

5 Cuaderno

Cuaderno
del
SEMINARIO PÚBLICO

**Ética Pública
y Estado de Derecho**

Fundación Juan March

INDICE

SEMINARIO PÚBLICO	
ÉTICA PÚBLICA Y ESTADO DE DERECHO	11
I. Conferencias	
1. ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS HUMANOS (seguido de diez tesis)	17
Elías Díaz	
2. DERECHOS HUMANOS Y ÉTICA PÚBLICA (seguido de diez tesis más una undécima)	67
Javier Muguerza	
II. Textos presentados	
1. EL LUGAR DE LA POLÍTICA	101
Antonio García-Santesmases	
2. COINCIDENCIAS Y RETICENCIAS	111
Francisco J. Laporta	
3. LOS DERECHOS HUMANOS COMO RECHAZO DEL DAÑO MORAL	121
Carlos Thiebaut	
III. Contestación de los conferenciantes	131
BIOGRAFÍAS	151

Un SEMINARIO PÚBLICO es un acto cultural en el que se combinan las conferencias y el seminario. Esta estructura mixta persigue varios objetivos. En primer lugar, avanzar un paso en la especialización y el rigor sin perder el punto de vista general y, por ello, por un lado, se organizan en colaboración con especialistas y, por otro, se desarrollan siempre en régimen abierto y con libre asistencia de público. Al mismo tiempo trata de añadir al individualismo y unilateralidad inherentes a las conferencias tradicionales –género cultural consagrado– un nuevo componente de colegialidad y participación, con el mismo grado de preparación previa y escrita que los seminarios científicos. Por último, dentro del panorama humanístico, propone un tema de discusión que interesa a expertos de disciplinas diversas, a fin de propiciar la reunión de éstos y el intercambio de conocimientos sobre asuntos culturales comunes.

*El SEMINARIO PÚBLICO se compone de dos actos. En el primer día, dos profesores pronuncian sendas conferencias sobre el mismo tema con perspectivas complementarias. Al término de las mismas los asistentes pueden llevarse copia de unas tesis, resumen de las conferencias, redactadas por sus autores. También pueden consultarse en la dirección de internet: **<http://www.march.es>**. Las tesis-resumen permiten a quien lo desee participar por escrito en el seminario mediante el envío a la Fundación Juan March de comentarios y preguntas sobre el tema propuesto.*

El segundo acto consiste en la reunión de los dos conferenciantes con otros especialistas para debatir sobre el tema del seminario. Tras una breve presentación por parte de los primeros, éstos leen una ponencia a propósito de los textos de las conferencias, suscitándose los términos de la discusión que, a continuación, se abre entre todos ellos.

Por último, la Fundación edita la colección Cuadernos de los SEMINARIOS PÚBLICOS que incluyen el texto completo de las dos conferencias del primer día, las ponencias del segundo día, y, en el apartado final, las respuestas que a unos y otros han preparado los conferenciantes.

SEMINARIO PÚBLICO

ÉTICA PÚBLICA Y ESTADO DE DERECHO

La Edad Moderna comienza con las revoluciones frente al Absolutismo. El principio básico del Estado de Derecho es el sometimiento del Rey (ejecutivo) a la Ley, entendida como expresión de la voluntad popular, y su aplicación por jueces independientes: en otras palabras, la separación de poderes. La legitimación del Estado de Derecho proviene de la participación democrática y ello en un doble sentido: participación en el proceso de toma de decisiones, deliberación de las leyes en el Parlamento, y participación en los resultados, la igualdad de oportunidades y la creación de las condiciones sociales idóneas para hacer efectivos los derechos.

En esta interpretación, el Estado asume una función esencial. Las instituciones del Estado encarnan toda legalidad y toda legitimación. Para la realización de sus altos fines el Estado cuenta con un instrumento capital: el Derecho. El ordenamiento jurídico, y en la cúspide la Constitución, es creado por las instituciones del Estado con el objetivo de progresar en el reconocimiento y extensión de un orden social ético en general y de los derechos humanos en particular. Este es el programa ideado por la Ilustración. Por consiguiente, «la destrucción de la Ilustración es también –dice Elías Díaz– la destrucción del Estado de Derecho».

Ahora bien, si se piensa que los derechos humanos llegan a ser auténticos derechos cuando obtienen el reconocimiento de las instituciones del poder, siendo mientras tanto postulados o exigencias éticas, entonces parece que la primera misión de la ética pública es promover ese reconocimiento jurídico de lo justo, el cual nunca se ha producido, según demuestra la historia, por el consenso, sino por el disenso y el conflicto. Los derechos humanos

son poderes reconocidos a los individuos frente al riesgo de despotismo de la mayoría. Como, de acuerdo con el principio democrático, las instituciones del Estado son administradas por las mayorías, la lucha por la transformación de exigencias morales en derechos efectivos se dirige en gran medida contra esas instituciones mayoritarias.

Según esto, el Estado de Derecho es un proceso de conflicto y disidencia, de origen ético, contra las instituciones de la soberanía en la medida en que éstas se resisten a reconocer a ciertos individuos o grupos de individuos como sujetos de determinados derechos. El poder del Estado, en esta otra interpretación, no es el sujeto encargado de la realización de los postulados de la ética pública, sino, por el contrario, el obstáculo al reconocimiento de los derechos. «En estos tiempos de crisis del legado de la Ilustración», en expresión de Muguerza, la tutela de los derechos corresponde principalmente a los individuos disidentes.

Estas dos interpretaciones demuestran la actualidad de las relaciones entre la ética pública y el Estado de Derecho y la conveniencia de estudiarlas desde el ángulo de los derechos humanos. A analizar este tema la Fundación Juan March dedica dos conferencias, seguidas de reunión crítica. Las dos conferencias programadas tienen un carácter complementario: la primera versa sobre la conexión necesaria del Estado de Derecho con los derechos humanos; la segunda plantea la índole ética de los derechos y la lucha por su reconocimiento jurídico-estatal. Con ello se trata de abordar un tema mayor de filosofía política y jurídica en un horizonte amplio y plural.

I
Conferencias

El martes 14 de diciembre de 1999 se pronunciaron en el salón de actos de la Fundación Juan March dos conferencias sucesivas a cargo de Elías Díaz, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, y Javier Muguerza, catedrático de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

1

ESTADO DE DERECHO
Y DERECHOS HUMANOS
(seguido de diez tesis)

Elías Díaz

I

Los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de Derecho: la cultura de éste y de aquéllos es la cultura de la Ilustración. Los complejos mecanismos jurídicos y políticos que se articulan y se institucionalizan en ese especial tipo de Estado que permite denominarse Estado de Derecho es algo que se ha ido inventando y construyendo en el tiempo como propuestas coherentes para una mejor garantía, protección y efectiva realización de exigencias sociales y morales calificadas como derechos fundamentales. Estos, por lo tanto, y esa coherente institucionalización, es lo que viene de hecho a definir al Estado de Derecho y, a su vez, lo que en mayor o menor medida justifica y legitima, o no, a aquél. El análisis crítico de tales procesos históricos –hoy hacia uniones o federaciones de Estados supranacionales– y la consecuente argumentación racional, instrumental y ética acerca de ello constituyen, pues, los elementos básicos para la determinación de aquella «razón de ser».

De acuerdo con dicha metodología y caracterización, tengo que comenzar ahora estas reflexiones por donde lo hacía ya en mi viejo libro de 1966, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, que tomo aquí como base y punto de partida: recordando que «no todo Estado es Estado de Derecho». Por supuesto que todo Estado genera, crea, un Derecho, es decir produce normas jurídicas; y que, de un modo u otro, las utiliza, las aplica y se sirve de ellas para organizar y hacer funcionar el grupo social, así como para resolver conflictos concretos surgidos dentro de él. Muy difícil, casi imposible, sería imaginar hoy (y quizás en todo tiempo) un Estado sin Derecho, sin leyes, sin jueces, sin algo parecido a un sistema de legalidad, aunque los márgenes de arbitrariedad hayan tenido siempre una, mayor o menor, efectiva y, en todo caso, negativa presencia. De manera correlativa, el Derecho es hoy Derecho estatal (y supraestatal) aunque también, no contra él, autonormación social y trabajo de los operadores jurídicos. Pero, a pesar de ello,

de esa constante correlación fáctica entre Estado y Derecho, no todo Estado merece ser reconocido con este, sin duda, prestigioso rótulo cualificativo y legitimador –además de descriptivo– que es el Estado de Derecho. Un Estado con Derecho (todos o casi todos) no es, sin más, un Estado de Derecho (sólo algunos). Este implica –en términos introductorios y no exhaustivos– sometimiento del Estado al Derecho, autosometimiento a su propio Derecho, regulación y control equilibrado de los poderes y actuaciones todas del Estado y de sus gobernantes por medio de leyes, pero exigiendo que estas sean creadas –lo cual es decisivo– según determinados procedimientos de indispensable, abierta y libre participación popular, con respeto pues para valores y derechos fundamentales concordes con tal organización institucional.

El Estado de Derecho, así básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo nuclear y potencialmente democrático que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido a ello (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural. Un resultado, pues, de teoría y praxis o, si se quiere invertir la relación, de praxis y teoría (estos no son nunca términos escindibles): ambas dimensiones, es decir instancias fácticas más o menos inmediatas impregnadas u orientadas desde filosofías, ideologías, concepciones del mundo o como quiera llamárseles –en definitiva hechos y valores– es lo que está detrás de los mecanismos y aspiraciones que, a lo largo del tiempo, han ido configurando a aquél. El Estado de Derecho, tanto en su (descriptiva) plasmación positiva como –relación no lineal ni mecánica– en su (prescriptiva) formulación ética, responde desde esa consideración histórica a concretas exigencias de certeza y aseguramiento de propiedades, y de su tráfico, así como a protección de otras valiosas libertades (de religión, pensamiento, expresión, etc.) y a garantías de derechos de diversa especie (penal, procesal, etc.) que no pueden prescindir tampoco –por coherencia

interna– de una cierta referencia inicial a algún tipo de igualdad real (socioeconómica, cultural, etc.).

Situado en esas coordenadas, básicamente liberales pero incoactivamente democráticas, se hace –creo– preciso evitar a toda costa su determinación e inmovilista reducción conservadora desde un elemental y simplista quiasmo que concluyera que, por tanto, esta clase de Estado no es y no puede ser sino un Estado de clase. Pero tampoco habría que desconocer, o que ocultar ideológicamente, esas históricas y reales dependencias de desigualdad respecto de sectores sociales –la referencia aquí a la burguesía como clase en ascenso es, desde luego, inevitable– especialmente interesados en su momento en tales construcciones (jurídico-políticas) y en tales concepciones (filosóficas y éticas). A mi juicio, sin embargo, la mejor dialéctica histórica, intransigente con esas desigualdades, y la propia lógica interna de la libertad y de la razón ilustrada en su fundamentación de los derechos humanos (vistos allí incluso como derechos naturales) han operado, y deben operar, hacia consecuentes propuestas de universalización: es decir, hacia la efectiva realización de esas exigencias, básicas para la teoría de la justicia –y para el Estado de Derecho–, que son la seguridad, la libertad y la igualdad.

El Estado de Derecho es, así, decíamos una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades –*no taxation without representation*– y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad. Y ello, en forma tanto de positiva intervención en los asuntos públicos como de, la denominada, negativa no interferencia de los demás. Pero es asimismo verdad que, en el contexto histórico y conceptual de esa directa defensa de la libertad, la seguridad y la propiedad, con frecuencia también se

alegaban y se alegan –de manera más o menos explícita y/o condicionada– algunas básicas y potenciales, todavía muy insuficientes, razones de igualdad. Por de pronto, desde el Renacimiento, y siempre con algún tipo de precedentes, los Estados modernos, frente a los privilegiados fraccionamientos medievales y feudales, reclaman y logran asumir para sí la suprema y única soberanía (Maquiavelo, Bodino). Y es en ese marco donde van a manifestarse con fuerza y con diferentes prioridades dichas demandas y su reaseguramiento (Hobbes), reconocidas y pronto institucionalizadas a través precisamente de una coherente regulación jurídica y de un (auto) control efectivo de tales poderes públicos: Estado liberal, Locke, Declaraciones de derechos de 1689 en Inglaterra y de 1776 en América del Norte. Sobre esas vías políticas teórico-prácticas incidirá, con acento y potencialidades más democráticas, la revolución francesa (antecedentes Enciclopedia, Rousseau) y, en concreto, la «Declaración de derechos del hombre y del ciudadano» de 1789 de tanta influencia hasta hoy. En el trasfondo habrá de estar siempre la huella profunda de la filosofía de la Ilustración y del mejor racionalismo e idealismo alemán (Kant como fundamento).

Puede, como vemos, señalarse que esta triple tradición nacional y cultural, siempre con interrelaciones plurales en su interior, aporta conceptos e ingredientes que permiten empezar a definir al Estado de Derecho (hechos y valores, legalidad y legitimidad) como institucionalización jurídica de la democracia liberal. La carga conservadora, recelosa de la soberanía popular, que la fórmula del *Rechtsstaat* posee, cuando se acuña y difunde en la Alemania del primer tercio del siglo XIX (por A. Müller, T. Welcker, J.C.F. von Aretin, R. von Mohl), su preocupación por el control jurídico de los poderes, no iba a ser incompatible con los elementos de mayor garantía y protección del individuo y de sus derechos y libertades que históricamente estaban presentes en la más compleja institución anglosajona del *rule of law*; ni –andando el tiempo– podría coherentemente oponerse a las influencias democráticas derivadas de manera muy principal de aquella Declaración de la revolución

francesa: libertad, igualdad, fraternidad, *regne de la loi*, ley como expresión de la voluntad general, separación de poderes con predominio del legislativo, Estado constitucional, nueva legalidad versus vieja legitimidad, etc. Todo ello habría de hacer posible que, sobre esa base liberal pero impulsado principalmente por las luchas de importantes y mayoritarios sectores sociales de hecho allí excluidos, de manera muy decisiva por los movimientos sindicales y las plurales organizaciones socialistas, es decir contando siempre con las fuerzas históricas más progresivas (siglos XIX y XX), aquella construcción jurídico-política pasara a constituirse coherentemente en nuestro tiempo como Estado social y democrático de Derecho.

Vertebrando no sin conflictos ni contradicciones toda esa decisiva evolución histórica y esos diferentes (no indiferentes) modelos de Estado de Derecho, tenemos –ya se indicó antes– ciertos componentes, ciertos mecanismos, procedimientos, valores, que han sido y deben ser considerados como fundamentales, básicos, imprescindibles para que pueda en rigor hablarse, con aplicación a todas esas relacionadas situaciones, de un verdadero, pero no estático ni esencialista, Estado de Derecho. Tales necesarios caracteres generales (entendiendo siempre que el Estado de Derecho, como la democracia misma –ya se ha resaltado antes–, es siempre una realidad de carácter procesual, perfectible y abierta en el tiempo), serían, a mi modo de ver, los recuerdo una vez más, principalmente los cuatro siguientes:

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 (pero no bajo unos mínimos censitarios) con libre participación y representación de los integrantes del grupo social, o sea a través de la voluntad de todos. Por supuesto que el imperio de la ley es también, y ante todo, imperio de la ley fundamental, es decir de la Constitución a la cual se subordinan todas las demás. Tal imperio de la ley producida

ésta como libre expresión de la soberanía popular es, a mi juicio, condición necesaria e imprescindible para una eficaz protección hoy de libertades y derechos fundamentales.

b) División de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, diferenciación más que separación, con lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo. Este en su más amplio sentido, como representante legítimo del grupo social, es primero poder constituyente, constitucional y luego, ya constituido, poder parlamentario, concretado en la producción de las correspondientes normas jurídicas. La institución que representa la soberanía popular es –no se olvide– quien suministra legalidad y legitimidad a la institución que ejerce la acción gubernamental.

c) Fiscalización de la Administración: actuación según ley en todos los ordenes y niveles de ella (poder ejecutivo), así como consecuente y eficaz control por los competentes órganos constitucionales y jurisdiccionales, control político ante el Parlamento y control jurídico ante los Tribunales de Justicia. Interdicción de la arbitrariedad pero no de la legítima discrecionalidad con respeto, pues, al principio de legalidad y a sus determinaciones e implicaciones por todos los funcionarios y servidores del Estado. Frente al Estado absoluto –incluso en el «despotismo ilustrado»– donde el «Rey es la ley» (*Rex legibus solutus*), es decir donde el poder ejecutivo es la ley, el Estado de Derecho implica someter al Rey (al poder ejecutivo) a la ley, creada en el órgano de representación popular (Parlamento) y aplicada por jueces independientes, sólo dependientes de la ley. El Estado de Derecho es así el establecimiento de límites y controles legales (y legítimos) al poder ejecutivo, a la Administración, al Gobierno.

d) Derechos y libertades fundamentales que –decíamos– constituyen precisamente la razón de ser del Estado de Derecho. Las ciertas garantías jurídicas (penales, procesales y de todo tipo) así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públi-

cas y privadas, especificadas y ampliadas en el tiempo como derechos económicos, sociales, culturales y de otra especie (minorías, etc.), constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos. El Estado de Derecho no se restringe hoy, ni debe restringirse, a una concepción de él que únicamente se defina y se reconozca por la simple y sola protección de las libertades que derivan de la seguridad jurídica (ni siquiera en la mejor versión liberal de ésta), con ser aquellas fundamentales y esenciales pero no exclusivas ni excluyentes. Entre otras razones, sobre las que trataremos aquí, porque tal aislamiento y reducción lleva de hecho al propio falseamiento y negación de la tan alegada, supuestamente pretendida, universalidad de tales seguridades.

A nadie se le ocultarán las muchas y grandes complejidades y dificultades de muy diferente índole y alcance que están presentes, o que subyacen, en el mero enunciado prescriptivo de todos estos objetivos. De algunas de ellas se trata en estas páginas. Ni tampoco el carácter gradual y procesual, histórico, que –con el necesario cumplimiento de un contenido básico esencial– caracteriza a tales rasgos definitorios en los diferentes tiempos y en los ya mencionados modelos de Estado de Derecho, como por lo demás ocurre con la más o menos traumática evolución de la democracia. No habrá nunca que olvidar, en este sentido, la fundamental correlación no mecánica entre uno y otro, es decir el Estado de Derecho como institucionalización jurídica de la democracia. Contando, sin embargo, con todo ello y evitando, así, perfeccionismos desmovilizados, también habría que señalar con rotundidad que tales complejidades y dificultades serían, son, infinitamente mayores, realmente insalvables, si –como se hace en los regímenes absolutistas, dictatoriales, totalitarios– se suprimen todas esas propuestas, aspiraciones, garantías e instituciones propias del Estado de Derecho. Pero, desde luego, los Estados que pretendan ampararse y legitimarse bajo este prestigioso título habrán de ajustar rigurosamente sus normas jurídicas y sus actuaciones fácticas a esas exigencias de ética política y a esas reglas y prácticas de funcionamiento y orga-

nización derivadas, en definitiva, de la libertad y la responsabilidad de todos, gobernantes y ciudadanos.

A todos incumbe ciertamente el Estado de Derecho, también a todos los ciudadanos y a todos los poderes (económicos, mediáticos, etc.) que actúan en la sociedad exigiéndoles respeto hacia las libertades y los derechos de los demás así como consecuentes comportamientos en el amplio marco de los cauces institucionales y constitucionales. Pero, junto a ello, debe enseguida señalarse que a quien en última y más decisoria instancia se dirige el Estado de Derecho es precisamente al propio Estado, a sus órganos y poderes, a sus representantes y gobernantes, obligándoles en cuanto tales a actuaciones en todo momento concordes con las normas jurídicas, con el imperio de la ley, con el principio de legalidad, en el más estricto sometimiento a dicho marco institucional y constitucional. El Derecho en cuanto sistema jurídico es y lleva consigo precisamente la posibilidad de coacción-sanción institucionalizada, es decir la capacidad de exigir el cumplimiento de sus normas, o de imponer efectos y consecuencias derivados de su cumplimiento o incumplimiento, con el empleo de uno u otro tipo de fuerza, incluso –claro está– fuerza material que para nada es, por lo demás, incompatible con la «fuerza moral» (legitimidad) ni con un mayor o menor grado de necesaria legitimación social. El Derecho es, implica, uso de la fuerza y, a su vez, regulación del uso de la fuerza. Pero no todas estas regulaciones tienen el mismo carácter y significado: no todo Derecho válido (ciencia jurídica) vale para lo mismo (sociología), ni vale lo mismo (ética). También las dictaduras pueden convertir en normas sus negaciones de la libertad, su despotismo, aunque por lo general se reservan mayores márgenes no sólo de legal discrecionalidad sino también de ilegal arbitrariedad. El Estado de Derecho, estamos viendo, es aquel en que esas regulaciones normativas se hacen desde la libre participación democrática, incorporando eficazmente los derechos fundamentales e, insisto en ello, obligando con todo rigor a que los poderes públicos se muevan siempre dentro del más estricto respeto y

sometimiento a las leyes (Constitución y demás), prohibiendo y persiguiendo toda actuación o respuesta estatal que utilice cualquier tipo de fuerza o coacción que pueda considerarse ilegal.

El Estado, suele señalarse, es el monopolio legítimo de la violencia: sinónimo para Weber de creencia en la legitimidad. A mi juicio, para que aquél sea hoy legítimo, ha de tratarse de una fuerza, de una coacción, de una violencia de ese modo producida y regulada en el Estado de Derecho. No bastan para la legitimidad las meras, supuestas, razones de eficiencia instrumental. El Estado no puede, no debe, de ningún modo, responder al delito con el delito, a la violación de la ley por el delincuente con la violación de la ley por el gobernante o sus representantes: se convertiría así en un Estado delincuente. No puede, ni debe, cometer el gravísimo delito y el gravísimo error de combatir e intentar acabar con el terrorismo implantado por unas u otras bandas, mafias o asociaciones armadas cayendo en un correlativo terrorismo de Estado, ejercido o ayudado ilegalmente por las legítimas instituciones. Si tal hiciera, pondría en cuestión su propia legitimidad: por acogerse a la razón de la fuerza perdería la fuerza de la razón. El delito y la violencia contra el sistema jurídico y político de libre participación, sistema que prevé incluso cauces para su propia reforma y transformación, deben ser en todo caso contestados, perseguidos y dominados precisamente desde esa misma legalidad que aquellos violan, atacan o pretenden destruir: ¿qué diferencia habría si ambas partes la niegan y, en este sentido, la menosprecian por igual? La mejor defensa de la legalidad y la legitimidad exige actuar siempre en el marco de la Constitución y del Estado de Derecho: no sólo esto es más justo, y más legal, sino que incluso –ésta es mi convicción– tanto a corto, como a medio y largo plazo, al contar con mayor apoyo y legitimación, será además mucho más eficaz para todo el sistema político y social.

El Estado de Derecho –retomemos la línea general– es, pues, el imperio de la ley: aquél, sin embargo, no es ni se reduce sin más,

como a veces parece creerse, a cualquier especie de imperio de la ley. También las dictaduras modernas y los regímenes totalitarios, con doctos dóciles juristas a su servicio, podrían alegar el imperio (¡indiscutible imperio!) de la ley: los dictadores suelen encontrar bastantes facilidades, sirviéndose siempre del miedo, del terror, de la mentira y de la falta de libertad, para convertir en leyes sus decisiones y voluntades (individuales o de sus poderosos allegados), es decir para legislar sus arbitrariedades. Podrían incluso aceptar y aducir que su poder está reglado por el Derecho (por el mismo dictador creado) y sometido a (sus propias) normas jurídicas. Eso también es Derecho (ilegítimo, injusto), también es Estado (dictatorial, totalitario) pero no es Estado de Derecho. Lo que en definitiva diferencia, pues, de manera más radical y substancial al Estado de Derecho –como bien se señala en el Preámbulo de nuestra Constitución desde esa su necesaria correlación fáctica y prescriptiva con la democracia– es su concepción del «imperio de la ley como expresión de la voluntad popular»: es decir, creada (con variantes históricas, pero no bajo unos mínimos) desde la libre participación y representación hoy de todos los ciudadanos. Si la ley, el ordenamiento jurídico, no posee ese origen democrático, podrá haber después imperio de la ley (de esa ley no democrática) pero nunca Estado de Derecho. Desde luego que cuanto mayor y mejor en cantidad y calidad –cuanto más amplia, ilustrada y consciente– sea dicha participación, por de pronto en las decisiones, mayor legitimación y mejor legitimidad tendrán esa democracia y ese Estado de Derecho.

Obsérvese, con implicaciones teóricas y prácticas de la más decisiva importancia, que tal concepto de imperio de la ley se comprende y, a su vez, deriva todo su sentido, es decir se sustenta y se fundamenta, en y desde valores y exigencias éticas (derechos, preferirán decir otros) que constituyen el núcleo de su misma coherencia interna y también de su justa legitimidad. Su raíz está precisamente en el valor de la libertad personal, de la autonomía moral y de las coherentes implicaciones y exigencias (sin perfec-

cionismos ahistóricos) que la hacen más real y universal. La democracia y el Estado de Derecho no son sólo cuestión procedimental: su fundamento ético, también su validez y efectividad, radican en ese valor de la libertad. En ésta, en la autonomía moral personal, en el ser humano como fin en sí mismo, radica el origen y fundamento tanto del imperio de la ley como de la afirmación de los derechos fundamentales. Estos por tanto no debieran verse, de modo prioritario y negativo, como «límites» o «triumfos» (o «coto vedado») frente a aquélla sino más bien, de manera positiva, abierta y creadora, como resultado ineludible, como parte constitutiva de esa misma libertad real.

Si el Estado de Derecho es (así democráticamente entendido) imperio de la ley, resulta evidente que aquél es y habrá de ser por encima de todo imperio de la ley fundamental, imperio de la Constitución. Desde este punto de vista resulta obvio (casi tautológico) que todo Estado de Derecho es Estado constitucional de Derecho. El poder legislativo, poder prevalente –decíamos más arriba– en el ámbito del poder constituido, es y debe ser un poder, a su vez, subordinado a la Constitución: para controlar motivadamente esto existe por de pronto el Tribunal Constitucional. A través de ella, aquél está y debe estar así subordinado, en última instancia, al poder constituyente –supremo poder soberano– que es quien, siguiendo los procedimientos por él establecidos, puede asimismo revisar y reformar la propia Constitución.

Es verdad que en el pasado, aun sin decirlo de manera expresa, se ha tendido por lo general a considerar de modo reductivo a la Constitución, a unas partes más que a otras, con un carácter casi meramente programático, es decir no prescriptivo, no directa ni propiamente normativo. Frente a tales reducciones e insuficiencias de la historia, el entendimiento actual de la Constitución como norma jurídica, con todas las mediaciones y reservas que la prudencia (incluso la jurisprudencia) autorice o permita introducir, me parece una conquista a todas luces muy positiva y por completo

coherente con el mejor Estado de Derecho. Los juristas, de todos modos, no deberían disminuir más allá de la cuenta (jurídica) esa significación y esa función, política y socialmente muy relevante, adjudicada y de hecho impulsada por las Constituciones en ese conflictivo pasado del siglo XIX y parte del XX. La prueba indudable es lo mucho que se luchaba en esos tiempos por la Constitución, no se olvide que a fin de cuentas allí estaba la organización institucional de los poderes, su tan emotiva simbología en el «inconsciente colectivo» (fiestas y plazas de la Constitución por doquier)... y –señal decisiva– la prisa que se daban los enemigos de ella para, acá o allá, derogarla, destruirla o falsearla en cuanto podían. Las leyes eran, desde luego, muy importantes (¡alguno diría que lo realmente importante eran los reglamentos!) pero también lo eran, a pesar de todo, las Constituciones.

Todo esto viene aquí y ahora a cuento de mis fuertes reservas –asumido críticamente tal proceso histórico– frente a la, en nuestros días tan en auge, extremosa contraposición doctrinal que de modo esencialista (¿iusnaturalista?) quiere establecerse entre un casi perverso Estado legislativo de Derecho y un casi perfecto Estado constitucional de Derecho. En esta perspectiva con frecuencia se tiende a degradar, casi a demonizar, al primero como producto espurio de los políticos y de las vulgares mayorías mientras que se deifica y ensalza al segundo como resultado excelso de la obra hermenéutica de sabios juristas y expertos minoritarios. Sin prescindir para nada y en términos concretos de la crítica a una u otra de tales dimensiones, a unas u otras de sus implicaciones y componentes, yo sin embargo por principio y por coherencia aproximaría mucho más ambas instancias, Constitución y legislación. La Constitución no debe ser aprioristamente utilizada de ese modo contra la legislación: en definitiva, la procedencia, la génesis, la raíz de una y otra no es tan radicalmente diferente u opuesta, sin que con ello se niegue para nada la superior calidad de la cantidad procedimental acogida en la Constitución. Para esta concepción, que hago mía, todo Estado de Derecho es, pues, Estado constitu-

cional, legislativo y hasta judicial de Derecho: y en él, desde luego, la Constitución es la norma fundamental (a no confundir, de todos modos, con la kelseniana *Grundnorm*, norma supuesta, no puesta, no positiva, norma hipotética de carácter lógico trascendental), encontrando aquella en la norma legal su primera y prioritaria interpretación, concreción y realización, compatible con el control ejercido por el Tribunal Constitucional. Resulta imprescindible en este contexto –casi es obvio advertirlo– la crítica y autocrítica para la siempre abierta revisión y transformación de tal Derecho positivo, así como para la necesaria reforma y autentificación de las instituciones jurídico-políticas de la democracia participativa y representativa (Parlamento, partidos políticos, sistemas electorales, etc.) y, por lo tanto, del mismo Estado de Derecho. Y en todo ello claro que será imprescindible y muy apreciable el concurso y las aportaciones de juristas, politólogos y demás científicos sociales.

