

VIEJOS Y NUEVOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DEL MALESTAR



Cristina Hermida del Llano¹

Introducción

Los derechos humanos nos colocan frente a una ética que es común a todas las personas en su calidad de agentes morales. Somos titulares de los derechos humanos en nuestra condición de hombres y no de ciudadanos adscritos a un determinado ordenamiento jurídico, puesto que esto último equivaldría a decir que es el legislador quien los crea, decide sobre su contenido y los reconoce al plasmarlos en un texto legal. Además, en tal caso sería imposible predicar de ellos su universalidad, pues quedarían reducidos a pura “fuerza convencionalmente organizada”.² Esto es justo lo que, a mi modo de ver, permite distinguir entre la categoría de derechos humanos y la de derechos fundamentales.

Los derechos humanos o *derechos morales* son “el título”, “el justificante”, “la razón” de que se pongan en funcionamiento y se activen mecanismos de protección normativa, en aras de que un determinado derecho humano se convierta en derecho fundamental. En este sentido, los derechos humanos serían previos a las normas, “las cuales sólo operarían como vehículos de protección de aquéllos”.³ Las normas jurídicas quedan así como condición necesaria, aunque no suficiente, para favorecer la universalidad de los derechos en sentido espacial, precisamente porque constituyen un medio para alcanzar el fin deseado.

Si considero importante la diferenciación entre derechos humanos y derechos fundamentales es porque desde ella se hace posible valorar si un determinado sistema jurídico

¹ Profesora titular de Filosofía del derecho, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España.

² OLLERO, TASSARA, ANDRÉS: *¿Tiene razón el derecho?*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 390.

³ LAPORTA, FRANCISCO, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Revista Doxa*, núm. 4, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1987, pp. 26-28.

está traicionando esas exigencias morales básicas a las que denominamos derechos humanos y, en tal caso, está justificada una posible represalia en forma de castigo o sanción. De este modo, los derechos humanos constituirían “el marco dentro del cual es posible la crítica de las leyes o instituciones del Derecho positivo”.⁴ Verdross⁵ dedicó uno de sus últimos trabajos monográficos al tema del derecho natural, titulándolo *El derecho natural estático y dinámico*.⁶ Cabría pensar que los derechos humanos se encuadran dentro de ese derecho natural estático nutrido de principios “que preceden al derecho positivo y que pueden deducirse a partir de la luz natural de la razón”.⁷ Estos principios fundamentales son constantes⁸ y por eso funcionan como la “conciencia del derecho positivo”,⁹ al destacar la dignidad del ser humano como fundamento de los fines humanos.¹⁰ Esta “moralidad crítica”, como la denominó Hart, funciona no sólo desde pautas positivas, sino como un principio crítico que controla moralmente al derecho¹¹ y contribuye a que este tenga razón.¹² Y es que la moralidad crítica tiene el deber de determinar los límites de lo que la propia soberanía democrática legitimada puede hacer.¹³

Desde Mill hasta Dworkin,¹⁴ cuando proclama que los derechos son triunfos frente a la mayoría, pasando por Hart, encontramos la idea de que existen límites morales que las leyes no pueden rebasar, aun cuando estas vengan respaldadas por la mayoría de la sociedad. Y es que el mero hecho de que una norma jurídica sea aprobada por la mayoría no justifica en términos morales su contenido y alcance: “El poder jurídico no sólo se legitima por su origen ‘consentido’ sino por no violar los límites de un ámbito dibujado por líneas o criterios morales”.¹⁵ Como ha resaltado Schambeck, la violación de los derechos humanos se produce no sólo por el entendimiento equivocado de los derechos básicos sino por decisiones políticas mal tomadas en la vida social y económica.¹⁶

⁴ BULYGIN, EUGENIO, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, p. 79.

⁵ Vid. VERDROSS, ALFRED, *Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers*, *Juristische Blätter*, 45 Jg., 1916, pp. 471 y ss. y pp. 483 y ss., nueva impresión en: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, Volumen 2, pp. 1545 y ss.; también *Primäres Naturrecht, sekundäres Naturrecht und positives Recht in der christlichen Rechtsphilosophie*, en: *Ius et lex, Festschrift für Max Gutzwiller*, Basel, 1959, pp. 447 y ss., nueva impresión, Volumen 1, pp. 787 y ss. Y también *Dynamisches Naturrecht, Forum XII/137*, mayo 1965, pp. 223 y ss., nueva impresión, Volumen 1, pp. 933 y ss.

⁶ VERDROSS, ALFRED: *Statisches und dynamisches Naturrecht*, Friburgo, Verlag Rombach, 1971.

⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁸ *Ibidem*, p. 116.

⁹ *Ibidem*, p. 114.

¹⁰ *Ibidem*, p. 117.

¹¹ LAPORTA, FRANCISCO, *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 2a. ed. 1995, pp. 52-53.

