



**CEU**

*Instituto de Estudios  
de la Democracia*

*Universidad San Pablo*

**Documento de Trabajo**

**Colección de Comunicación y Estudios  
Sociales**

Número 1 / Abril 2007

**Sobre el sujeto de los Derechos  
Humanos**

---

**Luis Núñez Ladevéze**

*CEU Ediciones*

**Documento de Trabajo**  
**Colección de Comunicación y Estudios**  
**Sociales**  
Número 1 / Abril 2007

**Sobre el sujeto de los Derechos**  
**Humanos**

---

**Luis Núñez Ladevéze**

*CEU Ediciones*

El Instituto de Estudios de la Democracia (ID) es un centro de investigación y estudios superiores de posgrado, especializado en la promoción de nuevo conocimiento en el ámbito de las ciencias sociales, vinculado a la Universidad CEU San Pablo.

Los Documentos de Trabajo del Instituto tienen por función asegurar la transferencia de conocimientos aportados por cada uno de los centros que se asocian en el ID. Comprenden varias colecciones definidas por las respectivas áreas temáticas en que se especializa cada centro.

Mediante la “Colección de Comunicación y Estudios Sociales” se difunden los estudios y trabajos aportados por los investigadores, becarios y colaboradores vinculados a los distintos proyectos de investigación de la dirección y de la secretaría del Instituto.

Serie Colección de Comunicación y Estudios Sociales (Instituto de Estudios de la Democracia)

### **Sobre el sujeto de los Derechos Humanos**

No está permitida la reproducción total o parcial de este trabajo, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Derechos reservados © 2007, por Luis Núñez Ladevéze

Derechos reservados © 2007, por Fundación Universitaria San Pablo-CEU

CEU Ediciones

Julián Romea, 18 - 28003 Madrid

<http://www.ceu.es>

Instituto de Estudios de la Democracia

Universidad CEU San Pablo

Julián Romea, 23 Edificio B - 28003 Madrid

Teléfono: 91 456 63 11 / Fax: 91 514 01 41

[id@ceu.es](mailto:id@ceu.es), [www.ceu.es/usp/id](http://www.ceu.es/usp/id)

ISBN: 978-84-96860-16-2

Depósito legal: M-17903-2007

Compuesto e impreso en el Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo-CEU

# Sumario

<b>1. La autonomía moral en relación con los Derechos Humanos</b> .....	5
1.1. El origen de la autonomía .....	5
1.2. La libertad como raíz de la autonomía .....	6
1.3. El problema del sujeto .....	8
1.4. Tolerancia y verdad .....	8
<b>2. Sobre mínimos y máximos éticos</b> .....	9
2.1. Neutralidad aconfesional y laicismo .....	9
2.2. Imparcialidad del estado democrático aconfesional .....	10
<b>3. Insuficiencia del cooperativismo positivista</b> .....	12
3.1. El realismo social .....	12
3.2. Instrumentalismo ético .....	13
<b>4. Limitación del principio de igualdad ante la Ley</b> .....	15
4.1. Límites del principio de Tolerancia .....	15
4.2. Razones sustantivas y defensa de intereses .....	16
4.3. Presuposiciones constitucionales .....	17
4.4. ¿Podemos ser todos iguales ante la ley? .....	18



# 1. La autonomía moral en relación con los Derechos Humanos

## 1.1. El origen de la autonomía

Decir que con la modernidad se produce la separación entre Iglesia y Estado es un modo simple para designar un fenómeno muy complejo que lleva aparejado otras muchas y no menos importantes consecuencias. Se puede citar alguna de las principales. Por ejemplo, la desvinculación del pensamiento científico de la competencia doctrinal de la autoridad religiosa. No se trata simplemente de un proceso de toma de conciencia de que el progreso del conocimiento científico no puede quedar supeditado a criterios de carácter doctrinal que juzgan desde fuera de ese mismo proceso sobre la validez o invalidez de sus inferencias internas. Esa desvinculación no se produce tanto como consecuencia de que los científicos intenten desembarazarse de la vigilancia doctrinal que les fuerce a mantener una ortodoxia que, en general, nadie pretende quebrantar, como del hecho de que los supuestos en que se basa el propio proceso cognoscitivo progresa a medida que se especializa y fragmenta, busca prescindir en su fundamentación discursiva tanto como sea posible de argumentos trascendentes al texto o a la experiencia, y resulta, por ello, cada vez menos vinculada a ortodoxia alguna. Como sea, la aparición de la ciencia moderna supuso un cambio cualitativo de las relaciones entre pensamiento y doctrina. Hasta entonces pensar fue pensar *dentro* de una tradición doctrinal. Los procesos intelectuales no se orientaban a aumentar el conocimiento empírico explicativo, sino a discutir los problemas de coherencia interna de la propia doctrina en asuntos referentes a la moral y a las costumbres<sup>1</sup>.

Obviamente, esa discusión no se establecía al margen de la experiencia, pero el conocimiento empírico se concebía como una fuente auxiliar para la confirmación o desautorización de las proposiciones doctrinales. La ciencia moderna rompe con esa práctica. El conocimiento no se orienta a mostrar cómo la experiencia confirma la doctrina, sino a demostrar leyes hipotéticas válidas por sí mismas independientemente de la doctrina o para cualquiera que sea la doctrina de que se trate. Pensar *dentro* de una doctrina es pensar de modo ortodoxo. Pensar *fuera* desdeñando contradecir los nexos doctrinales equivale a ser heterodoxo. Pero con la aparición de la ciencia moderna no es necesario pensar en términos de ortodoxia o de heterodoxia, sino de compatibilidad o de incompatibilidad o, si se prefiere, de congruencia o de incongruencia. La ciencia moderna es independiente de la autoridad doctrinal, porque es un tipo de conocimiento cuyos nexos son de naturaleza distinta de los doctrinales: son hipotéticos y verificables o refutables, no son inferencias que validen o invaliden la compatibilidad entre juicios doctrinales constituidos por inferencias sobre un fundamento categórico.

El progreso científico es acumulativo por división del conocimiento entre especialistas en distintos asuntos.

---

<sup>1</sup> Sobre esto Cfr. NÚÑEZ LADEVÉZE, L. (1995). *Ideología y libertad*. Madrid. Noesis. Págs. 19-39.

Esta fragmentación acumulativa del conocimiento científico contribuye a su paulatina profesionalización. Un profesional del conocimiento es una autoridad en ese ámbito, lo cual significa que la *autoridad espiritual* no puede pretender ser a la vez *autoridad profesional* en la materia científica en cuestión. Este desplazamiento de la autoridad es el motivo principal de que el contenido del conocimiento resulte cada vez más incómodo para las pretensiones de un control doctrinal. Las relaciones se invierten, y es la autoridad doctrinal la que requiere la colaboración de los especialistas para asumir su propia función orientadora. Eso no significará que los guías espirituales se vean obligados a desistir de su tarea orientadora, porque el conocimiento científico es material y formalmente distinto del doctrinal. Aquél es de carácter acumulativo e hipotético, progresa a base de comprobar y refutar hipótesis, es, por definición, inestable y sustituible; éste pretende ser una adaptación a las circunstancias de los aspectos morales y valorativos constantes o permanentes. Los nexos en que se basa la coherencia interna de ambos tipos de contenidos discursivos son, pues, distintos. Su alteridad no implica incompatibilidad, sino autonomía recíproca.

