

**EL PRINCIPIO DE LA RECIPROCIDAD:
FUNDAMENTOS PARA EL EJERCICIO
DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES**

*THE PRINCIPLE OF RECIPROCITY:
FOUNDATIONS FOR THE EXERCISE
OF FUNDAMENTAL FREEDOMS*

MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ*
Universidad Autónoma de Barcelona

Fecha de recepción: 7-3-21

Fecha de aceptación: 3-6-21

Resumen: *El principio de la reciprocidad es un principio lógico que opera en la posibilidad del ejercicio de las libertades fundamentales, esto es, sobre las condiciones que hacen posible ese ejercicio. Con el fin de hacer ver este principio se recurre a ejemplos de estas libertades, como la libertad de expresión y la de creencias, que ilustran una tesis controvertida, a saber, la de que no toda creencia puede tener cabida en el foro público democrático; tesis que puede dibujarse someramente con la obra de Rawls. En el trabajo nos vemos obligados a ofrecer una explicación distinta a la propia del modelo teórico principialista, en tanto que debemos situarnos en un estadio previo al juicio de ponderación y a la observancia del principio de proporcionalidad en la aplicación de los derechos fundamentales. De ahí que repensemos el modelo garantista de Ferrajoli con lo que hemos denominado las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades fundamentales.*

Abstract: *The principle of reciprocity is a logical principle that operates on the possibility of exercising fundamental freedoms, that is, on the conditions that make this exercise possible. We rely on examples of these freedoms, such as freedom of expression and freedom of belief, which illustrate a controversial thesis, namely: not every belief can have a place in the public forum; thesis that can*

* Agradezco a un revisor anónimo su lectura atenta y afinados comentarios, de gran ayuda para mejorar la exposición de la idea del trabajo sobre el papel.

be drawn briefly with the work of Rawls. While theorizing, we are forced to offer an explanation different from the principlist model, insofar as we must place ourselves in a stage prior to the weighing trial and the observance of the principle of proportionality in the application of fundamental rights. Hence, we rethink the Ferrajoli's garantist model with what we have called the necessary conditions for the exercise of fundamental freedoms.

Palabras clave: principio de la reciprocidad, libertades fundamentales, elementos constitucionales esenciales, condiciones necesarias
Keywords: principle of reciprocity, fundamental freedoms, constitutional essentials, necessary conditions.

1. INTRODUCCIÓN

¿Realmente podemos justificar cualquier creencia? Dicho de otro modo, si determinadas manifestaciones de la libertad no tienen cabida en nuestras democracias constitucionales, ¿no será que las razones que las justifican quedan igualmente proscritas?

La pregunta puede sonar extraña, al menos, por dos motivos. El primero sería que intuitivamente parece innecesario que haya alguna razón tras el ejercicio de la libertad. Una persona tiene capacidad para perseguir sus propios fines. Formalmente, ni siquiera las mayorías pueden negársela. De ahí que podamos referirnos a esa persona en los términos de un sujeto libre. Sin embargo, no podemos obviar el motor que la impulsa a actuar en un sentido u otro: al manifestar sus preferencias, esto es, al ejercer su libertad, no hace otra cosa que exteriorizar sus creencias, su ideología, sus convicciones de tan diversa índole, en definitiva, cómo ha configurado su propia concepción de las cosas.

Y esto nos lleva al segundo motivo. De acuerdo, pensará el lector, podemos identificar algún ideario o creencia tras la acción de las personas, tras cómo ejerce su libertad, pero de ahí inferir que no pueda justificarse una creencia en particular tal vez sea ir demasiado lejos. Desde luego eso parece acorde con algunos ordenamientos jurídicos, como el nuestro, cuando se hace referencia a doctrinas como el indiferentismo ideológico, tal y como se desprende de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Según esta doctrina, al Estado ni le importa ni puede interesarle el ideario adoptado por sus ciudadanos, esto es, que profesen las creencias y asuman los dogmas que deseen, pues nadie, y eso incluye a todo poder público, puede cuestionar dicha postura.

Ahora bien, diferente es el caso de manifestar dicho ideario, pues ahí nos situamos allende el fuero interno del individuo. Este ejercicio externo se rige por el respeto al orden público. En este último aspecto es en donde surge la hipótesis de este trabajo. Hay creencias y convicciones que por sí mismas no pueden asegurar que la conducta se pondere, que llegue a respetar el orden público. Cualquier manifestación de las mismas supone la negación de ese debido respeto, sea a través de la libertad de expresión, sea a través de una práctica o un culto determinados o de cualquier otra forma de exteriorizarlas. Y si esto es así, dichas ideas no pueden despertar nuestra indiferencia; en ningún caso podrían justificarse a través de principios democráticos.

Esa es la tesis controvertida que intentaré exponer en este trabajo: ni cualquier manifestación de la libertad, en sentido amplio, tiene cabida en el ámbito público ni podemos justificar creencias o ideologías que para trasladarse al foro democrático necesariamente deben imponerse al conjunto de los ciudadanos. En este punto debo lanzar una advertencia. En el trabajo recurro asiduamente a los ejemplos de la libertad de expresión y de la libertad de creencias o ideológica como instancias particulares de las libertades fundamentales. Es una opción metódica que tiene sus riesgos. Uno de ellos, el principal, es que se confunda el todo con la parte, es decir, que pensemos en la posibilidad de ejercicio de cualquier libertad fundamental como circunscrita a las garantías características de la libertad de expresión o la de creencias. Advierto que tengo en mente en todo momento el hecho de poder ejercer cualquier libertad, aunque llegue a abusar de estos ejemplos particulares, pues entiendo que exponen el objeto de estudio mansamente, situándolo entre las opciones de nuestro ordenamiento, en lugar de volcarme en un análisis formal y lógico pormenorizado que intuyo terminaría con la paciencia del lector en la misma introducción. Asumo el riesgo, pero le pongo en aviso.

Para tratar de sostener la hipótesis del trabajo, que por lo menos cae en sospecha de no ser pacífica o fácilmente asumible, recurriré a la noción de razón pública de John Rawls, que nos será de utilidad para dibujar el esquema inicial teórico. A partir de ella, perfilaremos después algunos postulados del constitucionalismo garantista.

Este recurso corre el peligro de querer demostrar demasiado. Cuando nos referimos a que la razón pública debe decir algo al respecto de aquellas creencias que negarían o quebrantarían el respeto del orden público (advierto ya que asumo una noción de orden público en tanto que el conjunto de derechos y obligaciones igualmente legítimos en cualquier relación jurídica),

no invocamos o construimos un límite *a priori* del ejercicio de las libertades fundamentales. Ese sendero abriría la puerta a una teoría que sustraería las libertades proclamadas en un texto constitucional de sus titulares. Al contrario, la razón pública tiene que permitirnos observar cuáles son las condiciones que permitan el ejercicio de las mismas, como intentaré defender a continuación.

La teoría de la justicia de John Rawls se caracteriza en esencia por su rasgo procedimental y la Teoría del Derecho de Luigi Ferrajoli podríamos decir que por su formalidad, lo que quiere decir, por formalizar las implicaciones lógicas de los contenidos teórico-jurídicos y sus relaciones sintácticas. Ninguna de las dos teorías nos muestra ni especula acerca del contenido objetivo de la vida buena, esto es, del contenido contingente del Derecho. Ambos autores elevan una teoría axiomática de principios y garantías procedimentales que pivotan, en esencia, sobre el eje de una democracia constitucional con control de constitucionalidad de las leyes. Este territorio común en lo estipulativo nos sirve para elaborar, en el plano intensional del paradigma constitucionalista, una interpretación de carácter axiológico desde el punto de vista lógico, interno, de las dimensiones formal y sustancial de la democracia, a través de la filosofía política. De hecho, el propio autor de *Principia Iuris* desarrolla este tipo de interpretación en la cuarta parte del primer volumen de esa obra y defiende sus tesis semánticas en el tercer volumen.

Advirtamos ya que nuestra interpretación no sería predicable en un modelo de Estado diferente al de una democracia constitucional. Además, si observamos las principales corrientes políticas que caracterizan la escena europea, nuestra hipótesis será pacíficamente asumida por liberales clásicos, socialdemócratas, verdes y presumiblemente también por democristianos. Sin embargo, provocará un rechazo profundo en los nacionalismos radicales, en el neoliberalismo revelado a través de poderes fácticos que escapan a los cánones constitucionales, lejos ya del origen comprometido con lo cívico e ilustrado liberal, y en las opciones extremistas, de izquierdas y de derechas, cuyas propuestas precisamente pasan por hacer tambalear los cimientos de nuestras democracias.

