

Recensiones

VÍCTOR FERRERES CORNELLA: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*. Civitas, Madrid, 2002, 240 pp.

Es doctrina de nuestro TC que «el principio de legalidad en el ámbito del Derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador».

A una de esas tres dimensiones del principio de legalidad se refiere el presente libro: la «*lex certa*», esto es, el principio de taxatividad sancionadora, con relación al cual, como luego se verá, el autor concede un papel central a la jurisprudencia, y ello es, precisamente, lo que explica la segunda parte del título de la obra, que hace referencia al «valor normativo de la jurisprudencia». El enfoque, por lo demás, como se deduce también del título, es predominantemente constitucional, como corresponde al campo de especialización docente de su autor, quien es profesor de Derecho Constitucional en la *Universitat Pompeu Fabra*, de Barcelona.

I

El autor comienza por exponer el contenido del principio de taxatividad y por diferenciarlo de la reserva de ley: «mientras que el primero es indiferente al tipo de texto jurídico en el que se expresen las normas sancionadoras, la reserva de ley sólo admite un determinado texto: la ley. El fundamento de la reserva de ley no es la certeza, ni la imparcialidad en la aplicación del Derecho por parte de los órganos del Estado, sino la democracia. En el ámbito del TEDH, por ejemplo, opera plenamente el principio de taxatividad, pero no la reserva de ley. En nuestro sistema jurídico operan ambos, pero no por ello el principio de taxatividad queda desprovisto de fuerza operativa autónoma, pues contribuye a intensificar la exigencia de precisión que es inherente a la reserva de ley, se proyecta sobre todo tipo de disposiciones y surte efectos con respecto a normas anteriores a la Constitución».

También señala Ferreres que la precisión exigible a este principio no puede ser absoluta, sino que es «inevitable un cierto margen de indeterminación, dados los costes que para la eficacia y la justicia supone, respectivamente, el riesgo de dejar fuera del ámbito de lo punible conductas que merecen ser sancionadas, y el riesgo inverso de incluir dentro del ámbito de lo punible conductas que merecen ser excluidas». Y es que, como subraya Muñoz Conde, el cumplimiento del principio de taxatividad «plantea uno de los problemas más arduos del manejo correcto de la técnica legislativa», pues «una técnica legislativa correcta debe huir tanto de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible establecer una interpretación segura, como de las enumeraciones excesivamente casuísticas que no permiten abarcar todos los matices de la realidad. El punto justo es, en ocasiones, tan difícil de establecer que quizá por ello la jurisprudencia constitucional es especialmente cauta al referirse al principio de taxatividad» y plantea problemas en especial cuando se recurre a la utilización de los denominados «tipos abiertos» (Francisco Muñoz Conde

y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 113-114).

Con todo, la fijación de la mejor técnica legislativa en cada caso y las fronteras entre lo admisible o no conforme al principio de taxatividad es, desde nuestro punto de vista, algo complejo que depende de muchos factores, en especial del tipo de conductas que traten de castigarse [como dice el Tribunal Supremo de los EEUU en *Smith v. Groguen*, 415 U.S. 581 (1974), «hay ámbitos de la conducta humana en los que, por la naturaleza de los problemas que se plantean, los legislativos simplemente no pueden establecer estándares con gran precisión»] y de la gravedad de las penas, y es difícilmente determinable en abstracto, pero nos parece que, quizás, una buena orientación, (sólo) muy general, sea la del Tribunal Constitucional alemán: Aun con la generalidad y abstracción que inevitablemente ha de emplear el legislador penal al describir los tipos, «en todo caso, por lo general el destinatario de la norma debe poder prever por medio de la regulación legal si una conducta es delictiva. En los casos-límite es, de este modo, para él reconocible, por lo menos, el riesgo de una sanción» a la vista del *tenor literal* del tipo penal, que marca un límite último a la interpretación judicial (concepción amplia, y no técnica estricta, de la «analogía» prohibida por el *Bestimmtheitsgebot für Strafbestimmungen* o mandato de determinación de las normas penales), tenor literal que debe determinarse «desde la perspectiva del ciudadano», pues la Constitución exige la reconocibilidad y previsibilidad de la amenaza penal, de forma que la «aplicación» (así, entrecomillada) del Derecho por los tribunales que vaya más allá del tenor literal de la norma a costa de los ciudadanos es inadmisibles: el juez tiene, en todo caso, que «tomar la palabra al legislador», incluso si quedan fuera del tipo casos muy parecidos mientras que otros similares son punibles, pues corresponderá entonces al legislador decidir si deja la situación que resulte de una posible laguna penal o crea una nueva regulación, estándoles prohibido a los tribunales en todo caso anticiparse a esa decisión (cfr. BVerfGE 71, 108, 114 ss. y 73, 206, 234 ss).

II

Tras estudiar los fundamentos constitucionales del principio de taxatividad (que son la certeza jurídica y la imparcialidad e igualdad en la aplicación de la ley), se refiere Ferreres a lo que llama el «impacto de los derechos y libertades sobre el principio de taxatividad» y aquí distingue básicamente un cuádruple orden de problemas: a) los derechos y libertades como fuente de indeterminación; b) su protección como fundamento de la infracción penal; c) los derechos como límites a la infracción penal, pero también como factores de imprecisión del tipo (tensión entre la taxatividad y la protección de los derechos y libertades al interpretar los tipos penales); y d) la privación o suspensión de derechos y libertades como sanción criminal.

También considera el autor que el principio de taxatividad no puede proyectarse siempre con la misma intensidad, como la realidad demuestra, y es por ello que trata de identificar, conforme a un sistema de *numerus apertus*, una serie de criterios con arreglo a los cuales puede determinarse ese mayor o menor rigor: a) mayor exigencia de taxatividad respecto del tipo que respecto de las eximentes y la sanción (STC 53/1985, caso del aborto); b) mayor exigencia de taxatividad cuanto mayor sea la gravedad de la sanción (STC 194/2000); c) mayor exigencia de taxatividad cuando existe una conexión entre la conducta prohibida y el ejercicio de la libertad de expresión y puede producirse un «efecto desaliento» o «*chilling effect*» (STC 136/1999); d) si los destinatarios del precepto sancionador son profesionales que se dedican a una determinada actividad, las exigencias de taxatividad pueden suavizarse con remisiones a pautas deontológicas y a reglas técnicas que sean dominantes en el sector (STC 151/1997, caso del «capitán de artillería»; y STEDH de 2 de agosto de 2001, caso *N.F. contra Italia*: sanción a magistrado por pertenencia a la masonería).

III

En un capítulo ulterior, Ferreres somete a examen a «la garantía del principio de taxatividad», que considera que es el control «abstracto» de la ley, si bien aquí debe distinguirse el control operado a través del recurso de inconstitucionalidad; el que tiene lugar por medio de la cuestión de inconstitucionalidad (que se suele conocer, precisamente, como *konkrete Normenkontrolle* y en el que, desde luego, es indiscutible que la dialéctica del caso concreto tiene un juego, al menos potencial, por lo que su tratamiento como control abstracto no nos resulta completamente convincente); y, por último, el control por medio del recurso de amparo (que también sólo desde cierta perspectiva nos parece que puede considerarse «abstracto» y que, sea como sea, y por otro lado, tratándose de normas con rango de ley, ha de dar lugar al planteamiento de una cuestión interna de inconstitucionalidad).

El autor considera, con razón, que puede impetrar el amparo incluso aquel cuya conducta encaja con claridad en un tipo sancionador sin que se susciten dudas al respecto, pero que considere, sin embargo, que no respeta la taxatividad por ser inaceptablemente impreciso para otros casos ya no tan claros distintos al suyo. Aunque la jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado expresamente sobre este punto, y su postura implícita oscile entre la tesis defendida por Ferreres (SSTC 61/1990, 207/1990, 116/1993 y 25/2002) y la contraria (SSTC 133/1987 y 219/1989)¹, nos parece claro que la imprecisión inconstitu-

¹ Esta solución coincidiría con la solución general adoptada en el Derecho norteamericano, conforme a la cual el «*hard-core violator*» [*Smith v. Grogan*, 415 U.S. 566 (1974)], que es aquel respecto de cuya conducta la ley penal no es vaga aunque sí pudiera serlo para otros casos distintos, no puede beneficiarse de la supuesta vaguedad o imprecisión de la ley respecto de otros casos distintos del suyo (*Village of Hoffman Estates v. Flipside, Hoffman Estates, Inc.*, 455 U.S. 489 (1982): «Quien incurre en una conducta que está claramente prohibida no puede quejarse de la vaguedad de la ley con respecto a la conducta de otros»; citamos por el libro recensionado). No obstante, señala FERRERES, esta doctrina se exceptúa en los casos en que la conducta que la ley regula «está próxima al ejercicio de alguna de las libertades reconocidas en la primera enmienda de la Cons-

cional de la norma (contraria al principio de taxatividad) ha de beneficiar indudablemente también a aquel cuya conducta entra en la «zona de certeza» indudable de la norma y no sólo a aquel cuya conducta se halla afectada directamente por la vaguedad de la norma y ello por las razones que el propio autor ofrece², por más que, como bien señala, pueda ser «comprensible» que «ante un caso claro, el juez se resista a poner en tela de juicio la ley. Pero, en puridad, eso es lo que debería hacer si se toma en serio el principio de taxatividad». Y por lo que se refiere a las consecuencias de la inobservancia de la taxatividad, aunque en principio la consecuencia habría de ser la nulidad de la norma, en ocasiones el TC declara la constitucionalidad del precepto pero recomienda al legislador una reforma que lo haga más preciso (sentencias «admonitorias»: SSTC 36/1991; 219/1989; y 24/1993).