¹² OLLERO TASSARA, ANDRÉS, ¿Tiene razón el derecho?, *op. cit.*

¹³ BANASZAK B., JABLONSKI M., “Das Naturrecht in der Polnischen Verfassung vom 2. April 1997”, en *Die Wiederkehr des Naturrechts und die Neuevangelisierung Europas*, Rudolf Weiler, Viena, 2005, p. 220.

¹⁴ Vid. CALSAMIGLIA, ALBERT, “Ensayo sobre Dworkin”, introducción a R. DWORKIN, *Los Derechos en serio*, trad. de Guastavino, Barcelona, Ariel, 1985, p. 17.

¹⁵ *Ibidem*, p. 51.

¹⁶ SCHAMBECK, HERBERT, “Derecho Natural en la era de la responsabilidad”, Cristina Hermida del Llano (trad.), en *Revista Persona y Derecho* núm. 62, Navarra, 2010, pp. 153-179.

¿Redefinición de derechos o creación de derechos nuevos?

La generación de derechos fundamentales no siempre implica la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, sino que, en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas; mientras que otras veces supone la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.¹⁷ Un buen ejemplo de esto sería el derecho a la intimidad que surgió como un derecho de primera generación, derecho-valla o límite que protege una esfera de la vida de injerencias externas. Mientras que en sus inicios, la intimidad garantizaba una idea negativa de la libertad (*estar libre de*), posteriormente, comenzó a extenderse hasta abrazar un poder jurídico positivo: el de decidir sobre la publicación de la información relativa a nuestra vida privada. Esto configuraría de forma paulatina un nuevo derecho: el de la autodeterminación legislativa bajo el manto protector de la intimidad que garantiza ahora una idea positiva de la libertad (*ser libre para*).¹⁸

La interpretación evolutiva ha ganado fuerza en España en los últimos años, no sólo a la hora de redimensionar viejos derechos, sino al momento de generar derechos nuevos, es decir, se ha convertido en la mejor aliada para gestar derechos hasta la fecha inexistentes. Buena prueba de ello es la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que ha transformado “viejos derechos” en otros verdaderamente nuevos y bien distintos, sirviéndose de esta herramienta interpretativa.¹⁹

La cuestión que aquí me gustaría plantear es si este criterio interpretativo, con claro fundamento en nuestro ordenamiento jurídico positivo,²⁰ en realidad pone los derechos fundamentales al servicio de la opinión de la mayoría social al desnaturalizar de algún modo la función para la que aquellos fueron creados e incrementar la dosis de malestar

¹⁷ PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, “Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, Alicante, 1987, p.56. Como explica más adelante Pérez-Luño, la dimensión generacional de los derechos ha producido consecuencias en lo que a técnicas jurídicas de positivación y tutela se refiere: “Así, en el ámbito de la doctrina iuspublicista se ha considerado apremiante la necesidad de completar la célebre teoría de los *status* público-subjetivos elaborada por Georg Jellinek, ampliándola mediante el reconocimiento de un *status positivus socialis*, que se haría cargo de las exigencias de los derechos de la segunda generación, es decir, de los derechos sociales; un *status activus processualis*, para hacerse eco de la trascendencia actual de las jurisdicciones constitucionales de la libertad, así como de las modalidades de tutela innovadas por las instancias jurisdiccionales internacionales; y un *status de habeas data*, que se hallaría encarnado por cuanto han supuesto para la teoría de los derechos humanos el reconocimiento de la libertad informática y el derecho a la autodeterminación”, p. 59.

¹⁸ Estas dos nociones de libertad, primero en Constant y luego en Berlin, pueden consultarse en: “La libertad de los antiguos y la libertad de los modernos”. *Vid.* CONSTANT, BENJAMIN, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*. Conferencia pronunciada en el Ateneo de París. Febrero de 1819. BERLIN, ISAIAH: *Cuatro Ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1a. ed. 1988.

¹⁹ Frente a la idea de una “interpretación evolutiva” de la norma, Ollero admite que la interpretación literal puede ser a veces insuficiente a la hora de precisar su sentido; “pero que el sentido propio de las palabras no sea siempre suficiente como único criterio interpretativo no quita que sea siempre obligadamente el primero de ellos; sobre todo en una norma como la constitucional cuya relevancia se apoya en su postulada rigidez”. *Vid.* ANDRÉS OLLERO, p. 212. Y, por mucha interpretación que se quiera hacer del precepto constitucional, “no es lo mismo decir ‘hombre y mujer’ que decir ‘dos personas’”. De lo contrario, la norma constitucional sobre el matrimonio “aparece como un receptáculo vacío, abierto a contener las opiniones coyunturales del legislador; lo que no tiene nada que ver con historicidad alguna”. *Ibidem*, p. 213.