Lo que importa señalar es que, originariamente, esta *autonomía del conocimiento científico* coincidió (y seguramente no por azar) con la confirmación de la supremacía del poder político sobre cualquier otra forma de poder socialmente instituido. Las normas del soberano se orientan a asegurar esa subversión de los tiempos modernos, ese giro, subyacente al copernicano, que transforma las relaciones de supeditación de la autoridad temporal política a la espiritual religiosa en relaciones de control de la autoridad espiritual por la temporal. También la ley positiva se convierte progresivamente en fruto de un conocimiento experto, de un juicio técnico cuya función consiste en asegurar un orden político cada vez más complejo.

De esta subversión institucional, intelectual y jurídica surge la idea de que la *ética política* ha de ser también independiente (y, a veces, rival) de la *moral religiosa*. Aquella puede ser y ha de ser consensuada, ésta depende de convicciones particulares de quienes adoptan o profesan un determinado credo. Pero como hasta entonces la autoridad religiosa había tenido como principal función la orientación ética de los fieles, la misma idea de que la ética ha de ser independiente de la religión conduce a la creencia de que es necesario distinguir entre preceptos éticos de carácter político y preceptos éticos de tradición religiosa. Una ética universal sería aquella que pudiera *valer* para cualquier ciudadano independientemente de cual fuese su creencia religiosa, y una ética religiosa sería aquella que pudiera *añadir* cualquier ciudadano a su ética política en el caso de que, además, tuviera creencias religiosas. La ética universal basada en razonamientos o motivaciones políticas cabría denominarla “ética pública”, ya que puede ser exigida por imperativos políticos o sea de derecho público, mientras que la ética añadida por principios o creencias religiosas debería quedar reservada, en lo relativo a la necesidad de su cumplimiento, a la conducta “privada”<sup>2</sup>.

## 1.2. La libertad como raíz de la autonomía

La idea de expresar en una Declaración Universal los Derechos Humanos responde a esta creencia de que debe haber principios universales de naturaleza ética definibles políticamente con independencia de los credos y creencias religiosas e imponibles como límites al ejercicio leviatánico de la autoridad política. Aunque la Declaración de 1948 prescinde de cualquier referencia doctrinal explícita no cabe duda alguna de que expresa una mentalidad muy particular, característica del devenir ilustrado de la sociedad occidental cristiana. Los contenidos de la Declaración presuponen el principio de separación de Iglesia y Estado. Que la separación es, en sí misma, conveniente es una idea típicamente occidental que se encuentra razonada principalmente en Hobbes y Locke. Su función es distinguir el ámbito público de la moralidad, al que a partir de ahora designaremos con el nombre de “ética”, de lo que ha venido en llamarse la zona no pública,

<sup>2</sup> Sobre este tema cfr. NÚÑEZ LADEVÉZE, L.(2000): *La ficción del pacto social*. Madrid, Tecnos. Especialmente, 45 y ss.

que a veces impropriamente se denomina “privada” y que denominaré “moral social” (NÚÑEZ LADEVÉZE, 2000: 102 y ss.). La idea que subyace a esta distinción no se reduce a estimar que los imperativos éticos, por ser públicos, han de prevalecer sobre los imperativos morales, por no serlo (o ser “privados”), sino que entre muchos de sus patrocinadores se piensa que, para garantizar el bienestar y la concordia sociales, basta con cumplir los imperativos éticos pues son los políticamente útiles. De este modo la idea de que la ética es independiente de la creencia o de la convicción conduce a menospreciar las fuentes de moralidad basadas en las creencias y a tratarlas como si sólo fueran fetiches, supersticiones o complejos represivos.

Pero, concebida de este modo, la política queda reducida a un inventario de normas instrumentales basadas en el supuesto compartido por Hobbes, Hume, Kant y Stuart Mill de que la libertad consiste en poder hacer cualquier cosa que no perjudique a los demás<sup>3</sup>. La fórmula es incitante pues suministra un criterio de racionalización instrumental de la ética. En todo caso el *otro* es la condición que delimita *mi* iniciativa. La libertad en sociedad es la resultante de la mutua interrelación de individuos autónomos, libres para actuar mientras no se perjudiquen entre sí. Si la ética es el resultado de este proceso es natural que se admita el acuerdo entre voluntades como único fundamento del contenido de las reglas. Hay *tres objeciones* que se pueden hacer, no obstante, a la creencia de que se pueden determinar las reglas morales mediante acuerdo contractual entre sujetos conscientes cuya libertad se autolimita recíprocamente.

La *primera* podemos calificarla de *humeana*. Hume objeta la posibilidad misma de que el acuerdo racional entre compromisarios pueda sustituir a los procesos históricos de elaboración de normas. La tradición y la costumbre, los ritos y las religiones, resultan de un proceso de transacción socialmente cooperativa que es mucho más adecuado que cualquiera otro procedimiento de elaboración de normas, pues en ellos se condensa, expresa y procesa la información de innumerables generaciones. Por esta razón, cada pueblo tiene el derecho de vivir conforme a sus propias creencias y tradiciones. La objeción de Hume se basa en mostrar que las tradiciones y costumbres son insustituibles como reglas de moralidad porque regulan la información de un modo similar a como el mercado procesa los juicios de valor de los distintos actores a través del dinero, medio de intercambio de todas las preferencias subjetivas, los hablantes procesan los significados comunes a través del lenguaje cuyos signos expresan el valor común de todas las transacciones lingüísticas y los distintos gustos estéticos representan estratos implícitamente organizados de preferencias y exclusiones axiológicas.

La *segunda* objeción también es, en parte, *humeana*. Se funda en la idea de que es imposible pretender que pueda expresarse un primer principio que sea, a la vez, base o supuesto para el comienzo de un proceso deductivo. Pero, esta objeción formal se puede completar con la objeción material a que el principio adoptado como primero, lo sea realmente. En realidad, el deductivismo instrumentalista parte de un supuesto que considera como axioma, pero que, a poco que se examine, no puede considerarse como primer principio. El axioma consiste en concebir la libertad como un proceso articulado entre sujetos conscientes, plenamente racionales y capacitados, por tanto, para negociar las normas a las que habrá de ajustarse su conducta. Es la idea del pacto social resucitada modernamente por Rawls.

La *tercera objeción* es más sustantiva (pero también tiene base en la crítica de Hume a Hobbes, aunque no sólo en él). Se refiere a que si se supone que, como dice Hobbes, el principal rasgo de la conducta humana es su libertad, el otro es el impedimento de que yo sea libre. Eso significa que no puedo como punto de partida considerar al otro como un amigo, sino como un enemigo, ya que es la causa o el motivo de que mi más preciado don, la libertad, sea limitado, y tenga menos amplitud que si el otro no existiera. El otro, no sólo es un lobo para mí, es antes que nada un estorbo.

<sup>3</sup> Sobre este tema cfr. NÚÑEZ LADEVÉZE, L. (2005) *Identidades humanas*. Madrid: CEPC.



### 1.3. El problema del sujeto

Aceptemos provisionalmente de todos modos el axioma. El contenido de la ética, las reglas de orden de ese proceso, resulta de la transacción deliberativa, o sea del acuerdo entre individuos deliberantes. El equilibrio resultante de la interacción de voluntades autónomas sometidas a reglas orientadas a evitar interferencias entre unas y otras se denominará *orden social*. La idea es teóricamente atractiva pero, cuando se examina, se advierte que carece de suficiente fundamento. Se basa en una ficción sobre quién es el sujeto de la libertad que da por resuelto lo que constituye el problema esencial. Lo problemático procede de que hay que disponer previamente de un criterio para distinguir entre lo que Kant denominaba “el sujeto activo”, capaz de negociar derechos y de representar sus intereses por sí mismo, del “sujeto pasivo”, aquel que por ser incapaz de defender los intereses por sí mismo ha de ser protegido por los sujetos activos. Pero si los que negocian son sólo los sujetos activos, ¿qué garantías tendrán los sujetos pasivos de que sus intereses serán protegidos por los primeros? El concepto instrumentalista de libertad solo puede aplicarse a sujetos activos, pero es inaplicable a los pasivos. Para saber quién ha de ser protegido incondicionalmente, aunque no se espere ninguna utilidad a cambio de esa protección, es necesario determinar un principio que trascienda, por definición, cualquier supuesto utilitario o que se base en *la ficción de que todos somos igualmente capacitados para negociar* las normas a que ha de ajustarse la conducta en común.