Aquí se refiere el autor a una tensión con que se encuentra el TC a la hora de resolver y que es la que explica precisamente el recurso a estas sentencias exhortatorias: por un lado, «el principio de taxatividad debería aplicarse con mayor rigor según aumenta la gravedad de la pena»;

titución» a fin de evitar un efecto disuasorio del ejercicio de tales libertades y, además, parece haber «en estos momentos una cierta división interna en la Corte Suprema acerca de esta cuestión, como puede observarse en la sentencia del caso *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999)».

² «Si aceptamos que una sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de la ley en razón de su imprecisión permite revisar las sentencias firmes que condenaron en el pasado en aplicación de esa ley (art. 40.1 LOTC), y que este efecto revisor se extiende no sólo a las sentencias que resolvieron casos dudosos, sino también a las que enjuiciaron casos claros, entonces lo coherente es que también quienes presentan casos claros puedan beneficiarse por anticipado de la eventual nulidad de la ley, solicitando al juez que plantee una cuestión de inconstitucionalidad». Y por otro lado, como argumento más de fondo, añade: «al anticipar en el tiempo el control de constitucionalidad de la ley imprecisa» por medio del planteamiento por el TC de una cuestión interna de inconstitucionalidad también cuando el caso *sub judice* encaja claramente en el tipo penal supuestamente contrario a la taxatividad «se beneficia no sólo a quienes cometen actos que son claramente subsumibles en esa ley, sino también al conjunto de los ciudadanos, pues éstos dejarán de sufrir la incertidumbre que supone vivir bajo el imperio de una ley demasiado imprecisa, y se habrá desactivado una fuente de posible discriminación entre los ciudadanos por parte de los órganos del Estado» y en beneficio de la seguridad jurídica.

por otro lado, la necesidad (constitucional, con frecuencia) de proteger determinados bienes jurídicos de primer orden, «aboga por evitar una declaración de inconstitucionalidad que desencadene consecuencias despenalizadoras» respecto de delitos que protegen bienes jurídicos básicos. Ello no siempre es posible, sin embargo. Y aquí el autor plantea la que puede considerarse la tesis central de la obra, a la que dedica los últimos capítulos: «ante una disposición muy imprecisa, el TC tiene que optar entre declarar su inconstitucionalidad con los consiguientes efectos despenalizadores, o rebajar el rigor del principio de taxatividad. El TC tiene entonces que “elegir entre dos males”. Sin embargo, es posible preservar en el sistema jurídico cierto nivel de certeza y de igualdad en la aplicación de la ley, a pesar de que el TC sea poco exigente con el legislador», dando «entrada a la jurisprudencia como elemento de estabilización de la interpretación de la ley». En definitiva, y en síntesis, considera Ferreres que una ley imprecisa y en sí misma considerada contraria al principio de taxatividad puede ser complementada (sanada, diríamos nosotros) por medio de una jurisprudencia que la precise.

IV

Esta es la tesis central de la obra, pero también su aspecto más discutible —es posible que por lo que tiene de innovadora—, especialmente *de lege data*, y ello no tanto por la cuestión de si la jurisprudencia puede considerarse fuente del Derecho penal (en tanto sea sólo una fuente complementaria hermenéutica, y no creadora del Derecho, ello no es problemático) ni por el hecho de que nuestro sistema no sea de *common*, sino de *civil law* (aunque ello no puede dejar de tenerse en cuenta, también hay que valorar la aproximación real que entre los sistemas de *common law* y de Derecho continental se ha producido, como el profesor Nieto, entre otros, ha estudiado) cuanto por otro orden de motivos como los que pasamos a señalar. Por un lado, no existen razones en nuestro sistema constitu-

cional para sostener la fuerza vinculante formal (valor normativo) de la jurisprudencia ordinaria, ni siquiera de la del Tribunal Supremo, sino más bien todo lo contrario. Aunque ello es ciertamente controvertido³, no puede olvidarse que, se comparta o no, es jurisprudencia constitucional (STC 165/1999 y Auto 14/2000), no limitada desde luego al ámbito civil en su formulación general, que «la existencia de una determinada línea jurisprudencial por parte de los Tribunales superiores no implica que haya de ser seguida necesariamente por los Tribunales inferiores, que en uso de su independencia judicial (artículo 117 CE) pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la Ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes, y sin que tal diferencia de criterio atente contra el derecho a obtener la tutela judicial efectiva en cuanto sus resoluciones sean producto de una aplicación reflexiva y razonada del ordenamiento jurídico (STC 160/1993, fundamento jurídico 2º)».

Y por otro lado, tampoco puede desconocerse que, en el ámbito penal a que se refiere el libro recensionado, las restringidas competencias casacionales del Tribunal Supremo no le permitirían, «*de lege data*» (y el autor no parece proponer reformas legales), a dicho tribunal sentar jurisprudencia respecto de muchos delitos y, aun respecto de los delitos en que sí le fuera posible, lo podría hacer sólo tras el transcurso de varios años, por lo menos, de «rodaje» del nuevo tipo penal.

Además, en tercer lugar, la tesis sostenida, en rigor, debería llevar coherentemente, además de a la instauración

³ Además de las referencias bibliográficas del libro, y en especial la polémica en la *Tercera* del diario ABC entre el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA —«¿Cambio radical del sistema jurídico español?», ABC, 3 de julio de 2002— y el Presidente del Tribunal Supremo don Francisco Hernando Santiago —«Jurisprudencia y seguridad jurídica», ABC, 19 de julio de 2002—, resultan de lectura obligada los trabajos de varios profesores y magistrados de los Tribunales Supremo y Constitucional recogidos en el volumen AAVV, *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, número 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001

de un recurso amplio de unificación judicial y de cuestiones prejudiciales⁴ o mecanismos análogos, a la conclusión de que un juez que deliberadamente se apartara de esa jurisprudencia estaría actuando igual que un juez que deliberadamente se aparte de la ley, con las consecuencias penales y de todo orden que de ello se derivasen, una consecuencia ciertamente hoy difícilmente admisible en nuestro sistema jurídico.

Por otra parte, los jueces, por imperativo constitucional, están «sometidos únicamente al imperio de la ley», que no al de la jurisprudencia (salvo la constitucional: artículo 5 LOPJ), aunque cabría argumentar siempre —tal y como sostiene, por ejemplo, Bacigalupo⁵— que «la ley» podría así establecerlo, si bien ello es discutible y no cabe pasar por alto que el TC ha dicho que «en un Ordenamiento jurídico como el nuestro [...] los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996)» (STC 49/1999).

Aparte de ello, y en quinto lugar, la tesis expuesta por Ferreres de que la jurisprudencia podría operar como complemento que sanaría una ley penal de otro modo contraria al principio de taxatividad resulta muy cuestionable en sí misma, pues no resulta aceptable que una progresiva jurisprudencia *ulterior* pueda complementar con efectos sanatorios una ley *anterior* que, aisladamente considerada, sería contraria al principio de taxatividad. Aquí nos parece aplicable o extrapolable, *mutatis mutandis*, la cristalina argumentación del magistrado Cruz Villalón en su más que justificado voto particular a la STC 49/1999: «no comparto la idea de una especie de vulneración calificada de “autónoma e independiente de cualquier otra” del derecho fundamental determinada por las carencias en la calidad de la ley que, sin embargo, pueden ser, por así decir, posteriormente “neutralizadas” por medio de una actua-

⁴ Abiertamente a favor, ENRIQUE BACIGALUPO: «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en *La fuerza...*, *ob. cit.*, pp. 149 ss.

⁵ ENRIQUE BACIGALUPO: *ob. cit.*, pp. 142 ss.

ción judicial particularmente respetuosa del derecho fundamental en cuestión [...] Por lo que hace a nuestro ordenamiento constitucional, no creo que podamos decir que se ha vulnerado el derecho fundamental por la deficiencia de la ley y, sin embargo, afirmar que la lesión puede ser contrarrestada por el juez, pues las carencias de previsibilidad no son susceptibles de una subsanación *ex post facto*». Y ello, en fin, resulta tanto más claro si se piensa cómo sería posible considerar «sanada» una ley en sí misma contraria al mencionado principio por medio de una jurisprudencia que todavía no se habrá dictado hasta que hayan transcurrido, por lo general, unos años al menos de vigencia de la misma, máxime si se piensa que no se trata de una ley procedimental que autorice una intervención de las comunicaciones, pongamos por caso, sino una ley que prevé una infracción penal y la castiga, directa o subsidiariamente, con una pena privativa de libertad en la inmensa mayoría de los casos, frecuentemente de varios años de duración, sin que la solución ofrecida o sugerida por el autor de la «atenuación de responsabilidad», aparentemente sobre la base de una (posible) interpretación de la STC 62/1982, resulte satisfactoria ni convincente en nuestro sistema, a nuestro modo de ver.