²⁰ El artículo 3.1 del Código Civil regula de forma taxativa esta cuestión, al precisar: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

dentro de la sociedad. Para analizar esta problemática me serviré de la sentencia del TC 198/2012, del 6 de noviembre de 2012.²¹

Convendría recordar que en este fallo la mayoría de los magistrados suscribieron que el reconocimiento del matrimonio homosexual no modificaba la institución del matrimonio. Justificaban dicha posición desde una interpretación evolutiva que convertía al juez en sociólogo y reafirmaba con ello la postura característica del realismo jurídico²² como concepción del Derecho: “La institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución”.²³

Si como precisó González Rivas, el matrimonio es una institución “preexistente al texto de nuestra Constitución”,²⁴ esta preexistencia “permite considerar que la unión de un hombre y de una mujer es la nota esencial que reconoce el precepto constitucional y vincula al legislador ordinario (Art. 53.1 CE)”.²⁵ Da la impresión de que el Tribunal Constitucional va más allá de garantizar el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, al atreverse a configurar instituciones milenarias. Desde esta perspectiva, quizás se entienda que los magistrados discrepantes coincidieran en que para admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo había que realizar una reforma constitucional, puesto que la redacción del artículo 32 se refiere exclusivamente al matrimonio entre hombre y mujer.²⁶ Por otra parte, Ollero subrayó que el TC “tampoco puede conceder a determinado legislador un salvoconducto que lo libere de su responsabilidad de suscitar una reforma de la Constitución por la vía del artículo 167, cuando sus proyectos legislativos así lo exijan”.²⁷ En todo caso, resulta llamativo y digno de reflexión que se provoque con ello una disociación entre matrimonio y familia.

La sentencia considera que la Constitución “a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia

²¹ Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005. Interpuesto por más cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso en relación con la Ley 13/2005, del 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Garantía institucional del matrimonio y protección de la familia: constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo.

El matrimonio entre personas del mismo sexo no altera la institución del matrimonio tal y como la configura la Constitución española, no afecta al derecho de los heterosexuales a casarse y responde a una realidad ampliamente aceptada. Este es el eje en el que se mueve la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) español que rechaza el recurso presentado en 2005 por el Partido Popular contra las bodas gay. Comunidad de afecto entre dos personas. El recurso se fundamentaba especialmente en que la modificación introducida en el Código Civil suponía una vulneración del art. 32 de la Constitución que establece: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

²² La mayoría de los magistrados aseguraron que se mantenían los aspectos fundamentales recogidos en la anterior redacción del Código Civil, como la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de casarse con la persona elegida y la manifestación pública de esa voluntad.

²³ *Vid.* STC 198/2012, *BOE*, 28 de noviembre de 2012, p. 202.

²⁴ *Ibidem*, p. 215.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Como sabemos, la reforma constitucional se ha llevado a cabo en dos casos: para aceptar la participación de extranjeros de la Unión Europea en las elecciones municipales y para inscribir en la Constitución el compromiso de estabilidad presupuestaria.

²⁷ *Vid.* STC 198/2012, *BOE*, 28 de noviembre de 2012, p. 209.

relevancia y legitimidad”²⁸, lo que da a entender que es la Constitución la que debe adaptarse a los vaivenes de la sociedad y no al revés.²⁹ Es más, la opción escogida por el legislador se proclama en el fallo “es una opción no excluida por el constituyente y que puede tener cabida en el artículo 32 interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada”³⁰.

Como se desprende de estos párrafos de la sentencia, lo que determinaría el contenido del derecho al matrimonio sería más bien la opinión que respecto al mismo albergara la mayoría de la sociedad. Con otras palabras: los derechos fundamentales, a la luz de este fallo, parecen dejar de ser criterios de legitimidad y justicia (o la plataforma de la moral crítica, en palabras de Hart), para convertirse en herramientas que modela a su antojo la moral mayoritaria, interpretada por una serie de magistrados del Tribunal Constitucional. Dicho de otro modo: no se trata tanto de interpretar la Constitución, sino de cómo colmar su contenido a partir de las opiniones de la moral mayoritaria.³¹ ¿Se pueden cambiar instituciones por el mero hecho de que la moral dominante considere que ello es lo correcto? La respuesta obvia es que sí, como aquí ya se demostró con el ejemplo del matrimonio homosexual, pero queda aún por contestar si ello es legítimo o no.

Aragón Reyes no puede responder mejor a esta cuestión sino al resaltar que “el núcleo, la imagen maestra, de una garantía institucional no puede someterse a los avatares de la cultura jurídica a lo largo del tiempo. Precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales. De otro lado resulta muy peligroso sentar el principio de que las normas pueden no decir lo que dicen, sino lo que se quiere que digan”³².