Mis cautelas, lo reitero de modo expreso, y mis advertencias críticas ante el mimético y simplista entusiasmo actual por la muy respetable fórmula del Estado constitucional de Derecho únicamente derivan y aumentan en la medida –como digo– en que éste, por un lado, implique y favorezca una real infravaloración de algunas de las principales instituciones democráticas especialmente del Parlamento, órgano político y órgano legislador, y por otro, derivado de ahí, en cuanto que la interpretación y aplicación de los superiores principios y valores constitucionales pretendan atribuirse y reducirse de manera muy preferente y privilegiada a las meras instancias y criterios de los aparatos jurisdiccionales. Entre éstos y aquéllos, imprescindibles, están y tienen que estar, con toda su fuerza y legitimidad, las normas legales (legislativo estatal nacional o, cada vez más, supranacional, Unión Europea y demás) que, entre otras cosas, aseguren en todos los órdenes un trato mucho más igual. La invocación al Estado constitucional de Derecho de ningún modo puede servir como pretexto para puentear, saltarse, al Estado legislativo de Derecho, al Parlamento, ni puede por tanto valer como disfraz ideológico para un reductivo Estado judicial de

Derecho, poco acorde con la legalidad (incluida la constitucional) y la democrática legitimidad: en tal situación todos los conflictos sociales y todas las luchas políticas se trasladarían entonces (aún más) al interior del poder judicial. Para que quede bien claro todo lo anterior –así lo espero– recordaré que hace ya muchos años, defendiendo como hoy la función creadora (incluso alternativa) del juez, puse por escrito que a mi juicio donde mejor y de modo más coherente funciona una necesaria «magistratura democrática» es precisamente en el marco siempre abierto y crítico de una precedente y consecuente legislatura democrática.

Pero el Estado de Derecho no es sólo cosa de juristas, única y exclusivamente una cuestión jurídica. En él, como siempre tendría que ser, el Derecho y el Estado no son sino medios oportunos, puede que imprescindibles, para un fin más esencial: no se hizo el hombre para ellos, sino ellos para el hombre, para los seres humanos. Y a quienes en rigor más importa que aquél exista, funcione y sea real y formalmente respetado no es tanto –aunque también– a los gobernantes (que así, en definitiva, resultan más y mejor controlados) sino a los ciudadanos, a sus derechos, libertades y necesidades; y muy especialmente les interesa –tendría que interesar– a aquellos que pueden protegerse menos, o nada, por sus propios medios, empezando por los de carácter económico. Pero para que ello sea o fuere así, es necesario, requisito gradualmente ineludible, que tales demandas, exigencias éticas y sociales, se encuentren efectivamente reconocidas y garantizadas por el Estado de Derecho: por unas normas jurídicas, Constitución, leyes, decisiones administrativas y judiciales, que de verdad incorporen contenidos –prescripciones– concordantes con la protección y realización de tales derechos fundamentales.

Estos, los derechos fundamentales –así empezábamos aquí– constituyen la razón de ser del Estado de Derecho, su finalidad más radical, el objetivo y criterio que da sentido a los mecanismos jurídicos y políticos que componen aquél. La democracia, doble

participación, es, ya veíamos –además de participación en decisiones–, demanda de participación en resultados, es decir en derechos, libertades, necesidades. El Estado de Derecho, en esa su empírica y también racional vinculación e interrelación con la democracia, lo que hace es convertir en sistema de legalidad tal criterio de legitimidad: y en concreto, en esa segunda perspectiva, institucionaliza de uno u otro modo esa participación en resultados, es decir garantiza, protege y realiza (en una u otra medida según tiempos y espacios, historia y lugar) unos u otros derechos fundamentales.

Bien claro y firme todo lo anterior, que es básico y fundamental, sobre los caracteres y finalidades del Estado de Derecho, precisamente la búsqueda de una mayor legitimación, adhesión y participación pero también de una más justa y ética legitimidad, implica al propio tiempo no petrificar, no inmovilizar con caracteres esencialistas esos elementos, esos requisitos, esos contenidos, que configuran a aquél. Y, de manera muy especial, implica no aislar de la historia y de la realidad social esas demandas políticas y exigencias éticas que se concretan en los que llamamos derechos humanos fundamentales. En el fondo, de ahí deriva –sobre la base de «las luchas por las condiciones reales de la existencia»– toda esa evolución histórica y también como idea de futuro que yo resumo aquí en estas tres grandes fórmulas o modelos, diferenciados pero relacionados, del Estado liberal, social y democrático de Derecho: modelos que no son para nada intemporales, fijos, eternos, cerrados e inmutables. Con este planteamiento se trata, en definitiva, de insistir y de avanzar en esa doble participación que es –a mi juicio– la mejor definición de la democracia y que, como proceso siempre abierto, acompaña asimismo a su institucionalización en el Estado de Derecho a lo largo de la historia. Democracia, pues, como participación (libre y de todos) entendida –vengo subrayando en estas páginas– como doble participación: una, participación en las decisiones jurídico-políticas, lo que también implica participación en el tejido social; dos, participación en los resultados, medidos tanto en

consecuencias más directamente económicas como en reconocimiento de derechos y libertades de muy diferente índole. Resaltando esa necesaria correlación –así se ha producido en la historia– entre democracia y Estado de Derecho, resumiría en cuatro las zonas preferentes a tomar en consideración –Estado, Sociedad, Economía, Derecho (y derechos)–, y de este modo se hará aquí más adelante respecto de cada uno de esos modelos –liberal, social, democrático– al objeto de precisar también algo más sobre las realidades y exigencias de esa doble participación.

Me parece oportuno hacer observar y resaltar (antes de seguir adelante en la exposición y análisis crítico de las particularidades de esos diferenciados modelos de Estado de Derecho) que esta teoría y práctica de la democracia como doble participación se vincula profundamente, también en su génesis y formación histórica, a las mejores manifestaciones de las ideas humanistas con raíces ambas en la filosofía de la modernidad y de la razón ilustrada. En el humanismo real (es decir, en el humanismo no de ficción, no meramente retórico, estético o ideológico) es el hombre, los seres humanos, hombres y mujeres, quienes hacen, y deben hacer, la historia y quienes, a su vez, constituyen el objetivo, la finalidad de la historia: protagonismo, por así decirlo, en las decisiones y también en los resultados, correlativamente a esa doble participación democrática que con ella se interrelaciona. Lo que en la modernidad va progresivamente ganando terreno es, por un lado, esa demanda de mayor y más libre participación –en base a la autonomía moral personal– exigida por cada vez más amplios sectores sociales, reclamando un mayor poder de creación en todos los ámbitos de la acción humana y también, por tanto, en el campo de la creación de las normas jurídicas y la toma de decisiones políticas. Todo esto va manifestándose desde el Renacimiento, de manera más decisiva en el Racionalismo, e incluso –con mayor acento voluntarista– en algunas tendencias de la Reforma. Íntimamente unido a ello, dando sentido a tal presencia e intervención, está, por otro lado, la constante y progresiva afirmación y defen-

sa de los derechos humanos entendidos en ese tiempo como derechos naturales (superación del iusnaturalismo teológico por el iusnaturalismo racionalista), es decir como metas y contenidos –libertades y seguridades– imprescindibles, a pesar de todas sus deficiencias e insuficiencias, para esa inicial restringida pero importantísima participación democrática en los resultados.

Es en este específico si bien amplio contexto, como decimos, donde van precisamente a configurarse esas que son categorías básicas del Estado de Derecho, ya enumeradas aquí. Estas, siempre con un coherente contenido básico esencial, experimentarán no obstante variaciones importantes al hilo de los acontecimientos históricos y los conflictos humanos, al hilo de las condiciones de «la producción y autorreproducción de la vida real». Y sobre unas y otras incidirán a su vez las reconstrucciones teóricas, las concepciones, paradigmas, proyectos o ideologías (adóptense los términos más propicios y menos unilaterales) que en estas páginas venimos clasificando, de manera puede que no sólo convencional, pero no dogmática ni cerrada, bajo esos ya mencionados rótulos del Estado liberal, social y democrático de Derecho, siempre en correspondencia con correlativas filosofías políticas de uno u otro carácter y significado.

A pesar de su más directa dependencia literal respecto del vocablo germánico *Rechtsstaat*, y sin ruptura con este ni con la anglosajona *Rule of Law*, es –a mi juicio– en el texto de la Declaración francesa de 1789 donde (por supuesto que con no pocas insuficiencias históricas y problemas abiertos para la interpretación y el debate) mejor y más claramente se especificaban ya entonces esos requisitos y elementos básicos del Estado de Derecho. Así, de manera muy resumida y reenviando a su articulado, (a) el imperio de la ley como «expresión de la voluntad general» (art. 6) y como vía para la determinación de los límites entre las libertades y derechos de cada hombre (art. 4); (b) la separación de poderes sin cuyo establecimiento –dice el art. 16– no puede propiamente

hablarse de Constitución, de Estado constitucional; (c) la fiscalización del poder ejecutivo en cuanto que –señala el art. 19– «la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público sobre su administración»; (d) el reconocimiento, declaración y garantía de los derechos del hombre y del ciudadano; con olvido no impremeditado de la igualdad en la lista general pero con presencia limitada en otros pasajes –arts. 1, 6, 13–, establece así el art. 2: «estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión»; de ellos derivan libertades concretas y protecciones jurídicas que se diferencian y reafirman en el resto de los diez y siete artículos del texto: toda sociedad en la cual «la garantía de los derechos no está asegurada» –vuelve el decisivo art. 16– «carece de Constitución», no hay en ella Estado constitucional, no es un Estado de Derecho.

Desde el principio, desde siempre –pero bregando a lo largo del XIX contra el obstáculo de las concepciones no normativas, meramente programáticas, de la Constitución–, en sus mejores y más conscientes impulsores el Estado de Derecho es y ha tendido a ser Estado constitucional de Derecho; lo mismo que, paralelamente, en tales concepciones el imperio de la ley ha sido y es, sobre todo, imperio de la Constitución producida por la soberanía popular (y sus instituciones de representación). La raíz de las insuficiencias del Estado liberal –esto me parece decisivo– lo son mucho más de fondo, es decir de carácter social y económico, que sólo, o principalmente, cuestión jurídica y constitucional: ésta no es sino derivación de aquéllas, de las desigualdades de propiedad y poder. Por ello –vuelvo sobre algo ya antes aludido– cuando hoy se invoca a todas horas, de manera un tanto indiscriminada, no sin equívocos ni ambigüedades, un Estado constitucional de Derecho precisamente frente al así calificado de Estado (legislativo) de Derecho, yo sólo advertiría que al menos no lo sea –silenciando esas raíces sociales del poder– para substituir el imperio de la ley por el imperio del jurista y del juez (casi como exigía el reaccionario Savigny). Que en su adecuación a la Constitución, la palabra por lo demás

siempre respetable de los jueces o, en otro específico nivel, del propio Tribunal Constitucional, su interpretación y decisión, no pretenda desconocer ni imponerse sin más sobre la palabra democrática del Parlamento, representante legal y legítimo de esa soberanía popular. El Estado constitucional de Derecho –ya se ha dicho aquí– no debe ser el disfraz, la máscara ideológica, de un Estado judicial de Derecho. Por lo demás, todos –jueces, gobierno, legisladores y ciudadanos– deben y pueden contribuir a hacer realidad esos valores superiores que dan sentido al ordenamiento jurídico, a la Constitución.

Debate, pues, sobre prestigio y desprestigio de la ley: un tema central de múltiples connotaciones en el que no es posible entrar aquí más a fondo y en toda su debida extensión. Enlazaría, desde luego, con Max Weber y sus tres tipos de dominación (autoridad) legítima (legitimidad, ya se dijo, significa reductivamente en él algo que encuentra legitimación, aceptación): serían aquellas, la legitimidad de carácter carismático, histórico-tradicional y, la que aquí nos interesa, legal-racional. Esta última descansa, dirá aquél, en la creencia en la legitimidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones –no por el carisma personal ni por la tradición histórica– a ejercer la autoridad (autoridad legal). ¿Cómo fue posible, cómo explicar, cabría en síntesis preguntar, esa legitimidad de la legalidad, esa creencia en la legitimidad de la legalidad y, por tanto, su aceptación y efectividad?

Situándolo en ese contexto del XIX, podría responderse que principalmente, desde luego, por la hegemonía ideológica derivada de los intereses reales de una burguesía en ascenso irresistible desde siglos atrás. Pero –indagaría un necesario análisis crítico– ¿alegando qué? Dos cosas de manera fundamental, que van ya más allá de la weberiana eficiencia de la razón burocrática e instrumental, de la razón sólo de procedimientos, de medios, de organización: a) En primer lugar, la racionalidad del moderno iusnatu-

ralismo con la defensa de sus derechos naturales, racionales, vistos como propios e ineludibles por cada vez más amplios sectores sociales; se afirma, pues, la creencia en la racionalidad de fines y de contenidos que quiere verse realizada y continuada en la nueva legalidad revolucionaria: Inglaterra, 1689; Estados Unidos, 1776; Francia, 1789; el Derecho positivo hereda así en el siglo XIX el viejo prestigio del Derecho natural racionalista del XVIII (la razón sin el poder) del cual alega proceder tras el triunfo y la consolidación de esas revoluciones (la razón en el poder) llevadas a cabo por la burguesía liberal contra el *ancien régime* absolutista. b) Junto a ello (y esto es decisivo), el entendimiento, cada vez más, de la legalidad como producto de la voluntad general encarnada, a través de la voluntad de todos, en la soberanía popular y en su representación parlamentaria; el entendimiento de que sin tal participación en decisiones (en la creación de las leyes) tampoco hay participación en resultados (en la protección de esos derechos); un largo, complejo y conflictivo, incluso en ocasiones violento, proceso histórico irá haciendo real, en mayor o menor medida en diferentes situaciones y sociedades, tal pretensión y declaración; pero aún con sufragio restringido, en sus fases iniciales hasta bien entrado el siglo XX, y aún con gran desigualdad económico-social, la ley tenía allí a su favor el mérito y reconocimiento de haber sido producida por Asambleas dotadas de una cierta representación del cuerpo social. Importa mucho subrayar que, a pesar de todo, la superación de las deficiencias en libertad (sufragio universal) fueron siendo también superación –nunca acabada, todavía insuperables– de las deficiencias en igualdad (derechos y necesidades).

El Estado de Derecho, que surge precisamente en esas coordenadas históricas, como modelo liberal, es mucho más un resultado de la Ilustración racionalista y no de la mala reducción posterior de ésta a positivismo legalista. Me parece decisivo subrayar tal origen y fundamentación frente a Carl Schmitt y tantos otros enemigos de él que se empeñan en empobrecer así al Estado de Derecho. El imperio de la ley del Estado de Derecho no es imperio de cualquier

ley, no lo es de cualquier Derecho (positivo): aquél no es positivismo, sino ley –y Constitución– que incorpora y protege derechos naturales (racionales) y que procede de la voluntad popular, la cual tendrá mayor potencialidad de legitimación y de legitimidad cuanto más ilustrada y consciente sea.

Reasumiendo lo anterior y reenlazando de nuevo con la Declaración de derechos (del hombre y del ciudadano) de 1789, sobre la base tanto del concreto articulado de carácter normativo como de sus repercusiones reales posteriores, suelen destacarse como implicaciones finalmente más significativas de ese inicial proceso histórico que tiene en la Revolución francesa su momento más relevante y simbólico, las cuatro siguientes (son correlativas –obsérvese– de esas ya mencionadas cuatro zonas en que cabe analizar la doble participación de la democracia y están relacionadas también con las exigencias que constituyen el núcleo –imperio de la ley y derechos fundamentales– del que derivan los caracteres propios de todo Estado de Derecho):

1) Desde un punto de vista político, ese tiempo representa el paso del Estado absoluto del «antiguo régimen» al Estado liberal y, sin reducción a aquel, al Estado constitucional (institucionalizado, pues, inicialmente como Estado liberal de Derecho). A pesar de todas sus insuficiencias, se va a contar a partir de él con un mayor número de órganos para una mejor y más amplia representación (política y social) y para unas más rigurosas y eficaces formas de control del poder.

2) Desde un punto de vista sociológico, es resultado del profundo cambio desde una sociedad estamental (nobleza y clero como residuos tradicionales del mundo feudal, preindustrial, la burguesía como grupo emergente) hacia una sociedad clasista (pronto y durante algún tiempo polarizada entre burguesía y proletariado), expresión de un nuevo modo de producción y de la muy diferente posición de las plurales clases sociales dentro de él.

3) Desde el punto de vista de la economía, lo que entonces está ya cobrando decisiva fuerza es la expresión de las correlativas transformaciones que van desde el total agotamiento de ese caduco sistema feudal y gremial hacia el poderoso surgimiento y consolidación del que, con decisiva acumulación privada, se denominará enseguida modo capitalista de producción. A ello también se aludía antes al hablar de las raíces del poder.

4) Desde el punto de vista jurídico, se trataría del tránsito –se ha señalado– desde un Derecho desigual para individuos desiguales (propio del régimen absolutista de privilegios estamentales) a un Derecho igual para individuos desiguales. Pero, a pesar de todo, habrá siempre que recordar que estamos ante un sistema abierto a coherentes y mayores potencialidades de igualdad y, a su vez, dotado con amplio reconocimiento y garantía de un buen número de libertades y derechos fundamentales.

En este proceso histórico, así firme y conflictivamente iniciado y proseguido, es en el que a lo largo de los siglos XIX y XX se sitúan –no sin recaídas, retrocesos, distorsiones y más o menos arduas evoluciones– esas diferentes fases o modelos que, se considera, es necesario diferenciar al hablar hoy del Estado de Derecho. Aquí se hará tal narración sólo de manera muy resumida, a veces casi esquemática, destacando desde la ya referida metodología sus principales rasgos cualificadores en cada uno de esos mencionados sectores (Estado, Sociedad, Economía, Derecho), los cuales, interrelacionados, contribuirán a ilustrar –así lo espero– sobre esa evolución histórica y sentido actual (también, posible futuro) de la democracia y del Estado de Derecho. Comenzaremos con el paradigma liberal para mostrar, ante las decisivas insuficiencias e inconsecuencias de éste, lo que fue después –bien entrado el siglo XX, aunque siempre con demandas y precedentes en el anterior– la necesaria construcción del Estado social. Sus problemas en nuestro tiempo –se habla incluso de crisis desde muy distintas, y hasta opuestas, perspectivas– exigen, sin duda, la formulación de alter-

nativas de presente y futuro. La mía personal, la de por supuesto que otros muchos, discutible y abierta, no es desde luego la hoy tan en boga doctrina neoliberal conservadora (liberista, por reducir todo el problema a libertad económica), sino más bien la que –digámoslo claro–, partiendo de perspectivas socialdemócratas, se propone intentar hacer cada vez más reales y universales, para todos, esos componentes de la doble participación que caracterizan, estamos viendo, a la democracia a la altura de nuestra época, demandas exigibles también a escala mundial y transnacional: por ello, asumiendo lo mejor del Estado social, he preferido hablar siempre de Estado democrático de Derecho.

II

Este es, pues, el mencionado –conclusivo– resumen de tal tipología del Estado de Derecho y, correlativamente, de los elementos de esa doble participación democrática. Resaltar estos caracteres es, a mi parecer, de importancia sustantiva: tanto la íntima vinculación entre Estado de Derecho y sistema democrático como el entendimiento procesual, histórico, evolutivo de ambas conexas dimensiones. Pero aquí, como digo, se trata sólo de un inevitablemente abreviado esquema de algunas de sus respectivas condiciones, circunstancias y principales implicaciones que –desde aquellos básicos elementos comunes– vendrían a configurar las principales fases de esa evolución y sus potencialidades actuales y futuras, todo ello en conexión también con diferenciables concepciones generales, filosóficas y políticas:

(A) Estado liberal de Derecho, paradigma inicial del proceso con todo lo que todavía puede alegarse en su contra (baja participación democrática en las dos dimensiones de ella) y en su favor: principalmente, la básica organización del cuadro jurídico e institucional para una identificación legal-racional del Estado y para el reconocimiento y garantía de, hasta entonces, muy desprotegidos

derechos y libertades. No se ocultarán aquí sus deficiencias, al contrario se resaltarán, pero sin olvidar nunca su fundamental aportación como Estado de Derecho. En consonancia con ello se conformarían así los ya anunciados componentes y condicionantes de tal concepción:

1) Respecto del Estado, prevalencia de posiciones liberales pero muy recelosas e, incluso, sobre todo en el pasado siglo XIX, directamente contrarias al sufragio universal, defensoras sin más (Gizot) del restringido voto censitario para constituir las instituciones y los poderes de aquél. Tal Estado es, o aparenta ser, un Estado abstencionista, al menos en el mundo del trabajo y de la economía («*laissez faire, laissez passer...*»), aunque siempre con un fuerte intervencionismo en pro de la propiedad. Tampoco sería para nada abstencionista en cuestiones de orden público y militar, con muy dura represión de huelgas, protestas o algaradas y, en el exterior, con patriótico intervencionismo colonialista donde menester fuese para la defensa e imposición de esos propios intereses. Donde realmente puede decirse que tal Estado, en muy amplia medida, era de verdad abstencionista es en su despreocupación por derechos sociales, económicos y culturales vinculados a necesidades básicas de salud, enseñanza, vivienda, trabajo, seguridad, etc. para las grandes mayorías.

2) Sociedad individualista –con, ¿habría todavía que advertir hoy?, los pros y contras del individualismo– así como sociedad de carácter fuertemente elitista: es decir, también de muy baja participación en el ámbito no institucional y no gubernamental. Sociedad no estamental pero rígidamente clasista, con muy reducida y difícil movilidad; en ese marco, ascenso y consolidación del poder de la burguesía, de sus derechos y preferentes libertades; imposición casi absoluta del contrato de trabajo individual y de la «libertad» de contratación. Y en el margen, o muy cerca, oposición radical y enfrentamiento a veces violento ante un sistema que les excluye por amplia parte de los sectores obreros y de otros grupos socia-

les, movimientos sindicales y partidos políticos genéricamente socialistas. Hablamos, fundamentalmente, no se olvide, de la situación en el siglo XIX y principios del XX.

3) Sacralización de la propiedad privada individual: «siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado», rezaba en efecto el art. 17 de la liberal Declaración francesa de 1789, aquélla va a ser positivizada después sin apenas límites en los Códigos civil y mercantil de Napoleón, seguidos por todos los del continente europeo. Constituye aquélla la base del sistema de producción que va a pasar a identificarse como capitalismo. Economía competitiva, de «libre mercado» (con debates sobre proteccionismo), economía de bajos salarios, subconsumo y pobreza en amplios sectores sociales. Fuerte acumulación privada de capital, control y decisión muy minoritaria sobre las plusvalías, los excedentes y, en definitiva, sobre las inversiones y la orientación general de la economía. Estos serían algunos de los rasgos de tal situación, que hoy algunos pretenden en cierta medida resucitar, aunque ya en el ineludible marco del Estado o la sociedad denominada del bienestar.

4) Con todo, declaración y protección jurídica de libertades y de ciertos derechos fundamentales, civiles y políticos (de pensamiento, expresión, religión, participación pública aunque así restringida, etc.), garantías de seguridad penal y procesal decisivas, sin duda, para todo lo que se estaba forjando y lo que vendría después. Todos estos no eran sólo e inevitablemente derechos «de y para la burguesía», como ha simplificado a veces, de modo esencialista, algún radicalismo izquierdista. Precisamente las exigencias de cumplimiento efectivo del Estado de Derecho y las potencialidades de realización igualitaria de tales derechos iban a coadyuvar después muy coherentemente a la progresiva superación de tal clasista reduccionismo. Pero, mientras tanto, resultaba de todo punto evidente que, en ese contexto social y estatal y bajo ese régimen económico y de propiedad, tal reconocimiento de derechos humanos fundamentales era, de hecho, profunda e injustamente desi-

igual e insuficiente, excluyéndose sin más de su efectividad práctica y de su real participación a muy amplios sectores sociales cuando no, en otra ineludible universal dimensión, a enteros pueblos e innumerables gentes de nuestro planeta.

Eran, pues, necesarios grandes cambios en todos estos condicionantes y en el propio Estado liberal –también en sus mecanismos jurídicos– a fin de que el Estado de Derecho y la incipiente democracia pudieran asumir eficazmente tales demandas de los menos favorecidos y avanzar así hacia una mayor generalización de esas exigencias (haciéndolas más reales para todos) con la consecuente ampliación de ellas al campo también de los derechos económicos, sociales y culturales. Subrayo, como se destaca en el mismo título general de estas páginas, la profunda conexión metodológica y teórica, es decir real, entre derechos humanos y Estado de Derecho. Este existe, tiene sentido y justificación, en cuanto aparato institucional eficaz para la protección y realización de los derechos que (con implicaciones de legitimación y legitimidad) se van constituyendo como tales (legalidad) a lo largo del tiempo: es decir como demandas no inmóviles, no fijas y cerradas de una vez para siempre, aunque sea sobre ciertos valores básicos e imprescindibles, en unas u otras sociedades. Si esos valores –la libertad como valor más radical, como raíz de todo lo demás–, si las exigencias éticas y los derechos no son estáticos tampoco lo será (estático) el Estado, ni el Estado de Derecho, que tiene que proteger eficazmente a aquéllos. ¿Para qué si no la separación de poderes, el autocontrol de los mismos y demás artificios y mecanismos que caracterizan al Estado de Derecho?

(B) Estado social de Derecho, como alternativa dual y gradual –con firme rechazo de las falsas salidas de carácter totalitario impuestas por el comunismo burocrático y por las dictaduras fascistas– ante las graves crisis y las insostenibles carencias e insuficiencias del modelo liberal. La necesidad y posibilidad de tal alternativa se muestra ya con toda claridad desde, al menos, los años

de la primera guerra mundial, 1914-1918. Colaborarán en la construcción de aquél, proponiendo importantes diferenciados cambios, tanto algunos sectores más abiertos e inteligentes defensores de dicho orden económico (para su saneamiento y fortalecimiento) como otros –partidos socialdemócratas y movimientos sindicales– que se proponían una más progresiva y profunda transformación. John Maynard Keynes y Hermann Heller, cada uno en su área, podrían ser un buen símbolo –hay muchos más– de tal aproximación dual.

1) El Estado va a hacerse así decididamente intervencionista con objeto de poder atender y llevar a la práctica esas perentorias demandas sociales de mayor participación y mayores cotas y zonas de igualdad real: sufragio universal (incluido ya el sufragio femenino), por un lado, amplio pacto social con compromiso por el Estado para políticas de bienestar (sanidad, educación, seguridad social, etc.), por otro, serán los dos principales componentes de ese indudable fortalecimiento de la legitimación y de la doble participación democrática.

La expansiva acción social de este Estado intervencionista, Estado de servicios –donde éstos se demandan cada vez en mayor cantidad, mejores en calidad y para más amplios sectores sociales–, va a suponer un protagonismo y una lógica preeminencia para las tareas y las funciones de la Administración, del poder ejecutivo. Este, desde luego que sin negar ni prescindir del Parlamento (sin negar el Estado de Derecho), se convierte de hecho y en no corta medida en poder legislador: sobre ello ilustran y avisan debidamente las actuales investigaciones sobre teoría y práctica de la legislación. Y también se señala que su otra actividad –la de ejecución y administración– con frecuencia desborda, aunque no necesariamente contradiga, los propios cauces de las normas jurídicas. Desde las estrictas exigencias del Estado de Derecho, del principio de legalidad y del control y responsabilidad de la Administración, se suscitan por tanto serias dudas y reservas ante el

riesgo de que tales disposiciones jurídicas y acciones políticas y sociales puedan debilitar y llegar a romper o hacer caso omiso del sistema parlamentario y constitucional. Salvado éste y el Estado de Derecho, lo que hay en cualquier caso son importantes transformaciones que es necesario tomar seriamente en consideración.

En el fondo, pero en un contexto de mucho mayor riesgo y con muy diferentes interpretaciones, orientaciones e, incluso, intenciones, éstos eran ya algunos de los problemas y alegatos que aparecían en las polémicas de los años veinte y treinta con Carl Schmitt, por un lado, y Hermann Heller, por otro. En buen acuerdo, por mi parte, con el segundo de ellos –»el Estado de Derecho, resuelto a sujetar a su imperio a la economía«–, y frente a la seducción que el primero ejerce hoy, incluso, sobre alguna izquierda, yo aquí sólo insistiría por el momento en la ineludible necesidad de que las instituciones y los poderes públicos actúen en esa doble coordinada dimensión: tanto en los horizontes del Estado social, receptivo ante tales demandas de los ciudadanos (participación en los resultados para hacer efectivos tales derechos), como en las exigencias internas del Estado de Derecho, (participación en las decisiones para el imperio de la ley), con eficacia por lo demás en el cumplimiento y desarrollo progresivo de la Constitución en ambos niveles.

