

**RAFAEL DE ASÍS ROIG**

**SOBRE EL RAZONAMIENTO JUDICIAL**

McGraw-Hill,  
Madrid, 1998, 224 pp.

**César Arjona Sebastiá**

*ESADE-Universitat Ramon Llull  
Barcelona*



L artículo 117.3 de la Constitución española otorga de forma exclusiva a Juzgados y Tribunales la potestad jurisdiccional. Consiste tal potestad en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Y habiendo promulgado el 117.1 que los jueces están «sometidos únicamente al imperio de la ley», ese juzgar no puede materializarse de otra forma que no sea mediante la aplicación de la ley. La aplicación de la ley (en el sentido amplio del término) es la función esencial de todo juez. No se trata de una función genérica ni abstracta: es muy concreta, tanto como su manifestación. Ante el juez se plantean casos, situaciones de conflicto, de confrontación jurídica, y debe resolver al respecto. Debe resolver siempre, y siempre conforme a derecho.



Al juez le son presentados unos hechos (en realidad parte de su tarea consiste en fijarlos) y a partir de ellos debe tomar una decisión mediante la subsunción de tales hechos en la norma jurídica correspondiente. Sin embargo, y dejando de lado cuestiones tales como los antecedentes y la creación judicial, es claro que esa subsunción no resulta tan simple. El automatismo que en muchas ocasiones se pretende atribuir a la labor judicial es reflejo bastante inexacto de la realidad. La aplicación de la ley implica un proceso complejo, intrincado y lleno de matices.

De cara a la toma de la decisión, el juez debe realizar principalmente tres tipos de actividades:

– Probar los hechos. Los hechos alegados son sólo hipotéticos o presumidos. Mediante la prueba de hechos el juez determina qué hechos se tomarán como ciertos. Todos ellos y sólo ellos deberán tenerse en cuenta para determinar el resultado.

– Calificar los hechos. Mediante esta operación el juez traduce la realidad fáctica a realidad jurídica y dota de relevancia normativa a los hechos, que quedan subsumidos en la ley. La interpretación que de ésta se haga juega aquí su papel fundamental.

– Aplicar la ley. Para lo que el juez utiliza los sistemas y abstracciones legalmente contemplados. Esta es, ciertamente, la parte más automática de la función judicial.

Este guión convencional queda de alguna forma reflejado en la obra de Asís Roig. Distingue el autor tres tipos de razonamientos que llevan a cabo los jueces en el desarrollo de su labor: fácticos, indiciarios y normativos estrictos.

Los razonamientos fácticos se relacionan con el propósito de hallar los hechos probados. Su función en el proceso de toma de decisión es la de fijar los hechos.

Los razonamientos normativos estrictos se identifican con la calificación de los hechos, con la tarea interpretativa esencial del juez.

Los razonamientos indiciarios también tienen por objeto la calificación de los hechos, pero su carácter es distinto al de los razonamientos normativos estrictos. Las conclusiones a las que se llegan tanto a través de los razonamientos fácticos como de los normativos estrictos son ciertas: en el caso de los indiciarios tan sólo probables. De ahí que los razonamientos indiciarios requieran de una mayor atención al exponer su justificación y su uso por los órganos jurisdiccionales, como se refleja en la obra.



No es importante sólo la definición e identificación de los diferentes razonamientos sino también su forma de manifestación. Así, los razonamientos fácticos aparecen en cualquier parte de la sentencia a diferencia de los indiciarios (y normativos estrictos) que sólo se incluyen en los fundamentos jurídicos, nunca en los de hecho.

Con todo lo anterior no pretendo más que ofrecer una imagen característica de la obra de Rafael de Asís Roig *Sobre el razonamiento judicial*, así como de su propósito. A pesar de la complejidad técnica a la que en ocasiones eleva su discurso, el autor escribe con talante claro y sencillo, y expresa de tal manera el objeto último de su libro. No es éste otro que dar cuenta de la justificación de las decisiones judiciales tal como los propios jueces la explicitan en sus sentencias. El contexto de descubrimiento queda fuera del ámbito del trabajo, que se centra exclusivamente en la justificación. Y ésta se limita a lo expresado en letra de la sentencia, el instrumento básico del estudio. El análisis es, señala el propio Asís, empírico-analítico (datos y lógica) y no normativo o prescriptivo.

El carácter del análisis, así como su limitación al instrumento de la sentencia, se ve en ocasiones rebasado por necesidades obvias de la materia sobre la que trata. Es algo de lo que ya previene el autor. La saturación o los argumentos respaldo son ejemplos de aspectos que van más allá de ese ámbito estricto que acabo de definir. Sin embargo, son imprescindibles. Es requisito esencial para el rigor de la obra que aparezcan en ella, que sea contemplada su influencia. Sin ellos, el libro quedaría «cojo», incompleto. Eludir los argumentos implícitos que necesariamente fundamentan los que explícitamente formula el juez es restar utilidad y corrección al estudio.

El objeto genérico de la obra se concreta en la creación de modelos que expliquen el razonamiento mediante el que el juez justifica su decisión a partir de unos hechos presumidos. Para la determinación de tales modelos, se toma como unidad básica de análisis el argumento. Sobre los argumentos gira toda la obra. El autor los clasifica, compara, modifica, explica, contextualiza... Expone muy diversos esquemas de argumentos, con diferentes caracteres y funciones, y va adoptando respecto a ellos un lenguaje especial y simbólico que permite el progresivo aumento de la complejidad analítica del trabajo.

Si bien el estilo intelectual de la obra es eminentemente lógico, en el estudio de los argumentos su autor evita de forma expresa el puro análisis de lógica formal. Cito textualmente: «A la lógica, entendida como lógica

formal, le interesa determinar cuándo un argumento es válido y cuándo no lo es (utilizando un sentido de validez propio de la lógica, y que consiste en afirmar que un argumento válido es aquél cuya conclusión se sigue lógicamente de las premisas). (...) En este sentido ... el trabajo no se presenta como un estudio lógico formal de la decisión judicial». Interpreto que esto es así básicamente por dos aspectos:

– Primero, porque como ya he señalado, el trabajo no tiene pretensiones normativas o prescriptivas sino que es sobre todo y ante todo una descripción.

– Segundo, porque el autor se entretendrá determinando las características de una lógica jurídica que es específica, aunque no esencialmente distinta de la lógica genérica.

Siguiendo en esta última línea hay que referirse a la estructura global de la obra que es, creo yo, uno de los aspectos más valiosos de la misma. El estudio se estructura a través de una evolución de lo abstracto a lo concreto cuyos pasos físicamente distingue el autor en tres capítulos diferentes. Esta evolución la determina el fin último ya reseñado de explicación de la justificación judicial tal como aparece en las sentencias. El guión escogido responde con acierto a tal propósito.

Inicialmente la obra nos sumerge en un estudio genérico de lógica. Los argumentos, sin mayor atributo, son aquí objeto de múltiples clasificaciones. Presenta modelos generales de argumentación, esquemas básicos. El capítulo es hasta cierto punto preparatorio. Sienta las extensas bases que permitirán entender la argumentación judicial, pero ni los razonamientos ni los ejemplos utilizados aquí son necesariamente jurídicos.

Posteriormente, el trabajo entra ya a tratar la lógica jurídica. Todo lo expuesto hasta entonces cobra un sentido concreto y el autor sienta las bases de la comprensión de la lógica que es aplicada por los jueces.

El último capítulo, que aparece a modo ejemplificativo, cumple una función explicativa y aclaratoria inmensa. Con él culmina la concreción. Partiendo de la definición abstracta de argumentos con la que inició la obra, Así termina por analizar cuatro sentencias y construir para cada una de ellas un modelo completo de justificación de la decisión que en cada caso tomó el órgano jurisdiccional. Son cuatro casos cuyas líneas argumentales fueron diferentes, de forma que el lector puede comprobar cómo interaccionan los distintos argumentos, cuáles pueden ser las dinámicas de los razonamientos y las construcciones de los argumentos complejos (a los que se

había referido Asís en la introducción). El autor analiza de forma exhaustiva todos los argumentos por los que, en atención a la letra de la sentencia, el tribunal llegó a la conclusión, incluyendo los argumentos respaldo implícitos. Distingue qué tipo de argumentos se utilizan en cada caso, cómo se agrupan entre ellos para establecer la conclusión que es base de un nuevo argumento,... hasta que se hace evidente cómo este minucioso trabajo analítico del autor crea un instrumento claro y completo aplicable a la decisión judicial. Ya que era el objeto del estudio dar cuenta de la justificación de las decisiones tal como constan en las sentencias, estos ejemplos cobran una significación superlativa. No son sólo la conclusión formal de la obra, sino también su conclusión material.

Como he señalado, la lógica jurídica no es propiamente diferente a la lógica en sentido genérico, tal como viene presentada en la primera parte de la obra. Más bien es una peculiaridad de aquélla que se caracteriza por la repetición sistemática de determinadas formas, conceptos o procesos lógicos en el desarrollo de los argumentos (por ejemplo, la utilización común de estructuras argumentativas impropias, donde la conclusión probable de un argumento respaldo se toma como elemento cierto en el argumento principal).

Lo más interesante en ese análisis de la lógica jurídica no es tanto su caracterización autónoma como la manera en la que se formaliza la argumentación jurídica. Estamos acostumbrados a adoptar un enfoque determinado frente a la actividad judicial y una visión (superficial) de la argumentación que comporta. El gran mérito de la obra es mostrar qué hay detrás de esa visión primera y cómo a través de modelos que tengan en cuenta esa realidad producto de una observación más rigurosa se obtiene un instrumento para determinar y entender el verdadero proceso argumentativo del juez.

Un buen ejemplo de ello es la subsunción de los criterios interpretativos en su esquema de argumentos. Los criterios interpretativos son conocidos y estudiados en la teoría general del derecho. La descripción de Asís, aunque simple, supera con creces una idea convencional sobre la posición lógica de tales criterios en el proceso de decisión judicial. Los diferentes criterios de interpretación (literal, sistemático, histórico, psicológico, consecuencialista, de realidad social, de reducción al absurdo, de analogía, de interpretación a contrario y de razón mayor) son identificados como pieza que juega su papel en la dinámica argumental. Y son explicados en los

argumentos respaldo. Debe notarse que en muy escasas ocasiones un criterio interpretativo se explicita en una decisión. Y, sin embargo, los criterios no son normas supletorias que se utilizan para resolver un número escaso de cuestiones especialmente difíciles. Asís sitúa correctamente los criterios para comprobar que actúan siempre y en cualquier razonamiento judicial. Los criterios de justificación valdrían como ejemplo similar, aunque en ellos el autor incluso exceda el razonamiento propiamente jurídico, especialmente en cuanto a la naturaleza de los argumentos inductivos.

A mi entender, el mérito principal de Asís Roig consiste aquí en tomar categorías usuales de la actividad judicial y formalizarlas en los términos, clasificaciones y estructuras lógicas que permitirán su traducción en modelos explicativos de los razonamientos judiciales completos (argumentos íntegros). Logra así un rigor analítico que llega incluso a exceder el razonamiento consciente del juez. Esto, por supuesto, partiendo de la limitación del ámbito de análisis. El autor ya ha indicado prudentemente en su introducción todos aquellos aspectos posibles de análisis que quedan fuera de su estudio. Insisto para terminar: aquí no se trata más que de explicar y entender la justificación de las decisiones que el juez plasma en el texto de sus sentencias. Mucho rigor y una gran coherencia interna determinan el éxito de la obra en su propósito.



**BARRANCO AVILÉS, MARÍA DEL CARMEN**

**LA TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES**

Prólogo de Rafael de Asís, Dykinson,  
Madrid, 2000, 440 pp.

**José Manuel Rodríguez Uribes**

*Universidad Carlos III de Madrid*



L libro objeto de esta crítica tiene un mérito que debe reconocérsele de inmediato: la ambición, que es de su autora, alentada con seguridad por su director de tesis, el Catedrático Rafael de Asís, por dar cuenta precisa de todas las implicaciones posibles, internas y externas, de teoría jurídica y de filosofía política, inmersas en cualquier estudio comprensivo sobre derechos. Claro está que el afán por llegar a todas estas implicaciones teóricas (éticas, políticas y jurídicas), en una investigación, aquí sobre derechos fundamentales, tiene sus riesgos, que no son, eso sí, los que suelen denunciar algunos dogmáticos del Dere-

cho excesivamente condicionados por (y encorsetados en) un positivismo jurídico trasnochado, cuando, junto a la preocupación por la exégesis jurídico-normativa se une, como en el libro de Barranco, la reflexión sobre la justificación y las razones últimas de los derechos a partir de teorías conocidas en el ámbito español. Los inconvenientes son así, no metodológicos o de enfoque, que lleven a un abandono de las exigencias de rigor de toda ciencia, sino de índole «práctico», de posibilidad de respuesta definitiva o concluyente. Pero, no poder llegar hasta la última estación, no obliga a bajarse del tren en la primera como sugeriría aquel paleopositivismo, hoy sólo cobijado en las cabezas de algunos profesores y profesionales del Derecho de vuelo rasante, temerosos de elevarse demasiado y de perderse, nuevamente, en las nubes de la metafísica iusnaturalista. Olvidan que es precisamente en la brecha que existe entre el suelo, o entre las vías del tren, y las nubes, desde donde mejor se ve el paisaje, sin tener que bajar la cabeza o elevarla en exceso. El viaje, hasta donde nos lleve el tren, se hace en mejores condiciones oteando el horizonte, recorriendo estaciones con la cabeza erguida. Ésta ha sido sin duda la actitud de la doctora Barranco, que ha hecho este viaje, largo y seguramente costoso, por la región de los derechos humanos (o mejor, por la de algunas de las teorías más relevantes de los últimos veinte años, en el ámbito español, respecto a aquéllos), con éxito seguro.

El origen de este libro es su tesis doctoral –la información al respecto no es irrelevante– y el resultado es, en efecto, muy positivo. Porque cuando los trabajos son fruto de una investigación de este tipo, suelen producir, si ésta es rigurosa, dos resultados posibles que tienen bastante que ver con la *actitud* metodológica asumida: uno, que la información que se suministre acerca de un autor o de un problema sea profunda, pero estrecha; conocemos mucho de muy poco; dos, que la información se inserte en una tradición intelectual o teórica conocida y se aproveche para innovar ideas y conexiones de ideas; se pierde en profundidad y en originalidad, aunque se gana en coherencia y en vocación de generalidad y sistematicidad. Pues bien, la doctora Barranco ha hecho bien las dos cosas, situándose en una suerte de equilibrio *cuasi-perfecto*, en el que el trabajo se combina con la inteligencia de manera resuelta y exitosa. Pero, como ninguna obra humana, intelectual o no, está exenta de errores o, cuando menos, de posibles interpretaciones o lecturas distintas, críticas o revisionistas, en lo que sigue voy a señalar algunos problemas muy concretos, imprecisiones o defectos,

siempre en sentido débil y muy conectados entre sí, que a mi juicio se encuentran en la obra que presento y que sin duda tienen más interés (¿o no?) que el puro elogio, aunque sea merecido como en este caso.

1. Echo de menos, entre las posiciones contrarias a la noción de derecho subjetivo manejada en el capítulo cuarto e identificadas correctamente en términos generales como, de una lado, «críticas desde el punto de vista externo» –por la vinculación del derecho subjetivo con la tradición liberal– y, de otro, «críticas desde el punto de vista interno» –por la falta de idoneidad técnica de aquél– (pp. 261 y ss.), algunas posiciones concretas. En relación con las primeras, no sólo están las posiciones reaccionarias o tradicionalistas, sino también el clásico planteamiento marxista que ve en la noción de derecho subjetivo una manifestación de la ideología burguesa. Y no pocos autores de la época tratada por nuestra autora (piénsese en Elías Díaz, Juan Ramón Capella, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero o Javier de Lucas, por ejemplo) han asumido en algún momento, siquiera parcialmente –unos más que otros–, elementos de crítica en esa línea. De la misma manera, el frente teórico contiene también «familias distintas» que conviene distinguir. Tanto el formalismo jurídico kelseniano –por razones lógico-normativas–, como el realismo escandinavo –piénsese en Hägerstrom, Olivekrona o el propio Ross–, por tratarse de un recurso mágico alejado de la realidad, como el institucionalismo y el neoinstitucionalismo por razones vinculadas a su antinormativismo, han efectuado críticas teóricas descalificadoras de la categoría de derecho subjetivo que quizá debieran haber sido escudriñadas, en el ámbito académico e intelectual español, por nuestra autora. Sobre todo porque estamos ante un capítulo, el cuarto, con una capacidad explicativa muy grande y un rigor sin duda ejemplar.

2. Es muy insuficiente, y muy discutible hoy (y aquí sí quiero ser rotundo), situar el fundamento último de los derechos, aunque se presente, como lo hace la doctora Barranco, en términos minimalistas, en «la referencia al individualismo ético y (en) la alusión a una fórmula política del Estado de Derecho» (pp. 20 ó 26 y 77 y ss.)<sup>1</sup>. Sobre todo cuando la propia Barranco dedica no pocas páginas a la relación (íntima y necesaria) entre

---

<sup>1</sup> El profesor Albert Calsamiglia, en su último trabajo, ha puesto de manifiesto algunos problemas pendientes a los que el pensamiento liberal no ha sabido dar una respuesta suficiente, aunque algunos contenidos normativos básicos del liberalismo sean hoy no discutibles. *Vide*. CALSAMIGLIA, A., *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, ed. Paidós, Barcelona, 2000.

democracia y derechos (pp. 76-97). Y esto es una crítica tanto a nuestra autora, cuanto a todos los autores tratados por ella y situados en esa tradición cuando se presenta en estado puro. Me parece que las implicaciones teóricas y prácticas de una opción de este tipo no satisfacen suficientemente en nuestro tiempo las exigencias funcionales y sustantivas de los derechos e, incluso, si no se introducen correcciones dialógicas o deliberativas (democráticas) e igualitarias (en términos sustantivos), pueden conducir a una comprensión deformada, en el sentido marxista de la expresión, del tipo humano sujeto de los derechos y del alcance y sentido de su dignidad como fundamento de los mismos. Marx ya lo denunció, pero tiene quizá el mismo valor hoy. El núcleo de certeza derivado de la defensa del individualismo ético, del liberalismo (p. 22) y del Estado de derecho es muy reducido, deja demasiadas zonas de penumbra sin despejar y sólo tiene una virtualidad *negativa y defensiva* como respuesta a las posiciones claramente contrarias a los derechos humanos, particularmente a los totalitarismos y dictaduras de todo signo, y no tanto al anarquismo como Barranco sugiere (p. 77), cuyos problemas son, *prima facie*, más de ineficacia práctica que de injusticia o de incompatibilidad normativa con los derechos humanos.