Apoyándose sin disimulos en estudios de opinión, el tribunal concluye que en España el matrimonio gay goza de “una amplia aceptación social”, y recuerda que desde

²⁸ A propósito de ello, en el fallo se precisa: “La importancia de la interpretación evolutiva de las instituciones es reforzada con el repaso de algunas sentencias de Tribunales de otros países. Así, se citan la Sentencia *Hillary Goodridge* del Tribunal Supremo de Massachusetts, así como la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá del 9 de diciembre de 2004, en la que se recuerda que la Constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad. Especialmente importante, continúa el representante del Gobierno de la Nación, es la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América *Lawrence vs. Texas*, del 26 de junio de 2003, en la que se recuerda que la historia y la tradición son dos puntos de partida, pero no siempre el punto final de la valoración. Finalmente, se señala que la visión evolutiva también está implícita en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981; *Rees vs. Reino Unido*, del 17 de octubre de 1986; y *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, del 1 de julio de 2002)”, *ibidem*, p. 180.

²⁹ *Ibidem*, p. 213.

³⁰ *Ibidem*, p. 196. Me parece muy oportuna y acertada la observación de Manuel Aragón en su voto particular concurrente cuando señala en el fallo: “Es más, los argumentos sociológicos, estadísticos, de conveniencia práctica, de derecho comparado e internacional y hasta de justicia efectiva, suelen eludir el verdadero problema jurídico-constitucional, sobre el que hay que operar con conceptos y argumentos de derecho, sin que los que pueden llamarse ‘meta-jurídicos’ tengan otra función que la de reforzar, en su caso, la solución a que se llegue, pero no para fundarla o condicionarla”, p. 204.

³¹ Como advierte el magistrado discrepante Ramón Rodríguez Arribas, la sentencia “realiza una verdadera filigrana para eludir hablar de sexo al definir el matrimonio, con lo que, a primera vista, este podría constituirse entre un tío y un sobrino”. De algún modo se pasa por alto que el matrimonio “es también una unión sexual que la Naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana y que [...] no puede desconocerse sin incurrir en un salto ilógico imposible de admitir”. *Ibidem*, p. 203.

³² *Ibidem*, p. 204.

2005 se ha venido aprobando en otros países.³³ Si resulta interesante esta afirmación, desde el punto de vista filosófico-jurídico, es porque parece apoyar la idea de que la legitimación puede llegar a crear criterios de legitimidad, lo que resulta a todas luces peligroso si pensamos en los riesgos a los que puede conducir la tiranía de la mayoría en términos morales. Es más, da la impresión de que el Tribunal Constitucional tendría como misión no tanto velar por el respeto a la Constitución, sino por el respeto a lo que la mayoría opinara en términos morales. Como precisó Rodríguez Arribas, no sólo se está desnaturalizando el matrimonio, sino también el órgano mismo del Tribunal Constitucional al perder la función que le es inherente al mismo.³⁴ En esta misma línea, otro de los magistrados discrepantes, Ollero, advertiría que aceptar esta interpretación “equivale a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas”.³⁵

De particular interés me parece una de las observaciones sobre el trasfondo antropológico de la sentencia, el cual pone de relieve el “radicalismo individualista” que instrumentaliza el matrimonio para otorgar reconocimiento social a conductas antes discriminadas. Afirma Ollero: “No me parece acertado tratar a determinadas instituciones jurídicas como si fueran mero corolario de los derechos y no más bien razón de su fundamento, abocando a una contraposición simplista entre limitación o ampliación de derechos individuales”.³⁶ Además añade:

Comparto íntegramente la legítima aspiración a erradicar la injusta discriminación de las personas que suscriben una orientación homosexual. Lo que nunca suscribiré es que el fin justifique los medios, imperativo obligado de cualquier versión de uso alternativo del derecho. El respeto a una determinada orientación sexual, que lleva a mantener unas relaciones ajenas al matrimonio, no obliga a reconocer la posibilidad de contraerlo.³⁷

Ollero recuerda anteriores sentencias del TC que, en 1990, aclaró: “La unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer, que es un derecho constitucional”.³⁸ No fue menos clara otra sentencia

³³ Para justificar que el matrimonio entre personas del mismo sexo es “una opción ajustada a la Constitución”, aunque en realidad no se ajuste a su texto, la sentencia asegura que se habría producido “una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva ‘imagen’ del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme”. “Más bien parece —apostilla Ollero— que lo que la ley ha pretendido es contribuir a un cambio de ‘imagen’ de las relaciones homosexuales, modificando para ello la milenaria estructura de la institución matrimonial. Resulta poco razonable afirmar respecto al matrimonio que ‘la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo’”. *Ibidem*, p. 214.

³⁴ Con ironía proclama el magistrado: “precisamente para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales”. *Ibidem*, p. 204.

³⁵ *Ibidem*, p. 213.

³⁶ *Ibidem*, p. 209.

³⁷ *Ibidem*, p. 210.

