

EL PAPEL DE LA FILOSOFÍA POLÍTICA EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA APROXIMACIÓN A PROPÓSITO DE LAS CONCEPCIONES REPUBLICANA Y LIBERAL SOBRE LA LIBERTAD

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN*

Abogado. Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

«No iremos muy lejos en nuestras consideraciones si no somos capaces de entender que el Derecho es también una opción moral y política».
(EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Filosofía Política y Derecho*)

Sumario: 1. Introducción: La Filosofía Política y su papel en la interpretación de los derechos fundamentales 2. Las concepciones republicana y liberal sobre la libertad. Sus consecuencias para una interpretación de los derechos fundamentales 2.1. La concepción republicana de la libertad como *no-dominación* y su diferencia con la concepción liberal de la libertad como *no-interferencia* 2.2. La interpretación republicana de los derechos fundamentales y sus diferencias con la interpretación liberal de los derechos 3. Algunos riesgos y presupuestos de la libertad republicana a propósito de la interpretación de los derechos fundamentales.

1. Introducción: La Filosofía Política y su papel en la interpretación de los derechos fundamentales

Una de las características del Derecho de nuestro tiempo consiste en que la Constitución aparece como un conjunto de normas que, además de poseer una dimensión política, cuenta con propia fuerza jurídica de la mayor jerarquía, resultando directamente aplicable en todo el ordenamiento jurídico¹. En ese contexto, la incorporación de derechos fundamentales en la Constitución supone atribuirles el carácter de normas básicas materiales², lo cual significa, por un lado, que son criterios de validez material de las normas jurídicas y, por otro, que son los referentes que se deben tener en cuenta a la hora de interpretar cualquier enunciado jurídico.

Lo expuesto, en cuanto a la interpretación jurídica se refiere, significa que los derechos fundamentales se constituyen en uno de los límites que se deben atender para determinar la validez jurídica del resultado interpretativo, pero también que los derechos fundamentales son una guía interpretativa a tener en cuenta a la hora de

atribuir significados a los enunciados jurídicos³. En otras palabras, *«toda interpretación de una norma para poder ser válida desde un punto de vista jurídico, deberá respetar los criterios de validez material del sistema, es decir, los derechos. Pero además, estos criterios pueden también ser utilizados como instrumentos para la atribución de un significado a un enunciado»*⁴.

Pero ¿qué pasa con la interpretación de los propios derechos fundamentales? Su posición como normas básicas materiales incide también en su propia interpretación y, por ende, en la determinación de su contenido. A diferencia de lo que ocurre con las restantes normas jurídicas, las normas básicas materiales –como es el caso de los derechos fundamentales– no cuentan por encima de ellas con un marco normativo jurídico válido que les sirva de referencia. Si a esto se añade el alto grado de vaguedad o de indeterminación del contenido de los derechos, así como las situaciones de eventual conflicto que presentan entre sí y con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos⁵, el problema de la interpretación de los derechos fundamentales definitivamente se acrecienta⁶.

* A mi hermanita Elvira, por todo lo vivido y compartido; y como recordatorio de que «hay que amar hasta que duela», pues *«nunca es bastante»* cuando se ama de verdad.

¹ Cfr.: ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 2003, quinta edición, p. 33 y ss. También: BREWER-CARIAS, A. R. «La justicia Constitucional», en: *Revista Jurídica del Perú*, Año XLV, N° 3, julio-setiembre de 1995, pp. 123-124.

² O «normas básicas materiales de identificación de normas», en la terminología utilizada por GREGORIO PECES-BARBA, quien además precisa: «La función de los derechos en este caso se vincula al contenido posible, y a los límites del resto de las normas del Ordenamiento y se sitúa en el ámbito de la interpretación, producción y aplicación de éstas» (Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Con la colaboración de Rafael de Asís y otros. Madrid: Dykinson, Universidad Carlos III. Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 416-417).

³ Tales funciones de los derechos se advierten en diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, verbigracia: STC 34/1983, de 6 de mayo, fundamento jurídico No. 3; y STC 67/1984, de 7 de junio, fundamento jurídico No. 3.

⁴ DE ASÍS, R. *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*. Madrid: Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Barolomé de las Casas. Universidad Carlos III, 2001, p. 9.

⁵ Sin perjuicio de las diferentes posturas teóricas al respecto, eventualmente pueden presentarse situaciones de conflicto entre los derechos fundamentales o entre estos y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, al momento de concurrir en un caso concreto. Por ejemplo, es posible que en un determinado caso se presente un conflicto entre el derecho a un medio ambiente sano y el desarrollo económico, o entre la libertad de expresión y el derecho a la buena reputación, etc. (Vid al respecto: CIANCIARDO, J.

Obsérvese la trascendencia del problema: las normas o enunciados del ordenamiento jurídico deben ser interpretados en cada caso a luz de los derechos fundamentales, y el resultado interpretativo así obtenido debe ser conforme con lo que ellos establecen; pero, determinar en cada caso lo que prescriben los derechos fundamentales es una labor para la cual el intérprete no tiene un marco jurídico válido superior que le sirva de criterio. Llevando las cosas al extremo, se podría decir que la interpretación de los enunciados jurídicos no cuenta con un marco jurídico último que, de manera válida, actúe como referente interpretativo.

Por otro lado, la labor interpretativa de los derechos fundamentales resulta de primerísimo orden para el propio estatuto de este tipo de derechos: sólo a través de ella se puede delimitar o dar concreción a los derechos fundamentales. Sólo a través de ella se puede determinar cuáles son los límites o la regulación que válidamente se puede establecer a su ejercicio. Sin ella no se podría dar solución a los eventuales conflictos que surgen entre los derechos fundamentales, o entre éstos y otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, al concurrir en un caso concreto⁷. Y todo esto sin que exista un marco jurídico válido superior que guíe la interpretación de los derechos fundamentales.

Parece ser entonces que «*el intérprete de los derechos, se encuentra básicamente sin ataduras a la hora de atribuir significado al derecho, hecho que resulta aún más claro cuando dicho intérprete es, por decirlo de alguna manera, el último órgano o el que dice la última palabra*»⁸. No debe creerse, sin embargo, que esta situación permita al intérprete hacer uso de su simple subjetividad (es decir, de su propia y particular consideración de lo correcto o de lo justo) para interpretar los derechos fundamentales. De ser así, ello supondría actuar en contra de la función limitadora del poder, que la Constitución atribuye a los derechos fundamentales⁹, y de la interdicción de la

arbitrariedad que son pilares de un Estado de Derecho. Fuera de ello, el intérprete—sobre todo cuando es el último órgano o el que dice la última palabra— parecería que puede actuar con cierta libertad a la hora de interpretar los derechos fundamentales (sin perjuicio de los criterios o técnicas de interpretación de las que pueda hacer uso)¹⁰.