Por otra parte, la alternativa al liberalismo, salvo en términos muy laxos, no es el holismo, como también apunta nuestra autora (p. 26), sino, cuando nos planteamos el asunto en términos positivos, el socialismo democrático (Europa) o el comunitarismo (EE.UU.), suficientemente autónomos respecto de aquél. Y la coyuntura de los tiempos, o la *praxis*, no debiera afectar al valor de las buenas ideas, cuando lo son, salvo en lo que tiene que ver con su mejor y más correcta explicación y, en su momento, implementación práctica.

3. No comparto el recurso lingüístico, pero sobre todo semántico y de fondo, político-jurídico, a distinciones no del todo claras entre versiones ideológicas del Estado de Derecho (léase –según Barranco inspirada sin duda en Rafael de Asís y su último libro–, Elías Díaz o Eusebio Fernández) y visiones «técnicas» o «descriptivas» (pp. 98-100). Ni éstas son sólo descriptivas (creo que en realidad ni siquiera describen, no son una auténtica *toma de posesión* de la realidad), ni son puramente técnicas en el sentido de no ideológicas. Cuando se estipula un concepto de Estado de Derecho simplemente como *rule of Law* (Raz, por ejemplo, y es determinante aquí su pertenencia a una cultura jurídico-política relativamente distinta a la nuestra, aunque cada vez menos), o mediante exigencias puramente formales

(Barranco cita a Laporta) no se «describe» sino que se *prescribe* un concepto formal o *no normativo* en términos sustantivos. Y esto es *tan ideológico*, al menos en un sentido débil de la expresión –supone, en todo caso, una *toma de posición*–, como las propuestas normativas más o menos exigentes. En otras palabras: no me parece que pueda aplicarse aquí una suerte de distinción parecida a la diseñada por Guastini, recordando a Bobbio, para la Filosofía del Derecho (la hecha por los juristas y la hecha por los filósofos)<sup>2</sup>, de manera que pudiera haber aproximaciones «externas» al concepto de Estado de Derecho que responden a una *Weltanschauung*, a una concepción del mundo más o menos particular, y otras «internas», propias de los juristas cuando hacen teoría del Derecho, irrelevantes desde el punto de vista político. Esto es posible, y tiene interés, y además debe ser así, en relación con conceptos menos problemáticos o propios de la teoría del Derecho *stricto sensu* como los de validez, norma u ordenamiento (aunque si llegamos hasta el final de todas sus implicaciones, o hasta sus primeras causas, tampoco), pero no con un concepto axiológico *per se* como el de Estado de Derecho, cuya definición requiere pronunciarse sobre cuestiones cuando menos de legitimidad. La propia Barranco, si atendemos no tanto a lo que dice sino a lo que hace, parece que refrendaría esta opinión. No en vano dedica no pocas páginas (de la 99 a la 113) a describir y a valorar las distintas versiones de Estado de Derecho, profundamente ideológicas y perfectamente situadas en la historia.

Por otro lado –y ésta no es propiamente una objeción sino un mero desacuerdo–, me parece mejor mantener, salvo que existan razones para no hacerlo que deben explicitarse, el uso y significado *original* de los términos, y esto no sucede aquí con la dicotomía «punto de vista interno»-«punto de vista externo». La doctora Barranco ha preferido el uso más reciente de Ferrajoli y Peces-Barba frente al primitivo de Hart y a reconstrucciones posteriores en el mismo sentido como la de Scarpelli.

4. En relación con ciertos contenidos del capítulo quinto, no me parece indiscutible, por ejemplo, la equiparación entre «paradigma procedimental» y «republicano» (p. 22 y pp. 310 y ss.), o, en la misma línea, tampoco me resultan pacíficas las conexiones entre modelo liberal (y) derechos morales (pp. 352 y ss.) –no creo que Laporta o Ruiz Miguel, por ejemplo, aceptaran sin más esa identificación–, o entre «republicanismo (y) solidari-

---

<sup>2</sup> Cfr. GUASTINI, R., «Imágenes de la Teoría del Derecho», en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer y Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 17-19.

dad» (pp. 373 y ss.) como si ésta no fuera posible en otros modelos no necesariamente republicanos, aunque sí aceptaría la que resta entre «paradigma material del Estado social» (prefiero hablar de social-democracia o de socialismo *en y con* democracia) (e) igualdad.

De la misma manera tampoco comparto la denominación de «modelos no liberales» para referirse a propuestas que tienen nombre propio con formulación positiva y tradición más que suficiente. ¿Por qué no hablar de concepciones social-demócratas de los derechos, republicanas o comunitaristas, ensayando así una clasificación que resultaría sin duda más enriquecedora e ilustrativa? Por otra parte, aunque resulta coherente con su preferencia, en términos generales, por la fundamentación y la concepción liberal de los derechos, supone otorgar una posición de ventaja, cuando menos nominal (y el uso de las palabras en el ámbito político y jurídico, ni es neutral ni deja de producir efectos, deseados o no), al liberalismo (por definir las demás opciones a partir de él) desproporcionada y probablemente injusta si asumimos las consecuencias últimas del pensamiento liberal más allá de matices. La intuición de Rousseau, confirmada particularmente en nuestro tiempo de pensamiento único y globalización, acerca de la inexactitud de reducir el interés general al resultado de la adición bruta de intereses particulares, sin correcciones sustantivas que ni son de todos ni son necesariamente universalizables, no debe ser menospreciada. Es verdad que el recurso a nociones como la de intereses objetivos puede resultar peligroso, especialmente si se afirman desde posiciones comunitaristas fuertes o nacionalistas, aquí sí holistas como diría Barranco. Pero abandonar a su suerte al interés general, como sucede desde su comprensión puramente liberal –pese a que la doctora Barranco lo «mejore», por ejemplo, con el recurso a las tesis de Ferrajoli y Luis Prieto y sus exigencias de igualdad (pp. 364 y ss.) o, antes, al mismo Habermas enfrentado a Rawls (pp. 80 y ss.)–, no debe ser tampoco la solución. Bien al contrario, creo que corregirlo –lo que supone en cierta medida darle la vuelta y dejar de hablar de liberalismo (no pasa nada)–, mediante el recurso a exigencias de racionalidad y de voluntad vinculadas a nociones regulativas como las de necesidades básicas, igualdad o solidaridad, que no son conceptos (salvo el primero y sólo parcialmente) cuyo fundamento sea fáctico de orden cognitivo, puede ser mejor solución para los derechos humanos, definiendo un mínimo normativo que trasciende el liberalismo de partida. Sobre todo si estas exigencias se completan (y se concretan) mediante el procedimiento democrático, el diálogo intersubjetivo entre ciu-

dadanos libres e iguales, en el ámbito del espacio público (opinión pública y parlamento), con suficiente transparencia y plural información, como garantía para la reconstrucción objetiva (y para su posterior implementación práctica) de aquellos valores que sirven de fundamento y de guía a los derechos. Creo que es mejor camino que el de la simple y muchas veces malintencionada, cuando menos conservadora del statu quo, comprensión del bien común como suma «neutral» o «imparcial» de intereses particulares de los que, en efecto, pueden tenerlos, que, en este mundo globalizado y desigual, no *somos* tantos. Incluso entre los que somos, unos lo son sustancialmente más que otros. El mínimo es, así, la democracia y no el individualismo ético liberal. Éste, con el Estado de Derecho, puede no ser más que una coartada ideológica, adornada de pretensión de corrección, para el inmovilismo, particularmente respecto a la satisfacción de los derechos de los más débiles (piénsese hoy, en especial, en los inmigrantes). Por el contrario, la democracia, si reúne aquellas condiciones, bien encauzada más que *limitada* por las exigencias del Estado constitucional de Derecho, puede ser un buen mecanismo, progresivo y que no está *de entrada* a la defensiva, para el desarrollo y la satisfacción real de aquéllos. Soberanía popular y derechos humanos tienen así, enmarcados en el Estado constitucional de Derecho, un «carácter igualmente originario» o «una conexión interna» y «complementaria»<sup>3</sup> y no son, como apunta la profesora Barranco (p. 86), dos alternativas en términos de legitimidad, enfrentadas y entre las que haya, como en una especie de juego trágico, que elegir.

Cohherentemente con lo expuesto, no me parece ajustada, y en nuestro ámbito académico e intelectual es claro, la afirmación de que sólo existen dos únicas visiones de la libertad susceptibles de ser reconducidas, sin violentar en exceso la realidad, a la liberal y a la republicana (pp. 23 y 352 y ss.). Benjamin Constant y su discurso acerca «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», que es básicamente la dicotomía a la que se reduce la tensión, en términos clásicos, entre liberalismo y republicanismo (aunque Constant es un *Republicano liberal* o un *liberal republicano*, como se prefiera) debe ser completada y matizada. Creo que si atendemos a la prioridad que ciertas concepciones sobre la democracia y los derechos humanos otorgan hoy a los contenidos sustantivos de aquélla

---

<sup>3</sup> HABERMAS, J., «El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia», trad. de J. C. Velasco, en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999, pp 25 y 247 y ss.

y de éstos en términos de *libertad igualitaria* (léase, por citar dos autores significativos de la etapa estudiada por nuestra autora, Elías Díaz o Gregorio Peces-Barba), sería más exacto incorporar un tercer tipo de libertad, *a caballo* de la liberal y de la republicana, que participa de elementos identificadores de una y otra, pero que goza de autonomía suficiente y que podría ser definida, nuevamente, como social-demócrata. Tampoco parece descabellado, Habermas insiste en ello, añadir otro modelo de democracia, de carácter procedimental, que el autor alemán, pero también otros como Nino, han denominado, y la profesora Barranco lo sabe sobradamente, «deliberativo»<sup>4</sup>. Sus consecuencias particulares en relación con la libertad, su sentido y justificación en términos ético-normativos, no debe ser desdeñada. Incluso yo, en un trabajo provisional y reciente<sup>5</sup>, me he permitido añadir otras concepciones de la democracia para cuya clasificación no ha sido irrelevante su comprensión de la libertad, el alcance y sentido de este valor central para los derechos humanos.



---

<sup>4</sup> Vide. HABERMAS, J., «Tres modelos normativos de democracia», trad. de J. C. Velasco, en *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, cit., pp. 231-246; o, NINO, C. S.: *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ URIBES, J. M., «Notas sobre Opinión pública y democracia», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* y N.º 34-2000, pp. 113-144.

**FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS R.**

**DERECHOS LINGÜÍSTICOS Y DERECHO INTERNACIONAL**

Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»  
Universidad Carlos III de Madrid  
Dykinson, Madrid, 1999, 176 pp.

**Francesc de Carreras Serra**

*Universidad Autónoma de Barcelona*



A disputa de la época de entreguerras entre los partidarios del monismo y los del dualismo en las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno, ha dado paso, como es sabido, a un amplio acuerdo que, en la práctica, da la razón a los primeros. Sea por los argumentos lógicos de Kelsen (supremacía de las normas internacionales sobre las internas), por los más pragmáticos de Mirkin-Guetzévitch (unidad del derecho público) o por la práctica jurídica de la segunda mitad del siglo XX, lo cierto es que los ordenamientos constitucionales de los Estados tienen los mecanismos adecuados para que la anteriormente poderosa soberanía estatal esté hoy limitada, en su ejercicio, por

las normas internacionales, las cuales, conjuntamente con el ordenamiento interno, constituyen un sistema jurídico complejo pero único.

Así pues, el Derecho de los Estados debe desarrollarse dentro, y no al margen, del Derecho Internacional, de lo cual deriva que la validez de las normas internas dependa, en ciertos casos, de su conformidad con las internacionales. Ello es especialmente importante en todo el movimiento internacional de derechos humanos que permite al Derecho Internacional señalar unos *estándares* mínimos que limitan al legislador nacional en el desarrollo interno de los derechos. Ello posibilita establecer unas pautas comunes en las relaciones entre el poder político y los ciudadanos, y entre los ciudadanos entre sí, que tiendan a igualar las libertades de los seres humanos y, asimismo, establecer unas barreras que los distintos gobernantes no pueden ultrapasarse sin quedar deslegitimados internacionalmente. Naturalmente, estas normas internacionales deben ser lo suficientemente sustanciales y, a la vez, vagas y ambiguas, como para que puedan ser aceptadas por Estados muy diversos y nacer dotadas de un amplio consenso para que tengan una eficacia real.

La regulación de conflictos internos por normas internacionales es especialmente importante en materias arduamente disputadas. El parámetro internacional les confiere una legitimidad de origen que permiten centrar las discusiones parlamentarias dentro de un marco previamente definido e indiscutido. No cabe duda que el tema del cual trata el libro que comentamos –así como el entorno que lo envuelve– es una de las cuestiones que más disputa han generado en el siglo que se acaba. La lengua –dentro del contexto de referencia de culturas, etnias, religiones y nacionalidades– ha generado numerosos conflictos que, en casos, han acabado en enfrentamientos bélicos. En los últimos años, estas materias han vuelto a saltar a la escena política europea tras el derrumbamiento del bloque soviético y han constituido una de las causas –o excusas– de las trágicas guerras de los Balcanes y el Cáucaso, zonas ambas que ya habían sufrido disputas violentas por las mismas razones a comienzos de este siglo. Además, hoy en día el tema de la lengua comienza a adquirir perfiles y dimensiones nuevas debido al proceso de globalización de la economía y del desarrollo acelerado de las comunicaciones en el mundo.

Por todas estas razones, el libro de Carlos R. Fernández Liesa, profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III, resulta más que oportuno. Y, además, hay que añadirle otro mérito: es la primera obra española que trata de forma global, desde la perspectiva inter-



nacionalista, la regulación de la lengua. Por tanto, nos encontramos ante un tema nuevo en nuestro país, sobre el que se ha desarrollado una regulación interna que ha sido objeto de vivas polémicas pero que nunca ha sido contemplado desde la perspectiva que la estudia el autor.

En un tema de esta naturaleza deben distinguirse siempre tres aspectos: *a)* la protección de la lengua como *bien cultural*; *b)* la regulación de la lengua entendida como *signo de identidad* de los grupos sociales y de los individuos; y *c)* la utilización de la lengua como un *derecho de las personas* que debe regularse conforme a los principios de libertad y no discriminación. La no distinción entre estos tres planos suele ser la principal causa de confusión en la materia. El autor no cae en esta confusión, ya que constantemente cuida de distinguir, a lo largo de su estudio, estos tres aspectos.

La finalidad que pretende Fernández Liesa es encontrar en el Derecho Internacional de hoy un estándar mínimo de protección y uso de las lenguas. Para ello utiliza el siguiente procedimiento: tras una breve introducción (cap. I), expone, primero, las principales fuentes normativas respecto de la lengua en el Derecho Internacional clásico –el de la época de entreguerras–, en el contemporáneo –tras 1945– y, más específicamente, en el derecho europeo (caps. II a IV); en segundo lugar, a partir de este abigarrado y complejo material, establece, en el largo capítulo V, los principios básicos de un *estándar mínimo* internacional de derechos lingüísticos.

## I

1. Fernández Liesa trata primero de la construcción de los Estados-nación, formados en base al principio de las nacionalidades o de autodeterminación nacional que, por lo general, impusieron su poder mediante procesos de asimilación lingüística. La alternativa a esta solución uniformadora es el intento, en el período de entreguerras, del sistema de protección de las minorías lingüísticas, para lo cual se aprueban numerosos tratados suscritos entre Estados del centro y este de Europa en el seno del Derecho Internacional elaborado por la Sociedad de Naciones. Ahora bien, en muchos casos, las normas contenidas en estos tratados eran simples soluciones ocasionales que respondían más a los intereses concretos y coyunturales de los Estados que a principios racionales de justicia. Esta es la razón de los límites y las obvias debilidades de la normativa de este período a los efectos de preservar las lenguas e impedir la discriminación de las personas.

No obstante, podemos extraer de todos estos documentos internacionales –más las fundamentales sentencias del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI)– unos principios comunes que pueden ser considerados como el estándar mínimo de aquella época: *a)* libertad de uso de la lengua en las relaciones privadas; *b)* ciertos derechos en las relaciones con las Administraciones Públicas, especialmente con los Tribunales de Justicia; *c)* protección de las minorías en el sistema educativo. Todos ellos, presididos por el principio de igualdad respecto de la lengua, constituyen precedentes válidos del Derecho Internacional actual.

2. Así pues, en la época de la Sociedad de Naciones, el Derecho Internacional en estas materias se orientó hacia la protección de las minorías nacionales aunque no se tuviera una noción clara, aceptada por todos, de tal concepto. A partir de 1945 esta filosofía cambió totalmente y aquello que recibió protección no fueron las minorías sino los derechos humanos: a través de ellos, se decía, se protege también a los miembros de las minorías y, por tanto, a las minorías mismas. Durante este período, el Derecho Internacional sobre la lengua se articula alrededor del artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966 (PDCP), que protege las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas. Este precepto ha sido desarrollado, especialmente, por la «Declaración de 1992 de la Asamblea General de la ONU, sobre derechos de las personas pertenecientes a minorías lingüísticas, nacionales, étnicas y religiosas» (en adelante, «Declaración de 1992») y por el Comentario General número 23 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, además de la práctica generada tanto por otros instrumentos internacionales como por los mismos Estados.

El artículo 27 PDCP tiene carácter consuetudinario y es norma internacional de *ius cogens*: por tanto, no puede estar sometido a reservas por parte de los Estados ni ningún pacto en contrario puede ser considerado como válido. Por su contenido, exige tanto el derecho a la identidad de las minorías (su asimilación forzosa lo vulneraría) como la obligación de los Estados de adoptar medidas de acción positiva basadas en criterios razonables y objetivos. Además, los miembros de estas minorías tienen el derecho a usar su lengua tanto en público como en privado –este uso es considerado un derecho autónomo, distinto a la libertad de expresión– y los Estados están obligados a promulgar una legislación que garantice los derechos ciudadanos a aprender y recibir instrucción en lengua materna y a poder hacer un uso institucional de esa lengua. Por su parte, la «Declaración de 1992»



amplía el significado del artículo 27 y reconoce los derechos colectivos de las minorías, garantiza el derecho a la existencia e identidad de las mismas, así como los derechos de asociación y participación de sus miembros. Otros muchos tratados y convenios internacionales inciden en el derecho a la lengua aunque no existe todavía una convención general que lo regule de forma exclusiva.

A pesar de los avances registrados, la aplicación de esta normativa encuentra, según el autor, los siguientes tres obstáculos: resistencias ofrecidas tanto por los Estados-nación clásicos como por los nuevos Estados con partidos nacionalistas en el gobierno; ausencia de una definición de minoría que sea universalmente aceptada; dificultades para establecer criterios que precisen el equilibrio entre derechos individuales y colectivos, en relación a la protección de las lenguas, dentro del reconocimiento del pluralismo de la sociedad.