Es conveniente hacer mención a dos cuestiones más, una referente a la metodología y otra a la estructura de este trabajo. En primer lugar, la metodología empleada depende de las premisas escogidas de la obra de estos dos autores para deducir las consecuencias prácticas de aplicación al ejercicio de las libertades fundamentales, y por tanto en defensa de la hipótesis anun-

ciada. En segundo lugar, la estructura del trabajo queda circunscrita igualmente a los autores, dedicando un epígrafe a cada uno: el tercero al concepto de razón pública y el cuarto al constitucionalismo garantista. El segundo epígrafe nos permite plantear un ejemplo un ejemplo “hipotético” y al que recurriremos en diferentes ocasiones a lo largo de la exposición.

2. LA LIBERTAD... ¿EN EL NOMBRE DEL ARTE?

La hipótesis que manejamos consiste en que no toda manifestación de las libertades fundamentales puede tener cabida en el foro público, especialmente aquellos casos en que su ejercicio implique que el resto de ciudadanos queden desprovistos de la capacidad para ejercer idénticos derechos¹. Esta premisa es relevante para cercar la manifestación de creencias o convicciones particulares: aquellas que no respeten el mínimo respeto por la convivencia que presupone lógicamente toda democracia constitucional. Lo que ofrezco es una exploración por el razonamiento que subyace a esa lógica.

Imaginemos que quien escribe estas páginas pertenece a una secta caníbal que contempla el sacrificio de seres humanos como parte esencial de una tradición ancestral, como el culto y el rito debidos a esa creencia. No debe haber muchas dudas en que cualquier manifestación de esta creencia corrompe algo que está latiendo en el mismo concepto de democracia. Para darnos cuenta de esa degradación, no es necesario que llegásemos a aceptar públicamente el sacrificio humano o la antropofagia. Antes que discutir en el foro de todos sobre cómo manifestarla, debemos aceptar si la razón de ser de esa creencia tiene cabida, esto es, si hay buenos motivos para que un humano mate a otro, para que se lo coma y si debemos respetarlo como una creencia válida.

Cambiamos momentáneamente de ámbito y vayamos al arte. De forma similar al caso caníbal, una obra de arte puede ser el resultado de seguir una serie de reglas formales para su creación (me refiero a las reglas prescriptivas

¹ Ya J. ORTEGA Y GASSET, *Meditaciones del Quijote*, Cátedra, Madrid, 2007, pp. 54-55, había expresado esta inquietud, en sus primeras obras, en unos términos similares: “Toda ética que ordene la reclusión perpetua de nuestro albedrío (...) es *ipso facto* perversa. (...) No se opone, pues, en mi alma, la comprensión de la moral. Se opone a la moral perversa la moral integral para quien es la comprensión de un claro y primario deber. La merced a él crece indefinidamente nuestro radio de cordialidad y, en consecuencia, nuestras probabilidades de ser justos”.

propias de una disciplina artística y que guían la elaboración de una obra, por ejemplo, emplear un pincel para pintar un cuadro, mediante alguna de las técnicas que de ahí se derivan, en lugar de rascar sobre el lienzo empleando una sartén²), una serie de reglas comúnmente aceptadas según la técnica pictórica empleada.

Ahora bien, podríamos evaluar esa misma obra de acuerdo con un ideal objetivo que nos llevara a la conclusión de que aquello no puede considerarse siquiera una obra de arte. En el nombre del arte no todo vale, sino que puede estimarse ulteriormente la realización de una obra según un ideal de lo que es bello. De acuerdo con esta lógica, un cuadro elaborado con temple, óleo y fluidos escatológicos no deja de ser una cosa de mal gusto. Y ello es porque cabe justificar que lo escatológico se sitúa en las antípodas de lo bello, que podemos extenderlo a la forma en cómo se alcanza lo bello y, en definitiva, que se trata de una obra de mal gusto que merece nuestro reproche y una negativa a adquirirlo.

Respecto al Derecho igualmente podemos evaluar las normas de acuerdo con los postulados de un ideal, por ejemplo, el de justicia. Pero en el caso que ahora discutimos no es necesario recurrir a la filosofía moral o a la teoría objetiva de los valores, como la de Scheler o la de Hartmann, sino que podemos esclarecer por qué la manifestación de ciertas creencias o convicciones plantea un problema de justificación para la propia democracia sin tener que recurrir a ellos. Lo que ahora discutimos no consiste en el principio de legalidad formal, por el cual una libertad estaría justificada por encontrarse ex-

² F. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 57-59 (hay traducción al castellano por C. ORUNESU, y J. L. RODRÍGUEZ, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons). Este autor explicó que las reglas prescriptivas se emplean para presionar sobre un estado de cosas existente. Este tipo de reglas “se las usa en un intento por modificar algún patrón de conducta preexistente, tornando menos aceptable un curso de acción que, de otro modo, un agente podría haber elegido, o volviendo más aceptable un curso de acción que, de otro modo, no habría elegido”. Sin embargo, en el sentido que ahora empleamos la noción de regla prescriptiva, el mismo autor detalla que, en otras ocasiones, esas reglas “no se emplean para modificar la conducta sino para *impedir* esa modificación. Buscan reforzar patrones de conducta preexistentes a la regla, evitando que la gente se aparte de dicho patrón de conducta” (cursiva del autor). De manera similar, aunque en relación estricta al Derecho, encontramos en M. ATIENZA y J. RUÍZ MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 12, que las reglas de acción nos encomiendan a realizar una conducta específica para conseguir un determinado estado de cosas que se corresponda en la mayor medida posible con el contenido de esas reglas.

presamente reconocida en una constitución o amparada por el principio de las mayorías. El razonamiento debe girar en torno a si debemos aceptar que cualquier forma de exteriorizar las creencias y las convicciones quede justificada por esa legalidad formal, cuando aceptarlo implicaría negar lo que Ferrajoli ha denominado el principio de legalidad estricta, constitucional, o sustancial³. Esto es, antes de que el ejercicio de la libertad entre en conflicto con otras libertades y derechos fundamentales, que señalemos y critiquemos la negación del principio de legalidad sustancial.

Si seguimos la doctrina del TC sobre el indiferentismo ideológico⁴, la esfera de inmunidad que garantiza las ideas del individuo no puede imponerse en su exteriorización, como hemos indicado ya, a fin de coordinar su manifestación con las obligaciones exigibles y los derechos y las libertades igualmente legítimos. De acuerdo con esta doctrina, para nuestras democracias constitucionales no importa tanto que profesemos el culto a ritos vikingos, que aceptemos la visión budista del mundo o que comulguemos con la filosofía de los Jedi, como que se respete el cúmulo de expectativas jurídicas en toda relación de acuerdo con el modo particular en que cada Estado lo ordena. En otras palabras, respetando el orden público.

Esta doctrina permite explicar la gran mayoría de los casos. La dimensión interna de la libertad de pensamiento o de conciencia queda siempre garantizada, mientras que la dimensión externa se somete a las reglas o contrapesos del orden público. Como ninguna libertad se practica enteramente en el fuero interno del individuo, su exteriorización se ve condicionada en determinados casos, no así suprimida, a que se respeten el resto de derechos y de libertades. En alguna medida siempre existe la expectativa de exteriorizar el pensamiento, una esfera de *agere licere*. De lo contrario, estaríamos en presencia de una “libertad mutilada”⁵. Ahora bien, si damos con un caso en

³ Vid. un resumen de su postura en L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1. *Teoría del derecho*, trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J.C. BAYÓN, M. GASCÓN, L. PRIETO SANCHÍS y A. RUIZ MIGUEL, A., M, Trotta, Madrid, 2011, p. 127 y en FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos*, trad. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., Trotta, Madrid, 2014, p. 30.

⁴ Cfr. SSTC 13/2001, de 29 de enero; 48/2003, de 12 de marzo; 235/2007, de 7 de noviembre; y 12/2008, de 29 de enero. Acerca de las críticas a la doctrina sobre el indiferentismo ideológico, vid. J. JIMÉNEZ CAMPO, “Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 7, 1980, pp. 87-91 y J. PÉREZ ROYO, “Artículo 168: La revisión de la Constitución”, en O. ALZAGA VILLAAMIL (coord.), *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo XII, Madrid, Edersa, 2006, pp. 501-503.

⁵ La expresión pertenece a L. RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México D.F., 19ª ed., 2008, p. 568, quien la empleó para explicar el vínculo

que la creencia o visión del mundo no puede llevarse a la práctica porque su manifestación necesariamente niega o necesariamente suprime la libertad de otros, esto es, para poder ejercerse, entonces no podemos sostener que haya operado el límite al ejercicio de las libertades fundamentales (el orden público señalado en la libertad y los derechos de los demás), cuando entran en conflicto en un supuesto particular, más bien el respeto del orden público habrá operado de otra manera.

Podemos precisar con mayor rigor en qué consiste este respeto si partimos del concepto de razón pública. A continuación, intentaremos destacar los aspectos relevantes que delimitarían esta noción a través de lo que aquí nos referiremos como las “condiciones necesarias” para el ejercicio de las libertades fundamentales.

