

Los derechos en broma. Análisis, comentarios y críticas*

(2023) Deusto Ediciones
Barcelona, 253 pp.

Rodrigo Merayo Fernández**
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID 0000-0002-4126-4980
rmerayo@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

Merayo Fernández, R. (2024). Los derechos en broma. Análisis, comentarios y críticas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 467-489

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8523>

Recibido / received: 23/02/2024
Aceptado / accepted: 08/03/2024

Resumen

Los derechos en broma es un libro provocador, audaz, combativo e innovador por las cuestiones que se plantea y los temas que aborda. Por esta razón, en este libro, Pablo de Lora rescata una perspectiva «tradicional» o «clásica» de los derechos y la legislación que, defiende, debiera de inspirar los sistemas jurídicos democráticos contemporáneos frente a lo que considera una «moralización» de la política (y, por ende, del derecho) en el contexto de las democracias liberales. A través de cinco capítulos y un epílogo, se ponen encima de la mesa algunos asuntos de especial trascendencia, así como dignos de debate en y para la calidad y efectividad de nuestras democracias. En este examen y comentario sobre *Los derechos en broma* se intenta dar cuenta de los puntos que se han considerado más relevantes para la discusión y diálogo filosófico, político y jurídico, así como se esbozan algunas críticas sobre algunos de estos y los fundamentos o argumentos que los acompañan.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de «Teorías de la Justicia y Derecho Global de los Derechos Humanos [JUSGLOBAL]», dirigido por las profesoras Dña. María Isabel Wences Simon y Dña. Carmen Pérez González, y financiado por la Agencia Estatal de Investigación, número de expediente PID2019 107172RB-I00/AEI /10.13039/501100011033 del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia de la Universidad Carlos III de Madrid; y en el Grupo de Ética política y cuidado de lo público de la Red en Cultura de la Legalidad y de lucha contra la corrupción que cuenta con la Ayuda RED2022-134265-T financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

** Contratado predoctoral FPI en la Universidad Carlos III de Madrid. Quiero agradecer las sugerencias, los comentarios y las críticas a José María Saucá Cano, Paloma de la Nuez, Jesús Ignacio Delgado Rojas y Pedro Abellán Artacho.

Palabras clave

Derechos humanos, legislación santimonia, constitucionalismo, democracia, moral.

Abstract

Los derechos en broma is a provocative, audacious, combative and innovative book in terms of the questions and the issues which it addresses. For this reason, in this book, Pablo de Lora rescues a "traditional" or "classical" perspective of rights and legislation that, he argues, should inspire contemporary democratic legal systems in the face of what he considers a "moralisation" of politics (and, therefore, of law) in the context of liberal democracies. Through five chapters and an epilogue, some issues of particular significance and worthy of debate in and for the quality and effectiveness of our democracies are brought to the discussion. In this analysis and commentary on Los derechos en broma, an attempt is made to give an account of the points that have been considered most relevant for philosophical, political and legal discussion and dialogue, as well as outlining some criticisms of some of these and the foundations or arguments that accompany them.

Keywords

Human rights, santimony legislation, constitutionalism, democracy, moral.

SUMARIO. Introducción. 1. Las razones de la ley. 2. Anatomía de un Estado parvulario: la burocracia del consuelo. 3. El derecho y los derechos: un universo inflacionario. 4. El peso de los derechos: ponderando la ponderación. 5. Constitución, populismo y democracia. 6. Epílogo y comentario final.

Introducción

El último libro del profesor y catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Pablo de Lora, que lleva por título *Los derechos en broma. La moralización de la política en las democracias liberales* (2023), tiene como objetivo nodal dar cuenta de la perversión moral a la que conduce la comprensión de los (nuevos) retos teóricos, sociales, políticos, económicos, culturales y medioambientales, principalmente, en términos de derechos humanos más que como asuntos que debieran de abordarse desde un plano estrictamente político, esto es, desde el terreno de la deliberación política. Este proceder, según De Lora, deteriora, precisamente, los propios derechos humanos como horizonte de salvaguarda, protección, garantía y promoción de la dignidad humana, a la ley como instrumento nuclear de regulación social y a la democracia como sistema de organización política de la convivencia (De Lora, 2023, p. 26).