3. El tercer nivel del que el autor quiere deducir un estándar mínimo de derecho lingüístico internacional es el Derecho europeo, es decir, el producido por la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE. Hasta la segunda mitad de los años ochenta no había en Europa excesiva preocupación por el tema. Es en esta época que comienza a percibirse que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 es un marco jurídico inadecuado para resolver los problemas que se estaban planteando. Por otra parte, se cambia el enfoque del problema: la diversidad de lenguas no ha de ser tratado como un problema político sino que es un bien cultural que debe conservarse. Además, la realidad aporta un nuevo prisma: los conflictos lingüísticos pueden generar tensiones sociales que pueden poner en peligro la estabilidad y la paz en ciertas zonas de Europa. Es por estas razones que —tras numerosos intentos— se aprueba la Resolución Killilea en el Parlamento Europeo (9 de febrero de 1994) que propone promover la cultura lingüística europea, defender el patrimonio lingüístico y promocionar las lenguas minoritarias mediante un estatuto jurídico que permita su uso en la enseñanza, la justicia, la Administración y los medios de comunicación, entre otros sectores.

Ni la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE) ni la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha mostrado receptiva a hacer interpretaciones extensivas de los derechos específicos de las minorías lingüísticas, dando preferencia por lo general a las lenguas territoriales de los Estados. Por ejemplo, un antiguo reglamento

sobre la libre circulación de trabajadores (Reg. 1612/68) establecía que no había razón para rechazar por motivos de lengua el acceso de un trabajador a un lugar de trabajo, excepto que el conocimiento que se requiriera fuera debido a la naturaleza del mismo. Sin embargo, la aplicación que se ha hecho de este precepto ha sido muy extensiva y, de hecho, ha protegido a los trabajadores nacionales frente a los extranjeros (véase sentencia del TJCE, asunto Anita Groener, 397/87 de 28 de noviembre de 1987). También el mismo Tribunal ha establecido que las medidas de acción positiva están limitadas por los derechos que se derivan de las reglas del libre mercado.

Por su parte, el autor indica como el TEDH ha considerado que el Convenio europeo protege los derechos individuales pero no los derechos de las minorías como tales, lo cual es una interpretación congruente con un texto elaborado en la época de la posguerra mundial que, como ya se ha dicho, partía de la filosofía de garantizar los derechos individuales, no los derechos de las minorías. De esta filosofía ha deducido el TEDH que lo específicamente protegido es el derecho a no ser discriminado en tus derechos por el hecho de pertenecer a una minoría, no el derecho a tener un trato diferente por pertenecer a la misma. Ello ha conducido a una interpretación restrictiva de los derechos lingüísticos. Por ejemplo: los miembros de las minorías lingüísticas no gozan de un derecho al uso público de la lengua minoritaria, si conocen la mayoritaria; deben tener un plus de justificación las medidas de acción positiva; no se garantiza a los hijos ni a sus padres el derecho a una instrucción impartida en la lengua de su elección ni se garantiza a los ciudadanos a elegir la lengua de relación con la Administración, ni siquiera en el ámbito judicial.

Las insuficiencias objetivas del TEDH en los aspectos lingüísticos ha generado, desde su aprobación en 1950, numerosos intentos de añadirle un protocolo adicional que protegiera específicamente a las minorías culturales, étnicas y lingüísticas. El intento más relevante es el que, en base al Informe Brincat II, propuso la Recomendación 1201 (1993), en la cual se definía el concepto de minoría nacional y se les reconocía a los miembros de las mismas el derecho a la enseñanza en lengua materna, al uso privado y público de su lengua propia, no sólo en las instituciones políticas sino también en las relaciones transfronterizas. La Asamblea del Consejo de Europa viene recomendando anualmente la elaboración y aprobación de un protocolo adicional al TEDH inspirado en estos principios, aunque el Comité de Ministros—que representa a los Gobiernos— lo ha rechazado sistemáticamente.

El texto más relevante dentro del ámbito del derecho europeo es la «Carta europea de lenguas minoritarias y regionales» (5-XI-1992), aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa que, como pone de relieve el autor, adolece de serias limitaciones. En primer lugar, aunque supone un texto que protege a las lenguas minoritarias dentro de un espíritu favorecedor de la diversidad cultural, el plurilingüismo y el interculturalismo, su finalidad se ciñe estrictamente a la protección de las lenguas como patrimonio cultural, no a proteger a las minorías ni a los derechos lingüísticos de las personas. En segundo lugar, tampoco protege a todas las lenguas minoritarias sino sólo a aquellas que sin tener carácter oficial son practicadas tradicionalmente en el territorio de un Estado por nacionales del mismo que constituyen un grupo numéricamente inferior al conjunto de la población de este Estado. Quedan excluidas, en consecuencia, las lenguas de los inmigrantes, los dialectos o aquellas lenguas sin base territorial concreta, como la de las minorías gitanas. No obstante, como factores positivos la Carta fomenta el conocimiento y uso de las lenguas minoritarias europeas y, aunque de forma vaga, compromete a los Estados a promover su uso oral y escrito en la vida pública y privada, su enseñanza, estudio e investigación.

## II

Con este bagaje normativo y jurisprudencial, el profesor Fernández Liesa aborda la última parte de su trabajo. Su finalidad es, como ya hemos dicho, establecer un *estándar mínimo internacional de derechos lingüísticos*, deducido a partir de la práctica internacional y de la práctica estatal, con el objetivo de configurar un estatuto jurídico internacional de las minorías lingüísticas.

Previamente, el autor se plantea dos cuestiones. Primero, el grave problema teórico de que no se ha logrado establecer un concepto de «minoría» plenamente aceptado por la comunidad jurídica internacional, lo cual genera, obviamente, difíciles problemas en el momento de aplicar una normativa que ya es, de por sí, principal e indeterminada. En segundo lugar, el autor plantea el interesante problema de las relaciones entre la protección de las minorías lingüísticas y la forma territorial de Estado. Como principio general, dice el autor, hay que admitir que en los Estados federales o con autonomías territoriales se protege mejor a las minorías culturales y lingüísticas. Ahora bien, en ciertos territorios federales o autonómicos no se garantizan los derechos de las minorías debido a que al imponer el mono-

lingüismo territorial se produce la desprotección de las «subminorías», es decir, de aquellos grupos minoritarios a nivel de un ente territorial (federal o autonómico) que, lingüísticamente, son mayoritarios a nivel de Estado. En estos casos, por tanto, se trata de una «subminoría» dentro de una «minoría» que es, sin embargo, mayoritaria dentro del Estado. Es el caso de la «subminoría» anglófila en Québec –territorio de «minoría mayoritaria» francófona–, de ciertos casos de minorías –valonas, flamencas o alemanas– en Bélgica o de la minoría (relativa) castellanoparlante en Cataluña. En estos supuestos, lo más equitativo, al objeto de respetar los derechos individuales de todos, es combinar el principio de territorialidad con el principio de autonomía personal, con el fin de no lesionar ni la personalidad cultural de la minoría ni los derechos personales de ninguno de los miembros que la componen. No obstante, ello es poco aceptado y el criterio territorial se suele imponer en la mayoría de las ocasiones.

Una vez dilucidados estos temas previos, el autor aporta, a modo de amplias conclusiones, los fundamentos básicos para un estatuto jurídico de las minorías lingüísticas, dimanante del derecho internacional. Sistematiza Fernández Liesa tal estatuto en cuatro grandes principios jurídicos.

a) *El derecho a la existencia y a la identidad lingüística*

Partiendo del artículo 1 de la «Declaración de 1992», Fernández Liesa considera que el derecho a la existencia y la identidad lingüística se hallan en el reverso de las políticas asimilacionistas, es decir, de aquellas que tienen por objetivo la desaparición de una cultura minoritaria y su sustitución por una mayoritaria. Estas políticas han sido llevadas a término por la mayoría de los Estados-naciones.

Hoy, sin embargo, incluso los Estados que en el pasado han sido más asimilacionistas –como es el caso de Estados Unidos o Francia– comienzan a adoptar lo que se suele llamar «política de la diferencia», es decir, aquella en la cual el principio de igualdad y de no discriminación exigen un «trato diferente» a los miembros de las minorías culturales o lingüísticas. Los grupos minoritarios tienen derecho, en su caso, a la identidad cultural (valores, costumbres, lengua, etc.) siempre que dejen en libertad a los miembros de su grupo para asimilarse –si ésta es su voluntad– a la población mayoritaria. Ello exige pluralismo lingüístico (el cual se da en muy diversos grados, desde la «permisividad» de Francia a la «cooficialidad» de España) y pluralismo cultural (arts. 1, 2, 2.2 y 4 de la «Declaración de 1992»), lo cual impli-

ca reconocimiento de los derechos culturales de las minorías sobre la base de los principios de tolerancia, diálogo, pluralismo, descentralización y participación. Con ello se pretende un proceso de integración social que asegure la igualdad real de todas las personas, impida la asimilación forzosa de cada una de ellas y posibilite la libre elección de la identidad personal.

b) *Derecho a la no discriminación e igualdad de los miembros de las minorías lingüísticas*

Fernández Liesa recoge la definición del concepto de «discriminación» formulada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en 1989: «cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basa en cualquier motivo, tal como la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, la opinión política o de otra naturaleza, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento u otro *status*, y que tiene el propósito o el efecto de anular o impedir el reconocimiento, el goce o el ejercicio, por cualquier persona, en una base de igualdad, de los derechos y libertades». La prohibición de la discriminación es, en derecho internacional, una regla de naturaleza convencional y consuetudinaria que, asimismo, forma parte de la mayoría de ordenamientos internos. Ahora bien, debe distinguirse entre la simple prohibición de discriminar, que asegura simplemente la igualdad ante la ley, y el principio de igualdad —que también está incluido en la definición transcrita— que obliga a los Estados a adoptar, además, medidas de acción positiva. Lo ha señalado recientemente el Comité de Derechos Humanos: «El mero hecho de que se garanticen iguales derechos a todos los individuos y de que todos los individuos sean iguales ante la ley, no excluye la existencia de hecho de minorías en un país, ni excluye tampoco la necesidad de que los Estados garanticen su derecho a gozar de su propia cultura, de practicar su religión y de usar su lengua en comunidad con los otros miembros de su grupo.»

Por tanto, la igualdad, como antes señalábamos, no se asegura en ciertos casos dando a todos el mismo trato sino, precisamente, dando un trato distinto a aquello que es diferente. Desde el punto de vista del derecho internacional, la igualdad lingüística implica una superación de la mera igualdad formal y así lo reconoce el Comité de Derechos Humanos en el muy importante Comentario número 23 al artículo 27 PIDCP, que prescribe la necesidad de medidas de acción positiva para proteger los derechos lingüísticos de sus miembros. Ahora bien, no toda medida de esta naturale-

za es legítima y el autor razona en unas esclarecedoras páginas algunos de los principales criterios para identificar su necesidad: proporcionalidad respecto de los objetivos legítimos, soporte jurídico en el acervo del derecho internacional y, especialmente, tener un cuidado especial en que no se produzcan situaciones de discriminación inversa. Para ello, deben ser medidas de carácter temporal, previstas en leyes internas, necesarias para alcanzar objetivos legítimos, basadas en criterios razonables y objetivos que no deben sobrepasar el estándar mínimo que señalan las normas internacionales de derechos humanos.

c) *Derecho a utilizar el propio idioma, en público y en privado, sin injerencia ni discriminación*

La Sociedad de Naciones ya reconoció el libre uso de la lengua y el artículo 2.1 de la «Declaración de 1992» lo establece con claridad: «Las personas pertenecientes a minorías (...) tendrán derecho a (...) utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo». Este derecho al libre uso de la lengua suele justificarse en el libre desarrollo de la persona humana y en la idea de tolerancia entre individuos y grupos; más discutido es su fundamento jurídico, que la mayoría lo sitúa en la libertad de expresión (por ejemplo, Comité de Derechos Humanos de la ONU, Tribunal Supremo de Canadá y Consejo Constitucional francés). En cualquier caso, el autor considera que este libre uso constituye un límite a las medidas de acción positiva.

Mucho más restrictivo es el ordenamiento internacional respecto al derecho al uso de los idiomas en el ámbito institucional u oficial, es decir, ante los poderes públicos. De la normativa internacional no se deduce que exista un derecho a elegir la lengua en las relaciones con la Administración Pública. No obstante, el Comité de Derechos Humanos y muchos documentos internacionales recomiendan, pero no obligan, a los Estados que permitan a los miembros de la minorías lingüísticas la utilización de su lengua propia en las relaciones con los mismos. Cuestión distinta es el derecho a utilizar la lengua minoritaria en los procedimientos ante los tribunales de justicia: sin embargo, tal protección de los derechos lingüísticos individuales no tiene su fundamento en la protección de las minorías sino en la garantía procesal de no sufrir indefensión. Incluso en estos casos, tanto el Comité de Derechos Humanos como el TEDH, no reconocen el derecho a usar la lengua minoritaria si el acusado conoce la lengua oficial.



d) *Derecho a aprender la lengua materna*

El derecho a conservar la identidad de las minorías va estrechamente ligado, según el autor, a poder adquirir un conocimiento apropiado de su lengua materna, sin perjuicio del derecho a aprender y utilizar también la lengua del Estado a los efectos de integrarse en una sociedad más amplia. El autor considera que el derecho a aprender la lengua materna se deduce fácilmente del artículo 27 PIDCP, de la «Declaración de 1992», de la Convención de los derechos del niño, de la Convención sobre los trabajadores migratorios, de los convenios europeos y de la práctica internacional. Valga por todos el artículo 4.3 de la «Declaración de 1992»: «Los Estados deberían adoptar las medidas apropiadas para que, en la medida de lo posible, las personas pertenecientes a minorías tengan la posibilidad de aprender su lengua materna». Ello, efectivamente, es práctica habitual en diversos Estados, especialmente en Europa.

Ahora bien, de esta normativa y de esta práctica, el autor deduce las precisiones siguientes:

a) El aprendizaje de una lengua minoritaria debe hacerse en un contexto de tolerancia y pluralismo, lo cual implica el respeto a todos los derechos, a la diversidad real de una sociedad que debe reflejarse en una educación integradora, no asimiladora, intercultural y bilingüe. Esta filosofía es la que expresa las muy interesantes «Recomendaciones de La Haya» (1997) sobre materia educativa.

b) El principio de no discriminación debe presidir toda política educativa. En este sentido hay que atender a la Recomendación 1353 del Consejo de Europa (1998) que tiene por objetivos evitar la imposición del uso exclusivo de la lengua oficial y las políticas de asimilación de las lenguas minoritarias, así como facilitar el acceso a la enseñanza en lengua materna de las minorías lingüísticas.

c) Derecho a impartir enseñanza en lengua materna. El Convenio de 1960 sobre la lucha contra la discriminación en la enseñanza, establece en su artículo 5 c) que «se debe reconocer a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer actividades educativas que les sean propias, incluida la gestión de las escuelas y (...) el empleo o la enseñanza en su propia lengua». Por tanto, si bien no garantiza en la educación pública la enseñanza en la lengua minoritaria, si que la autoriza en la enseñanza privada. Ahora bien, este derecho tiene los límites siguientes: 1) los miembros de las

minorías deben también comprender la cultura y la lengua del conjunto de la colectividad y deben participar en las actividades educativas; 2) la asistencia a estas escuelas no puede ser obligatoria para los miembros de las minorías; 3) su objeto es dar a los individuos y grupos más posibilidades de enseñanza que los que ofrecen los poderes públicos, no excluir a determinados grupos de la enseñanza pública.

d) Derecho a recibir enseñanza en lengua materna por parte del Estado. Se trata de responder a la pregunta: ¿están obligados los Estados a establecer un sistema educativo específico para las minorías? En el derecho internacional de la época de la Sociedad de Naciones se establecieron ciertos estándares mínimos. Sin embargo, con posterioridad a 1945 no ha habido regulación específica al respecto. Ahora bien, del principio general de igualdad deducible de los tratados analizados, el autor deduce que los Estados están obligados a adoptar las medidas pertinentes para que sea posible utilizar en la enseñanza la lengua de los grupos minoritarios, así como el derecho a ser educados en lengua materna los individuos que lo deseen.

\* \* \*

Por todo lo dicho en este apretado resumen, el libro que comentamos constituye una muy completa sistematización de un disperso e ingente material normativo-internacional sobre la protección de la lengua como bien cultural, los derechos de las minorías lingüísticas y los derechos lingüísticos de las personas individuales. Desde este punto de vista, el libro ofrece nuevas e importantes perspectivas para el estudio de esta materia en nuestro país que, hasta el momento, han sido escasamente tenidas en cuenta en la doctrina aparecida al respecto. Por todo ello, este libro está llamado a obtener un gran impacto en esta doctrina ya que el derecho internacional es parámetro normativo dentro del cual debe actuar el legislativo español —estatal o autonómico— correspondiente. Contribuir a dar contenido a este nuevo parámetro es, por tanto, de especial importancia para tener criterios jurídicos claros sobre la adecuación de la política lingüística interna al conjunto del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, hay que advertir que, sin regatear ningún mérito al autor, se trata de un trabajo primerizo y algo apresurado en alguna de sus partes. Fernández Liesa ha tenido el gran acierto de sistematizar una normativa amplia y compleja, como siempre lo es la normativa internacional, pero con

un *plus* en este caso, ya que las normas internacionales en esta materia están a medio hacer y, con frecuencia, deben ser interpretadas a la luz de normativas más antiguas. El autor ha realizado esta labor no sólo con ponderación y prudencia sino con un gran conocimiento del sistema de fuentes internacionales, dando el debido valor a cada uno de los documentos normativos estudiados, lo cual como sabemos no es tarea fácil y sin el dominio técnico de la materia es frecuente llegar a conclusiones excesivamente vagas e indeterminadas o, lo que es peor, escasamente fundamentadas. Con todo ello quiero decir que el libro es útil y, para los interesados en la materia, muy iluminador, pero no es un estudio definitivo y concluyente sino un primer y brillante esbozo provisional de una futura investigación más sosegada y madura. Por supuesto, el autor es consciente de estos límites.

Fernández Liesa plantea, además, pero no trata a fondo porque el carácter de su estudio no lo requiere, tres importantes cuestiones.

Primera, determinar un concepto más claro y exacto del término minoría lingüística con vistas a su aplicación a España. ¿Podemos hablar en nuestro país de minorías lingüísticas? Ésta es una pregunta previa y nada irrelevante para la aplicación en España de buena parte de la normativa internacional.

En segundo lugar, ¿cuál es la naturaleza jurídica de los derechos colectivos, en el caso de que los derechos de las minorías tengan este carácter? Contestar a esta pregunta es un paso previo para saber exactamente qué tratamiento jurídico debemos darles. Más en concreto: ¿los derechos de las minorías son bienes jurídicos a proteger, son derechos públicos subjetivos de personas jurídicas colectivas o bien son derechos fundamentales de personas físicas miembros de estas personas jurídicas? La contestación a estas cuestiones no es una mera respuesta a un simple problema teórico sino que tiene consecuencias prácticas de indudable trascendencia.

