

Constitución, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo¹

Por M.^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

En el trabajo se defiende que una teoría de la justicia basada en derechos es el marco adecuado para la justificación y crítica de las instituciones en el contexto del Estado constitucional. Desde este punto de vista, la legitimidad de la actuación política y la justicia del Derecho requieren dejar de lado la neutralidad, y, en este sentido, que los operadores jurídicos tengan en cuenta en la toma de decisiones las exigencias de un modelo de derechos coherente con la idea de que todos los seres humanos son igualmente dignos.

Palabras claves: *Derechos humanos, constitucionalismo, justicia, razonamiento jurídico, igualdad, universalismo, agente moral, neutralidad del Derecho.*

ABSTRACT

The paper argues that a theory of justice right based is the appropriate scheme for justification and criticism of the institutions in the context of the

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto Consolider-Ingenio 2010, El tiempo de los derechos.

constitutional state. From this point of view, the legitimacy of political action and the justice of law require discard the neutrality and then that legal operators take decisions on the requirements of a rights model consistent with the idea that all human beings are equally worthy.

Key words: Human rights, constitutionalism, justice, legal reasoning, legal interpretation, equality, universalism, moral agent, neutrality in law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.-2. EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.-3. LA ÚLTIMA PALABRA SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LA NEUTRALIDAD.-4. UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA PARA EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO.

1. INTRODUCCIÓN

La relación entre constitución y derechos humanos nos remite a una serie de cuestiones cuya respuesta resulta clave, más allá y además de para la Filosofía del Derecho en el siglo XXI, para definir hacia dónde se dirigen nuestras instituciones. Efectivamente, la forma de concebir esta relación afecta no sólo al sentido del Derecho y, por tanto, del quehacer de los filósofos del Derecho, sino también a cómo nos organizamos y, especialmente a para qué articulamos esta organización.

Al respecto, quiero proponer aquí que esa forma de organización que llamamos Estado constitucional es diferente al Estado de Derecho y lo es porque implica que la validez de las normas y actos jurídicos depende de su adecuación a las normas de derechos fundamentales, cuyo sentido último, en caso de controversia, es determinado por un órgano de características jurisdiccionales.

En lo sucesivo, el trabajo se divide en tres apartados. Se abordará primero el significado del constitucionalismo; después el objeto de análisis será el papel atribuido al órgano encargado en el Estado constitucional de administrar los derechos y, por último, se abordará uno de los presupuestos que entiendo que favorecen que el sistema funcione, y que no es otro que aceptar que es posible fundamentar una teoría de los derechos que sirva de pauta a los operadores jurídicos y, en última instancia a tal «administrador», así como de referencia para las críticas a sus decisiones. Efectivamente, la comprensión del constitucionalismo en el marco de una teoría de la justicia basada en derechos, no sólo permite explicar y justificar la organización político-jurídica, sino que además debe ser el parámetro desde el que se oriente su funcionamiento y evolución.

2. EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Cuando hacemos referencia a «constitucionalismo», en su sentido contemporáneo, es preciso considerar que se trata de una expresión que se utiliza para designar tanto un fenómeno histórico, cuanto una teoría del Derecho.

En tanto que fenómeno histórico, y esta es la vertiente en la que aquí se centrará la reflexión, el constitucionalismo se caracteriza por una serie de rasgos que se atribuyen a la idea de constitución. En primer lugar, para hablar de constitucionalismo en este sentido, la constitución debe ser una norma jurídica escrita. Esta norma escrita establece la fórmula de organización institucional del Estado, pero también los contenidos que limitan y orientan la acción de éste. Además, y como tercer requisito, incorpora mecanismos jurídicos dirigidos a asegurar su eficacia, tanto en lo relativo a la organización institucional, como en el respeto a los mencionados contenidos.

Así pues, por un lado, en el contexto del constitucionalismo, es decir, para describir ese fenómeno histórico que se denomina constitucionalismo, y en la dicotomía entre el sentido político² y el sentido jurídico³ de la constitución, el punto de partida es la constitución en sentido jurídico. Es decir, el constitucionalismo alude a una forma de operar la constitución en sentido jurídico que, por supuesto, está condicionada por la constitución política.

En segundo lugar, en el contexto del constitucionalismo, el concepto que se maneja de constitución no es descriptivo, sino normativo. El concepto descriptivo, coincide con la caracterización de Kelsen, conforme a la cual entendemos por constitución aquel instrumento que contiene los criterios que permiten, en última instancia, identificar las restantes normas del sistema. Al afirmar que la noción de constitución adquiere una dimensión normativa en el constitucionalismo, lo que se pretende decir es que, frente al recién aludido concepto kelseniano, como constitución del constitucionalismo sólo se entiende aquella que además de contener los criterios de validez de las restantes normas, lo hace estableciendo la separación de poderes y el reconocimiento de derechos. Tal es, precisamente, el sentido de constitución contenido en el artículo 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789: «toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución». Se trata de «la constitución del constitucionalismo político»⁴.

² Para ilustrar este significado de constitución suele tomarse como modelo la propuesta presentada en LASSALLE, F., *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roses, Barcelona, Ariel, 2001.

³ Como ejemplo de éste es posible citar KELSEN, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. R. Tamayo, UNAM, 2001, pp. 20 y ss.

⁴ AGUILÓ, J., «Sobre la constitución del Estado constitucional», *Doxa*, 24, 2001, pp. 429-457, p. 443.

Por último, el constitucionalismo contemporáneo se caracteriza porque la eficacia de la constitución pretende asegurarse jurídicamente mediante el establecimiento de garantías que implican la posibilidad de que un órgano de características jurisdiccionales controle que las decisiones adoptadas por el poder legislativo son conformes con la constitución.

Distintos autores enumeran distintas características⁵, algunos de ellos subrayan que nos encontramos ante la «constitucionalización del ordenamiento jurídico», es decir, ante un «proceso de transformación del ordenamiento al término del cual todo él se encuentra impregnado de las normas constitucionales»⁶. Sin embargo, de todas las dimensiones que podemos destacar de este fenómeno, la que me interesa aquí ahora, es la que tiene que ver con que el control de constitucionalidad se hace extensivo a las disposiciones materiales de la constitución, por excelencia, a los derechos fundamentales, y se atribuye a los jueces.