3. LA RAZÓN PÚBLICA RAWLSIANA

Para ilustrar la idea que pretendo defender en este trabajo hay un párrafo de John Rawls que lo ejemplifica con claridad y, además, resume muy bien cuáles son los elementos que estructuran esta idea. Insisto, es un párrafo ilustrativo y recurro al mismo a modo de ejemplo y síntesis de la idea⁶.

En *The Idea of Public Reason Revisited*, John Rawls ofreció una explicación sobre el concepto de razón pública a través de los denominados «elementos constitucionales esenciales» (*constitutional essentials*), que englobarían cuestiones como la organización y la división de poderes del Estado o los derechos y las libertades fundamentales, y las «cuestiones de justicia básica» (*matters of basic justice*), relativas a asuntos como la justicia distributiva o el principio de igualdad. La razón pública nos sirve para ver cómo ese respeto a la libertad, el principio de la reciprocidad que ahora intento teorizar, entra

entre la libertad de pensamiento, dimensión interna de la libertad, y la libertad de expresión, dimensión externa de la misma.

⁶ Esta aclaración inicial no es una cuestión sin más, de paso o de relleno. Al contrario, es de la mayor importancia. Traigo a colación unas líneas de Rawls sobre la razón pública, mas entiéndase bien que estoy empleando el concepto de razón pública rawlsiana como escopetazo inicial. Me limito al carácter ilustrativo de su exposición y, de este modo, prescindo de elementos relevantes del autor para construir su concepto de razón pública, como pueden ser los de consenso entrecruzado o la independencia de las doctrinas comprensivas específicas. Lo que me interesa ahora es exponer unas líneas suyas a propósito del principio de la reciprocidad, destacando su utilidad para el objeto que ahora estudio sin que ello comprometa la obra y los conceptos rawlsianos.

en escena: cuando debe cercarse un argumento acerca de estos dos tipos de cuestiones, los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica, que va a pasar al foro público⁷.

El recurso a la razón pública rawlsiana no nos servirá para resolver cualquier cuestión de trasfondo político, sino aquellas que guarden relación con las dos anteriores nociones. Según este autor, en el debate de estas cuestiones, el juez juega un papel preponderante en el foro de la razón pública y lo hace de acuerdo con el «criterio de la reciprocidad». En el momento de decidir un caso, en lugar de hacer valer su propio punto de vista político sobre el asunto el juez ofrece argumentos que van en la línea de respetar los precedentes constitucionales y de fundamentar su decisión según los principios y los criterios que se desprenden de la propia constitución. De lo contrario, ese juez contravendría su deber⁸. A esto es a lo que Rawls se refiere por razonar mediante la razón pública y guiarse por el criterio de la reciprocidad.

Asimismo, la función decisoria del juez se traslada a la tarea cívica del ciudadano⁹. Del mismo modo que el primero confina su punto de vista a

⁷ El foro público es un concepto que en la tradición jurídica norteamericana se remonta a la época de Oliver Wendell Holmes en la Corte Suprema de Massachusetts, en el caso *Commonwealth v. Davis*, 39 N.E. - 113 Massachusetts (1895) y que terminaría por llegar en 1897 al Tribunal Supremo. Con este asunto dio comienzo un intenso debate acerca de la vinculación de los poderes públicos a las exigencias de la Primera Enmienda de la Constitución, en detrimento del *Common Law*, y por tanto si las facultades públicas alcanzan la intervención de aquellos espacios donde habitualmente se lleva a cabo el debate ciudadano, por ejemplo, predicar sin autorización administrativa, como el caso que originó la disputa judicial. Puede consultarse un estudio sobre la evolución del papel de los poderes públicos en relación a la primera enmienda en L.C. BARNETT LIDSKY, S. GEY, R.J. KROTOSZYNSKI, y C.E. WELLS, "The Government as Speaker, Employer and Educator", en *The First Amendment: Cases and Theory*, Nueva York, Wolters Kluwer, 2008, cap. 12.

⁸ Según O. O'NEIL, *Constructing Authorities. Reason, Politics and Interpretation in Kant's Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 56-68, los supuestos de fondo principales sobre los que descansa la razón pública rawlsiana son los relativos a la legitimación democrática, a partir de la que se explica el deber del juez. Además, la autora identifica el deber o compromiso cívico de reciprocidad como una cuestión que Rawls no resuelve con claridad, por ejemplo, al mostrar unas veces predisposición por una concepción voluntarista y otras por acentuar la capacidad para hacerlo.

⁹ Autores como M. NUSSBAUM, "Rawls Political Liberalism. A Reassessment", *Ratio Juris*, vol. 24, núm. 1, 2011, pp. 17 y ss., emplean la fórmula «deber cívico» para definir esta tarea del ciudadano. Sin embargo, el término no es pacífico debido a la divergencia de interpretaciones sobre el alcance de su exigencia. El propio Rawls utilizó esta expresión en 1993 en *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, pero no siendo ajeno a las críticas y a los comentarios que suscitó, matizó su postura sobre la razón pública y

la Constitución, el ciudadano debe ordenar su conducta siguiendo un patrón que se considere razonable en el foro público en un sentido equivalente. Rawls lo resume de la siguiente manera:

Del mismo modo que los jueces tienen que decidir los casos a través de los fundamentos de derecho de los precedentes, de los estándares establecidos sobre interpretación jurídica y de otros fundamentos jurídicos relevantes, los ciudadanos tienen que razonar por medio de la razón pública y guiarse por el criterio de la reciprocidad siempre y cuando están en juego elementos constitucionales esenciales y cuestiones de justicia básica¹⁰.

La razón pública es un concepto que en principio no tiene por qué ser incompatible con doctrinas como las del indiferentismo ideológico. De ella se sigue una valoración respecto a la reciprocidad con los elementos necesarios para una democracia constitucional, como los derechos fundamentales, sin llegar a predicar algún tipo de militancia democrática. Ahora bien, esta noción nos lleva a realizarle anotaciones, similares a las realizadas por Michael J. Sandel a la neutralidad estatal en esta obra de Rawls¹¹. Para aquel autor, las personas, en sus vidas privadas, tienen afectos, inclinaciones y lealtades que no podrían ni deberían dejarse de lado para debatir cuestiones públicas.

Sin embargo, ello contradice la tesis rawlsiana que defiende la idea de que esas cualidades no deberían ser relevantes para configurar su identidad en tanto que ciudadanos. El motivo para dejar de lado las preferencias personales sería respetar el pluralismo razonable que se da en la sociedad y que a menudo impide que en una discusión libre las personas lleguen a una idéntica conclusión¹². En consecuencia, la neutralidad liberal rawlsiana debe interpretarse en clave procedimentalista, de tolerancia hacia el desacuerdo. De esta manera, el Estado se mantendría imparcial respecto a las doctrinas y las convicciones morales contrapuestas. Es entonces que empieza a vislum-

este deber con una introducción para la edición rústica de esa misma obra en 1996 *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York (hay traducción al castellano a cargo de A. DOMÈNECH, *Liberalismo Político*, Debate, Barcelona.), y, asimismo, en su trabajo de 1997 "The Idea of Public Reason Revisited", en J. RAWLS (ed.), *The Law of the Peoples*, Harvard University Press Cambridge, MA.

¹⁰ J. RAWLS, *The Law of the Peoples (with "The Idea Of Public Reason Revisited")*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2000, p. 797.

¹¹ M.J. SANDEL, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, trad. J.P. Campos Gómez, Debate, Barcelona, 2012, pp. 281-284.

¹² J. RAWLS, *Political Liberalism*, 1993, cit., p. 91.

brarse el concepto de razón pública: el Estado no toma como propia ninguna concepción, ética o moral particular, sino que exige reciprocidad a través de que los ciudadanos separen la identidad ciudadana de sus convicciones para implicarse en el foro público.

Al pasar del ejemplo del juez a los ciudadanos, el autor deja entrever su influencia kantiana, pues la exigencia para actuar de ese modo es actuar de tal manera que sus argumentos puedan ser razonablemente aceptados por el resto de ciudadanos. Y ahí es cuando operan las condiciones de ejercicio de las libertades fundamentales: los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica. Sin la aparición de estos elementos no quedaría claro cuál sería el momento en que deben dejarse a un lado las convicciones particulares.