¿Cómo, pues, se puede actuar con cierta libertad sin incurrir en arbitrariedad? Sustentando y motivando su actuación en *buenas razones*. Pero, ¿de dónde y cómo se obtienen esas buenas razones? La respuesta depende necesariamente de la filosofía política y de la concepción moral que se adopte¹¹. Lo que ocurre es que en toda interpretación de los derechos fundamentales hay una toma de posición, más o menos encubierta, sobre una determinada filosofía política y una cierta concepción moral, pues sobre ellas es que se construye una determinada teoría o modelo de derechos fundamentales. La filosofía moral y política que se siga influirá decididamente en la interpretación de los derechos y, por ende, en la interpretación del resto de normas jurídicas. Ellas son indispensables para definir qué derechos son o deben ser considerados fundamentales¹², cuál es su contenido, cuáles los límites legítimos a su ejercicio y cómo deben resolverse los eventuales conflictos de derechos fundamentales. Es decir, en general, la filosofía política y moral que está detrás de los derechos fundamentales es indispensable para todo lo que tenga que ver con su interpretación, virtualidad y eficacia.

Por tales motivos, compartimos la consideración de Prieto Sanchis en el sentido que «*una teoría de los derechos humanos además de elaborar sus capítulos tradicionales, debería hoy orientarse en una doble dirección. De un lado, cultivando una perspectiva normativista y realista a un tiempo que sirva como contrapunto crítico a la insatisfactoria realidad que hoy, como siempre, ofrece el ser de los derechos frente al deber ser plasmado en la Constitución. De otro, profundizando en la filosofía política de los derechos humanos y haciendo de ella un componente insoslayable de la argumentación jurídica general*»¹³.

El conflictivismo en los derechos fundamentales. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2000).

⁶ En ocasiones se intenta superar este problema haciendo notar que en los ordenamientos jurídicos actuales existen cláusulas de apertura del sistema al ámbito internacional, conforme a las cuales los derechos fundamentales deben ser interpretados de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos (es el caso del artículo 10.2 de la Constitución española). No obstante, aún en ese caso, el problema no se elimina sino que se traslada al ámbito internacional pues en él la vaguedad o indeterminación de los derechos se mantiene, sin que exista un marco jurídico válido superior que le sirva de referencia para interpretar o determinar sus contenidos. Por ello, con relación a esta problemática, nos parece acertada la opinión de RAFAEL DE ASÍS al señalar que: «*normalmente los textos internacionales no aumentan la información que se posee sobre el derecho en cuestión, por lo que su utilización sirve en definitiva para enmascarar, o mejor justificar de forma ficticia, la posición conceptual y justificatoria que se mantiene*» (Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista, Op. cit., p. 10).

⁷ Vid al respecto: RODRÍGUEZ-TOUBES, J. Principios, fines y derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 2000, p. 125 y ss. También: MORESO, J.J. La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁸ DE ASÍS, R. Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista, Op. cit., pp. 9-10.

⁹ «*La idea originaria de Constitución aparece vinculada con la de la limitación del poder proyectándose en dos sentidos, por un lado el de la organización del poder y por otro el del reconocimiento de los derechos (...). Esto significa que el poder no puede transgredir estos derechos y que su actuación tiene que estar presidida por estas figuras*» (DE ASÍS, R. Las

paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder. Madrid: Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, 2000, pp. 26-27).

¹⁰ Si el intérprete puede actuar discrecionalmente—sobre todo el judicial— o si se encuentra vinculado a una serie de principios de justicia que le exijan encontrar una única respuesta correcta, es algo que no corresponde tratar aquí. Para ello vid: DWORKIN, R. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1983.

¹¹ «*Todo ordenamiento jurídico está inspirado en una filosofía política y en una serie de valores y principios morales (de moralidad pública y social). De la misma manera, el ordenamiento jurídico en general y las normas jurídicas en particular pueden ser objeto tanto de valoración jurídica como de evaluaciones morales y políticas*» (FERNÁNDEZ, E. Filosofía Política y Derecho, Op. cit., p. 12).

¹² «*Por ejemplo, si movidos por ese afán clasificador, limitamos el concepto de derechos humanos a aquellas «cosas importantes» que reúnan los requisitos en su día enunciados por la filosofía política que alentó el surgimiento de los derechos, resultará que humanos o fundamentales sólo pueden ser la vida, la libertad y la propiedad (Locke), o la libertad o la igualdad (Kant); y algo análogo ocurre con otras restricciones, como la exigencia de que los derechos sean definidos en una posición original revestida por el velo de la ignorancia (Rawls), que desempeñan una función de límite a las políticas utilitarias (Dworkin), o que sean universales (Laporta)*» (PRIETO SANCHIS, Luis. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Madrid: Trotta, 2003, p. 93).

¹³ Ibid., p. 99.

En el presente ensayo pretendemos dar los primeros pasos de esa orientación. Para ello nos proponemos revisar en qué medida la filosofía política que se ha venido a denominar *republicanismo*¹⁴, en contraposición con el llamado *liberalismo*, incide en el modelo de derechos fundamentales; concretamente, en la interpretación que se pueda hacer de los mismos. Analizaremos así la concepción republicana de la libertad, entendida como *no-dominación*, determinaremos algunas de las consecuencias que se desprenden de esa filosofía política para la interpretación de los derechos fundamentales, las compararemos con las que se desprenden del concepto liberal de la libertad como *no-interferencia*, y terminaremos con algunos riesgos y presupuestos que se observan de la filosofía política republicana con relación a la interpretación de los derechos fundamentales.

2. Las concepciones republicana y liberal sobre la libertad. Sus consecuencias para una interpretación de los derechos fundamentales

La idea de libertad tiene un uso frecuente en el lenguaje político pero suele tener un significado ambiguo¹⁵. La ambigüedad se debe a la fuerte carga emotiva del término, pero también a los distintos significados que le han atribuido las diferentes tradiciones políticas¹⁶. Una de esas tradiciones es la republicana, también conocida como *republicanismo*.

La corriente republicana extiende sus raíces en la antigüedad clásica, pero aquí nos ocuparemos del significado que suele asignársele *contemporáneamente*, básicamente con relación a la libertad y, a partir de allí, advertir su distinto matiz en la interpretación de los derechos.