2) Sociedad de masas, con sus componentes buenos y menos buenos (depende también para quién), sociedad industrial, más tarde postindustrial, tecnológica y de servicios, desbordante sociedad de consumo, incluso de derroche y despilfarro, sociedad orgánica y corporativa: estos son algunos de los rótulos y calificativos utilizados por los sociólogos para referirse a estas diferentes dimensiones entre las que se mueve el Estado social. Como es bien sabido y, por no pocos, sufrido, se constata en nuestros días una alarmante insistencia en la reducción y/o degradación del *Welfare State*, Estado del bienestar, y también consecuentemente de la pretendida «sociedad del bienestar» que, de modo acrítico, a veces

se alega como cláusula de sustitución ideológica desde algunos sectores neoliberales.

Las corporaciones económicas y profesionales, también las asociaciones patronales y sindicales, junto a otras de diverso carácter, adquieren en el contexto del Estado social una mayor presencia y explícito reconocimiento público, incluso oficial. La legislación –suele señalarse– se hace así pactada, concertada, con el propio Parlamento. Con ello, con la más directa participación, faceta positiva, se amplían los potenciales de legitimación, cohesión y paz social pero, a su vez, faceta negativa, límite de la concertación, se produce algún mayor riesgo de que se subordinen en ocasiones los intereses generales a esos de las más fuertes corporaciones, con residuos casi de democracia orgánica. El resultado, se ha criticado, puede acabar siendo un Estado fuerte con los débiles y débil con los fuertes. No todo el mundo tiene, en efecto, el mismo peso, la misma fuerza, el mismo poder, en la mesa de la negociación: y prácticamente ninguno poseen los no corporativizados, o los pertenecientes a débiles corporaciones. De la vieja desigualdad individualista liberal se podría así estar pasando o haber pasado a una –en cualquier caso no del todo equiparable– desigualdad grupal o corporativa, desde luego disfrutada o sufrida también en última instancia por individuos particulares. Es verdad, no obstante, que sin pactos también hay riesgos –¿mayores?– de que se impongan tales fuertes poderes.

3) El Estado social, adviértase en relación con todo lo anterior, no pretendía romper con el denominado modo capitalista de producción, aunque –en sus mejores manifestaciones, tendencias socialdemócratas y grupos de apoyo– tampoco renunciaba a reformas progresivas que transformasen realmente el sistema. Tal actitud implica entender, desde luego, que «capitalismo» y «socialismo» no son esencias cerradas y absolutas, totalmente aisladas e incomunicadas entre sí, el mal o el bien radicalmente incuestionables (o viceversa), sino que deben verse como momentos, partes o

sectores de un siempre abierto e inacabable proceso histórico. Para nada esto significa que se trate de meros procesos naturales o evoluciones espontáneas o que no existan diferencias importantes, a constatar y a valorar, entre ellos. En cualquier caso, en el Estado social la incorporación de las demandas de mayor igualdad, derechos y libertades, para los tradicionalmente menos favorecidos se pretendía hacer aceptando y trabajando dentro de los esquemas definitorios de tal modo de producción (especialmente acumulación privada y economía de mercado), si bien –como digo– introduciendo sustanciales reformas, correcciones, regulaciones y redistribuciones compatibles en principio con ellos y que, se pensaba, incluso hicieran más reales y asequibles a todos dichos mecanismos, aparatos y espacios de intercambio. No faltaron tampoco lecturas que, desde una cierta izquierda radical, negaban la posibilidad e, incluso, utilidad de tales propuestas, haciendo resaltar casi exclusivamente los aspectos ideológicos (alienantes) de esa pretendida integración social. El balance, con todo, fue y es –a mi juicio– altamente positivo.

Entre aquellas medidas correctoras introducidas por el Estado social la que se mostró como más relevante fue la creación y potenciación de un sector público estatal operante en el campo de la producción así como la de una más decidida acción de los poderes políticos para avanzar en esos objetivos de mejor redistribución. El Estado interviene de este modo en la economía, contribuyendo a regular el volumen de inversiones a través de políticas que exigen aumento del gasto público e ingresos fiscales para generar empleo, consumo, ahorro y, otra vez, inversión. Desde esa perspectiva, el sector público –se señala– aparecería, pues, como muy funcional, incluso como el más apropiado y dinámico, para dicho modo de producción (Keynes). Sus tensiones, su significado y estructura dual permitirán, sin embargo, que tal sector público estatal sea también favorable para quienes desde ahí pretenden no ya la creciente e ilimitada «reproducción ampliada del capital», sino más bien la consecución de una mayor y más decisiva participación

real para las fuerzas del trabajo. Junto a esto, es asimismo verdad que el predominio, al lado de aquél, de poderosas formas de organización de carácter oligárquico o monopolista, especialmente a escala mundial, global, con muy influyentes redes de agencias transnacionales –a pesar del mito del capitalismo competitivo y de la alegada economía social de mercado– dificultarán y frenarán en amplia medida tales potencialidades de desarrollo progresivo y redistribución más igualitaria, nacional e internacional, de manera más clara y explícita a partir ya de la gran crisis de los años setenta. El problema, uno de los problemas, es ¿cómo extender hoy lo mejor del Estado social –no ya la imposible e indeseable lógica del consumismo, menos aún del despilfarro– a lo que antes llamábamos «tercer mundo»? ¿Es moral y/o materialmente universalizable el paradigma cuantitativista de tal modo de producción?

4) Lo que, a pesar de todo, no puede de ningún modo olvidarse desde la necesaria coherencia democrática es que, por de pronto, en el Estado social se pretendía también hacer más reales e iguales para todos esas libertades y esos derechos civiles y políticos proclamados pero tantas veces postergados por la democracia liberal. Junto a ello y muy fundamentalmente se reclamaba implantar y hacer efectivos con carácter de universalidad los derechos sociales, económicos y culturales derivados de las necesidades básicas de la salud, la enseñanza, la vivienda, un régimen de prestaciones de seguridad y pensiones, exigibles a fin de dar un muy diferente sentido y una mejor esperanza de vida real a millones y millones de seres humanos. Estas eran, específicamente desde la perspectiva de la izquierda, las principales metas a que se debía aspirar y que darían mayor y mejor legitimidad y legitimación al Estado social. Su garantía jurídica e, incluso, realización efectiva quedaban ahí indefectiblemente unidas al concepto y al sentido mismo del Estado (social) de Derecho. Y se trataba de hacerlo, o de avanzar hacia ello, sin revoluciones, sin perturbaciones traumáticas y precipitadas, sino de manera gradual, integrando y procurando tales objetivos en el marco, transformado y democrática-

mente más regulado, de ese modo de producción de aparente libre mercado y de efectiva acumulación privada de los medios de producción.

Tal sistema, y el pacto social partidos-sindicatos que estaba en su base, funcionó con amplia vigencia y efectividad operativa, no sin altibajos, insuficiencias de fondo y crisis coyunturales, durante buenos decenios en algunos de los países más desarrollados; y especialmente lo hizo tras la segunda guerra mundial hasta los años setenta aprovechando bien el ciclo expansivo de las economías occidentales en ese período. Así fueron posibles esas políticas redistributivas y de importantes servicios sociales y prestaciones de bienestar 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. Pero, por un lado, los complejos procesos de descolonización, no sólo política sino también económica, con todas sus contradicciones y dificultades, por otro, los límites de la financiación de tales políticas sociales en el marco –no se olvide– del sistema capitalista llevaron a la situación que se ha denominado, por decirlo con James O'Connor, de «crisis fiscal del Estado», resumen muy abreviado de los actuales problemas del Estado del bienestar y del Estado social de Derecho. Ni la economía –se resalta y se reconoce, con unas u otras implicaciones y derivaciones– tiene posibilidades en ese marco (ni en ninguno, se remacha por algunos con acritica contumacia), para pretender financiar esas expansivas políticas sociales, ni el Estado puede, por tanto, comprometerse con garantías jurídicas, como Estado de Derecho, a proteger tales exigencias, demandas y derechos fundamentales (crisis de gobernabilidad).

¿Qué puede y debe hacer hoy el Estado y, de ello hablamos aquí, el Estado de Derecho ante tan, sin duda, difícil y compleja situación? Por de pronto, una reductiva primitiva salida –en mi opinión cerrada salida– ya se ha venido imponiendo fácil y fácticamente: el símbolo de iniciación fue, claro está, la era Reagan-

Thatcher que en modo alguno puede darse por acabada. Es sin duda una vuelta atrás, no, desde luego, absoluta y total a los tiempos de la abstención estatal pues ocasionaría una ruptura de la cohesión social y una deslegitimación política imposible de soportar, tanto para los gobiernos (con retrocesos autoritarios contrarios al Estado de Derecho) como, sobre todo, para los ciudadanos, para sus derechos y libertades. Pero lo que se exige en ella, invocando el determinismo cientificista, es un substancial frenazo e incluso desmantelamiento de buena parte de esas políticas de bienestar social; y así la imposición de un muy conservador, disminuido, mínimo, «anoréxico» y muy desigual Estado neoliberal, en la línea, con variantes, de Friedrich A. Hayek, Milton Friedman, Robert Nozick y bastantes más. No puedo hacer yo aquí una detenida y plural crítica frente a los alegatos, circunstancias, intereses y condiciones de todo tipo, políticas, sociales, jurídicas, económicas o culturales, que están detrás de esas y otras retorsiones y distorsiones de indudable sentido reaccionario que amenazan al Estado social. Pero no expresa un simple juego de palabras decir que en tales reducciones el Estado de Derecho se convierte de verdad en un Estado de derechas. Que conste, pues, que, señalando esas graves deficiencias, no pretendo haber dejado yo «refutada» aquí esa filosofía conservadora neoliberal: algunos de sus aspectos (políticos, jurídicos, culturales) me resultarían, desde luego, mucho más asequibles que otros (los estrictamente económicos, por ejemplo) y algo –creo– va dicho en estas páginas. De todos modos, en otros escritos míos me parece, no obstante, que pueden encontrarse más amplias y detenidas argumentaciones sobre parte de estas cuestiones: reenvío, pues, a la consecuente bibliografía final. Y por lo que se refiere a los actuales misterios macroeconómicos, abundantes publicaciones hay, en contra y a favor, que nos podrán sin duda ayudar para debatir y mejor enjuiciar esta toma mía de posición.

Quiero, por tanto, concluir estas páginas finales con algunas indicaciones concretas, con una serie de propuestas que estimo válidas (pero siempre discutibles y a revisar), para mejor afrontar

esta nuestra situación actual. Es, pues, esta una sucinta exposición de la alternativa –así la veo yo– que, a partir y sobre la base fundamental del Estado social, asumiendo muchas de sus conquistas, pueda progresivamente contribuir a profundizar y hacer más real esa doble participación en que consiste la democracia y, también (insisto en ello), el Estado de Derecho.

(C) Estado democrático de Derecho, como propuesta por tanto a tomar en consideración en cada una de sus específicas dimensiones, como –a mi juicio– posibles vías de solución de futuro, y actual, ante las dificultades y problemas que han ido localizándose en el imprescindible Estado social. Así:

1) Se trataría de la traslación, en primer lugar, desde un Estado que en el pasado resultó a veces involucrado en exceso en un inabarcable e indiscriminado intervencionismo cuantitativo, hacia un Estado de intervención mucho más cualitativa y selectiva con importantes revisiones y correcciones dentro de él. Que éste, el Estado, por querer hacer demasiadas cosas no deje de ningún modo de hacer, y de hacer bien (sin corrupciones, chapuzas, ni despilfarros), aquello que –variable, en parte, según las condiciones históricas y sociales– le corresponde hacer en función de las metas, necesidades, intereses generales y particulares, obligaciones éticas y políticas que los ciudadanos puedan y deban exigirle. Hay valores, bienes, derechos que no pueden ni deben quedar a disposición del mercado. Importancia, pues, del Estado, de las instituciones jurídico-políticas, frente a los simplismos liberales, por la derecha, pero también frente a los reduccionismos libertarios, por la izquierda, aunque recuperando de estos el énfasis en la sociedad civil. Lo que se quiere aquí remarcar es, por un lado, que no puede haber una «sociedad del bienestar», ni, por otro, una real emancipación en una nueva sociedad sin un Estado que trabaje con fuerza en tal dirección. Pero también es verdad que el Estado (nacional, central) es hoy demasiado pequeño para las cosas grandes (ahí, la Unión Europea o la propia ONU) y dema-

siado grande para las cosas pequeñas (Comunidades Autónomas y Administración local en nuestro sistema constitucional). Ese criterio cualitativo y selectivo es, pues, fundamental en más de un sentido para el buen funcionamiento en nuestro tiempo del Estado democrático de Derecho.

También de este modo, con atención muy prevalente hacia los verdaderos intereses generales (compuestos asimismo por legítimos intereses particulares), será más factible la superación de las actuales críticas de paternalismo dirigidas al Estado social. Pero no se trata de quedarnos por ello en el más acomodaticio y conservador «principio de subsidiariedad»; no se trata de que el Estado haga únicamente aquello que los demás no pueden ni les interesa hacer: donde hay que mirar es al interés real de los ciudadanos. Así, pues, no autocomplacencia en una ética de la irresponsabilidad individual esperándolo todo del denostado Papá-Estado, sino más bien libre autoexigencia personal para una ética del trabajo, del esfuerzo, del mérito, la capacidad, la intervención participativa y solidaria. Me parece que estos valores, estos principios, configuran una ética pública y una cultura crítica, una concepción abierta del mundo y un modelo flexible y plural de organización social y económica que –asumiendo también las luchas de una buena historia– cabe considerar como propios del que es posible seguir denominando socialismo democrático. Puestos a proponer rótulos cercanos, pero no sin diferencias con aquél, otros han preferido hablar más bien de un liberalismo igualitario. Se trataría de actitudes, unas y otras, en cualquier caso muy lejanas de los dogmas neoliberales que derivan, entre otras cosas, de la beatífica total preeminencia del mercado y de la acumulación privada del capital, así como de la exclusiva práctica de la individualista y agresiva competitividad.

2) En concordancia con ello estarían los esfuerzos por construir desde aquellos valores más democráticos una sociedad civil más vertebrada, más sólida y fuerte, con un tejido social más

denso, de trama mejor ensamblada e interpenetrada: en definitiva, más ajustada en las dos significaciones del término, como organización (ajuste de las piezas) y como justicia (el ajuste más ético). Una sociedad donde la presencia de las corporaciones económicas, profesionales, laborales, sea en efecto complementada y compensada con la de los nuevos movimientos sociales (ecologistas, feministas, de acción frente a la xenofobia y el racismo) o la de las plurales organizaciones no gubernamentales con su tan decisiva acción altruista a través del voluntariado social. Pasar, se ha dicho, del corporativismo al cooperativismo, de una exclusiva ética de la competición o de la competencia (a veces totalmente incompetente) a una ética también de la colaboración y la solidaridad. La calidad de vida y no tanto la cantidad de productos consumidos y destruidos –medio ambiente incluido– serían objetivos más concordantes, creo, con tal modelo de sociedad. Todo ello implica, desde luego, una nueva cultura y un nuevo concepto de ciudadanía.

Se afirma ahí una mayor presencia e intervención, pues, de la sociedad civil pero operando ahora en toda su plural plenitud y no sólo en privilegiados sectores, estamentos o poderosas corporaciones. Y, junto a ello, hay que considerar, desde luego, como imprescindible en el Estado de Derecho la decisiva acción de las instituciones jurídico-políticas, Parlamento, Administración, Tribunales de justicia, etc. Intentando superar las reducciones unilaterales, por un lado, de algunas fases 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, en otros escritos míos –desde fructíferos desacuerdos y acuerdos con Claus Offe– he insistido en la necesidad actual y futura de una progresiva y abierta síntesis entre ambas: es decir, en un entendimiento imprescindible y un nuevo pacto entre instituciones jurídico-políticas y organizaciones de la sociedad civil así comprendida. Y, en este sentido, he denominado socialismo

democrático a esa hipotética conjunción y síntesis dialéctica (pero sin final de la historia) entre, por una parte, la socialdemocracia y el Estado social y, por otra, los movimientos libertarios y la justa reivindicación de la sociedad civil.

3) Para esta alternativa democrática y de doble participación, en el campo de la economía y de la producción el necesario sector público de ella ya no sería sólo ni tan extensivamente sector estatal (en cualquier caso con función selectiva y cualitativa) sino que asimismo actuaría y se configuraría a través de un más plural y dinámico sector social. Y junto a esos dos componentes del sector público (estatal y social) –en una economía mixta con las ya incuestionables «tres patas»–, está el espacio, que tiene y debe tener muy amplia presencia, del sector privado que opera de forma más inmediata con los criterios y las demandas del libre mercado. Lo decisivo sería entonces determinar y establecer en tal compuesto las prevalencias de políticas concretas más y mejor orientadas a lograr hacer realidad esos valores éticos, constitucionales y de cohesión social que son la libertad, el bienestar, la solidaridad y la igualdad. Por supuesto que no es nada fácil ensamblar todo ello en la práctica (ni en la teoría) de una manera armoniosa, justa y con previsión de funcionamiento eficaz; desde luego, pero nada es fácil y no sólo en el campo de la economía. Es preciso estar, pues, abierto a todas las dudas y sugerencias, aunque sin desconocer que en nuestros días gentes, economistas, como entre otros John Kenneth Galbraith, Alec Nove o Amartya Sen, por recordar algunos ejemplos concretos, han ayudado desde diferentes perspectivas a entender todo esto un poco mejor. A ellos, y a otros críticos, reenvío pues para el debate y la necesaria ampliación y precisión de estas páginas.

En el Estado democrático de Derecho el imperio de la ley no es, ni debe ser, en modo alguno reducible al mero reconocimiento de la iusnaturalista ley del mercado. Son muchos, por el contrario, los que más bien denuncian, y constatan, la dictadura y/o la anar-

quía –abandonado a sí mismo– del tal mercado. Se pone así de manifiesto que –con la automática e inmediata movilidad de capitales en el mercado transnacional– las economías especulativas, financieras y monetarias, jugando a su favor con la famosa globalización, se hacen muchísimo más rentables y con más fuerte incentivo para los inversores, pero con ello ahogando y destruyendo en frecuentes ocasiones a otras economías realmente productivas y a enteros sectores sociales a ellas vinculadas. En cualquier caso, se denuncia, estaríamos en una mundialización libre del capital versus una inmigración muy restringida y acotada del trabajo: o, en el lenguaje de la «demagogia de los hechos», internet para el capital y pateras para el trabajo. Se subraya también, por otro lado, que, a diferencia de la acumulación privada del capital (guiada, como es lógico, por fines de lucro, rentabilidad y creciente aumento de las tasas de beneficio, con riesgos en gran parte asumidos por el capital social), el Estado y el gasto público actúan en sectores que no generan ganancias ni, por tanto, acumulación, pero que son absolutamente necesarios (servicios, infraestructuras) para el grupo social: esto –pienso– debiera destacarse mucho más en la educación y la cultura democrática de los ciudadanos, así como la necesidad de una adecuada política fiscal que, entre otras cosas, luche de verdad contra el gran fraude que no es precisamente el de los asalariados.

En definitiva, el establecimiento de prioridades en la economía de un país (o de una unión de países), así como las concordes leyes de presupuestos, base para ella, es algo que debe, pues, hacerse con criterios de racionalidad que no son sólo los de un reductivo análisis instrumental y los de las imposiciones sin más del mercado, nacional y/o transnacional. En esa economía mixta, el sector público y, dentro de él, el Estado –representante de intereses generales en los sistemas democráticos (otra cosa es que, pero dígame así, esto no se acepte)– debe, a mi juicio, cumplir por tanto esa triple imprescindible función: de producción (selectiva y cualitativa), de redistribución (proporcional y progresiva) y de regu-

lación y organización (flexible y revisable) desde esa doble participación del grupo social que, téngase siempre en cuenta, es básica para la identificación de la democracia, del Estado de Derecho y, en consecuencia, para el Estado democrático de Derecho.

4) Las cosas se hacen, se han ido haciendo también mucho más comprensivas y complejas en cuanto a los derechos fundamentales, a las exigencias éticas que en nuestros días, y en relación con la búsqueda de posibles alternativas políticas, deben encontrar –se piensa por muchos– reconocimiento legal y eficaz realización. Asumiendo, claro está, los derechos civiles y políticos (protegidos en el Estado liberal), así como los derechos sociales, económicos y culturales (objetivo prevalente, junto a aquéllos, del denominado Estado del Bienestar o, mejor, del Estado social), ahora son nuevos derechos –tercera generación– los que reclaman de un modo u otro su incorporación a la legalidad: derechos 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 que arbitraria, cerrada y exhaustiva.

¿En qué medida tales demandas, o algunas de ellas pues no son todas de idéntico alcance y significado, pueden ser asumidas por el Estado de Derecho de nuestro tiempo o del próximo futuro? No se olvide que la tesis restrictiva respecto de estas también ha negado y sigue negando que caracterice y corresponda propiamente al Estado de Derecho la protección jurídica de los derechos sociales, económicos y culturales. Disiento, como se puede ver a lo largo de estas páginas, de semejante reductiva interpretación: lo cual para nada implica desconocimiento de las dificultades planteadas tanto en la garantía jurídica de tales exigencias éticas como, más aún, en su efectiva realización en un determinado contexto social. Con todo, no pocos autorizados juristas advierten hoy con

buenos argumentos de la relación inversamente proporcional que pudiera darse entre extensión e intensidad a la hora de lograr eficaz protección jurídica para unos u otros derechos fundamentales. Y tampoco dejan de estar ausentes los avisos sobre condiciones objetivas (la escasez, por ejemplo) que impiden o dificultan sobremedida –con las inevitables consecuencias de frustración y deslegitimación– el completo reconocimiento de determinadas aspiraciones humanas o exigencias éticas como auténticos derechos subjetivos ejercitables con plenas garantías en el marco de un sistema jurídico avalado por la Constitución y los competentes tribunales de justicia, nacionales o internacionales.

Todo ello es bien cierto, realista y razonable y habrá de ser tomado muy en consideración por los legisladores y por la propia sociedad si se quiere construir algo con responsabilidad. Pero el mundo no se acaba ni se cierra –tampoco el mundo jurídico– con los estrictos derechos subjetivos. Quiero decir que las exigencias éticas asumidas en el ordenamiento pueden, por ejemplo, servir para orientar con fuerza, es decir con sólidas razones, la futura legislación que dará lugar, entonces sí, a nuevos estrictos derechos; y, mientras tanto, pueden valer muy bien para interpretar de un modo u otro los actuales reconocidos derechos. Como se ve, todo menos que inútil tal presencia y su diferenciado reconocimiento en el ámbito jurídico-político. Sin olvidar asimismo que si la política (o el Derecho) es el «arte de lo posible», la filosofía y la ética son, y deben ser, el arte de hacer posible lo necesario. Utopías de ayer son, no siempre pero sí en muchos casos, realidades de hoy. Y tampoco es algo «neutro», o producto del mero azar, que unos derechos hayan logrado, en la historia y/o en la actualidad, plena protección judicial (por ejemplo, la propiedad) y otros, por el contrario, no la hayan alcanzado (todavía) con ese mismo rigor (por ejemplo, el trabajo).

Seguro, no obstante, que todas estas exigencias éticas u otras que podrían formularse (tampoco aquí puede cerrarse la historia),

todas esas justas pretensiones y esperanzas humanas desgraciadamente no son hoy por hoy por completo susceptibles de su juridificación de manera plena y responsable como rigurosos derechos subjetivos en el marco actual del Estado de Derecho. Reconozcámoslo así, con sensatas dotes de realismo para las más complicadas y difíciles de ellas, a pesar de todas las buenas intenciones y voluntades que pudieran, sin duda, manifestarse. Sin embargo –a mi juicio–, en modo alguno tales voluntades e intenciones, así como los valores y principios que las inspiran, carecen de sentido y trascendencia para la acción social, política y también jurídica. El mundo del Derecho no puede estar ajeno a ellas. La cohesión social, es decir razones de eficacia por un lado, la ética pública (y privada), es decir razones de justicia por otro, así –creo– lo exigen. En consecuencia, tales pretensiones y esperanzas no deben quedar fuera o al margen de los proyectos de futuro respecto de esas mencionadas transformaciones de todo tipo, desde económicas a culturales, que en cambio deben siempre impulsarse en el marco de una sociedad democrática y de su sistema jurídico para la necesaria construcción de un correlativo, aquí auspiciado, Estado democrático de Derecho.

Bibliografía

En la última edición de mi libro *Estado de Derecho y sociedad democrática*, publicada por Ed. Taurus (9ª ed.) en 1998, se incluye un extenso «Apéndice Bibliográfico» con una muy amplia selección de las principales obras aparecidas en diferentes países e idiomas sobre el tema estricto del Estado de Derecho. A él, pues, reenvío como base y profundización de lo que va dicho en las anteriores páginas. Limitándome ahora a la bibliografía española –otra cosa daría lugar a una lista interminable– aquí sólo recordaré trabajos que no figuran allí, algunos posteriores a 1998 pero otros también anteriores y que me parecen relevantes para quien pueda hoy sentirse interesado en estas cuestiones de la relación entre la ética pública, los derechos humanos y el Estado de Derecho:

- ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO: *La vinculación del juez a la ley*, Universidad Autónoma de Madrid, 1, 1997.
- ASÍS, Rafael de: *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Universidad de Jaén y Dykinson, 1999.
- ATIENZA, Manuel: *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid, Civitas, 1997.
- BELLO, Eduardo: *La aventura de la razón: el pensamiento ilustrado*, Madrid, Akal, 1997.
- BERGALLI, Roberto: *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, Buenos aires, Ed. Ad Hoc, 1999.
- CAPELLA, Juan Ramón (y otros autores): *En el límite de los derechos*, Barcelona, EUB, 1996.
- CASCAJO, José Luis: *La voz «Estado social y democrático de Derecho»: materiales para un léxico constitucional español*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 12, 1992.
- CORTINA, Adela: *Hasta un pueblo de demonios. Ética pública y sociedad*, Madrid, Taurus, 1998.
- CORTS. ANUARIO DE DERECHO PARLAMENTARIO: *El futuro del Parlamento*, Corts Valencianes, nº 4, Extraordinario, 1997.
- DÍAZ, Elías: *Ética contra política. Los intelectuales y el poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- ESTEBAN, Jorge de y GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro J.: *Curso de Derecho constitucional español*, vol. I, Madrid, 1992.
- ESTEVEZ ARAUJO, José Antonio: *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Barcelona, Ariel, 1988.
- FARIÑAS DULCE, María José: *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la «actitud postmoderna»*, Madrid, Universidad Carlos III y Dykinson, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Prefazione di Norberto Bobbio, Roma, Laterza, 1989 (trad. esp. de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995).
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 1997.
- GARCÍA PELAYO, Manuel: *Estado legal y Estado constitucional de Derecho* (1986), en O.C., vol. III, Madrid, CEC, 1991.
- GARCÍA-SANTESMASES, Antonio: *Repensar la izquierda. Evolución ideológica del socialismo de la España actual*, Barcelona, Anthropos, 1993.

- LAPORTA, Francisco: *Entre el Derecho y la moral*, México, Fontamara, 1993.
- MUGUERZA, Javier: *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Arges, 1998.
- NINO, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (Directores): *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Madrid, Universidad Carlos III y Dykinson, 1998.
- PRIETO SANCHIS, Luis: *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- RAMÍREZ, Manuel (Ed.): *El Parlamento a debate*, Madrid, Trotta, 1997.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso: *Igualdad, liberalismo y socialdemocracia*, en el volumen colectivo «Diritto, cultura e libertà. Atti del Convegno in memoria di Renato Treves», Milano, Giuffré Editore, 1997.
- SAAVEDRA, Modesto: *La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Entre la utopía y la realidad*, Barcelona, Ariel, 1987.
- THIEBAUT, Carlos: *Vindicación del ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, Barcelona, Paidós, 1998.
- ZAPATERO, Virgilio: *De la jurisprudencia a la legislación*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», Universidad de Alicante, 15-16, 1994.

* * *

Diez tesis

I. Los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de Derecho. Tanto el origen histórico como, en otro nivel, la justificación ética del Estado de Derecho provienen respectivamente de la exigencia fáctica y valorativa de mejor protección para unos u otros derechos considerados fundamentales. Procesos históricos y argumentación racional –ésta como decisiva instancia crítica– son, por tanto, elementos básicos de aquella «razón de ser».

II. El imperio de la ley es condición necesaria e imprescindible para la eficaz protección de derechos y libertades: pero ley entendida como expresión de la voluntad popular. Así, pues, el Estado

de Derecho con ese u otro, por el momento, equiparable rótulo (*Rule of Law*, principio de legalidad, Estado constitucional), significa la superación liberal y democrática del Estado absoluto en sus diversas manifestaciones (dictaduras, regímenes decisionistas y Estados totalitarios). También en estos se podría hablar (impropiamente) de «imperio de la ley», de hecho su imperio es absoluto, pero ahí nunca la ley es expresión de la voluntad popular libremente expresada y representada.