Ciertamente, esta forma de presentar la cuestión es simplificadora. Es cierto que, a grandes rasgos, existen dos modelos de control, el concentrado y el difuso, y es cierto también que el control concentrado tiende a recaer sobre órganos que de un modo u otro cuentan con una cierta legitimidad democrática. Sin embargo, por un lado, esta legitimidad suele ser de carácter derivado y, por otro, la faceta que se hace más evidente, sobre todo en las críticas al modelo, es que las instituciones habilitadas para llevar a cabo el control de constitucionalidad actúan de modo semejante a como lo hacen los tribunales que forman parte del poder judicial.

Este nuevo esquema de reparto de funciones ha provocado que se aluda a una tensión entre los derechos y la democracia presente en el Estado constitucional. Tensión que se ha pretendido resolver de distintas maneras, entre otras, negando discrecionalidad al órgano de control, lo que a su vez ha significado el desarrollo de nuevas teorías del Derecho, en ocasiones alternativas a las tradicionales, iuspositivismo y iusnaturalismo, y otras veces revisión de éstas. Todas ellas se agrupan también bajo la denominación de «constitucionalismo». Se trata del «constitucionalismo» como teoría.

⁵ Así COMANDUCCI, P., «Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta-teórico», *Isonomía*, núm. 16, 2002, pp. 89-112, p. 96, recoge las siete condiciones que GUASTINI, R., «La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano», trad. J. M. Lujambio, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 153-183, considera que provocan «la constitucionalización del ordenamiento»: las constituciones son rígidas, protegen los derechos fundamentales, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución (normas prescriptivas y no programáticas), sobreinterpretación de la Constitución (se interpreta de forma extensiva y se deducen principios implícitos, aplicación directa de las normas constitucionales (también para regular las relaciones entre particulares), la interpretación adecuada de las leyes. O Ruiz Miguel, A., «Constitucionalismo y democracia», *Isonomía*, núm. 21, 2004, pp. 51-84, p. 53, subraya la rigidez constitucional y el «control externo de constitucionalidad de la legislación, generalmente de carácter judicial», como los rasgos que caracterizan el llamado «neoconstitucionalismo».

⁶ Véase GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 153.

No considero que el escenario constitucionalista sólo sea compatible con el constitucionalismo –con algún tipo de constitucionalismo– como teoría del Derecho. Sin embargo, es preciso aceptar que el constitucionalismo, en tanto que fenómeno histórico, supone una alteración de las bases sobre las que se sustenta la legitimidad del Estado, que tiene que ver principalmente con la adquisición de eficacia jurídica vinculante de la parte material de las constituciones. Esta situación ha supuesto que los derechos fundamentales (que constituyen, por excelencia, el contenido de la mencionada parte material) cobren una enorme fuerza expansiva y, como consecuencia, ha generado una pérdida de peso del criterio democrático en la legitimidad de las decisiones (al menos si definimos éste como decisión de las mayorías)⁷.

Tal idea es, a mi modo de ver, y como apuntaba al comienzo de estas páginas, la que permite caracterizar el Estado constitucional como una fórmula política diferente al Estado de Derecho⁸. A continuación pasaré a analizar la siguiente cuestión planteada, que se refiere al papel atribuido al órgano al que se encarga en este contexto la administración de los derechos.

3. LA ÚLTIMA PALABRA SOBRE EL SIGNIFICADO DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES Y LA NEUTRALIDAD

Ya se ha señalado que el modo en el que han terminado operando los mecanismos de control de constitucionalidad ha supuesto que la última palabra a propósito del significado de las normas constitucionales la tenga el juez. La pérdida de peso de la democracia frente al nuevo protagonismo del juez, que resulta especialmente chocante en el ámbito de influencia del constitucionalismo francés⁹, pero no solo¹⁰, ha pretendido justificarse de distintas maneras.

⁷ Sobre otras propuestas relativas a qué se entiende por democracia, TROPER, M., «El poder judicial y la democracia», trad. R. Tamayo, *Isonomía*, núm. 18, 2003, pp. 47-75, pp. 60-64.

⁸ Da cuenta de esta discusión ANSUÁTEGUI, F. J., «Estado constitucional y producción normativa», *Derechos y Libertades*, núm. 25, pp. 17-37, p. 21.

⁹ Efectivamente, en el modelo francés, «en una situación en la que el pueblo soberano no podía ni debía ser simplemente el origen de la constitución, aparecía inevitablemente el problema de transferir a uno de los poderes instituidos por la constitución la fuerza originaria, que se quería permanente, de aquel mismo pueblo. Y ese poder no podía ser otro que el legislativo, el poder de los representantes del pueblo, que por ello asumía una configuración que excedía de la dimensión perteneciente a un mero poder constituido», FIORAVANTI, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 113. Sobre la evolución posterior y el ámbito de influencia de este modelo, ver DE MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno*, trad. F. J. Ansuátegui y M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1998, pp. 285-291.

¹⁰ DORADO J., *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.

En este sentido, numerosas teorías sobre la interpretación constitucional están orientadas a establecer límites a la posibilidad del juez de suplantar al legislador. Es posible señalar dos grandes modelos: el de quienes defienden que la decisión del intérprete último de la Constitución no es libre (si bien es cierto que puede equivocarse¹¹), dado que es posible conocer el sentido de las normas constitucionales (bien apelando a una racionalidad de la que los derechos son expresión –y que suele concretarse en una moralidad objetiva, bien a la voluntad del autor), y el de quienes consideran que las normas constitucionales están (al menos parcialmente) indeterminadas y, por esta razón, la decisión es «jurídicamente» libre.

Entre estos últimos, entre los que se situaría la autora de estas páginas, es decir, entre quienes consideran que la decisión del intérprete último de la Constitución es (al menos parcialmente) libre¹², se presenta el problema de resolver de qué modo se justifica que la decisión del órgano que realiza la función de control de constitucionalidad prevalezca sobre la del legislador democrático. Si bien es cierto que las normas constitucionales incorporan de forma frecuente conceptos morales¹³, que podrían servir como límite al juez constitucional, corresponde al intérprete decidir sobre su sentido¹⁴.