Diremos entonces que el republicanismo es una corriente teórica que comienza a *renacer* a finales del siglo XX, a partir del trabajo de investigadores que, rastreando los orígenes teóricos de la tradición política-institucional angloamericana, refuerza la idea de que el constitucionalismo de los Estados Unidos de Norteamérica no se basa exclusivamente en fuentes liberales o individualistas¹⁷. Se trata de una corriente teórica vinculada tanto con el comunitarismo como con el liberalismo y ha servido para que autores de una y otra tradición filosófica reexaminen las discusiones propias de sus respectivas disciplinas. Así, autores liberales igualitarios han visto con simpatía el resurgimiento del republicanismo y han apelado a él dándole la forma, en algunos casos, de un *«republicanismo liberal»* para formular críticas contra el liberalismo conservador. Por su parte, autores co-

munitaristas han visto en él una corriente teórica con preocupaciones e ideales comunes, como pueden ser las vinculadas con los valores cívicos, el autogobierno, etc. A pesar de tales vinculaciones, autores como Roberto Gargarella sostienen que el republicanismo puede seguir siendo considerado como una visión teórica con contenido propio¹⁸.

El problema se presenta a la hora de determinar cuál es ese contenido o —lo que es lo mismo— qué debemos entender por republicanismo, pues son varios los autores que suelen ser comprendidos en su seno con planteamientos tan disímiles (como pueden ser Polibio y Séneca en el pensamiento clásico, y Harrington y Jhon Milton en el pensamiento inglés del siglo XVII)¹⁹ que dar una definición de republicanismo, con pretensión de generalidad y sin caer en vaguedad o indeterminación, es una labor sumamente complicada y difícil.

En cambio, sí es posible perfilar algunas notas que suelen utilizarse para caracterizar a esta línea de pensamiento político: la virtud, la libertad, la importancia del bien común, la defensa de una ciudadanía activa, etc. Más aún, como lo sostiene el propio Roberto Gargarella, es posible encontrar un *«mínimo común denominador»* entre las distintas concepciones republicanas; esto es, ciertas notas comunes y propiamente republicanas, que no niegan la presencia de fuertes diferencias por encima ni por debajo de tal *«mínimo común»* (ni la existencia de diferencias respecto a cómo interpretar esas notas comunes)²⁰, pero que son notas características que permiten agrupar a los diversos autores que podrían citarse como representantes del republicanismo. Estas notas comunes son la libertad y la virtud²¹.

En cuanto a la virtud, la propuesta republicana defiende la necesidad de que se viva conforme con ciertos valores cívicos (o virtudes ciudadanas), por ser condiciones necesarias para la idea de libertad que preconiza. La lista de virtudes que defiende es muy extensa. Se han exaltado valores tales como: el coraje (para defender a la propia comunidad frente a ataques externos), la prudencia (para tomar parte en el gobierno de aquella), la igualdad, la simplicidad, la honestidad, la benevolencia, el patriotismo, la integridad, la sobriedad, la abnegación, el amor a la justicia, la solidaridad y, en general, el compromiso con la suerte de los demás. Frente a tales valores, los republicanos denostaron vicios de conducta tales como: la ambición, la avaricia, el orgullo, el egoísmo, la prodigalidad, la ostentación, el cinismo, la cobardía, la corrupción, las actitudes opresivas de los sectores dominantes, etc.²²

De acuerdo con ello, el republicanismo postula una partición más activa del individuo en la vida política de su sociedad, en el control sobre sus gobernantes, una intervención más activa, compartida, colectiva y deliberada sobre su propio destino. Propugna además una relación entre el individuo y su comunidad, pues exige de éste el comportamiento de un ciudadano perfecto, ya que de no serlo im-

¹⁴ Aunque es denominado por otros como *«liberalismo ético»* o *«liberalismo remozado»*, por encontrar líneas comunes con el liberalismo político. Incluso no faltan aquellos que consideran que se trata de una ideología intermedia entre el liberalismo y el comunitarismo.

¹⁵ LAPORTA, F. *«Sobre el uso del término 'libertad' en el lenguaje político»*. En: Sistema, N° 52, 1983, pp. 23-24.

¹⁶ Así, se ha hablado de *«libertad de los antiguos»* para compararla con la *«libertad de los modernos»* (Constant), de la distinción entre *«libertad negativa»* y *«libertad positiva»* (Berlin), entre otras (Vid: CONSTANT, B. *«De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos»*, en: Escritos Políticos, traducción de M. L. Sánchez, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 257-285; y: BERLIN, I. *«Dos conceptos de libertad»*, en: Cuatro ensayos sobre la libertad. Traducción de J. Bayón. Madrid: Alianza, 1998, pp. 21-280).

¹⁷ GARGARELLA, R. *Teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós, 1999, p. 161.

¹⁸ Ibid., p. 162.

¹⁹ Vid: RIVERO, A. *«El discurso republicano»*, en: La democracia en sus textos, Rafael del Águila y otros. Madrid: Alianza, 1998, pp. 64-69.

²⁰ GARGARELLA, R. *Teorías de la justicia después de Rawls*, Op. cit., p. 163.

²¹ En sentido similar se pronuncia M.C. BARRANCO, en: *«Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder»*. En: Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas—N° 9, Año V, Universidad Carlos III— Boletín Oficial del Estado, julio-diciembre 2000, pp. 65-66.

²² GARGARELLA, R. *Teorías de la justicia después de Rawls*, Op. cit., p. 164.

pediría que la comunidad alcanzase el desarrollo o la perfección y atentaría contra sus conciudadanos, reduciendo las oportunidades del resto de alcanzar o mantener la virtud. En otras palabras, el republicanismo disuelve cualquier separación drástica entre las esferas de lo público y de lo privado y entre el interés del individuo y el interés común o bien colectivo²³. Ello redundará decididamente en su concepción de la libertad como no-dominación, tal como lo veremos a continuación.

2.1. La concepción republicana de la libertad como no-dominación y su diferencia con la concepción liberal de la libertad como no-interferencia

La concepción republicana, dice Philip Pettit: «entiende la libertad como no-dominación, no como no-interferencia»²⁴.

Esta libertad como no-interferencia –también conocida como libertad negativa– es una concepción que proviene del liberalismo y supone la existencia de una tensión entre el individuo y la colectividad, o entre el individuo y el Estado, que se soluciona estableciendo una serie de ámbitos de soberanía del individuo en la que las interferencias estatales o de lo colectivo son ilegítimas²⁵. Esta idea de libertad como no-interferencia consiste «en que todos los hombres no me impidan decidir como quiera»²⁶; es decir, aquí ser libre significa disfrutar de una capacidad de elección sin impedimento ni coerción. Supone que cada individuo tenga la oportunidad de actuar sin que otros sujetos puedan oponerle obstáculos. En este esquema el Estado aparece como un mal necesario y su actuación debe estar dirigida a proteger los ámbitos de libertad del individuo²⁷.