En tercer lugar, ¿en qué medida y proporción deben limitar los derechos individuales básicos —especialmente, el derecho a no ser discriminado— las medidas de discriminación positiva que exige el principio de igualdad? Hay que decir que el autor hace un esfuerzo importante para contestar a esta pregunta y mediante este esfuerzo clarifica, sin duda, muchos de los aspectos que la pregunta plantea. Ahora bien, como el problema es más general, también es cierto que exige un tratamiento más a fondo, especialmente exige que sea tratado a partir de casos concretos, a partir de los cua-

les podrán establecerse reglas generales. La consideración de otros supuestos de discriminación positiva pueden aportar también luz al problema.

Por último, cabe hacer una consideración de carácter más general: se trata de subrayar la creciente importancia del derecho internacional en un mundo globalizado en el cual la idea de soberanía estatal ha perdido buena parte de sus atributos. En efecto, los principios y las reglas de derecho internacional son un límite jurídico a la capacidad normativa de los Estados. Pero hay más: la filosofía de fondo que se desprende de los documentos jurídicos internacionales es el producto de una racionalidad jurídica general que quiérase o no acaba impregnando las normas internas. Es por ello que el derecho internacional no es eficaz meramente a través de las reglas concretas de los tratados que obligan a las partes sino también en virtud de un sistema normativo de resolución de conflictos que opera de modo indirecto y latente para legitimar las normas de derecho interno. Ésta es, no la más importante, pero sí una última razón para que la lectura de este excelente libro sea extremadamente provechosa a todos los interesados en la regulación interna en materia de lengua.



**LUIGI FERRAJOLI**

**DERECHOS Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL**

Trotta, Madrid, 1999, 180 páginas

**Guillermo Escobar Roca**

*Universidad de Alcalá*

1. Para cualquier especialista español mínimamente informado, el jurista italiano Luigi Ferrajoli era ya de sobra conocido antes de la aparición de la obra que aquí comentaremos, sobre todo a raíz de la traducción a nuestro idioma de su importante libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Trotta, Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., 1998), así como de diversos artículos publicados en las revistas *Jueces para la democracia* y *Doxa*. Su autor es un vivo ejemplo de jurista integral, especie en vías de extinción en tiempos de progresiva especialización: juez durante años, penalista, procesalista, filósofo del Derecho, que aborda también, en sus más recientes trabajos, la temática propia del Derecho constitucional e internacional, si bien desde una peculiar perspectiva, como veremos. Ferrajoli es además un modelo, también por desgracia poco corriente, de científico éticamente comprome-

tido que, sin perder la objetividad y el rigor, tiene por norte antes que la mera descripción del ordenamiento jurídico existente, su adecuación a los valores morales en los que sinceramente cree, lo que demuestra claramente en su último libro en castellano (calificado de «militante» por su prologuista), que se presenta animado por un triple objetivo: garantizar mejor los derechos sociales, ampliar el círculo de titulares de los derechos (en especial, en favor de los extranjeros) y mejorar las técnicas internacionales de protección de aquéllos.

*Derechos y garantías* es una colección de cinco trabajos dispersos del autor, ya publicados en diversas revistas italianas entre los años 1992 y 1998. Pese a lo que el título de la obra parece indicar, se tratan en ellos no sólo temas directamente relacionados con los derechos y sus garantías en general, sino también con algún derecho en particular (el derecho a no ser discriminado por razón de sexo) y con problemas teóricos de mayor amplitud (la soberanía, entre otros). Ahora bien, como indica con razón Perfecto Andrés Ibáñez en su clarificador prólogo, no resulta difícil encontrar en los trabajos seleccionados un evidente hilo conductor, centrado precisamente en la teoría general de los derechos fundamentales. A mostrar las tesis del autor sobre esta temática (una descripción más minuciosa –y menos crítica– del contenido del libro puede encontrarse en la reseña publicada por O. Salazar Benítez en la *Revista de Estudios Políticos*, núm. 106, 1999, pp. 382 y ss.), resaltando las enseñanzas más útiles para un jurista español, así como, lo que a nuestro juicio resultan ser los aspectos más vulnerables de su argumentación, dedicaremos las líneas que siguen. Para ello, dividiremos nuestra exposición en dos partes, que vendrían a coincidir con los grandes bloques temáticos que, dispersos en los diversos trabajos, cabe encontrar en este libro: la teoría de los derechos en sentido estricto, por un lado, y la teoría de la interpretación y de la ciencia jurídica que de la anterior cabe derivar, por otro.

2. La teoría de los derechos fundamentales de Ferrajoli es, desde luego, una teoría o, si se quiere, una concepción de los derechos, no un mero concepto de los mismos, por seguir la conocida distinción de Dworkin. No pretende así *describir o sistematizar* lo existente, al modo de una mera parte general de los derechos (que es lo que habitualmente encontramos en los manuales al uso), expositiva del ordenamiento vigente (que, en tanto descripción general, suele centrarse en el resumen, más o menos acrítico, de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre las cuestiones comu-



nes a las diferentes figuras), sino más bien *construir* un sistema (en realidad, un fragmento de sistema o una primera aproximación al mismo), diferente además al mayoritariamente asumido. Sucede sin embargo que este *nuevo* sistema no es en realidad presentado por el profesor italiano como algo inexistente, como un ordenamiento alternativo que *debería* sustituir al ordenamiento vigente, sino por el contrario como el ordenamiento *que ya existe*, visto desde una perspectiva diferente a la habitual. Con este planteamiento, se comprenderá que la confusión entre los planos del ser y del deber ser esté servida, lo que va a perjudicar tal vez de forma innecesaria, como iremos viendo, las tesis del autor, todas ellas compatibles no obstante en lo sustancial.

Como el propio Ferrajoli expresamente afirma, su definición (redefinición deberíamos decir) de los derechos fundamentales (base y núcleo central de toda su teoría sobre los mismos) es de naturaleza «estipulativa», es decir, está en función no de su capacidad para describir con acierto el uso aceptado de un término sino «de su aptitud para satisfacer las finalidades explicativas y *operativas* que [...] se persiguen» (p. 59, el subrayado es nuestro), finalidades estas últimas que, a nuestro juicio, serían, en coherencia con la anunciada actitud vital del autor, de carácter moral, resumiéndose en sus tres mencionados propósitos: garantizar mejor los derechos sociales, ampliar el círculo de titulares de los derechos y mejorar las técnicas internacionales de protección. Así, define nuestro autor a los derechos fundamentales como «todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas» (p. 37).

Pues bien, lo primero que llama la atención de la citada definición es su contraste con la generalmente aceptada en nuestra cultura jurídica, para la cual la conexión entre los derechos y la Constitución suele considerarse esencial (p. ej., P. Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 41): sólo excepcionalmente y con reparos llegan a admitirse en la doctrina europea fuentes de los derechos fundamentales diferentes (por



todos, C. Grewe y H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, PUF, París, 1995, pp. 144 y ss.). Frente a esta tendencia, Ferrajoli insistirá en que los derechos fundamentales son creados *también* por el legislador ordinario y por el Derecho internacional (p. ej., en p. 63: «los derechos [...] *existen*, en cuanto son positivamente producidos por el legislador, *sea ordinario, constitucional o internacional*» —el subrayado es nuestro—, o en p. 152: «el nexo entre Estado, constitución y garantías de los derechos es totalmente contingente»). Sucede sin embargo que esta ausencia de la norma constitucional de la definición de los derechos que se propone no acaba de resultar del todo coherente con las tesis que el propio autor mantiene. Así, resulta extraño que, tras caracterizar a los derechos fundamentales (en tesis esta vez nada polémica sino de casi total aceptación) como límites al legislador (pp. 50-55), se siga insistiendo, frente a la definición habitual, que también en la legislación ordinaria y en el Derecho internacional pueden reconocerse derechos fundamentales. Más adelante volveremos sobre los problemas derivados de esta pretensión de someter a toda costa al legislador al Derecho internacional.

Por otro lado, consideramos que una definición a contracorriente como la propuesta no resultaba necesaria para el logro de los objetivos «operativos» perseguidos. Para ello podemos acudir a dos ejemplos:

a) Una de las tesis más insistentemente reiteradas por Ferrajoli, en consciente enfrentamiento con la práctica unanimidad de la doctrina (entre nosotros, F. Rey Martínez, *La propiedad privada en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1994, pp. 121 y ss.) es que la propiedad privada (al menos en su faceta de goce o disfrute de las cosas objeto de apropiación) no es un derecho fundamental. En esta ocasión, el propósito de nuestro autor no resulta del todo evidente (formulado a secas, como se hace, parece un resabio de un cierto izquierdismo hoy algo trasnochado), pero podría traducirse en una afirmación menos radical y algo más precisa (tal vez lo que Ferrajoli realmente quiso decir): como señaló nuestro Tribunal Constitucional, la propiedad privada es «un derecho subjetivo debilitado» o, en otras palabras, resultaría relativamente fácil justificar sus limitaciones.

En cuatro afirmaciones (que contribuyen indirectamente a perfilar mejor su concepción de los derechos) basa Ferrajoli su tesis de la no fundamentalidad de la propiedad privada: no es un derecho universal, es un derecho disponible, es creado por un contrato o por un acto jurídico, no por la ley, y afecta sobre todo a las relaciones entre particulares, no a las de éstos

con el Estado. Pues bien, a nuestro entender ninguna de las cuatro afirmaciones está dotada de la necesaria solidez (hay otros derechos fundamentales no universales, disponibles, creados por contratos o por actos jurídicos y que operan sobre todo entre particulares: piénsese, a título meramente ejemplificativo, en la libertad de información, el derecho a la intimidad, el matrimonio o el derecho de huelga, respectivamente) y, lo que es más grave, todas ellas resultaban innecesarias para apoyar una mayor limitabilidad de la propiedad privada: hubiera bastado con profundizar en el significado de la cláusula de la función social, reconocida en la mayor parte de las Constituciones del mundo (por supuesto, también en la italiana).

b) La innecesariedad de una definición de los derechos fundamentales alternativa a la dominante para el logro de los objetivos perseguidos por el autor resulta más evidente en relación con la mejora de las técnicas de garantía de los derechos en el plano internacional. Dicho sea de paso, aquí la definición (ciertamente, no dogmática, como nuestro autor expresamente afirma) deriva peligrosamente de la Teoría General del Derecho (no del todo *constitucionalmente adecuada*) hacia la Filosofía del Derecho, ofreciéndonos antes que una categoría general del Derecho (*que es*) una categoría filosófica del Derecho *que debería ser, pero que es probable que no pueda razonablemente serlo en un futuro más o menos próximo*, como expresamente llega a reconocerse (p. ej., p. 119), mezclándose así los planos del ser y del deber ser, de la Dogmática y de la Axiología, y convirtiéndose en exigencia jurídica lo que no es, al menos por el momento, más que una mera aspiración ética, por muy legítima que nos parezca. ¿No habrá pretendido en realidad Ferrajoli aportar un concepto de derechos humanos (término utilizado a veces, en tal vez involuntario desliz: pp. 59, 64, etc.) que un concepto de derechos fundamentales? (sobre la necesidad de distinguir entre ambas figuras, últimamente, M. C. Barranco Avilés, *El discurso de los derechos*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 75-79). En efecto, si el Derecho internacional tiene, hoy por hoy, un discutible carácter jurídico (por todos, H. Hart, *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, México, 1980, pp. 263 y ss. y, en relación con nuestro tema, G. Peces-Barba Martínez, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, BOE, Madrid, 1995, pp. 173 y ss.), no podrá hacerse pasar por jurídico (confundiéndose el deseo con la realidad) lo que en muchos casos no deja de ser una aspiración, aunque la necesidad de constitucionalizar el Derecho internacional sea algo casi unánimemente compartido (entre nosotros, P. de Vega, «Mundializa-

ción y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998, pp. 13 y ss.). Pues bien, como decíamos, el pretender calificar como jurídico lo que todavía no lo es plenamente no implica tan sólo una mera definición estipulativa, epistemológicamente confusa, sino que además resulta innecesario para los propósitos que se persiguen. Del mismo modo que nada se gana calificando como no jurídico al Derecho injusto (tesis del ius-naturalismo más extremo), tampoco adelantamos mucho calificando como jurídicas las aspiraciones éticas: parece que se cae en una cierta «ilusión de los juristas» al pretender resolver por vías *jurídicas* (a la postre, interpretativas) lo que exige ante todo soluciones *políticas* (de reforma del Derecho). Incluso nuestro autor parece implícitamente así reconocerlo al postular una serie de medidas que conducirían a un «constitucionalismo de Derecho internacional» (pp. 152 y ss.), con lo que se adelanta ya, como veremos en seguida, la tesis de la plena normatividad del Derecho constitucional, auténtico «paradigma» de todo el Derecho.

Cierto es, en todo caso, que esta presencia de «utopía jurídica», en expresión del propio Ferrajoli (p. 119), no resulta siempre de la misma intensidad, y mucho sería lo que habría que matizar y diferenciar, habida cuenta de los diversos niveles de normatividad presentes en el amplio y heterogéneo conglomerado del Derecho internacional. Dejando fuera el caso especial del Derecho comunitario, más cercano por su naturaleza al Derecho constitucional (al que después nos referiremos) que al internacional, resulta mucho más clara la naturaleza de «derecho subjetivo» (término presente, no se olvide, en la definición de derecho fundamental de Ferrajoli) en los derechos reconocidos, por ejemplo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que en los contenidos en los Pactos Internacionales de 19 de diciembre de 1966; compárese si no la garantía judicial individual (consustancial al concepto de derecho subjetivo) de unos y otros derechos: mientras los primeros son efectivamente tutelados, aun frente a las más altas instancias nacionales (en España, el Tribunal Constitucional), por un Tribunal constituido al efecto, los segundos carecen por el momento, al menos con la estabilidad y continuidad necesarias, de toda garantía de este tipo (el caso del derecho a la doble instancia –art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos– resulta sumamente ilustrativo: sólo a los veintitrés años de su entrada en vigor en nuestro país comienza a plantearse –agosto de 2000– la necesidad de hacer efectivo este derecho en el ordenamiento



español, y ello —conviene destacarlo— no en términos de dotar de contenido real a un derecho que ya existe, sino más bien de reformar nuestra legislación ordinaria para reconocer plenamente un derecho nuevo).

Téngase en cuenta, en todo caso, que la controvertida *universalidad* de los derechos aparece también en la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli, de lo que parece deducirse que nuestro autor está pensando básicamente en los textos internacionales de carácter universal en el sentido espacial del término, que son precisamente los dotados de menor grado de normatividad (casi inexistente en la Declaración de 1948) y los que sólo forzando gravemente el lenguaje pueden considerarse derechos subjetivos. Desde este punto de vista, sigue teniendo sentido la crítica general apuntada, que no es otra que la realizada a todas las definiciones universalistas de los derechos y al iusnaturalismo en general (G. Peces-Barba Martínez, *Curso...*, cit., p. 301): no olvidemos que los reparos más sólidos a esta concepción del Derecho tienen precisamente una base epistemológica, fundada en la necesidad de distinguir entre los planos del ser y del deber ser (por todos, E. Díaz, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 2.<sup>a</sup> ed., reimp., 1982, pp. 286 y ss.).

Ahora bien, a nuestro entender no sucede lo mismo cuando del Derecho internacional pasamos al Derecho constitucional: la definición (más bien, teoría) que Ferrajoli propone tiene una indiscutible virtud y una innegable validez en este ámbito, siempre que aceptemos (lo que, como hemos adelantado ya, no parece difícil desde una lectura más detenida de la definición en el contexto de la obra y en particular de su tesis sobre «derechos fundamentales y democracia sustancial», pp. 50-55) que los derechos fundamentales son, ante todo, los reconocidos en la Constitución normativa. Para un jurista español, lo más aprovechable de la obra del autor italiano resulta ser sin duda su distinción entre derechos y garantías: aquí sí la teoría nos parece lo suficientemente (cuestión de grados, en definitiva) *realista* como para ser tomada en serio *como teoría dogmática*, no como mera *Axiología* o *Política del Derecho*. Detengámonos, pues, brevemente a exponerla.

Una vez más, Ferrajoli se enfrenta conscientemente a la tesis mayoritaria, «de cuño realista» (p. 59), según la cual un derecho no es tal si no cuenta con su correspondiente garantía. Ahora bien, resulta posible «que existan *lagunas primarias*, por defecto de estipulación de las obligaciones y las prohibiciones que constituyen las *garantías primarias* del derecho subjetivo y *lagunas secundarias*, por el defecto e institución de los órganos

obligados a sancionar o invalidar sus violaciones, o sea, a aplicar las *garantías secundarias*» (pp. 61-62). Dejando al margen nuestras discrepancias terminológicas con el autor (en numerosas ocasiones las aludidas obligaciones y prohibiciones formarían más bien parte del contenido del derecho, no de su garantía), creemos que aquí la teoría vale plenamente, en tanto concreción irrefutable de un concepto de Constitución normativa tomado en serio, como teoría dogmática de los derechos fundamentales, resultando así de innegable utilidad para la Ciencia del Derecho estrictamente considerada, que debería progresar en la aludida dirección: en ausencia de «garantías primarias» y de «garantías secundarias», no resultará posible «negar la existencia del derecho subjetivo estipulado por una norma jurídica; se podrá sólo lamentar la laguna que hace de él un “derecho de papel” y afirmar la obligación del legislador de colmarla» (p. 62); en otras palabras, «la ausencia de garantías debe ser considerada como una indebida *laguna* que los poderes públicos [...] tienen la obligación de colmar» (p. 63). A partir de aquí, mucho sería también lo que habría que precisar y matizar, pues el lector avisado en seguida caerá en la cuenta de que no toda inactividad legislativa encajará en la categoría de las omisiones (últimamente, J. J. Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 94-98), compleja problemática en la que obviamente no podemos aquí detenernos (remitimos, para una primera aproximación al estado de la cuestión, a nuestro comentario bibliográfico publicado en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 4, 1999, pp. 362 y ss.).

Reiteramos, en todo caso, que lo que para nosotros resulta claro en el ámbito del Derecho constitucional (donde los derechos son ya auténticos derechos por formar parte de un texto plenamente normativo, aplicable directamente por los tribunales y dotado de un sistema de control del legislador por el Tribunal Constitucional) no lo es tanto en el plano del Derecho internacional (donde, repetimos, el planteamiento nos parece excesivamente utópico), cuya naturaleza jurídica es muy discutible, al no existir mecanismos adecuados de control. Mezclar en la misma tesis ambos planos puede contribuir a oscurecer la trascendencia de la tesis de Ferrajoli en el primero de ellos.

Como ya el lector habrá intuido, la diferenciación entre derechos y garantías sirve, sobre todo, al propósito de garantizar mejor los derechos sociales, lográndose a nuestro juicio (esta vez sí) una correcta adecuación entre la teoría y el propósito perseguido. Para nosotros, cansados de escu-

char, frente a la literalidad de la norma, que no hay derechos subjetivos en el capítulo tercero del título primero de nuestra Constitución, el libro comentado nos ofrece aliento y empuje para proseguir en la línea ya iniciada (en *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 71-76); así, causa satisfacción escuchar en boca de un jurista práctico e integral de la talla de Ferrajoli que «En el plano técnico nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos», así como que «la tesis de la no susceptibilidad de tutela judicial de estos derechos resulta desmentida por la experiencia jurídica más reciente» (p. 64), y ello, según se denuncia (p. ej., en pp. 30 y 109), pese al considerable retraso de la doctrina en teorizar sobre esta cuestión. En el futuro aquélla habrá pues de profundizar, desde una perspectiva más concreta y analizando si es preciso cada uno de los derechos por separado, en las específicas formas de garantía, y en especial en las formas de control judicial de la inactividad del legislador y de la Administración.