V

Otro de los inconvenientes que podría plantear la tesis defendida por el autor se refiere a la eficacia en el tiempo de los «giros jurisprudenciales» (por ejemplo, pongamos por caso, respecto de qué cantidad puede considerarse de «notoria importancia» a los efectos del subtipo agravado de tráfico ilegal de drogas, artículo 369 CP o respecto de un hipotético umbral mínimo y máximo de la tasa de alcoholemia para que estemos o no, con toda seguridad y objetivamente, ante la conducta típica del artículo 379 CP de conducción etílica), problemática que, en cualquier caso, también se plantea y tiene su relevancia si no se acepta dicha tesis. En concreto, son dos los problemas diversos

que aquí se plantean: a) si los giros jurisprudenciales en la interpretación de una norma penal desfavorables al reo pueden aplicarse retroactivamente a los hechos sucedidos con anterioridad a dicho cambio de criterio; b) si los giros jurisprudenciales «contra reo» pueden dar lugar a la revisión de condenas penales. El tema ha sido estudiado, sobre todo, en la elaboradísima dogmática jurídico-penal alemana desde hace varias décadas, sin que se haya llegado hasta ahora a una solución unívoca (aunque predomina la tesis de que cabe la aplicación retroactiva, si bien con la posibilidad del acusado de alegar un error de prohibición), y también en la doctrina norteamericana ello ha sido controvertido. El autor estudia brevemente la cuestión en estos ordenamientos, así como también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en nuestro propio Derecho interno⁶ y llega Ferreres a una solución en sí misma atinada, aunque de compleja y problemática aplicación en ocasiones: los giros jurisprudenciales en perjuicio del reo no deben de ser retroactivos; y los giros en favor del reo podrían ser retroactivos (aun con ciertos límites), si bien para esto último debería modificarse previamente, más bien, el artículo 954.4 («hecho nuevo») de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y es que, en cuanto a una eventual aplicación retroactiva de un giro jurisprudencial «contra cives», lleva toda razón Scalia, en los EEUU, cuando comenta, en cita que hace el autor: «la decisión de hoy da lugar [...] a una Constitución curiosa, que sólo le podría gustar a un juez. Se trata de una Constitución bajo la cual, en virtud de la cláusula que prohíbe leyes *ex post facto*, los representantes elegidos por el pueblo no pueden, de modo retroactivo, convertir en asesinato lo que no era asesinato cuando tuvieron lugar los hechos; pero sí pueden hacer exactamente eso los jueces no elegi-

⁶ Entre nosotros, el tema ha sido estudiado, sobre todo, por FULGENCIO MADRID CONESA: *El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo*, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Universidad de Valencia, 1982; y CATY VIDAL RODRÍGUEZ: *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, obras que citamos por el libro recensionado.

dos por el pueblo». Se impone, pues, un «prospective overruling» respecto de los cambios jurisprudenciales en contra del reo.

* * * *

A modo de conclusión, podemos decir que la obra que se comenta estudia el principio de taxatividad penal con rigor y exhaustividad desde una perspectiva constitucional, para lo que se examina la jurisprudencia del TC y el TEDH, así como también el Derecho comparado (del que se hace una utilización eminentemente funcional y no puramente ornamental, como en ocasiones ocurre), al tiempo que se realiza una construcción dogmático-constitucional de dicho principio a través de la sistematización crítica de todo ese material y se sostiene, en particular, la controvertida tesis de la posible función complementadora de las leyes imprecisas por parte de una jurisprudencia a la que habría que reconocer valor normativo. Todo ello se hace con buen estilo y una exposición argumentativa clara, por lo que su lectura, que por lo anterior se hace fácil, resulta aconsejable para los preocupados o simplemente interesados por este tipo de cuestiones.

Joaquín Brage Camazano
Doctor Europeo en Derecho (UCM).
Departamento de Derecho Constitucional.
Universidad Complutense de Madrid

VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid. Ed. Trotta, 2002.

SUMARIO DE LOCALIZACIÓN DE LA MONOGRAFÍA: INTRODUCCIÓN.—1. DOCTRINA TRADICIONAL Y DIFERENCIAS DE LOS DERECHOS CIVILES Y SOCIALES.—2. ALTERNATIVAS QUE PREDICAN LA UNIDAD DE TODOS LOS DERECHOS.—3. LA EXIGENCIA JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.—4. MANTENIMIENTO DE LA CATEGORÍA DE «DERECHOS SOCIALES».—5. OBLIGACIONES GENÉRICAS DE LOS ESTADOS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.—6. ESTRATEGIAS PARA LA EXIGIBILIDAD JUDICIAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.—7. VÍAS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DEL PIDESC: DIRECTAS E INDIRECTAS.—8. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A TRAVÉS DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

INTRODUCCIÓN

Ya dice Ferrajoli en el prólogo de la presente obra que estamos ante un problema jurídico que no quedará cerrado, como casi siempre, con un estudio pormenorizado de un problema. La idea de que los derechos civiles y políticos han interesado más a la Ciencia del Derecho que los económicos, sociales y culturales, a lo largo de los tiempos, es más que discutible. Si bien los derechos civiles nacen de las concepciones liberales, los autores que se han preocupado de los derechos de la masa, del general de los ciudadanos son numerosísimos y de eco o amplitud tremenda, por citar a Marx por todos ellos. La idea de que no son «derechos» y sólo principios programáticos, desde el debate jurídico puede resultar interesante a quien se lo resulte; desde luego, no es el caso de los autores que parecen desde el principio tener clara la idea de que el problema es su

exigibilidad no su concepto. Sin embargo, la ciencia jurídica se centra, de forma excesiva a mi juicio, en naturalezas y definiciones para encerrarse en sí misma, desconociendo el papel central del Derecho como instrumento de cambio de la sociedad, de dignidad de todos sus miembros. Se enroca en discusiones al respecto, el argumento de autoridad las alienta, se mete en discusión paulatina, con ello cree la ciencia, mejor dicho, los autores que escriben del Derecho, que con ello son más «técnicos» y se apartan del saber vulgar del Derecho, para ellos el peor de los enemigos. No es esta nuestra concepción, muy al contrario: la necesidad de que esta ciencia cambie está en no defender ideas o teorías inaplicables, en no conceder crédito a las mismas porque provengan de autor afamado y sólo en este criterio. El Derecho debe dejar la disputa estéril y la palabrería científica que tanto daño le ha hecho y le hará para centrarse en su implicación sociológica y en la cada vez más acuciante resolución de los problemas; en cada catástrofe esto se comprueba, en cada situación de alarma. Abramovich y Curtis en esta monografía no elucubran de manera gratuita, parten del laboratorio social, del caso concreto extraído de la jurisprudencia, para obtener conclusiones de carácter jurídico, y qué duda cabe, de modelo de Estado, del papel del Derecho, de Filosofía del Derecho en suma. Y es que al final el jurista se encuentra con el debate de ideas y valores, «desde» la norma o «más allá» de la norma o «en» la propia norma y su aplicación judicial; unas veces se llamará positivista tamizado, iusnaturalista, o realista, pero eso es lo de menos. Lo cierto es que el Derecho nace con la idea de ser aplicado, en sí mismo, posee la sanción, y eso es lo que aquí se plantea o se vuelve a plantear. El libro no se detiene sólo en si los «derechos sociales» son de segunda o tercera generación, tampoco en su estructura, busca lo que hoy en día debería perseguir todo Derecho, incluida su Filosofía: la efectividad, su estrategia, su garantía, la práctica. Se ha indicado la Filosofía porque parece, o desde la producción eso parece, que los tratados meramente filosófico-jurídicos sin eficacia práctica, como mera indagación intelectual, siendo respetables, deben

orientarse mejor hacia la Historia de la Filosofía, hacia la Filosofía genérica (una de cuyas realidades e ideas insoslayables es la del Derecho), pero no obedecen al cauce intelectual, práctico (de confección y aplicación jurisprudencial de las normas) del jurista.

Sería, sin embargo, muy drástico decir que han tocado a su fin esos estudios jurídicos, pero no es atrevido indicar que se encuentran ya en una etapa de escasez autónoma, incorporando el estudio jurisprudencial o legislativo entre sus temas de investigación, lo que es lógico y, además, altamente compatible. Se parte de que los derechos sociales, económicos y culturales son derechos que generan obligaciones concretas al Estado (se parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC, de 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 3 de enero de 1976). Hoy en día, la negación de la categoría de derechos de esos y la denominación de «programas», «deseos», ... es problemática con la mayoría de los textos constitucionales, no sólo de las democracias occidentales, sino de África y de los países del Este, en su copia de los mismos, al menos, como alternativa formal. El estudio de los autores, lo dejan claro (p. 20), no intenta crear un «derecho natural» de esos derechos, que lo da por supuesto, sino que se centra en su exigibilidad judicial y en la estrategia para que dejen de ser considerados buenos deseos; creo que demuestra lo uno y lo otro. Para mejor entendimiento hacen una muy correcta exposición