³⁸ *Ibidem*, p. 210.

de 2003 cuando se estableció que la convivencia *more uxorio* “ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”,³⁹ en consecuencia estará “legitimado el legislador para establecer diferencias en las consecuencias que se derivan de la opción por uno u otro régimen”.⁴⁰

La sentencia afirma que lo que ha hecho el legislador es “modificar el régimen de ejercicio del derecho constitucional al matrimonio”,⁴¹ y lo ha ampliado a las parejas homosexuales, mientras que los discrepantes piensan que lo que se ha hecho en realidad es cambiar al matrimonio mismo. Afirma Ollero:

Se presenta, pues, equivocadamente el problema como si se incrementaran los titulares del derecho [al matrimonio], más que como la obvia vulneración de un contenido protegido por garantía institucional [...] El precio de esta operación de ingeniería social es la desnaturalización de la institución misma y la desprotección de los bienes jurídicos de dimensión social que amparaba. El derecho al matrimonio da opción a insertarse en una institución, pero no a redefinirla.⁴²

A mi modo de ver, esta sentencia encierra una inconsistencia de tipo teleológico. Recordemos que dicha incongruencia deriva de que los objetivos que se pretenden conseguir no están en consonancia con los medios de los que se sirve. Es más, el fin no justificaría en ningún caso cualquiera de las vías posibles porque la cuestión central no es tanto el fin, que es importante, como los medios de los que nos servimos para no caer en un puro maquiavelismo antiético.

Parece poco convincente la observación que aduce, en defensa de la ley, el abogado del Estado, y así parece aceptarlo la sentencia de que la Constitución no contiene un concepto determinado de matrimonio.⁴³ A mi modo de ver, aunque el concepto de matrimonio no fuera cerrado y blindado, lo que parece obvio es que la interpretación evolutiva no puede generar antinomias valorativas y teleológicas dentro de nuestro ordenamiento.

Además, no creo que sea positiva la confusión creada entre la lucha contra la discriminación por cuestiones de género y la defensa de la institución matrimonial. Desde mi punto de vista, lo peligroso del planteamiento de la sentencia es que pone conceptos más o menos abiertos o redefinibles, incluso valores como el de la igualdad, al servicio de objetivos que terminan por relativizar a los primeros, cuando en realidad deberían servir de fundamento a la posible redefinición de los derechos.

³⁹ *Ibidem*, p. 210.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 197.

⁴¹ *Ibidem*, p. 199.

⁴² *Ibidem*, pp. 210-211.

⁴³ A lo que Ollero responde que “la idea de una Constitución sin *conceptos* me parece tan contradictoria como la de un texto legal sin letra”. *Ibidem*, p. 212. En este sentido, argumenta que en el debate a la hora de redactar la Constitución se “resaltó de modo inequívoco dos características del matrimonio: monogamia y heterosexualidad”, mientras que la discrepancia sobre el divorcio descartó incluir la indisolubilidad. *Ibidem*, p. 211.

Principio de no discriminación, igualdad de oportunidades y sociedad del malestar

Me gustaría referirme ahora a la igualdad (uno de los valores esenciales de nuestro ordenamiento jurídico español y un derecho transversal donde lo hay), para tratar de reflexionar sobre cómo un entendimiento equivocado del principio de no discriminación (y en suma de los artículos 1, 9 y 14 de nuestra Constitución) ha contribuido a que se acreciente la denominada “sociedad del malestar” en nuestros días. Y es que, a mi modo de ver, muchas de las causas del malestar social actual (recortes en educación y sanidad, desahucios, corrupción política, politización de la justicia, precariedad laboral, entre otras) obedecen a cómo se han configurado la igualdad como valor y el principio de no discriminación, y cómo se ha producido la traslación de estos a diversos derechos fundamentales.

La evolución histórica de las igualdades puede sistematizarse en cuatro expresiones: *a)* igualdad jurídico-política,⁴⁴ *b)* igualdad social,⁴⁵ *c)* igualdad de oportunidad y *d)* igualdad económica.

⁴⁴ La primera, la igualdad jurídico-política, es aquella planteada por leyes iguales para todos (la generalidad de la ley), por iguales derechos y, en definitiva, por una libertad igual, que se corresponde con el principio: “A cada cual los mismos derechos legales y políticos, y por ello el poder legalizado de resistir al poder político”.