III. Frente al Estado absoluto, donde el «Rey es la ley» (*Rex legibus solutus*), es decir donde el poder ejecutivo es la ley, el Estado de Derecho implica someter al Rey (al Ejecutivo) a la ley, creada en el órgano de representación popular (Parlamento) y aplicada por jueces independientes. Por tanto, control político del poder ejecutivo (ante el Parlamento) y control jurídico (ante los jueces) con efectiva diferenciación de los tres poderes.

IV. El Estado de Derecho puede definirse como la institucionalización jurídica de la democracia. En otros términos, aquél es el sistema de legalidad que institucionaliza un sistema de legitimidad (democrático) que ha logrado encontrar en el grupo suficiente legitimación participativa y el eficiente respaldo del poder político y social, que es quien transmite la fuerza al Derecho. La Constitución, concreción histórica y normativa del poder constituyente, se muestra como «zona (norma) de mediación» entre legalidad y legitimidad.

V. La filosofía jurídico-política en la que surge y adquiere sentido el Estado de Derecho es sin duda alguna la filosofía de la Ilustración: razón, libertad, derechos humanos, autonomía moral personal (Locke, Rousseau, Kant...). La dialéctica de la Ilustración implica siempre razón crítica y autocrítica, de la modernidad y, hoy, de la posmodernidad. Por su parte, las patologías, contradicciones internas y reducciones mecanicistas de la Ilustración son también reducciones y obstáculos conservadores e inmovilistas del

Estado de Derecho. Y la destrucción de la Ilustración es también la destrucción del Estado de Derecho.

VI. La democracia como sistema político implica, es, doble participación, internamente relacionada: una, participación libre en la toma de decisiones; dos, participación efectiva en los resultados, es decir en necesarios derechos y libertades. Ambas exigencias se corresponden con la democracia como moral (autonomía ética individual y autorrealización personal, es decir el ser humano como ser de fines) y con la democracia como derecho, como Estado de Derecho (imperio de la ley, procedimientos de expresión de todos en la formación de la voluntad general, y protección-realización de los derechos fundamentales).

VII. Los derechos humanos son, se presentan, en complejos procesos históricos y sociales como exigencias éticas de justificación racional. No son un código cerrado, absoluto e inmutable, aunque su raíz sea siempre la libertad, la autodeterminación personal. Los cambios y la evolución en los derechos humanos implican cambios y evolución en las distintas fórmulas, fases, del Estado de Derecho: Estado liberal, hoy reducción neoliberal, y (Constitución española de 1978) Estado social y democrático de Derecho. Instituciones políticas (social-democracia) y movimientos sociales (críticas libertarias) son componentes de necesaria conjunción en la ética pública actual y en ese Estado de Derecho. Como se ve, prefiero utilizar estos y otros términos en su más consolidado sentido europeo y no en el uso americano quizás hoy prevalente en la academia.

VIII. En el Estado social y democrático de Derecho 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 efectivas. La libertad implica igualdad. Es decir, protección efectiva de derechos civiles y políticos, garantías penales y procesales, derechos económicos, sociales y culturales, derechos

de las minorías, de las generaciones futuras, o los relativos al medio ambiente. Y, desde luego, tomarse todo eso –de verdad– en serio, lo cual implica también asumir críticamente las condiciones actuales de globalización y las exigencias éticas de universalidad. Todo eso conduce también a un riguroso análisis del poder: del poder político y de otros poderes, nacionales y transnacionales.

IX. El imperio de la ley en el Estado de Derecho es, básicamente, imperio de la ley fundamental, es decir imperio de la Constitución. La interpretación prioritaria de la Constitución es la realizada por el poder legislativo (Parlamento) representante de la soberanía popular, compatible con el control ejercido por el Tribunal Constitucional. La interpretación judicial, por su parte, se realiza siempre –aunque no de modo pasivo y mecánico– en el marco interno del sistema de legalidad. Es decir, todo Estado de Derecho es, como imperio de la ley, Estado constitucional de Derecho: pero esta fórmula no puede, no debe, servir como disfraz ideológico para un distorsionado Estado judicial de Derecho.

X. Las exigencias ético-políticas del Estado de Derecho constituyen el contenido de una necesaria teoría de la legitimidad y de la justicia (que, por cierto, comienza mucho antes de Rawls). Aquellas derivan en el mundo actual de las razones de la democracia, entendida ésta –ya se dijo antes– como doble participación. Para que pueda hablarse hoy de una coherente participación en las decisiones, el punto de partida, la base insustituible, el valor fundamental, es el reconocimiento de la autonomía moral de la persona individual, la libertad de todos; y a partir de ahí, el diálogo reflexivo, el debate público, la participación en las deliberaciones y decisiones; el respeto a las minorías y sus derechos, la búsqueda del consenso, del entendimiento; finalmente, y respetando los principios anteriores, se acude a la decisión por mayorías (incluidas las cualificadas) para la mejor operatividad jurídico-política. Pero sin participación en resultados, es decir en la protección y garantía efectiva de derechos fundamentales y libertades básicas iguales

para todos, aquella participación en decisiones, imprescindible, se muestra (con probable deslegitimación) claramente insuficiente. La democracia no lo es sólo de carácter procedimental. A la consecución de aquel objetivo podrán contribuir la igualdad de oportunidades y de básicas condiciones sociales para la satisfacción de las necesidades reales, el reconocimiento del mérito, del esfuerzo y de la capacidad personal, el derecho a las diferencias (étnicas, culturales, etc.), las políticas económicas de redistribución y producción orientadas por los poderes públicos (estatales y sociales) a esa liberación y autorrealización personal de todos y cada uno de los miembros de la comunidad internacional. Se trata aquí, desde luego, de una utopía pero –creo– de una utopía racional.

2

DERECHOS HUMANOS Y ÉTICA PÚBLICA
(seguido de diez tesis más una undécima)

Javier Muguerza

Por lo que se refiere al cometido que me ha sido asignado en el presente reparto de papeles, lo primero que tengo que decir es que los *derechos humanos* no son propiamente derechos hasta tanto no hayan sido recogidos en el ordenamiento jurídico de un país dado, ordenamiento cuyo nivel más alto –a saber, el ordenamiento constitucional correspondiente– los consagraría a título de «derechos fundamentales». Por retórica que a veces nos resulte la invocación de esos derechos en el texto de una Constitución, donde su reconocimiento legal es compatible con el hecho de que frecuentemente no se apliquen y hasta sean abiertamente violados, los derechos fundamentales son, con todo, derecho positivo (como lo serían asimismo al ser reconocidos en documentos internacionales), mientras que –a falta de semejante positivación– los derechos humanos sólo serán aspiraciones o *exigencias morales*, que es lo que determina que la ética tenga algo que decir acerca de ellos. En el mejor de los casos, pues, cabría decir que los derechos humanos presentan un *rostro jánico* –esto es, las dos caras opuestas de un Jano bifronte–, mostrando por un lado un nítido «perfil ético», con anterioridad a cualquier reconocimiento suyo en algún texto legal, y por otro un borroso «perfil jurídico» que permitiría adivinar su condición de potenciales normas jurídicas válidas tras haber sido, si lo llegan a ser, legalmente reconocidos.

Con ello no estoy tratando de escorar a mi favor –o a favor, mejor dicho, de la Ética en su contraposición al Derecho– la división del trabajo que preside estas sesiones, sino tan sólo de evitar malentendidos que desorienten nuestra discusión acerca de los «derechos humanos». A diferencia de los *derechos fundamentales*, con los que cobra nitidez su perfil jurídico, los derechos humanos no son «derechos» como no sea a título metafórico. Y, de entre las diversas metáforas posibles al respecto, la más indeseable es sin ninguna duda la que insiste en presentarlos –amalgamando, no menos indeseablemente, Ética y Derecho– como sedicentes «derechos naturales».

Si por derechos humanos entendemos, como propongo que lo hagamos, aquellas exigencias morales de libertad, igualdad y dignidad humanas que «debieran» ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional –y, en el caso óptimo, a nivel internacional– dentro siempre de un determinado contexto sociohistórico, sería absolutamente engañoso tratar de presentarlos como *derechos naturales*. «La naturaleza», sentenció lapidariamente un clásico, «no produce derecho alguno», a lo que habría que apostillar que por fortuna, puesto que probablemente nada hay tan natural como la ley del más fuerte, por no recordar que las odiosas leyes raciales de los nazis gustaban de presentarse como la plasmación jurídica de puras y simples leyes naturales. Y lo cierto es que, lejos de habernos sido naturalmente dados, los derechos humanos son –al decir del filósofo argentino Carlos Nino– uno de los grandes «inventos» de la humanidad, ni más ni menos inventos que otros grandes *inventos humanos*, por ejemplo científico-técnicos, de nuestra civilización moderna.

Así pues, quien alegue (bajo un régimen tiránico, supongamos, en el que no se reconoce derecho humano alguno) que todo el mundo «tiene derecho» a ser tratado con el respeto que merece su *dignidad* humana, o que «no hay derecho» a que alguien sea privado de semejante trato, no estará alegando ningún derecho natural (que, en cuanto tal, tendría bastante poco de «derecho» y menos todavía de «natural»), sino que su alegato se reduce a plantear una «exigencia moral» con la pretensión de que ésta sea algún día jurídicamente reconocida, lo que convierte, en fin, a esa exigencia en un *derecho presunto* (cosa, por cierto, muy distinta de un presunto derecho, en cuyo caso el adjetivo oficialía como descalificativo más bien que como calificativo) o, si se prefiere decirlo así, en un *derecho asunto*, esto es, una exigencia asumida «como si» se tratase de un derecho, que es en lo que consiste, a fin de cuentas, un derecho humano.

Dicho todo lo cual, paso a servirme en lo que sigue, sin el menor rubor ni darle ya más vueltas, de esta última denomina-

ción –la de «derechos humanos»–, pues no es cosa de hacer un mundo de cuestiones puramente verbales y he de reconocer que los derechos humanos, bajo esa denominación precisamente, constituyen hoy por hoy un arma cuya capacidad reivindicatoria no conviene rebajar de grado sustituyéndola por la harto menos popularizada de «exigencias morales». A lo que añado que otra razón para no hacerlo así es la comprobación de la virulencia con que tal denominación es rechazada por los detractores de los derechos humanos (y no tan sólo de su nombre), desde Joseph de Maistre –quien, en el siglo XVIII, sostenía haber visto a franceses, italianos o rusos, pero «no haber sido capaz de tropezarse nunca con *el hombre*» ni de entender, por tanto, qué cosa sean «los derechos del hombre»– hasta Alasdair MacIntyre cuando proclama en nuestros días que «los derechos humanos no existen y creer en ellos sería como creer en brujas y unicornios». Contra lo que parecen sugerir tan campanudas proclamaciones, la cuestión de los derechos humanos se halla bien lejos de constituir un problema «ontológico» o «gnoseológico» –a saber, el problema de si tales derechos existen o no existen, o el de si podemos o no podemos creer en ellos–, tratándose como se trata, simplemente, de un problema «ético», es decir, el problema de si estamos o no dispuestos a luchar por instaurarlos.

Aun si no exclusivamente, no se vaya a enfadar Elías Díaz, la cuestión de los derechos humanos es una «cuestión de ética». Y, muy concretamente, una *cuestión de Ética pública*. ¿Pero qué habremos de entender por «ética pública»?

Como su nombre indica, la Ética pública viene a contraponerse a lo que se podría llamar la Ética «privada», pero de ahí no se desprende, sin embargo, que hayamos de contraponerla a lo que se conoce como la Ética «individual» o «personal». La razón de ello es que, en definitiva, no hay otros sujetos morales que los *individuos*, de suerte que la Ética pública –como recordara entre nosotros Aranguren, quien no llegó a denominarla de ese modo pero le

dedicó, bajo el título de *Ética y política* (1963), uno de sus mejores libros– ha de hundir sus raíces en la *Ética individual o personal*, la cual, por lo demás, tampoco se reduce al ámbito de lo privado. Cuando un individuo se halle convencido –en el ámbito no ya privado, sino íntimo, de su conciencia– de que su libertad no es susceptible de enajenación, esto es, de que no está dispuesto a venderla a ningún precio, esa convicción personal resulta ser política, y por lo tanto pública, siquiera sea en sus consecuencias, como lo mostrarán las ulteriores acciones e interacciones de tal individuo a tenor de ella. Cuando dicho individuo, dando ahora un paso más, exprese esa su convicción ante un interlocutor dado, la estará ya publicitando abiertamente aun si todavía ante un auditorio restringido. Pero cuando, por fin, nuestro individuo amplíe dicho auditorio y proceda a generalizar ante este último semejante convicción, hasta hacerle decir que la *libertad* de todo otro individuo, y no sólo la suya propia, ha de ser asimismo considerada inalienable, expresará sin más un principio –un principio político– de la *Ética pública*. A saber, un principio llamado a recoger una de aquellas exigencias morales o derechos humanos que, según antes decíamos, aspiraría a ser jurídicamente reconocida como un derecho fundamental. Y con ello no sólo estamos rebasando las fronteras de la *Ética privada*, sino también las de la *Ética individual o personal* en un sentido estricto. Sin perjuicio, por consiguiente, de hundir sus raíces en esta última *Ética individual o personal*, la *Ética pública* es, eminentemente, una *Ética social* –así era, en efecto, como Aranguren la denominaba– que atiende, ante todo, a lo que se ha dado a llamar *el individuo en relación*. Esto es, el individuo «situado» dentro de una «comunidad», o incluso dentro de varias comunidades a un mismo tiempo, comunidades a su vez integradas por una serie de otros individuos en el seno de lo que se conoce como el «espacio público».

En cuanto a la articulación de semejante *espacio público*, la ética se habrá de interesar, en primer término, por el examen de las *relaciones interpersonales* que aquellos individuos mantienen

unos con otros, es decir, relaciones entre un *ego* y un *alter*, entre un sujeto y otro sujeto asimismo individualizado, donde ese sujeto *otro* podría ser tanto un «otro concreto» (su pareja, un miembro de su familia, sus amigos y compañeros de trabajo, etc.) cuanto lo que los sociólogos llaman el «otro generalizado» (el vecindario de su barrio, los afiliados a su mismo club social, los integrantes como él de un determinado colegio profesional, los como él asociados a tal o cual organización de carácter no-gubernamental, los con él congregados bajo esta o la otra confesión religiosa, etc.), es decir, «otros» todos ellos ciertamente menos concretos que los anteriores, pero no obstante individualizables en diverso grado dentro del marco de ese sector del espacio público al que denominamos la «sociedad civil». A dicha ética de las «relaciones interpersonales» o relaciones *ego-alter* la llamaba Aranguren *ética de la alteridad*, constituyendo un capítulo sumamente importante de la Ética pública por más que ésta esté lejos de agotarse en él. Pues, en efecto, el grado más alto concebible de generalización del otro nos saca del dominio de la *sociedad civil* para llevarnos al de la *sociedad política*, donde el otro no es ya un *alter* individualizado o individualizable con el que nos es dado relacionarnos interpersonalmente, sino que pasará más bien a ser un innominado *alius* –un modo ciertamente más vago y más abstracto de expresar en latín la «otredad»– con el que nos sería dado a lo sumo mantener una «relación impersonal». Por ejemplo, el beneficiario de una cama sufragada en un hospital con el pago de los impuestos de sus conciudadanos no necesita ser personalmente conocido por estos últimos, los cuales, sin embargo, mantienen con él una relación de la incumbencia de la Ética pública, una relación, a saber, destinada a atender aquellas exigencias morales de *igualdad*, es decir, aquellos derechos humanos que –una vez transformados, como llevamos viendo, en derechos fundamentales – precisarían para ser efectivamente satisfechos de una política nacional-estatal de redistribución de la renta por la vía de la imposición fiscal, complementada, claro está, por la ulterior pesquisa de la ciudadanía acerca del destino de sus aportaciones al bienestar común con el fin de evitar la nada

insólita malversación de las mismas a manos de administradores corruptos en nombre del Estado. A esta ética de las *relaciones impersonales*, o relaciones *ego-alius*, dio en llamarla Aranguren *ética de la aliedad*, considerándola el capítulo de la Ética pública a cuyo cargo correría –dentro ya de la «sociedad política»– la regulación de las relaciones sociales institucionalizadas, esto es, aquellas relaciones entre los ciudadanos que discurren en el plano de las instituciones estatales. Desde el punto de vista de la Ética pública, el Estado podría tratar, así, de coadyuvar a la *moralización de la vida social* por una doble vía, una *vía negativa* o de «autolimitación del poder estatal» por medio de la democracia como institución –lo que convertiría a dicho Estado en un «Estado democrático de Derecho»– y una *vía positiva* o de aproximación a la «realización de la justicia social», lo que implicaría profundizar en la democratización sustantiva y no sólo formal de la sociedad, convirtiendo al Estado democrático en «Estado social». Pero, naturalmente, *la democracia como institución* o «democracia establecida», según gustaba Aranguren de referirse a ella, es tan sólo una imperfecta materialización del ideal del *Estado democrático y social de Derecho* y requiere por eso del acompañamiento de una instancia crítica, designada por Aranguren bajo el nombre de «democracia como moral» (para nuestros efectos, cabría entender kantianamente la *democracia como moral* a la manera de una tarea infinita: la tarea, imposible de consumir pero impostergable, de hacer coincidir el *Derecho* y la *Justicia* o, cuando menos, de mantener en pie sin relajarla la necesaria tensión entre uno y otra sobre la que más adelante habremos de volver).

En resumidas cuentas, pues, nuestro problema inicial –el problema de la transformación de los derechos humanos (entendidos, repito, como aspiraciones o exigencias morales) en derechos fundamentales jurídicamente reconocidos– se nos presenta en este punto como el problema del *paso de la Ética al Derecho a través de la Política*, para lo que no es indiferente la manera como desde dicha Política se conciba la relación entre Ética y Derecho.

Por expresarlo en dos palabras, diría que hay dos maneras de concebir esa relación, esto es, dos grandes concepciones del Derecho en su relación con la Ética, a las que respectivamente voy a llamar la «concepción irenista» o *consensualista* y la «concepción conflictualista» o *agonista*; y, aunque no me corresponde a mí decir si Elías Díaz prefiere la primera a la segunda de ambas concepciones, sí puedo asegurar que mi propia opción se decantará sin reservas por esta última, la conflictualista o agonista, que procedo a ejemplificar a continuación antes de hacer otro tanto con la concepción alternativa.

Si por mi parte deseara aducir un precedente del punto de vista que me propongo aquí hacer mío, no lo encontraría mejor que el que aparece expuesto en el célebre opúsculo de Rudolf von Ihering (a veces escrito y pronunciado Jhering) precisamente titulado «La lucha por el Derecho» (*Der Kampf ums Recht*, 1872). La voluntad jurídica se manifiesta para Ihering en lo que se venía llamando, y llama también él, un *derecho subjetivo*, derecho que podría tanto ser un derecho privado cuanto un derecho público. En cualquiera de dichos casos, ese derecho subjetivo se dejaría definir, y así lo define Ihering, como un «interés jurídicamente protegido», definición que convierte realistamente al Derecho en un campo donde se ventilan con crudeza toda una serie de conflictos de intereses. Pero la lucha de que en su opúsculo habla Ihering no es, o no es sólo, la lucha por la que dichos intereses se defienden *a través* del Derecho, sino la lucha *por* el Derecho mismo en cuanto fin en sí y no en cuanto instrumento o, para ser exactos, la lucha que los individuos o las agrupaciones de individuos –sea en la esfera personal o en la social– llevan a cabo por *sus* derechos, de acuerdo con el lema de Ihering según el cual «sólo luchando alcanzaremos nuestros derechos». Semejante lucha puede hacernos supeditar en ocasiones cualquier otro interés, como intereses económicos y hasta el interés por la propia vida, a la defensa del *interés jurídicamente protegido* que era nuestro «derecho subjetivo», derecho cuya desprotección lleva al sujeto a considerarse víctima de una injusticia.

Y, planteada así *la lucha por el derecho*, esa lucha no se constriñe con exclusividad a la defensa de un derecho subjetivo (entendido como una *facultas agendi* o simple capacidad de obrar), sino se deja *universalizar* y poner a disposición de los restantes agentes, puesto que quien defiende «su» derecho y lo ejercita «representa la ley» en opinión de Ihering, esto es, defiende y ejercita «todos los derechos», con lo que su derecho subjetivo se transforma en *derecho objetivo* (en regla de actuación o *norma agendi*) y hasta en «el» Derecho sin más. El protagonista de la pronta versión española del opúsculo, que lo fue nada menos que Leopoldo Alas *Clarín* en su condición de jurista, supo captar con perspicacia el carácter declaradamente subversivo y hasta revolucionario de la tesis de Ihering, quien personalmente no pasaba de ser más que un templado liberal-conservador. Y es que, frente a la idea de *evolución* que presidía la visión del Derecho sustentada por la Escuela Histórica de Savigny –para la que aquél surgía a través de la costumbre, dentro de una comunidad, con la misma naturalidad que la seda segregada por el gusano–, los cambios a lo largo de la *historia del Derecho* habrían sido para Ihering fruto por lo común de una *revolución*, una revolución que en ocasiones llegó a costar ríos de sangre y ha acompañado puntualmente a las grandes conquistas del Derecho, desde la libertad de conciencia a la abolición de la servidumbre o la esclavitud. De donde su radical oposición a la doctrina del filósofo Johann Friedrich Herbart, que veía el fundamento estético del Derecho en «el disgusto ante la lucha», a lo que Ihering opone estas palabras con que su opúsculo concluye: «No es siempre la estética, sino la moral, la que debe decirnos lo que sea la naturaleza del Derecho, (pues) lejos de soslayar la lucha por el Derecho, la moral la proclama un deber... La lucha es el trabajo eterno del Derecho... Desde el momento en que el Derecho no está dispuesto a luchar, lo está a dejarse sacrificar, de suerte que podemos aplicarle la sentencia del poeta (Ihering se refiere a un conocido pasaje del *Fausto* de Goethe) cuando dice (que) *Es la última palabra de la sabiduría / que la libertad y la vida sólo están al alcance / de quienes cada día las saben conquistar*».

Pero vayamos con la concepción asimismo ética del Derecho que dimos en considerar alternativa a la que acaba de exponerse, esto es, la concepción irenista o consensualista en cuanto diferente de, u opuesta a, la conflictualista o agonista.

Para nuestros propósitos, podríamos ejemplificarla en los «modelos de consenso» –asaz distintos entre sí, pero no obstante emparentados– de John Rawls, en su libro «El liberalismo político» (*Political Liberalism*, 1993), y Jürgen Habermas en, entre otros lugares, algunos de los ensayos del volumen «La inclusión del otro» (*Die Einbeziehung des Anderen*, 1996) que confrontan a las tesis de Rawls las del libro suyo anterior «Facticidad y validez» (*Faktizität und Geltung*, 1992). El contractualismo o neocontractualismo de ambos pensadores se reconoce heredero de las teorías del contrato social de la Ilustración (la obra de Locke, Rousseau y Kant), y tanto el uno como el otro reflexionan sobre el «consenso constitucional» que en cada caso haya de respaldar la Carta o lista de Derechos Fundamentales de una Constitución democrática. Desde un punto de vista ético, una preocupación común a los dos –en la medida en que persiguen por igual fundamentar éticamente una teoría de la justicia– es que el *consenso constitucional* no se reduzca a un puro y simple *modus vivendi* o una acomodación circunstancial y ocasional dictada por razones de mera conveniencia, sino envuelva un auténtico *consenso moral*. En este sentido, y salvando las obligadas distancias entre todos ellos, tanto Rawls como Habermas se moverían, pues, en la línea de una «interpretación moral de la Constitución» de corte análogo a la también recientemente ejemplificada por Ronald Dworkin. Y de ahí que, por lo que respecta a Rawls y Habermas, traten en cada caso de apoyar aquel consenso constitucional en un consenso de mayor fuste, como lo vendría a ser el rawlsiano «consenso entrecruzado, por superposición o por solapamiento» (que de todas estas maneras, entre otras, se ha traducido al castellano el *overlapping consensus* en que se inspira el «liberalismo político» de Rawls) o como lo vendría también a ser el habermasiano «consenso racional» (el *rationaler Kon-*

sens) que a su vez sirve de inspiración a la propuesta de lo que Habermas denomina una «política deliberativa».

Por lo que atañe, para empezar por él, al modelo rawlsiano de consenso, Rawls procede a delinearlo sobre la base de una idea central –la *idea de razón pública*– remotamente emparentada con lo que Kant llamara el «uso público de la razón» o, si lo preferimos decir así, el uso de la razón en el espacio público, atribuyéndonos la licencia de traducir de esta guisa el vocablo alemán *Öffentlichkeit*. Para los ciudadanos en el seno de la sociedad política que antes veíamos, serán «razones públicas» aquellas que tienen por objeto el «bien público», esto es, lo que es o podría ser «bueno para todos» (lo que cabría llamar lo «justo»), a diferencia de las plurales, y a menudo enfrentadas entre sí, concepciones particulares del bien, esto es, a diferencia de lo que es «bueno (sólo) para algunos (o según algunos)» de acuerdo con las razones asimismo particulares, o «no-públicas» según Rawls, que puedan esgrimir los individuos y grupos de individuos en el seno de la también antes mentada sociedad civil. En cuyo caso nos asalta la pregunta acerca de si, y cómo, serían compaginables tales *razones públicas* y *razones no-públicas*. Para acudir a un socorrido ejemplo, las diferentes concepciones de lo bueno de católicos y no-católicos en una sociedad civil como la nuestra no tienen por qué coincidir en lo tocante a una cuestión como la del aborto, pero ello no debiera impedir al Estado español, en cuanto representativo de nuestra sociedad política, la promulgación de una ley de interrupción del embarazo que de veras se acomodase a la voluntad mayoritaria de la ciudadanía, ley que naturalmente habría de respetar los derechos de las minorías que se opongan a ella, como en el caso, supongamos, de los médicos que por motivos de conciencia se niegan a colaborar en la realización de prácticas abortivas. Asegurar, en casos como éste, la primacía de las razones públicas sobre las razones no-públicas vendría a ser el cometido del *consenso entrecruzado* de Rawls, tendente a permitir que los ciudadanos alcancen *un acuerdo razonable* sobre una concepción política de lo justo

desde las diversas, y presumiblemente discordantes, concepciones civiles del bien sustentadas por cada uno de ellos, lo que convierte a tal acuerdo o tal consenso en una forma de *concordia discors* o «concordia discorde» que, para Rawls, constituiría un epítome del liberalismo político. Para Habermas, sin embargo, semejante modelo de consenso no pasaría de propiciar un mero «acuerdo fáctico» y adolecería así de un claro «déficit de racionalidad», toda vez que en él no se explicita el procedimiento de «deliberación» mediante el cual haya de ser posible «dar razón» del susodicho «acuerdo razonable». Por el contrario, el modelo habermasiano de consenso da en suponer que si la *deliberación* en el espacio público pudiera ser llevada a cabo en condiciones ideales de racionalidad –condiciones tales como que todos los participantes en la deliberación tuvieran irrestricto acceso a ella con idénticas oportunidades de intervenir en la misma, así como que todos los asuntos de interés general pudieran ser objeto de semejante deliberación sin restricciones, etc.– se abriría al *uso público de la razón*, siquiera sea idealmente, la posibilidad de alcanzar a la postre algún *consenso racional* digno de dicho nombre acerca de cualquier asunto debatido y, por lo tanto, susceptible de ser unánimemente aceptado por todos los protagonistas del debate. Y, mientras que la coerción estatal sería precisa en último término para hacer efectivo el consenso político rawlsiano, Habermas no vacila en presumir de que en el modelo deliberativo de consenso no habrían sido menester otras coerciones que «la coerción de los mejores argumentos». Ahora bien, lo peor de tal modelo no es la enojosa idealidad de sus supuestos de partida, que de por sí ya constituye un defecto considerable, sino el hecho de que Habermas propenda a concebirlo en términos indebidamente *epistémicos*, esto es, sobre la base del modelo de una competición entre teorías científicas en litigio sólo una de las cuales podría acabar acreditándose como «la verdadera». Pues, desde luego, es bien dudoso que sea ése el modelo al que se ajuste la discusión sobre cuestiones como la del aborto o, análogamente, la eutanasia, que son «cuestiones de vida o muerte» en las que se hallan implicadas nuestras convicciones más profundas, nuestras

posiciones ideológicas más irreductibles y hasta nuestras más amplias concepciones del mundo, convicciones, posiciones y concepciones que tanto Rawls como Habermas calificarían sin ambages de «metafísicas» y cuya disputa, por lo tanto, no puede resolverse fácilmente en términos de «verdad» o «falsedad». En cambio, el modelo *político* de consenso que Rawls propone tendría más bien que ver, según su propia confesión, con el modelo de la concurrencia de diferentes credos religiosos, todos los cuales podrían coexistir pacífica e indefinidamente bajo condiciones de mutua «tolerancia» y sin plantearse en términos excluyentes la cuestión de su respectiva verdad. Ello no quiere decir que quienes profesen dichos credos se tengan que desentender de la verdad de sus creencias, sino sencillamente ocurre que la dejan de lado a la hora de «ponerse de acuerdo» siquiera sea sobre «la razonabilidad de su recíproco desacuerdo». Que es lo que sugería el juez de la célebre «parábola de los tres anillos» de *Natán el sabio* de Lessing, quien invitaba a los creyentes de las tres grandes religiones monoteístas –la judía, la cristiana y la musulmana– a proseguir su convivencia en paz y en armonía, cada uno de ellos convencido de la verdad de su propia religión pero dispuesto a posponer la resolución de una cuestión tan ardua como la de «cuál de ellas sea de verdad la verdaderamente verdadera» hasta que algún lejano día un juez más sabio, que presumiblemente habría de coincidir con el buen Dios, se digne pronunciarse a tal respecto. Y, sin embargo, también este modelo de consenso –bastante menos idealizado que el de Habermas y en modo alguno destinado, según vemos, a zanjar de una vez por todas el conflicto– podría llegar a resultar, a fin de cuentas, tan engañoso como siempre amenaza serlo cualquier consensualismo, pues no parece haber previsto qué hacer con los excluidos del consenso, entre los que se contarían, por proseguir con nuestro ejemplo, los agnósticos, o los increyentes, y no digamos los ateos. La suerte de estos últimos no puede lisa y llanamente confiarse a la teoría o la praxis de la simple *tolerancia* religiosa, porque teóricos tan distinguidos de la misma como Locke no acababan de hacer ascos a la idea de incompatibilizar el ateís-

mo con el pleno disfrute de los derechos de ciudadanía y no faltan tampoco practicantes suyos, como los habitantes de ciertas localidades de la *deep America* o «Usamérica profunda», para los cuales da lo mismo la religión que se profese, pero si, y sólo si, el interlocutor profesa alguna, debiendo en caso contrario atenerse a las consecuencias. Por suerte o por desgracia, ningún consenso parece ser omnicomprendivo (comenzando por el consenso acerca de si hay de hecho, o podría haberlo, «un consenso omnicomprendivo»). Y, a falta de semejante *consensus omnium gentium*, quizás se imponga la necesidad de elaborar –en correspondencia con nuestros precedentes *modelos de consenso*, el modelo rawlsiano y el modelo habermasiano en tanto que «consensos morales»– algún *modelo de disenso*.