La aceptación de este diagnóstico ha conducido a la defensa de planteamientos como el de Waldron¹⁵, para este autor, aceptar una teoría de la justicia basada en derechos no aboca necesariamente a defender la necesidad de la constitucionalización de una carta de derechos. Al contrario, en su opinión, en parte fundamentada en la idea de que los desacuerdos sobre el sentido de las normas constitucionales se resuelven desde la subjetividad del intérprete, el ámbito en el que estas cuestiones se diriman debe ser el Parlamento, y ello con independencia de si existe o no una respuesta moralmente correcta.

¹¹ MORESO, J.J., «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables», en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 49-86.

¹² Véase RICHARDS, D. A. J., «Rules, policies, and neutral principles: the search for legitimacy in common law and constitutional adjudication», *Georgia Law Review*, núm. 11. 1976-1977, pp. 1069-1114, p. 1078.

¹³ Lo que ha dado lugar a un ardua polémica dentro del positivismo entre incluyentes o incorporacionistas y excluyentes, que discuten sobre si el constitucionalismo implica que la moral pasa a formar o no parte del Derecho. Puede verse MORESO, J. J., «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en NAVARRO, P., y REDONDO, M. C. (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002 pp. 93-116. ESCUDERO, R., *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004, o JIMÉNEZ, R., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

¹⁴ Véase CUENCA GÓMEZ, P., «Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009, pp. 207-233.

¹⁵ WALDRON, J., «Entre los derechos y las cartas de derechos», *Derecho y desacuerdos*, trad. J. L. Martí y A. Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 251-276.

Efectivamente, para Waldron, el objetivismo moral resulta irrelevante desde el punto de vista de la justificación del Estado constitucional. Entiende el autor que el constitucionalismo implica otorgar la decisión última sobre el Derecho a los jueces, lo cual resulta preocupante desde el punto de vista de la defensa de la democracia y de los propios derechos¹⁶. Frente a la desconfianza sobre la legitimidad de esta redistribución de papeles, suele argumentarse que el juez carece de discrecionalidad a la hora de determinar las exigencias de los derechos; dado que en su quehacer está limitado por la moral que ha sido incorporada a las constituciones a través de los derechos, la crítica al constitucionalismo que guarda relación con el excesivo poder que se le otorga carece de sentido.

Sin embargo, esta defensa se desactiva si se rechaza el objetivismo moral. Así pues, afirma Waldron «si la decisión de un juez contiene un elemento moral esencial, y si el realismo moral es falso, entonces el sentido de esta limitación desaparece. Los resultados estarán determinados por las preferencias subjetivas del juez, y en la medida en que sus actitudes se encuentren bajo su control, podrá tomar la decisión que quiera. Lo cual nos lleva naturalmente a la cuestión de por qué debería ser el juez, y no cualquier otra persona, el que haga lo que quiera en este ámbito»¹⁷.

La cuestión es que, además, el objetivismo moral no resuelve la cuestión de la legitimidad del juez en el Estado constitucional, puesto que todavía queda por determinar de qué modo se garantiza que el juez tenga la voluntad para buscarla y la capacidad de encontrarla. En palabras de Waldron «la existencia de una respuesta correcta, si es que la hay, no es más que una mera cuestión ontológica... Que haya una respuesta correcta «ahí fuera» significa efectivamente que un juez no se está volviendo loco cuando sale arduamente en su busca. Pero su mera existencia no conduce al juez a perseguirla, y ya no digamos a determinar que será capaz de alcanzarla. Diferentes jueces alcanzarán resultados distintos aunque todos ellos consideren que están buscando la respuesta correcta, y no hay nada en la ontología de las respuestas correctas que les proporcione una razón para pensar que su propio punto de vista es más correcto que el de los demás»¹⁸.

Con una teoría revisada de la democracia y desde la defensa de los derechos, Waldron reivindica el papel del Parlamento en la protección de éstos. Sin embargo, el constitucionalismo como fenómeno histórico se caracteriza precisamente por atribuir la última palabra a propósito de lo que los derechos exigen a los «jueces». Es preciso coincidir

¹⁶ «tanto a los liberales como a los conservadores les preocupa el que los jueces se conciban a sí mismos como agentes libres cuando toman decisiones, en libertad para determinar el destino de los litigantes y de sus conciudadanos tal y como a ellos les plazca», WALDRON, J., *op. cit.*, p. 221.

¹⁷ WALDRON, J., *op. cit.*, p. 221.

¹⁸ WALDRON, J., *op. cit.*, p. 222.

con el autor en que ni siquiera la aceptación de que exista una única respuesta correcta nos permite dar más razones a favor del juez que del Parlamento para atribuirles el papel de garante último de los derechos, lo que es tanto como afirmar que la existencia de una única respuesta correcta no permitiría considerar legitimado al juez, frente al legislador, para decir la última palabra a propósito de lo que el Derecho exige.

Si aceptamos lo anterior, parece que la defensa de la democracia exigiría una autolimitación por parte del juez que le llevase a pronunciarse únicamente con respecto a aquellas cuestiones en las que la interpretación de la Constitución no implica hacer política. Una respuesta posible se encuentra en la tesis de la deferencia, que llevaría a separar el ámbito de las decisiones que corresponden al juez (el jurídico), de aquel otro en el que quien debe decidir es el legislador (el de política, y, por tanto, el de la decisión sobre las referidas cuestiones controvertidas). No obstante, y dado el escenario ante el que nos situamos, considero que no es posible establecer esta diferencia tajante entre Derecho y política que permita delimitar el ámbito competencial del legislador con respecto al del juez¹⁹.

Efectivamente, la neutralidad del órgano de control de constitucionalidad que predicán quienes defienden la deferencia judicial, no es realizable. Es más, yo diría que el constitucionalismo contemporáneo, nos guste o no, exige redefinir qué se entiende por neutralidad. Como consecuencia de lo anterior, en el marco de esa forma de organización política que llamamos Estado constitucional la neutralidad del juez constitucional no puede ser ya entendida como ausencia de juicios de valor en su decisión. Esto es, no puede significar ausencia de compromiso por su parte. Y es que precisamente la función de los órganos de control es asegurarse de que también los poderes públicos, Parlamento incluido, respetan y realizan los valores constitucionales.