En la exposición de muchos liberales que consideran que la libertad de uno comienza donde acaba la de los demás, parecería que la sociedad estuviera compuesta únicamente por sujetos cartesianos o emilios rusonianos, individuos excogitantes plenamente conscientes y con capacidad de obrar por sí mismos. Pero los seres humanos responden a este patrón sólo temporalmente, no nacen con esa capacidad, sino que la adquieren progresivamente y muchos no llegan a alcanzarlo nunca. Por ello, el orden social no puede ser el resultado del equilibrio entre sujetos formalmente iguales ante la ley, porque la propia ley no puede reconocer que todos los seres humanos sean igualmente libres ante ella <sup>4</sup>.

### 1.4. Tolerancia y verdad

En consecuencia, es difícil pretender que pueda haber un orden político instrumental separado de algún tipo de fundamentación de naturaleza sustantiva sobre qué condiciones ha de reunir un individuo para que la ley haya de considerarlo humano en todo lo concerniente a la protección jurídica de su dignidad o de sus Derechos Humanos. Sin embargo, es también imprescindible encontrar un orden instrumental, pues no todos los sistemas sustantivos de moralidad son compatibles entre sí, y la diferencia de criterios morales de naturaleza sustantiva o religiosa es una de las principales fuentes de discordia social. Locke establece como criterio instrumental el *principio de tolerancia* justamente porque comprende la dificultad de asegurar la convivencia pacífica entre personas que defienden opiniones religiosas incompatibles.

Obsérvese que el principio de tolerancia no implica la aceptación de que todos los sistemas de reglas tengan el mismo valor, sino que se articula como un supuesto para asegurar la convivencia entre identidades que pueden ser incompatibles. En cierto modo se corresponde con el principio democrático entendido como un método para decidir a quién ha de corresponder el poder político. La democracia representativa (o gobierno representativo como lo llamaba Stuart Mill), es un cómputo de opiniones para decidir entre todos quién ha de adoptar las decisiones que a todos obliguen aunque no todos las compartan, pero no un tribunal que decide quién posee la verdad y quién está equivocado. Es revocable porque se trata de un proceso de opiniones, un juicio sobre la viabilidad de un programa o la confianza que merece alguien para llevarlo a cabo en uno u otro grado.

---

<sup>4</sup> Más desarrollo sobre estos aspectos en NÚÑEZ LADEVÉZE (1995).

Un proceso de opiniones no se propone dictar la verdad ni imponer una ética, sino comprobar si un juicio de confianza en un programa o en líder se cumple en un u otro grado o no se cumple. Es por naturaleza revocable porque tiene un valor hipotético, no deja de conjeturar. Esa es la raíz de la democracia representativa, y por eso suele decirse que es un régimen de opinión pública. De aquí que sea muy distinto de quienes conciben la democracia deliberativa como un procedimiento para determinar principios éticos de naturaleza pública.

La democracia asamblearia a la que hace referencia Rousseau en el libro IV de *El contrato social* era de esta clase. Es un proceso de decisiones políticas encaminado a distinguir quién está en el error y quién es poseedor de la verdad. La verdad no es preexistente o independiente de la voluntad, porque depende de la decisión de la asamblea. Concebida de este modo, la voluntad general actúa como un tribunal, pero con la diferencia de que no está sometido a las condiciones de un proceso de verificación que indaga quién tiene razón o quién ha cometido un delito, sino que directamente vota sentencias. Su carácter utópico queda encarnado en el protagonista de aquella fábula que iba contento a la guillotina porque la asamblea había dictaminado que era un criminal y, por tanto, al identificarse con la voluntad de la asamblea que lo condenaba, reconocía merecer ser reo del castigo. Tradiciones laicistas del republicanismo democrático que se proponen dictaminar por métodos deductivos o deliberativos los principios comunes de la ética pública reflejan esa mentalidad <sup>5</sup>.

## 2. Sobre mínimos y máximos éticos

He sugerido que una ética que proceda de un consenso deliberativo (o sea, *ex post*) no puede asegurar un comportamiento moral cuando no haya motivación instrumental para ello. Hume y los utilitaristas tienen razón cuando aseguran que la solidaridad necesita (*ex ante*) de algún asiento sentimental, de los lazos afectivos, y que no puede emerger de la deliberación intelectual de cuán conveniente sea cumplir reglas. Quienes pretenden estimular la convivencia moral sobre la base de un mínimo ético acordado por conveniencias políticas renuncian a comprender que la autoestima, la exigencia y el rigor para con uno mismo son condiciones intrínsecas de cualquier planteamiento moral digno de este nombre.

### 2.1. Neutralidad aconfesional y laicismo

Si definimos, pues, la “ética” como el contenido de moralidad exigible por el Estado, podríamos definir la “moral” como el contenido ético no exigible políticamente pero al que estamos obligados por el hecho de ser personas que viven junto a otras, a superar nuestras limitaciones, a ser dueños de nuestra corporalidad y de nuestras sensaciones, a controlar nuestros afectos y a ser coherentes con nosotros mismos en la medida en que los demás necesitan de nuestra coherencia para saber a qué atenerse cuando comprometemos nuestra palabra y, en suma, nuestra dignidad.

La ética constituye, pues, el mínimo imprescindible regulable coactivamente para que los demás sepan a qué atenerse respecto de nuestra conducta, aunque no puedan asegurarse de nuestras intenciones; el ámbito en el que nuestra libertad no debe entorpecer a la ajena, el cuántum de moralidad políticamente exigible por la sociedad. Pero la norma moral no puede limitarse a la ética pública, a las leyes políticas que impiden que nuestra conducta resulte hobbesianamente agresiva e interferidora de la voluntad o de los intereses

---

<sup>5</sup> No siempre es fácil en la práctica distinguir entre las implicaciones de una u otra actitud. Un ejemplo puede ser la utilidad de una *Educación para la ciudadanía*. En una sociedad democrática receptora de inmigrantes de procedencias e identidades distintas esta disciplina puede ser conveniente desde ambos puntos de vista, pero su enfoque será muy distinto para una y otra. En el primer caso tendría solo un valor instructivo, y de contenidos muy limitados; para el segundo, tendría una función mentalizadora, un contenido imperativo vinculado a la particular visión ideológica del laicismo.

de nuestros convecinos. Trataré de mostrar que, por fundamental que sea para asegurar la convivencia pacífica, *el principio de recíproca tolerancia* en el que se funda la neutralidad moral del Estado no puede ser la *única* base para organizar la convivencia. Toda constitución presupone algún criterio *sustantivo*, como es *la obligación de garantizar la vida a quienes no son capaces de asegurársela por sí mismos*, ante el que no es posible ser neutral.