Para dar cuenta de este error, el autor explica las razones que motivan el estudio y examen de dicha cuestión a través de la detección de diferentes «anomalías» contemporáneas, las cuales, al mismo tiempo, dan lugar a la división por capítulos del libro¹.

Es por ello por lo que señala, en primer lugar, la «desgracia» que atraviesa a las exposiciones de motivos de las leyes o normas, las cuales, según el autor, han pasado a ser, más que preámbulos explicativos y coherentes con los hechos o las razones que motivan dicha legislación, derivas ideológicas y pretensiones normativas ajenas a lo que debería de ser la esencia del preludio.

¹ Aquí agrupo la esencia de los cinco capítulos y el epílogo en tres grandes ramas que condensan, a mi entender, el grueso del contenido del libro. He creído que así sería más accesible para el lector, aunque luego abordo capítulo a capítulo.

En segundo lugar, defiende De Lora que la ley en sí se ha visto y se ve en una encerrona similar, lo que supone, podríamos decir, una infección moralizadora de la «voluntad general» en la discusión sobre los asuntos humanos. En este punto, presta especial atención a lo que denomina «legislación antilegalista», extremo que queda representado por las «leyes santimonia», que serían la representación de una legislación paternalista infantilizada, lo que acarrea que el legislador (poder político) trate a los ciudadanos más como un rebaño al que conviene enseñar cuál es (o debería de ser) el camino correcto que como sujetos adultos autónomos de una comunidad política que, en sus relaciones con las instituciones, debieran ser tratados, siempre y cuando encuentre justificación alguna, como mucho, bajo un grado de «paternalismo formal» lo menos perjudicial posible para la autonomía moral.

En tercer y último lugar, también fruto de esta moralización que acarrea un «Estado parvulario» o una «política parvularia» (De Lora, 2023, pp. 23-24), el autor se refiere a la tendencia contemporánea a articular todas las demandas sociales en clave de derechos humanos, lo que supone, en palabras del autor, una «tumorción del ideal de los derechos humanos» (De Lora, 2023, p. 24)². La máxima expresión de esta orientación es el «neoconstitucionalismo» como nueva teoría del derecho (De Lora, 2023, p. 25).

Por tanto, una vez conocidas las razones, el objetivo principal y la distribución temática del libro, no cabe más tarea que la de ir analizando el contenido de cada capítulo de la obra del filósofo del derecho español para, en la medida de lo posible, dar cuenta de sus razonamientos, ideas y sugerencias. Ello nos servirá para conocer el grueso de su pensamiento acerca de las cuestiones que plantea, así como analizar críticamente su postura y, siempre que consideremos buenas razones para ello debatir e, incluso, sugerir alguna alternativa.

1. Las razones de la ley

En este primer capítulo De Lora lleva a cabo un análisis que avala la defensa de una concepción liberal-moderna de la ley frente a, como se verá más adelante, la esencia de la ley «santimonia», que sería una perversión de dicha noción moderna. Para que no haya lugar a dudas, voy a seguir un esquema paralelo al texto, lo que supone, en primer lugar, examinar las razones que el autor encuentra esenciales para defender su «adecuada» o «verdadera» concepción de la ley. Posteriormente, y, en segundo lugar, su trabajo implica una referencia detallada a través del estudio de la legislación española de aquellas dimensiones que erosionan la legalidad o, lo que es lo mismo, ejemplifica por medio de dicha legislación la presencia y el funcionamiento de la ley pervertida, es decir, de la ley «santimonia». En último lugar, De Lora vuelve sobre su concepción de la ley echando mano de dos autores fundamentales y contemporáneos como son Isaiah Berlin y John Rawls para dotar de fuerza y consistencia al fin que protege y persigue la ley, que no es otro que la autonomía moral. Sobre este último punto, intentaré explicar por qué De Lora no resulta del todo acertado y coherente,

