliar el elenco de derechos hipotéticamente consensuados tras el "velo de la ignorancia" de Rawls. Para ello establece una conexión entre liberalismo individualista y escepticismo: no hay certeza de que ninguna concepción sustantiva del Bien pueda justificar racionalmente su preeminencia. Ni siquiera su confesada creencia en la posibilidad de una "concepción ecológica del Bien" está exenta de tal incertidumbre.

En realidad, el artículo trata, antes que de una formulación definitiva del fundamento de los derechos humanos, de cuestiones metodológicas y epistemológicas en el campo de la filosofía moral.

Carlos Deocón

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Núms. 580-581. Enero-febrero de 1993

Sentencia 25-2-1992 del TEDH (caso Pfeifer y Plank contra Austria), que incluye comentario de Margarita Soler Sánchez.

“Minusválidos: Hacia el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por las leyes”, Celsa Picó Lorenzo, Magistrado del TSJ de Cataluña.

Tras un repaso al marco positivo general de la materia, el autor analiza el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los minusválidos, tanto en el ámbito procesal como en el administrativo.

Carlos Deocón

Núm. 583. Marzo de 1993

Aproximación a los criterios jurisprudenciales más relevantes en materia de derechos sociales y su desarrollo en el ámbito económico, por Remedios Sánchez Ferriz, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia.

En el artículo se analizan (junto a consideraciones generales acerca de los derechos sociales, su tratamiento en los Estatutos autonómicos y el papel de la Administración Pública en su realización), las referencias del Estatuto valenciano a los derechos sociales, a la luz de los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional.

Carlos Deocón

CUADERNOS DE INFORMACION JURIDICA DE LA ONCE

Núms. 74 y 75. Noviembre y diciembre de 1992

RAFAEL DE LORENZO GARCIA Y FERNANDO SAN MIGUEL: *Los derechos de los minusválidos físicos y sensoriales.*

En la primera parte de este artículo dividido, los autores presentan una serie de definiciones y magnitudes sobre minusvalías, así como un breve repaso de los Acuerdos internacionales sobre la materia.

En la segunda parte, se hace referencia al tratamiento jurídico de las minusvalías en Europa (iniciativas del Consejo de Europa y normativa de la CEE) y en España (artículos de la Constitución que afectan concretamente a los minusválidos y desarrollo legislativo).

Carlos Deocón

ARTICULOS RELATIVOS A DERECHOS FUNDAMENTALES APARECIDOS EN OTRAS REVISTAS

JORDI BONET I PEREZ: "El problema de la efectividad de las sentencias del T.E.D.H.M; Sentencia sobre el 'caso Bultó' (asunto Barberá, Messegué y Jabardo)", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1 de 1993.

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA: "Sobre la legitimidad de las medidas cautelares utilizadas por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos". (Comentario acerca de la sentencia "Cruz Varas" y otras), *Poder Judicial*, núm. 25, marzo 1992.

GIORGIO RECCHIA: "Derechos Fundamentales e integración europea. La jurisprudencia del TC Italiano". (Trata del control de constitucionalidad italiano en materia de normas concernientes a derechos fundamentales en el ámbito comunitario), *Revista de Estudios Políticos*, núm. 75, enero-febrero 1992.

La revista *Derechos Humanos*, publicada por la Asociación Pro Derechos Humanos, viene dedicando una sección a los derechos de colectivos especí-

ficos, bajo el título de “Guía de los derechos de...”, en la que se combina una visión eminentemente práctica (cómo ejercer los derechos) con reflexiones teóricas. Los publicados durante el año 1992 y en el primer trimestre de 1993 son los siguientes:

Núm. 36 (Enero-marzo 1992): *Derechos del soldado*, con artículo de Francisco Castañón, director de la Oficina del Defensor del Soldado.

Núm. 37 (Abril-junio 1992): *Derechos de la mujer*, con artículo de Elena Vázquez, Consejería de Integración Social de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Núm. 38 (Julio-septiembre 1992): *Derechos del parado*, con artículo de Diego López Garrido, Catedrático de Derecho Constitucional.

Núm. 39 (Octubre-diciembre 1992): *Derechos del inmigrante*, con una referencia bastante completa y práctica a los derechos restringidos por la legislación de extranjería y artículo de Alberto Malodell.

Núm. 40 (Enero-febrero 1993): *Derechos del preso*, con artículo de Emilio Monteserín, sociólogo y funcionario de Instituciones Penitenciarias.

Carlos Deocón