Para que se entienda más adecuadamente este planteamiento, distinguiré *dos criterios de neutralidad estatal*. El principio de tolerancia lockiano es el más razonable y el aplicable a este problema en nuestras sociedades postmodernas, donde el pluralismo moral se convierte, a veces, en beligerante disidencia. Pero el punto de vista de Locke consiste en que *la tolerancia presupone que el tolerado tenga criterios morales*, contrasta con otras opiniones expuestas en nombre de la modernidad democrática, principalmente con la de Rousseau, los marxistas y el radicalismo intransigente según lo cual *todas* las reglas éticas han de concertarse democráticamente sin presuponer que los ciudadanos tengan criterios morales. El Estado no es neutral sino que *impone una ética* que, por decidida democráticamente, la declara neutral.

Según el punto de vista de Locke, el Estado tiene como función conseguir alguna perspectiva desde la que armonizar criterios contrapuestos, supuestos de moralidad que pueden entrar en conflicto pero que se deciden, se expresan, se viven, desde *fuera* del Estado. Según el punto de vista de Rousseau, el Estado tiene la decisión sobre la moralidad, ya que la fuente de moralidad es el contrato en la asamblea estatal, y los individuos *tienen que* reconocer que, si su criterio no coincide con el del Estado, es porque están equivocados (Cfr. *Contrato social* L. IV cª II). La diferencia afecta a la naturaleza, límite y funciones del Estado. Para Locke, y los que siguen su tradición, la potestad del Estado ha de ser *limitada*. No ha de tener más competencias morales que la instrumental de que sirvan para remediar los conflictos que, por motivos morales, los ciudadanos se plantean fuera del Estado.

## 2.2. Imparcialidad del estado democrático aconfesional

Matizaré que, desde mi punto de vista, hay que distinguir entre “aconfesionalidad del Estado” y lo que, a veces, se suele entender por “Estado laico”<sup>6</sup>. Esta expresión, “Estado laico”, puede resultar ambigua en la medida en que el *laicismo* se define o frecuentemente se manifiesta como una corriente ideológica y, por tanto, como un conjunto de opiniones positivamente definidas que simplificadaamente se caracterizan por su rechazo de la religión y, más simplificadaamente aún, por su negación del cristianismo como religión capaz de competir o de rivalizar desde dentro mismo con los planteamientos laicistas. Resulta sintomático que el laicismo ideológico sea mucho más indulgente con religiones lejanas a la tradición democrática que con el cristianismo que está en el origen de la democracia liberal y de la racionalidad europea ilustrada. Desde mi punto de vista un Estado laico, en el sentido que para Kymlicka tiene la expresión “Estado neutral”, ha de ser imparcial también entre los conflictos que se puedan plantear entre una ideología laicista, que, desde este punto de vista, es solo una identidad más que tener en cuenta, y las distintas confesiones religiosas<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> NÚÑEZ LADEVÉZE, L. 2007: Tensión entre la libertad religiosa y otros derechos fundamentales. Perspectiva occidental a la dimensión de los derechos. MADRID. Escuela judicial.

<sup>7</sup> KYMLICKA, Will (2003): *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Paidós. Barcelona. (Oxford univ. press, 2001). Sobre el sentido de “la educación para la ciudadanía” véase KYMLICKA, Will (2001): “Educación para la Ciudadanía”, in COLOM GONZÁLEZ, Francisco (ed): *El espejo, el mosaico y el crisol: Modelos políticos para el multiculturalismo*. Barcelona: Anthropos. La “educación para la ciudadanía” es una sugerencia para procurar la adaptación de las minorías inmigrantes cuya identidad cultural o religiosa no es compatible con el mínimo ético basado en los principios democráticos de libertad individual y de conciencia. Se trata de asegurar la convivencia en una sociedad democrática entre identidades que pueden resultar incompatibles. Pero no es (o no debe ser) un “adoctrinamiento” para imponer una ética laica como se ha interpretado en España.

Ese mínimo de condiciones éticas *neutralizadas* o independientes de los principios morales socialmente compartidos por grupos étnicos, religiosos o culturales es indispensable para asegurar la convivencia en los países democráticos. Mas teniendo en cuenta que el proceso de internacionalización del mundo contribuye a que el pluralismo se extienda, hay que admitir que ese conjunto de normas positivamente expresado tiende a generalizarse. De aquí que sea necesario que se encuentre algún principio universal común a ambos supuestos normativos, un nexo *sustantivo* que asegure la compatibilidad entre los sistemas de normas que puedan derivarse de cada uno de los supuestos. Se presume que la Declaración Universal de Derechos Humanos sirva de nexo. Sin embargo, es obvio que los problemas morales que se plantean en las sociedades modernas proceden de que la Declaración no es garantía suficiente para establecer un *mínimo ético común sustantivo*. La discrepancia procede de que no hay un supuesto a partir del cual definir una sustancia moral que sirva de base al acuerdo sobre el mínimo de moralidad innegociable definida positivamente. Partidarios de que la ética sea mínima y neutral no están dispuestos a aceptar que pueda haber un fundamento moral universal y previo a todo compromiso, por lo que son impotentes para proponer lo que, en consecuencia con su actitud, queda fuera de su alcance: un criterio universal que sea aceptado por los negociadores por su evidencia y no por la conveniencia de los negociantes de llegar a un acuerdo<sup>8</sup>.

La idea kantiana de libertad pretendía delimitar ese criterio que Rawls renovó actualmente en su *Teoría de la justicia*. Sin embargo, es imposible deducir de un acuerdo sobre el procedimiento de resolver conflictos quiénes han de ser los sujetos legitimados para imponer el acuerdo a quienes no participan en el proceso deliberativo, como también es imposible deducir de un acuerdo procedimental un principio sustantivo. Es necesario encontrar un nexo que articule la compatibilidad interna del conjunto de normas instrumentales con el de normas sustantivas. El nexo que permita incluir en las competencias del Estado no solo el procedimiento de resolver las discrepancias morales sino también *la parte de moralidad sustantiva que ha de servir de fundamento de la Tolerancia a la Imparcialidad del Estado y que se presenta en forma de Declaración Universal*.

Si ese nexo existiera no podría ser objeto de transacción o de convenio pues es justamente la insuficiencia de fundamentos de las normas alcanzadas por transacción o convenio lo que hace necesario que haya de encontrarse algún supuesto de compatibilidad entre órdenes normativos diferentes. Dicho de otra manera, del principio de tolerancia no es posible deducir un orden ético sustantivo, pero un orden ético que carezca de una base sustantiva no podrá servir de garantía suficiente para proteger a quienes no pueden defender sus intereses particulares por sí mismos. Si no fuera así, no sería necesario más criterio normativo que el ético, pero como es así, no toda la moralidad puede reducirse a la ética transaccional ni deducirse del mínimo imprescindible para asegurar una convivencia pacífica entre partidarios de órdenes sustantivos distintos y, a veces, incompatibles de moralidad. No puede reducirse ni deducirse porque si se prescinde de la fundamentación sustantiva de ese “mínimo” se prescinde *eo ipso* del acuerdo mismo, ya que se discutirá si ese “mínimo” protege o no a los incapaces de pactar, y la idea de que hay un acuerdo se convertirá en una ficción dogmática para que los que están de acuerdo excluyan a quienes, de hecho, no lo están.