1. DOCTRINA TRADICIONAL Y DIFERENCIAS DE LOS DERECHOS CIVILES Y SOCIALES

Por ello, se centra en una norma internacional de cumplimiento general comparando con el otro gran Pacto de Derechos civiles y políticos de 1966. La idea de la que se parte, plenamente compartida, es que los derechos civiles y políticos generan obligaciones negativas o de abstención, (no detener arbitrariamente, no aplicar penas sin juicio previo, no restringir la libertad de expresión, correspon-

dencia, propiedad privada...), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales, implicarían a los Estados obligaciones positivas por parte del Estado. Estos conllevan inversión, gasto del erario público, política presupuestaria...es decir, brindar prestaciones positivas en salud, educación, patrimonio cultural. En el primer caso, basta con legislar sin que el Estado irrumpa en esas libertades, en el segundo, hay que crear recursos públicos para llevar a cabo esas prestaciones positivas, pero no estrictamente «derechos». Esta distinción está, según los autores y que se comparte, sesgada, proveniente del Liberalismo que piensa que el Estado sólo es garante de justicia, seguridad y defensa (p. 23). Ya ni Smith ni Ricardo pensaban que no existiera en el Estado interrelación entre esos derechos y las instituciones públicas y políticas y su juego en el mercado: estaría fuera de la realidad. Mas, no merece la pena detenerse en ello más: hay que pensar la de obligaciones públicas en el mantenimiento de los derechos civiles, en la propiedad y su planificación por ejemplo. La doctrina tradicional está, por tanto, desfasada. La estructura de los derechos económicos, sociales y culturales está caracterizada, al igual que los derechos civiles y políticos, y se encuentra formada por obligaciones positivas y negativas y en la actuación del Estado para impedir un ejercicio ilegítimo de los derechos civiles. Las diferencias entre estos derechos, por tanto, son más de grado de exigibilidad y estrategia en ella, que sustanciales. Los propios derechos sociales exigen del Estado una obligación negativa de no dañar la salud, o de preservar el medio ambiente, o de educar o hacer algo para impedir que no se eduque la comunidad. Esta distinción se pierde de forma seria cuando los derechos civiles y políticos, poco a poco, se hacen «sociales», de entre ellos, (como en 1994, fecha de mi tesis doctoral *La propiedad: bases sociológicas del concepto en la sociedad postindustrial*), la propiedad sigue siendo el más paradigmático pero todos los demás, consumo, libertad de expresión, intimidad...han sufrido una generalización y en su ejercicio medidas de todo tipo que los han socializado; a su vez, los tradicionales derechos sindicales o

de huelga son cada vez más civiles y sobre todo, políticos, ejercidos de forma individual.

2. ALTERNATIVAS QUE PREDICAN LA UNIDAD DE TODOS LOS DERECHOS

Así que esta distinción puede tener su valoración como clasificatoria en nuestros días (p. 27). Van Hoof o Eide, son autores que prefieren hablar mejor que de distinguir derechos de «niveles» de obligaciones, a saber: obligaciones de respetar, de proteger, de garantizar, de promover el Derecho. Esos niveles no se caracterizan por coincidir con la doctrina tradicional de obligaciones positivas o negativas de resultado o de medio, por ello se refuerza la idea de «unidad» de esos derechos civiles con los sociales. Existe, por tanto, una interdependencia entre ambos derechos no muy discutible. Los autores ponen ejemplos como el del derecho de alimentación, que se garantiza, se protege, se promueve con obligaciones negativas y positivas del Estado de forma indistinta. Ellos se inclinan (p. 31) por tres niveles de protección: obligaciones de respeto, de protección y de satisfacción: algo que es aplicable a todo el espectro de los derechos civiles o políticos.

- A) Así, el Estado tiene que establecer «*algún tipo de regulación*» de los derechos civiles, (sobre el matrimonio, la contratación, la no discriminación en esos derechos) y también una estructura normativa sindical, de información, a la protección a la familia, que sólo la puede crear él y a ello está obligado. Para ello crea normas permisivas de los derechos y no cumple con su función con la simple normativa de prohibiciones.
- B) Otras veces el Estado está obligado a restringir o limitar las facultades de las personas privadas, en tanto trabajadores o sindicatos, en tanto, consumidores o de medio ambiente, sin distinción en si el derecho es considerado civil o político. Los derechos

sociales (salario mínimo, vacaciones, despido...) se deben extender a la regulación que de las mismas materias hagan los empleadores privados. Por poner otro ejemplo, la legislación de rectificación ante informaciones inexactas es aplicable al Estado, pero también a la persona privada.

- C) Otras veces el Estado puede cumplir con su obligación de una forma mixta, es decir, regulando y aportando recursos suyos y regulando que ciertas personas privadas lo puedan hacer mediante limitaciones y obligaciones, organizando servicios públicos como el de justicia, como el de asistencia gratuita, etc., que obligan al Estado a intervenir en su regulación, en su marco físico de actuación, en sus órganos, centrándose el problema en la justiciabilidad de estos derechos económicos, sociales y culturales (p. 37).

3. LA EXIGENCIA JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Centrado el problema en su verdadera dimensión, la historia de los derechos sociales es la de los beneficios de los pobres conquistados paulatinamente hasta plantearnos cómo pueden ser esas obligaciones normativas exigidas ante los jueces. Una vez que esos derechos, a partir de las constituciones y declaraciones nacen como normas viene la segunda parte. Para ser un derecho completo, como un derecho civil, el social debe alegarse en su incumplimiento ante los órganos judiciales del Estado; sólo así es derecho subjetivo pleno, en caso de nacer responsabilidad por omisión o acción equivocada que no favorezca el derecho por el Estado.

Sólo nos encontramos ante un derecho verdadero cuando su titular puede litigar y ser tutelado por el poder independiente del Estado, el judicial.

Dice Schenenin (p. 39) que acerca de esa pretensión de ser exigibles los derechos sociales, existen razones verdaderas y falsas. Las falsas se centran en no ser justiciables

por no ser derechos; las verdaderas en problemas de política legislativa (vaguedad de textos) o en la falta de práctica institucional en la interpretación de los textos internacionales. Pero si entendimos que los derechos sociales generan obligaciones positivas y negativas para el Estado, no parece que estemos en la clásica discusión de que verdadero derecho es el que tiene acción para ello, pues los derechos sociales si no tienen acción procesal, la encuentran como se verá. Por razones político-administrativas se ha centrado su poca exigibilidad judicial, pero no estrictamente jurídica, baste recordar que el Estado no puede discriminar en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales (2.2 PIDESC) para encontrar la razón de su exigibilidad constitucional en los Estados modernos. La salud, vivienda, educación... son derechos tan esenciales que encuentran acción legal para ser defendidos y exigidos sin problema desde el caso individual. Hay una concepción que se señala como nuclear: el Poder Judicial no es el encargado de realizar políticas públicas de satisfacción de esos derechos, ni en su decisión que es individual ni en su naturaleza pues él es Estado también. Ello admitido, parece claro que el Estado cumple, por lo general, en parte con esos derechos de salud, educación, vivienda, cultura... de modo que cumpliendo, mal que bien, las posibilidades de que un Poder independiente le acentúe su esfuerzo en sus deficiencias no es impensable. Además, otro problema, y no menos grave, es el de la articulación de acciones colectivas procesales que exijan ese derecho, pues es impensable una acción general que no pase por ser una revolución política o movimiento al estilo. El derecho individual se puede ejercer cuando es genérico su incumplimiento (pero no tanto como ser general, pues si un Estado no garantiza la salud o la educación siembra su propia revolución) en las llamadas acciones de derechos o «*intereses individuales homogéneos*». Las decisiones judiciales pueden señalar al Estado incumplidor la agenda pública de necesidades, son canalizaciones de esas necesidades y tienen fuerza moral por venir de un órgano esperanza última de los ciudadanos, aunque no de alcance general, ni sea este

su papel. Además, es lógico que si estos derechos internacionales con normas de cumplimiento y contexto constitucional, se podrán alegar judicialmente, como se viene haciendo: es más seguro que el Estado cumpla en el orden interno que en el internacional, lo que tampoco le conviene en sus relaciones e imagen. Se suele decir que el proceso o los procesos son limitados para la exigencia de derechos civiles como objeción, pero se pueden reconducir por los mecanismos civiles (derecho a la vida y derecho a la salud); pese a todas esas limitaciones, los autores no niegan que su conclusión evidente es compartida: no existe ningún derecho social, económico o cultural que no permita de alguna manera su exigibilidad judicial en caso de transgresión (p. 47).

4. MANTENIMIENTO DE LA CATEGORÍA DE «DERECHOS SOCIALES»

La distinción tiene sentido desde un punto de vista clasificatorio, como consenso terminológico mínimo y como generalización de la ciencia jurídica (p. 49); distinguen entre el modelo privado clásico y el modelo del derecho social.

El modelo privado clásico se traduce en:

- A) La construcción de sujetos de derecho individuales.
- B) La equivalencia de los sujetos de derecho expresada en nociones como igualdad formal ante la ley y la igualdad de las partes contratantes.
- C) La consagración del principio de la autonomía de la voluntad del contrato como mecanismo válido para intercambiar bienes y servicios; el establecimiento de factores personales y subjetivos de asignación de responsabilidad civil, como dolo y culpa.
- D) La defensa a ultranza de la separación de poderes y la separación de la justicia civil y penal.
- E) El diseño de acciones procesales entre los derechos civiles e intervención del poder público en esos de-

rechos como mínima, así como el contrato como la distribución e intercambio de bienes.

- F) Los derechos quedan configurados como facultades y libertades religiosa, aprender y enseñar, libertad de expresión, formar una familia, etc...porque una norma así lo indica.

En todos estos derechos el Estado adquiere una obligación positiva de no injerencia del Estado, favoreciéndolos y no sólo ejerciendo la abstención.

El modelo del derecho social se refleja en lo siguiente:

- A) La dimensión colectiva del Derecho es fundamental para distinguir como sujeto a la colectividad de individuos.
- B) La desigualdad material es lo que hace nacer derechos para todos, educación, salud... en el trabajo y en la relación laboral, derecho de igualdad futura para el trabajador (principio *pro operario y favor consumatori*).
- C) Es necesario establecer limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, el interés público es necesario protegerlo así como la dignidad de los colectivos en el trabajo, la salud, educación y vivienda.
- D) El Estado asume una función de promoción de todos estos derechos para los grupos desventajados o postergados históricamente.
- E) Un nuevo sistema de responsabilidad y el riesgo basado en la responsabilidad colectiva y mayor injerencia estatal en sus funciones así como el establecimiento de las acciones colectivas en el proceso; por tanto, un derecho de grupos, basado en las desigualdades fácticas que el Estado intenta moldear y suavizar.