² Esta idea es parte de un fenómeno más complejo al que De Lora alude en el tercer capítulo a través de la obra de Samuel Moyn, autor que ha puesto de manifiesto la popularidad que, desde los años sesenta en adelante, han ido ganando los derechos humanos como discurso político-jurídico. La obra de Moyn ha tenido una buena acogida en el mundo académico y creo que resulta acertado en lo que respecta a su diagnóstico histórico sobre el avance de los derechos humanos, aunque, al mismo tiempo, y por razones que aquí no vienen al caso, defiende que obvia (o desconoce) prácticas políticas de reivindicación de los derechos humanos, sobre todo en América Latina, previas al período de auge de los derechos que él identifica. En cualquier caso, para más información sobre su obra, véase: Moyn (2019).

especialmente en lo que se refiere al esquema rawlsiano, lo que podría conllevar algunas inconsistencias.

Entre los atributos señala el autor sobre la idea moderna de ley destacan su vinculación con la «voluntad popular», su carácter de fuente del derecho fundada en el poder del soberano para la regulación de la vida social de los ciudadanos, su fundamentación y legitimación debido al carácter deliberativo del que emana y, por último, el revestimiento o la forma y el carácter o sentido material que la recubren. No nos equivocáramos si sintetizamos el grueso de estas razones como un alegato en defensa de la primacía de la libertad donde, precisamente, la ley tiene como objetivo primordial (¿y único?) la protección, el aseguramiento, la limitación y la promoción de dicha libertad ciudadana.

Esta idea de la protección de la primacía de la libertad trae causa en la ruptura que supuso la Revolución Francesa respecto al Antiguo Régimen en el siglo XVIII, inaugurando una nueva forma de comprender la regulación social y la convivencia política en la que el individuo se convirtió en el centro de atención, por lo que su libertad comenzó a entenderse como limitada solamente por el ejercicio de la libertad del resto de ciudadanos, y la ley solo debería prohibir aquello que sea perjudicial para la sociedad. Igualmente, la idea de «voluntad popular», asociada a la obra de Jean-Jacques Rousseau, expresa la idea de que la ciudadanía es la fuente de la que emanan las leyes, ya sea de forma directa o indirecta³. De Lora, como cabría esperar, se muestra precavido a la hora de considerar las posibilidades más radicales a las que podrían dar lugar estas dos ideas (primacía de la ley y voluntad popular), simpatizando con unas versiones «limitadas», al menos en algún sentido, de aquellas, lo que, de alguna manera, le conecta con la obra de Benjamin Constant, tal y como él mismo refiere en la parte final del capítulo (De Lora, 2023, p. 59)⁴.

Por si hubiera alguna duda al respecto, todo esto queda claro en el propio libro a través de una cita del autor tomada del jurista Francisco Laporta, el cual sostiene que la ley «es una fuente de derecho creada deliberadamente por el poder representativo soberano que pone en vigor normas generales y abstractas sobre la protección y [los] límites a la libertad y la propiedad de los ciudadanos» (De Lora, 2023, p. 31). Podemos apreciar, claramente, la operatividad de las ideas mencionadas: la legalidad se sitúa como el fruto de la defensa del gobierno representativo (deliberación) y como defensa de la primacía de la ley, que no encuentra más límite de la libertad individual que la propia libertad del resto de la ciudadanía o de las personas.

Antes de llegar a los dos últimos atributos de la ley que señalamos líneas arriba (forma y sentido material), me gustaría detenerme en la primera aproximación que el autor lleva a cabo acerca de las áreas de erosión de la legalidad arriba defendida.