Pero el imperativo político es insuficiente para garantizar un mínimo de ética socialmente estable. Del cumplimiento de las normas políticas no se deriva que la sociedad política sea mejor o peor, sino que funcione de manera más o menos ordenada por imposición (democrática) de unas voluntades sobre otras. El orden de la ética política, por basarse en la necesidad instrumental o utilitaria de asegurar la convivencia, es de naturaleza regulativa y administrativa; no así el orden moral. La idea de una sociedad política moralmente perfecta tiene poco sentido, porque la perfección política de la sociedad se agota en la articulación de las

---

<sup>8</sup> Un cambio importante en este aspecto y una perspectiva interesante para tratar el tema desde posiciones que no pueden tildarse universalistas en la nueva actitud de Habermas: HABERMAS, J (2002): *El futuro de la naturaleza humana ¿hacia una eugenesia liberal?* Paidós. Barcelona, 2002. (V.o. Francfort: Surhkamp Verlag, 2001). Sobre este particular véase NÚÑEZ LADEVÉZE, L. *Identidades humanas...*111 y ss.

libertades personales. Aunque se cumplieran exhaustivamente todas las reglas políticas que regulan el orden social, la sociedad no sería, moralmente hablando, mucho mejor de lo que es. Que la sociedad sea un ejemplo de orden político no es prueba suficiente de que sea un ejemplo de orden moral porque el que no haya motivos para encerrar a ningún ciudadano en la cárcel no es prueba de que los ciudadanos se comporten solidariamente. El imperativo moral es más abarcador que el político. Absorbe por completo a la persona. Evidentemente hay muchos actos que no son, en sí mismos, morales, pero que indirectamente lo son por ser personales. La persona es el sujeto de autonomía moral y toda su actividad queda directa o indirectamente impregnada de su sustantividad moral. Todo comportamiento queda supeditado a la intencionalidad de la conciencia moral.

### 3. Insuficiencia del cooperativismo positivista

MacIntyre ha escrito que “una comunidad que contempla su vida como dirigida hacia un bien compartido y que proporciona a esta comunidad sus tareas comunes, necesitará articular su vida moral en términos tanto de virtudes como de ley”. Mi sugerencia es que la ética corresponde al ámbito de la ley, y la moral al de la virtud. Lo primero es un asunto que concierne a la organización política de la colectividad; lo segundo a la integración de personas autónomas que se esfuerzan por vivir virtuosamente sus convicciones morales. Pero para vivir algo hay que poseerlo previamente. La modernidad se ha empeñado en reducir toda la moral a la ética y a la ley, y esa es causa de la zozobra, fragmentación y dispersión de las democracias occidentales. A base de insistir en que el fin político de la persona es convivir pacíficamente con los demás se ha olvidado que el fin moral de la persona es su propia perfección como persona. La moral engloba la ética y, a la vez, la trasciende.

#### 3.1. El realismo social

Nos sometemos a normas para evitar que nos hagamos daño, porque somos animales peligrosos que, a veces, nos aprovechamos de la inferioridad de los demás. También somos calculadoramente cooperativos porque podemos intercambiar nuestras ventajas por las ajenas y compensar nuestras desventajas con las suyas. De aquí que no sea necesario que nos sometamos a normas que nos obliguen a cooperar porque la expectativa de obtener alguna ventaja mediante la cooperación no requiere de más aliciente para que nos decidamos a hacerlo. Como la cooperación es resultado del trabajo, si se nos obliga a cooperar sin permitirnos obtener alguna ventaja rehuiremos esforzarnos cuando podamos eludirlo. Trabajamos más activamente si, además, percibimos que de no hacerlo puede perderse la ventaja que esperamos obtener. Por eso, si la obtención de una ventaja no depende de que trabajemos, somos menos cooperativos.

El comunismo no fracasaría si nuestra cooperación no disminuyera cuando sabemos que la ventaja que esperamos obtener no depende de que trabajemos, o si, para asegurar la cooperación, bastara una norma que nos incitara a cooperar. Pero si se trata de cooperar, la norma es más bien un estorbo que un requisito, porque en lugar de dejarnos elegir el modo como podemos aplicar nuestro esfuerzo, lo encauza o lo dirige, lo planifica, sin esperar a consultarnos. Mas nadie puede saber mejor que uno mismo qué necesita y qué le sobra, cómo aplicar su trabajo, dónde y cuándo aplicarlo y a cambio de qué. No puede asegurarse que haya cooperación si no hay un riesgo de perder la ventaja que podemos obtener por cooperar. Así, pues, no cooperamos porque se nos obligue o porque debamos hacerlo sino porque resulta útil y porque no hacerlo suele ser más perjudicial que su contrario. Todo el que trabaja espera alguna gratificación por su

esfuerzo. Pero si la gratificación estuviera asegurada de antemano, nos ahorraríamos el esfuerzo realizado para obtenerla. Este utilitarismo *humeano* es suficiente para asegurar la cooperación social entre personas que recíprocamente compensan lo que les falta intercambiándolo por lo que les sobra.

Pero este cálculo utilitarista sobre el que Adam Smith cimentó su investigación para contribuir a la riqueza de las naciones sigue siendo insuficiente para explicar la condición social del hombre. Hay comportamientos humanos, básicos, elementales, de los que depende la supervivencia misma de la sociedad, que son irreductibles a cualquier criterio de utilidad. La subsistencia personal, la de cada uno, sólo se garantiza si alguien, por lo común nuestros padres, se sacrifica sin esperar contrapartida alguna. Ni siquiera los lobos lo son tanto como Hobbes presume que lo son los seres humanos.

La sociedad humana está poblada por seres débiles cuya vida no es útil para los demás y cuya subsistencia depende de una solidaridad no instrumentalizable: los concebidos, los niños, los discapaces, los enfermos, los enajenados mentales y los ancianos. Estas personas, que somos todos y cada uno en alguna de las fases de la vida, no pueden quedar a merced de la mera expectativa de que el intercambio cooperativo pueda resultar beneficioso para alguien. De aquí que no sea suficiente fundamento de la solidaridad social necesaria para asegurar el mantenimiento de la sociedad humana el utilitarismo cooperativo diseñado por la tradición anglosajona de Hume a James y Stuart Mill. De la incapacidad para ser útiles surge nuestra *obligación* de cooperar, pues sólo cooperando desinteresadamente sin esperar nada a cambio se puede garantizar la subsistencia.

*Ser social ¿por naturaleza?* según la célebre definición de Aristóteles, *consiste en que los condicionamientos naturales convierten en obligación natural la cooperación con el más débil como condición de subsistencia de la propia sociedad.* Por esa misma razón, la libertad política no puede concebirse, ni como dice Mill ni hobbesianamente, como el equilibrio de individuos capaces de defender sus intereses que interactúan en igualdad de condiciones legales, pues no todos los individuos interactúan en esas condiciones. De hecho, ninguno puede hacerlo durante buena parte de su existencia. Hace falta, pues, un *plus* ético que no puede emanar de las motivaciones instrumentales que justifican la neutralidad ética del Estado, ya que de estas motivaciones utilitarias no se deduce ningún principio de protección a los inútiles. Si se parte del supuesto *humeano* de que el Estado solo garantiza la ética mínima necesaria para la convivencia, y que la cooperación es fruto de la mutua compensación de utilidades, entonces la solidaridad con los débiles queda en una *zona de incertidumbre*: no puede ser impuesta políticamente ni exigirse jurídicamente ni sancionarse penalmente, y, sin embargo, esta solidaridad es una *conditio sine qua non* de la armonía social.