Los derechos sociales cumplen múltiples funciones en el Derecho social; hacen nacer nuevos derechos sociales (derechos de consumidores), hoy en día (p. 59) los derechos son representados en los dos derechos y la distinción de

forma fáctica carece de sentido, aunque la ha seguido haciendo la legislación, distinguiéndose por el modo de la regulación. Ciertamente, estos dos modelos son superados por sus interrelaciones y el aumento procesal de los derechos sociales es alarmante y un valor en alza, así en derecho del trabajo, derecho de la salud, y de sus acciones colectivas. En resumen (p. 64) diferenciar entre derechos civiles y sociales tiene importancia histórica en su positividad y su contexto ideológico, pero esa diferenciación tiene limitaciones, no es exhaustiva y los derechos humanos tienen relación con los dos modelos y, francamente, por su proceso y exigencia, por su alegación y por su igual tratamiento judicial, está superada aunque fuere importante en otras épocas.

Diferenciados los modelos, internacionalmente los pactos han supuesto una diferencia de obligaciones para el Estado, civilmente obligatorias en sus logros y medidas, socialmente en sus recursos judiciales efectivos, cosa que no ocurre con los derechos sociales (arts 2.1 y 3 del PIDCP y 2.2 del PIDESC). Ya se discutió esta doble redacción y lo que supondría cuando tomara cuerpo legal. La idea de que los derechos económicos, sociales y culturales no son meras declaraciones programáticas nace de forma algo rápida; en 1985 se crea el Comité de los derechos sociales citados, como órgano de aplicación de esos derechos con la idea de combatir esa idea.

Dicho Comité ha creado su propia «jurisprudencia» y esas obligaciones han sido clarificadas en Limburgo en 1986 no como fuente jurídica autónoma obligatoria de los Estados, pero son documentos que los Estados deben aplicar y no dejarlos por ignorados por ser parte del Tratado en su interpretación e invocables aunque el problema es su debilidad. Por tanto, aunque hay normas, falta por saber su estrategia de invocación más efectiva (p. 70). El problema es la aplicación de los tribunales locales o internos de las normas internacionales de forma efectiva; Derecho internacional e interno se auxilian y ayudan para dar soluciones a los problemas jurídicos.

Estos Pactos están en la línea más alta de la jerarquía de las normas, están aceptados como textos de obligado cumplimiento por los Estados, se pueden y se deben aplicar por los órganos judiciales, son Constitución del mismo Estado. El respeto de los jueces locales (mejor estaría el llamarlos del Derecho interno) al Derecho Internacional hace que ellos son los mismos que deberían evitar que el Estado evite incurrir en responsabilidad internacional. La riqueza jurisprudencial es otro de los logros de la monografía: las afirmaciones son contrastadas con la realidad del conflicto y litigio, a partir de éstos. Por tanto, estos pactos son normas de Derecho Internacional que no debe desconocerse y el problema central en todo el estudio es el de su invocación judicial ante los Tribunales internos e Internacionales. El Comité parte de la naturaleza jurídica del Pacto: algunos Estados lo califican de criterio interpretativo o como prácticas internacionales; lo más común es su carácter de criterio interpretativo asumido por la Constitución respectiva; otros Estados no le dan ningún valor a ese Pacto como norma; pero lo cierto es que corresponde a cada Estado determinar el mecanismo de incorporación del Pacto en su Derecho interno ya sea a través de un sistema dualista o monista (p. 77) y, sobre ello, las doctrinas al respecto de su autoejecutabilidad (Aréchaga) o su adaptación al Derecho interno para que se produzca éste. En cualquier caso, será la Constitución de cada país la que determine su posición al respecto, pero no es, no puede ser, una cuestión que al Derecho Internacional le deje indiferente (Buergenthal).

5. OBLIGACIONES GENÉRICAS DE LOS ESTADOS EN RELACIÓN A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Los Estados deberán adoptar las medidas inmediatas; la de garantizar niveles esenciales de esos derechos; la obligación de progresividad y prohibición de regresividad.

A) *La medidas adoptadas*

a) El Pacto (art. 2.1) establece que los Estados se comprometerán a adoptar las medidas posibles para lograr la plena efectividad legislativa de esos derechos. Es un compromiso que no está condicionado o concretado en otra disposición por lo que se ha interpretado por la doctrina del Derecho clásica como un programa de intenciones. Los Principios de Limburgo sostienen que un Estado viola el Pacto por no remover los obstáculos que impidan hacer efectivos los recursos para ello o cuando limita derechos del pacto, o cuando la violación es *por acción* (señala un catálogo: discriminación a grupos de sus derechos sociales, apoyo de medidas económicas que los impidan por igual, medidas que reduzcan presupuestariamente el derecho o su efectividad... Principios de Maastricht, principio 14).

La violación puede ser *por omisión*, al no adoptar medidas económicas para el desarrollo de esos pueblos, la falta de legislación, la poca supervisión de esas obligaciones, la no consecución de los estándares mínimos de cumplimiento general internacionalmente aceptados; en suma, la falta de desarrollo y potenciación de los derechos sociales, económicos y culturales.

b) Adecuación del marco legal: es esencial erradicar toda legislación que discrimine o restrinja esos derechos a ciertos grupos y la dotación de recursos judiciales para invocarlos a los tribunales en caso de discriminación (discapacitados, minorías étnicas, inmigrantes, bajo nivel adquisitivo, minorías o colectivos por motivos sexuales, campesinos sin tierras, sin techo, principios de Maastricht, 20). El Comité señala las reformas legislativas para el derecho de alimentos para todos, para la atención a la salud, comercialización de los equipamientos médicos, en la educación y su no discriminación. Una de las ideas más importantes es que el Estado debe «informar» de sus planes sobre vivienda, salud, y su efectividad legal y presupuestaria: la información es esencial para poder ejercer un derecho por parte de grupos que no acceden fácilmente a ella.

c) Provisión de recurso efectivos judiciales

Los recursos judiciales para defender esos derechos son tan imprescindibles como en el caso de los derechos civiles, son de aplicación directa por el Poder judicial en la igualdad de hombres y mujeres en el ámbito laboral, salario mínimo, protección de niños, enseñanza primaria... parece impensable que estos derechos fundamentales no posean recurso judicial efectivo para defenderlos. Su carácter de derechos colectivos les limitan según la doctrina positivista en su justiciabilidad.

d) Garantía de niveles esenciales de los derechos (p. 89): la acción positiva exige un mínimo desarrollo de los derechos sociales, en su contenido básico como el de la salud, o la alimentación, atendiendo a los parámetros internacionales como siempre. Los llamados indicadores de analfabetismo, epidemias, mortalidad infantil, siniestralidad laboral, ... que al dispararse nos sitúan ante un Estado que no garantiza niveles mínimos y sin voluntad y capacidad de promover y proteger los derechos sociales (p. 91).

B) *La obligación de progresividad y no regresividad*

Las medidas del Pacto se alcanzarán progresivamente. El progreso significa, fuera de su uso político ya casi ininteligible, que el estado está obligado a mejorar el goce y ejercicio de los derechos sociales en su efectividad y ello mediante la obligación de no regresividad, es decir, de no plantear políticas que no mejoren los derechos. Cada logro es un ladrillo cementado para el siguiente, en legislación, en presupuesto, en mejorar derechos y dar por adquiridos los ya conseguidos, para con ello favorecer el reclamo judicial de esos derechos es vital. La no regresividad es uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Junto a ello se reconoce la «razonabilidad de las leyes», en cierta medida racionalidad de la reglamentación de los derechos, que no pueden empeorar la situación de

reglamentación del derecho vigente, favoreciendo «*el debido proceso sustantivo*» por el Legislador para potenciar o no su reclamo. Tanto en su proceso sustantivo de confección como en sus limitaciones en el ejercicio de los derechos deben ser racionales: lo que sea esta racionalidad excede de este trabajo. Ningún derecho reconocido en el Pacto puede ser limitado o restringido en las legislaciones internas, por cuanto el Estado de bienestar entendido como de mínimos vitales de dignidad humana, está limitado por el Pacto para el bienestar general. La racionalidad está unida a la proporcionalidad de los medios elegidos, del dictado de la norma y los fines que la justifican.

C) *La prueba y su inversión*

El particular o el grupo puede demostrar la ley regresiva y con ello ya prueba un daño realizando un análisis comparativo con una norma que le concedía un derecho. Se parte de la prohibición de la discriminación (Italia art. 3.1, España art. 14) argumentando racionalmente que los derechos han sido desmejorados, que no han sido favorecidos (p. 105), como en caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali (TEDH 25 mayo 1985) sobre discriminación de raza a las mujeres de inmigrantes en Inglaterra. Los demandantes demostraron el carácter regresivo de la norma; por el contrario, el Estado manifestó el «interés» de la existencia de la norma y su racionalidad como «necesidad social imperiosa» de mantener una discriminación por «razonable», «útil» y «oportuna». El Estado debe demostrar:

- La existencia de un interés estatal permisible.
- El carácter imperioso de la medida.
- La inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión.

Es decir, se debe acudir por el Estado a una justificación racional e imperiosa de una medida por parte del Estado, pese a que sea regresiva.

La verificación del carácter regresivo de una norma pasa por este esquema: la presunción de ilegitimidad de la medida (llevado a cabo su examen con un escrutinio estricto o un severo control de la razonabilidad y legitimidad de la medida), quedando a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad.