Ahora bien, la vida privada y familiar o los acuerdos y lealtades con terceros no pueden considerarse asuntos aislados del foro público. Si realmente lo anterior tuviera que dejarse siempre de lado en aras de la identidad ciudadana, los propios ciudadanos se encontrarían tallados a la imagen de un mismo patrón despojado de creencias, convicciones y éticas particulares. Carecería de sentido que discutiéramos en torno a la libertad religiosa, que pasaría a ser una cuestión estrictamente privada de los individuos. Curiosamente, vemos que ni siquiera el Estado puede mantenerse al margen de esos temas y no acogerse a alguna concepción particular. Por ejemplo, la ordenación de festividades anuales pasaría a convertirse en una invasión de la esfera individual, como adornar las calles con motivos religiosos en Navidad o en Janucá o fijar vacaciones para la Semana Santa. Con ejemplos parecidos, Sandel hace ver que el Estado no puede ser neutral para regular la vida pública, al tener que optar por unas razones sobre el trasfondo de la materia que divergirán de las visiones tendencialmente contrapuestas de algunos ciudadanos.

Entonces, el momento de apartarse de ello pasa a ser el de la reciprocidad con las cuestiones esenciales a las que nos remite la razón pública. De no mediar el principio de reciprocidad, la razón pública rawlsiana sería un concepto impracticable porque, fuera del pluralismo, nos encontraríamos frente a un modelo definido de ciudadanía, frente al patrón tallado al que me referí anteriormente. Si por el contrario dicho modelo debiera evidenciar esa connotación de pluralidad, como es el caso de las democracias constitucionales, los individuos no tendrían por qué despojarse de caracteres como sus convicciones o su visión particular del mundo. La garantía de la pluralidad y de la de-

mocracia pasa a ser entonces la reciprocidad con las condiciones que permiten ese mismo modelo plural de ciudadanía, con los elementos constitucionales esenciales como los derechos fundamentales, que determinan la igual libertad de todos para darnos nuestros propios fines y para poder perseguirlos.

La razón pública nos está remitiendo a las condiciones en las que queda definida la igual libertad de todos, que precisamente es la que no admite una visión hegemónica del mundo, sino la que cada individuo adopte para sí mismo. Ejemplos de creencias, como el canibalismo, y manifestaciones, como la quema del medio de transporte de un conciudadano durante una manifestación, son expresiones de las libertades fundamentales. La idea está en que tanto el canibalismo como la acción de quemar un contenedor exteriorizan una convicción propia del individuo; se lleva a cabo un ejercicio de la libertad que no supera el filtro de la razón pública en el sentido que vengo exponiendo, porque no se observa una reciprocidad respecto a las condiciones necesarias, a las posibilidades, que permiten su externalización.

Volvamos de nuevo a Rawls. Vimos con su párrafo que de un modo similar a los jueces, los ciudadanos deberían adecuar su conducta en el foro público invocando no cualquier concepción o ideario asumido como propio, cualquier doctrina comprensiva específica, sino los principios o la ética pública que presuponga una cierta reciprocidad con los postulados constitucionales y democráticos que permiten ejercer las libertades fundamentales. De ahí viene la idea de la preferencia de lo correcto sobre lo bueno.

Dicho con nuestras palabras, lejos de un modelo militante de ciudadanía, la participación en el foro público viene condicionada por el respeto de los elementos constitucionales esenciales y de las cuestiones de justicia básica. Por eso el autor recurre a los ejemplos de la abolición de la esclavitud y el discurso a favor de los derechos civiles de Martin Luther King, Jr.: en ambos casos se apeló a doctrinas constitucionales de la época para argumentar cambios políticos y jurídicos¹³. No les era extraño este concepto de razón pública; al contrario, buscaron la justificación de sus reivindicaciones mediante la reciprocidad con los principios definidos en la propia constitución. Y en cuanto al principio lógico de la reciprocidad debemos comprenderlo como la observancia de las condiciones que garantizan constitucionalmente la libertad de todos, como garantía de la posibilidad de ejercicio de estas libertades¹⁴.

¹³ J. RAWLS, *Political Liberalism*, 1996, cit., pp. 248-250.

¹⁴ Debo insistir una vez más en contextualizar el principio lógico objeto de este trabajo y el concepto de razón pública rawlsiana. Este hecho es de suma importancia para no caer en

Al recurrir a la noción de razón pública estamos remitiéndonos a las condiciones necesarias para poder ejercer las libertades fundamentales que se recogen en toda constitución, la cual además se caracterice por ser democrática. Los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica presuponen la condición de ciudadanía en calidad de igualdad¹⁵. Del mismo modo en que la razón pública nos remite a dos caracteres esenciales de las democracias constitucionales, los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica, nuestro principio lógico de la reciprocidad nos remite a las condiciones que permiten el ejercicio de la libertad para que dé comienzo la partida en el foro público.

Podemos sintetizar este principio del siguiente modo: subyace la lógica de exigir a aquellos que pretendan ejercer sus libertades fundamentales la reciprocidad con lo que hace posible su ejercicio desde la propia constitución, y que se nos atribuye a todos por igual. Por el momento, dejemos esta cuestión para más adelante; la retomaremos al hablar del constitucionalismo garantista.

De no ser por la reciprocidad, aceptar determinadas manifestaciones de creencias o convicciones, como el sacrificio de humanos o la antropofagia, nos llevaría a observar que el Estado asume que en una democracia constitucional existen diferentes clases de ciudadanos. Unos tendrían derechos y libertades fundamentales con carácter previo al idéntico rango de derechos y libertades del resto, puesto que para garantizarlos necesariamente deberíamos suprimir la posibilidad de que los demás se acojan a los mismos de-

ningún equívoco. El principio de la reciprocidad que ahora teorizamos es un principio lógico que no se observa propiamente en el ejercicio de las libertades fundamentales, sino en la posibilidad de su ejercicio. Es importante situarse en este instante lógico porque, de lo contrario, el concepto rawlsiano nos remite al de hecho de haber discursos protegidos por las garantías de determinados derechos fundamentales, pero que no alcanzan a justificarse a la luz del concepto de razón pública rawlsiana. Ahora bien, el principio lógico nos indica que no pueden suprimirse las condiciones que permiten ejercer las libertades fundamentales porque implica que éstas no existirían *de facto*, como trataré de exponer en los siguientes epígrafes.

¹⁵ Según J. HABERMAS, J., "'Razonable' versus 'verdadero', o la moral de las concepciones del mundo", en J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. Vilar Roca, G., Barcelona, Paidós, 1998, p. 169, "con las propias premisas de Rawls la 'razón pública' de los ciudadanos puede imponer estas constricciones sólo cuando ya se ha conseguido un consenso político básico". Por dichas constricciones se refiere a que la pretensión de validez del razonamiento público queda circunscrita a una justificación acorde a las exigencias de la generalidad y de la reciprocidad. Esta exigencia se limita precisamente a los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica.

rechos y libertades. Y el ejercicio de los mismos por parte de estos últimos estaría condicionado al respeto de los primeros. Incluso el primer principio de justicia de Rawls requiere de esta reciprocidad lógica para ser operativo, para poder llevarse a la práctica.

El principio de la reciprocidad, en definitiva, zanja un hipotético antagonismo entre la moralidad propia o asumida por el individuo y los principios y valores que nuestra democracia garantiza para todos los ciudadanos. Hay unas condiciones necesarias en la sociedad para satisfacer el florecimiento de los valores propios del individuo y la reciprocidad nos remite a que los intereses individuales y egoístas no pueden hacer ceder esas condiciones mínimas que hacen posible la realización de los valores de la persona humana¹⁶.

4. ¿CONDICIONES NECESARIAS O LÍMITES? A VUELTAS CON EL CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA

Es cierto que al recurrir a la noción de razón pública rawlsiana nuestro principio lógico pueda ser sometido a objeciones. Seguramente, la principal es que se presente este principio como un límite que impida el ejercicio de las libertades fundamentales con carácter previo a su práctica. De ser así, el principio de la reciprocidad no sería interpretado como las condiciones para el ejercicio de estos derechos constitucionales, sino como una cláusula de cierre a la que cualquier poder acudiría para limitar los derechos fundamentales. Pero nada más lejos de la interpretación que intentamos defender, en nombre del garantismo y del correcto ejercicio de esas libertades.

Claro que, esta advertencia, lejos de disipar las dudas al lector, le habrá puesto en guardia. ¿Cuántas veces se ha suprimido el ejercicio de los derechos y libertades más básicos del ciudadano en nombre de la seguridad y de su misma salvaguarda? Bien, temo que ese comentario cuente con mucha razón. La única contrarréplica para matizar esa afirmación es la de insistir en el contexto jurídico y político en que opera este concepto. De nada nos sirve

¹⁶ L. RECASÉNS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*, Porrúa, México D.F., 1970, p. 328, sostiene idéntica visión teorizándola desde un punto de vista humanista: “Se puede y se debe dar armonía entre ambos tipos de valores (se refiere a los propios del individuo y los propios de la sociedad), pero, bien entendido, dentro de una concepción humanista, que sitúa cada uno de los dos tipos de valores en su respectivo lugar. Sin embargo, esa armonía no es una armonía en paridad, sino a distinto nivel: los valores sociales como condiciones y medios necesarios al servicio de hacer posible la realización de los valores individuales”.

apelar a las condiciones elementales que permiten desenvolver estas libertades en la esfera pública si nos situamos en un régimen autocrático. Por el contrario, el principio de la reciprocidad contribuye a reforzar el paradigma constitucional en la medida en que las normas jurídicas esenciales que dispone esa norma fundamental no se reducen a las contingencias éticas y políticas de un momento determinado, sino a las reglas básicas que dan forma al foro público democrático. De ahí la vinculación con las cuestiones esenciales a las que nos remite la razón pública rawlsiana, igualmente incardinadas en el paradigma de una democracia constitucional.