Sólo dos líneas de trabajo (de gran sugerencia para ser desarrolladas en el futuro) apunta el autor, quien no desciende a problemas de detalle (inoportunos, seguramente, en unos trabajos que quieren ser de Teoría General del Derecho, no de estricta Dogmática jurídica) en su tratamiento de la cuestión: en primer lugar, puesto que «el Estado social, al no hallar respaldo en modelos teórico-jurídicos equiparables a los que se encuentran en la base del Estado liberal, se ha desarrollado sin ningún proyecto garantista, por medio de una caótica acumulación de leyes, aparatos y prácticas político-administrativas», no hay otra alternativa que luchar por la «máxima desburocratización del Estado social» (p. 110), potenciándose en consecuencia (eso creemos) el papel de los tribunales; en segundo lugar, y como aplicación de la tesis anterior, se defenderá, en la línea de una tendencia que va consolidándose (últimamente, D. Raventós, *El derecho a la existencia*, Ariel, Barcelona, 1999), el salario mínimo universal (pp. 111-112), menos costoso al parecer que «los derroches generados por los enormes aparatos parasitarios que hoy administran la asistencia y la seguridad social, con actitudes rapaces, incurriendo en corruptelas y utilizando criterios potestativos, clientelares y de hecho discriminatorios» (p. 112).

3. Vayamos por último a la descripción de las tesis que Ferrajoli anuncia (como antes, no formula aquí todavía una teoría completa, plenamente desarrollada, sino más bien un apunte o primer bosquejo de la misma)

en relación con la interpretación y la ciencia jurídica que cabe derivar de su modelo de derechos fundamentales, especialmente desde la perspectiva que ya hemos considerado antes como la más fructífera, la del Derecho constitucional. Una vez más, nuestro autor camina a contracorriente, criticando sobre todo el comportamiento conservador (en un doble sentido, podríamos decir: sobre todo metodológico, pero también ideológico) de los tribunales y de la ciencia, proponiendo a ambos un casi radical cambio de actitud:

a) A los jueces, animándoles a romper con sus prejuicios decimonónicos (el «paleopositivismo») e invitándoles a sacar mayor partido del principio de supremacía constitucional, ya que «la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional» (p. 68), por lo que «la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas» (p. 26). Se parte así con rotundidad, como fácilmente se advierte, de una concepción de Constitución normativa (de todo su contenido, no sólo de las normas procedimentales, sino también y fundamentalmente, como hemos visto en relación con los derechos sociales, de las «normas sustanciales») llevada hasta sus últimas consecuencias; de ahí que pueda entenderse que el constitucionalismo sea considerado como el «nuevo paradigma del Derecho» en general, lo que entre otras cosas implica, nada más y nada menos, «una alteración interna del paradigma positivista clásico» y un nuevo concepto de validez (p. 66), concluyéndose que «hoy el positivismo constitucional desempeña respecto al derecho vigente esa misma función crítica y normativa que, en el pasado, había correspondido al iusnaturalismo» (pp. 156-157).

Resulta claro que desde un punto de vista como el señalado el papel del juez, pese a situarse mejor bajo los necesarios parámetros constitucionales (últimamente, P. Andrés Ibáñez, «Garantía judicial de los derechos humanos», *Claves de razón práctica*, núm. 90, 1999, pp. 10 y ss), cobra ahora una mayor importancia. A partir de aquí, mucho sería también lo que nuevamente habría que matizar y diferenciar, pues es evidente que en un sistema de jurisdicción constitucional básicamente concentrada como el nuestro, que de forma expresa recoge el principio de sujeción del juez a la ley (art. 117.1 CE), no es ni mucho menos similar la posición del juez ordinario que la del Tribunal Constitucional, lo que pondría una vez más de



manifiesto los problemas inherentes a todo planteamiento de Teoría General del Derecho no *constitucionalmente adecuada*: que pueden chocar con la realidad normativa de los ordenamientos concretos. Ello sin olvidar, como certeramente ha apuntado Andrea Greppi, los problemas derivados de la dificultad de determinar el contenido de los derechos en cada caso concreto, que podrían exigir, como consecuencia de la concepción de la democracia derivada de nuestra norma fundamental, «alguna forma de «autorrestricción» [judicial] en la interpretación de los derechos frente a la voluntad de las mayorías, según la vieja idea de la deferencia judicial, poniendo quizá como fundamento de ese deber, según una expresión de Richard Rorty que convendría aplicar aquí, «la prioridad de la democracia sobre la filosofía», y por tanto también sobre la «correcta» interpretación de los derechos fundamentales» (A. Greppi, «Una definición estructural de los derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 219-220, 1998, p. 212).

b) A los científicos del Derecho, no sujetos esta vez por ninguna atadura constitucional, exigiéndoles además de un mayor diálogo con el resto de los científicos sociales, y en especial con los sociólogos (p. ej., pp. 98, 109 y 112) y de la superación de toda actitud avalorativa y puramente formal (p. 33), «un papel crítico y proyectivo en relación con su objeto, desconocido para la razón jurídica propia del viejo positivismo dogmático y formalista: la tarea, científica y política al mismo tiempo, de descubrir las antinomias y las lagunas existentes y proponer *desde dentro* las correcciones previstas las técnicas garantistas de que dispone el ordenamiento» (pp. 28-29); críticas internas, en definitiva, que no serían propiamente críticas, sino más bien el resultado de una labor interpretativa (o de «reinterpretación», si se quiere: p. 68), típicamente jurídica: si nuestra Constitución reconoce, por ejemplo, una serie de derechos sociales, literalmente enunciados como «derechos» (arts. 43.1, 44.1, 45.1 y 47, entre otros), denunciar la ausencia de leyes que desarrollen esos derechos (necesitados, por definición, de una actuación administrativa positiva), no sería más que constatar la existencia de una omisión inconstitucional, no enunciar ningún programa de política legislativa. Junto a esta función interpretativa, procedente de la concepción de la Constitución propuesta (p. ej., pp. 19-20), se situaría por supuesto la función crítica en sentido estricto o normativa. Desde luego, la frontera entre ambas funciones, en el ámbito del Derecho constitucional, seguirá encontrándose irremediamente

difusa, al menos hasta que se aclare la diferencia entre lo constitucionalmente obligatorio y lo constitucionalmente permitido; por el momento, seguimos sin saber cómo determinar con exactitud qué acciones estatales resultan, en relación con cada derecho concreto, exigidas por la Constitución y, lo que es más grave, carecemos de un método fiable para llegar a dicha determinación.

Este problema enlaza con la acertada crítica, antes apuntada, que Andrea Greppi realiza a la teoría de los derechos de Ferrajoli: el jurista italiano, precisamente por no matizar y diferenciar adecuadamente (tarea ésta quizás objeto de reflexiones aún por desarrollar, o que resultarían más propias de un planteamiento de Dogmática constitucional concreta), parece olvidar esta indeterminación, consustancial a los derechos fundamentales, de forma tal que el carácter «inflexible» de la tesis de Ferrajoli según la cual «todas las expectativas sin garantías específicas generan lagunas que pueden ser colmadas utilizando los instrumentos de una dogmática crítica» se traduciría en «que todo lo que el legislador democrático puede hacer (en particular en materia de derechos fundamentales) está decidido de antemano» (A. Greppi, «Una definición...», *cit.*, pp. 207-208), lo que evidentemente no resulta fácilmente compatible con la concepción de la democracia presente en nuestra norma constitucional (de «consecuencias rigurosamente contramayoritarias» habla el propio Greppi, quizá con alguna exageración), que parece otorgar al legislador el primer lugar en la tarea de determinación del contenido de los derechos.

4. Como venimos comprobando, en el libro comentado Luigi Ferrajoli plantea todo un reto para nosotros y para nuestro futuro. Al margen de puntuales discrepancias de índole básicamente terminológica y de las cuestiones que exigirían ulteriores matizaciones y desarrollos en cada ordenamiento concreto, *Derechos y garantías* se encuentra lleno de sugerencias e ideas importantes (sólo algunas de las cuales han podido ser aquí aludidas, dado el estrecho margen de una recensión) a tener en cuenta por cualquier científico del Derecho y, en especial, por aquellos que crean en la necesidad de adecuar su trabajo a las necesidades de la sociedad y a las demandas éticas de su tiempo.

Recapitulando los elementos más destacables de la obra nos encontramos sobre todo con:

a) Una importante llamada de atención sobre los problemas más acuciantes del presente y del inmediato futuro (la garantía de los derechos



sociales y los derechos de los extranjeros, entre otros), que exigirán del jurista una respuesta adecuada y, a ser posible, no demasiado tardía: con excesiva frecuencia el científico del Derecho razona *a posteriori*, cuando el problema o es irresoluble o se ha transformado en otro problema más complejo. La sociedad en general y la clase política en particular necesita de los juristas (quienes mejor conocen las normas y sus defectos e insuficiencias) en la constante búsqueda de soluciones a tales problemas, soluciones que muchas veces pasan por la modificación del ordenamiento vigente. La reflexión de *lege ferenda* debería así formar parte de la agenda de trabajo de todo jurista mínimamente comprometido con su tiempo. Esta responsabilidad del científico para la comunidad no sólo jurídica sino para toda la sociedad en general es oportunamente resaltada por Ferrajoli en diversas ocasiones (p. ej., pp. 33 o 156-157): con razón se destacará algo frecuentemente olvidado, la incidencia del científico (el jurista como «clase») en la aplicación del Derecho: «formamos parte del universo artificial que describimos y contribuimos a construirlo de manera más determinante de lo que pensamos» (p. 68). Cuestión pendiente, que aquí no podemos abordar, es que las opiniones de los científicos, como las de los intelectuales en general, lleguen efectivamente a un público que sólo se forma en los medios de comunicación y a una clase política acostumbrada a oírse sólo a sí misma o, a lo sumo, a escuchar a los «juristas de Estado» o de partido.

Pues bien, la obra que comentamos ofrece un excelente ejemplo de arriesgada (más loable en tiempos de generalizado temor de los juristas a ofrecer soluciones imaginativas o novedosas) opción en favor de respuestas atrevidas, que se enfrentan con decisión a los problemas de nuestro inmediato futuro, adelantándose a lo que se avecina (por lo que al tema de los derechos se refiere, la superación de las fronteras nacionales y las crecientes demandas de prestaciones sociales, sobre todo), sin esperar a legitimar lo existente y, desde luego, evitando caer en el acomodaticio y conservador seguimiento de la jurisprudencia constitucional. Como señalará el propio Ferrajoli, «la historia del Derecho es también una historia de utopías (mejor o peor) convertidas en realidad» (p. 119).

b) Una visión de los temas centrales de la Dogmática de los derechos desde la superior perspectiva del pensamiento «en largo», en los términos de Ortega. Abrumados ya por la incesante aparición de estudios y monografías sobre problemas específicos (piénsese en la gran cantidad de trabajos destinados a analizar la legislación y, sobre todo, la jurisprudencia

del Tribunal Constitucional sobre un derecho concreto o un problema particular, como los límites de los derechos o el recurso de amparo), que ocultan la comprensión del conjunto, es de agradecer un estudio teórico de profundidad, menos formalista y más asentado en la problemática social y política subyacente, que puede contribuir a superar lo que Fernando Vallespín ha denominado, en referencia a la Ciencia política pero con reflexiones aplicables también a la jurídica, «crisis de evaluación [...], provocada por el exceso de luz que padecemos al tener que digerir tanta información desorganizada» (*El futuro de la política*, Taurus, Madrid, 2000, p. 27).

c) Una interesante defensa de un cambio de estilo en el razonamiento jurídico, con importantes propuestas interpretativas, muy útiles en el campo del Derecho constitucional, pero en general para todo el Derecho, como consecuencia de la renovada relevancia que la norma suprema adquiere en el contexto de la tesis central que se defiende. Como hemos destacado suficientemente en las páginas anteriores, en especial la teoría de Ferrajoli según la cual la ausencia de mecanismos de garantía de los derechos sociales equivale a una omisión inconstitucional que el juez puede legítimamente colmar nos parece de particular utilidad para nuestro ordenamiento, sobre todo si tenemos en cuenta el evidente menosprecio que nuestra doctrina mayoritaria (contra ella, por todos, C. de Cabo Martín, «Democracia y Derecho en la crisis del Estado social», *Sistema*, núm. 18-119, 1994, pp. 76-77, con oportuna cita del propio Ferrajoli) ha demostrado hasta ahora hacia todo lo que suponga dotar de efectividad a las normas constitucionales de contenido social.



**JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GARCÍA**  
y **J. ALBERTO DEL REAL** (Eds.)

**LOS DERECHOS, ENTRE LA ÉTICA, EL PODER  
Y EL DERECHO**

Editorial Dykinson, Madrid, 2000

**Ramón Ruiz Ruiz,**

*Universidad de Jaén*

I



Este libro recoge los contenidos de un ciclo de conferencias sobre los derechos humanos que organizó el Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén durante el curso académico 1998/1999 y que contó con la participación de algunos de los más reconocidos teóricos del Derecho españoles. Las conferencias formaban parte de las actividades que viene realizando el recientemente creado *Seminario de Estudios sobre la Democracia*, un foro de debate impulsado por Rafael de Asís Roig, con la colaboración de un grupo de profesores

de la citada universidad, y cuya finalidad es la investigación, enseñanza y promoción de la democracia y de los valores que la acompañan.

La obra se inicia con un estudio preliminar a cargo de José Antonio López García y a continuación se presentan los contenidos de las conferencias –divididos en tres secciones–, sobre los que, si bien son muy variados y referentes a muy diversos aspectos relacionados con los derechos, es posible, no obstante, hacer una lectura conjunta e integradora. La primera de las secciones –«Derechos humanos universales y éticas humanas particulares»– incluye textos de Luis Prieto Sanchís (*Notas sobre el origen y la evolución de los derechos humanos*), Antonio E. Pérez Luño (*La universalidad de los derechos humanos*), Javier de Lucas (*Multiculturalismo y derechos*) y Nicolás M. López Calera (*Nacionalismo y derechos humanos*) –a quien, por cierto, se dedica el libro–.

Se recogen aquí reflexiones que abordan la cuestión del origen de los derechos humanos y la necesidad de su universalización –así como los retos que ésta entraña–. En este sentido, lo primero que habría que hacer es determinar un concepto de derechos humanos universal (y *universalizable*), que sirva como base para el debate.

Tal como afirma Luis Prieto, resulta verdaderamente difícil encontrar en el mundo contemporáneo una ideología política o un régimen de poder que se manifieste abiertamente contrario a los derechos; más bien al contrario, todos dicen profesar esta «especie de nueva religión universal, fuente de justificación o de legitimidad de las más variopintas formas de dominación», y ello a pesar de que, al mismo tiempo, las violaciones de los derechos humanos son permanentes. ¿Cómo es posible esto? Por un lado, es evidente que nos encontramos en muchos casos ante manifestaciones de descarado cinismo y elaborada retórica con la que se trata de justificar situaciones absolutamente indefendibles. Pero estas contradicciones se deben también, en gran medida, a la existencia de un desacuerdo acerca del significado de aquello que se proclama, de «una real indefinición a propósito de las exigencias que se derivan del reconocimiento de los derechos humanos». De manera que, si bien hoy en día todo el mundo acepta que éstos se identifican con la justicia política –y, como es lógico, ningún Estado reconocería que no es ésa su finalidad esencial–, el problema es que cada cual defiende su propio concepto de justicia y, con ello, su propia visión de cuál sea el contenido y el alcance de los derechos.

La concepción de derechos humanos que se maneje va a condicionar también el debate sobre su origen. Así, para algunos, éstos se remontan al pensamiento clásico; otros afirman que surgieron con el Cristianismo; hay quienes los sitúan en la cultura medieval; y, en fin, los más consideran evidente que su germen se halla en la Modernidad.

En este último grupo es donde se alinea Luis Prieto, para quien los derechos humanos serían «aquellas áreas de inmunidad, aquellas facultades de acción y aquellas exigencias de prestación reconocidas al individuo (o con pretensión de ser reconocidas por el Derecho positivo) con carácter universal y frente a todos, en especial frente al poder». Lo relevante, según esta concepción, no sería el contenido sino la función de los derechos fundamentales, que postularían la limitación y el sometimiento del poder desde y en nombre del individuo.

Y esta preeminencia del individuo frente al poder y frente a la comunidad, si bien como idea seguramente pueda encontrarse en el pensamiento de todos los tiempos, no llegaría a cuajar de forma consecuente hasta el triunfo del Derecho natural racionalista del siglo XVII, cuando comenzó a considerarse al individuo como un sujeto autónomo dotado de ciertos derechos independientes de su estatus social y de su credo religioso, formulándose un catálogo de derechos naturales y racionales, no fiduciarios ni de revelación divina ni de la tradición o la historia; unos derechos que la persona debe tener por el mero hecho de serlo.

En este proceso jugó un papel protagonista la secularización del poder político y el convencimiento del carácter artificial de las instituciones: el Estado es un artificio humano, una herramienta para alcanzar ciertos fines —precisamente, la seguridad en el goce de los derechos naturales—. Es aquí cuando surge el constitucionalismo, «que supone la traslación a la esfera del Derecho positivo de la teoría del contrato social. La propia idea de acto constituyente como punto de ruptura con el viejo orden y de fundación de otro distinto evoca claramente la naturaleza de un contrato que sirve ante todo para comprender y justificar el poder político como un artificio humano al servicio de los individuos. Del mismo modo, la pretensión de superioridad constitucional y de sometimiento de todas las instituciones, incluido el legislador democrático, es una suerte de realización práctica de la eterna vocación de superioridad del Derecho natural sobre el Derecho positivo. En tercer lugar, el objeto de la Constitución es exactamente el mismo que el

atribuido al contrato, a saber: establecer el gobierno y organizar el poder político de un lado, y garantizar los derechos fundamentales, de otro».

También Pérez Luño considera ingredientes básicos en la formación histórica de la idea de los derechos humanos el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo, y señala que ambas concepciones tienen en común el demandar unas facultades jurídicas básicas comunes a todos los hombres. Éste es, precisamente, el gran *invento* jurídico-político de la Modernidad, pues —como afirma— derechos, en su acepción de estatus o situaciones jurídicas de libertad, poder, pretensión o inmunidad han existido desde las culturas más remotas, si bien como atributo de sólo alguno de los miembros de la comunidad; pero resulta evidente que sólo a partir del momento en el que pueden postularse derechos de todas las personas es posible hablar de derechos humanos.