Dicha necesidad se haría aún más evidente si del mundo de los consensos morales, que es un mundo más (Habermas) o menos (Rawls) ubicable en una especie de *tópos hyperouránios*, descendieramos al mundo sublunar de los consensos constitucionales.

Para Rawls, el ejercicio del poder político sólo es moralmente justificable, y por ende legítimo, cuando los ciudadanos lo llevan a cabo de acuerdo con una Constitución democrática, esto es, una Constitución entre cuyos «ingredientes esenciales» figuren una serie de principios encargados de regular los «derechos básicos» de esa ciudadanía, derechos que las mayorías parlamentarias –y, por supuesto, los agentes gubernamentales– habrán de respetar, sin excepción y en cualquier eventualidad, si se trata de regímenes efectivamente democráticos y sometidos al «imperio de la ley» (ése sería el caso, por ejemplo, de derechos fundamentales como el derecho a la participación política –el derecho, supongamos, de todos los ciudadanos a votar y ser votados– sin los cuales ni tan siquiera habría lugar a hablar de democracia). Y de ahí la preeminencia que Rawls otorga al poder judicial sobre el ejecutivo y el legislativo, lo que le lleva a afirmar que «en un régimen constitucional con revisión judicial, *la razón pública es la razón de su*

Corte Suprema» (o, en nuestro caso, la del Tribunal Constitucional como escalón más alto del poder judicial), si bien Rawls cuida de subrayar que dicha Corte actúa en nombre del «poder constituyente» y éste reside en el pueblo, de acuerdo con la fórmula *We the People*, «Nosotros el pueblo», que en los Estados Unidos encabeza los pronunciamientos de la Corte y hasta el mismo texto constitucional. El papel de esta «suprema instancia», en consecuencia, podría ser en ocasiones «antimayoritario» (en el sentido de corresponderle preservar la Ley suprema frente a las leyes ordinarias dictadas por pasajeras mayorías parlamentarias y susceptibles de ser declaradas «inconstitucionales»), pero nunca será «antidemocrático», puesto que se halla siempre respaldado por la autoridad superior del pueblo, el cual además tiene en su mano la posibilidad de corregir, o de «enmendar», la propia Ley suprema, dentro de una tradición legal como la estadounidense en la que no escasean las enmiendas constitucionales. Ahora bien, el *déficit de racionalidad* que Habermas creía apreciar en el modelo rawlsiano de consenso –el modelo, recordemos, de la «concordia discorde»– se dejará apreciar igualmente si se trata de un *referéndum* constituyente que de un *referéndum* ordinario relativo a una cuestión puntual como la del aborto o, para el caso, también lo mismo si se trata de unas normales y periódicas elecciones legislativas. En todos estos casos habría que preguntarse cuál sea la relación que existe entre *legitimidad democrática* y *racionalidad*, esto es, habría que preguntarse si la legitimidad de la decisión mayoritaria deriva o no en rigor de la racionalidad de la deliberación llevada a cabo con antelación, pregunta ésta difícil de responder afirmativamente cuando se piensa en el nivel más bien rastacueril de las campañas electorales a que estamos acostumbrados, pese a lo cual, y en tanto que demócratas, todos nosotros nos sentimos obligados a acatar la voluntad de la mayoría cualquiera que ésta sea. Pero ya Rousseau titubeaba al reflexionar sobre nuestro particular, como lo muestran estos textos sobradamente conocidos: «(Del principio de la soberanía popular) se deduce que la voluntad general es siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública, pero no se deduce que las delibera-

ciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud, (dado que) el pueblo quiere siempre su propio bien, pero no siempre alcanza a discernirlo... Con frecuencia hay mucha diferencia entre la *voluntad de todos* y la *voluntad general*, pues ésta sólo mira al interés común mientras la otra mira, en cambio, al interés privado y no es más que la suma de las voluntades particulares... (En consecuencia) debe entenderse que lo que generaliza la voluntad no es tanto el número de votos como el interés común que los une, (prestando) a las deliberaciones comunes un carácter de equidad que vemos desvanecerse en la discusión de cualquier asunto particular.» Mas si sustituimos la apelación a la *volonté générale* por una apelación a la *racionalidad deliberativa* que habría de presidir lo que Habermas caracteriza como «el proceso de formación de una voluntad colectiva», no creo que éste tuviera grandes reparos que oponer a los párrafos precedentes, ahorrándose de paso los titubeos rousseauianos y haciendo suya la idea de que lo que de veras legitima la conclusión mayoritaria de una «deliberación común» es la presunción de la racionalidad de dicha conclusión y no el número de votos que la avalan. Lo cierto, sin embargo, es que esta última idea resulta francamente rechazable, pues parece olvidar que el resultado de una votación no es tanto asunto de *deliberación* cuando de *decisión* y tiene, por lo tanto, más que ver con la voluntad de los individuos que con ninguna suerte de «racionalidad (de la voluntad) colectiva». Así lo recordó muy oportunamente Ernst Tugendhat, al discutir hace ya tiempo el «acuerdo racional» o consenso habermasiano, insistiendo en que lo que verdaderamente cuenta en un acuerdo (por ejemplo, el acuerdo alcanzado a través de un proceso electoral) es el acuerdo mismo (esto es, la decisión política mayoritaria), acuerdo que no tenemos ningún derecho a desconsiderar por no pasar de ser un mero «acuerdo fáctico». Y lo que torna necesaria la exigencia de acatar semejante decisión colectiva (lo que democráticamente la legitima, diríamos) no es su presunta racionalidad, sino la obligación moral de respetar la *autonomía* de la *voluntad de cada uno* de los interesados. Lo que cuenta, así pues, no es la supuesta «voluntad general» supuestamente

por encima de la «voluntad de todos», sino la «voluntad de cada uno», esto es, la voluntad de los individuos en tanto que sujetos autónomos. Por mucho que nosotros sospechemos que alguien vota exclusivamente movido por preferencias caprichosas, por mezquinos intereses personales o por pasiones imposibles de justificar racionalmente, no tenemos ningún derecho a dudar cuando ese alguien nos asegura que ha votado «en conciencia» (donde la conciencia o *autoconciencia* sería la cara interna de una decisión cuya cara externa, la *autodeterminación*, autoriza a nuestro individuo a declarar asimismo que ha votado «autónomamente») y estamos obligados, por lo tanto, a respetar su *voluntad individual*. Y más vale, en definitiva, que lo hagamos so pena de extraviarnos en laberintos que conducen únicamente a minimizar ese voto considerándolo un voto «errado», «no esclarecido», «inconformado a la razón» (¿acaso no nos advertía Rousseau de que las voluntades particulares pueden equivocarse y confundirse, por lo que había que «conformarlas a la razón»?) o –como hasta no hace mucho se decía, con terminología también en última instancia rousseauiana– un voto «alienado».

Pero, por lo demás, lo que sí es evidente es que el carácter mayoritario de una decisión colectiva no garantiza su racionalidad, como tampoco garantiza –lo que para nosotros sería aún más importante– su justicia. Y de ahí que esa forma de consenso no unánime regido por la regla de la mayoría no tenga otro remedio que dejar la puerta abierta a la posibilidad del *disenso* de individuos y grupos de individuos ante lo que, en un momento dado, consideren que es una decisión mayoritaria injusta. Sin que sea necesario recalcar que, desde luego, cabe «disentir», no menos que «consentir», por motivos de conciencia y autónomamente. Con otras palabras, frente al modelo rawlsiano de consenso como *concordia discors*, pero también naturalmente frente al habermasiano, habría ahora que echar mano de un «modelo de disenso» que complementase a estos últimos introduciendo la *discordia concors* o «discordia concorde». Por lo que a mí respecta, me inclinaría inclu-

so a pensar que es el modelo que mejor permite dar cuenta de la historia de la conquista de los derechos humanos, derechos que –antes de verse recogidos, como derechos fundamentales, en los textos de ciertas Constituciones desde los comienzos de la Modernidad a nuestros días– alimentaron, en tanto que exigencias morales, las reclamaciones y, claro está, las luchas (dicho sea en honor de Ihering) de individuos y grupos de individuos a quienes un consenso antecedente les negaba su condición de sujetos de tales derechos. La historia de la conquista de esos derechos admite, por lo tanto, ser descrita como una historia protagonizada por *individuos y grupos de individuos disidentes*: ése fue el caso, en primer término, de la burguesía en ascenso del siglo XVIII con la conquista de los derechos civiles y políticos de la llamada «primera generación» de derechos humanos; como lo sería, luego, el de las clases trabajadoras que a lo largo del siglo XIX y parte de éste conquistaron los derechos económicos y sociales de la «segunda generación»; y como todavía después volvería a serlo, en la segunda mitad de nuestro siglo XX, el de los pueblos colonizados al conquistar –junto con su derecho a la independencia, que condujo a la liquidación del imperialismo colonial– los llamados derechos de los pueblos o de la «tercera generación», como el derecho a su lengua y su cultura (y la lucha aún prosigue, ya sea que la protagonicen las minorías de las antiguas metrópolis –minorías de clase, minorías étnicas, minorías de preferencia sexual, etc.–, o los ya no tan «nuevos movimientos sociales» –como el feminismo, el pacifismo o el ecologismo–, a los que habrían de añadirse cualesquiera otros que puedan ir surgiendo tras el próximo cambio de siglo y de milenio). La imaginación disidente ha mostrado a través de su historia, que sin duda es más antigua que la historia de la conquista de los derechos humanos iniciada con la Modernidad, una gran capacidad de diversificación que habría que confiar que no decrezca con la Postmodernidad o la Transmodernidad. Pero, por no acudir sino a una de esas diversas *formas de disidencia* imaginables, ahí está el caso de la «desobediencia» que invariablemente ha acompañado a las múltiples manifestaciones de la disidencia teni-

das por relevantes en la lucha en pro de los derechos humanos. Una desobediencia que discurre desde la «desobediencia civil» a la «desobediencia revolucionaria», pasando por la «desobediencia al Derecho» mismo, que es una variedad de desobediencia magistralmente tratada entre nosotros por el inolvidable profesor Felipe González Vicén con quien tan buena amistad mantuvimos Elías y yo. Bajo todas esas formas, variedades o manifestaciones de la disidencia –como, por lo pronto, bajo todas las Cartas de Derechos de las Constituciones conocidas y bajo todas las Declaraciones habidas de Derechos Humanos, desde las de las Revoluciones de hace un par de siglos a la Declaración Universal de las Naciones Unidas cuyo cincuentenario celebramos hace sólo dos años– late la *discordia concors*, esto es, la discordia ante lo que los seres humanos tengan por una concordia *injusta*, discordia que muchas veces es la única vía para lograr una concordia que sea *más justa* que ésa. Pues más allá de esa discordia, que incluso en medio de la violencia inevitable no renuncia a esperar la concordia, tan sólo resta la discordia que –al verse arrastrada a rechazar toda esperanza de concordia– acabaría también, inevitablemente, desesperando de la justicia misma, esto es, tornándose inhumana.

Entrando ya en el tramo final de mi intervención en este Seminario, quisiera hacer una alusión a las diez tesis que vertebraron la de Elías Díaz. Lo haré a propósito de un reciente artículo suyo de prensa que las resume bien, artículo publicado con ocasión del largo «puente» vacacional en torno al pasado 6 de diciembre –Día de la Constitución– y titulado precisamente «El puente de la Constitución». La Constitución, en efecto, era ingeniosamente presentada allí como «un puente entre la legalidad o el Derecho», por un lado, y «la legitimidad o la Justicia» por el otro. Y ello me dará pie a discutir brevemente con nuestro pontífice –el término *pontifex* tuvo en la antigua Roma, junto con el significado de «sumo sacerdote», el más originario de «constructor de puentes», de modo que Elías Díaz podrá elegir la acepción que más le guste– la arquitectura de dicho puente, pues tengo para mí que no es lo mismo que

el tendido del puente sirva para enlazar las dos orillas de la *legalidad* y la *legitimidad* o las dos orillas del *Derecho* y la *Justicia*. En el primero de ambos casos la conexión se establecería –para decirlo habermasianamente– entre la «facticidad» de la ley y la «validez» normativa que la habría de legitimar en cuanto tal, conexión ciertamente hecha posible gracias a la Constitución en tanto que Ley y Norma suprema o fundamental. Pero la distinción entre facticidad y validez es ahí una distinción «intrajurídica», que no rebasa, pues, el ámbito del Derecho ni da lugar a plantear la cuestión declaradamente «extrajurídica» de su conexión con la Justicia, asunto harto más complicado que el anterior. Pues la orilla de la Justicia, desde luego, no es un terreno firme sobre el que asentar el extremo de puente alguno.

Si caracterizamos *lo justo*, según antes hicimos, como *lo bueno para todos*, su sentido no será presumiblemente el mismo en una sociedad subdesarrollada que en una sociedad avanzada, así como tampoco en una sociedad cerrada que en una sociedad abierta. Y, si del enfoque sincrónico pasamos al diacrónico, el alcance de la justicia tuvo que ser por fuerza muy distinto en una época esclavista que en la nuestra postindustrial. Lo que aún es más, por «justas» que creamos a la sociedad o la época que nos haya tocado en suerte vivir, nunca lo serán tanto que no quepa detectar en ellas injusticias y aspirar por lo tanto a convertirlas –como antes decíamos– en «más justas», de suerte que de la justicia, como de la utopía, cabría decir que –al igual que la línea del horizonte– se aleja de nosotros a medida que avanzamos hacia ella (demasiada distancia ésa del horizonte para un puente, siquiera como símil, que nos impide pensar en la justicia como algo en lo que poder reposar –tras de haberla conquistado– de una vez para siempre, dando de esta manera por extinta la inapaciguable *tensión entre el Derecho y la Justicia*). Dicho de otro modo, la justicia no es cosa de la democracia como institución o establecida, sino de esa aspiración perpetuamente insatisfecha que era la arangureniana democracia como moral, algo, por consiguiente, que atañe a la Ética

pública. Y la Ética pública tendría por cometido a este respecto el de avivar aquella tensión y estimular, así, la lucha tanto contra el *Derecho injusto* cuanto en defensa del Derecho que –aun si no más que a título provisional, esto es, en el aquí y el ahora de nuestro contexto sociohistórico– tengamos por *Derecho justo*.

(Abramos en este punto un paréntesis para hacer observar que el filósofo mexicano Luis Villoro, en una tesis que emparenta con el modelo de disenso antes expuesto, ha insistido muy penetrantemente en la *prioridad* ética de la percepción de –y la subsiguiente lucha contra– la injusticia sobre la nunca consumada percepción de la justicia y la inacabable lucha por conseguirla, que no sería sino la suma de nuestras sucesivas rebeliones contra la injusticia).

En el referido texto de Elías Díaz, se alude críticamente a la contraposición entre un *Estado constitucional de Derecho* y un *Estado legislativo de Derecho*, expresándose el temor de que el primero pueda «puentear» al segundo y servir de este modo para minimizar el papel del poder legislativo –esto es, del Parlamento– en la construcción y el funcionamiento del Estado de Derecho. Aunque pudiera dar esa sensación, lo que plantea dicha cuestión no se reduce a una disputa académica entre expertos en Derecho Constitucional y politólogos interesados en la Teoría de la Democracia. Después de todo, y como ya antes se apuntó, entre la mayoría que decide unas elecciones legislativas y la mayoría que ratifica una propuesta constitucional hay, simplemente, una «diferencia de grado», y no es preciso declararse partidario de vivir en un *proceso constituyente permanente* para conceder que los textos constitucionales, enmendados o no, debieran pasar con una cierta periodicidad la prueba de una nueva ratificación popular.

A diferencia de los padres de nuestra Constitución, que parecen en esto bastante más conservadores, Jefferson proponía una convención constitucional cada veinte años con el fin de que la generación de turno pudiera tomar la palabra sin tener que hacer suya

la voz de las generaciones anteriores. Y, de haber estado familiarizado con la teoría orteguiana de las generaciones, es probable que hubiera recortado dicho plazo en un lustro. Pero el asunto, como dije, es más serio que todo eso.

Los teóricos del «garantismo jurídico», que tienden a ver a la Constitución ante todo como un sistema de garantías para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, han puesto de relieve que el *Estado democrático* podría estar lejos de ser un auténtico *Estado de Derecho* cuando en él no se rebasa la interpretación del «principio de legalidad» como la mera expresión de la «voluntad del soberano» (*quod principi placuit*). Pues, cuando el soberano sea el pueblo, su voluntad vendría a quedar legitimada en tal supuesto por el simple recurso a la «regla de la mayoría» y quedaría eximida entonces de prestar atención a aquellos derechos de los ciudadanos cuya inviolabilidad ha de quedar garantizada precisamente frente al soberano, incluida por descontado la *soberanía popular*. Según un teórico garantista como Luigi Ferrajoli, en su libro «Derecho y razón» (*Diritto e ragione*, 1989), para el «Estado constitucional de Derecho» –no necesariamente incompatible, por supuesto, con el «Estado legislativo de Derecho», al que podría antes bien servir de complemento– lo que importa no es «quién» puede decidir (esto es, si el soberano es un monarca o lo es el pueblo) ni «cómo» ha de decidir (a saber, autocrática o democráticamente), sino «qué» es lo que debe o no debe ser decidido: nadie (ni un déspota ni un pueblo que decida, no ya por mayoría, sino por unanimidad) puede impedir a nadie el disfrute de los derechos fundamentales previstos como tales por la Constitución (por ejemplo, el derecho a no ser privado de la vida o el derecho a vivirla de manera que merezca la pena de ser vivida), derechos que son la condición indispensable para la convivencia pacífica, de suerte que la violación de esos derechos por parte del Estado justificaría no ya el disenso, sino la abierta resistencia y hasta la insurrección (y allí donde la Constitución no incluyera esos derechos, se justificaría igualmente esa ruptura con el orden constitu-

cional en que consiste una revolución). Y es que, si bien se mira, los derechos fundamentales son, en última instancia, *derechos individuales* –individual o colectivamente ejercitados– «independientes de», y hasta virtualmente «contrarios a», la voluntad y los intereses de la mayoría. Algo que rezaría no sólo para los llamados *derechos liberales* (derecho a la vida, a las libertades de opinión o asociación, a la inmunidad frente a los excesos de la autoridad, etc.) sino asimismo para los llamados *derechos sociales* (derecho a la subsistencia, al trabajo, a la salud, la vivienda, la educación, etc.), habida cuenta de que, en las sociedades desarrolladas por lo menos, la pobreza tiende a afincarse, al menos hoy por hoy, en sectores minoritarios de la población (seis millones de pobres son una minoría en un país de más de cuarenta millones de habitantes como el nuestro, aunque, por lo demás, no deja de ser cierto que la pobreza sigue siendo mayoritaria a escala de la «sociedad global», como bien se ha dejado apreciar en la movida cumbre de la Organización Mundial del Comercio que recientemente tuvo lugar en Seattle).

Comoquiera que sea, lo que en el fondo le preocupa a Elías Díaz, según él mismo reconoce, no es tanto el Estado constitucional de Derecho cuanto su degeneración en *Estado judicial de Derecho*, entre cuyas secuelas se cuenta la indeseable «judicialización de la política».

Comparto esa preocupación, aunque no menos me preocupa el peligro de signo opuesto consistente en la «politización de la (administración de la) justicia», cosa que se consigue, por ejemplo, extendiendo desde el poder legislativo el certificado de defunción de Montesquieu e interfiriendo a continuación –desde el poder ejecutivo– el normal funcionamiento del poder judicial, sea por la vía de convertir al Fiscal General del Estado en Fiscal del Gobierno o cualquier otra más a mano. En estos tiempos de *crisis del legado de la Ilustración*, no es de extrañar que se cuestione el equilibrio clásico de esos poderes que un día pudo tenerse como definitorio

de la Modernidad política. Pero, desde el punto de vista de los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones de los Estados democráticos y sociales de Derecho, el control del poder judicial encargado de tutelarlos por parte del poder ejecutivo y/o el poder legislativo –que son poderes a los que esos derechos desafían, ya sea oponiéndoles limitaciones (como en el caso de los antes llamados «derechos liberales») o reclamando inexcusablemente su intervención (como en el caso de los antes llamados «derechos sociales»)– me parecería tan repudiable como la actuación corporativista de jueces y magistrados o su falta de control por parte de la ciudadanía.

Cómo haya la ciudadanía de proceder a ese control no es cosa que me corresponda a mí dilucidar, aun cuando se me ocurre que los disidentes podrían tal vez aportar –no en exclusiva, es claro, sino entre otras muchas instancias imaginables– alguna contribución a esos efectos.

Inspirado tal vez por el ejemplo de la Constitución alemana (que, a la luz de lo acontecido en Alemania bajo el nazismo, ha llegado al «blindaje» de su Carta de Derechos, sustrayéndola así a cualquier intento de revisión ulterior por parte de los ciudadanos), un amigo común de Elías y mío –el profesor de la Universidad de Maguncia Ernesto Garzón Valdés– ha defendido la idea de que toda sociedad democrática tendría la obligación de preservar en su seno un «coto vedado» de derechos a salvo de cualquier compromiso resultante de la negociación entre sus miembros. En discusión con él, y declarándole parcialmente mi acuerdo, me he permitido puntualizar que dicho *coto vedado* ha de admitir al menos la posibilidad de su «expansión» (esto es, la introducción de «nuevos derechos» a tenor de las nuevas exigencias de los miembros de la sociedad) y me preguntaba seguidamente «quiénes habrían de trazar», en dicho caso, «las lindes de ese coto vedado». Mi respuesta era que el trazado de tales lindes corresponde a quienes, desde la ética, ejercitan la «discordia concorde», esto es, el disen-

so con la finalidad de remplazar un contorno del coto ya obsoleto por otro nuevo y más amplio (por ejemplo, un contorno que permitiera hoy la introducción de un derecho, impensable en otros tiempos, como el derecho humano a un medio ambiente no contaminado), tras de lo cual un consenso asimismo nuevo –bajo la fórmula de la «concordia discorde» o cualquier otra –se encargaría de refrendar dicho trazado desde un punto de vista jurídico.

Sin embargo, añadía yo, semejante consenso no pasaría de ser sino el registro catastral de esa expansión del coto vedado, cuyos primeros exploradores y colonos habrían sido los disidentes y, en nuestro anterior ejemplo, los ecologistas. Y, así las cosas, me pregunto si no serían también los disidentes los llamados –entre otras instancias, lo repito– a tomar a su cargo la vigilancia crítica del territorio frente a cualquier abuso de poder, esto es, *frente al abuso de cualquier poder* que lo pudiese amenazar. Pero, potencialmente al menos, disidentes lo somos todos y a todos, pues, nos corresponde luchar por esos derechos o el Derecho.

Como ha escrito Ferrajoli, glosando justamente el opúsculo de Ihering de que hablábamos al comienzo: «Puede afirmarse sin temor a equivocarnos que, en la historia de la humanidad, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los correspondientes textos constitucionales... (En este sentido) *las luchas por los derechos acompañan a todos los momentos de la vida de éstos...* Y esas luchas constituyen también una forma de democracia política paralela a la democracia institucional y representativa, puesto que configuran paso a paso otras formas de poder o, si se quiere, de contrapoder social, bajo la forma de una democracia directa»»

Quienes den el primero de esos pasos, que constituye el primer paso de toda disidencia, estarán trascendiendo sin negarla la democracia como institución para abrirse al utópico horizonte de la

democracia como moral, en la que se cifraba, según vimos, ni más ni menos que la culminación de la Ética pública.

Referencias bibliográficas

- ARANGUREN, J.L., *Ética y política* (1963), en *Obras Completas*, ed. F. Blázquez, vol. III, Madrid, Ed. Trotta, 1995.
- ATIENZA, M., *La guerra de las falacias*, Prólogo de J. Muguerza, Alicante, Librería Compás, 1999.
- ATIENZA, M., «El Derecho como argumentación», *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 21, 1999, pp. 37-48.
- AYALA, J. y RÓDENAS, P. (coords.), «La justicia y su sombra», *Disenso. Revista canaria de análisis y opinión*, 27 (colaboraciones de Joan E. Garcés, José Ignacio Lacasta-Zabalza, Javier Muguerza, Félix Parra, José R. Pérez Meléndez, José M. Rivero y Jorge Stratós), 1999, pp. 4-50.
- DÍAZ, E., *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Ed. Civitas, 1978.
- DÍAZ, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Ed. Debate, 1984.
- DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus Ed., 1998 (1ª ed., 1966).
- DÍAZ, E., «El puente de la Constitución», *El País*, 4 de diciembre de 1999, pp.15-6.
- DWORKIN, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., 1996.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Ed. Trotta, 1994.
- FERNÁNDEZ, E. y PECES-BARBA, G. (eds.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, vol. I, *Tránsito a la Modernidad*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» (Universidad Carlos III), 1998.
- FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione*, Bari, 1989 (hay traducción castellana de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillas y R. Cantarero, Madrid, Ed. Trotta, 1995).
- GARCÍA-SANTESMASES, A., *Repensar la izquierda*, Madrid-México-Barcelona, Ed. Anthropos, 1993.

- GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F.J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Ed. Trotta (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 11), 1996.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 1979.
- HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Francfort del Main, 1992 (hay trad. cast. de M. Jiménez Redondo, con Introducción del mismo, Madrid, Ed. Trotta, 1998).
- HABERMAS, J., *Die Einbeziehung des Anderen*, Francfort del Main, 1996 (hay trad. cast. de J. C. Velasco, con Introducción del mismo, Barcelona-Buenos Aires-México, Ed. Paidós, 1999).
- HABERMAS, J.-RAWLS, J., *Debate sobre el liberalismo político* (incluye, en traducción de G. Vilar, los textos de Habermas, «Politischer Liberalismus. Eine Auseinandersetzung mit Rawls» y «Vernünftig versus Wahr, oder die Moral der Weltbilder», procedentes ambos de *Die Einbeziehung des Anderen*, así como el de Rawls, «Reply to Habermas», *The Journal of Philosophy*, XCII, 3, 1995), Introducción de F. Vallespín, Barcelona-Buenos Aires-México, Ed. Paidós, 1998.
- IHERING, R., *Der Kampf ums Recht*, Leipzig, 1872 (hay trad. cast. de A. Posada, con prólogo de L. Alas, Madrid, Librería de V. Suárez, 1881).
- KYMLICKA, W., «Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal», *Isegoría*, 14, 1996, pp.5-36.
- LAPORTA, F.J., *Entre el Derecho y la Moral*, México, Ed. Fontamara, 1993.
- MACINTYRE, A., *After Virtue*, Notre Dame, 1981 (hay trad. cast. de A. Valcárcel, Barcelona, Ed. Crítica, 1988).
- MARTÍNEZ, F.J., «El extranjero como cicatriz entre el hombre y el ciudadano», *Sistema*, 113, 1993, pp. 73-90.
- MUGUERZA, J. «La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)», *Sistema*, 70, 1986, pp. 27-40.
- MUGUERZA, J., «La alternativa del disenso», en Javier Muguerza y otros autores, *El fundamento de los derechos humanos* (ed. de G. Peces-Barba), Madrid, Ed. Debate, 1989, pp. 19-56 (hay trad. inglesa de Ph. Silver en A. O. Hirschman, R.A. Dahl, J. Muguerza, W. Th. De Bary, A. Quinton y B. Stroud, *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. X, ed. Grethe B. Peterson, Cambridge, 1989).