El principio de la reciprocidad es un concepto que se observa antes de debatir acerca de la naturaleza *prima facie* y de la definitiva de los derechos y libertades fundamentales. Esto es, en un momento diferente al que situaríamos el debate acerca de la naturaleza principialista de estos derechos. Pretendo hacer ver que, de igual modo que las cuestiones esenciales a las que nos remitimos con la razón pública, esto es, los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica, cuando seguimos la reflexión lógica del principio de la reciprocidad el debate acerca del alcance de los derechos fundamentales acontece *a posteriori*, en los casos particulares. Entonces, hay dos momentos distintos.

Las implicaciones lógicas que ahora extraeremos proceden del plano teórico anterior al eventual conflicto entre derechos fundamentales, esto es, del nivel axiomático en el que mejor se desenvuelve el garantismo. Ahora bien, destacaremos una serie de conceptos teóricos y sus relaciones lógicas que irremediablemente evidenciarán consecuencias vinculantes para la práctica, o el ejercicio, de las libertades fundamentales, esto es, para ese segundo momento. No parece descabellado entonces acercar los términos que hemos ido destacando sobre la razón pública hacia la teoría garantista.

Con ello, en las siguientes líneas, intentaré deshacer un posible equívoco que subyace en la obra de Ferrajoli, lo que nos servirá para mostrar el instante en el que opera el principio de la reciprocidad. Para ello, como veremos, las nociones esquemáticas sobre la razón pública rawlsiana aún son de interés.

Creo que seguir con el lenguaje de la razón pública al volcar el principio lógico de la reciprocidad sobre el garantismo está justificado porque ayuda a esclarecer la ambigua postura que parece mantener Ferrajoli acerca de la concepción de los derechos fundamentales en tanto que derechos potencialmente conflictivos entre sí. Esto es, el autor habitualmente rechaza la ponde-

ración entre principios constitucionales, aunque también ha dado a entender lo contrario en algunos pasajes. Si bien por un lado la tesis principal del autor aboga por que dicha concepción degradaría el carácter normativo de los mismos, como si los derechos fundamentales “en vez de normas de derecho positivo, fuesen (...) meras declaraciones de intenciones políticas”¹⁷, por otro lado llegó a asegurar que no piensa “que no se den conflictos entre los derechos fundamentales. Ésta sería una extraña tesis ético-cognoscitivista, que por lo demás vendría desmentida por cualquier texto constitucional que previera simultáneamente derechos palmariamente en conflicto”¹⁸.

Respecto a la primera postura, el temor del autor es que este tipo de derechos se vieran lesionados por poderes fácticos que escapan a la democracia y que, al aceptar su naturaleza conflictual, quedaran debilitados indebidamente. Si interpretamos este temor siguiendo los márgenes definidos por los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de justicia básica, no sería lo mismo sostener que ciertos poderes menoscaban la democracia constitucional porque corrompen sus condiciones esenciales que entender que dichos poderes, al manifestarse a través de determinados derechos, principalmente los de autonomía, desplazan a los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, esos poderes inquietantes estarían alterando las condiciones básicas que sostienen nuestras democracias constitucionales, no así manifestándose a través de derechos cuyas garantías pasarían por encima de las de los derechos y libertades fundamentales. Si fuera así, las garantías de los derechos que hacen valer esos poderes prevalecerían sobre las de los derechos fundamentales, lo que, de acuerdo con la lógica de la teoría del propio autor, nunca puede pasar.

Si lo que el autor quería decir era esto último, en realidad no hay ninguna incoherencia en sus dos afirmaciones, aunque aparentemente parezca que digan una cosa y su contraria. Ahora bien, para despejar esta duda hemos tenido que hacer uso de la noción de razón pública rawlsiana. Visto de esta manera, que determinados poderes fácticos (sean de carácter económico o de cualquier otra índole) hayan alcanzado un determinado estatuto jurídico y político dentro de una democracia a través de la conquista de derechos tam-

¹⁷ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, vol. 1. *Teoría del derecho*, cit, p. 72 (nota al pie 25).

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris*, *Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 2. *Teoría de la democracia*, trad. P. Andrés Ibáñez, J.C. Bayón, M. Gascón, I. Prieto Sanchís, y A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, 2011, p. 71. Puede observarse esta idéntica postura a través de los ejemplos de L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. A. De Cabo, y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 4ª Ed., 2009, pp. 350-353.

poco es incompatible con la idea de derechos y libertades fundamentales. Por norma general, prevalecerían los segundos porque sus garantías irrigan el contenido sustancial del resto del ordenamiento jurídico. Ahora bien, en los casos en que se manifiestan esos poderes a través de derechos y libertades constitucionales, por ejemplo, a través de la libertad de empresa, tendría que decidirse el derecho que prevalece a través de la clásica ponderación en el caso concreto¹⁹. Pero incluso en este caso, hasta esos poderes fácticos, digamos, admiten las condiciones esenciales impuestas por la democracia constitucional, que son las condiciones esenciales del principio de la reciprocidad: primero, que se *pueda ejercer* un derecho fundamental proclamado en la norma fundamental y, luego, ya veremos qué derecho es el que prevalece en un caso concreto. En consecuencia, desde la teoría conflictivista o principialista de los derechos fundamentales no podemos afirmar que se hayan alterado las condiciones básicas para que en una democracia constitucional se dé prioridad a tales poderes.

Es necesario exponer con más detalle lo que se presenta como una divergencia profunda entre el constitucionalismo garantista y el modelo principialista para, así, dar cuenta del encaje de nuestro principio lógico de la mano de la noción de razón pública en el primer modelo y de que esta tensión no es irreconciliable. Decíamos, por un lado, que para Ferrajoli los derechos fundamentales se debilitarían si antepusiéramos las garantías de derechos como los de la autonomía contractual. Por otro, que la exigencia del principio de la reciprocidad nos exige que sea posible ejercer los derechos y libertades fundamentales, con independencia de si después entran en conflicto unos con otros.

El principio de reciprocidad tal y como lo vengo exponiendo difiere del consentimiento característico de los derechos de autonomía y por tanto dista también de la libertad que los fundamenta. La cuestión no estriba en si tenemos o no la capacidad para ejercer nuestras libertades fundamentales, lo que nos situaría, en efecto, en el ámbito de la autonomía y del consentimiento de los individuos, sino en respetar las condiciones que nos permiten manifestar nuestras preferencias o los fines que nos hemos dado a nosotros mismos.

La diferencia estriba en las condiciones que permiten ejercer la libertad y no en la misma libertad o en su ejercicio. Si esas condiciones, que podemos

¹⁹ El propio L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. A. Greppi, Trotta, Madrid, 2013, p. 91, ha defendido la idoneidad del juicio de ponderación para resolver este tipo de conflictos.

perfectamente identificar con las de la razón pública rawlsiana, pivotaran sobre la autonomía y el consentimiento de los ciudadanos, podríamos acordar un pacto cuyo objeto fuese nuestra propia libertad. Por ejemplo, que el caníbal nos incluya en su menú y que nosotros estuviéramos de acuerdo. Sin embargo, esto no es posible porque el contenido del acuerdo suprimiría derechos fundamentales que son inalienables. Ese acuerdo afronta las condiciones sustanciales básicas de nuestra democracia al hacer disponible lo que es indisponible. Luego, de la autonomía o de la capacidad para ejercer los derechos y libertades no se sigue la reciprocidad con las condiciones que permiten ejercer las libertades, ni tampoco con los elementos que constituyen la razón pública. ¿Por qué? Pues porque ahí identificamos una condición *ex ante* e interna a los derechos fundamentales, tal y como sugiere Ferrajoli.

Detengámonos a observar en qué consiste esta teoría interna de los derechos fundamentales para acabar de delimitar el momento en que opera el principio de la reciprocidad. Si estoy en lo cierto, con ello podremos definitivamente prescindir, deshacernos más bien, de la teoría principialista para manejar este principio.

De acuerdo con la teoría interna propia del constitucionalismo garantista, la indisponibilidad de la libertad resultaría de que los derechos de libertad²⁰ constituyen, en la esfera de lo no decidible, lo que ninguna mayoría puede decidir. Ningún poder puede decidir que estos derechos son inaplicables, por ejemplo, al permitir por ley que las partes pudieran disponer de ellos. Si bien esta idea parece indiscutible en la teoría, lo cierto es que los casos difíciles que encontramos en la práctica darían lugar a explicaciones no del todo satisfactorias.