### 3.2. Instrumentalismo ético

Lo cierto es que los liberales positivistas jamás redujeron la moral, como ahora suelen hacerlo los radicales, a las reglas políticas de reciprocidad. La apelación de Hume al sentimiento universal de benevolencia es una muestra. Pero Hume, cuya explicación es contradictoria, es el responsable, en gran parte, de esa reducción utilitarista de la moral. Por un lado, dice: “la *obligación moral* está en proporción con la *utilidad*” (*Investigaciones*, & 33); “la conveniencia pública es lo que regula la moral” (*Id.* & 39); “la utilidad pública de estas virtudes (se refiere a las “virtudes sociales” o “públicas”) es la circunstancia principal de la que derivan sus méritos” (*Id.* & 41); por otro, “todo hombre tiene una fuerte conexión con la sociedad y se da cuenta de la imposibilidad de subsistir en solitario” (*id.* & 42). Muy aristotélicamente, apela al “afecto de los padres, que es el lazo más fuerte e indisoluble que se da en la naturaleza” (*Id.* & 65). Pero su filosofía no puede dar cuenta de un concepto de “naturaleza” que permita entender al hombre como un *ser no sólo biológica sino también*

*moralmente natural*, es decir, como alguien que ha de cumplir determinadas normas morales, no sólo por motivos *instrumentales*, sociales o públicos -que es lo que el Estado positivista garantiza- sino también por motivos *naturales* (que son los que nos obligan e inducen a sacrificar nuestro interés para ayudar al débil).

Hume incluye las motivaciones naturales en las instrumentales, pero excluye la posibilidad de entender la biología *natural* como una condición *espiritual*, y no sólo material, que explica lo *social*. Tiende a identificar lo moral con los *sentimientos* hasta el punto de precisar que “nuestro juicio corrige o trata de corregir lo que se nos presenta, pero *no es capaz de prevalecer sobre nuestro sentimiento*” (*Id.* & 53, n. 37; el subrayado es mío), todo lo que diga sobre la moral natural dependerá exclusivamente de “los sentimientos”, y cualquier sentimiento que nos determine justificará la conducta que adoptemos. Así no es posible articular una moral que incluya alguna norma incondicionalmente cooperativa, pues puede que el “afecto de los padres” sea el “lazo más fuerte e indisoluble que se da en la naturaleza”, pero, por utilizar el lenguaje de Hume, eso es una condición “de hecho”, no “de derecho”. Si nuestro “sentimiento de progenitores” no respondiera a que ese “lazo indisoluble” es una obligación moral y no un mero hecho instintivo, entonces de nada servirá que se diga que el lazo es indisoluble pues cualquier padre lo podrá disolver simplemente con *sentir* que necesita disolverlo. Y ese es exactamente el punto de vista que se impone en las sociedades del bienestar en el tratamiento, sin duda instrumental, del aborto (y de la eutanasia, sea dicho de paso).

Una ética reducida a asegurar la convivencia pacífica entre personas que interactúan no puede ofrecer motivos para el sacrificio del interés egoísta en beneficio del más débil, del que no puede proporcionarnos utilidad o contraprestación alguna. Que este argumento “instrumentalista”, propio de una moral concebida como el equilibrio de competencias recíprocas de actores que interactúan, lo proclamen muchas veces quienes más se distinguen por denunciar la insolidaridad de la competencia mercantil y lo expongan en nombre de la solidaridad, es una de las más paradójicas incongruencias de la discursividad contemporánea. Una ética concebida como un método para evitar la violencia, y una libertad de raigambre leviatánica según la cual es lícito y moralmente equivalente todo lo que no perjudique a los demás, resulta tan delicuescente que no puede servir de base para garantizar ni siquiera el mínimo ético que el Estado necesita asegurar.

Según Locke, en cuya obra se funda la Teoría del Estado Limitado, la capacidad deliberativa en la democracia ha de ser limitada porque de otro modo el cumplimiento de las normas morales no correspondería al plano de la conciencia o de la intención de los ciudadanos sino al plano político y el Estado tendría la facultad de actuar contra la voluntad de los ciudadanos aun en el caso de que fuera contraria a su conciencia. De hecho este segundo supuesto sirve de base al planteamiento de Rousseau, heredero, en gran parte, del *Tractatus theologicus politicus* de Spinoza. Según Rousseau, el Estado, a través del pacto social, o sea de la Asamblea deliberativa de los ciudadanos, es la fuente de la moralidad y, por tanto, a él corresponde la función de decidir las normas morales. En la actualidad, caído el marxismo, que era el heredero intelectual de Rousseau y Spinoza, lo que se discute es los límites de la capacidad del Estado, en términos más bien lockianos, aunque no siempre de modo tan congruente que en el fondo no se piense y en la forma no se argumente en términos rusionianos o espinozianos.

## 4. Limitación del principio de igualdad ante la Ley

Trato de mostrar que, por fundamental que sea para asegurar la convivencia pacífica, el principio de tolerancia y de neutralidad pueda servir de única base para organizar la convivencia. Ahora trataré de mostrar, como corolario, que no es posible que la Constitución de un Estado deje de presuponer algún principio de protección del más débil, de la infancia, de los incapacitados y de los ancianos, principio que, por no proceder de un criterio *instrumental*, o sea derivado de los intereses de actores capacitados para defenderlos en la interacción social, denominaré *sustantivo*. Hume reconoce ese principio sustantivo cuando habla de un “sentimiento” o “inclinación natural”, pero lo desmiente al reducir lo “natural” a mero “sentimiento”. El sentimiento no es tan “natural” si no es universal, si no tiene la fuerza de obligarnos en el caso de que no lo sintamos como nuestro. Pero Hume no puede dar mejor respuesta a la obligación moral que la de que, de hecho, *todos* tenemos un sentimiento de benevolencia. Pero si no tenemos ese sentimiento que Hume proclama que tenemos por acorde a ¿nuestra *naturaleza*?, no hay ninguna razón para que obremos de la forma que los sentimientos incitan a actuar a los demás si resultare que a nosotros no nos incitan del mismo modo. Si no hay una naturaleza normativa previa es inútil apelar, como Hume, a que el sentimiento de protección de los progenitores hacia su hijo procede de la naturaleza, pues basta con que el padre no lo sienta para que no actúe como si tuviera lo que, de hecho, no tiene.

### 4.1. Límites del principio de Tolerancia

El principio de Tolerancia no sólo es *instrumental* (se trata de tolerar al prójimo para asegurar la convivencia pacífica entre discrepantes morales) sino *restrictivo*, no universal, pues sólo es aplicable a los previamente capacitados para defender sus intereses. El ciudadano sujeto de derechos y deberes que ha de tolerar a otro ciudadano sujeto de derechos y deberes, no es más que una *parte* de la comunidad como conjunto de todos los sujetos que merecen protección jurídica. Si no hay una noción previa de persona es imposible asegurar que se aplique sin restricción discriminatoria. Pero la definición que se ofrezca no puede depender sólo de criterios científicos, por ser hipotéticos y revisables, ni sociológicos, por ser relativos.

La comunidad política democrática está formada por ciudadanos que han de tolerarse recíprocamente unos a otros y por personas que han de ser protegidas, a veces, incondicionalmente, por intolerantes que sean. Un demente, un recién nacido, un anciano han de ser socialmente protegidos, independientemente de que sean tolerantes o intolerantes. El principio de tolerancia *no es, pues, un principio universal* ni el primero de los principios en que se funda la organización política democrática pues si lo fuera tendría que ser universalmente aplicable. Sin embargo, cuando en nombre del Estado se trata de aplicar el principio de neutralidad y de tolerancia se interpreta como si de hecho fuera lo que no es: una pauta de aplicación universal que pudiera valer para todos los seres humanos que han de padecer -y no sólo disfrutar- las consecuencias de las normas del Estado. Pero ocurre que a base de repetir que todos somos iguales ante la ley se ha llegado a creer que es verdad que todos somos legalmente iguales unos a otros. Eso no es cierto ni para la propia ley. El principio de igualdad ante la ley debería enunciarse así: “todos los que la ley declara iguales han de ser tratados por la ley como iguales”.