³ Sobre «el ideal rousseauiano de ser la ley expresión de la voluntad general, de la composición de los intereses de los ciudadanos» que menciona De Lora (2023, p. 60) habría mucho que discutir y las interpretaciones sobre este asunto son variadas. Especialmente, en relación con este texto, creo que podría tener importancia la relación entre principios generales del derecho y lo bueno moralmente para cada individuo y, por ende, para la comunidad en sí. Rousseau está repleto de contradicciones y tensiones entre su rigor filosófico y su propia voluntad política. Para una lectura de Rousseau bastante completa, véase: Abellán Artacho (2019). Agradezco, enormemente, a Pedro Abellán Artacho las aclaraciones y los intercambios de ideas que tuvimos acerca de este asunto.

⁴ Como sabemos, la obra del pensador de origen suizo ha pasado como un clásico de obligada lectura debido a su distinción entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, así como a su advertencia sobre los riesgos de la absolutización de la soberanía entendida únicamente como la soberanía en «manos del pueblo». Su aportación filosófica fue fundamental para el estudio de la libertad contemporánea según I. Berlin, que es sumamente interesante para el libro aquí examinado. Para más información, véase: Constant (2019).

Esta perversión de la «verdadera» legalidad encuentra, como ya advertimos, su máxima expresión en las «leyes santimonia», que son aquellas

[...] normas cuyo contenido prescriptivo es escaso, y flota, un tanto indecorosamente, en un mar de proclamas ideológicas variopintas; de buenos propósitos; de descripciones necesariamente sumarias, y muchas veces falseadas, de los estados de la ciencia; de supuestas exigencias del «derecho internacional» y de los «organismos internacionales de derechos humanos»; y de repasos históricos innecesariamente prolijos e inmensamente superficiales [...]. De las normas que componen la «legislación santimonia», más que decir que «establecen», «disponen» o «prescriben», se debe decir que «rezan» [...] (De Lora, 2023, p. 39).

Básicamente, lo que esta «legislación errada» supone es una moralización exagerada y partidista de una pretendida legalidad y que, en la gran mayoría de las ocasiones, atenta contra el debido carácter deliberativo de las normas jurídicas. Al tratar a la ley como un elemento más en favor de una cierta moral, lo que se consigue es la imposición de un determinado discurso que, al parecer, no está de acuerdo ni con las exigencias democráticas deliberativas ni resulta ajustado a los cánones de racionalidad y razonabilidad sobre los que debiera de pivotar. Con el objetivo de ilustrar este tipo de legislación, el autor acude a numerosas prácticas y ejemplos de regulación legislativa a nivel de España.

En lo que se refiere a las prácticas, concuerdo con De Lora en la inquietante tendencia hacia el exceso de legislación, la sospechosa calidad de esta, el abuso y mal uso de instrumentos regulatorios como el decreto-ley, las largas y extensas exposiciones de motivos, etc., entre otros males. Asimismo, creo que acierta cuando advierte sobre esta propensión hacia una postura contraria al espíritu deliberativo y hacia la posibilidad de alcanzar consensos, sobre todo cuando están por medio asuntos que podemos catalogar como altamente relevantes. El uso inadecuado del decreto-ley, que debiera ser tomando en consideración en casos de «extraordinaria y urgente necesidad», es la máxima manifestación de dicha tendencia.

Ahora bien, creo que algunas de las reflexiones del autor que se acompañan de algunos ejemplos que usa para expresar la operatividad de las «leyes santimonia» son engañosas y otras, a mi modo de ver, carecen de fundamento⁵. Así, llama la atención la crítica que hace al principio de igualdad y no discriminación que prescribe, dentro de su núcleo más general, diferentes principios que deberían de ser tomados en cuenta a la hora de orientar la actividad regulada⁶. Por ejemplo, no queda muy claro cuál es el motivo que insta a De Lora a cargar contra el principio de igualdad entre hombres y mujeres presente en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, cuando es de sobra conocido el impacto diferenciado de la crisis climática respecto de diferentes grupos poblacionales como, en este caso, el de las mujeres⁷ (Gimeno Presa, 2022, p. 32).