Tal idea de la libertad como no-interferencia es rechazada por el republicanismo, pues «es posible perder la libertad sin que se dé interferencia» (por ejemplo, cuando el amo ejercía dominación sobre el esclavo pero se abstenía de interferir sobre él) y «puede haber interferencia sin menoscabo de la libertad» (por ejemplo, cuando el Derecho ejerce cierta forma de interferencia pero no por ello compromete la libertad del pueblo, se trata de una interferencia «no dominante»²⁸).

La libertad republicana es una concepción «antitiránica» que postula la vida en un Estado libre, pues será éste el que permitirá la grandeza y desarrollo de la comunidad y, sobre todo, el que posibilitará que los individuos puedan perseguir libremente sus propios fines²⁹. Ya no estamos aquí ante un Estado que resulta una amenaza potencial contra la libertad del individuo (como ocurría en el liberalismo), sino ante un Estado llamado a posibilitar o garantizar su realización.

En ese contexto, la libertad que defiende el republicanismo contemporáneo no es la mera ausencia de interferencias, sino la ausen-

cia de *interferencias no-arbitrarias* o libertad como *no-dominación*³⁰. Si hay interferencia pero esta no resulta arbitraria, entonces –a diferencia de lo que propugna el liberalismo– para el republicanismo la libertad no habría sido vulnerada. En palabras de Philip Pettit: «hay interferencia sin pérdida alguna de libertad cuando la interferencia no es arbitraria y no representa una forma de dominación: cuando está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados y es requerida para servir a esos intereses de manera conforme a esas opiniones»³¹.

Pero, ¿qué hace que un acto de interferencia sea arbitrario? Cuando el acto está sujeto a la mera subjetividad, decisión o juicio de quien efectúa la intervención, es decir, cuando éste puede elegir o no elegir el acto según le plazca. Dicho de otra manera, un acto de interferencia será arbitrario cuando «el acto es elegido, o no, sin atender a los intereses o a las opiniones de los afectados»³², entendiéndose por afectados no a las personas individualmente consideradas sino principalmente al conjunto de la sociedad, o por lo menos a todos los grupos interesados. Así lo deja claro Pettit:

«Para que el poder del estado no sea ejercido arbitrariamente, lo que se requiere es que el poder se ejerza de manera tal, que atienda al bienestar y a la visión del mundo del público, no al bienestar y a la visión del mundo de sus detentadores. Los actos de interferencia perpetrados por el estado deben seguirse de los intereses compartidos de los afectados, y de acuerdo con una interpretación de esos intereses compartida, cuando menos procedimentalmente de los afectados.

¿Cuándo puede decirse que un interés o una interpretación no son probablemente compartidos por algunos miembros de la población y resultan probablemente inadecuados como guías de la acción del estado? La prueba operativa sugerida por la tradición es la siguiente: cuando son de carácter banderizo o faccional. Mas ¿cómo comprobar que algo es banderizo o faccional? El único medio posible es recurrir a una discusión pública en la que la gente hable por sí misma y por los grupos a los que pertenece. Todo interés y toda interpretación que guíen la acción de un estado deben estar abiertos a la crítica procedente del último rincón de la sociedad; y cuando hay disenso, deben adoptarse los remedios apropiados. Las gentes deben hallar un consenso de grado superior acerca de los procedimientos, o deben abrir un espacio a la secesión, o a la objeción de conciencia, o a algo por el estilo»³³.

2.2. La interpretación republicana de los derechos fundamentales y sus diferencias con la interpretación liberal de los derechos

Aplicando la concepción sobre la libertad del republicanismo en la teoría de los derechos fundamentales, concretamente en la interpretación que se pueda hacer de los mismos, advertimos que existen consecuencias que contrastan de manera manifiesta con las que se desprenden de aplicar una concepción liberal de la libertad –enten-

²³ Vid: GARGARELLA, R. *Ibid.*, pp. 166-176.

²⁴ PETTIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, traducción de T. Doménech. Barcelona: Paidós, 1999, p. 56.

²⁵ Quedan, por ejemplo, prohibidas políticas utilitaristas por ser contrarias al sentido liberal de los derechos fundamentales.

²⁶ BERLIN, I. Dos conceptos de libertad, *Op. cit.*, p. 232.

²⁷ OPPENHEIM, F. *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, Traducción de M. D. González Soler. Madrid: Tecnos, 1987, p. 48.

²⁸ Recordemos que, para el republicanismo clásico las leyes de una república crean la libertad que disfrutaban los ciudadanos, no la mitigan ni siquiera de un modo ulteriormente compensable. (Vid: PETTIT, PH. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, *Op. cit.*, p. 57).

²⁹ GARGARELLA, R. *Teorías de la justicia después de Rawls*, *Op. cit.*, p. 163.

³⁰ Incluso un republicanismo más exigente demandaría la ausencia de posibilidades o riesgos de interferencias arbitrarias.

³¹ Vid: PETTIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, *Op. cit.*, p. 56.

³² Vid: PETTIT, Philip. *Ibid.*, p. 82.

³³ *Ibid.*, p. 83.

da como no interferencia— sobre los mismos derechos. Algunas de ellas son las siguientes:

1º. Para el republicanismo, el Estado o la comunidad no aparecen como una amenaza frente a la cual el individuo —a través de los derechos— se deba proteger. Antes bien, aparecen como apoyos para la realización y garantía de tales derechos. Digamos que se presentan como garantes de la libertad y como condición para hacerla posible³⁴.

Esto no ocurre con la tradición liberal. En ella lo colectivo o estatal aparece en constante tensión frente al individuo, por lo que los derechos fundamentales se presentan como derechos de defensa a favor del individuo o como un cerco de no-interferencia frente al poder. Al Estado sólo le compete una labor de «*policía*» o de protección de esos derechos. Incluso debe actuar con «*neutralidad*» frente a su ejercicio. Únicamente si los derechos son vulnerados, si se producen intromisiones ilegítimas en el ámbito de libertad de los individuos, se requiere la intervención del Estado. Fuera de ello, la actuación del Estado es considerada, en cualquier caso, como una interferencia en el ámbito de libertad que requiere de justificación sobre la base de otros bienes y valores individuales distintos a la libertad misma³⁵.