Muchos confunden la igualdad humana con una igualdad legal imaginaria. Pero los niños no son iguales ante la ley a los adultos. Hay que tolerarles comportamientos que a aquéllos no se les admite. Por eso se les exige y castiga menos y se les protege más. También los enfermos, los ancianos y los discapacitados, que no



pueden disponer de sus facultades físicas o mentales, han de ser protegidos y no solamente tolerados. Por tanto el principio de igualdad ante la ley no se puede confundir con el de igualdad humana universal porque *no todos los individuos son iguales ante la ley*. Sólo son legalmente iguales las personas definidas por la ley como iguales. ¿Por qué razón o cómo se justifica esa, lo pongo entre comillas, “discriminación” del principio de igualdad legal?

## 4.2. Razones sustantivas y defensa de intereses

Ronald Dworkin ha dedicado un interesante estudio al principio de Tolerancia aplicándolo a la regulación legal del aborto en las sociedades democráticas. Su argumentación se basa en la sugerente distinción de lo que llama “fundamentos o razones de carácter autónomo o sustantivo” y “fundamentos o razones de carácter derivado o individuales”. Profundicemos en esta diferencia. Llama “de carácter autónomo o sustantivo”, aquellas razones que no presuponen ni dependen de ningún interés particular; y “de carácter derivado” las que satisfacen intereses particulares o propios de un individuo. Interesa enfatizar el punto de vista de Dworkin de que la oposición al aborto se basa en razones de carácter autónomo o sustantivo y no derivado. Según Dworkin, y creo que tiene razón, el feto no tiene un interés propio en sobrevivir. Adjudicar un interés al feto es una idea exótica porque carece de conciencia. La distinción obliga, pues, a discernir quiénes son los sujetos que pueden expresar y defender intereses propios. En general, esos son los que el derecho reconoce como poseedores de capacidad jurídica y de obrar por sí mismos de modo que cualquier disposición legal que hagan tendrá plenos efectos legales. Son los sujetos definidos por el derecho como *iguales ante la ley*. La norma dispone que son capaces de defender sus intereses individuales por sí mismos.

Si la distinción entre “fundamentos autónomos” y “fundamentos derivados” tiene que ver con la defensa legal de intereses propios frente a aquellos que arguyen motivaciones fundamentales para oponerse a esos intereses, entonces es obligado que nos preguntemos a qué clase de individuos reconoce la ley la plena capacidad de defender sus intereses por sí mismos. Y esto es lo que también se pregunta implícitamente la ley al imponer requisitos para distinguir entre sujetos jurídicamente activos y pasivos, entre quienes tienen capacidad legal y quienes no la tienen. Sólo ciertos individuos, de acuerdo con algún fundamento extraconstitucional que da sentido a la norma, son plenamente iguales ante la ley porque son los únicos que, conforme con tal criterio, están plenamente capacitados para defender sus intereses propios. Sólo traslaticamente podría decirse que un perro tiene interés en conservar su vida, o en conservar el medio-ambiente; tampoco puede hacerlo un feto, ni tan siquiera podríamos decir que un bebé, un niño, un enfermo mental o un incapaz tengan interés como lo tiene una persona legalmente capacitada para ser “igual” a las demás.

En realidad no somos todos, por prescripción de la misma ley, jurídicamente iguales a los demás, sino que *todos podemos llegar a ser iguales* según la ley si se dan las condiciones normales de desarrollo. Pero, ¿cuáles son estas condiciones del “libre desarrollo de la personalidad”? La ley podrá definir las pero no dependen *in toto* de lo que la ley decida. La ley tiene que decidir lo que previamente se reconoce como ser capacitado para defender intereses. La ley puede ser arbitraria porque ni la normalidad ni la anormalidad, ni la cordura ni la demencia, ni la enfermedad ni la salud, dependen, en última instancia, de lo que la ley defina. Así, pues, el problema no consiste en ponernos de acuerdo quienes tenemos capacidad para pactar en una definición que afecta a los incapacitados para el pacto, sino en encontrar un criterio adecuado en el que fundar nuestras definiciones sobre lo que es o deja de ser una condición correcta para estimar que una persona puede valerse por sí misma para defender sus intereses frente a las pretensiones de las demás.

Llegó, pues, a la siguiente conclusión: la distinción entre defensa de intereses derivados y protección a individuos indefensos basada en razones fundamentales no sirve para abordar el debate sobre el aborto como un problema de conflicto de creencias que no pueda ser atendido por una Constitución. No es una discusión entre distintos criterios privados de moralidad que deban tolerarse entre sí porque se les aplicara el principio de neutralidad del Estado. Todo Ordenamiento legal, lo quiera o no, incluye ambos tipos de preceptos: los relativos a la defensa de intereses y los relativos a la protección de quienes no pueden defenderse a sí mismos. Aunque muchos exigen la despenalización del aborto argumentando que *todo* individuo tiene un derecho incondicional a disponer de su cuerpo, eso no se corresponde con la realidad social ni biológica ya que no todos los individuos pueden disponer con la misma libertad de su cuerpo y si la ley permitiera que algunos puedan hacerlo de modo incondicional entonces dejaría en inferioridad a quienes biológica, corporal o psicológicamente no están capacitados para ello.

### 4.3. Presuposiciones constitucionales

Por motivos no declarables expresamente porque son independientes de cualquier declaración, pacto o decisión que se pueda adoptar por una Asamblea, sea o no democrática, la ley tiene que distinguir entre quienes, por utilizar una expresión kantiana, son “sujetos activos” de la ley, o promotores interesados, y quienes son “sujetos pasivos”, o meramente beneficiarios. No pueden ser igualados pues esa igualación situaría a los segundos en inferioridad de condiciones para la defensa de lo que no pueden defender -sus intereses derivados- que acarrearía su plena indefensión. No hay posibilidad alguna de que una Constitución no *presuponga* algún fundamento autónomo, o motivo sustantivo del que el propio ordenamiento no puede dar cuenta, para hacer una distinción entre personas plenamente iguales ante la ley -porque se las reconoce autonomía para decidir por sí mismas cómo han de defender sus intereses- y personas a las que la ley las protege por razones de tipo *fundamental* -ya que no pueden defenderse por sí mismas y ni siquiera se puede decir que sean conscientes de que tengan algún interés en defender algo propiamente suyo, individualmente intransferible: su subsistencia, su vida-.

Muchos reducen el problema del aborto a una colisión entre exigencias *fundamentalistas* de ciudadanos que tienen creencias religiosas acerca de lo que es ser una persona humana y personas que piensan que solo a ellas corresponde decidir sobre su cuerpo. Pero es obvio que no es posible reducir la protección jurídica a sólo lo que tiene conciencia y puede defenderse por sí mismo. El ordenamiento no puede aducir argumento alguno de carácter “derivado” para “fundamentar” esa distinción. No puede, porque la responsabilidad jurídica entre una persona que está en perfecta condición para defender sus intereses propios, y un individuo que no lo está no puede ser *equitativamente* equiparable. Y por esta razón la “igualdad legal” no iguala a todos sino que *distingue* a aquellos que pueden defender sus intereses exigiéndoles más responsabilidades que a aquellos que no están dotados para hacerlo. Todo criterio de “igualdad legal” es discriminatorio.