⁵ No voy a analizar en el cuerpo del texto, por motivos de extensión, las que así considero, pero sostengo que las referencias a la Ley 16/2012, de 28 de junio, del País Vasco y la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, suponen una exageración (negativa) del contenido (perverso) de las normas que no alcanzo a vislumbrar su posible repercusión para la discusión sobre la moralización de la legislación.

⁶ Concretamente me refiero a la mención que hace sobre la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, donde se recogen una serie de principios que son los siguientes: «calidad, coordinación, cooperación, eficacia, eficiencia, competencia, transparencia, internacionalización, apertura de la investigación científica, evaluación de resultados, igualdad de trato y oportunidades, inclusión y rendición de cuentas» (De Lora, 2023, p. 41).

⁷ Igualmente, encontramos otras buenas razones que avalan la promoción de dicho principio como, por ejemplo, el 13º informe de la *European Anti Poverty Network* (2023) sobre el *Estado de la Pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda de la UE 2030*, donde se registra la mayor tasa de riesgo

Igualmente, con respecto al Proyecto de la Ley de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario, creo que De Lora exagera en la crítica y hace una reflexión engañosa respecto a una normativa que es más amplia y sólida de lo que él señala. Como bien indica el autor, esta normativa prescribe una jerarquización de prioridades respecto de los alimentos, la cual variará, principalmente, conforme al estado del producto específico. Por lo tanto, es cierto que siempre se prioriza la donación para consumo humano, pero únicamente siempre y cuando ello sea posible, lo que no ocurre en todas las ocasiones. En este sentido, aunque de forma paralela, De Lora omite dos puntos que considero que merecen atención.

En primer lugar, que el proyecto de ley no prohíba no donar, creo, no ha de llevarnos a proclamar un sinsentido de la norma, sino que hay que tener presente que resulta del todo complicado un control completo de este tipo de actuaciones. En este punto, cabe preguntarse: ¿es mejor desechar la regulación por la falta de imperativo legal o es más conveniente contar con una guía de deberes para, al menos, intentar desperdiciar lo menos posible y que, además, prescribe obligaciones concretas para ciertos sujetos?⁸

En segundo lugar, resulta llamativo la ausencia del énfasis inicial del autor a favor de que los ciudadanos seamos «persuadidos, interpelados o incluso molestados» más que «educados, guiados, concienciados» sobre esta cuestión (De Lora, 2023, p. 24). A mi modo de ver, teniendo presentes los límites de la actuación estatal y el volumen de desperdicios tanto de la cadena de distribución como de los propios hogares, no debería ser rechazada la posible influencia de estas prácticas más allá del estricto ámbito sobre el que se pretende influir (cadena de distribución) hacia, por ejemplo, el consumo por hogar, donde resulta imposible (¿e indeseable?) «controlar» este tipo de conductas. A veces olvidamos con demasiada rapidez que la efectividad de los objetivos que consideramos loables pasa por el necesario estímulo y desarrollo de la responsabilidad social individual y colectiva (*ethos*)⁹.

De todas formas, y pese a lo anterior, el autor pretende incidir, a través de todos estos ejemplos, la ausencia de prescripción, ordenación y regulación que debiera recubrir el contenido de la ley, que es lo que le interesa que el lector retenga. En este sentido, y retomando los dos últimos atributos, la forma y el carácter material de la ley implican, en esencia, una arquitectura jurídica en la que la arbitrariedad no tiene cabida, donde el contenido de esta viene determinado por su relevancia e implicación para la convivencia e, igualmente, por disciplinar el comportamiento ciudadano.