2º. En la concepción republicana coinciden en los derechos fundamentales el interés individual y el interés común, pues los derechos no sólo responden a un interés individual sino también a un interés de la comunidad³⁶. Por ese mismo motivo, es posible regular válidamente el ejercicio de los derechos fundamentales en aras de proteger un interés común o bien jurídico colectivo. Las cuestiones que se plantean en torno a los derechos fundamentales no son asuntos de exclusivo interés particular sino que interesan también a la comunidad. No hay pues, primacía del interés individual sobre el interés común o colectivo. «*Efectivamente, si somos capaces de justificar que en los derechos coincide el interés individual y el interés general, podremos establecer su gradación en función de lo fundamental del interés que protejan. Por otro lado, en el momento en que dejamos de considerar que el Estado es el potencial agresor frente al que hay que blindar las posiciones garantizadas por los derechos, también rechazaremos que cualquier intervención de aquel sobre la esfera de éstos deba mirarse con criterios restrictivos*».³⁷

Todo esto es contrariamente opuesto a un planteamiento liberal. Si su idea de libertad supone una serie de ámbitos de soberanía del individuo frente a lo colectivo, la regulación que válidamente pueda establecerse al ejercicio de los derechos fundamentales no puede justificarse —según esta concepción— en la protección de un interés

común o de un bien jurídico colectivo, ya que ello supondría invadir ilegítimamente las esferas de soberanía del individuo. Entonces, según esto, «*los límites que afecten al derecho deben justificarse mediante una ponderación de intereses particulares. Sólo resultan legítimas las restricciones cuando aparece un conflicto entre derechos y, en ese caso, el interés común no puede servir para apoyar la preeminencia de uno u otro. Las cuestiones que se plantean en torno a derechos son asuntos de interés particular. De modo más gráfico, puede decirse que cuando se reconoce un derecho, lo que se está haciendo es otorgar primacía al interés privado sobre el interés común en el ámbito que el derecho abarca*»³⁸.

3º. Tales consideraciones resultan decisivas a la hora de examinar la relación entre los derechos fundamentales y las políticas orientadas a maximizar el bienestar general. Para el republicanismo, los derechos fundamentales deben encontrar su límite en las políticas del bien común. No son pues triunfos sobre las pretensiones de la mayoría³⁹. Para el liberalismo, en cambio, los derechos fundamentales aparecen como espacios inmunes al poder de la mayoría, por lo que las políticas públicas deben estar orientadas a garantizar la libertad del individuo; resulta, pues, ilegítimo que los derechos fundamentales estén limitados por políticas de bien común.

4º. Todo lo expuesto implica que el Estado no debe tener una posición neutral frente a los derechos. Antes bien, además de protegerlos, debe participar en su configuración, regulación y realización, teniendo en cuenta no sólo el interés individual sino también el interés común.

5º. Por otro lado, desde una concepción política basada en la libertad republicana, los derechos fundamentales, además de articular un sistema de garantías que proteja al individuo de los abusos públicos (que siempre pueden seguir existiendo), son instrumentos que permiten su inserción en la comunidad política y su realización como ciudadano. De este modo, los derechos de participación política adquieren un lugar protagonista puesto que son los que hacen posible, de forma más directa, la intervención del ciudadano en el poder. Los derechos sociales se entienden como un conjunto de prestaciones que el Estado debe realizar a favor de los individuos para que éstos puedan concurrir en el proceso político en condiciones de igualdad. Por su parte, los derechos individuales constituyen instrumentos que garantizan la participación política en libertad.⁴⁰

En cambio, desde una concepción de la política basada en la libertad liberal o libertad como no-interferencia, «*el reconocimiento de los derechos supone la articulación de un ámbito de libre disposición individual, de modo que los derechos individuales son los que ocupan el lugar estrella. Los derechos de participación asumen el papel de canales a través de los cuales los individuos compiten en el proceso político para conseguir que la actuación pública se oriente en un sentido que haga posible la mejor realización de sus intereses en este ámbito privado. Y, por su parte, los derechos sociales supo-*

³⁴ Cfr.: BARRANCO, M. C. «*El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales*», en: Anuario de Filosofía del Derecho, Boletín Oficial del Estado, Nueva Época, Tomo XVIII, 2001, p. 211.

³⁵ BARRANCO, M. C. «*Notas sobre la libertad republicana y los derechos fundamentales como límites al poder*», Op. cit., p. 73.

³⁶ Es posible que esa idea se encuentre detrás de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que ha llegado a calificar a los derechos fundamentales como «*elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica*» (STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico Nº 5).

³⁷ BARRANCO, M. C. «*El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales*», Op.cit., p. 211.

³⁸ BARRANCO, M. C. Ibid., p. 213.

³⁹ GARGARELLA, R. Teorías de la justicia después de Rawls, Op. cit., p. 174. Este es uno de los puntos que nos permite advertir la vinculación entre el republicanismo y el comunitarismo en su crítica frente al liberalismo.

⁴⁰ BARRANCO, M. C. «*El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales*», Op. cit., p. 210.

nen la exigencia al poder de la realización de prestaciones para que la libre disposición sea en él real y efectiva»⁴¹.

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, es posible elaborar un cuadro comparativo que resuma las consecuencias que, para una

teoría de la interpretación de los derechos fundamentales, se desprenden de una concepción republicana de la libertad –entendida como no-dominación– en contraposición a una tradición liberal de la libertad –entendida como no interferencia–. Dicho cuadro podría ser el siguiente:

REPUBLICANISMO: LIBERTAD COMO NO-DOMINACIÓN	LIBERALISMO: LIBERTAD COMO NO-INTERFERENCIA
<p>Criterio orientador de la interpretación</p> <p>La idea de libertad como no-dominación es la que debe inspirar y guiar la labor interpretativa. Toda interpretación debe estar encaminada a proteger y realizar esta concepción de la libertad.</p>	<p>Criterio orientador de la interpretación</p> <p>La idea de libertad como no-interferencia es la que debe inspirar y guiar la labor interpretativa. Toda interpretación debe estar encaminada a proteger y realizar esta concepción de la libertad.</p>
<p>Relación entre el interés individual y el interés común</p> <p>No existe en los derechos fundamentales una tensión entre el interés individual y el interés común, ambos subyacen a los derechos. Por lo tanto, la atribución de significados a los derechos fundamentales debe partir de esta caracterización y ser coherente con ella.</p>	<p>Relación entre el interés individual y el interés común</p> <p>Existe una tensión entre el interés individual y el interés común o colectivo. No se podrá atribuir a los derechos fundamentales un significado que implique subordinar el interés individual al interés común o colectivo.</p>
<p>La delimitación y regulación de los derechos</p> <p>Puede delimitarse y regularse el derecho fundamental en aras de proteger otros derechos, el orden público, el bienestar general o cualquier otro bien jurídico constitucionalmente protegido, incluyendo los de naturaleza colectiva.</p>	<p>La delimitación y regulación de los derechos</p> <p>No puede delimitarse ni regularse el derecho fundamental en aras de proteger el orden público, el bienestar general o cualquier otro bien jurídico constitucionalmente protegido de naturaleza colectiva. Sólo puede tenerse en consideración otros derechos fundamentales.</p>
<p>Los conflictos de derechos</p> <p>Las situaciones de aparente tensión o conflicto entre un derecho fundamental y un interés común o un bien jurídico colectivo, no se resuelve necesariamente a favor del derecho fundamental. Puede resolverse en forma equilibrada o a favor de uno u otro según los casos concretos.</p>	<p>Los conflictos de derechos</p> <p>Las situaciones de aparente tensión o conflicto entre un derecho fundamental y un interés común o un bien jurídico colectivo, deben resolverse a favor del derecho fundamental; en otras palabras, los derechos fundamentales deben tener primacía.</p>
<p>La relación entre los derechos individuales y los derechos políticos y sociales</p> <p>Si bien los llamados derechos individuales presentan la misma jerarquía normativa que los denominados derechos sociales y los de participación política, los dos primeros deberán ser interpretados de tal manera que favorezcan la virtualidad o eficacia de estos últimos. Por lo tanto, cualquier tensión aparente entre un derecho individual y un derecho social o de participación política, deberá resolverse a favor de este último.</p>	<p>La relación entre los derechos individuales y los derechos políticos y sociales</p> <p>Si bien los llamados derechos individuales presentan la misma jerarquía normativa que los denominados derechos sociales y los de participación política, estos últimos deberán ser interpretados de tal manera que favorezcan la virtualidad o eficacia de los primeros. Por lo tanto, cualquier tensión aparente entre un derecho individual y un derecho social o de participación política, deberá resolverse a favor del primero.</p>
<p>Papel del Estado</p> <p>El Estado puede y debe incidir activamente en los derechos fundamentales pues es su principal garante. Su actuación no puede ser vista –a priori– como una amenaza para los derechos fundamentales.</p>	<p>Papel del Estado</p> <p>La incidencia del Estado en los derechos fundamentales debe estar justificada y dirigida a proteger el ámbito de soberanía de los individuos. Fuera de ese ámbito la actuación del Estado puede devenir en inválida.</p>