Autores como Moreso o Prieto Sanchís han patentizado esta dificultad²¹. Cabe advertir que los comentarios de estos autores no deben ser tildados de beligerantes o contrarios al constitucionalismo garantista. Más bien deben comprenderse como estudios atentos de la obra de su principal teórico enca-

²⁰ L. FERRAJOLI, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit, pp. 37-40 y 367-371; *Principia Iuris*, vol. 1, cit., pp. 773-777; *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, cit., pp. 66-69; y *La democracia a través de los derechos*, cit., pp. 19-20, emplea las categorías de derechos de libertad para referirse a lo sustraído del margen de decisión tanto de cualquier poder como de las mayorías y de derechos sociales para indicar lo que no puede quedar sin decidir.

²¹ J.J. MORESO, *La Constitución: Modelo para armar*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 323 y ss. y L. PRIETO SANCHÍS, "Constitucionalismo y garantismo", en M. CARBONELL, y P. SALAZAR, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, p. 49.

minados a afinar su propuesta teórica y a discutir aquellos aspectos que impedirían traerla a su mejor luz. Las aportaciones de estos autores han generado un fructífero debate mediante ejemplos ya célebres como el de la cajera en *topless* y el trabajador uniformado.

Según Ferrajoli, por una parte, una persona es libre para vincularse contractualmente y vestirse con uniforme, pero, por otra, le parece que pedirle a una cajera trabajar en *topless* en un supermercado atentaría “obviamente” contra sus derechos al honor y a la dignidad²². Sin embargo, el argumento sobre la libertad nos serviría para explicar ambos casos. Si se es libre para aceptar la afrenta a la libertad respecto a la vestimenta en el primer caso, debería serlo también para el segundo. Tanto en uno como en otro la libertad de las personas mengua en detrimento de la autonomía contractual. No parece tan obvio por qué el contenido definido de las libertades fundamentales se vería interferido sólo en un caso, cuando hay que aceptar en ambos una adecuación del mismo.

La solución que propone el modelo principialista pasa por la teoría externa de los derechos fundamentales, por aplicar el principio de proporcionalidad. Dado un conflicto entre derechos, éste se resolvería por la dimensión de principio que ostentan los derechos fundamentales. En tanto que derechos *prima facie* su ejercicio puede ser al mismo tiempo legítimo y una alteración del orden público, y pasan a ser definitivos si triunfan frente a los límites que en el caso concreto genera la primera circunstancia²³.

Como hasta aquí he ido haciendo referencia a las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades fundamentales como condición de la posibilidad de ese ejercicio, detengámonos ahora a realizar también una aportación estipulativa desde la razón pública al constitucionalismo garantista a partir de la idea esquemática de las denominadas cuestiones de justicia básica. Nos será de ayuda para trazar una línea divisoria entre el objeto de esta teoría y la del modelo principialista. Limitémonos a señalar esta afirmación desde la seguridad jurídica y la tesis de la certeza como previsibilidad²⁴.

²² En respuesta de L. FERRAJOLI en *Principia Iuris*, vol. 2., cit., p. 132, al “conflicto efectivo con derechos fundamentales” que había señalado MORESO, J.J., “Sobre los conflictos entre derechos”, en M. CARBONELL, y P. SALAZAR, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, cit., pp. 164-165, en casos de trabajadores, defensores de animales y herederos.

²³ L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 91-92.

²⁴ Con ello también reflejamos otra tesis, la de que la seguridad jurídica es condición necesaria pero no suficiente de la justicia. Esto es, la eficacia de las normas y saber a qué atenerse normativamente es necesario para que haya justicia, pero no determina cuál es su conte-

De acuerdo con esa tesis sobre la seguridad jurídica, adecuamos nuestra conducta y prevemos el comportamiento del resto de ciudadanos según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Ahora bien, lo que pretendo hacer ver es que perderíamos esa capacidad de previsión si nuestros derechos y libertades fundamentales estuvieran sujetos al ejercicio de determinadas creencias, convicciones o ideologías. Por ejemplo, dando por hecho que hay poderes fácticos, comportamientos o determinadas manifestaciones de creencias que no pueden reprocharse antes del conflicto entre derechos, como se desprendería del constitucionalismo principialista.

Si elevamos el juicio de ponderación y el de proporcionalidad del caso concreto al de teoría general que explica las desaprobaciones o los reproches a las libertades fundamentales, no podríamos justificar adecuadamente aquellas situaciones en que es imposible dar cabida a otros derechos fundamentales. La solución principialista pasa por esperar a que se produzca un resultado y que los tribunales evalúen el derecho que definitivamente prevalece en esa situación. Sin embargo, esperar puede significar que se suprima la posibilidad de ejercer otras libertades fundamentales. Esta es la solución externa que propone la teoría, acudir a la ponderación y a la proporcionalidad. Mas, en ese caso, el lector tendrá que confiar en que estoy de broma y en que esta noche no guisaré sus riñones o calentaré la carne de su lomo en la brasa. Puede confiar de todos modos, porque cuando se haya producido el resultado, esto es, eso que tendríamos que ponderar, para entonces ya le habré sacrificado y tampoco tendremos necesidad de decidir qué derecho prevalecía.

Si no me equivoco, en realidad, no hace falta llegar al sacrificio. Pongamos dos opciones más en que puede aparecer la creencia caníbal: a través de la libertad de expresión y mediante los derechos de autonomía. En el primer caso, lo que supone el fondo de la cuestión es que cabe justificar opiniones sobre esa macabra tradición y que acabar con la vida de otros ciudadanos es un argumento con cabida en el foro público²⁵. En el segundo, que

nido. De ahí que no añada valor moral alguno al ordenamiento. Para un análisis más profundo de esta cuestión, remito al estudio sobre el valor instrumental de la seguridad jurídica de R. GARCÍA MANRIQUE, *El valor de la seguridad jurídica*, Iustel, Madrid, 2012, y en particular, las pp. 347-348 y 351-355.

²⁵ M. ATIENZA, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 36-47, expuso un ejemplo de la aplicación del principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación a través de la libertad de expresión. Analizó los criterios interpretativos del TC respecto al derecho al honor en un caso de declaraciones referentes a la actuación nazi sobre los judíos y a los campos de concentración. El criterio distingue, por una parte, entre la libertad de expresión, en relación

los derechos y libertades fundamentales están a disposición, por ejemplo, de los contratantes. Este segundo ejemplo no cubre todo el elenco de garantías primarias de los derechos fundamentales, como traté de referirme hace un momento. Ningún ejemplo daría muestra de la reciprocidad con las cuestiones de justicia básica por razones como que la vida humana de nuestros conciudadanos tiene una posición privilegiada en nuestro ordenamiento jurídico, y por tanto las opiniones en contra de su primacía deben tener un filtro más exigente, o que generalizar este tipo de conductas generaría una desigualdad respecto a quienes pudieran profesar esta creencia y quienes se vieran privados de ejercer su libertad para garantizar las primeras. Sería injusto e incoherente con el propio ejercicio de la libertad que fuera legítimo practicar el rito ancestral del sacrificio y que por el contrario quedara suprimida la posibilidad de acogerse al derecho a la vida de quien me voy a zampar. Al legitimar el primer tipo de creencias estaríamos degradando nuestra democracia constitucional porque su ejercicio libre supone reforzarlas con una posición privilegiada respecto al ejercicio del mismo tipo de libertades por parte del resto de ciudadanos.

Con el filtro que exige el principio de la reciprocidad no debemos salir de la teoría interna de los derechos fundamentales para resolver lo que ya no sería un conflicto de derechos, sino la sujeción a la lógica propia de las condiciones para ejercer los derechos, y que intento mostrar a través del recurso a la razón pública rawlsiana. Vimos que teorizar este principio nos lleva a un escenario lógico diferente del expuesto por el modelo principialista. Plantear que el ejercicio de determinadas libertades es ilegítimo respondería a la falta de reciprocidad de la conducta respecto al núcleo sustancial de nuestras democracias. En lugar de resolver la asimetría en sede del conflicto de derechos podemos sostener que manifestar determinadas opciones en nombre de la libertad rompe con las condiciones necesarias para que se ejerzan otros derechos y libertades fundamentales. Y esta observación la situaríamos ciertamente en un momento anterior al ejercicio de la libertad. Por así decirlo, el

a opiniones y juicios de valor, y la libertad de información, sobre la veracidad de los hechos, y por tanto entre juicios de valor y juicios de hecho; y por otra parte, acerca de la protección del derecho al honor, diferencia sobre si ésta recae en personas físicas, más estricta, o en personas jurídicas o colectivos, más débil. Este ejemplo ilustra los criterios del tribunal para resolver el conflicto de derechos, a los que recurriríamos para emitir un juicio de ponderación. En cambio, vengo insistiendo en que el principio de la reciprocidad nos exigiría emitir un juicio acerca del respeto a las condiciones que hacen posible el ejercicio de la libertad.

principio de la reciprocidad nos envía de nuevo al momento *ex ante* que se sigue de la sintaxis del modelo garantista.