⁴⁵ La segunda es la igualdad social, la igualdad de “estima” y del *status* subrayada por Tocqueville y por Bryce, que se corresponde con el principio: “a cada uno el mismo *status*, y por ello el poder de resistir a la discriminación racial”. Desde este segundo aspecto de la igualdad, todos tienen derecho a una igual consideración, a ser tratados como iguales en las relaciones sociales. Sirva de ejemplo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Muñoz Díaz contra España”, de 9 de diciembre de 2009, por haber entendido esta que se había producido una violación de la prohibición de discriminación racial (artículo 14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del art. 1 del Protocolo Adicional Primero. La demandante era una mujer española, de etnia gitana, viuda con seis hijos, a la que las autoridades nacionales habían denegado una pensión de viudedad por no haber contraído matrimonio según la forma legal válida en España en el año 1971 (rito católico), sino de acuerdo con las tradiciones de la comunidad gitana. Se entendió no sólo que el matrimonio celebrado con arreglo al rito gitano no tenía efectos civiles como lo pudiera tener el matrimonio canónico, lo cual es cierto, sino que tampoco era equiparable a una unión de pareja estable, al menos por analogía, lo cual resultaba más dudoso a la vista de las circunstancias del caso. Concretamente, había sido la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, del 16 de abril, la que había desestimado el amparo de la recurrente negándose a considerar tanto las verdaderamente particulares circunstancias del asunto, cuanto los aspectos étnicos, por otro lado, obviamente concurrentes. El Tribunal Constitucional consideró que el artículo 14 CE, esto es, el principio de igualdad, no admitía la llamada discriminación por indiferenciación, es decir, que no consagraba un derecho a la desigualdad, lo que en este caso provocaba que si el matrimonio por rito gitano no tiene efectos civiles y tampoco cabe un derecho a la desigualdad derivada de su reconocimiento: la florista María Luisa, no tenía en ningún caso derecho a la pensión de viudedad, pese a enviudar de su marido caló con el que había convivido casi treinta años (1971-2000) y con una prole de seis hijos. El Tribunal de Estrasburgo daría la razón a la demandante añadiendo el argumento étnico. La sentencia subraya, en primer lugar, que la creencia de la demandante de que su matrimonio era válido se demostraba también por su pertenencia a la comunidad gitana, “que tiene sus propios valores dentro de la sociedad española”. El Tribunal trae la idea del nuevo “consenso internacional” en el seno del Consejo de Europa “por reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modos de vida, no sólo para proteger los intereses de los miembros de dichas minorías, sino también para preservar la diversidad cultural que beneficia a toda la sociedad en su conjunto”. Sostiene la sentencia que si bien la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes relativas al matrimonio, puede, sin embargo, influir sobre la manera de aplicar las leyes. El Tribunal recuerda la afirmación anterior de que “la vulnerabilidad de los gitanos implica prestar una atención especial a sus necesidades y modo de vida propio, tanto con carácter general como en los casos particulares”. Las (sensibles) frases de la sentencia en relación con la minoría gitana no sirven, sin embargo, en la lógica de la argumentación, más que para apuntalar la buena fe de la demandante, ya probada por otras vías. Parece claro que no se trata de aplicar de modo más favorable las leyes a los gitanos, lo que, además, resulta harto discutible, sino, más bien, de que no se les trate peor que a otras personas en situaciones comparables. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos terminó declarando la existencia de una violación del derecho reconocido en el artículo 14 en relación con el artículo 1 del Protocolo núm. 1, ya que entiende que la percepción o no de una pensión sí está dentro de los bienes futuros que entran dentro del derecho de propiedad según su propia jurisprudencia (párrafo 44).

En particular, la igualdad de oportunidades conecta con el principio de no discriminación al gozar de una doble acepción. En la primera, la igualdad de oportunidad significa *igual acceso*, es decir, igual reconocimiento e igual mérito, lo que en la mayoría de las ocasiones se traduce en la fórmula de la “carrera abierta al talento”, en función de las capacidades y los méritos. A cada uno le corresponden las mismas oportunidades de acceso y, por lo tanto, el poder de hacer que el mérito cuente. Una segunda acepción de igualdad de oportunidades remite, por el contrario, a la *igualdad de partida*, igualdad de condiciones iniciales (para lograr la igualdad de acceso). En realidad, igualar las condiciones de partida implica iguales posiciones de inicio; posiciones que también incluirían las económicas, esto es, a cada uno le correspondería un poder material inicial adecuado para conseguir los mismos talentos y posiciones que cualquier otro. Esto quiere decir que dentro de la igualdad de oportunidades se incluye a la igualdad económica que se corresponde con este principio: *a ninguno ningún poder, económico o de otro tipo*.

La línea divisoria entre las distintas formas de igualdad radicará en si logran o no una *igualdad de circunstancias*. Por otra parte, esta franja necesariamente queda atravesada por la noción de igualdad de oportunidad. Tengamos en cuenta que el bienestar de una persona, la denominada “libertad de bienestar”,⁴⁶ se encuentra estrechamente unida a su capacidad de “realizaciones”,⁴⁷ si tomamos este término en sentido amplio. Esto se pone en entredicho cuando la educación, la sanidad o el trabajo se convierten en un mero privilegio al que no tienen acceso todos los ciudadanos, lo que aumenta el descontento y el desánimo social, en suma, es el caldo de cultivo para la sociedad del malestar.