Así pues, la reflexión sobre las condiciones en las que la actividad de control de constitucionalidad debe llevarse a cabo, nos lleva a recordar que en el constitucionalismo, la legitimidad del juez se basa, fundamentalmente, en que es un juez²⁰. La diferencia entre legislar y juzgar no tiene que ver con el carácter político o no de la actividad, sino, coincidiendo con la tesis mantenida en un antiguo trabajo por D. A. J. Richards, con el modo y el tipo de factores que están capacitados para introducir en la decisión («stage of input»), con el proceso de decisión y con la forma en la que se presenta la decisión misma²¹. En esta línea, J. Ansuátegui señala como diferencias entre ambas funcio-

¹⁹ PERRY, M. J., *The Constitution in the Courts. Law or Politics?*, Oxford University Press, 1994, pp. 3-14.

²⁰ BARRANCO, M. C., «Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo», *Teoría y Derecho*, núm. 7, 2010, pp. 135-150.

²¹ RICHARDS, D. A. J., *op. cit.*, p. 1099.

nes que el ejercicio de la producción normativa por parte del legislador se realiza «a instancia propia, no limitada al ejercicio puntual de la competencia, no vinculada por un deber de coherencia hacia el pasado..., discrecional..., y no vinculada por un deber de independencia»²².

Esto es, en el constitucionalismo comparado, y bien hagan parte del poder judicial o bien estén constituidas por un órgano específicamente dispuesto al efecto, las instituciones habilitadas para garantizar los derechos constitucionalmente reconocidos y/o llevar a cabo el control de constitucionalidad, actúan a instancia de parte, mediante un procedimiento contradictorio y en forma de sentencia. Y es que el mecanismo de control se activa cuando se produce un conflicto, de tal modo que se puede entender como una última garantía que opera cuando a juicio de alguno de los actores implicados la actuación del poder no se acomoda a lo constitucionalmente prescrito.

En este orden de consideraciones, los límites al compromiso (si se me permite utilizar este término como antónimo de neutralidad) del juez constitucional podemos encontrarlos en los elementos que aproximan su forma de actuación a la de un juez. De entre ellos, el principio de contradicción es un elemento muy importante a tener en cuenta cuando se critica la falta de limitación del poder del órgano de control de constitucionalidad. La contradicción, entre otras cuestiones, implica que las interpretaciones que lleva a cabo el órgano judicial han debido ser sugeridas de algún modo por las partes. Del principio de contradicción se deriva la exigencia de congruencia y es precisamente esta exigencia la que permite que la no-neutralidad –es decir, los juicios de valor que en el constitucionalismo el juez tiene necesariamente que efectuar– no se convierta necesariamente en una quiebra de la imparcialidad.

Por otro lado, conviene volver a subrayar que una buena parte de la legitimidad de la decisión judicial recae en la circunstancia de que se expresa en forma de sentencia, es decir, se trata de una resolución motivada²³. De este modo, los argumentos que realiza el órgano de control deben ser expuestos para hacer posible su control por parte de la opinión pública. Si es el órgano que decide en última instancia (como ocurre con el órgano de control de constitucionalidad) este control ya no es jurídico, sino político.

En parte frente a esta opinión, y en favor de la necesidad de profundizar en la legitimidad democrática del órgano de control de constitucionalidad, se pronuncia Rafael de Asís, quien defiende el carácter político de la actividad del intérprete último y la necesidad de adecuar a esta idea su fórmula de elección. Así pues, afirma que «como la

²² ANSUÁTEGUI, J., «Creación judicial del Derecho. Crítica de un Paradigma», en VVAA, *El Derecho en red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 519-554, p. 551.

²³ CUENCA GÓMEZ, P., «Aspectos, problemas y límites de la interpretación jurídica y judicial», *Derechos y libertades*, núm. 13, 2004, pp. 261-294, p. 290 y ss.

interpretación de la Constitución es un acto político (y ético), que tiene así consecuencias no solo jurídicas y, por tanto, no es posible hacerlo de manera imparcial, un sistema democrático presidido por los derechos demanda que el intérprete de la Constitución sea un órgano vinculado al Parlamento y compuesto por sujetos que argumenten conforme a los parámetros anteriores, esto es, sujetos a las limitaciones antes apuntadas. Y esto supone, entre otras muchas cosas, que la interpretación de la Constitución no tiene por qué ser realizada por juristas, o solo por juristas»²⁴. Esta solución no es totalmente contradictoria con la que aquí se presenta, puesto que no es incompatible aceptar la conveniencia de que las personas que forman parte del órgano de control sean elegidas democráticamente y no tengan que ser necesariamente jueces de carrera –que se refiere a la legitimidad de origen–, con que además, para que la institución sea legítima, se insista en la independencia y en la imparcialidad como elementos que deben acompañar su actuación –y que, por tanto, se refieren a la legitimidad de ejercicio–. Sin embargo, la propuesta de Rafael de Asís, como la de otros autores favorables a una mayor democratización del sistema de elección de quienes conforman los órganos especializados en el control de constitucionalidad²⁵, presenta el inconveniente de que no resuelve la legitimidad de los jueces que forman parte del Poder Judicial y que han de aplicar y, por tanto, interpretar la Constitución en su actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Por otro lado, y como alternativa al modelo actual de constitucionalismo, se presentan soluciones que llevan a que el juez tenga no ya la última, sino la penúltima palabra a propósito de lo que la constitución exige, reservándose de este modo el Parlamento la posibilidad de decidir en última instancia sobre lo que exige el Derecho. M. Perry, se refiere, en este sentido, al sistema canadiense que, en su opinión, presenta, frente al modelo constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica, las grandes ventajas de que, por un lado, permite la deliberación judicial, pero también, por otro, desactiva la tensión entre los derechos y la democracia²⁶.

²⁴ Asís, R. DE, «La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la constitución y quién debe ser su intérprete», en PECES-BARBA, G., y RAMIRO AVILÉS, M. A. (coord.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 285-302, p. 302.

²⁵ Por ejemplo, HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 311-362.