La parte final del capítulo vuelve, de nuevo, sobre «el ideal de la ley o la norma jurídica» (De Lora, 2023, p. 59), donde, tras una referencia a la concepción bidimensional de la libertad berliniana en favor de la autonomía moral que parece quedarse escasa, De Lora sostiene que una verdadera y adecuada defensa de dicha

de pobreza femenina frente a la de los varones, lo que supone, en última instancia, una menor capacidad de afrontar los riesgos vinculados a la crisis climática. Igualmente, uno de los mayores reputados economistas y premio Nobel como es Amartya Sen, ha sido muy constante a la hora de mostrar este impacto diferenciado en diferentes áreas vitales, así como en mostrar la multidimensionalidad de ciertas cuestiones sociales como la pobreza o la desigualdad, que resulta atacada a través del adjetivo «integral» en el ámbito jurídico por De Lora. Para más información, véase: Sen (2021, capítulo 8).

⁸ Otra opción posible sería la de la persuasión a través de la publicidad institucional, lo cual, por otro lado, ya se hace, y que, según los datos de desperdicio humano por hogar, parece no haber resultado demasiado efectiva.

⁹ Desde mi punto de vista, algunos autores como G. A. Cohen e Iris Marion Young han expuesto con claridad la posible repercusión de algunas conductas y acciones individuales o colectivas más allá de los límites de la acción institucional o pública. Para más información sobre la obra de estos autores, véase: Cohen (2001) y Young (2012).

autonomía implica, en consonancia con la versión kantiana de Rawls, que «[...] todo individuo debe tener el mismo derecho a las más extensas libertades básicas compatibles con las similares libertades ajenas» (De Lora, 2023, p. 62).

Esta reflexión es, a mi modo de ver, toda una declaración de intenciones del autor. Hasta este momento, había tenido la sospecha de que De Lora se comprometía con una concepción puramente liberal y clásica del Estado¹⁰, pero la alusión directa a la formulación expresa del primer principio rawlsiano expuesto en *A Theory of Justice* (1971) confirma, desde luego, este extremo. Sin embargo, sostengo que la apelación al modelo rawlsiano como argumento a favor de una concepción de la libertad lo más extensa posible, es complicada.

Considero que ello se debe a dos motivos: por un lado, es de sobra conocida la reformulación de los principios (que no sufrieron modificación posterior) que el propio Rawls llevó a cabo en *El Liberalismo Político*, donde el primer principio pasó a formularse como sigue

Todas las personas son iguales en punto a exigir un esquema adecuado de derechos y libertades básicos iguales, esquema que es compatible con el mismo esquema para todos; y en ese esquema se garantiza su valor equitativo a las libertades políticas iguales, y sólo a esas libertades (Rawls, 2016, p. 35).

Rawls se muestra más consistente cuando, en *Justicia como equidad. Una reformulación*, razona sobre que

Un defecto serio de *Teoría* es que propone dos criterios diferentes y contrapuestos, ambos insatisfactorios, para definir las libertades básicas. Uno es que esas libertades deben especificarse de tal modo que se consiga el esquema de libertades más extenso [...]; el otro nos dice que adoptemos el punto de vista del ciudadano igual representativo, que es racional, y que a continuación definamos el esquema de libertades a la luz de los intereses racionales de ese ciudadano, tal como se manifiestan en la etapa relevante de la secuencia de cuatro etapas [...]. Pero (como sostuvo Hart) la idea de la extensión de una libertad básica sólo es útil en los casos menos importantes y los intereses racionales de los ciudadanos no quedan lo suficientemente explicados en *Teoría* como para que cumplan la función que se les pide. [...] (Rawls, 2012, p. 156).