- MUGUERZA, J., *Desde la perplejidad*, México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1990 (3ª ed., 1996).
- MUGUERZA, J., «Encuentro con José Luis L. Aranguren», en E. López Aranguren, J. Muguerza y J.M. Valverde, *Retrato de José Luis L. Aranguren*, Madrid, Círculo de Lectores, 1993, pp.65-90.
- MUGUERZA, J., *Ética, disenso y derechos humanos (En conversación con Ernesto Garzón Valdés)*, Madrid, Ed. Argés, 1998 (2ª ed., en prensa).
- NINO, C.S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires-Barcelona-México, Ed. Paidós, 1984.
- RAWLS, J., *Political Liberalism*, Nueva York, 1993 (hay trad. cast. de A. Domènech, Barcelona, Ed. Crítica, 1996).
- ROUSSEAU, J.J., *Du contrat social, Oeuvres complètes*, Ed. Bibliothèque de la Pléiade, vol. III, París, 1964 (hay trad. cast. de M. Armiño, Madrid, Alianza Editorial, 1989).
- THIEBAUT, C., *Vindicación del ciudadano*, Barcelona-Buenos Aires-México, Ed. Paidós, 1998.
- TUGENDHAT, E. *Probleme der Ethik*, Stuttgart, 1983 (hay trad. cast. de J. Vigil, Barcelona, Ed. Crítica, 1988).
- VILLORO, L., «Sobre el principio de la injusticia» (Octavas Conferencias Aranguren), *Isegoría*, 22, 2000 (de próxima publicación).

* * *

Diez tesis (más una undécima)

I. Los *derechos humanos* no son propiamente derechos hasta tanto no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico de un país dado, ordenamiento cuyo nivel más alto –el ordenamiento constitucional correspondiente– los consagraría a título de «derechos fundamentales».

II. A falta de semejante positivación en algún texto legal, los derechos humanos serían, en rigor, «aspiraciones» o «exigencias morales», de la incumbencia por lo tanto de la *Ética* y, en concreto, de aquel apartado de la misma que se ocupa de la moralidad de los individuos y grupos de individuos en el espacio público, razón por la que convendremos en denominarlo *Ética pública*.

III. Puesto que no hay otros sujetos morales que *individuos*, la Ética pública ha de apoyarse en algún sentido en la Ética «individual» o personal (a saber, en aquella dimensión de esta última que trasciende ampliamente el ámbito de lo privado), pero también será, por otra parte, una Ética «social», interesada desde un punto de vista moral en el examen de las relaciones interpersonales de los individuos (relaciones *ego-alter*, del tipo de las mantenidas en el seno de la familia o de determinados sectores de la sociedad civil), así como de las relaciones un tanto más impersonales (relaciones *ego-alius*, del tipo de las desarrolladas en el contexto de la sociedad política, esto es, en el contexto de las instituciones estatales) que dichos individuos mantienen entre sí en tanto ahora que ciudadanos.

IV. Para el neocontractualismo contemporáneo, heredero en este punto de las teorías antecesoras del contrato social de la Ilustración, la transformación de los derechos humanos, es decir, de las aspiraciones o exigencias morales en derechos fundamentales jurídicamente reconocidos –o, con otras palabras, el paso de la Ética al Derecho a través de la Política– requerirá de una suerte de «consenso constitucional», cuando no de un consenso de mayor fuste (*rationaler Konsens*, *overlapping consensus*), que suministre a dicha transformación o dicho paso su justificación teórica.

V. Pero lo cierto es que, en la práctica, la historia de la conquista de las diversas generaciones de derechos humanos –derechos civiles, derechos económicos y sociales, derechos culturales, etc.– ha solido tener bastante más que ver con el *conflicto* que con ninguna clase de *consenso*, y hasta cabría en definitiva interpretarla como fruto del «disenso» de individuos y grupos de individuos –la burguesía emergente, las clases trabajadoras, los pueblos colonizados o las minorías marginadas en las metrópolis– a quienes este o aquel consenso precedente les negaba su condición de sujetos de tales derechos.

VI. La Ética pública ha de contribuir a alimentar la irrenunciable *tensión entre el Derecho y la Justicia* y, de este modo, estimular la lucha tanto contra el Derecho «injusto» cuanto en defensa del Derecho «justo»: por lo que se refiere a los derechos humanos, y con anterioridad a su consagración constitucional como derechos fundamentales, tratará de promover por vías políticas su reconocimiento; y, una vez constitucionalmente reconocidos y consagrados, se esforzará en velar por su preservación y protección jurídicas en el marco de un Estado democrático y social de Derecho.

VII. Como han insistido en subrayar los teóricos garantistas del Derecho, la estatalización de este último y hasta el Estado de Derecho mismo no sólo han podido preceder históricamente a la instauración de auténticos regímenes democráticos, sino que el «Estado democrático» podría estar lejos de ser un auténtico «Estado de Derecho» cuando en él no se rebasa la interpretación del principio de legalidad como mera expresión de la voluntad del soberano (*quod principi placuit*), la cual vendría a quedar legitimada por el simple recurso a la regla de la mayoría y eximida de prestar atención a aquellos derechos de los ciudadanos cuya inviolabilidad ha de garantizarse precisamente frente al soberano, incluida por descontado la soberanía popular.

VIII. De acuerdo con lo que el garantismo jurídico insiste enfáticamente en proclamar, y la Ética pública no puede por menos de repetir haciendo suya esa proclamación, los derechos humanos en tanto que derechos fundamentales son, en última instancia, *derechos individuales* –individual o colectivamente ejercitados– independientes de, cuando no virtualmente contrarios a, la voluntad y los intereses de la mayoría, lo que reza no sólo para los llamados *derechos liberales* (derecho a la vida, a las libertades de opinión o asociación, a la inmunidad frente a los excesos de la autoridad) sino asimismo para los llamados *derechos sociales* (derecho a la subsistencia, al trabajo, a la salud, la vivienda, la educación, etc.), habida cuenta de que, en las sociedades desarrolladas por lo

menos, la pobreza tiende a afincarse siquiera sea hoy por hoy en sectores minoritarios de la población (lo que no es ciertamente el caso de la «sociedad global», que requeriría de una consideración aparte).

IX. En estos tiempos de crisis del legado de la Ilustración, no es de extrañar que se cuestione el equilibrio clásico de los poderes que un día pudo tenerse como definitorio de la Modernidad política: desde el punto de vista de los *derechos fundamentales* recogidos en las Constituciones de los Estados democráticos y sociales de Derecho, el control del poder judicial encargado de tutelarlos por parte del poder ejecutivo y/o el poder legislativo (a los que esos derechos desafían, ya sea oponiéndoles limitaciones o reclamando inexcusablemente su intervención) es tan indeseable como lo sería su falta de control por parte de la ciudadanía.

X. Los individuos y grupos de individuos *disidentes*, a quienes alguna vez se ha atribuido la misión de trazar los límites del «coto vedado» de los derechos inviolables de la humanidad, podrían tomar a su cargo, según pienso, la vigilancia crítica de la administración del territorio frente a cualquier abuso de poder –esto es, frente al abuso de cualquier poder– por más mayoritaria o unánimemente consensuado que se hallase en cada caso un tal abuso.

(y XI. Los filósofos jurídicos, morales y políticos se han limitado hasta ahora a reflexionar sobre los derechos humanos –que es, a decir verdad, lo único para lo que están capacitados y conviene que sigan haciendo–, pero su *transformación* en auténticos derechos, así como su ulterior preservación y protección, incumbe a todos los seres humanos en tanto que sujetos de derechos y todos ellos habrán de protagonizar, en consecuencia, la lucha por sus derechos o el Derecho).

II

Textos presentados

El jueves 16 de diciembre de 1999, tras una breve presentación inicial destinada a centrar el tema de las conferencias pronunciadas el martes anterior, presentaron sus textos de comentario Antonio García-Santesmases, profesor titular de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), Francisco J. Laporta, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, y Carlos Thiebaut, catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid. Después, contestaron los dos conferenciantes y, por último, se abrió un debate entre unos y otros.

1

EL LUGAR DE LA POLÍTICA

Antonio García-Santesmases

En esta tribuna quizás me corresponde a mí ocupar el lugar de la reflexión política en este debate entre filósofos morales y filósofos del Derecho. Y ello no porque Elías Díaz no sea un gran filósofo político y Javier Muguerza un gran político práctico cuando tiene que resolver problemas concretos, sino porque en mi caso sólo soy un aficionado a la filosofía política. He creído que ambos textos sitúan el lugar de la política como el lugar de la mediación entre las exigencias morales de la Ética y la capacidad normativa del Derecho.

Comenzaré por el análisis de Elías Díaz acerca del tema. Muchos son los temas que aparecen en la legitimación hoy del Estado de Derecho. El conflicto entre poderes; la tensión entre el Estado constitucional de Derecho y el Estado legislativo; la definición de la democracia. En mi análisis quisiera centrarme en la situación actual del Estado social de Derecho, en la dificultad que se plantea de cara a su viabilidad futura y en la paradoja en la que se encuentra ante la necesidad ética de poder universalizar sus principios para toda la comunidad internacional y en la imposibilidad fáctica de poder proceder a esa universalización dada la situación que crea el actual proceso de globalización.

Coincido plenamente con Elías Díaz cuando aboga por una definición de la democracia donde ésta no sea sólo procedimental y en su apuesta por una Utopía racional donde la lucha por la igualdad se extienda más allá de nuestras fronteras. Aquí es donde comienzan los problemas para cualquier analista político y donde es imprescindible la pregunta: ¿es viable el mantenimiento del Estado social en las condiciones actuales de la globalización?; más allá de las promesas de las constituciones y de los derechos reconocidos por las declaraciones universales sobre los derechos humanos asistimos a un momento histórico donde se está reduciendo progresivamente el ámbito de competencias del Estado del bienestar en los países desarrollados y donde se incrementa progresivamente la desigualdad entre los países del norte y los países del sur.

Es oportuno que el filósofo del Derecho recuerde las promesas inscritas en los textos constitucionales pero la misión del filósofo político es preguntarse si esos derechos están hoy siendo recortados en nuestras sociedades o si es posible mantener que está garantizado su futuro. Esa es la pregunta a la que creo que invita la tesis 8 de Elías Díaz cuando dice que tomarse en serio la protección efectiva de los derechos económico-sociales, los derechos de las minorías, o los relativos al medio ambiente, implica asumir críticamente las condiciones actuales de globalización y las exigencias éticas de universalidad. Tomarse en serio esa protección conduce a un análisis riguroso del poder político y de otros poderes nacionales y transnacionales. Me parece que aquí está el *quid* de la cuestión. Procedamos, pues, siquiera sea brevemente, a ese análisis.

El Estado social tuvo su apogeo en momentos de pleno empleo, con sindicatos fuertes, en una cultura que apostaba por la redistribución y por la igualdad de oportunidades y en una época en la que se consideraba que el Estado liberal era una conquista histórica irreversible que sólo podría tener viabilidad futura si era acompañado por el paso al Estado social. En una época en que se consideraba que la democracia no podía ser sólo democracia procedimental. Sin la experiencia del nazismo y del fascismo, sin la lucha en el campo de la batalla durante la segunda guerra mundial de comunistas y democristianos, de socialistas y de liberales no hubiera nacido el consenso social posterior a la segunda guerra mundial. Ese consenso intentaba igualmente servir de contrapeso al influjo que tenía el modelo soviético en muchas capas de la población trabajadora.

Hoy estamos en otro momento histórico. El ataque neoliberal al Estado del bienestar comienza a partir de mediados de los años setenta pero ve reforzada sus posiciones con la caída de los sistemas imperantes en los países del Este. El modelo europeo de un Estado que vela por los derechos de los trabajadores, que garantiza la regulación del mercado de trabajo, que apuesta por el pleno

empleo y por los sindicatos fuertes va siendo arrumbado por un mundo donde la empresa prima sobre el sindicato, el mercado sobre el Estado, lo privado sobre lo político y al final el poder económico sobre el poder político. La política va viendo reducida su capacidad de dominar el proceso. El Estado-nación va perdiendo su margen de maniobra ante el avance la globalización. Las alternativas ideológicas se van difuminando en un nuevo centro político donde cabe discrepar sobre ingresos y gastos pero no sobre la lógica del proceso en su conjunto.

Esa ofensiva neoliberal influye decisivamente en el campo del Derecho. Influye no sólo porque se considere que hay que ir suprimiendo garantías laborales o restringiendo el derecho de huelga, incluye porque se insiste cada vez más que derechos sólo son los de la primera generación; los derechos económico-sociales a lo sumo son «aspiraciones» que pueden informar la política cotidiana, siempre y cuando la Hacienda Pública permita financiarlos. Nunca derechos que se puedan reclamar ante un tribunal. El Estado no debe intervenir más allá de sus competencias tradicionales y los principios constitucionales reflejan pretensiones excesivas que corresponden a una época que hay que superar. Si queremos que la democracia funcione no le pidamos más de lo que puede dar. La democracia debe ser única y exclusivamente procedimental. Evidentemente que los derechos económico-sociales no tienen el carácter de derechos que uno pueda reclamar ante un tribunal pero si sólo son palabras y nada más que palabras parece claro que la legitimidad de los textos constitucionales se irá resintiendo progresivamente. En España desgraciadamente hay muy poca sensibilidad ante estos temas como si viviésemos en una sociedad donde no hubiera millones de pobres, trabajadores precarios, parados sin esperanza o personas condenadas a la marginalidad y a la exclusión. Si repasamos lo escrito estos días acerca del 21 aniversario de la constitución se puede observar como se habla prolijamente del Estado autonómico y muy poco de los incumplimientos flagrantes en el Estado social. Si algún líder político trata de recordar

los incumplimientos en este campo se le tacha de obsoleto o de fundamentalista.

Es importante, por ello, que en este mundo donde se insiste repetidamente que la economía está enferma de política y que son los políticos los que interrumpen el normal desarrollo del mercado con promesas sin cuento y con compromisos electorales irrealizables, la voz de la filosofía del Derecho recuerde que el Estado no se legitima cuando es únicamente un Estado que vela por el cumplimiento de la ley, por la administración de justicia, por el control del orden y por preservar las fronteras. Ese planteamiento defendido por los neoliberales debe ser combatido por todos aquellos que defienden la necesidad de que los poderes públicos luchen contra la exclusión social y la injusticia.

Es demasiado optimista, por ello, Javier Muguerza cuando afirma que en nuestras sociedades desarrolladas la pobreza tiende a afincarse en sectores minoritarios de la población. Pienso que no son tan minoritarios si consideramos que al menos un tercio de estas sociedades están abocadas al trabajo precario, al paro, a la exclusión social y a las nuevas formas de pobreza. Este sector frágil y vulnerable es el que vive con mayor ansiedad la penetración de los flujos incontenibles de emigrantes. Se combina el cuarto mundo dentro de las sociedades desarrolladas y la penetración de los que huyen de la miseria de las sociedades del tercer mundo. Para unos es difícil sobrevivir y para otros la globalización comunicacional les hace romper con las ataduras de su origen e intentar romper la muralla y penetrar en las sociedades desarrolladas.

Discutimos en estos días en el congreso de los diputados acerca de los derechos de estas personas que penetran en las fronteras de los países ricos. Es un tema que permite visualizar todas las contradicciones que vive nuestra sociedad. Por un lado tenemos derechos económico-sociales que reconocen las constituciones pero que no se pueden reclamar como derechos efectivos. Son princi-

pios orientativos que van siendo recortados con la legislación laboral, con la desregulación del acceso a la vivienda, con la aparición de una sociedad dual donde incluso entre los trabajadores unos están cubiertos y otros viven en precario.

Estas sociedades se enfrentan ahora a la llegada de un huésped inesperado que reclama trabajo y al que hay que hay que integrar en una comunidad garantizándole el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda. En momentos de recorte de las prestaciones sociales no disminuyen las demandas sino que aumentan porque afectan a sectores de la población que habitan fuera de nuestras fronteras pero que no pueden aceptar un mundo donde la libertad de movimientos del capital sea total y la libertad de movimientos de las personas esté restringida por alambradas o por murallas.

El ético diría que los derechos humanos como exigencias morales son universales y no pueden quedar reducidos al disfrute de un porcentaje pequeño y privilegiado de la población mundial. El jurista intentará determinar pormenorizadamente el cupo de personas que puede asumir cada país, los derechos que se les pueden conceder, los requisitos para acceder a la ciudadanía. Es misión del político intentar hacer un discurso más global y mostrar que, más allá de las exigencias morales y de los derechos positivos, el margen de maniobra de la política es estrecho porque el condicionamiento decisivo lo va a marcar, lo está marcando ya el poder económico. Tenemos universalidad ética en los principios pero tenemos globalización económica en la práctica. Eso implica que siendo todo ser humano un sujeto de derechos al que los poderes públicos deben asegurar el cubrimiento de sus necesidades, en la práctica el abismo entre los países ricos y los países pobres aumenta y la libertad para los capitales va unido a las alambradas y las murallas para las personas.

Ante esa preponderancia de lo económico es imprescindible reclamar la necesidad de una política que reoriente un mundo donde las desigualdades aumentan, el paro permanece y las nue-

vas tecnologías se viven con temor y no con esperanza. ¿Cómo pasar de la incertidumbre de este mundo a la esperanza? ¿Cuáles son las respuestas a esta situación? No hay aquí espacio ni tiempo para entrar en programas concretos ni en recetas específicas sobre la regulación del nuevo orden internacional. No haya tiempo para hablar ni de la reforma de las Naciones Unidas ni de la organización mundial del comercio ni de la creación de un tribunal penal internacional. Eso sería entrar en el campo de algunas de las mediaciones imprescindibles para detener esta globalización que se va comiendo al Estado-nación y que va reduciendo el margen de maniobra de la política democrática.

Las mediaciones son importantes pero también lo son los principios y para recuperar el papel de la política frente a la economía es imprescindible volver a fundamentar la política en conexión con la ética y con el derecho. Con la ética por la llamada a la universalidad y por el reconocimiento del papel esencial de los sentimientos morales y del altruismo si se quiere conservar el Estado social y luchar por la universalización de las políticas de bienestar. No se podrá evitar la marginación permanente de un tercio de las poblaciones de las sociedades desarrolladas si las mayorías de estas sociedades no apuestan por la universalidad del Estado del bienestar. Si los pertenecientes al segundo tercio (los profesionales liberales, los trabajadores sindicados, los funcionarios, las capas medias) prefieren engancharse a las ventajas del capitalismo popular y abandonar a su suerte a los excluidos, a los partidos y a los precarios, no hay futuro para el Estado social. No creo que puedan hacer esa apuesta por motivos puramente económicos o por razones de eficiencia. Hay mucho que mejorar en la eficiencia de los servicios públicos y en la democratización del Estado de bienestar pero sin una política de solidaridad con los excluidos no hay posibilidad de mantener la carga fiscal imprescindible para sostener las políticas sociales.

Sin la llamada a la solidaridad moral el Estado social perecerá y las fronteras se irán cerrando en un mundo amurallado, racista y

xenófobo. Es fácil proclamar el derecho a la ciudadanía en teoría y restringirlo en la práctica a todos los que no pasen por el cupo. Es fácil también entender la ciudadanía como la abdicación de la propia identidad cultural sin plantearse los problemas inevitables de todos aquellos que, perdida la tierra de origen, sólo tienen el recuerdo de las propias raíces. ¿Cómo reconciliar el cultivo de las propias tradiciones culturales y el respeto a los derechos de los individuos dentro de las comunidades específicas?; ¿cómo compaginar la identidad de la comunidad de la que uno se reclama y las reglas que rigen en las sociedades donde uno se integra?

De nuevo aquí no se trata sólo de normas jurídicas sino que son imprescindibles para la cultura política los sentimientos morales que deben acompañar a una política de tolerancia. Tolerancia con el diferente y tolerancia con el disidente dentro de las comunidades específicas. No podremos avanzar en la tolerancia si no somos capaces de reconocer los derechos culturales de las distintas comunidades frente a una falsa universalidad pero también los derechos de los individuos dentro de cada comunidad deben ser defendidos frente a políticas de identidad que terminen por ahogar la voz del propio individuo.

El lugar de la política es pues el lugar del poder y el lugar de la voluntad. En el análisis del poder vemos como el poder político va siendo succionado por el poder económico como el Estado nación va siendo devorado por la mundialización económica. En estas circunstancias la voluntad de actuación decae porque el margen de maniobra disminuye y porque la soberanía va siendo recortada. ¿No será el momento de insuflar a esa voluntad política decaída la fuerza utópica de la universalidad ética que anida en las declaraciones que proclaman la universalidad de los derechos humanos y en los valores que informan los textos constitucionales?

Pienso que sí. El camino para recuperar la autonomía de la política frente al poder económico es fundamentar la política en

esa utopía racional de la que habla Elías Díaz en la que se pueden conjugar el trabajo político en las instituciones y las exigencias liberarias desde la sociedad civil. En esa compatibilidad difícil está la posibilidad de superar el actual estado de cosas.

Si el trabajo político fuera sólo institucional al final los intereses nacionales, la razón de Estado, las variables macroeconómicas acaban imponiéndose. Si la lucha por el reconocimiento de los derechos se hace solo desde el individualismo ético por mucha capacidad que uno tenga por apostar como Javier Muguerza por las causas perdidas, la voluntad desfallece y el miedo a la esterilidad acucia. La tensión debe ser pues constante. Al igual que el ético recuerda las exigencias morales que no se ajustan al derecho positivo, que han sido preteridas o tergiversadas por la legislación de turno, el disidente individual o el grupo consciente que reclama los intereses de la humanidad de pronto logra romper la placidez del mundo establecido.

Cuando parecía que la organización mundial del comercio bendecía la globalización imperante, han sido sectores de las organizaciones no gubernamentales los que han recordado los efectos medioambientales, el *dumping* laboral y la explotación inmisericorde y los que han mostrado que la libertad no puede ser sólo libertad para las mercancías y esclavitud para los seres humanos. No soy especialmente optimista. No sé si ha empezado el siglo XXI como ha profetizado Morín pero sí me parece que es un buen ejemplo para terminar nuestras reflexiones. El lugar de la política se ve de pronto sacudido por una ráfaga de voluntad que viene desde la sociedad civil. No es un nuevo poder pero ha puesto en cuestión las previsiones del poder establecido. Ha sido una buena manera de recordarnos a todos que las exigencias morales de la universalidad son para todos y no pueden quedar en promesas que sólo anidan en los textos constitucionales o en las declaraciones a favor de los derechos humanos.

2

COINCIDENCIAS Y RETICENCIAS

Francisco J. Laporta

No es tan fácil para mí hacer comentarios críticos a las ideas expuestas por Elías Díaz y por Javier Muguerza, y no sólo naturalmente por mi personal amistad con los dos, sino sobre todo porque tengo con ellos importantes acuerdos de fondo. Los dos pertenecen a una generación universitaria que ha configurado nuestras actitudes y valores de un modo difícil de exagerar, y eso se manifiesta en muchas coincidencias profundas. Entre ellas, seguramente la más profunda es el claro anclaje en la Ilustración que tiene su pensamiento. Estudiantes como fuimos en un ambiente oscurantista e irracional, las «luces» son para nosotros mucho más que una metáfora. Y las luces, la iluminación y la razón, las trajeron entonces a la Universidad gentes como Elías Díaz y Javier Muguerza. Pese a ello y a muchas otras coincidencias, voy a hacer un ejercicio crítico de discusión de algunas de sus afirmaciones y propuestas para cumplir con mi papel en este debate.

Sin embargo, quiero hacer notar en primer lugar algo que me parece un acierto y que se pone de manifiesto en esa suerte de paradoja que se ha dado en las dos conferencias, y es que Elías Díaz, que es un acreditado estudioso de la teoría del derecho, hace sin embargo en su intervención una clara apelación a la ética frente al positivismo de la mera legalidad, mientras que Javier Muguerza, que tiene una reconocida maestría en filosofía moral, llama la atención desde los primeros momentos de su conferencia sobre la necesidad de las normas e instituciones del orden jurídico. Eso seguramente no significa sino que la dimensión jurídica y la dimensión moral de los problemas que estamos abordando están estrechamente relacionadas, lo que no hace sino poner de manifiesto el buen sentido de los organizadores al convocar a ambos simultáneamente.

Pero dejemos las coincidencias y vayamos a las críticas. Lo primero que alguien podría alegar ante la exposición de Elías Díaz es que bajo un rótulo tan genérico, tan usado y abusado como el de 'Estado de Derecho', pretenda incluir casi absolutamente todo: lo

más relevante de la ética formal y de la ética material, la defensa del principio de mayorías y de los derechos de las minorías, la reivindicación de la libertad y de la igualdad, la apelación a la democracia y a los derechos individuales, la presencia de los ciudadanos en el proceso de decisión y la participación de los ciudadanos en el resultado de la decisión, la primacía de la voluntad popular y la necesidad de la justicia constitucional, la búsqueda del imperio de la ley y el reto de la justicia material. Y además convoca para llevar a la práctica todos esos valores tan extensos y multiformes no sólo a las instituciones políticas y a los agentes jurídicos, sino también a los individuos particulares y a los movimientos sociales. Todo se nos presenta aquí como un conjunto de valiosas piezas concordantes y bien engastadas, sin que se advierta casi ninguna cautela ante la posibilidad de incoherencias e incompatibilidades insalvables entre todos esos nobles objetivos y todos los actores involucrados en tan alta empresa moral. Tanto es así que la tarea del crítico es aquí francamente desairada porque como todas las bondades y justicias se encuentran postuladas en el modelo, cualquiera que lo ponga en cuestión no hace si no romper el hechizo de su equilibrio moral y traicionar necesariamente alguna de sus exigencias. Pero creo que tal podría ser la primera de las observaciones que cabría dirigir a una construcción como esa: su clara inclinación al sincretismo. Si el sincretismo consiste en tratar de conciliar posiciones encontradas o que no acaban de encajar entre sí, entonces esto podría ser un claro ejemplo de sincretismo. Si nos dejamos llevar por un impulso generoso, es decir, si nos dejamos llevar más por la pasión que por la razón, podemos llamar a formar parte de una misma teoría moral todos los aspectos valiosos de una ética deontológica o de principios y derechos, y todos los aspectos valiosos de una ética consecuencialista o de bienes y preferencias; todas las virtudes de una justicia procedimental y todas las virtudes de una justicia material, todas las garantías que ofrecen las exigencias morales formales y todas las ventajas de las exigencias morales sustantivas, y así sucesivamente. Para compatibilizarlo todo podemos hacer además un ulterior ejercicio de volun-

tarismo y decir que eso no sólo lo queremos para nosotros sino también para las poblaciones ajenas y para las generaciones futuras. Y podemos postular todo eso así afirmando que se trata de una utopía racional.

Pero la cuestión es que puede ser una utopía, pero quizás no tan racional como pretende ser. Porque la pregunta que suscita en seguida es la siguiente: ¿hay alguna posibilidad de que encaje todo esto tan bien como parece? Y, entiéndaseme, ésta no pretendería ser todavía una pregunta práctica sobre la posibilidad de realización histórica de tal ideario (es decir sobre su condición de utópico), sino incluso una pregunta teórica anterior a ella. Sería una pregunta sobre la coherencia interna, sobre la mera posibilidad conceptual de un modelo tan omnicomprendivo (es decir sobre su pretendida condición de «racional»). Y entonces cabría ir punto por punto haciendo observaciones en ese sentido. He aquí unas cuantas: Sabemos ya desde hace mucho que los procesos históricos y lo que Elías Díaz llama sus exigencias fácticas no suelen apuntar en la misma dirección que los argumentos racionales y sus exigencias valorativas. Y entonces tenemos que elegir entre la historia y la razón y dar pautas fiables para hacerlo. Sabemos también que la voluntad popular mayoritaria puede dar en no respetar los derechos humanos. Y entonces tenemos que optar entre dejarla en libertad porque es mayoritaria o someterla a unos límites, y en este caso decir a qué límites. Sabemos asimismo que la interpretación de la Constitución hecha por el poder legislativo democrático puede no ser compatible con la realizada por una agencia jurisdiccional independiente como el Tribunal Constitucional. Y entonces tenemos que tomar posición a favor de la primacía de aquél, aunque eso comporte el riesgo de flexibilizar demasiado la Constitución, o a favor de la primacía de éste, para tratar de conservarla más protegida. Sabemos ya con cierta seguridad que la participación de todos en la decisión no tiene por qué coincidir necesariamente con la participación en los resultados y beneficios de la decisión. Y entonces tenemos que decidir si dejar al mecanismo

participativo en libertad o imponerle unas cuotas mínimas de reparto en función de unos criterios que son ajenos a la participación. Sabemos ya que las instituciones políticas no siempre van a cooperar con los movimientos sociales sino que mas bien tienden a no hacerlo, o que los individuos socialdemócratas no se entienden del todo bien con los individuos libertarios. Y entonces tenemos que tomar partido por unos o por otros, y dar razones de por qué lo hacemos. Y desde luego sabemos ya que muchas esferas de libertad no estimulan demasiado la igualdad sino mas bien suponen una desigualdad necesaria, y también sabemos que la igualdad de todos exige relevantes sacrificios de la libertad de muchos, y que, por lo mismo, los derechos civiles y políticos de todos y los derechos económicos y sociales de todos no pueden realizarse así como así, coherente y plenamente, sin que aparezcan en el horizonte muchas incógnitas.