²⁶ PERRY, M. J., «Protecting Human Rights in a Democracy: What Role for the Courts?», *Wake Forest Law Review*, núm. 38, 2003, pp. 635- 696. El autor cita como ejemplo el sistema canadiense, en relación con el cual afirma «a system of judicial penultimacy, like Canada's, has this great advantage over that American system of judicial supremacy: A system of judicial penultimacy preserves an active, vigorous judicial role –a role that, at its best, is especial, and perhaps even indispensable, in just the way Bickel suggested– in contentious discourse about the concrete, contextual meaning of indeterminate human rights norms; at the same time, however, a system of

Sin embargo, en relación con esta opción es preciso señalar, en primer lugar –y con independencia de las distintas interpretaciones sobre el alcance esta posibilidad en el sistema canadiense²⁷–, que aunque se trata de un modelo que puede resultar ventajoso desde el punto de vista del argumento democrático, no es el modelo al que nos enfrentamos en el contexto del constitucionalismo contemporáneo. Podemos considerarlo bien un «residuo» del Estado de Derecho o bien una nueva forma de constitucionalismo que implica una recuperación del elemento de la supremacía del Parlamento, característico del mencionado Estado de Derecho. En este esquema, el punto de partida de este modelo se situaría –utilizando la modelización de M. Troper²⁸– en la idea de constitución máquina (esto es, como instrumento que articula las relaciones entre poderes), mientras que el constitucionalismo contemporáneo implica una opción por la constitución norma (y, por tanto, como capaz de servir de marco para la articulación de relaciones jurídicas). Su conveniencia tendrá que ser valorada desde el punto de vista de su aptitud para conseguir los objetivos que nos proponemos con la organización política, en definitiva, para constituir un esquema institucional más adecuado para garantizar los derechos.

Por otro lado, y en segundo lugar, la propuesta no resuelve el problema del control de las decisiones del órgano que tiene la última palabra. En lo que a nosotros nos interesa, aun cuando éste fuera el Parlamento, tendría sentido afirmar que sus decisiones serán válidas –tal vez, aunque tendría más problemas para aceptarlo, legítimas– por ser del Parlamento, pero, para ser justas deben poder justificarse desde alguna teoría de la justicia.

En definitiva, ése sería otro modelo, no el modelo en el que nos encontramos, en el que la última palabra la tiene un tribunal, y que pueda ser plausible no es un obstáculo para afirmar que uno de los elementos que condiciona lo que se decida que mande el Derecho es la teoría de la justicia que maneja precisamente el órgano que tiene la última palabra. Conviene no olvidar, en este orden de consideraciones, que la respuesta a cómo debemos organizarnos depende en buena medida del para qué nos organizamos, de algún modo, el constitucionalismo se justifica porque se presenta como el sistema más adecuado

judicial penultimacy does not so privilege the judicial voice in that discourse that there is, realistically no opportunity for effective political response. A system of judicial penultimacy represents an effort to have the best of two worlds: an opportunity for a deliberative judicial consideration of a difficult and perhaps divisive human rights issue *and* an opportunity for electorally accountable officials to respond, in the course of ordinary politics, in an effective way».

²⁷ HIEBERT, J. L., «New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?», *Texas Law Review*, 82, 2003-2004, pp. 1962 y ss., y MACHUGH, M., «A Human Rights Act, the courts and the Constitution», *Constitutional Law and Policy Review*, may/jun 2009, pp. 86-105.

²⁸ TROPER, M., «La máquina y la norma, dos modelos de Constitución», *Doxa*, núm. 22, pp. 331-347

para la garantía de los derechos y merecerá la pena mantenerlo en la medida en que sirva a esta función.

En lo sucesivo, trataré de esbozar los elementos que, a mi juicio, deben estar presentes en una teoría de la justicia adecuada en el marco del constitucionalismo contemporáneo.

4. UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA PARA EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

El camino que recorre Perry en el trabajo citado en el apartado anterior, en lo relativo a su esfuerzo por justificar que una teoría de la justicia basada en derechos exige la constitucionalización de éstos²⁹, resulta coincidente con el transitado por Waldron para reivindicar el papel del Parlamento en su garantía. Sin embargo, ese recorrido se dirige en estas páginas en el sentido inverso. Efectivamente, hasta este punto hemos tenido ocasión de mostrar cómo la incorporación en las constituciones de catálogos de derechos que pretenden asegurarse mediante sistemas jurídicos de control es un hecho y, además, ha alterado efectivamente el esquema de distribución de poderes. En las páginas siguientes se tratará de justificar que la referencia a una teoría de la justicia basada en derechos resulta obligada para orientar y criticar las decisiones jurídicas en el marco del constitucionalismo³⁰; y ello tanto si la adopción de éstas corresponde al legislador, cuanto si corresponde al juez.

Desde mi punto de vista, existen razones para afirmar que el constitucionalismo contemporáneo se compagina mejor con una teoría de la justicia basada en derechos que con cualquier otra teoría y que, además, una decisión jurídica es injusta si no respeta las exigencias de una teoría de este tipo. Aunque estoy dispuesta a aceptar que puede haber otras teorías que permitan justificar decisiones al mismo tiempo coherentes con una teoría de la justicia basada en derechos, conviene no perder de vista que los argumentos basados en derechos también pueden apoyar decisiones contradictorias con argumentos de otro tipo. Cuando las políticas públicas se orientan a la realización de los

²⁹ PERRY, M., *Constitutional Rights, Moral Controversy and the Supreme Courts*, Cambridge University Press, 2009, pp. 9-34, «Human Rights. From Morality to Constitutional Law».

³⁰ En este sentido, ASÍS, R. DE, «La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la constitución y quién debe ser su intérprete», *op. cit.*, pp. 300 y ss., insiste en que «la teoría de los derechos no solo permite establecer criterios desde los que atribuir significado a las normas, y por tanto razones para defender la decisión interpretativa. Plantea también criterios de distribución de poder, esto es, una forma de entender la separación de poderes y un marco desde el que establecer la atribución de competencias normativas», y, en este sentido, además de criterios materiales permite justificar criterios formales de validez.

derechos, su objetivo es, de modo primario, la atribución o la mejora en la eficacia de los derechos de las personas en cuyo favor se interviene³¹; además, deben definirse con participación de los destinatarios (aspecto que, cuando se trata de organizar la estructura del Estado en su totalidad, nos remite a la necesidad profundizar en las estructuras democráticas); y, por último, el resultado debe ser que los titulares de derechos son conscientes de que los tienen y capaces ejercerlos³².

En definitiva, y como primer argumento, quisiera subrayar una vez más que si las razones a favor del constitucionalismo (o de su revisión) tienen que ver con su idoneidad para la realización de los derechos humanos, esta relación no se puede perder de vista cuando se trata de ofrecer argumentos a favor o en contra de una decisión en el contexto del Estado constitucional.