Por tanto, constituye un rasgo esencial de éstos su universalidad, lo que, según Prieto Sanchís, significa que, «para ser candidato a ingresar en el grupo de los derechos humanos, el derecho en cuestión ha de poder ser atribuido a toda persona sin excepción, cualquiera que sea su posición social o circunstancia histórica. Es decir, que el contenido del derecho, en principio, interese por igual a todo individuo, que se convierte así en lo que suele llamarse un sujeto abstracto, sujeto construido por la razón haciendo abstracción de los elementos empíricos que conforman su existencia histórica».

El problema es que este sujeto supuestamente abstracto, en realidad, no lo es tanto. Por ello Javier de Lucas señala que si nos queremos tomar en serio la universalidad de los derechos humanos es indispensable hacer frente al verdadero reto actual que ésta nos presenta: «el reconocimiento del otro como tal otro, es decir, como diferente, y precisamente por ello, sujeto como nosotros de la soberanía y de los derechos». Pero para ello «no debiéramos exigir el precio que hasta ahora habíamos puesto a la universalidad, el vaciamiento de toda identidad diferente en aras del abstracto reconocimiento como persona de quien se adapte a ese molde, pretendidamente vacío, pero hecho a nuestra medida, que es el canon occidental».

Según este mismo autor, la ideología liberal habría secuestrado la noción misma de derechos humanos al pretender que el concepto universal de derechos sólo es posible desde la propia concepción liberal: los sujetos reales de los derechos no son todos los seres humanos con independencia de su sexo, raza, religión o clase, sino sólo aquellos individuos que respon-

den a una determinada imagen de ser humano, propia del contexto histórico, y que sí tiene sexo, raza, religión y clase (e incluso tiene edad, opción sexual y aptitudes); de manera que se negó –y aún se niega *de facto*– la condición de seres humanos «plenos» a quienes no responden al modelo «normal» de ser humano (la mayor parte de la población), y por ende se les niega, al menos, el reconocimiento de algunos derechos –como escribiera Orwell en *Rebelión en la Granja*: «todos somos iguales, pero algunos somos más iguales que otros»–.

Pero, seguramente, en nuestros días, la principal causa de discriminación en el disfrute de los derechos sea la nacionalidad, resultado de lo que López Calera considera una de las principales paradojas del Estado-nación que nace con la Revolución Francesa: que se proclaman los derechos del hombre como derechos universales y, sin embargo, sólo mediante la ciudadanía, esto es, por la pertenencia a una comunidad nacional, pueden las personas gozar del ejercicio de los mismos. Ante esta situación, Javier de Lucas considera urgente hacer frente al desafío de la *ciudadanía inclusiva*, que no se mantenga anclada en la nacionalidad, justificando, así, la exclusión, la discriminación entre ciudadanos y extranjeros. Ésta sería «la (pen)última frontera de la universalidad de los derechos humanos»: la barrera que forman las fronteras. Por tanto, la universalidad de los derechos exige la extensión del reconocimiento de la condición plena de seres humanos –sujetos de los derechos– a todos los individuos desde sus diferencias. Se trata, pues, de romper la barrera entre los derechos del hombre y los del ciudadano, de adquirir los papeles que permiten participar en la toma de decisiones y en la distribución de los resultados –la riqueza y los derechos– desde su condición, y no pese a ella o, como sucede hoy, renunciando a ella. En resumidas cuentas, «mientras los seres humanos puedan decir que no han nacido bien, en el lugar y en el momento adecuados, y que esa circunstancia de nacimiento es más fuerte que su dignidad de ser humano, seguir hablando de derechos universales será un sarcasmo».

Por todo ello, lamentablemente debemos denunciar que la universalización de los derechos está aún muy lejos de ser una realidad para la mayor parte de la humanidad, a pesar de ser una idea que ha entrado a formar parte de la conciencia cívica de los hombres y los pueblos, sobre todo a partir de la Declaración Universal de 1948. Y lo peor es que sus enemigos son muchos y proceden desde los más variados frentes, como señala Pérez Luño: «mientras para la crítica filosófica la universalidad es impugnada por

su carácter ideal y abstracto; para la crítica política se la reputa nociva, porque intenta allanar y desconocer las diferentes tradiciones políticas de las distintas culturas; en tanto que, desde la crítica jurídica se insistirá en que la universalidad es imposible, al no existir un marco económico-social que permitiera satisfacer plenamente todos los derechos humanos a escala planetaria».

Profundizando un poco más en estas críticas, podemos afirmar que desde el plano filosófico los dos enemigos fundamentales serían los *nuevos filósofos*, paladines de la *postmodernidad*, y los seguidores del *comunitarismo*. Los primeros pretenden llevar a cabo una revisión crítica de los valores básicos de la Modernidad, tales como la racionalidad, la universalidad y la igualdad, para sustituirlos por el particularismo y la diferencia; para ellos, lo que contribuye al desarrollo de una personalidad auténticamente humana es su esfuerzo deliberado por no parecerse a los demás, pues conformarse en ser como los otros, o en ser tratado como los otros, implica renunciar a la propia identidad genuina e intransferible. Los comunitaristas, por su parte –y en una línea diametralmente opuesta–, rechazan también una visión abstracta, ideal y desarraigada de los derechos y libertades, sin referencias a la comunidad en la que han surgido y que los reconoce, pues, según ellos, es ésta la que los va a dotar de unos perfiles específicos y concretos –frente a lo que Pérez Luño responde que lo que hoy se precisa es una fundamentación de los derechos humanos basada en un *ethos* universal, síntesis de valores multinacionales y multiculturales.

Por su parte, desde premisas políticas de marcado carácter relativista, se combate hoy también que la universalidad deba considerarse como una nota conformadora de los derechos humanos, pues se aduce que cada pueblo, a lo largo de su devenir histórico, ha forjado un tejido institucional propio y ese conjunto de formas de vida e instituciones no se puede juzgar ni mejor ni peor que el de cualquier otro pueblo. La idea de un modelo ideal y universal de cultura o de política capaz de servir de canon para todas las sociedades es una falacia, se trata de enmascarar la imposición coactiva de un modelo histórico y concreto: el modelo europeo occidental de la Modernidad. Pero la realidad es que casi todos los crímenes contra los derechos humanos se justifican a partir de la idea de que esas prácticas responden a tradiciones culturales y políticas de los países que las realizan, por lo que, en nombre del relativismo cultural, no puede permanecerse impasible ante tales hechos, «el derecho a la diferencia no puede convertirse en derecho a

la indiferencia». Además, según Pérez Luño, no podemos admitir el mito de que todas las formas culturales poseen el mismo valor, puesto que no todas ellas se involucran en la misma medida en la formación, desarrollo y defensa de los valores de la humanidad.

El tercer enemigo de la universalidad está representado por aquellos que aducen que «la posibilidad de hacer efectivo el disfrute de las libertades personales a escala universal no guarda parangón con los medios para hacer real y efectivo el disfrute de los derechos sociales»: sería precisa una profunda transformación de las estructuras socio-económicas a escala internacional, para que los derechos sociales pudieran contar con los pertinentes instrumentos de garantía. Es más, no sólo su realización en los países del Tercer Mundo resulta, hoy por hoy, inviable, sino que, incluso en las democracias occidentales, la plena garantía de los derechos sociales es más que problemática. Pero «la universalidad no puede quedar relegada a la esfera de los postulados ilusorios, sino que reclama un esfuerzo constructivo tendente a su realización. Para ese empeño constructivista, la universalidad constituye una tarea a cumplir en ámbitos de debate policéntricos multinacionales y multiculturales».

## II

La segunda sección del libro recibe el nombre genérico de «Estado de Derecho y estado del Derecho» y cuenta con la participación de José Delgado Pinto (*Los derechos entre la ética, el poder y el Derecho: derechos humanos y Constitución*), Eusebio Fernández (*Hacia un concepto restringido del Estado de Derecho*) y Elías Díaz (*Derechos humanos y Estado de Derecho*).

«No todo Estado es Estado de Derecho. Por supuesto, es cierto que todo Estado crea y utiliza un Derecho, que todo Estado funciona con un sistema normativo jurídico. Difícilmente cabría pensar hoy un Estado sin Derecho, un Estado sin un sistema de legalidad. Y sin embargo, decimos, no todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho. Designar como tal a todo Estado, por el simple hecho de que se sirve de un sistema normativo jurídico, constituye una imprecisión conceptual y real que sólo lleva —a veces intencionadamente— al confusiónismo»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> DÍAZ, E., *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966.

Hasta aquí, todos de acuerdo; el problema viene a continuación: «existen ciertos valores, que han sido y deben ser considerados como imprescindibles para que pueda hablarse de un verdadero Estado de Derecho:

a) Imperio de la ley, que impera sobre gobernantes y ciudadanos, pero precisando que como ya se señalaba en el artículo seis de la Declaración francesa de 1789 “la ley es la expresión de la voluntad general”, es decir, creada con libre participación y representación de los integrantes del grupo social.

b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, con lógico predominio en última y más radical instancia de este último, primero constitucional y luego parlamentario, concretado en las correspondientes normas jurídicas.

c) Fiscalización de la Administración: actuación según la ley en todos los órdenes y niveles de ella, así como consecuente y eficaz control por los correspondientes órganos constitucionales y jurisdiccionales. Interdicción de la arbitrariedad y respeto estricto, pues, al principio de legalidad y a sus determinaciones e implicaciones por todos los funcionarios y servidores del Estado.

d) Derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas (penales, procesales y de todo tipo), así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas que, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos.»

¿Realmente es imprescindible el reconocimiento de determinados derechos y libertades (determinados contenidos materiales) para hablar de Estado de Derecho?

Podemos encontrar todo tipo de respuestas a esta pregunta, entre las que se incluye la de aquellos que defienden la posibilidad de la existencia de un Estado de Derecho sin necesidad de hacer alusión a ningún tipo concreto de contenidos materiales; esto es, no estaríamos obligados a admitir que su existencia implique forzosamente una conexión cierta entre Derecho y moral. Es aquí donde se situaría lo que Rafael de Asís denomina como *modelo restringido* de Estado de Derecho, entendiendo como tal aquel «Estado que actúa mediante una separación funcional de poderes, a través de normas principalmente generales y que lo limitan tanto por ser emitidas

y conocidas como por formar parte de un conjunto unitario y coherente»<sup>2</sup>. Este modelo –conviene aclararlo– «no deja de lado la posibilidad del establecimiento de contenidos materiales en la visión del Derecho, sino que sólo señala que, aun siendo ésta una de sus características, no es posible identificar cuáles son con carácter general y previo, más allá de los que surgen desde el respeto a los rasgos propios que en ella se especifican. Lo que no hace este modelo, por tanto, es manejar un concepto de Estado de Derecho con carácter general y con presunción de universalidad, que se identifica por unos contenidos concretos de justicia –éstos, ciertamente, existen, pero no podemos especificar cuáles son en todos los Derechos, por lo que no serían determinantes para el concepto de Estado de Derecho –ni para el de Derecho mismo–».

La doctrina mayoritaria entiende, sin embargo, que todo auténtico Estado de Derecho sí necesita incluir algunos concretos contenidos materiales; de manera que no sería suficiente el reconocimiento del imperio de la ley, esto es, la subordinación de todos, incluido el propio Estado y sus representantes, a la legalidad, sin más, sino que es esencial que esta legalidad haya sido elaborada según determinados procedimientos formales y cumpla una serie de exigencias materiales: es lo que Eusebio Fernández denomina como *legalidad selectiva*, y que García Pelayo concreta en «una legalidad que no lesiona ciertos valores por y para los cuales se constituye el orden jurídico y político, y que se expresan en unas normas o principios que la ley no puede violar»<sup>3</sup>.

Estos valores se traducen, básicamente, en los derechos humanos que, como vemos, constituirían la razón de ser del Estado de Derecho, puesto que este «complejo mecanismo, construido y mejorado a lo largo del tiempo, surge, precisamente, para intentar lograr una mejor protección de éstos: protección de libertades y aspiraciones de mayor participación, frente al poder –si bien, luego se le irán añadiendo otra serie de derechos y libertades derivados, en definitiva, de la autonomía moral que debe reconocerse en todos los seres humanos–» (Elías Díaz). Y así lo expresaba ya, rotundamente, el artículo 16 de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 cuando afirmaba que si la garantía de los derechos no está

<sup>2</sup> ASÍS, ROIG, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, 1999.

<sup>3</sup> GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977.

asegurada no hay Constitución, no hay Estado constitucional, no hay, en definitiva, Estado de Derecho.

Ahora bien, ¿Cuáles son los derechos y libertades fundamentales que deben reconocerse y protegerse?, ¿cómo afecta al Estado de Derecho la falta de garantías jurídicas y de efectiva realización material de, por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales?

En principio, podría afirmarse que si queremos hacer realidad los objetivos del Estado de Derecho, aquellos para los que éste nació —como la consecución de la dignidad y la progresiva igualdad entre todos los seres humanos—, sería inexcusable la garantía de estos últimos, pues sin ellos los demás (los derechos civiles y políticos), en muchos casos, se verían fácticamente incumplidos y reducidos a meras declaraciones de buenas intenciones. En este bando se sitúa Elías Díaz para quien la «falta o arbitraria y abusiva limitación de las exigencias éticas y políticas especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales y culturales y de otra especie impide la existencia de un auténtico Estado de Derecho y favorece la implantación de un sistema político absolutista, autoritario o totalitario». En efecto, «la búsqueda de una mayor legitimación, adhesión y participación implica también no petrificar, no inmovilizar con caracteres esencialistas esos elementos, esos requisitos que configuran el Estado de Derecho». Es más, ni tan siquiera bastaría, para Elías Díaz, con la inclusión de los derechos sociales (además de, por supuesto, los civiles y políticos), sino que se impondría también el reconocimiento de una serie de derechos de última generación tales como los de las «minorías étnicas, sexuales, lingüísticas, marginadas por diferentes causas, derechos de los inmigrantes, ancianos, niños, mujeres, derechos en relación con el medio ambiente, las generaciones futuras, la paz, el desarrollo económico de los pueblos, la demografía, las manipulaciones genéticas, las nuevas tecnologías, etc., en una lista todo menos arbitraria, cerrada y exhaustiva».

Pero, como era de esperar, no todo el mundo está de acuerdo con estos planteamientos. Así, por ejemplo, para Eusebio Fernández, los derechos económicos y sociales nada tienen que ver directamente con el Estado de Derecho y su falta o limitación no nos autoriza a dudar sobre la vigencia de éste —pues, de ser así, podríamos decir que ni actualmente existen ni han existido nunca verdaderos Estados de Derecho—. Por el contrario, «mientras que la falta de garantías jurídicas o la ineficacia en el ejercicio de los derechos de autonomía, seguridad jurídica y cívico-políticos dejan sin conteni-

do, es decir, afectan profundamente al concepto de Estado de Derecho, en cambio, un caso similar en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales hace peligrar el Estado social de Derecho, es decir, una modalidad del Estado de Derecho, pero no al propio Estado de Derecho». Ésta parece ser también la opinión de Delgado Pinto cuando sostiene que si bien algunos de estos derechos han sido reconocidos como parte plenamente válida en bastantes constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, lo cierto es que hay otros muchos que no gozan de tal estatus; por tanto, «el equilibrio de fuerzas político-económicas e ideológicas en nuestras sociedades es tal que no permite considerar a tales derechos como principios configuradores de las condiciones básicas de legitimidad política, es decir, como parte plenamente válida de la constitución».

En definitiva, por un lado habría que situar los rasgos básicos del Estado de Derecho, que incluirían las exigencias de carácter moral, político y jurídico ya mencionadas y, por otro, los que describen sus diferentes modalidades, que suelen tener, predominantemente, carácter económico y social –así, por ejemplo, la principal diferencia entre el Estado liberal y el Estado social de Derecho giraría en torno a la menor o mayor intervención del Estado en estos ámbitos–. Por tanto, desde este punto de vista, «cabría hablar de Estado de Derecho, en contra de la opinión de los neoliberales, con una economía social de mercado y derechos económicos, sociales y culturales; e igualmente, en contra del parecer de los socialistas democráticos, con una economía libre de mercado y con ausencia de ciertas prestaciones estatales importantes. Sin embargo, no es posible hablar de Estado de Derecho sin imperio de la ley, división de poderes, legalidad de la Administración y derechos de autonomía, seguridad jurídica, cívicos y políticos. A partir de este supuesto, entraría en juego la decisión democrática de los ciudadanos a favor de la modalidad liberal o social del Estado de Derecho» (Eusebio Fernández).

En cualquier caso, es preciso señalar que la defensa de este *concepto restringido* no debe verse como necesariamente enfrentada a la del Estado social de Derecho, sino que, por el contrario, según sus mentores, es absolutamente compatible con un Estado «preocupado y comprometido en la realización de las tareas sociales que hoy se consideran imprescindibles para una vida humana digna: seguridad social, educación básica, protección frente al desempleo, cuidados sanitarios y pensiones mínimas». Sin embargo, desde estas posiciones se aduce que «la única vía razonable, hoy, de

preservar y mantener el Estado de bienestar, o Estado social de Derecho, es revisarlo y corregirlo. No la fórmula de convivencia política que se llama Estado de Derecho, sino el alcance de la *intervención social* del Estado. Por ello, quizás, lo más adecuado, aunque también lo menos popular y electoralista, sea reducir en el contenido la lista de los derechos que han de señalarse como imprescindibles en las características del Estado de Derecho. La selección se puede hacer tomando como criterio básico aquellos derechos que pueden ser garantizados efectivamente con la existencia del Estado liberal-democrático, en tanto que los derechos económicos, sociales y culturales —así como los de última generación— serían objetivos o metas morales y políticas a conseguir por el Estado de Derecho, pero nunca presupuestos de su definición».

Desde luego, si bien es cierto que el Estado social de Derecho funcionó razonablemente bien hasta los años setenta en algunos de los países más desarrollados, aprovechando el ciclo expansivo de las economías occidentales, también lo es que los límites de la financiación de tales políticas sociales, en el marco del sistema de economía de mercado, llevaron a la situación que se ha denominado de *crisis fiscal del Estado*, de manera que tenemos que convencernos de que el Estado no dispone de los medios financieros suficientes para comprometerse con garantías jurídicas —como Estado de Derecho— a proteger tales exigencias, demandas y derechos fundamentales de la forma en que hasta hoy se ha venido haciendo.

Pero, ante esta situación, la única salida posible no es la anteriormente señalada, de vuelta atrás «no, desde luego, absoluta y total, pues produciría una deslegitimación imposible de soportar, pero sí un importante freno e incluso desmantelamiento de buena parte de esas políticas de bienestar social; o sea la imposición de un muy conservador, disminuido, y muy desigual Estado» (Elías Díaz). Por el contrario, existen otras alternativas que tratan de conservar esas políticas redistributivas prestacionales que han caracterizado las mejores e insuprimibles aportaciones del Estado social y que, como Estado de Derecho, fueron en amplia medida garantizadas por leyes y tribunales.