Y cualquiera podría muy bien pensar entonces que esa construcción, tal y como se presenta, tan llena de generosa pasión, no puede funcionar; que hay dentro de ella cosas que no acaban de encajar entre sí. Que las mayorías pueden actuar como el nuevo *Rex legibus solutus* y violar o ignorar derechos individuales. Que quien toma las decisiones (quien parte y reparte) suele apropiarse del resultado de esas decisiones (se lleva la mejor parte). Que los parlamentos democráticos pueden tender a ningunear a los movimientos sociales. Que la defensa de los derechos económicos de todos parece llevar consigo considerables limitaciones de la libertad de cada uno. Y que los tribunales constitucionales han revocado cientos de leyes producidas por el más impecable de los procedimientos democráticos.

En definitiva lo que alguien podría aquí tratar de subrayar es que por el comprensible afán de incluir bajo el mismo techo todas las llamadas conquistas sociales y políticas que se han producido desde la Ilustración al presente se acaba por poner a convivir juntas cosas que obedecen a lógicas distintas cuando no a lógicas

incompatibles. Y entonces podría tener que decirse a Elías Díaz que todo no puede ser, que ha de mostrarnos en algún momento los límites de unas cosas y los límites de las otras y las razones por las que, en su caso, unas cosas son postergadas a las otras hasta hacerlas, incluso, desaparecer. Y, por cierto, que para hacerlo no basta con soluciones puramente verbales, como pueda ser la de ensanchar ficticiamente el significado de la palabra «libertad», porque los mismos problemas permanecerían vivos entonces dentro del nuevo campo de significado de esa palabra.

Creo que en este punto Javier Muguerza se ha mostrado en su conferencia y en sus tesis mucho más cauto y desconfiado. Su conocida relación intelectual con las perplejidades de la teoría y los antagonismos de la realidad le lleva aparentemente a huir de toda tentación de sincretismo. Por ello nos recuerda, por ejemplo, que los derechos básicos de los ciudadanos han de ser garantizados también frente a la decisión de la mayoría popular. Es decir, nos viene a advertir que en el núcleo de esta cuestión, como, en el de algunas otras, puede haber dos «lógicas» distintas que pueden chocar entre sí. Y aparentemente lleva esa cautela hasta el extremo de que, al contrario de lo que sucede con Elías Díaz, cuyo héroe primordial puede decirse que es la voluntad popular mayoritaria y tiene un definido perfil socialdemócrata, en Javier Muguerza el héroe es sin duda el disidente individual frente al poder mayoritario o consensuado, y tiene todo el aspecto de un libertario.

En efecto, por lo que nos ha dicho aquí, y que por otra parte era de sobra conocido por sus libros y escritos, en Javier Muguerza, el núcleo irrenunciable de la ética pública sería una suerte de *derecho básico individual* a disentir frente al consenso mayoritario, o, por decirlo como «*en rigor*» cree él que hay que decirlo, «una *exigencia moral del individuo* humano en el espacio público»...a disentir frente al consenso mayoritario. Este circunloquio tan cómodo –se lo digo a todos ustedes a título de información lateral– se precisa para mantener viva una teoría medieval sobre el significa-

do de las palabras que Javier Muguerza parece haber abrazado recientemente no se sabe muy bien por qué y que aplica devotamente a la palabra «derechos». Pero dejemos esto a un lado porque puede que alguien lo considere, en efecto, una mera cuestión de palabras. Lo que sí importa subrayar ahora es que, de acuerdo con su texto, es el individuo con *su disenso* quien, en conflicto con mayorías y consensos, es decir, rechazando una posición «irenista» y conciliadora, conquista y protege agónicamente el territorio de lo éticamente inviolable, y registra y alimenta incesantemente la tensión entre el derecho positivo y la justicia. Tanto es así, que si pudiera hacerse una dramatización literaria de esta idea o de esta teoría, el momento culminante de la obra tendría que ser aquel en el que el individuo se yergue frente a la mayoría y demanda el uso de la palabra para disentir. Este ha sido, es y será siempre el clímax, la más alta ocasión del relato ético.

Pero por eso mismo, y asaltados por el interrogante crucial que ese momento encierra, no podríamos evitar preguntarnos: ¿qué ha pedido ese individuo disidente al tomar la palabra? Pues, asómbrense ustedes: un sistema de seguridad social... y una escuela pública para sus hijos... y una red hospitalaria financiada con el presupuesto... y un salario social de inserción; y antes de eso, naturalmente, el imperio de la ley, el sufragio universal y la democracia. ¡Resulta que era un socialdemócrata! Pero no sólo eso, porque también se nos ha dicho en la conferencia que ese mismo sujeto levantará el estandarte contra la degradación del medio ambiente y apoyará los movimientos sociales y los derechos de las generaciones futuras. Es decir, que parece que el solista disidente y libertario de Muguerza canta una partitura muy parecida a la del coro popular mayoritario y concordante de Elías Díaz. Y tenemos que suponer que con análogos problemas, de ejecución en la interpretación.

Y no sólo con algunos de esos problemas de ensamblaje que hemos visto sino también, me parece, con un par de dificultades

añadidas, porque para persuadir a todos de que reconozcan e incorporen al ordenamiento todos aquellos derechos o exigencias liberales y sociales y todas las generaciones de los mismos, tiene que darles algunas razones que no sean el mero hecho de su disenso, y al parecer sólo tiene una razón sólida que aducir: aquel derecho a disentir que le ha sido acordado desde el principio como condición de la ética misma. Pero tal derecho o exigencia moral, mucho me temo, no da tanto de sí como para servir de fundamento a tantas y tan variadas peticiones. También se puede disentir sin pensión de jubilación, cama en el hospital o salario mínimo. Por tanto, el libertario aparente tendrá que explorar otros caminos si quiere esgrimir exigencias socialdemócratas o terceras generaciones de derechos. Y creo que en principio tiene ante sí dos caminos abiertos: o bien reúne el suficiente número de conciudadanos como para formar mayoría y acordar por *mayoría o consenso* el reconocimiento de esos derechos liberales y sociales; o bien ha de exponer las razones morales sustantivas por las que tales derechos o exigencias hayan de ser establecidos en el derecho positivo y no puedan ser ignorados ni siquiera por el pueblo soberano. Si opta por el primer camino tendrá que atribuirle una cierta calidad moral a las decisiones de la mayoría. Si por el segundo tendrá que apelar a un postulado moral bastante más denso que el mero derecho a la disidencia, y tendrá que buscar después a aquellos que lo establezcan coactivamente y lo apliquen en la realidad. Y éstos no pueden ser sino los ciudadanos en mayoría como poder constituyente legislador.

Aunque, bien mirado, en su conferencia pudiera darse a entender que habría una posibilidad de pasar directamente de los postulados éticos a su aplicación coactiva a través de eso que Muguerza llama «jueces garantistas». Espero que no sea así porque nunca puede saberse de antemano si un juez lo es o no lo es, y cuando se averigüe puede ser demasiado tarde porque los jueces, los garantistas y los no garantistas, forman y deben formar un cuerpo de funcionarios inamovibles e independientes tanto de la voluntad del

pueblo como de la voluntad del disidente, y, justamente por ello, no pueden ser sustituidos por mecanismos institucionales de elección o de democracia, con lo que corremos el riesgo de tornar un derecho moral noble e importante como lo es el derecho a disentir en un artificio testimonial e inútil como lo pudiera ser el mas latino y familiar recurso al pataleo.

3

LOS DERECHOS HUMANOS COMO RECHAZO DEL DAÑO MORAL

Carlos Thiebaut

1. Las reflexiones de Elías Díaz y de Javier Muguerza coinciden más que desacuerdan en la consideración del papel central de los Derechos Humanos en las sociedades contemporáneas. No obstante, sus respectivos planteamientos tienen algunos rasgos diferenciales que conviene poner en primer plano. Si Elías Díaz acentúa, en sus tesis, el carácter normativo y articulador que los Derechos Humanos tienen en las estructuras jurídicas y políticas del Estado de Derecho, Javier Muguerza subraya, en las suyas, el carácter histórico de su aparición e implantación, un carácter que marca los procesos conflictivos de la lucha por su reconocimiento. Cabe tomar estos dos distintos planteamientos para mostrar de qué manera acentuarán, de manera diferente, consideraciones diversas sobre la razón, el papel y el alcance de los derechos.

La primera posición surge, estimo, de una consideración normativa que reclama, en cada paso del proceso histórico de reconocimiento e implantación de los Derechos, argumentos sistemáticos que operen, por así decirlo, sincrónicamente. Desde esta perspectiva es necesario que la reflexión se centre, ante todo, en las razones que pueden darse, en cada momento de ese proceso, para justificar qué Derechos han de reconocerse y cuáles serían las consecuencias, normativas e institucionales, de tal reconocimiento. El sistema de razones que podemos ahora darnos, al igual que el sistema de razones que se dieron en los pasos históricos anteriores de los dos últimos siglos de declaración y de reconocimiento de los Derechos, conjuga consideraciones filosóficas, éticas y jurídicas. Porque sostenemos determinada concepción de la racionalidad, de la dignidad humana y de los límites y garantías del ejercicio colectivo de la soberanía, es decir, porque sostenemos determinadas concepciones de lo que es la racionalidad y la convivencia, proclamamos, implementamos y garantizamos el ejercicio de los derechos. Aunque, desde un punto de vista teórico, no colapsemos las consideraciones filosóficas, las éticas y las jurídicas, todas ellas coadyuvan en la consideración normativa que estamos indicando. Es más, parece necesario que así sea y que los ciudadanos entien-

dan que los Derechos no se sostienen ni sólo porque son declaración de ideales morales (ideales que los derechos incorporan) ni sólo porque son derechos reconocidos en las legislaciones de los países (que también es el caso). A la hora de establecer el tipo de planteamiento normativo que estamos indicando parece, pues, necesario, poner en marcha discursos de orden diverso que, de manera diferenciada, atiendan a las vertientes diferentes que los Derechos incorporan. No podría ser de otra manera, pues si de Derechos estamos hablando, habremos tanto de atender a las formas de su positivación (imprescindibles para su protección) como a las razones que los ciudadanos se dan para reconocer esos, y no otros, derechos y, ulteriormente, habremos de atender también al conjunto de supuestos filosóficos y morales que tal reconocimiento conlleva. No cabría, por ejemplo, sostener filosóficamente concepciones fuertemente relativistas de la racionalidad y la moralidad (indicando, por ejemplo, que la idea misma de derecho es foránea a determinadas culturas o que no caben juicios morales entre culturas) y proclamar, a la vez, aplicaciones universalistas e irrestrictas de los derechos humanos cuya justificación se basa en concepciones también universalistas de la racionalidad y la moralidad. Incluso quienes, en posición enfrentada a la que acabamos de comentar, como pudiera ser el caso de Rorty, sostienen que los Derechos Humanos son hijos de una determinada cultura, como es el caso de la cultura europea y americana ilustradas, mantienen que no cabe pensar normativamente los derechos desde sólo uno de sus rasgos, sea éste ius-positivo, filosófico o ético. Que los ciudadanos puedan discrepar respecto a cuáles habrían de ser las razones filosóficas y éticas que abonan la justificación de los derechos, o que las sociedades puedan, también, discrepar respecto a las formas de positivación de los Derechos no obsta para que esos tipos de discurso de justificación hayan de operar como razones, para que la buscada validez opere como la otra cara de la implementación fáctica de los mencionados Derechos. Esas discrepancias, así como las tensiones que puedan aparecer entre los diversos discursos de justificación, constituyen los espacios en los que

las culturas y las sociedades van interpretándose a sí mismas, como diremos más adelante.

Si a la hora de expresar las razones normativas que operan en los Derechos podemos acudir a discursos que, en virtud de sus diferencias, pueden establecer argumentos coherentes, arracimados, por así decirlo, y hacer cooperar consideraciones de positivación, de facticidad, de los Derechos con otras que se refieren a su validez expresada en discursos filosóficos o éticos, cuando atendemos, como hace Javier Muguerza a la dinámica de la demanda de reconocimiento, cabe mostrar ciertas interesantes asimetrías. El proceso histórico de reconocimiento de los derechos no siempre tiene la compleja coherencia que hemos indicado; opera cuando, en un momento del tiempo, del espacio, y de la cultura, damos cuenta de las razones normativas. Se producen desplazamientos y discordancias que Javier Muguerza eleva a categoría al indicar que la postulación moral de la dignidad humana no siempre ha corrido paralela a su reconocimiento en el medio y en el lenguaje de los derechos. Cuando tales discrepancias existen (y nada lleva a concebir que, habiéndose dado en el pasado no habrán también de darse en el presente y en el futuro), el orden de las postulaciones morales ha de primar sobre los acuerdos fácticos que, en punto a derechos, puedan darse en una sociedad.

2. No creo, que las dos posiciones indicadas entren necesariamente en conflicto o impliquen tesis teóricas inconmensurables y no es difícil indicar cómo cada una de ellas pudiera dar cuenta de las intuiciones que la otra expresa. No haremos tal cosa aquí, sino que aportaremos un conjunto de consideraciones que pudieran complementarlas a ambas. Quisiera partir del proceso histórico de reconocimiento y de atribución de derechos para preguntar cómo es posible que en un determinado momento de la historia formulemos primero ideales y luego establezcamos instituciones que tratan de materializar esos ideales. Comparto la idea de que dichos ideales pueden ser definidos como ideales morales y que su fuerza nor-

mativa tiene, en los procesos de justificación, un carácter superior que domina a otras consideraciones. Pero ¿de dónde surge esa fuerza?

Permítaseme una suerte de fenomenología filosófica de los procesos de aprendizaje morales. Por lo que sabemos de la prehistoria y de la historia de nuestra especie, determinados comportamientos que, a la altura del siglo XXI, consideramos injustificados fueron plenamente justificados y aceptados anteriormente. Pensemos, por ejemplo, en la pena de muerte o en el derecho a la educación, por poner ejemplos del derecho penal y de un derecho positivo que, hasta fechas bien recientes, se consideraban – ¡y aún se consideran en muchos lugares del globo!– justificados moralmente y sin justificación moral, respectivamente. ¿Cómo es que en algún momento histórico esa pena y ese derecho reciben un rechazo moral y un respaldo moral? Propondría que tal aconteció porque esa forma de castigo y ese nuevo derecho se consideran incursos en una categoría moral que no había sido culturalmente aplicable a tales sucesos hasta el momento histórico en cuestión. Propondría que esa pena y el no reconocimiento de ese derecho positivo se empiezan a entender como daño. En la medida en que entendemos, en que en algún momento histórico empezaron a entenderse, como daño el quitarle la vida a un culpable como forma de castigo o el no suministrar educación a un ser humano, postulamos la inmoralidad de ese castigo o la del no reconocimiento de ese derecho. ¿Qué significa que algo que, en un momento no se concibe como daño, pase a concebirse bajo esa categoría? Básicamente, que está injustificado y que su injustificación hace infundamentada la pena o el no reconocimiento del derecho. Esa injustificación opera, al menos, de una doble manera.

Pensemos en el caso de la pena de muerte. Cuando consideramos a algo, como la pena de muerte, como daño lo concebimos, en primer lugar, como algo que podría no haber acontecido y, en segundo lugar, como algo que tendría que no haber acontecido. Lo

primero apunta, por ejemplo, a la pérdida de la fuerza justificadora de las teorías o de las prácticas culturales que hacían aceptable la pena indicada. Lo segundo apunta no sólo a esa pérdida de fundamento justificador sino también a que la pena mencionada se opone a la fuerza justificadora de otro conjunto de intuiciones morales, como el valor irremplazable de la vida humana, el valor (que no el precio) de la dignidad. Cuando operan, de esa manera, una quiebra en un anterior sistema de justificaciones y un nuevo sistema de justificaciones, un nuevo sistema de valores, surge la idea de que dicha pena es moralmente dañina, está injustificada. De una forma relativamente similar a lo que acontece en la suspensión de una práctica, como es la pena de muerte, podemos concebir la aparición del daño respecto al reconocimiento de un derecho no aceptado hasta determinado momento, como es el derecho a la educación. Que los seres humanos tuvieran tal derecho podría antojársele extraño a culturas en las que la educación era un privilegio (o un requisito funcional) de determinados individuos, clases o estamentos. Si la demanda de tal derecho surge lo hace, pues, negando, en primer lugar, los supuestos de la restricción de la educación a esos individuos o clases y afirmando, en segundo lugar, que el no reconocimiento de tal derecho violaría algún supuesto normativo nuevo que consideramos justificado (como la necesidad de la instrucción por su carácter instrumental para el desarrollo de una vida digna, etc.). El no reconocimiento del derecho a la educación se concibe, pues, como un daño.

Si estamos llamando daño tanto a una pena como al no reconocimiento de un derecho, y al hacerlo hemos apuntado el doble sistema de razones que abonan el rechazo de aquella y el reconocimiento de éste, es porque ese término parece dotar de fuerza sustantiva, y fuerza moralmente sustantiva, –al menos, tal sería mi sugerencia– a procesos de modificación de nuestros entendimientos normativos. Concebir algo como moralmente dañino nos permite concebirlo como objeto de una especial forma de repudio, una forma que presta una peculiar fuerza al rechazo de ese daño.

Cuando algo se concibe bajo la categoría de daño puede ser objeto de repulsa (de hecho, cabe pensar que se repudia *porque* se concibe como daño). Cuando aquello que empezamos a concebir como daño tiene la fuerza de concebirse como daño moral (y no sólo daño físico o jurídico), su repudio adquiere un carácter irrestricto: nunca más, para nadie, en ninguna circunstancia, podría concebirse ese daño como justificado, como –por así decirlo– no daño. Notemos que en nuestros ejemplos anida, también, esa fuerza moral: por mucho que la práctica de la pena de muerte sea aún ampliamente practicada (esté justificada jurídica y culturalmente) algunos pensamos que es siempre, en toda circunstancia, injustificada. Los daños morales –y sus repudios– aspiran, pues, a esa fuerza irrestricta: ese es el potencial universal de la moralidad que vamos aprendiendo y ejercitando.

La idea de universalidad que se agazapa en la irrestricción de los rechazos a los daños morales, la idea misma de la universalidad de lo moral, tiene también un rostro histórico. Todo sistema normativo aspira a ser universal en el campo de su aplicación. El sistema de las virtudes de la polis, por ejemplo, pretendía tener aplicación universal al conjunto de sujetos a los que se consideraba dirigido. Esa universalidad –una universalidad restringida, decimos ahora nosotros pues excluía a las mujeres, a los esclavos, etc.– era de un doble orden, un doble orden que nosotros consideramos también doblemente limitado. En términos de extensión se refería a determinados sujetos, y no a otros, que caían bajo su alcance y en términos de las razones por las que tales sujetos debían cumplir las normas del sistema acudía, intensionalmente, a un conjunto de significados que eran válidos para dichos sujetos que obedecían tal sistema en virtud de que eran, precisamente, ciudadanos de esa polis. Si hoy consideramos limitada la universalidad del sistema de las virtudes clásicas lo hacemos porque consideramos restringido su alcance tanto en términos extensionales (los sujetos a los que el sistema consideraba) como en términos intensionales (las razones a las que esos sujetos acudían para conside-

rar válido el sistema en cuestión). El que nosotros, siglos después, consideremos su sistema normativo –y a su pretendida universalidad– limitados indica que hemos extendido y ampliado, extensio-
nal e intensionalmente, el ámbito de la universalidad moral. Como las ondas de una forma de energía, hemos ampliado su longitud y su amplitud: incluimos entre los sujetos morales relevantes a seres antes excluidos y, sobre todo, el sistema de razones que, pensamos, hacen válido un sistema moral se dirigen no a la particularidad de las pertenencias, a la circunstancialidad parcelada de ser miembros de una cultura o una clase, sino a la universalidad de la condición humana misma.

La irrestricción, la universalidad, del rechazo de lo que vamos concibiendo como daños morales va también, así, modulándose históricamente. (Por ejemplo, cabe indicar que los seres que pueden ser moralmente relevantes (dignos de consideración moral) no se detienen, ya, en las fronteras de nuestra propia especie ni las razones que podemos esgrimir para que algo tenga consideración moral se detienen tampoco en esas fronteras.) Concluiré señalando de qué manera los Derechos Humanos ejemplifican esta forma de aprendizaje moral y bastarán, estimo, unas breves indicaciones. La Declaración Universal de hace cincuenta años estableció un catálogo de derechos que a todos implicaban por las universales razones derivadas de la misma dignidad, del mismo valor moral, predicable de todos los miembros de nuestra especie. La universalidad de la Declaración apunta a esa ampliación, en extensión y en amplitud, de lo que unos a otros nos atribuimos moralmente. Nos atribuimos derechos irrestrictamente porque nos atribuimos igual dignidad universalmente. Esas atribuciones operaron, pues, como formas de rechazo de daños, daños que sólo algunas culturas habían empezado, pocos siglos atrás, a concebir, precisamente, como daños. La violación de esas atribuciones, de esos derechos, se está convirtiendo en una específica definición de daños ya no tolerables, radicalmente injustificados. Ese proceso de especificación, de concreción, permite y potencia la universalidad del rechazo moral, pues

las formas de aprendizaje no se realizan, sólo, desde la generalización de categorías abstractas –pero no por ello menos relevantes– como la de la dignidad universalmente atribuible a todo ser humano sino también desde las formas cada vez más concretas, más determinadas, más precisas de lo que comporta tal dignidad y de lo que, de manera también más concreta y determinada, implicaría negar determinados derechos. El aprendizaje moral –esa forma de contingente aprendizaje que puede ser olvidado– lo es, entonces, en el orden de las razones para rechazar aquello que repudiamos y en el orden de precisar qué es lo que rechazamos.

3. Nuestras consideraciones no se oponen, como puede verse, a las realizadas desde el punto de vista de la reconstrucción normativa ni desde el punto de vista del proceso histórico. Más bien, y partiendo de éste, hemos querido reconstruir aquellas razones normativas indicando cómo en las mismas se ha ido arrojando luz sobre comportamientos, prácticas e instituciones que caminan en la tarea de dotar de creciente y acendrada universalidad lo que concebimos como moral.

III

Contestación de los conferenciantes

En la sesión del segundo día del SEMINARIO PÚBLICO Elías Díaz y Javier Muguerza, tras escuchar las intervenciones de los tres participantes sobre sus propias conferencias, tuvieron ocasión de contestarles oralmente. Para su publicación en estos *Cuadernos* han preparado además una contestación escrita.

Elías Díaz

No hacía ninguna falta advertir al docto público presente en las sesiones de este Seminario, ni ahora a los lectores de los textos presentados a debate sobre nuestras conferencias, de que sus autores los profesores García-Santesmases, Laporta y Thiebaut –cada uno con sus particularidades– son personas de muy profundo y agudo pensamiento, filósofos rigurosos y competentes al más alto nivel en la vida intelectual de nuestro país. Eso era y es de todos bien sabido y conocido y así lo han ratificado una vez más en estas inteligentes intervenciones tuyas. Pero de lo que tal vez sí convenga avisar enseguida a oyentes y lectores –tanto para «bien» (elogios) como sobre todo para «mal» (reproches)– es de que los tres son amigos nuestros, buenos amigos, aunque como se ve implacables –y así tiene que ser– cuando entienden que deben ejercer la crítica en búsqueda, modestamente, de «la verdad».

Con ese idéntico objetivo y fin (siempre abierto y nunca agotado) se hacen aquí estas breves contestaciones mías a ellos tres, esta crítica de la crítica, que sin duda proseguiremos en otros encuentros y futuros debates: también con Javier Muguerza, quien en esta ocasión como conferenciante es sólo –al igual que yo– supuesta y mutuamente un «complementario», papel que es evidente ambos asumimos con muchas reservas, protestas y disidencias.

1. El profesor de Filosofía política Antonio García-Santesmases, autor de importantes libros y ensayos muy relacionados con estas cuestiones, es a la vez uno de los más preparados e imprescindibles diputados en el actual Parlamento español y –a mi juicio– debería seguir siéndolo en el que elegiremos próximamente en el año 2000. En esa su doble condición, une y sabe unir como pocos la teoría y la praxis, el pensamiento y la acción. Coincido muy ampliamente con sus planteamientos y aportaciones en ambos campos de trabajo.

Desde esa concordancia en lo fundamental haré aquí únicamente un par de anotaciones que me parece necesario destacar de su intervención. La primera para recordar y precisar, en relación con algún pasaje de ella, que en el Estado social, por ejemplo en nuestra Constitución y en la legislación que de ella deriva, se protegen ya como auténticos derechos que «uno puede reclamar ante un tribunal» no pocas exigencias que lo son también de carácter económico-social (Título I, Capítulo II, Sección 10, arts. 15 a 29). Y que otros «derechos» (Sección 20) y otros «principios» de ese mismo carácter (Capítulo III) no son sólo «palabras y nada más que palabras»: García-Santesmases, advierto, lo pone únicamente –pero, por desgracia, de modo nada irreal– en condicional. Con la Constitución en la mano hay base y obligación de ir más allá de las meras palabras: así, junto a otros preceptos de carácter más general (art. 9,2), en el decisivo artículo 53 se prescribe que tales derechos «vinculan a todos los poderes públicos» (apartado 1) y que tales principios «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (apartado 3). Es imprescindible «tomarse en serio» tales derechos y no sólo otros: sé que Antonio García-Santesmases está completamente de acuerdo con tal interpretación constitucional.

Mi segunda anotación alude a un problema real y muy de fondo planteado en el arranque mismo (segundo y tercer párrafo) de su comentario: se refiere a la gran dificultad e, incluso, «imposibilidad fáctica» de poder proceder –dice– a la universalización de los principios y derechos que caracterizan al Estado social. Yo coincidiría plenamente con él y con ese negativo diagnóstico si tal universalización pretende abarcar a todo consumo y disfrute irresponsable de cantidad de bienes y servicios que además quiera hacerse de manera dogmática en «el actual proceso de globalización», «en las condiciones actuales de globalización». No es, creo, soportable tal situación por razones éticas ni de cohesión social, ni resultaría materialmente universalizable. La cuestión radica, a mi juicio, en determinar y hacer realidad las exigencias éticas y

materiales que caracterizan la universalización factible del Estado social. Para ello son necesarias políticas transnacionales (ONU, Unión Europea y demás) de intervención y regulación para inversiones públicas en el antes denominado «tercer mundo», políticas económicas no estrictamente rentables en términos de beneficio a corto plazo (educación, sanidad, infraestructuras, etc.). Y, a su vez, que los países más desarrollados practiquen de verdad un crecimiento sostenido y controlado de acuerdo con aquellas pautas. En esas condiciones, aunque no de la noche a la mañana, sí considero universalizable lo mejor (derechos, libertades, necesidades) del Estado social. Lo que, desde luego, no es universalizable es el gran consumo con derroche y despilfarro, ni las políticas de especulación y corrupción, que –como ocurre aquí– es, sin embargo, lo que mimética e interesadamente más copian los poderosos de aquellos países.