La inclusión mediante la igualdad de oportunidades y de las políticas contra la discriminación implica luchar por una equiparación real entre los ciudadanos, a sabiendas de que algunos sujetos aun “teniendo los mismos derechos, encuentran dificultades para ponerlos en práctica por razones de sexo, color de la piel, cultura, religión, y en general, por factores que no dependen de la voluntad de la persona, sino que son propiedades de nacimiento”.⁴⁸

En mi opinión, lo que ocurre es que en ocasiones para paliar las desigualdades el principio de no discriminación se lleva hasta sus últimas consecuencias generando un efecto *boomerang* y creando nuevas, e incluso más graves, formas de desigualdad. Aquí

⁴⁶ Según explica K. SEN, AMARTYA en su obra *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1997: “La libertad de bienestar es una libertad de un tipo particular. Se centra en la capacidad de una persona para disponer de varios vectores de realización y gozar de las correspondientes consecuciones de bienestar. Este concepto de libertad basado en la faceta de bienestar de la persona tiene que ser distinguido con claridad de un concepto más amplio de libertad que tiene que ver con la faceta de agente de la persona. La “libertad de ser agente” de una persona se refiere a lo que la persona es libre de hacer y conseguir en la búsqueda de cualesquiera metas o valores que considere importantes. La faceta de agente no se puede comprender sin tener en cuenta sus objetivos, propósitos, fidelidades, obligaciones —y en un sentido amplio— su concepción del bien. Mientras que la libertad de bienestar es la libertad para conseguir algo en particular —a saber, el bienestar—, la idea de libertad de ser agente es más general, puesto que no está vinculada a ningún tipo de objetivo. La libertad de ser agente es la libertad para conseguir cualquier cosa que la persona, como agente responsable, decida que habría que conseguir. Esa condicionalidad abierta hace que la naturaleza de la libertad de ser agente sea bastante diferente de la libertad de bienestar, la cual se centra en un tipo particular de propósito y juzga las oportunidades en consecuencia”, pp. 85-86.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁸ ZAPATA-BARRERO, RICARD, “Los tres discursos de la inclusión de la inmigración en la UE: pobreza, discriminación y desigualdad de derechos”, *Ekonomi Gerizan XIII*, Federación de Cajas de Ahorros Vasco-Navarras, p. 207.

entraría de lleno, por ejemplo, la interesante discusión sobre si el hecho de pertenecer a una minoría puede influir sobre el modo de aplicar las leyes. Considerando que también es peligroso hacer mal uso de la tolerancia y quedarnos con la defensa de un concepto de tolerancia débil que en lo fundamental apoya posiciones “multiculturalistas”; pues estas estiman imprescindible el reconocimiento de las diferencias para la construcción de una “política de la identidad”.⁴⁹ Esta tolerancia apoyada en la idea negativa de no interferencia y preservación de las minorías es a lo que denomino tolerancia en sentido débil, puesto que en realidad no requiere ningún tipo de esfuerzo por incluir a los grupos minoritarios sino que, por el contrario, considera que cualquier intento de inclusión o de mero diálogo aperturista puede representar una amenaza asimilacionista e intolerante. Las derivaciones lógicas de esta versión débil de tolerancia son las de una raquítica interferencia estatal en materia religiosa, cultural, étnica, etcétera. Dicho de otra manera: no basta con no discriminar, hay que integrar.

A mi juicio, otro de los errores radica en la comprensión del principio de no discriminación como “indiferencia a las diferencias”, lo que deriva —se quiera o no— en la exaltación de la uniformidad,⁵⁰ algo a lo que de forma explícita se ha negado con contundencia el TCF alemán. Por otra parte, el problema anterior tampoco ayuda, la confusión reinante que termina por asimilar la autonomía individual a la neutralidad, y esta, a su vez, al principio de no discriminación. Como ha precisado Weiler: “En nombre de la lucha contra la discriminación, se pueden acabar cometiendo graves discriminaciones”.⁵¹

⁴⁹ En esta línea, entre otras, Taylor ha sostenido que los grupos minoritarios deben ser protegidos del peligro asimilacionista por parte de la cultura o grupo mayoritario o dominante. Dicho de otro modo: los grupos tienen un derecho a preservar sus culturas y creencias, así como las tradiciones y prácticas derivadas de ellas.

⁵⁰ CARTABIA, MARTA, “The Challenges of ‘New Rights’ and Militant Secularism”, en *Universal Rights in a World of Diversity: The Case of Religion Freedom*, The Pontifical Academy of Social Science. Acta 17, 2012, pp. 7-9.

⁵¹ Vid. BENJUMEA, RICARDO: “Salid a la calle”, *Alfa y Omega*, núm. 708, ABC, Madrid, 21 de octubre de 2010, p. 7. Una buena muestra de cómo la neutralidad parece haberse puesto al servicio de las ideologías en el contexto europeo general es el hecho de que unos atribuyan al crucifijo un significado neutro y laico en referencia a la historia y la tradición europea, íntimamente vinculadas al cristianismo; a la par que, por el contrario, otros entiendan que su significado es un intento de adoctrinamiento religioso. A mi modo de ver, la diferente comprensión del concepto de secularidad es lo que ha contribuido a complicar el panorama todavía más. Desde esta última perspectiva, la noción de secularidad implicaría que el Estado debe ser neutro y mostrarse equidistante respecto a las religiones, puesto que no debería percibirse que aquel está más cerca de unos ciudadanos que de otros. De hecho, como sabemos, este fue el argumento utilizado por la demandante en el famoso caso *Lautsi contra Italia*. *Stedh* del 3 de noviembre de 2009, *Lautsi/Italia*, demanda núm. 30814/06. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, ARGELIA, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2008, p. 8.