⁴¹ BARRANCO, M. C. *Ibid.*, p. 209.

Pongamos como ejemplo a la libertad de expresión para apreciar cuáles serían las distintas formas de interpretar los derechos fundamentales, según se adopte una concepción republicana de la libertad como no-dominación o una concepción liberal de la libertad como no-interferencia.

Si partimos de la concepción republicana de la libertad como no-dominación, la libertad de expresión aparece como un derecho fundamental que garantiza la participación política del individuo, presentando tras de sí no sólo un interés individual —el de su titular— sino también un interés general para garantizar las condiciones que permitan que esa participación se produzca. Entonces —según ella— el Estado puede intervenir válidamente en la regulación de su ejercicio. Aquí, «*el poder político no aparece como el enemigo de la libertad de expresión, por lo que las regulaciones no se conciben necesariamente como vulneraciones de su contenido*»⁴². «*Además, queda de lado la neutralidad en relación con el discurso que merece ser protegido. Las expresiones que se refieren a la política y muestran una concepción democrática están especialmente valoradas. Se trata de dar prioridad a aquellas manifestaciones de la libertad de expresión que contribuyen a crear opinión pública*»⁴³. Por consiguiente, el ejercicio de este derecho fundamental podría ser limitado legítimamente por consideraciones que respondan a una moralidad pública, a un interés común o un bien jurídico constitucionalmente protegido, y no sólo para proteger otros intereses individuales presentes en otros tantos derechos fundamentales.

En cambio, si partimos de la concepción liberal de la libertad como no-interferencia, la libertad de expresión aparece como parte del cerco de protección a favor del individuo dentro del cual no debe haber intervención de poder alguno. Esto implica que «*el gobierno se presenta como enemigo de la libertad de expresión y cualquier intervención de éste en la esfera protegida por el derecho se entiende como una vulneración de su contenido*»⁴⁴. La protección que brinda el derecho fundamental a la libre expresión no dependerá entonces —siguiendo esta tradición política— del contenido de las manifestaciones ni del contexto en que éstas se viertan; antes bien, el Estado debe actuar con neutralidad valorando por igual las distintas manifestaciones concretas de la libertad de expresión, sea que éstas se refieran a la economía, a la política, o a cualquier otra esfera de la vida social. Asimismo, el ejercicio de este derecho no podrá ser limitado legítimamente por consideraciones que respondan a una moralidad pública, a un interés común o a la protección de una identidad cultural de los pueblos, etc. Antes bien, sólo podría ser limitado en aras de proteger otros intereses individuales presentes en otros tantos derechos fundamentales.

3. Algunos riesgos y presupuestos de la libertad republicana a propósito de la interpretación de los derechos fundamentales

La concepción republicana de la libertad como *no-dominación* aporta —como se ha visto— una visión menos individualista de los derechos fundamentales. Sin perder el trasfondo individual que histó-

ricamente gestaron su nacimiento⁴⁵, el republicanismo postula la concurrencia del interés individual con el interés común en este tipo de derechos. Por lo tanto, en esta concepción ya no es posible privilegiar, sin más, el interés individual sobre el interés de la sociedad, o la libertad del individuo sobre el bienestar general. Uno y otro concurren, en abstracto, en forma equilibrada en su visión de los derechos fundamentales. Sólo en los casos concretos el interés individual puede primar sobre el interés general o el interés general sobre el individual, en función a las circunstancias que deben ponderarse.

Todo ello resulta coherente con una concepción —como la republicana— que no considera al individuo en permanente tensión con lo colectivo o lo social; sino, por el contrario, en una interdependencia necesaria para garantizar la libertad plena del individuo y la existencia y desarrollo de la comunidad. Así, ésta aparece como condición y garantía de los derechos del individuo y éste como artífice de la existencia y desarrollo de la comunidad.

Por ese motivo resulta comprensible que se exija al individuo una actuación acorde con ciertos valores cívicos o con virtudes ciudadanas comprometidas con la colectividad (prudencia, honestidad, patriotismo, integridad, amor a la justicia, solidaridad, compromiso con la suerte de los demás, etc.), así como una participación más activa, compartida, colectiva y deliberada en la vida política de su sociedad.

Por igual razón, la situación descrita permite y exige una actuación más activa del Estado en el estatuto de los derechos fundamentales, no sólo para garantizar su eficacia, sino también para intervenir en la concreción de su contenido y limitar o regular su ejercicio. Esto es, para velar por la libertad plena del individuo y la existencia y desarrollo de la comunidad, en una concurrencia armónica o equilibrada. Para ello el Estado —o sus órganos competentes como el legislativo y el judicial— puede sustentar su intervención en la consecución de una finalidad acorde con el interés individual o con el interés de la comunidad, ya que —como se indicó— no existe en abstracto oposición entre ellos. Sólo existe una condición —en términos del republicanismo—: que la intervención no sea arbitraria. Es decir, que la intervención no sea el producto de una mera subjetividad, sino que sea una decisión en la que se haya atendido las opiniones e intereses de todas las personas o grupos de personas que pudieran estar afectadas o interesadas con la intervención, incluyendo a la sociedad en su conjunto. En otras palabras, exige la existencia de ámbitos deliberativos y participativos que canalicen los intereses ciudadanos para que la intervención no sea arbitraria.