En segundo lugar, creo que este punto de partida permite decisiones aceptables desde las teorías de la argumentación. Desde la concepción del Derecho que subyace a estas páginas, es posible diferenciar entre validez³³ y corrección de las decisiones jurídicas. A grandes rasgos, las decisiones jurídicas serán correctas si, además de cumplir con los criterios de validez, se ajustan a ciertos requisitos entre los cuáles la aceptabilidad desempeña un papel fundamental³⁴. Efectivamente, en –al menos– algunas ocasiones la aplicación del Derecho (también la aplicación judicial entendida en sentido amplio) exige realizar opciones entre respuestas alternativas que podrían ser compatibles con el Derecho. Precisamente cuando esta situación se produce en sede de control de constitucionalidad es cuando los partidarios de la deferencia reclaman la abstención a favor del legislador. Sin embargo, ya se ha señalado que la neutralidad, en caso de ser posible, no parece deseable en el marco del constitucionalismo, al contrario, la organización de las instituciones se orienta a la mayor realización de los derechos y ello, en determinadas ocasiones, exige que los órganos de control se impliquen activamente en la búsqueda de la decisión más ajustada a las exigencias de los derechos. Como señala A. Aarnio, la certeza jurídica, que era el valor a favor de la neutralidad tal y como

³¹ Si profundizamos en esta idea, desde la defensa de que la teoría más adecuada para enmarcar el constitucionalismo es una teoría de la justicia basada en derechos, habríamos de cuestionar la ponderación como técnica de aplicación de las normas que contienen derechos, en la medida en que ésta se configure como una fórmula que permite dejar de lado los derechos para priorizar otros bienes, intereses..., WEBBER, G. C. N., «Proportionality, Balancing, and the cult of Constitutional Rights Scholarship», *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 23, núm. 4, 2010, pp. 179-202.

³² BARRANCO, M.C., «Mujer y derechos económicos, sociales y culturales», *Derechos y Libertades*, núm. 23, 2010, pp. 221-224, pp. 234 y ss., a partir de la definición del enfoque basado en derechos aplicado al desarrollo.

³³ Sobre el problema de la validez de las decisiones del último órgano puede verse CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

³⁴ ASÍS ROIG, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.

ha sido entendida en el Estado de Derecho, en el contexto actual, «cubre dos elementos diferentes (a) en el *razonamiento* jurídico ha de evitarse la arbitrariedad (principio del Estado de Derecho) y (b) la decisión misma, el *resultado* final, debe ser apropiado. De acuerdo con el punto (b), las decisiones jurídicas deben estar de acuerdo no solo con el Derecho (formal), sino que también tienen que satisfacer criterios de certeza axiológica (moral)»³⁵. De tal modo que la legitimidad del sistema depende de que las decisiones además de ser válidas sean aceptadas como «justas»; en palabras del autor antes citado «en las sociedades modernas, la legitimidad de las normas jurídicas no está basada únicamente en la validez formal sino también en los valores aceptados o aceptables (racionalmente) en la sociedad»³⁶.

Si se rechaza la tesis de que existe una única respuesta jurídicamente correcta (lo que no tiene por qué suponer necesariamente aceptar el relativismo ético más allá del plano descriptivo), la certeza axiológica requiere que los operadores jurídicos traten «de alcanzar una solución tal y una justificación tal que la mayoría de los miembros racionalmente pensantes de la comunidad jurídica pueda aceptar esa solución y esa justificación»³⁷. Pues bien, en el marco del constitucionalismo, la aceptabilidad remite, en estas condiciones, a la realización de los derechos.

Por último, y como tercer argumento, entiendo que la teoría que aquí se va a exponer resulta coherente con el consenso que expresan los textos internacionales en materia de derechos humanos. Es cierto que el consenso fáctico no sirve de justificación a las teorías morales, sin embargo, me parece interesante tener en cuenta que la teoría de la justicia que aquí se propone plantea a los Estados, en el ámbito interno, exigencias que son coherentes con algunos de los compromisos internacionales que han aceptado formalmente. En este sentido, el artículo 28 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que proclama el derecho de toda persona «a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos»³⁸, en tanto en cuanto expresa el consenso realmente alcanzado por la comunidad internacional, permite obtener una pista sobre el sentido de los valores

³⁵ AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *Doxa*, 8, 1990, pp. 23-38, p. 26.

³⁶ AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 295.

³⁷ AARNIO, A., «La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico», *cit.*, p. 37.

³⁸ Sobre los deberes que se justifican a partir del artículo 28 ver POGGE, TH., «Human Rights and Human Responsibilities», en KUPER, A. (comp.), *Global Responsibilities: Who Must Deliver on Human Rights?*, Londres, Routledge, 2005, pp. 3-35. Traducción al español de R. Vizcarra, en POGGE, TH., *Hacer justicia a la humanidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, pp. 65-112.

que serían aceptados por la audiencia también particular, pero ideal, conformada por la comunidad jurídica de un Estado, en el entendido de que éste sería el auditorio relevante para el análisis de la aceptabilidad de las decisiones jurídicas³⁹.

Aceptar que la teoría de la justicia que debe servir de marco a las decisiones jurídicas en el Estado constitucional es una teoría basada en derechos, implica aceptar que el objetivo de la organización política es la dignidad, de tal modo que, el poder será ilegítimo y el Derecho injusto si se producen situaciones en las que los seres humanos son instrumentalizados.

Esta cuestión tiene numerosas ramificaciones de entre las que una de las más importantes la constituye la discusión sobre en qué condiciones se instrumentaliza a una persona. Una respuesta, aunque no la única, es que se instrumentaliza a los seres humanos cuando la organización política no es coherente con el universalismo. Y es que, a grandes rasgos, se pueden citar el universalismo y el individualismo como elementos que caracterizan este tipo de teorías⁴⁰.

No me voy a detener por tanto en el sentido de la dignidad⁴¹, que podría haber sido objeto, por sí mismo, del trabajo, pero sí en otra de las cuestiones discutidas en torno a este tópico como es la universalidad. Y ello porque entiendo que constituye una de las promesas incumplidas de la filosofía y del Derecho positivo de los derechos humanos.