Intentemos, pues, reformular las condiciones necesarias a las que nos remite el principio de la reciprocidad desde este modelo. Aquí es donde aparece la dimensión sustancial de la democracia.

Siguiendo a Ferrajoli, podemos equiparar las condiciones necesarias para el ejercicio de las libertades fundamentales con las cuestiones básicas que hemos destacado de la razón pública rawlsiana. A través de una crítica a la teoría exclusivamente formal de Kelsen sobre la democracia, Ferrajoli ha explicado que la dimensión sustancial que procede de los derechos y las libertades fundamentales constituye una condición mínima para que pueda hablarse de democracia. Tales condiciones son “un nexo lógico según el cual la democracia resultaría contradicha por la ausencia de la garantía de estos ulteriores derechos”²⁶.

La propia sintaxis del derecho nos lleva a admitir que hay ciertamente una forma *ex ante* de ver o de identificar un nexo con el contenido mínimo de derechos y libertades fundamentales, presupuestos por toda democracia constitucional, sin necesidad de acudir a un conflicto de derechos. Sin ese contenido esencial no podríamos ponernos de acuerdo sobre el alcance de las garantías de estas libertades hasta que entraran en conflicto con otros derechos. Pero, como hemos intentado mostrar, ese contenido concreto no puede inducirse desde un caso concreto hasta configurar una teoría general.

²⁶ L. FERRAJOLI, *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Kelsen*, trad. P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2017, p. 233. Asimismo, en L. FERRAJOLI, “Lógica del derecho, método axiomático y garantismo”, *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 42, 2019, p. 31: “dicha concepción de la democracia (la del estado constitucional de derecho) debe ser integrada, además, por el reconocimiento de una dimensión sustancial, en virtud de la cual la validez de las leyes y la voluntad de las mayorías son condicionadas (...) por el respeto y por la actuación de los derechos fundamentales y de los otros principios constitucionalmente establecidos”. Ferrajoli señala diez aporías en la obra de Kelsen. Una de ellas es la señalada concepción exclusivamente formal de la democracia, donde impera la regla de la mayoría, que da lugar a una concepción puramente política de la misma. En este modelo la regla de la mayoría es la condición de validez y la condición de legitimidad política. El propio Kelsen había contradicho esta explicación, que es la que había mantenido, por ejemplo, en su *Teoría pura del derecho*. Así, en H. KELSEN, “Foundations of Democracy”, *Ethics: An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, vol. 66, núm. 1, part 2, 1955, p. 27, encontramos que “la democracia moderna no puede separarse del liberalismo político. El principio básico de este es que el gobierno no debe intervenir en ciertas esferas de interés del individuo, que deben ser protegidas por la ley como derechos o libertades humanas fundamentales”.

Y ello no niega que tal contenido mínimo pueda ir ampliándose a través de los casos concretos²⁷. Claro que tampoco es sencillo identificar ese contenido sustancial de los derechos, pues la teoría garantista, al ser formal, remite a los derechos positivizados en las constituciones y a la interpretación llevada a cabo por los tribunales constitucionales acerca del alcance de los mismos.

Ahora bien, pese a las dificultades en la identificación exacta de las condiciones, la posibilidad, o los mínimos, de una democracia, la lógica de unos derechos estructurados en diferentes niveles, con primacía de los derechos y libertades fundamentales, explica una dimensión sustancial que opera, como es sabido, como límite y vínculo de contenido. Esta sintaxis es la que confiere el carácter lógico a exigir que, aunque se trate de una manifestación de creencias a través de derechos y libertades fundamentales, no podamos negar el contenido sustancial de nuestras democracias, no podamos obviar lo igualmente supraordenado. Nos obliga a no contradecir la idea de democracia constitucional. Y esto no puede ser otra cosa que la condición necesaria para el ejercicio de derechos, libertades, poderes, facultades, pretensiones o expectativas. En otras palabras, un principio lógico sobre su ejercicio, a saber, el de la reciprocidad.

Esta lógica late indiferentemente de que se produzca un conflicto de derechos. Con carácter previo, estamos en condiciones de afirmar que no toda creencia o convicción tiene cabida en una democracia constitucional porque su dimensión sustancial proyecta un vínculo que no podemos suprimir para dar paso a la manifestación de cualquier creencia. En casos como el canibalismo

²⁷ Ejemplo de ello sería la cuestión sobre si las garantías del derecho fundamental a la libertad ideológica dan lugar a un derecho genérico a la objeción de conciencia. En ese caso, es inevitable plantearlo como un derecho tendencialmente conflictivo, en tanto que acogerse a los postulados de la conciencia puede proyectarse en innumerables situaciones y, en consecuencia, ser al mismo tiempo una manifestación de la conciencia y una vulneración del orden público. Sin embargo, tener presente esta proyección como principio de las garantías de este derecho fundamental no supone que exista definitivamente un derecho genérico a la objeción de conciencia, sino la posibilidad de que en un determinado caso, el conflicto se resuelva a favor de la expectativa de protección de la libertad, de acogerse a los postulados de la conciencia. Esta postura se encuentra en la principal doctrina española sobre la materia: G. ESCOBAR ROCA, *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993; M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990; R. NAVARRO-VALLS, y J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2012; y L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, cit., cap. X.

mo o los nacionalismos obcecados no hablamos del ejercicio de una libertad, pues en ellos se niegan las garantías que permiten ejercerla a los demás, sino de una imposición, al no respetar las condiciones necesarias para ejercerlas que dibuja cualquier democracia constitucional, al negar la posibilidad de ejercer la libertad a los demás.

5. CONCLUSIONES

He recurrido a la razón pública rawlsiana que aparece cuando en el foro público entran argumentos relativos a elementos constitucionales esenciales, como los derechos fundamentales, cuestiones de justicia básica, o como la desigualdad en el ejercicio de las libertades. Con ello he introducido el principio lógico de la reciprocidad que opera en el ejercicio de las libertades, impidiendo que se suprima la posibilidad de ejercicio de las mismas libertades al resto de ciudadanos.

De acuerdo con este principio lógico, nuestra propuesta defiende que el correcto ejercicio de las libertades fundamentales, en una democracia constitucional, se circunscribe al respeto de las condiciones necesarias para el ejercicio de las mismas, esto es, a la reciprocidad con cuestiones como las que nos remite la razón pública y, en definitiva, a lo que no puede suprimirse, como la dimensión sustancial de nuestras democracias. De este modo, hemos visto a través de algunos ejemplos de las libertades fundamentales que hay creencias, convicciones, ideologías, que no pasan el filtro que nos imponen tales condiciones, esto es, que quiebran la posibilidad de ejercicio de idénticas libertades. Y aunque esas creencias se nos presenten escudadas en el ejercicio legítimo de la libertad, no son más que una imposición: su manifestación necesariamente conlleva suprimir las garantías del ejercicio de la libertad para el resto de ciudadanos, las condiciones necesarias que la permiten, que la posibilitan.

Este peaje es inadmisibles para la lógica democrática porque contradice la dimensión sustancial de nuestras democracias constitucionales. Aceptar la exteriorización de aquéllas empuja a reducir la democracia a la forma, a desprenderse de las exigencias estrictas, de la rigidez, sustanciales, del constitucionalismo.

Dicha lógica aparece antes de que el ejercicio de las libertades invada la esfera de protección de otros derechos y libertades. Del principio de la reciprocidad se desprende el respeto de las exigencias que una constitución

rígida imprime a través de su dimensión sustancial. De ahí que, en lugar de acudir a la teoría externa de los derechos fundamentales propia del modelo principialista, la tarea crítica de este principio se observe en un momento distinto, como sugería Ferrajoli, *ex ante* o previo al conflicto entre derechos, y en consecuencia trayendo este concepto ante los ojos del modelo teórico garantista.

Al volcar este principio sobre la teoría interna de los derechos fundamentales estamos en condiciones de afirmar que no hay una tensión irreconciliable entre los modelos garantista y principialista. Mientras que el primero analiza las consecuencias de la reciprocidad con cuestiones relativas a la propia democracia constitucional, el segundo explica y teoriza el razonamiento sobre el juicio de ponderación.