Pero, por otro lado, llama la atención la insistencia en el primer principio, omitiendo la importancia del segundo principio, pero, sobre todo, de aquello que Rawls denominó el «principio lexicográfico previo de satisfacción de las necesidades básicas» (Rawls, 2016, p. 38), sin el cual resulta del todo imposible la comprensión y el ejercicio del tipo de derechos y libertades en los que tanto insiste el propio De Lora. Por todo ello, más allá de que considere equivocado tanto el uso como la interpretación del pensamiento de Rawls, adelanto que el compromiso de De Lora, en caso de que así sea, es con un tipo de liberalismo diferente al rawlsiano o al

¹⁰ Estas referencias las encuentro en sus razonamientos sobre el sentido perjudicial que le da a la «mutación» del Estado liberal en relación con las funciones de la ley como elemento nuclear (De Lora, 2023, p. 23), así como en la vinculación concreta y conexas que hace entre «el uso bastardo de la ley, el abuso y fraude de ese instrumento normativo» y el tipo de funciones exigidas a los Estados modernos, entre las que recoge la prestacional, la de distribuidor y la social, etc. (De Lora, 2023, p. 38). En esta línea, también llama la atención la ligereza con la que el autor despacha la cuestión del *soft law*, lo que refleja una posición «formalista» y que conecta con las supuestas exigencias del «derecho internacional» y de los «organismos internacionales de derechos humanos» referidas en la definición de la «legalidad santimonía», dejando de lado los posibles efectos que la labor de los organismos internacionales de derechos humanos pueden tener sobre el ordenamiento jurídico español, tal y como muestra la STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018 o la reciente STS 5520/2023, de 29 de noviembre de 2023, por no hablar de la vinculación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

liberalismo igualitario en términos generales, compromiso que puede abarcar desde una interpretación clásica hasta versiones más conservadoras o libertarias del liberalismo, con todo lo que ello implica¹¹.

2. Anatomía de un Estado parvulario: la burocracia del consuelo

En el capítulo segundo del libro, De Lora aborda la causa y la consecuencia de lo que denomina «Estado parvulario», el cual, pese a que no cuenta con una definición explícita, podemos deducir que es una solución de continuidad de una potente actuación moralizadora a la que ya aludimos anteriormente y en la que los ciudadanos han de ser, por encima de todo, «educados, guiados, concienciados» (De Lora, 2023, p. 24). La causa que da lugar a este tipo de Estado es la no aceptación o el repudio del «principio de realidad», que es un principio latente en la idea del «pensamiento Alicia» esgrimida por el filósofo español Gustavo Bueno, y que consiste, básicamente, en una racionalidad simplista que más que analizar la complejidad de la realidad se dedica a enmascarar la verdadera realidad.

Sobre este punto ya nos asalta una duda, y es que, ¿cómo es posible que ahora se apele a la complejidad y a lo intrincado de algunos asuntos o cuestiones sociales para atacar a los abanderados de ese tipo de racionalismo y, en el capítulo primero, se cargue contra la integralidad que, como bien refiere el autor, consiste en abordar el carácter multifactorial del fenómeno que se trata? ¿No es algo complejo y enrevesado, precisamente, por esa multidimensionalidad? En lo que respecta a la consecuencia, sostiene el filósofo del derecho que esta consiste en una «burocracia del consuelo» caracterizada por la compensación o ayuda al «agraviado»¹², la cual se intensifica para aquellos ciudadanos catalogados como merecedores de «protección especial»¹³. Básicamente, según el autor, habríamos transitado desde un Estado social y democrático de derecho hasta un «[...] Estado social, democrático, dramático y dramatizado de derecho» (De Lora, 2023, p. 89).

Para dar cuenta de este modelo de Estado, y como ha venido haciendo hasta ahora, De Lora selecciona diferentes áreas temáticas y algunos ejemplos conectados con estas. Principalmente, el relato se organiza en torno al examen de la cuestión de la discapacidad (física y mental), que ocupa algunas páginas, por medio de la contraposición entre el modelo social de intervención y el modelo médico biologicista. A este respecto, se abordan asuntos como la educación inclusiva o la eutanasia. Igualmente, y de manera secundaria, se discute sobre la violencia sexual (con especial hincapié en la «ley del solo sí es sí» recientemente aprobada en España), el suicidio y la asistencia sexual. Debido a la insistencia del autor y a la relevancia

¹¹ A lo largo del texto me seguiré refiriendo a esta cuestión debido a que la considero central respecto de la aportación teórica de De Lora.