Efectivamente, cuando se está dispuesto a aceptar una teoría de la justicia basada en derechos, es preciso admitir, además del individualismo, la universalidad en sus dos dimensiones. Por un lado, como la idea de que la teoría de los derechos tiene validez universal, aun cuando históricamente los derechos sean la manifestación de una cultura concreta que de forma autocontradictoria (por referencia al postulado de la igual dignidad de los seres humanos) se ha presentado a sí misma como superior, lo que ha degenerado en una instrumentalización de quienes portan una identidad cultural diversa. Por otro lado, como la idea de que todos los seres humanos son titulares de los derechos, aun cuando este ideal no se corresponde con el modo en el que se organizan jurídicamente los derechos.

En buena medida, muchas de las insuficiencias de la articulación de los derechos que reflejo en el párrafo anterior y que podríamos resumir en el carácter excluyente tanto de la teoría como de la configuración de la titularidad, derivan del modo en el que se han articula-

³⁹ AARNIO, A., *Lo racional como razonable*, cit., p. 284, define la audiencia ideal particular como aquella cuyos miembros, que han adoptado valores comunes, se obligan a seguir las reglas del discurso racional

⁴⁰ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

⁴¹ A propósito de la dignidad, ver PECES-BARBA, G., *La dignidad de la persona desde la Filosofía del derecho*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2004.

do las teorías de los derechos y los sistemas jurídicos que fundamentan a partir de la universalidad y el individualismo⁴². La universalidad porque se ha trasladado a los sistemas jurídico-políticos como uniformidad y el individualismo porque ha generado la identificación del titular con el ser humano abstracto, esto es, desvinculado de cualquier circunstancia o relación con otros sujetos. El resultado ha sido que únicamente a aquellos que en el imaginario colectivo se correspondían con el titular abstracto, esto es, aquéllos que en las relaciones sociales son autónomos y racionales, les han sido atribuidos los derechos y la capacidad plena para ejercerlos. Es posible afirmar que sólo éstos han sido considerados como portadores de todos los rasgos de la dignidad, el resto de los sujetos es, por tanto, más o menos digno, en la medida en que sus circunstancias se hayan aproximado a las de los anteriores.

Puesto que el universalismo y el individualismo son, como se ha mencionado, elementos irrenunciables de una teoría de la justicia basada en derechos, y puesto que precisamente en este trabajo se está defendiendo tal teoría como elemento que permite fundamentar las decisiones en el Estado constitucional, en lo que sigue, trataré de desentrañar qué sentidos de estas ideas conducirían a resultados contradictorios con sus la propia teoría que enmarcan, y, por excelencia, con el universalismo que nos llevaría a afirmar que todos los seres humanos comparten una común dignidad.

Recordemos que el universalismo asume, en relación con los derechos, dos sentidos. Por un lado el sentido del universalismo sería el que se acaba de señalar y se daría la mano con el igualitarismo, en este momento interesa el segundo sentido conforme al cual implica aceptar que los juicios éticos se justifican en principios válidos «para todas las vidas y en todas las situaciones»⁴³. En este sentido, el universalismo se contrapone al particularismo y, por tanto, al relativismo como un planteamiento de ética normativa⁴⁴.

Una de las críticas más poderosas que se han dirigido al universalismo así definido, y que podemos ver claramente expuesta en algunos de los argumentos de Iris Marion Young, tiende a poner de manifiesto que cuando se justifican principios universales se desconsidera la diversidad que existe entre los seres humanos y sus situaciones. Sin embargo, esta relación no es necesaria, puesto que el universalismo no es incompatible con aplicaciones diferenciadas de los principios y de las reglas que se justifican. A propósito de esta cuestión, por ejemplo, cabe señalar cómo la igualdad no sólo no es incompatible con la aplicación de tratamientos diferenciados, sino que, por el contrario, en

⁴² GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *op. cit.*, p. 83.

⁴³ O'NEILL, O., *Towards justice and virtue. A constructive account of practical reasoning. A constructive account of practical reasoning*, Cambridge University Press, 1998, p. 11.

⁴⁴ Véase O'NEILL, O., *op. cit.*, p. 13.

numerosas ocasiones la atención a la diferencia se presenta como una exigencia de igualdad.

La reflexión de Young tiene sentido únicamente cuando el universalismo se implementa en las prácticas de aplicación de las teorías éticas como uniformidad⁴⁵. No se puede dejar de señalar, que en los sistemas liberales reales la aspiración universalista ha sido articulada de hecho como uniformidad.

Esta traslación ha venido de la mano de una forma de concebir el individualismo que resulta contradictoria con el igualitarismo. El argumento puede resumirse como sigue: para que los juicios morales resulten universalizables, el agente debe razonar imparcialmente, lo que supone adoptar un punto de vista descontextualizado, ajeno a los deseos y afectos, y al propio sujeto, por cuanto «la imparcialidad representa el punto de vista que ... todos los sujetos racionales pueden adoptar»⁴⁶.

No obstante, este punto de vista es imposible, de forma que la perspectiva imparcial se ha hecho coincidir con la que se atribuye al mismo sujeto al que termina refiriéndose el titular abstracto, que es el hombre, burgués, blanco, heterosexual, económica y socio-físicamente independiente. Tras esa pretendida imparcialidad, por tanto, se encuentran los intereses de quienes ocupan una posición de ventaja en la sociedad.

Esta representación del titular abstracto vinculada a un tipo humano tan concreto, obedece a que el individualismo presupone que el agente moral racional es el individuo, y, por tanto, que es este mismo individuo el titular de los derechos. Por otro lado, la exigencia de imparcialidad que, como hemos dicho, se deriva del universalismo, implica que la reflexión del agente debe resultar ajena a las circunstancias concretas en las que se desenvuelve la existencia humana. Entre estas circunstancias podemos incluir las condiciones materiales de existencia, pero también cuestiones tales como el sexo, los vínculos que se establecen con otros sujetos, o el estado de desarrollo de las distintas capacidades. La traslación al Derecho de esta idea del agente moral como el individuo abstracto ha llevado a que se legitime jurídicamente la situación social en la que el mencionado hombre, burgués, blanco... ejerce el poder sobre quienes no son como él.