D) *Los criterios de determinación de una norma regresiva* (p. 111)

No difiere el hecho de que se intenta aplicar al caso la norma jurídica más favorable como en los derechos civiles. El juicio que el impugnante de la norma deberá proponer es de tipo comparativo, debiendo poner énfasis en que la norma impugnada es menos favorable para el titular del derecho que la sustituida. Se tiende a un análisis global del ordenamiento sobre una determinada institución para comparar si una norma es regresiva. Esa obligación de no crear normas «regresivas» es para los autores no sólo aplicable a los derechos previstos en el PIDESC sino a todo derecho económico, social y cultural de rango constitucional. Ello por varias razones: la complementariedad que la Constitución otorga a los Tratados de jerarquía constitucional con respecto a su parte dogmática. Además, el nivel de protección ha de ser, el de esos derechos, interno y externo y se deben comparar los estándares nacionales y los internacionales para saber cómo están «nuestros» derechos sociales en cuestión: la propia Constitución, afirmación un tanto arriesgada, puede ser considerada como una reglamentación interna del PIDESC.

6. ESTRATEGIAS PARA LA EXIGIBILIDAD JUDICIAL
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Como se indicó, el punto central del libro es éste: el estudio de los obstáculos metodológicos, jurídicos y políticos, que impiden una verdadera estrategia judicial para invo-

car esos derechos ante los Estados y cómo solventarlos. Ya se había indicado los estructurales como el papel del Poder judicial que no es el encargado de crear políticas públicas, pero no es argumento definitivo: es salvable pues el Poder Judicial cumple con su misión perfectamente defendiendo a los ciudadanos en estos derechos. El «casuismo» es una crítica general cuando se estudia jurisprudencia, pero esa crítica (p. 119) es poco solvente. La totalidad del estudio de la Jurisprudencia no se puede realizar en un trabajo de investigación, sino que se escogen litigios que representan una «tendencia» a admitir la judicialización de los derechos económicos y sociales, durante todo el trabajo se hace hincapié en que se les llama de forma indistinta «derechos sociales» y no supone ello problema nada más que para el positivismo rancio destructor del derecho. Se enumeran los obstáculos:

A) *La determinación de la conducta debida por el Estado en su incumplimiento*

Los textos son ambiguos y genéricos, pero en sus obligaciones no son excesivamente laxos; es verdad que el establecimiento de un cauce individual para litigar derechos económicos sociales y culturales puede hacer, si alguna vez existe, que este problema deje de plantearse. Esa generalización es típica de los textos internacionales, para su adaptabilidad a las legislaciones internas; así se ofrece un margen al Legislador interno para poder regular de forma más concreta, y son principios generales inspiradores de las Políticas económicas y sociales. La acción y la omisión se obtienen por comparación con los resultados o fines que el Pacto impone a los Estados: el favorecimiento de esos derechos económicos y sociales. La generalidad conlleva otro obstáculo: la determinación fáctica de los hechos, que en su confección, se encuentra con acciones tasadas para el ejercicio de los mismos; de entre esas acciones, los jueces podrán imputar al Estado su incum-

plimiento sin que ello conlleve sustitución alguna del Poder legislativo.

B) *La autorrestricción del Poder judicial frente a cuestiones políticas y técnicas*

Tradicionalmente ha sido un obstáculo. La legitimidad de los jueces para invalidar decisiones «políticas» no es un foro adecuado, sino poco propicio, y cuando la decisión es más política, es menos técnica. «Cuanto mayor sea el margen de debate con relación a estas cuestiones que pueden calificarse como «políticas» o «técnicas», menores serán las posibilidades de éxito de la acción intentada» dicen como conclusión los autores (p. 128). No entendemos que sea un obstáculo insalvable tampoco éste, ya que cualquier caso, susceptible de generalización o efecto «dominó», puede convertirse en derecho social y el juez tiene por misión impartir justicia conforme a las normas.

C) *La ausencia de mecanismos procesales para la tutela de estos derechos*

Si el problema de las normas y su fondo como completas, así como el del órgano encargado para imputar responsabilidad no es poca cosa, no lo es menos la carencia de acciones judiciales procesales para la protección de estos derechos, poco a poco, paliada.

Así, la incidencia colectiva de los derechos sociales provoca problemas de la legitimación activa en el proceso, concebido tradicionalmente sobre el derecho individual de ejercicio privado. El resarcimiento de esos derechos debe ser con frecuencia de forma urgente y las sentencias que condenan al Estado a cumplir las obligaciones sociales topan con una dificultosa ejecución.

A ello se une la poca iniciativa procesal de los gobiernos en crear acciones colectivas inmediatas, siendo la *class action* estadounidense, no el único, pero un ejemplo esperan-

zador. En España la nueva LEC inicia ese camino de forma tímida potenciando a las asociaciones oficiales de consumidores y potenciando la acción colectiva, pero queda mucho por hacer.

D) *La escasa tradición judicial en la materia*

Acertado análisis realizan los autores cuando ven que en el sistema occidental el Poder Judicial no tiene una tradición de exigir derechos sociales por sentencia, en parte por el papel, algo ya perturbador y desde luego discutido en la realidad, del sacrosanto principio de la separación de poderes que se mantiene formalmente por la doctrina y el argumento de autoridad. Hay que tener, pese a todo, un optimismo moderado para que las acciones públicas se ejerzan ante esos órganos, última esperanza de muchos ciudadanos ante el Estado.

7. VÍAS DE EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DEL PIDESC: DIRECTAS E INDIRECTAS

Las denominadas *directas* son aquellas en las que el objeto de la actuación judicial tiene como sustento la invocación de un derecho económico, social y cultural. Las acciones judiciales colectivas tenderán a erradicar la injerencia del Estado en esos derechos para impedir su tutela, así como estarán encaminadas a la protección y satisfacción de las omisiones del Estado que vulnera los compromisos del Pacto. Así, por ejemplo, cuando se pretende una declaración de que la omisión estatal de esa obligación constituye una violación del derecho en cuestión. Cuando un derecho no ha mejorado por la actuación del Estado o ha empeorado por su normativa o falta de ésta. Esa omisión de cualquier derecho social deja la vía al órgano judicial para ser título que se puede aportar para exigir una responsabilidad internacional del Estado (p. 135), que al mismo no le debe dejar indiferente. El órgano judicial interno es el

encargado de fijar la conducta debida o fijar el acto omitido en materia de educación, salud, higiene, trabajo... y emplazar para adoptar las medidas omitidas en el sentido de que no puedan repetirse.

Siempre late detrás de esta idea la objeción conservadora de que el órgano judicial carece de poder para obligar a los órganos políticos a realizar conductas debidas. La prueba debe ser cuanto más contundente mejor: desde sus actos propios como Estado, a la acumulación de omisiones ante el problema, informes de sus dependencias, estudios que del mismo Estado parten...el éxito de ese caso depende de «la proporcionalidad a lo acotado que resulte del debate de las cuestiones políticas y técnicas y la materia probatoria del proceso» (p. 137), citándose el caso de Asociación Benghalensis de 1998 en el que se condenó al Estado argentino a dar cumplimiento a la obligación y asistencia de los enfermos de SIDA registrados en su país y otros ejemplos jurisprudenciales que se analizan de forma exhaustiva como, por otra parte, no es incompatible, no lo debería ser, con un buen trabajo de Filosofía jurídica.

Exigibilidad indirecta: se aprovechan uno o varios derechos civiles y políticos más consolidados procesalmente para defender a los PIDESC. Si el artículo 2.2 del PIDESC indica la obligación de los estados de garantizar el ejercicio sin discriminación exclusivamente de los derechos consagrados en este instrumento, ya es dable que esta vía indirecta quede reconocida. El Comité ya entendió que esa no discriminación no depende de que no sean derechos civiles o políticos: casos *Zwaan de Viries v. Países Bajos* y *Broeks v. Países Bajos* (CDH comunicaciones nº182/1984 y 172/1984 respectivamente) sobre derecho al desempleo.

Se invoca igualmente la igualdad de trato como argumento en los derechos sociales. Se cita una sentencia de la Corte Suprema canadiense el caso *Eldridge v. British Columbia* (Attorney General) de 1997 sobre derechos de personas con discapacidades y sus problemas con la información en la sanidad e intervenciones. La sentencia emplea (p. 177) en el análisis del caso, la noción de igualdad material, igualdad de oportunidades o igualdad de resultado,

por oposición al tradicional concepto de igualdad formal o de trato. La igualdad material supone un instrumento que asemeja a los derechos PIDESC con los civiles en su exigibilidad judicial.

Otra vía es la del *debido proceso*: los obstáculos del Estado en el acceso a la Justicia, a los recursos judiciales y de garantías procesales, que puedan producir indefensión a los particulares. Todo lo que hace referencia a la condición económica del justiciable, al tiempo razonable para resolver un litigio, a la igualdad de armas jurídicas en la defensa de los derechos sociales frente al Estado o el gran empresario...en todos esas materias ha incidido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: en el principio de igualdad de armas jurídicas y el debido proceso, como derecho social o requisito previo del ejercicio de cualquier derecho, la progresiva ampliación de los derechos sociales frente al Estado es argumento corroborado por la jurisprudencia que citan (*caso Feldbrugge v. Holanda*); sentencia de 29 de mayo de 1986, *caso Lobo Machado v. Portugal* de 1996...); el ejercicio o planteamiento de un recurso efectivo admitido es otra gran vía indirecta de defensa de los derechos sociales (amparo, casación...).

8. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A TRAVÉS DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Dada la interdependencia de los derechos, unos y otros, aparecen implicados de forma recurrente. Sus límites son borrosos (salud y derecho a la vida, p.e) y es común el aprovechamiento en el íter procesal de un derecho civil para defender otro económico, social o cultural. La obligación positiva del Estado en materia de derechos civiles y políticos favorece que sus invocaciones sean tenidas en cuenta. La jurisprudencia del TEDH se fue consolidando, referida a las obligaciones del Estado en materia de los derechos civiles, que resulta de inestimable valor para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Hay casos muy numerosos (*caso López Ostra v. Es-*

pañã de 1994, sobre el medio ambiente; caso *Arrondelle v. Reino Unido* de 1982, sobre el derecho de propiedad), que rebelan que no sólo surge una obligación negativa del Estado para con los derechos civiles de no injerencia o respeto, sino una acción positiva, esencia de los derechos del PIDESC. Al Estado se le exigen medidas negativas y positivas en la defensa de los derechos tanto civiles como sociales, así en el caso *Airey* para solicitud de Abogado y carestía del mismo, de TEDH, 1979. Pese a las críticas al Estado de Bienestar, que existirán aunque cambie de estructura o de objetivos, surgen nuevos derechos sociales como el de consumidores (de tanta actualidad siempre, caso del barco *Prestige*) y medio ambiente, que se han convertido en derechos sociales «fuertes», junto a los tradicionales laborales, de salud y educativos. El derecho civil puede ser limitado por el interés general, para el favorecimiento de grupos desprotegidos, como justificación de las medidas adoptadas por el Estado para garantizar derechos económicos y sociales, en materia de vivienda, como se cita. El deber de información es un instrumento de trabajo, pero un deber fundamental de medida positiva de favorecer el acceso de los ciudadanos a la información pública en esos sectores (medio ambiente, vivienda, educación, laboral, consumo...).

Como balance los autores defienden las políticas sociales frente a la justicia. Es cierto que los jueces no hacen política social, que estudian el caso concreto, que recogen hechos relevantes para su función que pueden no serlo para el Estado (el relato fáctico de la situación de la persona), pero, en su papel, una parte gana, la otra pierde (p. 249). Este esquema no es válido, es insuficiente para los derechos sociales, aunque el juez actúa por cauces de «razonabilidad», de «adecuación», de «igualdad» a los que también obedece la política del Estado. La constitución fija las pautas del sistema, pero el juez puede atender necesidades sociales en su decisión individual cumpliendo su función natural. El juez «valora», en otras ocasiones, las políticas públicas frente a los estándares jurídicos al uso por los criterios de «razonabilidad», de «no discrimina-

ción», de «progresividad y no-regresividad» o de valoración de la inexistencia de una política pública adecuada con la que invocar ese derecho, todo ello apoyado por los órganos que cuidan de reflejar las imperfecciones sociales del Sistema (Defensor del Pueblo o Comisión de Derechos humanos) (253). En suma, la idea de que los derechos sociales son exigibles es sostenible sin duda cada vez más, pero los obstáculos internacionales procedentes del Pacto de 1966, (ya que en los Estados de forma interna sería inabordable) son muchos y numerosos: Jurídicos, sociales, económicos y el Derecho todos ellos los ha de mantener en su línea visual. Si de algo nos pudiera servir este estudio, desde luego para muchos objetivos más, sería para convencernos como juristas de que las categorías también prescriben como las teorías, que el argumento de autoridad y la consecución en el mismo han hecho mucho daño a la ciencia jurídica y que, siendo respetable y aconsejable el discurso meramente filosófico, su sitio queda cada vez más fuera de la ciencia jurídica, que busca soluciones de justicia terrena y material.

Dejar a los derechos económicos, sociales y culturales sin una exigencia jurídica frente a los Estados es un error conceptual que no se puede amparar en teoría alguna que quisiera ser llamada así. Los derechos sociales son la esperanza de millones de ciudadanos que no los ejercen por no tener cauces, por no ser sabedores de ser titulares de esos derechos, por un sinfín de factores. Su no exigencia no es racional y permite que sea el mercado libre el que todo lo resuelva, lo que se nos ha demostrado realidad impensable en Occidente y poco recomendable incluso en el Tercer Mundo, donde las masas desfavorecidas no saben sus derechos ni se los preguntan; sólo quieren no perecer, como derecho único que ejercen como pueden.

Santiago Carretero Sánchez

Doctor en Derecho.

Titular (E.U.) de Teoría del Derecho.

Universidad Rey Juan Carlos.

JÜRGEN HABERMAS: *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Traducción de R. S. Carbó, Ediciones Paidós, Barcelona, 2002, 146 pp.

Jürgen Habermas, una de las figuras más influyentes del panorama intelectual en nuestros días, nos presenta en este breve, aunque denso, libro una de las cuestiones más polémicas y debatidas en la actualidad, cual es la del desarrollo de la técnica genética y sus nuevas aplicaciones en el ser humano.

Las últimas décadas del siglo XX y el comienzo del nuevo milenio están siendo testigos de grandes avances en el campo de las biociencias y de las biotecnologías. Las novedades y mejoras médicas y terapéuticas para el hombre son indudables, pero ello también ha provocado nuevas intervenciones que quedan sometidas a un necesario debate ético.

Así, el carácter abierto de la prolífica obra habermasiana le hace plantearse este problema tan actual. Y lo hace advirtiéndolo al lector, ya en sus primeras páginas, de que no se trata de una afectación cultural contra los laudables avances del conocimiento científico, sino únicamente de si (y en determinados casos cómo) la puesta en marcha de estas conquistas afecta a nuestra autocomprensión como seres que actúan de forma responsable.

La manipulación genética, los avances y los logros en el conocimiento del genoma humano constituyen para Habermas un peligro en cuanto que pudieran permitir cualquier género de abusos. Con todo, este ensayo es un intento literal de hacer algo más transparente una situación difícil de desenmarañar. Constituye éste un fenómeno, como poco inquietante, como es la imprecisión de las fronteras entre la naturaleza que somos y la dotación orgánica que nos damos. El significado de la indisponibilidad de los fundamentos genéticos de nuestra existencia corporal para la guía de la propia vida, y para nuestra autocomprensión como seres morales, conforma la perspectiva des-

de la que el autor contempla la presente discusión sobre la necesidad de regular la técnica genética.

Una introducción, en la que se pregunta, motivado por el debate acerca de la técnica genética, si la filosofía puede permitirse el abstenerse en cuestiones referentes a la ética de la especie, el propio texto principal que recoge las ideas centrales, un «*post scriptum*» aclaratorio de algunas intenciones, y por último, el texto «Creer y saber», donde al hilo de los acontecimientos del inolvidable y fatídico 11 de septiembre, se cuestiona cuál es la exigencia de la «secularización» incesante de las sociedades postseculares a los ciudadanos de un Estado constitucional democrático, forman la estructura del libro.

Respecto de su primera pregunta, Habermas sostiene que tan pronto está en juego la autocomprensión ética de sujetos aptos para el lenguaje y la acción en total, la filosofía no puede seguir sustrayéndose de adoptar una postura en cuestiones de contenido.

La pregunta filosófica originaria por la «vida recta» se renueva en una generalidad antropológica. Las nuevas tecnologías —afirma el alemán— nos impelen a entablar un discurso público sobre la recta comprensión de la forma de vida cultural como tal. Y las razones de los filósofos para abandonar este tema de debate a los biocientíficos e ingenieros entusiastas de la ciencia ficción ya no son buenas.

Con este libro, Habermas hace que el lector se asome al debate planteándose interrogantes cuyo peso moral dista bastante de los temas de debate políticos actuales.

Habermas nos hace plantearnos si ante las prácticas de intervención en el genoma humano, estaríamos en presencia de un incremento de la libertad necesitado de regulación normativa, o bien estaríamos hablando de una autoinvestidura de poderes para llevar a cabo unas transformaciones que dependan de las preferencias y que no necesiten de ninguna regulación.

Ya con esta disyuntiva el lector se sentirá atraído por la trascendencia de la cuestión, atracción que no se verá mermada en su comprensión por el uso de términos demasiado científicos o técnicos. Así, con explicaciones asequi-

bles, valora como tan pronto los adultos contemplasen un día la admirable dotación genética de su descendencia como un producto moldeable para el que elaborar un diseño acorde a su parecer, ejercerían sobre sus criaturas manipuladas genéticamente una forma de disposición que afectaría a los fundamentos somáticos de la autorregulación espontánea y de la libertad ética de otra persona.

Esta disposición, que hasta ahora se tenía sobre las cosas, amenazaría así con extenderse sobre las personas, surgiendo una relación interpersonal desconocida hasta el momento. Además —plantea Habermas—, esa decisión irreversible tomada por otro afectaría profundamente a la disposición orgánica del «manipulado», restringiéndose la simetría de la responsabilidad existente entre las personas libres e iguales.

Pero, a la aplicación de la técnica de la preimplantación se le uniría la pregunta normativa de «si sería compatible con la dignidad de la vida humana ser engendrado con reservas y sólo ser declarado digno de existir y desarrollarse tras un examen genético», o dicho de otra manera, ¿debemos disponer libremente de la vida humana con fines selectivos?

Tales *controles de calidad deliberados*, como los denomina Habermas, pondrían sobre el tapete la noción de la instrumentalización de una vida humana engendrada con reservas por preferencias y orientaciones de valor de terceros.