En definitiva, el principio de la reciprocidad, de la mano de nociones esenciales de la razón pública rawlsiana, arrastra las democracias constitucionales hasta el terreno puramente estipulativo para hacernos ver que las implicaciones lógicas de su dimensión sustancial son las condiciones necesarias que aseguran la libertad de todos. Condiciones sin las cuales no cabría hablar de democracia, sino de un régimen en el que el ejercicio de la libertad de unos dependa del privilegio de otros para ejercer su libertad.

Finalmente, el principio de la reciprocidad, siguiendo la terminología garantista, es un principio *iuris tantum*. En la teoría del Derecho y de la democracia de Ferrajoli tenemos dos tipos de principios teóricos. Son los que el autor denomina los Principia Iuris. Por un lado, están los *principia iuris tantum*, que son principios lógicos de los cuales se derivan una serie de consecuencias teóricas por el hecho de aprehender un ordenamiento jurídico como el de las actuales democracias constitucionales. Por ejemplo, al supraordenar una serie de derechos y libertades fundamentales al resto del conjunto de normas se crean una serie de vínculos y de límites formales, procedimentales y también materiales, sustanciales, de contenido, que el resto de normas debe respetar. Por otro lado, están los *principia iuris et in iure*, que son principios dados por el propio Derecho, por el contenido, por la materia, que garantizan una serie de derechos y de libertades fundamentales supraordenados y protegidos a través de garantías jurisdiccionales.

El principio de la reciprocidad que he intentado fundamentar pertenece al primer tipo de principios, a los *principia iuris tantum*. Veamos por qué. Al supraordenar una serie de derechos y de libertades fundamentales se crean vínculos y límites para que se respeten los mismos. Habitualmente, cuando

principios implícitos en los derechos y libertades entran en conflicto entre sí se recurre a la ponderación para razonar cuál de esos principios tiene mayor peso en el caso y debe prevalecer en ese supuesto. Hasta aquí, según mi criterio, la teoría es pacífica, en el sentido de que estas coordenadas son ampliamente aceptadas por nuestra comunidad científica. Ahora bien, nada decimos al respecto del ejercicio de derechos y de libertades fundamentales cuando éste implica suprimir de facto los derechos y las libertades igualmente fundamentales de nuestros conciudadanos. Este es un supuesto que sobrepasa la ponderación de principios constitucionales, pues no hay nada que ponderar cuando la posibilidad de ejercicio de una de las partes supuestamente en conflicto ha quedado necesariamente suprimida para dar paso al ejercicio de otros derechos.

Y nada decimos porque en el discurso práctico nos limitamos a repetir las aseveraciones del TC que abogan por que nuestro modelo de Estado no es una democracia militante, contrariamente a lo que sucede, por ejemplo, en Alemania. En nuestro modelo, al continuar siendo indiferente qué creencias o ideología profese cada uno, aun contrarias o beligerantes al modelo de democracia constitucional, es factible que los ciudadanos asimilen, profesen, cualesquiera de esas creencias o idearios.

Claro es que, en el momento de introducirse en el foro público, están limitadas por la célebre cláusula de orden público. Antes de este segundo paso es cuando opera el principio de la reciprocidad: hay determinadas creencias, convicciones, ideologías, que sólo se abren paso en el foro público suprimiendo los presupuestos que habilitan el ejercicio de las libertades para el resto de ciudadanos. Esto es, para ejercerse los primeros, es *conditio sine qua non* que aquellos otros derechos y libertades se supriman.

Aquí, en este momento, hemos dejado el nivel de abstracción de la axiomática jurídica y hemos bajado a un nivel sustancial, material, de contenido, como el caso de nuestro caníbal. Al plantearnos supuestos del ejercicio de las libertades fundamentales hemos topado con una serie de creencias que suprimen o que exigen silenciar la dimensión sustancial de la democracia para poderse practicar, para llevarlas al foro público. Ese contenido concreto, el del caso caníbal, es evidente. Volvamos a elevar el nivel de abstracción para extraer algunas implicaciones teóricas.

El ejercicio de unos derechos conlleva la supresión de idénticos derechos. Parece que consista en una cuestión de opción, de decidir en cada caso cuál de los dos abanicos de derechos y libertades debe tener preponderancia en el foro público. Sin embargo, estamos ahora intentando defender otra idea, estamos

dando mayor peso a otro contenido axiomático, a otro *principia iuris*. Ese principio no es otro que una cuestión de todo o nada, consistente en que no puede dejar de haber una dimensión sustancial de la democracia. No puede erradicarse esa dimensión sustancial, pues es condición necesaria para que estemos ante una democracia constitucional. Es por ello que afirmaba no poder hablar de democracia constitucional, sino de otra cosa, como un régimen del terror o algo peor, pues aparentemente cabría justificación a suprimir la dimensión sustancial de la democracia a través de una aporía lógica desde el propio sistema.

Con el constitucionalismo principialista vemos muy bien en qué consiste la ponderación. Mas nuestra cuestión se sitúa antes de ese momento, antes del conflicto entre principios constitucionales: unos derechos y libertades deben suprimirse con carácter previo para aceptar que otros se abran paso. No llega a haber propiamente conflicto entre principios porque hemos aceptado que no hay garantías que posibiliten el ejercicio de los de una parte. Por tanto, queda descartada la naturaleza potencialmente conflictiva de los derechos y de las libertades fundamentales en esta cuestión.

Estamos en un estado previo, anterior, en el que debemos aceptar que debe suprimirse la posibilidad de proteger o de ponderar derechos y libertades para dar cabida a otros. Es un estado anterior, previo, *ex ante*. Aceptando unas creencias, aceptamos que una vida está a su disposición sin que pueda defenderse. Y esto es así por más vueltas que le demos: no hay ocasión para el conflicto de intereses de potencial resolución judicial. No es una cuestión gradual: o se tienen derechos y libertades fundamentales, que es posible ejercerlos siempre (ya se verá después si prevalecen), o no se tienen. En un caso, puede tener derecho a abrazar la ideología que prefiera, pero se puede cercar su irrupción en el foro público. En el otro, los derechos y las libertades fundamentales son papel mojado porque es necesario suprimirlos para dar paso a los que tienen el privilegio de imponer sus creencias al resto de las gentes.

Ante esta situación, el garantismo constitucional nos dice que no puede dejar de haber esa esfera sustancial en ningún momento, aun *ex ante*, previo al conflicto de principios. La razón es simple: si lo aceptamos, aceptamos que no hay derechos y libertades fundamentales, que la democracia constitucional no tiene ciertamente una dimensión sustancial, sino un esquema del que primero llegue, vence. Ahí tiene toda la razón Ferrajoli. Se ve claramente con las esferas de inmunidad: hay que suprimir esa esfera del ámbito de los ciudadanos, que ni los poderes públicos pueden traspasar, para que los cánibales podamos practicar nuestros ritos tribales cocinando los sesos de nuestros conciudadanos.

El principio de la reciprocidad nos dice que antes de cualquier conflicto entre principios constitucionales no puede limitarse o suprimirse la dimensión sustancial de nuestras democracias, que no podemos suprimir de antemano los derechos y las libertades fundamentales. Al menos, que exista la posibilidad de un conflicto potencial. La reciprocidad es exactamente eso: permitir el ejercicio de los derechos y las libertades de todos, ya se verá cuáles prevalecerían en conflicto, pero no puede lógicamente extirparse la posibilidad de que puedan ejercerse los derechos y libertades.

Y no es contradictorio cercar creencias e ideologías antes de que se abran paso en el foro público a través del ejercicio de libertades fundamentales. En tanto que creencias e ideologías están permitidas en el fuero interno del individuo, y por tanto, siguiendo el lenguaje principialista, estarían permitidas *prima facie*. El principio de la reciprocidad nos lleva a no condenar lo que acontezca en el fuero interno del ser humano, pero también a impedir que se erradique la dimensión sustancial de la democracia, y por tanto nos obliga a cercarles el paso en el foro público, a que no pueda justificarse su ejercicio. Esto es, nos exige que observemos la posibilidad o imposibilidad de ejercer otros derechos y libertades fundamentales.

Es por ello que, en síntesis general, el principio de la reciprocidad nos remite a respetar la posibilidad del ejercicio de las libertades fundamentales por parte de nuestros conciudadanos, no propiamente a respetar su ejercicio. Esta posibilidad, o las condiciones necesarias que permiten el ejercicio de las libertades fundamentales, nos sitúa en un instante anterior al efectivo ejercicio de las mismas. Mientras que las condiciones necesarias para ejercer estas libertades exigen ser respetadas a todo trance, una vez nos situamos en su ejercicio nos guiaríamos por las clásicas normas de la ponderación en caso de conflicto entre derechos constitucionales.

MARC-ABRAHAM PUIG HERNÁNDEZ

Área de Filosofía del Derecho del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público

Universidad Autónoma de Barcelona (UAB).

Facultad de Derecho, Edificio B

08193 Bellaterra, Cerdanyola del Vallès

E-mail: marcabraham.puig@uab.cat