Por otro lado, un elemento fundamental para la agencia moral lo constituye la autonomía, entendida como capacidad de elegir y de responder por la opción efectuada. De este modo, la autonomía se ha venido situando como el presupuesto para la atribución de derechos y, más allá, para el reconocimiento de la plena capacidad de obrar. No en

⁴⁵ O'NEILL, O., *op. cit.*, p. 75

⁴⁶ En este sentido, YOUNG, I. M., *Justice and the politics of difference*, N. Jersey, Princeton University Press, 1990, pp. 100-101. Hay traducción en español de Silvana Álvarez, Madrid, Cátedra, 2000.

vano la autonomía suele incorporarse como uno de los rasgos de la dignidad humana.

En los sistemas liberales solo el sujeto autónomo es agente moral, y, por tanto, solo él es titular de derechos morales y sujeto pleno de derechos en el ámbito jurídico. Semejante adscripción, supone, de entrada, una definición excluyente de la titularidad, pero también que los derechos se orienten a salvaguardar la autonomía de quien ya es autónomo, lo que produce que solo los derechos relacionados con la protección de ese ámbito en el que la voluntad del titular es soberana se consideren derechos humanos. Quedan fuera de las reivindicaciones en forma de derechos humanos, los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

Ambas cuestiones –esto es, la falta de consideración de las circunstancias en las que se desenvuelve la agencia moral y el establecimiento de la autonomía como requisito para el ejercicio de los derechos–, nos permiten ver cómo los derechos, y el Derecho en cuyo marco se insertan, no son neutros, sino que, por el contrario, permiten consolidar la supremacía de quien es socialmente más poderoso. Sin embargo, estos resultados no son la consecuencia necesaria de una organización social basada en los derechos, al contrario, como se ha venido repitiendo, son contradictorios con la defensa de la igualdad dignidad. En buena medida, el desarrollo del Derecho antidiscriminatorio, que en buena medida se construye precisamente desde la reivindicación de la igual dignidad, parte de la constatación de que la igualdad exige desmontar la parcialidad a la que la uniformidad y la abstracción han conducido al Derecho.

Por último, una buena parte de las teorías de la justicia han partido de la explicación de la acción humana desde la racionalidad entendida, a grandes rasgos, como capacidad de actuar para maximizar los propios intereses. Sin embargo, esta comprensión de la naturaleza del ser humano resulta parcial y puede ser criticada desde varios puntos de vista. En lo que aquí interesa, desconsidera que los seres humanos son portadores también de concepciones del bien diversas, lo que conduce a que la sociedad resultante no constituye un marco adecuado para que las distintas concepciones del bien puedan desarrollarse y realizarse, y, de nuevo, a resultados excluyentes.

Desde otro punto de vista, además, que no se tenga en cuenta, con vistas a la organización política, que el individuo puede llegar a ser solidario, permite mantener la idea de que a través de la incorporación de los derechos al Derecho positivo se intenta exclusivamente construir un espacio de libertad en el que el sujeto es libre de interferencias del Estado y de otros sujetos. Esta concepción liberal (frente a la republicana) de la política, desconsidera tres aspectos que son claves en relación con el modo en el que los derechos pueden servir como instrumentos de dignidad. En primer lugar, no tiene en cuenta que las personas sólo se desarrollan interactuando con otras personas, de modo que de esta interacción pueden surgir interferencias que únicamente en

la medida en que desencadenen situaciones de dominación arbitraria merecen una valoración negativa. Además, olvida que tales situaciones de dominación pueden producirse en los espacios privados, protegidos frente a la intervención del poder público por los derechos del titular abstracto. Por último, menosprecia la importancia de la participación en las decisiones colectivas, como un aspecto relacionado con la dignidad. Frente a esta concepción, es posible extraer consecuencias políticas de la idea de que el ser humano es capaz de solidaridad⁴⁷, y este parece ser, al menos en parte, el sentido en el que se está desarrollando el nuevo republicanismo⁴⁸. Incorporar la solidaridad al esquema de una teoría de la justicia basada en derechos puede permitir superar algunos de los inconvenientes que autoras como O'Neill aprecian en este tipo de enfoque y que tienen que ver con el escaso interés que suelen prestar a la determinación de las obligaciones⁴⁹.

En definitiva, la caracterización del agente moral como un sujeto imparcial ha permitido el engaño de la neutralidad; por su parte, la caracterización del agente moral como un sujeto autónomo ha servido de trampa que ha dificultado la atribución de derechos a quienes no son autónomos; por último, la representación del ser humano como el «hombre económico» ha llevado a que los sistemas de derechos se orienten exclusivamente a la libertad como no-interferencia, olvidando que tanto la opresión, como la dominación arbitraria –esto eso, los impedimentos para la autodeterminación– constituyen formas de injusticia⁵⁰. Puesto que la opresión implica la existencia de obstáculos para el autodesarrollo y la dominación se refiere a la presencia de impedimentos que dificultan o imposibilitan la autodeterminación, las estructuras que las mantienen resultan contradictorias con el deseo de organizar las instituciones de acuerdo con los derechos. En este contexto, se exige que los operadores jurídicos (en primer lugar el legislador) abandonen la neutralidad y actúen para eliminar las situaciones de opresión y de dominación que sufren aquéllos cuya imagen no se corresponde con la del titular abstracto. Esta toma de postura es un imperativo para el intérprete último si quiere que sus decisiones, además de jurídicas, sean justas.

Fecha de recepción: 30/06/2011. Fecha de aceptación: 8/11/2011

⁴⁷ Puede verse sobre la solidaridad PECES-BARBA, G.; ASÍS ROIG, R.; FERNÁNDEZ LIESA, C., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 261-282; así como PECES-BARBA, G., «Escasez y solidaridad. Una reflexión desde los clásicos», en MARIÑO, F.; FERNÁNDEZ LIESA, C. (eds.), *El desarrollo y la cooperación internacional*, Madrid, 1997, pp. 19-33; y LUCAS, J. de, «Solidaridad y derechos humanos», en Tamayo, J. J. (ed.), *Diez palabras clave sobre derechos humanos*, Madrid, Verbo Divino, 2005.

⁴⁸ BARRANCO AVILÉS, M. C., «Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder», *Derechos y libertades*, núm. 9, 2000, pp. 65-92.

⁴⁹ O'NEILL, O., *op. cit.*, 128.

⁵⁰ YOUNG, I. M., *op. cit.*, p. 37.