Sin duda alguna, las cuestiones suscitadas por Habermas acerca de la técnica genética, además de interesantes, se enfrentaban a los presupuestos del juicio moral y la acción moral. Su principio moral consistiría en conceder al individuo la autonomía con la que pudiera entrar en comunicación con los demás. La introducción de la argumentación moral mediante el modelo de la racionalidad procedimental permitía instituir —a juicio de Habermas— el adecuado equilibrio entre la dimensión individual y la colectiva recogido en otras obras.

A medida que avanzamos en la lectura descubrimos como los interrogantes que provocan en el autor el alcance

de las intervenciones genéticas no son sólo morales. De esta manera, sus reflexiones permiten acceder a los límites con los que hoy nos topamos en la argumentación y en su necesaria conexión con el derecho y la política.

¿Aún queremos comprendernos como seres normativos —se pregunta—, como seres que esperan los unos de los otros responsabilidad solidaria e igual respeto mutuo? ¿Qué posición deberán mantener la moral y el derecho en una sociedad que se redefiniera a partir de conceptos funcionalistas y libre de normas? Con estos interrogantes Habermas alerta ante la posibilidad de que la manipulación genética pudiera modificar nuestra autocomprensión como especie hasta el punto de que el ataque a las representaciones modernas del derecho y la moral alcanzara al mismo tiempo a fundamentos normativos de la integración social imposibles de eludir.

En definitiva, se nos emplaza para plantearnos con urgencia si la tecnificación de la naturaleza humana modificará la autocomprensión ética de la especie de manera que ya no nos podamos ver como seres vivos éticamente libres y moralmente iguales, orientados a normas y razones.

Habermas, como representante del discurso ilustrado en filosofía moral y política contemporánea, basándose en presupuestos kantianos, ve imprescindible un necesario complemento ético en esta cuestión, cual es el de un imperativo categórico capaz de formular ese veto a la instrumentalización de la persona. El noble fin no puede justificar cualquier medio, la persona debe ser considerada como fin en sí misma y no utilizarla nunca sólo como medio, por lo que la investigación científica en toda su extensión no debía convertir al ser humano en mero experimento e instrumento de un dogmático «progreso».

Los defensores de una eugenesia liberal comparan la modificación genética de los caracteres hereditarios con la modificación socializadora de las actitudes y las expectativas. Quieren demostrar que desde un punto de vista moral no hay ninguna diferencia digna de mención entre eugenesia y educación, sin haber una modificación inadmisible de los futuros planes de vida de la persona programada.

A juicio de Habermas, la eugenesia liberal debía preguntarse si en ciertas circunstancias la desdiferenciación percibida entre crecido y hecho y subjetivo y objetivo podría tener consecuencias para la guía autónoma de la vida y la autocomprensión moral de la persona programada misma.

El «poder ser uno mismo» se vería alterado por la intención ajena que se inserta en nuestra biografía mediante el programa genético, pudiendo representar todo ello un factor bastante perturbador de la propia libertad referida como algo naturalmente indisponible.

Una programación eugenésica de propiedades deseables provocaría reparos morales si fija a la persona afectada a un determinado plan vital, si coarta específicamente su libertad para elegir una vida propia.

Otro punto a tener en cuenta sería el de la irreversibilidad de las intervenciones eugenésicas perfeccionadoras y de las consecuencias de manipulaciones genéticas: menoscabarían la libertad ética del afectado por la intención de terceros, y la unilateralidad en las decisiones de éstos significarían una responsabilidad, cuanto menos problemática.

Pero, ¿tiene que significar esta decisión por sí misma una limitación de la autonomía moral del afectado?, ¿absolvería a los padres que modelaran según sus propias preferencias el destino genético de su hijo de la mácula del paternalismo y devolvería a los afectados mismos un status de igualdad? Habermas contesta que en el marco de una sociedad democrática concebida pluralmente, que concede a cada ciudadano el mismo derecho a llevar una vida autónoma, las prácticas de eugenesia perfeccionadora no pueden legitimamente «normalizarse» ya que la selección de disposiciones deseadas no puede desacoplarse *a priori* del prejuzgamiento de determinados planes de vida.

De esta manera, con continuas preguntas y reflexiones, Jürgen Habermas llega a una serie de conclusiones que le conceden la posesión de un criterio claramente contrario a cualquier manipulación del código genético en defensa de la dignidad de los que van a nacer.

Inequívocamente nuestro autor considera la indisponibilidad de la vida humana prepersonal para convertirla en un bien sometido a la competencia y a la comercialización. Como en otros muchos campos, el problema básico no es tanto la técnica genética como su modelo de aplicación y su alcance. El punto de vista de la moral de no instrumentalizar a segundas personas reafirma la lógica de la curación, y a la vez nos impone la carga de trazar las fronteras entre eugenesia negativa y la eugenesia perfeccionadora.

Contestando a uno de sus interrogantes recogido anteriormente, afirma como, con las intervenciones genéticas sobre humanos, el dominio de la naturaleza se convierte en un acto de autoinvestidura de poderes que modifica nuestra autocomprensión ética de la especie, pudiendo afectar a condiciones necesarias para una guía autónoma de la vida y una comprensión universalista de la moral.

Y es que, en el pensamiento habermasiano el universo de las posibles relaciones e interacciones interpersonales necesitaba de regulaciones morales, y sólo en esa red de relaciones de reconocimiento reguladas legítimamente podían los seres humanos desarrollar y mantener una identidad personal.

Era obvio como desde su razonamiento la conexión interna entre la ética protectora de la vida y nuestra manera de entendernos como seres autónomos e iguales, orientados a razones morales, contrastaba claramente sobre el fondo de una posible eugenesia liberal.

Desde estos planteamientos el autor vuelve a introducir al lector en sus reflexiones, alentándolo a plantearse cuestiones tales como si las futuras generaciones se resignarían, llegado el caso, a no concebirse autores indivisos de su guía de vida. No se trataba, afirmaba con sencillez y sinceridad, de una incondicionalidad existencial, ni de una ponderación de intereses, tan sólo de estar en el fiel de la balanza que estaba a favor de la vida humana en sus estadios más tempranos, no contra el deseo de tener un hijo sano ni tan siquiera contra la perspectiva de nuevos métodos de curación para enfermedades genéticas graves.

¿Quién decidirá y en base a qué fundamentos entre una vida que merezca vivirse y una que no lo merezca? La pregunta, inquietante, supone una respuesta espeluznante. Habermas plantea la repulsión ante la idea de que la investigación consumidora de embriones instrumentalice la vida humana para satisfacer expectativas de utilidad de un avance científico potencialmente seguro, y sobre todo la necesidad de una explicación nítida; el necesario freno jurídico es, pues, palpable.

Es obvio que los grandes problemas del siglo XXI estarán relacionados con la vida humana, y la mirada que hace Habermas hacia ésta transmitiría la necesidad de una regulación normativa. Bajo su caracterización de las condiciones propias de las sociedades modernas, en las que existe una pérdida de referente normativo unitario, acostumbrarse a disponer biotécnicamente de la vida humana obedeciendo a nuestras preferencias no podía dejar intacta nuestra autocomprensión normativa.

Habermas califica esta disposición biotécnica como acto de cosificación y como motivo de afectación a nuestro poder ser nosotros mismos y a nuestra relación con los demás, y es que el nivel desarrollado de la identidad y del desarrollo moral del yo tendrá como fundamento al hombre como miembro de una sociedad mundial, en última instancia, de la humanidad.

Con el impulso hacia una existencia digna de seres humanos y no hacia la frialdad de una forma de vida a la que no afectasen contemplaciones morales, con una resistencia a una temida modificación de la identidad de la especie, va llegando al final de su libro.

Consciente de los abismos filosóficos abiertos al discutir los fundamentos naturales de la autocomprensión de personas que actúan responsablemente, su final invita al lector a seguir reflexionando sobre el tema. Si Dios dota al hombre para ser libre es su obligación seguir siéndolo, por ello una autoinstrumentalización del ser humano no cabría en este planteamiento.

Su finalidad es, así, alcanzar una mayor claridad y fundamentación de los fines de los nuevos tipos de interven-

ciones que el avance de las biociencias y tecnologías suponen, y de cómo casan con la dignidad del hombre y con su libertad intrínseca: «el primer ser humano que fije “a su gusto” el ser de otro ser humano, ¿no tendrá también que destruir aquellas libertades que, siendo las mismas para todos, aseguran la diversidad de éstos?».

Jürgen Habermas, uno de los filósofos más en boga, con un influjo considerable no sólo en la filosofía sino también en la sociología, en la política y en la ética, nos plantea con este libro uno de los temas más de moda hoy, y nos asoma a la reflexión del legado irresuelto por la Ilustración: quién debe prevalecer en la no deseada confrontación entre progreso técnico y científico y dignidad humana.

Bien pueden recordarse al respecto las palabras del más grande filósofo español de nuestro siglo XX, Ortega y Gasset, cuando en su «*Meditación de la técnica*» (1939) afirmaba que «la vida humana y todo en ella es un constante y absoluto riesgo», sin embargo, el riesgo de que el progreso se haga inhumano no debemos correrlo. Si Habermas mantuvo en otra de sus obras que la Ilustración occidental era un proyecto inacabado y la tarea de la filosofía era la de iluminarlo, la del ordenamiento jurídico y la de su argumentación podría consistir, en este aspecto, en recoger valores activos de la comunidad democrática donde podamos enjuiciar que existe un progreso ético.

María Eugenia Pérez Montero

Doctora en Derecho.

Universidad Complutense de Madrid.