La discriminación no se puede basar en razones de las que Dworkin llama de tipo derivado, tiene que basarse en razones autónomas, trascendentes a la Constitución en tanto texto pactado por la voluntad de un conjunto de sujetos capaces de defender sus intereses discriminados de un conjunto de sujetos incapacitados para defenderlos. Dworkin se confunde al pensar que un ordenamiento jurídico puede ser un sistema de transacciones entre sujetos que defienden intereses derivados o propios, porque sería un texto discriminatorio. Sólo una razón sustantiva basada en una motivación extraconsensual puede explicar por qué el principio de igualdad ante la ley discrimina entre iguales ante la ley y desiguales, entre plenamente responsables y no plenamente responsables, entre el sujeto que es objeto de la *protección* jurídica y el sujeto que, además de ser objeto de protección, es objeto de *exigencia legal*. Sólo si hay una razón de carácter sustantivo, desinteresada o no fundada en el interés derivado de una conciencia empeñada en hacer valer

sus propias pretensiones, se puede encontrar un sentido a que el principio de igualdad ante la ley sea discriminatorio.

#### 4.4. ¿Podemos ser todos iguales ante la ley?

En suma, lo que se entiende como *igualdad de la naturaleza humana* o de *todos los hombres* es distinto de lo que se entiende por *igualdad* de todos ante la ley. La palabra “todos” en “igualdad de *todos* ante la ley” es discriminatoria, y no puede aplicarse a *todos* los hombres; pero la palabra *todos* en “*todos* los hombres”, o “todas las *personas*”, no puede ser decidida por la ley, ya que su contenido no puede ser acordado por transacción o compromiso político. Si se decidiera así no tendrían sentido los Derechos Humanos, porque, o bien tienen un fundamento en algo previo e incuestionable, a lo que llamamos “naturaleza humana”, que es anterior a los sentimientos sobre lo que ha de ser esa naturaleza, o bien los Derechos Humanos son convenciones relativas, susceptibles de modificación o de pacto y adaptables a las necesidades políticas de cada Estado particular. El “todos” de “*todos los hombres*” se define con relación a “la *naturaleza humana*”. Pero si hay algo así como una “naturaleza humana”, ha de ser trascendente a lo que la ley, los pactos, las convenciones o las decisiones asamblearias digan sobre qué es o no ha de ser, sobre qué ha de protegerse o qué ha de quedar excluido de la protección legal relativa a esa presunta “naturaleza”. Y si no hay una naturaleza humana que incluya en el *input* cromosómico el ingrediente de la racionalidad, el “todos” de la Declaración es aleatorio, arbitrario y equívoco, cualquier cosa menos Universal.

La ley distingue entre los iguales ante la ley y los desiguales que han de ser protegidos para amparar a los desiguales. Así, hay que cooperar con los discapacitados, con los niños y con los ancianos, y no solamente tolerarlos. No se trata, pues, de un supuesto anormal, de una excepción que se imponga a la mujer, por serlo, sino de una aplicación del principio general de que el débil debe ser auxiliado por el que está más próximo, como ocurre con los deberes familiares (que sólo se exigen a los que son padres, o a los que son hijos, pero no a los que no son ni una cosa ni otra) de educación y atención conforme a las posibilidades sociales o la de auxilio al accidentado. La Declaración de Derechos no puede decidir quién es el sujeto reclamante de un “derecho humano” ya que muchos de *los protegidos por esa Declaración lo son justamente porque no están capacitados para reclamar*. Por tanto, la pregunta es: ¿por qué razón se ha de proteger a un niño desde el momento de su nacimiento y no desde el momento de su gestación cuando las razones para proteger a uno y a otro son todas de carácter *fundamental* ya que no pueden serlo de carácter derivado?

La respuesta a la pregunta sobre qué requisitos han de considerarse para que la ley proteja a una persona humana no puede separarse de la respuesta a esta otra: ¿qué es naturalmente -por naturaleza, y no por arbitrio legal- un individuo de la especie humana? Ser persona no es lo mismo que ser sujeto de derechos y de obligaciones. Desde el punto de vista de una ley coherente preguntarse sobre qué es ser persona equivale a preguntarse sobre qué es ser *naturalmente* un ser humano. El criterio para precisar quién es digno de la protección jurídica no puede ser otro que la procedencia *natural*. Cualquier otro sería convencional, caprichoso, interesado o arbitrario. La referencia a la naturaleza ofrece un criterio inequívoco y desinteresado para distinguir, independientemente de que la ley lo sancione o no, entre lo que es ser constitutivamente humanos y lo que es defender un criterio derivado de la propia conciencia.

# Instituto de Estudios de la Democracia

*Presidente*

José Manuel Otero Novas

*Director*

Luis Núñez Ladevéze

*Secretario académico*

Ignacio Blanco Alfonso

*Administración*

Arancha Felipes Alonso

## **Centro de Economía Política y Regulación (CEPYR)**

*Director*

Pedro Schwartz Girón

*Adjunto al Director*

José María Rotellar

*Secretaria académica*

María Blanco González

## **Centro de Estudios de la Transición Democrática Española (CETDE)**

*Director*

Charles Powell

*Secretario académico*

Juan Carlos Jiménez Redondo

## **Observatorio Internacional de Víctimas del Terrorismo (OIVT)**

*Director*

Cayetano González Herмосilla

*Secretario académico*

Pablo López Martín

## **Aula Política**

*Director*

José Manuel Otero Novas

*Secretaria académica*

Tamara Vázquez Barrio

## **Cátedra Alexis de Tocqueville**

*Director*

Dalmacio Negro Pavón

## **Observatorio para el Estudio de la Información Religiosa (OEIR)**

*Comité Consultivo*

Julián Vara Bayón

*Director*

Gabriel Galdón López

*Secretario académico*

Mario Alcudia Borreguero

**Resumen:** No basta con establecer procedimientos electorales para que se pueda hablar de Estado democrático representativo. Ese reconocimiento implica el de la capacidad de las personas para actuar libre e individualmente. Las libertades individuales son, por tanto, requisitos previos de la democracia y no concesiones del poder político. Las llamadas teorías del pacto social son, por eso, teóricamente limitadas, no pueden explicar quiénes son los “sujetos” del pacto, es decir, los llamados a pactar, porque la condición de persona es anterior a la de ciudadano político y no pueden quedar condicionada a los resultados de un pacto. Las teorías del pacto social no pueden dar cuenta de la diferencia entre “sujeto activo” (el que tiene capacidad para negociar) y “sujeto pasivo” (el que, siendo persona, carece de esa capacidad). Si un pacto se realiza en nombre de los representados, el pacto no puede decidir quiénes son aquellos en cuyo nombre se negocia.

**Palabras clave:** Pacto social, democracia, tolerancia, derechos humanos, libertad, igualdad, estado de derecho, persona.

**Abstract:** It is not enough with the establishing of electoral procedures so that it is possible to talk about representative democratic State. That recognition implies the one of the ability of people to act individually free and individually. Therefore, individual liberties are previous requirements of the democracy and non concessions of the political power. For that reason, the theories of the social pact are theoretically limited, they cannot explain who are the “subjects” of the pact, that’s to say, the ones who are called to pact, because the condition of person is previous to the one of political citizen, and can not be conditioned to the results of a pact. The theories of the social pact can not give to account of the difference between “active part” (the one that has the skill of negotiating) and “passive subject” (the one that being person, does not have that skill). If a pact is done in name of the represented ones, the pact can not decide who are those in whose name is negotiated.

**Keywords:** Social pact, democracy, tolerance, human rights, freedom, equality, right state, person.