En esta línea se sitúa Elías Díaz, para quien la solución consistiría no en un retroceso, sino en todo lo contrario, un paso adelante hacia el *Estado democrático de Derecho*, que supondría, básicamente, el paso desde un intervencionismo estatal indiscriminado, en exceso cuantitativo, hacia otro mucho más cualitativo y selectivo. En este modelo cobra especial impor-

tancia la «superación del paternalismo del actual Estado social, sin quedarnos por ello en el más acomodaticio y conservador *principio de subsidiariedad*; urge, así, el destierro de la autocomplacencia, en una ética de la irresponsabilidad individual, esperándolo todo del *Papá-Estado*, y su sustitución por la libre autoexigencia personal para una ética del trabajo, del esfuerzo, del mérito, la capacidad, la intervención participativa y solidaria». La necesidad de este cambio de actitud es compartida por Eusebio Fernández, quien defiende la existencia de unos valores de capital importancia, tales como «la responsabilidad, el esfuerzo o el mérito, que son fundamentalmente individuales, que desarrollan la autonomía y el talante moral de los ciudadanos y que no pueden ser *entregados* por el Estado, sino que es en la sociedad civil, y en un modelo ideal de ciudadanía, donde tienen su acomodo». Sin embargo, y a diferencia de éste, el anterior se muestra firmemente partidario de que, a la vez, este nuevo modelo de Estado de Derecho debe reconocer que, junto a los derechos civiles y políticos, existen otras exigencias éticas en nuestros días que deben encontrar reconocimiento legal y eficaz realización, tales como los derechos socioeconómicos y culturales y los nuevos derechos de última generación que reclaman también, de un modo u otro, su presencia.

En definitiva, la propuesta de Elías Díaz pasaría por construir una sociedad civil más vertebrada, más sólida y «más ajustada (en las dos significaciones del término, organización y justicia)», con un tejido social más denso y una mayor presencia e intervención, pero operando en toda su plural plenitud y no sólo en privilegiados sectores o estamentos, de forma que la presencia de las corporaciones económicas, profesionales o laborales sea complementada y compensada con la de los nuevos movimientos sociales y las organizaciones no gubernamentales, pasando, así, de una exclusiva ética de la competición a una ética también de la colaboración –sin olvidar, claro está, la imprescindible acción en el Estado de Derecho y de sus instituciones jurídico-políticas. De esta forma se «superarían las tendencias unilaterales, por un lado, de la socialdemocracia y el Estado social (que confió en exceso y casi en exclusiva en las instituciones) y, por otro, de los movimientos libertarios (siempre recelosos de éstas, esperándolo todo de una mitificada sociedad civil), necesidad actual y futura de una progresiva y abierta síntesis entre ambas: es decir, un entendimiento imprescindible y un nuevo pacto entre instituciones jurídico-políticas y organizaciones de la sociedad civil así comprendida». La calidad de vida y no tanto la cantidad

de productos consumidos serían, finalmente, objetivos más concordes con tal modelo de sociedad: se trata, qué duda cabe, de una nueva cultura y un nuevo concepto de ciudadanía.

### III

El libro que comentamos se cierra con el texto de la intervención de Gregorio Peces-Barba (*De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elecciones*) y un trabajo, no incluido en el ciclo de conferencias, de Rafael de Asís Roig (*La igualdad en el discurso de los derechos*), agrupados bajo el epígrafe: «El principio de igualdad: de la igualdad realizada a la igualdad real».

Este último asegura que, si bien el problema de la justificación de los derechos es enormemente complejo, sin embargo, en la actualidad, la mayoría de las propuestas encaminadas a tal fin se apoyan en una serie de presupuestos de fundamentación muy similares —de carácter formal (aunque desde ellos surgen ciertas notas sustantivas) y normativo— entre los que se incluye la idea de igualdad, cuya proyección abarca todos los derechos y no sólo, como frecuentemente se afirma, los económicos, sociales y culturales.

Estos presupuestos parten de una determinada manera de entender a los individuos, a los que se les considera como sujetos morales dotados de dignidad, lo que supone, según el profesor Peces-Barba<sup>4</sup>, que se puede —y se debe— afirmar que todos los individuos poseen fácticamente capacidad de elección (libertad psicológica) y, también, que todos ellos orientan su existencia hacia la consecución de determinados planes de vida (libertad moral). Esta concepción del ser humano que, a primera vista, podría parecer excesivamente formal, en realidad implica un contenido material que se traduce en la defensa de aquellos condicionantes que permitan tanto la existencia misma de los individuos, condición *sine qua non* e inicial para garantizar su capacidad de libre elección, como la satisfacción de sus necesidades básicas.

Para el logro de la libertad moral, por su parte, se necesitan una serie de instrumentos que tienen una proyección primordialmente individual, pero también social, puesto que los planes de vida pueden entrar en colisión

---

<sup>4</sup> PECES-BARBA, G. y otros, *Curso de Derechos Fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III, Madrid, 1995.

unos con otros. Estos instrumentos son los derechos fundamentales, que van a imponer el reconocimiento y la protección de una serie de bienes básicos para todo sujeto moral, y con respecto a todos los cuales el Derecho va a estar alerta, creando una estructura de garantía y protección de los mismos, y presto a intervenir en los casos en los que su disfrute peligre.

Por tanto, vemos que la idea de igualdad está siempre presente en el discurso de los derechos y que sólo podemos abandonarla, bien defendiendo una visión parcial de la idea de individuo como sujeto moral, o bien dando prioridad a un tipo de derechos sobre otros, o, por último, rechazando la intervención del derecho en la vida social; pero conviene tener en cuenta que todas estas posiciones pueden llegar a situarse fuera de un discurso de los derechos que pretenda dar cuenta de éstos tal y como aparecen hoy reflejados en los textos normativos.

Ahora bien, además de un elemento de justificación de los derechos, la igualdad debe ser considerada como un derecho en sí misma. Esta concepción es, en ciertos casos, problemática y conviene abordarla recurriendo al concepto de igualdad como principio jurídico, esto es, como criterio de distribución de los derechos —que nos permitiría determinar cuándo está justificado crear diferencias normativas, y cuándo no.

En este sentido, el profesor Peces-Barba señala los diferentes tratamientos jurídicos de la igualdad que han existido a partir de las revoluciones liberales. En primer lugar nos encontramos con el modelo de la discriminación normativa, donde la diferencia entre los sexos era relevante para un tratamiento discriminatorio en el trabajo, en las relaciones familiares y en la participación política: los derechos se atribuían al hombre blanco con instrucción y con medios económicos, mientras que la mujer no participaba, por exclusión expresa, del goce de los mismos. Sin embargo, paulatinamente, éstos se irían universalizando, imponiéndose así el concepto de igualdad normativa como equiparación —o igualdad como diferenciación negativa—, en virtud del cual las normas constitucionales igualarían, a efectos de los derechos fundamentales (en cuanto a su titularidad, goce y garantías), al hombre y a la mujer, en el marco de una equiparación de otras diferencias que se considerarían igualmente no relevantes (nacimiento, raza, ideología, religión, opinión o cualquier otra condición general o social); en definitiva, este segundo modelo supone un trato igual en circunstancias o situaciones diferentes que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para la aplicación de las normas.

Por último, ya en el siglo xx, se constata que esta igualdad formal no es suficiente para suprimir la desigualdad de hecho que sufren, por diferentes razones, determinados grupos de personas, por lo que se imponía un tratamiento específico respecto a ellos. Surge así el modelo de especificación, por medio de la igualdad como diferenciación positiva, que implica considerar como relevantes las condiciones específicas de estos colectivos y que no busca tanto la universalidad de los derechos en el punto de partida sino, más bien, en el de llegada. Para la correcta comprensión de este modelo «es necesario distinguir entre diferencias, discriminaciones y desigualdades. Las primeras son elementos de las personas que les distinguen de otras y que no se pueden considerar relevantes para un trato distinto, son realidades protegidas desde el modelo de la igualdad normativa como equiparación; y entre estas diferencias hay que distinguir, a su vez, las naturales y las voluntarias: las primeras son aquellas que existen con independencia de la intención del sujeto, como el sexo o la raza, y las segundas son las que han exigido un proceso racional de decisión, y que existen porque el sujeto las ha querido o buscado intencionalmente, como la opinión o la religión. Las discriminaciones, por su parte, son las violaciones de la igualdad normativa como equiparación, y se producen cuando una mujer no tiene igual salario legal o no puede participar en una determinada profesión, o cuando una opinión es prohibida, o cuando una religión no puede hacer públicas manifestaciones de culto. La desigualdad, en fin, es una cuestión de hecho, es una realidad que existe como consecuencia de las diferencias y del desajuste entre las normas que las protegen —y que pretenden la equiparación— y esa realidad que por diversas razones persiste y no se resuelve con la proclamación de la igualdad formal» (G. Peces-Barba).

Pues bien, este tercer modelo sería un instrumento para la solución técnico-jurídica de las desigualdades —no para las discriminaciones o las diferencias en sí mismas— pero sólo para aquéllas que se consideran relevantes y que derivan de las llamadas diferencias naturales. Supone un trato desigual mediante la adopción de determinadas medidas que, según Giménez Gluck<sup>5</sup>, pueden ser de *igualación positiva* —cuyos destinatarios serían sujetos individualmente considerados que se encuentran en una situación de inferioridad— o tratarse de *acciones positivas* —dirigidas a determinados colectivos, con independencia de las circunstancias personales de sus inte-

---

<sup>5</sup> GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

grantes. Estas últimas, a su vez, se dividen en *acciones positivas moderadas* y *medidas de discriminación inversa*. Las primeras tratan de eliminar los obstáculos que impiden que ciertos colectivos estén en situación de igualdad y consisten en un trato desigual que tiene como objetivo proporcionar el ejercicio de determinados derechos a ciertos grupos, pero sin que ello suponga eliminar la titularidad de los mismos al resto. En cuanto a la discriminación inversa, consistiría, siguiendo a Ruiz Miguel <sup>6</sup>, en la atribución de «privilegios» a miembros de grupos tradicionalmente discriminados por determinados rasgos «sospechosos» (raza, sexo, religión) en ámbitos de particular escasez (acceso a puestos de trabajo, cargos políticos, educación, etc.), apartando de tal posibilidad al resto. Así, la discriminación inversa (que puede entenderse como un trato privilegiado) suele expresarse a través de una política de cuotas, mientras que las acciones positivas (que supondrían un trato preferente) no, o en el caso de que lo haga, se trataría de cuotas por decisión y no de cuotas por resultado.

En cualquier caso, si la idea de igualdad como diferenciación negativa presenta algunos rasgos problemáticos —como es el de la llamada discriminación indirecta, que se produce cuando tratos formalmente neutrales inciden negativamente sobre un grupo o una clase de sujetos— tampoco la igualdad como diferenciación positiva está exenta de ellos. Así, no podemos obviar que, tanto la acción positiva como, especialmente, la discriminación inversa, pueden presentarse como discriminaciones directas, puesto que, si bien es cierto que son medidas positivas con respecto a algunos colectivos, también lo es que son claramente negativas para ciertas personas que son excluidas por el hecho de no pertenecer a éstos, viendo así dificultadas, cuando no truncadas, algunas de sus legítimas aspiraciones.

Por ello, cobra especial importancia la justificación de ambos conceptos de igualdad, que se basarían, siguiendo a Rafael de Asís, en la presunción de un juicio de relevancia y de razonabilidad desde el que puedan argüirse razones que permitan apoyar medidas de uno u otro tipo. Ahora bien, «la idea de razonabilidad, en este ámbito, no debe ser identificada con la de racionalidad, pues esta última lo que exige es que las decisiones puedan ser justificadas desde reglas y en conformidad con ellas, mientras que la razonabilidad se proyecta, precisamente, en la justificación de esas reglas y en las consecuencias de su utilización —por lo que este concepto se conec-

---

<sup>6</sup> RUIZ MIGUEL, A., «La discriminación inversa y el caso Kalenke», en *Doxa* núm. 19, 1996.



taría con la aceptabilidad, de manera que su examen, y el del problema de la igualdad, se lleva a cabo dentro de una determinada teoría moral».

En este sentido, y si queremos ser coherentes con la idea de sujeto moral destacada al principio, lo *razonable* en el ámbito de los derechos debe respetar ciertos límites y ha de tener en cuenta unos criterios básicos; a partir de ahí, las medidas se justificarían en términos de aceptación real, esto es, cuando cuenten con el apoyo de la mayoría de los sujetos morales implicados. Los límites a los que nos referimos son de dos tipos: abstractos (que se deducen de las exigencias de carácter material que consideramos como presupuestos de la moralidad) e históricos (que obligan a atender las circunstancias contextuales de los sujetos y a los contenidos morales que expresan en la actualidad los derechos). En cuanto a los criterios, el primero es un presupuesto de la discusión moral –por lo tanto, un requisito previo de toda medida de igualdad– e impondría el respeto a la capacidad de elección y la satisfacción de necesidades básicas, justificando así aquellas medidas que tienen como misión hacer posible el ejercicio de dicha capacidad (si bien, conviene advertir que se trata de medidas que no necesariamente posibilitan elecciones concretas, sino exclusivamente el mantenimiento de la capacidad de elegir). El segundo criterio guía, que se deduce del igual valor que se concede a la capacidad de elección de los sujetos morales, exigiría la necesidad de colocar a todos ellos en igual situación de poder para la determinación de aquello que puede ser considerado como correcto.

En definitiva, cabría decir que cualquier teoría integral de los derechos debe justificar aquellas medidas de diferenciación que pretendan satisfacer necesidades básicas de los individuos y mantener su capacidad de elección, situando a todos en idénticas condiciones en el ámbito de la discusión moral. En este sentido, la vida cotidiana nos ofrece múltiples posibilidades para la aplicación práctica de estas consideraciones teóricas, como, por ejemplo, en el supuesto de la consecución de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en la participación política –que si bien es una realidad en el caso del sufragio activo, no ocurre lo mismo en relación con el sufragio pasivo.

En efecto, la igualdad política de los individuos no se agota con el igual derecho al voto ni con el principio constitucional de no discriminación. Por el contrario, si la concebimos a la manera de Bobbio, esto es, como igualdad en el poder de influir en la formación de la voluntad colectiva, en

las decisiones de interés general, sería necesario que los iguales ante la ley contaran con igual poder de decisión. También Piero Meaglia<sup>7</sup> coincide en que para hablar de verdadera democracia, si defendemos este concepto de igualdad política, no podemos considerar el sufragio universal como una condición suficiente para garantizarla, pues «el igual derecho al voto no basta para asegurar a todos una igual influencia en la formación de las decisiones colectivas: el voto electoral no concede, de hecho, el derecho a tomar decisiones, sino tan sólo a elegir a los que las tomarán».

En vista de ello, para alcanzar la igualdad política real puede resultar adecuado, según Peces-Barba, aplicar ciertas medidas encaminadas a la incorporación de cuotas obligatorias para las mujeres. Esta decisión se justificaría teóricamente no sólo desde el concepto de igualdad como diferenciación positiva que hemos analizado sino también desde el punto de vista de la justicia, la validez y la eficacia del Derecho. «Así, la igualdad es un contenido esencial de la justicia del Derecho, y se justifica, se identifica y se determina en ese ámbito de reflexión. La consideración de la igualdad desde la validez del Derecho supone considerar el proceso de positivación de la igualdad desde la ética pública crítica, que es su origen, hasta la ética pública legalizada; coincide con el segundo modelo de la igualdad normativa como equiparación y está recogida en normas válidas que la garantizan formalmente. Por su parte, el paso al modelo siguiente, el de la especificación, por medio de la igualdad como diferenciación, exige entrar en el análisis desde la eficacia del Derecho, pues la validez no es condición suficiente para la eficacia, y ésta, en el caso que nos ocupa, exige una acción positiva que reequilibre con nuevas exigencias normativas la realidad de lo que sólo forma parte de normas válidas, y que únicamente con esa acción para remover los obstáculos o para promover las condiciones puede ser real y efectiva. Por tanto, a través de la teoría de la justicia, del normativismo y del realismo se construye un concepto de igualdad que permite abarcar esta última dimensión donde la eficacia de unas normas válidas, sobre la igualdad de hombre y mujer en el sufragio pasivo, es posible a través de otras normas válidas que establecen cuotas femeninas en las listas electorales» (G. Peces-Barba).

Por último, junto a estas fundamentaciones teóricas del modelo de especificación, es posible encontrar también una justificación estrictamente

---

<sup>7</sup> MEAGLIA, Piero: *Bobbio e la democrazia. Le regole del gioco.*

jurídica de las cuotas de participación de la mujer. Ejemplo de ello es el artículo 9.2 de nuestra Constitución que permite afrontar el desajuste entre las prescripciones normativas y la realidad, al afirmar que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivos, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural o social». Asimismo, también la jurisprudencia constitucional española ha tenido oportunidad de pronunciarse a favor de la discriminación positiva, o trato diferenciador para alcanzar la igualdad, en diferentes sentencias.

En cualquier caso, concluye el rector de la Universidad Carlos III, «la normativa que regule estas cuotas, en cuyas fórmulas concretas no entro, debe ser excepcional y de vigencia temporal y debería durar sólo hasta que desaparezcan los desajustes entre la desigualdad real y la igualdad normativa. Y, por supuesto, habría que avanzar por este terreno inexplorado con prudencia y respetando los principios de mérito y capacidad. Esta exigencia impediría, por ejemplo, extender este modelo a oposiciones o concursos de funcionarios, aunque por otra parte ya las mujeres tienen una presencia real amplia, que no permite una comparación con su (escasa) presencia en las listas electorales en puestos seguros. Como siempre que una nueva idea pretende incorporarse, desde la ética pública crítica a la ética pública positivizada debe hacerse con prudencia, como aquella recomendación que hacía, en *I promessi sposi* de Manzoni, el gobernador español a su cochero «Adelante Pedro, pero con juicio».



**FERNANDO VALLESPÍN**  
**EL FUTURO DE LA POLÍTICA**

Editorial Taurus, Madrid, 2000, 239 pp.

**M. A. Ramiro Avilés**

*Universidad Carlos III de Madrid*



L libro *El futuro de la política* escrito por Fernando Vallespín, catedrático de Teoría Política en la Universidad Autónoma de Madrid, es una invitación a pensar cómo es la actual situación política y cómo debería ser en el futuro. El libro es una franca mirada a la posibilidad de mejorar la situación política actual. En esta obra lo utópico, lo adaptativo y lo realista se mezclan en sabia proporción. Creo que este libro es una acertada reivindicación del talante utópico, crítico, inconformista, reformista que ha estado presente en nuestra conciencia política.