Hasta aquí todo parece bueno. El republicanismo —aplicado a la construcción de una teoría de los derechos fundamentales— lucha contra un individualismo exacerbado, postula la armonía entre el interés individual y el interés general, preconiza la existencia no sólo de derechos del individuo sino también de deberes suyos frente a los demás y la comunidad, cree en un Estado garante de los derechos que puede intervenir como tal en la configuración y regulación de su estatuto, con la única condición de no incurrir en arbitrariedad. Exige del individuo una actuación cívica comprometida con el bienestar de su comunidad y del poder político una democracia deliberativa y más

⁴² BARRANCO, M. C. *Ibid.*, p. 213.

⁴³ *Ibid.*, p. 212.

⁴⁴ BARRANCO, M. C. *ibid.* p. 212.

⁴⁵ PECES-BARBA, G. «*Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales*», en: AA.VV. *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I: *Tránsito a la Modernidad*, siglos XVI y XVII. Madrid: Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, p. 15 y ss.

participativa. En definitiva, la propuesta republicana se presenta como altamente positiva.

Sin embargo, a pesar de tales bondades, no podemos dejar de tener en cuenta algunos riesgos que la propuesta republicana trae consigo para la libertad del individuo. Aunque se arguya que tales riesgos escapan de su modelo teórico o que constituyen patologías sobre las cuales «no puede hacerse teoría», resulta prudente tenerlas en cuenta a fin de evitar que «la cura se torne más grave que la enfermedad». Nos vamos a referir aquí a: (i) el riesgo causado por la forma como el republicanismo considera que se afecta la libertad; y (ii) el riesgo causado por la forma como el republicanismo concibe que se puede evitar la arbitrariedad en la intervención sobre la libertad.

1º. Recordemos que, para el republicanismo, la libertad no es la mera ausencia de interferencias, sino la ausencia de *interferencias no-arbitrarias* o libertad como *no-dominación*. Si hay interferencia pero esta no resulta arbitraria, entonces –a diferencia de lo que propugna el liberalismo– para el republicanismo la libertad no habría sido vulnerada. Como lo dice Philip Pettit: «*hay interferencia sin pérdida alguna de libertad cuando la interferencia no es arbitraria y no representa una forma de dominación: cuando está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados y es requerida para servir a esos intereses de manera conforme a esas opiniones*».⁴⁶

De lo expuesto parecería que la libertad republicana sólo se vería afectada si: (i) se produjera una interferencia arbitraria sobre ella, y (ii) esa situación haya causado alguna afectación. Esto último significaría que en caso la interferencia no cause afectación, por más arbitraria que sea, entonces la libertad republicana no habría sido vulnerada. De ser esto así, se podrían «justificar» medidas paternalistas (como obligar a las personas a seguir estudios universitarios, a no conducir sin cinturón de seguridad, a votar en las elecciones, etc.) y, dependiendo de las circunstancias, posibilitar un moralismo o perfeccionismo moral, todos ellos criticados o enfrentados con la libertad del individuo⁴⁷. Llevando las cosas al extremo, es posible que el Estado intervenga en las esferas de la vida privada sin causar daño al individuo (por ejemplo, regulando el número de calorías que debe consumir para mantener una salud adecuada, la cantidad de horas máximas que se puede ver televisión sin afectar la salud, etc.), en tal caso la libertad republicana no habría sido violada. En otras palabras, si para que se considere que la libertad del individuo ha sido vulnerada se requiere que se produzca una «*afectación real*» en la esfera del individuo; entonces –en parámetros republicanos– es posible que se produzcan intervenciones estatales que no se consideren lesivas al individuo, para afirmar, sin más, que la libertad del individuo no ha sido afectada, muy a pesar de que la intervención resulte arbitraria.

Esto es relevante para la interpretación de los derechos fundamentales, especialmente para determinar hasta dónde pueden ser limitados o regulados válidamente por la actuación reguladora del Estado.

⁴⁶ PETTIT, Philip. Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno, Op. cit., p. 56.

⁴⁷ En términos sencillos, el perfeccionismo moral impone a los individuos ideales personales o planes de vida que estos no han elegido. El paternalismo impone a los individuos conductas o cursos de acción que son considerados aptos para que ellos satisfagan sus preferencias subjetivas, así como los planes de vida que han adoptado libremente. (NINO, C.S. Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación, Barcelona: Ariel, 1989, p. 414).

Si se exige una afectación real del individuo –como el republicanismo parece preconizar– y ésta no se produce, entonces la actuación será válida a pesar de que la actuación pueda resultar arbitraria.

Podría sostenerse que esto no es lo que propugna el republicanismo o que no es lo que su tesis «*ha querido decir*»; sin embargo, es lo que se puede desprender de ella. Por lo tanto, consideramos que resultaría muy útil una precisión conceptual si es que se quiere evitar que el Estado incida en la libertad del individuo de una manera que el republicanismo no quiere. De no ser así, de no tratarse de un error en la comprensión de la concepción republicana, debemos estar advertidos de los riesgos que una tesis semejante lleva consigo, pues podría ser utilizada para «justificar» medidas paternalistas o, dependiendo de las circunstancias, posibilitar un moralismo o perfeccionismo moral que atente contra de la libertad del individuo y, por ende, contra sus derechos fundamentales.

2º. Por otro lado, en cuanto a la forma como el republicanismo estima que se evita la arbitrariedad en la intervención sobre la esfera de la libertad, notamos otro riesgo.

En efecto, recordemos que para el republicanismo no habrá arbitrariedad si el acto de interferencia es decidido atendiendo a los intereses o a las opiniones de los afectados, entendiendo por afectados no a las personas individualmente consideradas sino principalmente al conjunto de la sociedad, o por lo menos a todos los grupos interesados⁴⁸. Esto significa que si el Estado decidiera intervenir en la esfera de la libertad del individuo o en el estatuto de los derechos fundamentales, dicha intervención estaría legitimada si es que cuenta con el respaldo o la aceptación de la mayoría. Ésta podría decidir lo que los derechos fundamentales son, a pesar del interés contrario del individuo, dando lugar a una serie de patologías como la imposición de una ética privada sobre la ética pública o de ésta sobre aquélla. En palabras de Gregorio Peces-Barba:

«*Lo que denomino patologías de la ética pública y de la ética privada son confusiones e identificaciones, que olvidan o descartan la separación, que configuran sociedades diferentes de la democrática, y que se separan del modelo mayoritario de la modernidad.*

Pueden ser de dos tipos, según la confusión suponga una imposición de la ética pública sobre la privada o de la privada sobre la pública. El primer supuesto es propio de concepciones totalitarias que pretenden que su ideario público sea también el ideario privado de sus ciudadanos, o dicho de otra manera, que la concepción política que defienden abarca también las dimensiones privadas del individuo. (...) es propia de concepciones cerradas, abarcadoras y autosuficientes que disuelven al individuo en la sociedad y le niegan el ámbito de autonomía que supone la ética privada. (...).