El caso fue presentado por Soile Lautsi, una mujer italiana residente en Abano Terme, madre de dos hijos de 11 y 13 años, respectivamente, que en el curso 2001-2002 asistieron a clase en el instituto público Vittorino da Feltré, de esa localidad (noreste de Italia). Lautsi se percató de que las aulas tenían un crucifijo y estimó que eso era contrario al principio de secularidad en el que pretendía que se educara a sus hijos. Por tanto presentó la reclamación antes referida a las autoridades de la escuela, pero la dirección decidió dejar los símbolos religiosos en su lugar. Posteriormente, reclamó ante las autoridades regionales, que llevaron el asunto al Tribunal Constitucional italiano, ante el cual el Gobierno defendió que la exhibición del crucifijo era “natural” porque no sólo es un símbolo religioso, sino la “enseña” de la única iglesia citada en la Constitución italiana (la Iglesia Católica). La Corte Constitucional italiana se pronunció posteriormente, el 15 de diciembre de 2004, y consideró que no tenía jurisdicción sobre el asunto al estar relacionado con normas reglamentarias y no legislativas, por lo que no podía entrar al análisis del caso, es decir, un reglamento como tal no podía ser objeto de control constitucional por su carácter infralegal. Un tribunal administrativo se pronunció en marzo de 2005 y falló en contra de la demandante al considerar que el crucifijo es tanto un símbolo de la “historia y la cultura” italianas, “y, consecuentemente, de la identidad italiana”, así como de los principios de “igualdad, libertad y tolerancia”. Posteriormente, el 13 de febrero de 2006, el Consejo de Estado rechazó la demanda porque consideró que el crucifijo se había convertido “en

La exaltación de un individualismo radical mal entendido salpica a la misma comprensión de los nuevos derechos que, fundamentados en la idea de privacidad, pierden de vista que no pueden ser entendidos de forma abstracta ni en términos individuales. Por el contrario, los derechos interactúan unos con otros hasta el punto de que no se puede hablar de derechos ilimitados.

Cuando el principio de la autonomía de la voluntad se lleva al extremo, los sujetos quedan remitidos a la soledad y al egoísmo individualista en sus decisiones (derecho al aborto, derecho a morir, derecho a recibir y derecho a rehusar un tratamiento médico, derecho a negarse a ver un crucifijo en una escuela pública, entre otras), con lo que se olvida que estas se toman dentro de un contexto personal, social o cultural. Desde estos nuevos derechos, apoyados en una concepción voluntarista de la persona humana, se intenta conseguir la emancipación del individuo de cualquier forma de paternalismo o alienación. De ahí que Cartabia haya señalado que esta tendencia viene apoyada en una concepción voluntarista de la persona humana: *“I will, therefore I am, could be the motto of the new rights”*,⁵² lo que termina cayendo en un reduccionismo inadmisibile.

No podemos ignorar que existe una ineludible interconexión entre libertad e igualdad, y entre libertad e igualdad real. Los obstáculos a la igualdad son también obstáculos a la libertad y viceversa. Sin libertad no es posible alcanzar la igualdad, la cual, a su vez, llevada hasta sus últimas consecuencias, termina desembocando en el igualitarismo, negador de las diferencias, sean del tipo que sean.

Es por ello que resulta imprescindible luchar dentro de la Europa democrática del siglo XXI para que se toleren, respeten y reconozcan plenamente todas las particularidades sociales, sexuales, culturales, nacionales, religiosas, políticas, etcétera. Con lo cual se expresa la diversidad de los seres humanos libres, siempre que no atenten contra los valores y las normas que constituyen la base de su identidad y de una concepción de la justicia común, lo que creo que nos puede ayudar a salir de esta “sociedad del malestar”.



uno de los valores seculares de la Constitución italiana y representaba los valores de la vida civil”. Al haber agotado todas las instancias en su país, Soile Lautsi actuó en su propio nombre y en el de sus dos hijos, Dataico y Sami Albertin, al acudir al TEDH y manifestar en su demanda que la exposición de la cruz en las aulas del instituto público al que asistían sus hijos constituía una injerencia incompatible con la libertad de convicción y de religión, así como con el derecho a una educación y enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.

⁵² CARTABIA, MARTA: “The Challenges of ‘New Rights’ and Militant Secularism”, *op. cit.*, p. 7.