2. De los muy documentados saberes y conocimientos del profesor Francisco J. Laporta, antiquísimo amigo íntimo y además colega en el mismo Área iusfilosófica de la Universidad Autónoma de Madrid, tengo yo hecha explícita proclama desde hace ya bastantes años. Por ello puedo ser más firme y contundente ahora en estas mis réplicas a sus provocadoras «reticencias», unidas (desunidas) a otras mucho más profundas coincidencias. Procederé con orden y con método como el buen análisis crítico exige, también con brevedad, diferenciando y «refutando» tres principales alegatos de su intervención:

a) Dice y escribe así el profesor Laporta: «Lo primero que alguien –o sea él– podría alegar ante la exposición de Elías Díaz es que bajo un rótulo tan genérico, tan usado y abusado como el de Estado de Derecho, pretenda incluir casi absolutamente todo». Parece que quiero (*sic*) «compatibilizarlo todo», aunque después lo acorte a los aspectos positivos de «todo». Es indudable que hay en sus palabras, en esa invocación absoluta al «todo», una evidente carga retórica de distorsionante exageración. Pero, descontado eso,

reconozco que es verdad que –como no podía por menos de ser– se incluyen allí, en el concepto y desarrollo del Estado de Derecho, bastantes importantes cosas: y él las enumera. Mi contestación en este punto es bastante sencilla: le invito, le reto más bien, al profesor Laporta a que prescinda de verdad de una de esas «cosas», libertad o igualdad, democracia o derechos, poder legislativo o poder judicial, etc. etc. Si lo hace ya verá lo –poco, nada– que le queda.

b) Bueno, sigue nuestro objetante, pero el problema es que «todo se nos presenta aquí como un conjunto de valiosas piezas concordantes y bien engastadas, sin que se advierta casi ninguna cautela ante la posibilidad de incoherencias e incompatibilidades insalvables entre todos esos nobles objetivos y todos los actores involucrados en tan alta empresa moral. Y concluye: «¿Hay alguna posibilidad de que encaje todo esto tan bien como parece?» Mi respuesta se desdobra en dos: primera, que el aviso –¿cómo puede no haberlo visto?– de incompatibilidades, incoherencias, más aún contradicciones, obstáculos (teóricos y prácticos) es constante en todas mis propuestas: esto es una cuestión de hecho. No tenga, pues, miedo Laporta de «romper el hechizo» de una (inexistente) «armonía moral»; es verdad que estas referencias a la «armonía» presentes en su primigenia versión oral han sido después sustituidas por las menos comprometidas de «concordancia» y «equilibrio» moral; y es que los dos somos krausólogos pero no acriticamente krausistas; pero con aquello no se cambia nada fundamental. La segunda respuesta mía lo es a su pregunta final; yo le diría que «todo esto» puede, y debe, encajar (nunca de manera perfecta y definitiva pues, como recordaba Aranguren, las cosas se «desajustan» sin cesar) a condición de que no lo entendamos ni reduzcamos de modo esencialista y/o analítico (lo digo sin acritud) sino haciendo intervenir mucho más la relación (¿dialéctica?) real entre, por ejemplo, cantidad y cualidad, entre procesos históricos y argumentación racional; y por supuesto que, en ciertas situaciones, «todo esto» puede no encajar o hacerlo muy mal. Así pues, ni con-

fusiones y oscuridades «metafísicas» que marean lógicamente al personal pero tampoco recetas y formularios casuísticos para su feliz y absoluta tranquilidad.

c) Con razonable genérica preocupación de la que participo, me reclama personalmente el ilustrado iusfilósofo: «entonces podría tener que decirse a Elías Díaz que todo no puede ser («que ha de elegir entre unas cosas y otras», decía una primera versión de su alegato), que ha de mostrarnos en algún momento los límites de unas cosas y los límites de las otras y las razones por las que, en su caso, unas cosas son postergadas a las otras hasta hacerlas, incluso, desaparecer». Pero, alego, ¿es que acaso no muestro (y demuestro) yo que ciertas libertades –por ejemplo, económicas– deben ser limitadas para evitar ciertas desigualdades? Imposible quererlo todo y a la vez. Tengo, no obstante, que admitir que me exige demasiado el amigo Laporta, que tal vez confía demasiado en mí si lo que me pide es una teoría general que aclare de una vez por todas esas cuestiones de límites, solucionando por lo tanto todos los conflictos: «ni lo sé ni sé de nadie que lo sepa», así como él lo solicita.

Ahora bien, junto a ello, en ese marco, reivindico con relativa firmeza que sí hay elección, sí hay criterios de selección (y de límites) en estas y otras de mis modestas reflexiones sobre el Estado social y democrático de Derecho: así, por referirme sólo a algunos de los principales (no armónicos) conflictos, junto al ya mencionado de la libertad y la igualdad, resulta –creo– de todo punto evidente en mis páginas que el conocimiento y reconocimiento de la historia (positividad empírica) no lleva de ningún modo a su sacralización historicista y que aquella puede y debe ser enjuiciada y valorada desde la razón ética, es decir que la positividad por tanto no es lo único ni lo último; que los derechos humanos, «razón de ser del Estado de Derecho», prevalecen sobre las concretas decisiones políticas (y legislativas) aunque yo no los encierro en ningún «coto vedado» (polémica con ilustres amigos como Ernesto

Garzón y Javier Muguerza), sino que vinculo más unos y otros (voluntades democráticas) a esa libertad que Laporta ve aquí como ficción puramente verbal; que –sigo con la sucinta enumeración– las instituciones jurídico-políticas y su legitimidad no pueden ser desconocidas o negadas por la presencia positiva, necesaria, de los movimientos sociales; que –en el contexto ya del sistema jurídicamente constituido– el poder legislativo me parece más básico y prioritario en sus decisiones e interpretaciones que el poder judicial (aquí volvería a coincidir más con Laporta que con el ¿judicialista? Muguerza). Como se ve y aunque pueda, desde luego, estar equivocado en mis juicios y preferencias concretas, lo que en modo alguno creo que pueda decirse con fundamento es que no haya elección ni criterios de límites y selección en esas, por lo demás, no exhaustivas consideraciones mías.

De todos modos, bienvenidas y agradecidas sean las reticencias de Laporta si con ellas y con mis réplicas contribuimos a explicar con mayor claridad nuestros propios puntos de vista y, lo que es más importante, si logramos avanzar junto con los hipotéticos lectores en una mejor comprensión y solución de tan arduos y complejos problemas.

3. Dice, y creo que dice bien, Carlos Thiebaut, refiriéndose a mi propia posición y a la de Javier Muguerza (a éste, contumaz en su irreductible disenso, le gustará menos): «No creo que las dos posiciones indicadas entren necesariamente en conflicto o impliquen tesis teóricas inconmensurables y no es difícil indicar como cada una de ellas pudiera dar cuenta de las intuiciones que la otra expresa». Con ello, como base que él se propone complementar, se iniciaba precisamente su ponencia: «Las reflexiones de Elías Díaz y de Javier Muguerza coinciden más que desacuerdan en la consideración del papel central de los Derechos Humanos en las sociedades contemporáneas. No obstante –señalaba enseguida–, sus respectivos planteamientos tienen algunos rasgos diferenciables que conviene poner en primer plano».

Destaco aquí esas diferencias tal y como se expresan en sus propias palabras que prefiero reproducir siendo como es el profesor Thiebaut filósofo sutil y amante del matiz: «Si Elías Díaz acentúa, en sus tesis, el carácter normativo y articulador que los Derechos Humanos tienen en las estructuras jurídicas y políticas del Estado de Derecho, Javier Muguerza subraya, en las suyas, el carácter histórico de su aparición e implantación, un carácter que marca los procesos conflictivos de la lucha por su reconocimiento». Las mencionadas concordancias, que para nada impiden ni ocultan esas u otras discrepancias, se muestran –añadirla yo por mí cuenta– en la no negación por Muguerza de ese carácter normativo de los derechos humanos y, desde luego, en mi explícito reconocimiento del origen histórico y conflictivo de esas exigencias morales que después se transforman (o no, ahí el «daño») en auténticos derechos. Son concordancias sobre ese doble carácter –génesis y fundamento– de los derechos humanos a las que –creo– también se sumaría, entre nosotros, un prestigioso especialista en el tema como es Gregorio Peces-Barba.

A partir de ahí operan y adquieren buen sentido las observaciones críticas y las reflexiones de reconstrucción y complementariedad –¿a veces con algún residuo «idealista»?– propuestas por Carlos Thiebaut. Destacaré una breve selección de las que estimo más relevantes: a) la asimetría que subraya cómo «el proceso histórico de reconocimiento de los derechos no siempre tiene la compleja coherencia que, hemos indicado, opera cuando, en un momento del tiempo, del espacio y de la cultura, damos cuenta de las razones normativas»; b) la insistencia en que «la idea de universalidad que se agazapa en la irrestricción de los rechazos a los daños morales, la idea misma de la universalidad de lo moral, tiene también un rostro histórico»; c) coherente con ello, la ilustrada consideración de que la crítica a «la universalidad del sistema de las virtudes clásicas» (o de cualquier pasado) «indica que hemos extendido y ampliado, extensional e intensionalmente, el ámbito de la universalidad moral»; d) mi alusión crítica a aquel por esos supuestos resi-

duos «idealistas» encuentra aquí posible fundamento en la medida en que en esa historicidad de los derechos apenas aparecen referencias a los poderes (institucionales o fácticos) ni a las necesidades socioeconómicas o a las mismas «condiciones de la producción y reproducción de la vida real» (por decirlo con el viejo lenguaje): por supuesto que «los ciudadanos entienden que los Derechos no se sostienen ni sólo porque son declaraciones de ideales morales (ideales que los derechos incorporan) ni sólo porque son derechos reconocidos en las legislaciones de los países (que también es el caso)», señala Thiebaut; además de esto, se sostienen porque responden a necesidades reales de todo tipo convertidas en exigencias que deben protegerse y hacerse efectivas en un grupo social y, no sin variantes (de tiempo y lugar), en toda la humanidad.

La parte final del debate oral replanteó de nuevo el gran problema de fondo sobre la conexión o ruptura entre el Holocausto nazi (o el Gulag, a la postre con más pretensiones universalistas) y la modernidad misma y la filosofía de la Ilustración. ¿Mundos opuestos o degeneración de ésta? Aquí –a mi juicio– resulta ineludible llegar hasta la *Dialéctica de la Ilustración* de Adorno y Horkheimer para evitar cómodos aislacionismos entre el bien y el mal, entendiéndose no obstante que el totalitarismo genocida fue en efecto posible por la negación y destrucción de los caracteres y valores que identifican justamente a la Ilustración: la razón y la libertad. Por todo ello señalaba yo como una de mis conclusiones que la cultura del Estado de Derecho es la cultura de la Ilustración y que la destrucción de la Ilustración es asimismo la destrucción del Estado de Derecho.

Javier Muguerza

1. En su reflexión sobre «El lugar de la política», Antonio García-Santesmases me tacha de «demasiado optimista» por hacer mía la afirmación de que en nuestras sociedades desarrolladas, y

sólo en ellas, la pobreza tiende a afincarse en sectores minoritarios de la población. La verdad es que no creo haber pecado de optimista o, mejor dicho, no creo que quepa llamar «optimismo» a eso: un tercio de la sociedad es una minoría frente a los dos tercios restantes, pero no es, desde luego, una cantidad negligible (por lo demás, lo que yo quería decir es que, aunque la pobreza se afincara en sólo una octava parte de la población, no por eso sería menos vituperable la preterición de sus derechos por parte de la mayoría). En cuanto a la «sociedad global», tanto para Santesmases como para mí está bien claro que la pobreza sigue siendo ampliamente mayoritaria y ni él ni yo vemos razones para confiar en un futuro más halagüeño, por más que los voceros del «nuevo orden económico mundial» puedan tacharnos a los dos de pesimistas.

¿Y qué es lo que sucede cuando la sociedad global incide en nuestras sociedades desarrolladas a través de la inmigración procedente del Tercer Mundo, sobre la que adquiere un efecto multiplicador el fenómeno de la «exclusión» social? Como la ley de Murphy debiera habernos hecho temer, todo es susceptible de empeorar y, siendo así, podemos estar seguros de que empeorará. Aquella inmigración no se incluye sin más en nuestro Cuarto Mundo sino que de ordinario pasa a constituir un nuevo submundo (un Quinto, Sexto o Séptimo Mundo de acuerdo con su procedencia), constituyéndose en *una minoría dentro de la minoría*, minoría ésta mayoritaria respecto de ella y frente a la cual –y no sólo frente a la mayoría que las oprime por igual– tratará mejor o peor de hacer valer sus inciertos derechos. Pues, en efecto, para muchos de tales inmigrantes no dejará de ser una quimera la adquisición de derechos de ciudadanía cuando ni tan siquiera poseen derechos simplemente humanos. Para expresarlo con nuestro común colega y amigo Francisco José Martínez, el emigrante es «una herida sin cicatrizar entre el hombre y el ciudadano», y no sabría decir si sociedades como las nuestras, en que la xenofobia y el racismo dan alarmantes señales de crecimiento, cuentan con

suficientes recursos solidarios para tratar de cerrarla y cauterizarla, fomentando la integración de aquél en la sociedad.

Una de las dificultades más llamativas para dicha integración es, en efecto, la planteada por los derechos culturales de tales minorías, en los que éstas se juegan su derecho a la «diferencia» –que para ellas es, naturalmente, su derecho a la «identidad» –y donde los «derechos colectivos» de la comunidad minoritaria (que no son sólo derechos individuales colectivamente ejercitados, sino asimismo derechos de la colectividad ejercitados individualmente) han de hacerse compatibles con los de otras comunidades, comenzando por la mayoritaria, pero también con los derechos de los individuos que forman parte de ella: la solución mejor a este respecto parece ser la de Will Kymlicka, consistente en la propuesta de defender *externamente* los derechos colectivos de la minoría (una comunidad tendría derecho, en la medida de lo posible, a preservar sus usos y costumbres, incluido, por ejemplo, el uso voluntario del chador) e *internamente* los derechos individuales de sus miembros (los padres, dentro de esa comunidad, tendrían vedado casar a sus hijas contra su voluntad y, por supuesto, estaría absolutamente proscrita la ablación del clítorix).

En lo que estoy sin reservas de acuerdo con Santesmases es en su hincapié en la preponderancia del factor económico. El *poder económico*, que Habermas sitúa a la par que el *poder político* como «colonizadores del mundo de la vida», resulta más indomeñable que este último por parte de los ciudadanos. Por lo que a mí respecta he insistido más de una vez en reivindicar para el pensamiento de la izquierda el usufructo de las ideas de «individuo» y «sociedad civil», hasta ahora abusivamente monopolizadas por el pensamiento de la derecha. No creo que semejante reivindicación resulte ajena al talante renovador que campea en su libro *Repensar la izquierda* (1993) ni, por lo tanto, incomprensible para Santesmases. La sociedad civil no se reduce a la «sociedad mercantil» de los economistas, neo o paleoliberales, y el individualismo ético

no se contentaría con menos que pedir el control de la «sociedad política» o el Estado, así como su Administración, por las fuerzas y los movimientos sociales que de veras sustentan y dan vida a la sociedad civil, fuerzas o movimientos sociales que no son otra cosa que asociaciones de individuos. Quizás tal subordinación de la *sociedad política* a la *sociedad civil*, así entendida, no pase de constituir un sueño utópico, aun si no necesariamente irrealizable, pero lo que hoy por hoy no alcanzo a ver es cómo diablos se las podrían ingeniar la sociedad civil y/o la sociedad política para controlar, no digamos subordinar, a la *sociedad mercantil*. Con lo que la preponderancia del factor económico, para decirlo con Antonio García-Santesmases, adquiere tintes de pesadilla sin por eso dejar de ser, como lo es, una incontestable realidad.

2. En cuanto a las «Coincidencias y reticencias» de Francisco Laporta, celebro y agradezco las primeras –pues no se trata de alguien que prodigue gratuita ni retóricamente los acuerdos– pero no menos las segundas, las cuales fomentan el placer del desacuerdo y dan pie a nuestra discusión, que por mi parte centraré en tres de ellas.

Laporta celebra por la suya, no acabo de saber si sorprendido, mi respeto por las instituciones del orden jurídico. Puede tomarlo como un homenaje personal a los varios y gratos años de cohabitación que nos congregaron en el área común de Filosofía del Derecho, Moral y Política de nuestra Universidad, en lo que comenzó siendo una *liaison hereuse* para pasar después a convertirse en *dangereuse* y finalmente en *malhereuse*, por no decir que acabó como el rosario de la aurora (que algo había, sin embargo, de válido en ella lo demuestra el que –al cabo de los años– puedan seguirse celebrando incruentamente reuniones como ésta). Ahora bien, respeto no es lo mismo que entusiasmo por las instituciones, pues como buen individualista no soy capaz de ver en ellas sino a lo sumo un mal necesario, subrayando al respecto el sustantivo no menos que el adjetivo.

Y eso es lo que, por lo pronto, me sucede con las instituciones jurídicas, el respeto hacia las cuales no ha de nublar, en mi opinión, una visión realista de las mismas. Como advertía uno de los padres del «realismo jurídico», el bienhumorado juez Oliver Wendell Holmes, la única diferencia entre los jueces y los hombres corrientes es que –a la hora de ponerse los pantalones– los jueces acostumbran a meter primero una pierna y luego la otra, y algo por el estilo me parece que cabría decir de la juezas, vístanse como se vistan. Quien conceda a Rawls la primacía del poder judicial sobre el legislativo y el ejecutivo no tiene por qué olvidar que –a la hora de formular aquél sus tesis– la Corte Suprema de los Estados Unidos se hallaba casi íntegramente compuesta por jueces nombrados por los presidentes Reagan y Bush, entre los que ni siquiera faltaba un presunto acosador sexual, y prefiero no extenderme en consideraciones acerca de los criterios, como satisfacción de cuotas de partidos políticos y demás, que determinan la composición de nuestro Tribunal Constitucional, no vaya a ser que incurra en desacato ahora que se habla, al parecer, de resucitar esa figura. Nómbréseles como se les nombre, también los «jueces garantistas» serán, me imagino, seres humanos y hasta a veces demasiado humanos, pero mi respeto, e incluso mi admiración, hacia ellos crece a medida que su independencia no consiga garantizarles otra cosa que sinsabores. A título de muestra, quisiera aprovechar la ocasión para reiterar esa admiración al magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, cuya fidelidad al garantismo no parece últimamente haberle allanado que se diga el acceso al Tribunal Supremo.

Laporta atribuye a mi adhesión a «una teoría medieval del significado de las palabras» el empeño en hablar de «exigencias morales de los individuos» en lugar de hacerlo de «derechos básicos individuales». No sé exactamente a qué teoría se refiere, pero supongo que tiene que ver con la doctrina de que *nomina sunt ad placitum*, esto es, de que las palabras son convenciones y también es convencional la relación que guardan con sus significados, doc-

trina que, aunque antigua, quizás no lo sea tanto como la del *Crátilo* platónico según la cual las palabras y sus significados resultan ser metafísicamente indisociables. En cualquier caso, no soy humpty-dumptyano sobre el particular y simplemente me parece que hay buenas razones para preferir hablar de «exigencias morales» que de «derechos morales», hibridación esta última ciertamente menos execrable que la de «derechos naturales» pero tampoco deseable en mi opinión. La fórmula de los *derechos morales* ha tenido en nuestros días ilustres defensores, desde Dworkin a nuestro compatriota el profesor Alfonso Ruiz Miguel, y también el propio Laporta ha hecho de ella una defensa todo lo convincente que es posible en su libro *Entre el Derecho y la Moral* (1993). Por razones de espacio y tiempo no me es dado entrar a discutirla en este lugar y en este momento, pero sí diré que el recurso a los «derechos morales» choca frontalmente con el título de su libro, pues las extrañas entidades denotadas por tal significante nunca podrían estar «entre» el Derecho y la Moral, y las connotaciones del mismo podrían en cambio extraviarnos bien sea en la dirección de una improcedente «moralización del Derecho», bien sea en la dirección de una no menos improcedente «juridización de la Ética». Si a algún principio semántico adhiero es al de servirnos, hasta donde ello sea factible, de palabras distintas para significar ideas distintas, al que añadiría la regla prudencial de no arruinar innecesariamente distinciones conceptuales de probada utilidad, como la clásica distinción kantiana entre *legalidad* y *moralidad*. Nada más lejos de mi ánimo que aducir argumentos de autoridad, pero lo cierto es que la distinción entre «derechos básicos individuales» y «exigencias morales de los individuos» responde a esta prosapia y tampoco hay por qué renegar de ella.

Por último, Laporta se extraña de que un «libertario» como yo acabe reivindicando, entre otros, derechos sociales por lo visto más propios de un socialdemócrata como nuestro querido amigo Elías Díaz. ¿Necesitaré recordarle que, en mi caso al menos, «libertario» no es la traducción del vocablo inglés *libertarian* sino ven-

dría más bien a traducir el vocablo francés *libertaire*? En la primera de ambas traducciones, el «libertarismo» –o, mejor dicho, el «libertarianismo»– me emparentaría con el ultraliberal Robert Nozick (partidario del Estado mínimo, esto es, de la mínima expresión del Estado) si es que no con el anarcocapitalista o anarquista de derechas David Friedman (para quien el mejor Estado no sería el que menos se haga notar –como lo sostendría su padre Milton– sino el que no existe), a ninguno de los cuales les importan un ardite los derechos sociales. En la segunda traducción, mi pariente sería el libertario francés del siglo pasado Sebastian Faure, que tomaba como sinónimos los términos *libertarismo* y *anarquismo* o anarcosindicalismo, anarquismo de izquierdas en cualquier caso, sinonimia que me autoriza a acogerme a la caracterización que personalmente prefiero del anarquismo, a saber, aquella que a la vez lo presenta como «una crítica liberal del socialismo y una crítica socialista del liberalismo». De modo que no encuentro impedimento para que un libertario se interese en idéntica medida por los «derechos liberales» y por los «derechos sociales» de que hablábamos.

Y con ello no sólo concidiría con alguien, tal vez más socialista que liberal, como Elías Díaz, sino asimismo, espero, con alguien –sin duda más liberal que socialista– como Francisco Laporta.

3. La intervención de Carlos Thiebaut en la segunda de las sesiones de este seminario no se atuvo al texto escrito ahora reproducido, sino añadió al contenido de este último interesantes precisiones a las que por mi parte no quisiera dejar de referirme.

Comenzando, pues, por su intervención oral, aludiré a un par de cuestiones cuya dilucidación creo que podría ayudar no poco a aclarar mi propio punto de vista.

La primera de dichas cuestiones la suscita una alusión suya, de pasada, a la confrontación entre el «individualismo liberal-liberta-

rio» y esa suerte de comunitarismo de izquierdas que vendría a ser el «republicanismo». En su reciente libro *Vindicación del ciudadano* (1998), Thiebaut ha abogado por un «republicanismo liberal» – que también se dejaría describir, simétricamente, como un «liberalismo republicano»– en donde por igual cupiera defender los derechos individuales de los ciudadanos y su participación activa en la construcción de la ciudad, esto es, su *libertad* tanto *negativa* como *positiva*. Simpatizo con esa propuesta, y no sé en qué medida el individualismo libertario (suprimamos aquí, por redundante, la alusión al liberalismo) podría contribuir o estorbar a nuestro acuerdo. La cuestión que nos ocupa remite en su origen al pensamiento de Rousseau y, muy concretamente, a su programa de aproximar cuanto se pueda al *individuo* y al *ciudadano* o, si lo preferimos decir así, de aproximar cuanto se pueda la *sociedad civil* a la *sociedad política*. Entiendo que un tal programa continúa en buena parte siendo atractivo, pero siempre que leamos dicha fórmula no de izquierda a derecha como lo hacía Rousseau (lectura republicana que subsume al individuo en el ciudadano) sino al revés (lectura libertaria, que salvaguarda en todo caso al individuo de semejante subsunción). El individuo y sus derechos humanos tendrían así un *prius* (la prioridad de su disidencia o su capacidad para «decir que no») sobre las obligaciones dimanantes de su ejercicio activo de la ciudadanía o, dicho de otro modo, no se trataría tanto de *estatalizar a la sociedad civil* cuanto de *sociocivilizar al Estado*. En un contexto de esa índole no sólo serían fácilmente compatibles «liberalismo» y «republicanismo», sino que tampoco adivino incompatibilidad alguna insalvable entre ambos y el «libertarismo» que defiendo.

La segunda cuestión tiene que ver con la pregunta que Thiebaut me hizo, también en su intervención oral, acerca de si el «agonismo» no alzaprima la *voluntad* del sujeto autónomo que disiente en detrimento de su *racionalidad*, esto es, del recurso a la argumentación racional de su disenso. Tal y como yo veo el asunto, el disidente no tiene por qué renunciar a la racionalidad enten-

dida como *lógon didónai*, esto es, no tiene por qué renunciar a «dar razón», esto es, a «dar razones» de su actitud. La contraposición entre *consensualismo* y *disensualismo* no coincide en modo alguno con la contraposición entre *racionalismo* e *irracionalismo*, sino que, por el contrario, el disidente no excluye, aunque no la convierta en una condición *sine que non* para disentir, la posibilidad que sus *razones* –en cuanto susceptibles de ser *compartidas por otros*– acaben generando un nuevo consenso y hasta aspirando a su universalización, *universalización* que en todo caso sería un proyecto concreto a realizar y no la abstracta y vacua *universalidad* supuestamente dada de antemano del trascendentalismo filosófico. Lo que aún es más, la manifestación antonomástica del *agonismo*, y la que prevalecería sobre cualquier otra si viviéramos en un mundo medianamente *racional*, es justamente –como lo ha visto bien Manuel Atienza– la *polémica argumentativa*, lo que vale no sólo para la razón práctica sino asimismo para la razón teórica. Y así es como Kant se refirió al «uso polémico de la razón» en su *Crítica de la razón pura*, donde escribiría que «la razón carece de poder dictatorial y su dictado nunca es sino el consenso de ciudadanos libres que, por serlo, han de poder cada uno oponer sin temor sus objeciones e incluso su veto», esto es, su disenso.

La tercera y última cuestión tiene ya directamente que ver con el texto de Thiebaut sobre «Los derechos humanos como rechazo del daño moral» y, en especial, con su fenomenología histórica de los *procesos de aprendizaje moral*, de acuerdo con la cual determinados comportamientos –como la admisión de la pena de muerte o la extensión del derecho a la educación– pierden o ganan justificación moral, y consecuentemente reconocimiento jurídico, al evaluarse su aplicación o falta de ella como «daño». Me parece una descripción harto plausible de aquellos procesos, como también me lo parece su explicación del «proceso de universalización» de los *sistemas normativos* en términos tanto extensionales (incremento del número de sujetos incluidos bajo el alcance del sistema normativo) cuanto intensionales (incremento del nivel de exigencia

racional que se requiere para validar el sistema en cuestión). Sólo una cosa me preocupa en dicha descripción y dicha explicación, y es que tanto la una como la otra presupongan la muy discutible idea de *progreso moral*. Como alguna vez se ha dicho, el punto «más bajo» en tal progreso se alcanzó cuando un hombre mató a otro, y el «más alto» cuando un hombre dio su vida por otro, y los dos acontecimientos se produjeron *simultáneamente*, a saber, en el Paleolítico (de donde no se sigue que no haya habido un progreso en nuestro «grado de libertad», pues hoy somos más libres que el primitivo ahormado por su horda, esto es, más libres que él tanto para comportarnos *moralmente* cuanto para hacerlo *inmoralmente*; como también hemos progresado, y no poco, en cuanto a los «recursos de orden técnico» con que contamos para lo uno o lo otro, esto es, para ejercitarnos en la ayuda mutua o en la mutua destrucción). Pero el peligro de confundir «aprendizaje moral» y «progreso moral» parece previsto y sorteado al final de su texto, en que Carlos Thiebaut nos advierte de que el aprendizaje moral es «una forma de contingente aprendizaje que puede ser olvidado», esto es, que es susceptible *tanto de avances cuanto de retrocesos*, los segundos de los cuales pueden sin duda ser, en ocasiones, más rápidos e imparables que los primeros.

El milenio que ahora acaba, y no digamos este atroz siglo XX con que lo hace, nos han repetido en vano una vez y otra esa misma lección, lo que no sólo no deja bien parado al progreso moral sino tampoco dice mucho a favor de nuestra capacidad de aprendizaje en tal sentido; pero, por concluir tratando de llevar el agua a mi agónico molino, sugiero que nos preguntemos: si sólo luchando alcanzaremos el Derecho, ¿cuánto no habremos de luchar, e interminablemente, no ya para aproximarnos un poco más a la Justicia, sino para a duras penas conservar el terreno ganado y hasta para recuperar de cuando en cuando el terreno perdido?

Elías Díaz (Santiago de la Puebla, Salamanca, 1934) es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid y director de *Sistema*, revista de filosofía y ciencias sociales. Es autor, entre otros, de los siguientes libros: *Ética contra política: los intelectuales y el poder* (1990), *Los viejos maestros: la reconstrucción de la razón* (1994) y *Curso de Filosofía del Derecho* (1998).

Antonio García-Santesmases (Madrid, 1954) es profesor titular de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Ha escrito: *Marxismo y Estado* (1986), *Repensar la izquierda* (1993), *Reflexiones sobre el agnosticismo* (1994), *Estado, mercado y sociedad civil* (1996), *Laicismo y fundamentalismo frente al Nuevo Orden Internacional* (1997) y *Ralf Miliband y el futuro del socialismo* (1999).

Francisco Laporta (Madrid, 1945) es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Ha sido Director del Centro de Estudios Constitucionales y miembro de la Comisión para la Democracia a través del Derecho del Consejo de Europa. Es autor de numerosos trabajos de filosofía jurídica y política. Ha publicado: *Entre el Derecho y la Moral* (1993), *El Derecho y la Justicia* (editor, con Ernesto Garzón Valdés, 1996) y *La corrupción política* (editor, con Silvia Álvarez, 1997).

Javier Muguerza (Coín, Málaga, 1939) es catedrático de Ética en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Primer director del Instituto de Filosofía del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), dirige la revista *Isegoría* de dicho Instituto. Es coordinador del Comité Académico de la *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Entre sus últimos libros destacan *Desde la perplejidad* (3ª ed., 1996) y *Ética, disenso y derechos humanos (En conversación con Ernesto Garzón Valdés, 1998)*. Es editor del volumen *Ethik aus Unbehagen (25 Jahre ethische Diskussion in Spanien, 1995)*.

Carlos Thiebaut (Madrid, 1949) es catedrático de filosofía en la Universidad Carlos III de Madrid. Sus temas de investigación se orientan principalmente hacia la filosofía moral y filosofía política. Ha publicado: *Cabe Aristóteles* (1988); *Historia del nombrar* (1990); *Los límites de la comunidad* (1992); *Vindicación del ciudadano* (1998), y *De la tolerancia* (1999).