*El segundo supuesto aparece cuando la ética privada, es decir, una concepción del bien o una filosofía comprensiva como diría Rawls, pretende convertirse en definidora de la ética pública. Estamos –por ejemplo– en el supuesto del Estado confesional, de los fundamentalismos religiosos (...), etc.*⁴⁹

⁴⁸ PETTIT, Philip, Una teoría sobre la libertad y el gobierno, Op. cit., p. 83.

⁴⁹ PECES-BARBA, G. Ética Pública-Ética Privada, separata del libro: *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*. San José de Costa Rica: Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 1233-1234.

Esta situación también es relevante para una interpretación de los derechos fundamentales. Si, al final, una mayoría puede imponer una determinada interpretación de los derechos, muy a pesar del interés individual que se le oponga, o imponer a través de la interpretación de los mismos una ética pública como ética privada, o una ética privada como ética pública; entonces, los derechos fundamentales habrán dejado de ser instrumentos liberadores del individuo para convertirse en herramientas de opresión en manos de las mayorías.

Se podría argüir –como ya se dijo– que estas patologías salen del marco teórico del republicanismo, que en una sociedad democrática no es posible –por definición– que se imponga una ética privada sobre la ética pública o ésta sobre aquélla, que en el modelo teórico republicano la decisión de la mayoría se toma sobre la base de buenas razones, a las que se ha llegado a través de un procedimiento deliberativo, participativo, en donde todos los interesados con la decisión participaron o estuvieron en aptitud de participar en la discusión y decisión. Se podría decir, por tanto, que el riesgo que se acusa, en la forma como el republicanismo estima que se evita la arbitrariedad en la intervención de la libertad, no es una acusación pertinente.

Sin embargo, la historia nos enseña que la realidad es diferente, que en el funcionamiento del poder se producen desviaciones, muchas de ellas relacionadas con la actuación de las mayorías, que se convierten en auténticas patologías que dañan la libertad del ser humano, por lo que el riesgo que se acusa no debe ser dejado de lado. Una de esas patologías es la que se conoce como *patología de autoridad*. Suele producirse por la desviación del principio de mayorías y supone la exaltación de la mayoría en perjuicio de las minorías o del individuo mismo. Continuando con Gregorio Peces-Barba:

«En el principio de las mayorías se pueden producir desviaciones que se pueden convertir en auténticas patologías y de las cuales existen numerosas experiencias históricas. Son las que denomino patologías de la autoridad y que pueden producirse desde el principio de las mayorías o frente al principio de las mayorías. Desde el principio de las mayorías la patología de la autoridad supone que se concede a la mayoría valor excesivo que desborda los límites y que afirma que la mayoría no sólo fija la validez de un acuerdo o de una norma sino también su justicia (por ejemplo, determinar cuál es el contenido de los derechos fundamentales, cuáles sus límites y sus regulaciones, lo que está permitido y lo que está prohibido, todo ello muy a pesar del interés y la libertad del individuo).»⁵⁰

Los riesgos que hemos expuesto no pretenden descalificar la propuesta republicana, tan sólo señalar ciertos problemas que deben ser abordados por quienes la acojan como filosofía política a seguir, o partan de ella para interpretar los derechos fundamentales.

Lo que sí parece claro es que la concepción republicana de la libertad, en cuanto a la interpretación de los derechos fundamentales se refiere, requiere de ciertos *presupuestos* que implícitamente se advierten en ella o que la misma concepción se encarga de postular.

En primer lugar, requiere que el intérprete de los derechos sea tolerante, esté dispuesto a oír todas las opiniones de los demás y posibilite los cauces adecuados para su participación. Necesita de un intérprete que actúe sin arbitrariedad, que sepa distinguir las esferas de la ética pública y la ética privada para que las respete y no imponga una sobre la otra. Requiere de un intérprete capacitado no sólo en cuestiones jurídicas, sino también en filosofía moral y política, en sociología, economía y otras esferas de la vida. Necesita de un intérprete con una formación humanista y jurídica adecuada, con una capacitación permanentemente para atender con efectividad los nuevos problemas y conflictos que se derivan de las relaciones humanas cada vez más complejas.

En segundo lugar, requiere una partición más activa del individuo en la vida política de su sociedad, en el control sobre sus gobernantes (por ejemplo, para evitar la arbitrariedad en la intervención estatal), una intervención más compartida, colectiva y deliberada sobre su propio destino (porque ello redundará, además, en el bienestar de la comunidad). Requiere de un ciudadano virtuoso, que viva conforme con ciertos valores cívicos, por ser condiciones necesarias para la idea de libertad que preconiza (tales como el coraje, la prudencia, la igualdad, la honestidad, el patriotismo, la integridad, el amor a la justicia, la solidaridad y, en general, el compromiso con la suerte de los demás).

En tercer lugar, como consecuencia de lo anterior y sin que acabe allí el listado de sus presupuestos, requiere de una sociedad democrática, de una comunidad que haga suya la idea de las libertades, que las ejerza cotidianamente y sepa defenderlas en todos los espacios de la esfera pública y privada. Requiere de una sociedad dialogante, tolerante, solidaria y participativa, de una sociedad que sepa construir y desarrollar diariamente los ideales del Estado democrático de Derecho, pues, como señala Jiménez Redondo: *«El Estado democrático de derecho no puede (...) tener otra base de sustentación que una población acostumbrada al ejercicio cotidiano y puntilloso de la libertad en los contextos sociales, en la esfera pública y frente a los poderes públicos, y dispuesta a no dejarse arrebatar esa libertad; y ello es una base que el Estado democrático de derecho presupone y a cuya reproducción puede en todo caso contribuir, no una base que él pueda crear»*.⁵¹

Será esta sociedad democrática y la participación activa del individuo en la vida política de su sociedad, los mejores baluartes contra la arbitrariedad y la vulneración de la libertad. Es decir, los verdaderos responsables de su destino.

⁵⁰ Ibid., p. 1238.

⁵¹ JIMÉNEZ REDONDO, M. Introducción a la cuarta edición de *actividad y validez*, de Jürgen Habermas. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2003, p. 14.