Esta obra es una aguda reflexión acerca de la situación actual de la política, pero la primera pregunta sobre la que Fernando Vallespín propone reflexionar es qué es la política. El presente y el futuro de la política pasan por su *recomprensión* ya que no es posible mantener las mismas ideas, los



mismos conceptos o visiones de la acción política desde la segunda posguerra sin que se produzca su adecuación a la situación social actual en la que se está desarrollando una nueva revolución industrial –fruto del desarrollo de las nuevas tecnologías vinculadas a la informática–, en la que las fronteras han dejado –en cierta medida– de ser relevantes y donde el Estado debe redefinir su forma de actuación hacia afuera y hacia adentro, así como las relaciones que mantiene con sus ciudadanos y otros Estados. Los fenómenos de la globalización o mundialización, del desarrollo de las telecomunicaciones, de la desaparición de las fronteras, de la aparición y consolidación de organizaciones supranacionales de carácter estatal o civil, deben, según Vallespín, tenerse en cuenta a la hora de diagnosticar los males que afectan a la política y los remedios que deben seguirse para salvarla.

El saber qué es la política es una cuestión que debe aclararse desde el principio porque uno de los problemas básicos que se destacan en el libro es que en las sociedades occidentales se ha instalado la *apatía política*. Advierte que el ciudadano está fatigado civilmente porque la principal forma de entender la política ha sido como la actividad que desarrollan los políticos y en la que los ciudadanos no influyen puesto que las decisiones que aquéllos adoptan se basan en una serie de intereses y razonamientos ajenos a ellos. No hay una correlación entre sus intereses, aspiraciones, exigencias y las decisiones adoptadas por los políticos. Así, la conclusión es clara: si el ciudadano considera que no puede influir en la política, no se siente interesado o atraído por ella. Entiende que es una actividad que no le afecta. Se ha extendido la creencia «de que el mundo no lo mueven las decisiones de los ciudadanos, sino unas lógicas o imperativos más profundos» que manejan *los políticos*. A esto se une el hecho de que en muchas ocasiones las medidas políticas del Estado vienen dictadas por organismos supranacionales que escapan al control político de carácter democrático que realizan los ciudadanos. El Estado es responsable de una serie de materias y políticas en las que no tiene un control directo sobre los medios y, en muchos casos, la acción estatal depende de factores que están fuera de su propio campo de influencia y del de sus ciudadanos. Cada vez que nos sentimos afectados por esas decisiones que eluden nuestro control político directo, se afecta al sistema democrático y se pierde legitimidad. Esto ocurre porque el espacio transnacional no está lo suficientemente democratizado pues –siguiendo la definición tradicional– más allá de las fronteras nacionales, el gobierno no es *del pueblo* (porque no hay un *demos* o sujeto

capaz de ejercerla), ni *por* el pueblo (porque no hay una serie de mecanismos y procedimientos que favorecen su participación efectiva en el gobierno de la comunidad) ni *para* el pueblo (porque no hay unos resultados que se ajusten efectivamente a los intereses, inquietudes o necesidades de los ciudadanos). Esa falta de democratización *desmoraliza* al ciudadano que observa cómo su vida está siendo regulada por una serie de sujetos que carecen de la suficiente legitimidad.

Además, la actividad política se ha demonizado porque se entiende como una actividad en la que existen una serie de intereses ocultos que pueden *contaminar*, corromper al ciudadano. Esta creencia se ha extendido por los innumerables casos de corrupción política en las democracias occidentales, de responsabilidades política y legal mal solucionados, de exceso verbal por parte de determinados políticos ... Son algunas de las causas que han provocado que los ciudadanos dejen de ser participativos en política y aparezcan comportamientos apolíticos (asociacionismo, desarrollo de las ONG), comportamientos políticos irracionales (nacionalismos radicales basados en la etnia, movimientos de extrema derecha o de extrema izquierda), la búsqueda ilimitada del interés privado que se considera como la actividad más racional y menos corrupta. En todo caso, como señala Fernando Vallespín, la falta de interés por la política no es un signo de salud democrática de las sociedades avanzadas —como pretenden algunos— porque este desinterés no otorga implícitamente legitimidad al Estado. La solución pasa por entender la política de otra manera.

En esa tarea de recomprensión de la política los partidos políticos y los sindicatos de trabajadores tienen que redefinir el modo en que se hacen presentes en la sociedad. De modo específico, los partidos políticos deben romper con la desconexión que tienen con la sociedad, y para esto deben flexibilizar sus estructuras para acabar —no con las discusiones internas— sino con las oligarquías internas o *familias*. Debe evitarse la excesiva estatalización de los partidos, su exceso verbal; debe recuperarse un referente ideológico fuerte y se debe ser consecuente con el mismo. Los partidos políticos deben pretender ser los referentes de la movilización social, aunando voluntades, haciéndose más accesibles y más permeables a las reivindicaciones de los ciudadanos. Por su parte, los sindicatos de trabajadores deben readaptarse a una situación en la que la localización geográfica del trabajador ha variado. Afirma Vallespín que la vieja factoría ha derribado los muros que la enclaustraban y, en la actualidad, la producción está

extendida por el orbe. Muy pocas empresas producen o adquieren todos los componentes de su producto en los límites de un Estado sino que ha mundializado su actividad. En mi opinión, esa pérdida del referente geográfico, que indica Vallespín, influye negativamente en la actividad sindical porque ha aumentado el número de trabajadores sin cobertura, sin ningún tipo de protección. Allí donde acuden las empresas a producir —países en vías de desarrollo, con una fuerte presencia estatal, sin sociedad civil— las legislaciones sanitarias, de seguridad laboral, de higiene en el puesto de trabajo, de protección social, de trabajo infantil, etc., o no existen o están sin desarrollar. El sindicalismo del futuro también debería luchar por los derechos básicos de esos trabajadores en *precario*.

Otro de los problemas que Fernando Vallespín destaca es que el ciudadano ha perdido el activismo que le caracterizaba en otras épocas y se ha transformado en un sujeto conservador. Mantiene que los ciudadanos hemos olvidado nuestro talante utópico, crítico, reivindicativo de una sociedad mejor, más solidaria, justa e igualitaria, y se ha instalado entre nosotros la creencia de que la actual sociedad es el mejor mundo posible y que no se puede ir más allá. Por este motivo, más vale conservar lo que tenemos que embarcarnos en aventuras de ingeniería constitucional o en innovaciones sociopolíticas no carentes de riesgos. Como dice Vallespín, «se teme, quizá, que ese equilibrio tan costosamente alcanzado en Occidente pueda degenerar en algo peor». Esto es, más vale lo malo conocido... Lo más curioso de esta situación es que este nuevo conservadurismo sería *a la inversa* pues, según Fernando Vallespín, los antiguos progresistas se han convertido en los conservadores o reaccionarios de hoy. Además, otro elemento relevante es, en mi opinión, que no han sido los socialistas *utópicos*, los marxistas, los anarquistas o los visionarios de distinto pelo quienes hayan teorizado acerca de una sociedad futura final, los que hayan considerado que se ha llegado al fin de la Historia, del progreso de la sociedad, sino que haya sido desde el pensamiento liberal. La modernidad reflexiva que evoluciona perpetua y permanentemente está perdiendo su lugar a favor de un mítico reino en el que la democracia liberal se convierte en la «forma final de gobierno humano» y la economía de mercado en el único sistema posible para la producción y distribución de recursos —Fukuyama *dixit*.

En mi opinión, uno de los logros de la reflexión de Fernando Vallespín es que permite unir política y utopía porque la política, ámbito en el que todos los ciudadanos participamos en igualdad de condiciones, que todos



tenemos en común y que a todos nos afecta por igual, debe ser autorreflexiva para permitir la utopía, esto es, la búsqueda constante y permanente de una mejor sociedad. La utopía debe estar dentro de la política del futuro, aunque deben evitarse las soluciones únicas *utópicas* que científicamente pretenden resolver todos y cada uno de los problemas sociales, alcanzando la *cuadratura del círculo* y sacrificando algunos valores sociales. La solución propuesta por Vallespín permite, en cierta medida, acabar con la ecuación utopía = totalitarismo. La función crítica inherente al utopismo debe conjugarse con esa búsqueda de una mejor sociedad que la reflexión política debe perseguir.

En todo caso, como señala Fernando Vallespín, a los ojos de los ciudadanos, la imposibilidad de resolver definitivamente los problemas sociales resta valor a la reflexión de las ciencias sociales frente a la reflexión que se realiza en las ciencias de la naturaleza porque aquélla no ha sido capaz de acabar con la tiranía, la opresión o la pobreza. Si bien es cierto que la teoría social y política no han logrado diagnosticar unívocamente sobre lo que ocurre y no aportan «una explicación accesible, convincente y relativamente consensuada de nuestro tiempo», la recompreensión de la política —señala el profesor Vallespín— tampoco debe pasar por una única teoría que oriente o controle todas las condiciones que afectan a nuestras vidas. No hay una respuesta científica porque «la labor de la política como mecanismo encargado de lidiar con las contingencias, el conflicto de valores e intereses de la sociedad, la hacen relativamente independiente de consideraciones de tipo científico». En este sentido confiesa que «el decisor político no goza de un saber perfectamente objetivable que le permita aplicar mecánicamente sus postulados. Se mueve más bien en un incómodo —y fascinante— punto medio entre criterios de verdad o veracidad lógico-científica y la pura arbitrariedad. Por eso deseamos ser gobernados por políticos y no por científicos sociales o filósofos, y por eso es también tan difícil de definir la “responsabilidad política”, que en última instancia remite a la capacidad de juicio de la ciudadanía. Sin estos presupuestos no parece posible que pueda hablarse de libertad, al menos en un sentido político».

Otro de los factores que dificultan esa recompreensión es que la política no es autorreflexiva porque no existen las condiciones necesarias para la presencia de un espacio público libre. A pesar de encontrarnos en la *era de la información*, la cual ha supuesto un aumento considerable de los canales y los medios de que dispone la población para informarse —lo cual debería



contribuir a aumentar el debate—, nos encontramos que no hay ciudadanos participativos porque no se tiene acceso a una información que reproduzca la realidad y que permita construir autónomamente la conciencia. Se impone la opinión publicada sobre la opinión pública real. La información política se banaliza; no aparece en forma de debate o *discurso racional* sino como *magazine* humorístico. Además, al romperse la frontera entre lo público y lo privado, no son extrañas las noticias políticas escandalosas y la judicialización de la actividad política. El camino para la apatía está abierto. Junto a esto, la legitimidad de la acción política se busca a través de una mayor eficacia tecnocrática lo cual hace primar la cualificación técnica sobre la capacidad política. La política del futuro debe estar menos atenta a la gestión directa —propia de los tecnócratas— y más a la actividad de impulsar y galvanizar acuerdos.

Por el contrario, la política utópica futura que reclama Vallespín debe ser reflexiva, abierta a un debate constante, conflictiva, crítica. La política debe *reintroducirse* en la vida cotidiana de los ciudadanos por medio de la discusión racional, de la reflexión de los intelectuales «tomando partido y con imparcialidad, con sensibilidad e incorruptibilidad, ante los asaltos, las tendencias de desarrollo, los peligros, los momentos críticos», con lo que se ayuda a conformar la opinión pública. Sólo de este modo puede lograrse un ciudadano más participativo, al cual precisamente está dirigido el libro, y al cual Vallespín exige «una actitud activa y un cierto empeño por parte de cada lector para tratar de comprender y contrastar el texto con su propia capacidad de juicio y sus opiniones y valores particulares».

En todo este entramado, el Estado debe considerarse una pieza imprescindible tanto en la nueva arquitectura de la mundialización —con el fin de resolver los problemas y desigualdades que genera este proceso imparable— cuanto en los momentos de fraccionamiento interno de las sociedades actuales. Si el Estado quiere resolver los problemas que causan la mundialización y la complejidad del sistema social, tiene que empezar a combinar dos lógicas, la del mercado y la de la política. El Estado no debe perder su faceta intervencionista en la sociedad ya que debe solventar algunas de las desigualdades que están reapareciendo en los albores del nuevo milenio. El Estado debe «contener las inmensas asimetrías que genera el inquieto capital internacional y las fuerzas económicas transnacionales» y para ello debe gobernar la mundialización porque «ni somos meras marionetas al albur de fuerzas absolutamente ingobernables, ni cabe tampoco un

tipo de acción conformadora del entorno similar a aquella que estamos acostumbrados a imaginar en cada uno de nuestros Estados».

En todo caso, Fernando Vallespín mantiene que no caben soluciones totalizadoras o simplificadoras porque ninguna sociedad moderna se gobierna hoy sin interferencias públicas sobre el mercado, pero tampoco ninguna puede renunciar al despliegue de la iniciativa privada y su capacidad para dinamizar la sociedad y la economía. En la política del futuro no caben soluciones que dispongan *todo para el Estado* o *todo para la sociedad civil*. La combinación de un Estado fuerte —con independencia de su tamaño— con una sociedad civil fuerte crean una diferencia fundamental que da ventajas competitivas en una sociedad globalizada y permiten una actuación más autónoma y soberana. La reforma de la política actual debe pasar, pues, por la reconstrucción de un espacio público en el que el Estado junto con los ciudadanos, con asociaciones ciudadanas y con otros Estados hagan de nuevo política. La política ya no debe construirse a partir de la referencia ineludible con el Estado sino que también debe arraigar en otros importantes sectores de la sociedad civil porque junto a los Estados deben intervenir movimientos sociales, organizaciones. En todo caso, Fernando Vallespín mantiene que el Estado debe seguir siendo el referente fundamental a partir del cual se alcanza la unidad política de la sociedad, estableciendo un sistema de seguridad y cooperación institucionalizado y una concepción pública de la justicia capaz de arbitrar entre los diferentes intereses en conflicto y ofrecer un marco de acción e integración social común.

Así, la recompreensión de la política pasa por una aguda reflexión acerca del papel del Estado en las actuales sociedades democráticas ya que tiene una creciente incapacidad para actuar valiéndose de los mecanismos tradicionales. Las crisis de soberanía y de autonomía del Estado que erosionan su poder y que podrían acabar con él, no deben entenderse de forma dramática porque posiblemente sólo supongan una reestructuración de sus funciones. En este sentido considera que no hay que reclamar más o menos Estado sino *otro* tipo de Estado, ese que Vallespín denomina Estado negociador y enfrenta al Estado catalítico. El Estado negociador debe mantener una gobernación global ejercida tanto hacia dentro y abajo (política interior) cuanto hacia fuera y arriba (política exterior), aunque en esa nueva configuración la disminución de las esferas de actuación debe estar incluida porque —advierte Vallespín— el Estado tiene un problema de tamaño que lo convierte, en palabras del autor, en una *molesta carabina* colocada entre la

apoteosis de lo local y de lo internacional, ámbitos en los que en ocasiones se funciona sin requerir su presencia como poder coercitivo con capacidad para hacer cumplir los acuerdos. Esto supone que deba romperse la tradicional visión de la acción de gobierno que, en todo caso, debe producir la desjerarquización de las relaciones entre Estado y sociedad, permitiendo la convivencia de la dirección política y de la autorregulación social.

Junto a esa actividad necesaria del Estado, el autor reclama el aumento de papel del ciudadano participativo. La política del futuro pasa por una acción compartida. En primer lugar, según Fernando Vallespín, debe acabarse con el actual *hombre modular* que se moldea para adaptarse constantemente a los requerimientos que le impone el entorno. Por este motivo, el libro está escrito para y dirigido a un ciudadano abierto a la reflexión porque —mantiene el autor— sólo una sociedad formada por ciudadanos activos puede solucionar democráticamente los problemas que la afecten. Considera que una vía para solucionar los problemas actuales de la política es lograr «una mayor implicación de la ciudadanía en el ámbito público, por su permanente actitud crítica reivindicativa y, sobre todo, por estar dispuesta a evaluar la política como otra de las dimensiones de su personalidad y actuar en consecuencia». La política del futuro debe recuperar al individuo como protagonista aunque no siempre los resultados van a ser los deseados, porque, en la actualidad, esa recuperación ha supuesto o bien un repliegue hacia un individualismo caracterizado por el paradigma del «consumidor-rey», o bien la huida hacia las seguridades identitarias fuertes.

En cualquier caso, el renovado protagonismo del individuo ha de tener como objetivos, primero, usar el *nosotros* —el pronombre peligroso— para «instituir una nueva cultura de la solidaridad y la cooperación» y, en segundo lugar, para buscar una salida a esa nueva forma de contenciosidad política basada en la etnia que ha sustituido a la redistribución de bienes económicos y sociales como el medio fundamental de la movilización política. Esta salida debe plantearse desde el pluralismo porque «ya no es posible recomponer las viejas unidades perdidas» sino que «nuestra nueva identidad debe aprender a convivir con una importante fragmentación del yo, de las culturas de las sociedades, del mundo en su conjunto». Advierte que no hay que olvidar la importancia que tiene el factor nacional o étnico como elemento conformador de la identidad personal y colectiva. Esto implica que debe reconstruirse la política sobre un concepto de ciudadanía más amplio que dé cabida al pluralismo nacional, étnico y cultural. El cosmopo-



litismo ilustrado, la ciudadanía pluralista, son las únicas vías que permiten la convivencia y la compatibilidad de distintas comunidades integradas étnica o culturalmente, que son a la vez miembros de una misma entidad política. La política del futuro tiene, por lo tanto, como reto el encontrar vías de solución a las cuestiones generadas por el pluralismo social, el multiculturalismo, la inmigración y la ciudadanía. En este sentido, Fernando Vallespín afirma que «mantener una determinada forma de vida y querer transmitirla a generaciones futuras es algo perfectamente legítimo y razonable, pero tiene que compatibilizarse con su apertura a nuevos desafíos y a la presión de nuevas reivindicaciones, como aquellas derivadas de la inmigración masiva». El pluralismo en la sociedad debe gestionarse mediante la negociación y el diálogo entre los sujetos que la componen, lo cual presupone y exige una cultura del pacto y el compromiso, la vigencia efectiva de una cultura cívica y democrática, los valores de la tolerancia y la autonomía, lo cual –lamenta Vallespín– no siempre es posible.

Este excelente libro construye el futuro de la política sobre los problemas presentes. La política no puede seguir ni con los mismos presupuestos ni con los mismos planteamientos con los que hemos convivido desde hace años. El papel del Estado, la iniciativa del individuo en la sociedad, la soberanía estatal, el poder coercitivo del Estado, las funciones que deben cumplir los partidos políticos y los sindicatos de trabajadores, el papel de las asociaciones y de las ONG, la vigencia y universalidad de los derechos humanos... son aspectos que deben conjugarse de alguna manera en ese futuro de la política que va más allá de las actuales configuraciones política y económica. En definitiva, Fernando Vallespín invita al lector a que se plantee la posibilidad –incluso la necesidad– de transformar la sociedad porque nuestra democracia *real*, que se ha convertido en el principio regulativo-normativo, parece que nos exculpa de tener que insistir en su desarrollo. Las decisiones políticas y el gobierno de la sociedad están en las manos de los ciudadanos –preferiblemente participativos, reflexivos, racionales– y las decisiones que adopten acerca de la configuración social, política o económica no tienen que ser necesariamente peores que el modelo real de sociedad.