¹² Según De Lora, «agraviados» seríamos todos los ciudadanos ya que, en este modelo de Estado, todos resultamos desvalidos y consolados (De Lora, 2023, p. 89).

¹³ Me permito reproducir la reflexión completa de De Lora sobre este asunto, ya que merece la pena: «El derecho público ha dispuesto de técnicas diversas y bien conocidas para que el poder público satisfaga, compense, repare o ayude al ciudadano agraviado que ha visto frustrados sus intereses o necesidades atendibles: beneficios económicos de toda laya, indemnizaciones, concesiones, licencias, desgravaciones, bonificaciones, descuentos, etcétera. A ese elenco se añaden ahora nuevas formas de “consuelo” para ciudadanos descritos o identificables como “vulnerables”, “odiados” o de algún otro modo “víctimas”» (De Lora, 2023, p. 89). Más allá de las importantes diferencias existentes entre necesidades e intereses tanto en el plano moral como en la praxis jurídica (fundamentación, derechos, deberes y obligaciones), sostengo que esto es otra manifestación de apoyo a un modelo teórico-político diferente al liberalismo rawlsiano o igualitarista.

actual de ciertos temas (así como a la limitación de extensión), me gustaría hacer algunos comentarios concretamente acerca de la discapacidad y la violencia sexual¹⁴.

Respecto de lo primero, De Lora ataca directamente al «modelo social de la discapacidad» frente al «modelo médico», que hemos considerado que ha sido (y continúa siendo en muchos ámbitos) el paradigma predominante. Con buenas razones, el autor refleja el posible delirio al que puede conducir un modelo como el social en el que la discapacidad, a riesgo de ser simplista, supone, casi exclusivamente, un constructo social, con claros tintes de antibiologicismo. Tiene razón De Lora cuando señala esa especie de «romantización» de la «diversidad funcional» que en ocasiones se lleva a cabo (al menos en los casos más graves y extremos de necesidad) y las tensiones y contradicciones a las que conduce cuando, por unanimidad, celebramos la innovación y el avance médico en materia de prevención o tratamiento de enfermedades generadoras de situaciones de discapacidad. Es por ello por lo que concuerdo con él en que las muy buenas intenciones y las explicaciones unidimensionales de algunas cuestiones como la aquí tratada corren el riesgo de acabar resultando, en algunas ocasiones, más perjudiciales que cualquier otra. Por el contrario, aunque no se explica exhaustivamente en el libro¹⁵, el «modelo médico», como se habrá podido intuir, entiende que la discapacidad es un asunto exclusivo de los agentes de la salud y de los servicios sociales, el cual se basa en el diagnóstico clínico, por lo que serían estos profesionales de la salud los encargados de reparar el cuerpo defectuoso, el impedimento o la deficiencia con la que se cuenta (Pérez Dalmeda y Chhabra, 2019, pp. 10 y ss).

Ahora bien, el aluvión de críticas que De Lora arroja sobre el modelo social resulta, a mi parecer, del todo injusto. La discapacidad, como bien señalan Pérez Dalmeda y Chhabra (2019, p. 22), puede ser comprendida tanto como una experiencia socio-vital como una característica de la condición humana. Precisamente el «modelo social» se ha encargado de enfatizar el conjunto de barreras, obstáculos y límites sociales (e incluso jurídicos) que afectan a la vida de las personas con discapacidad. Como ha señalado Nussbaum, «[...] las personas ciegas pueden trabajar más o menos en cualquier lugar en nuestros días gracias a las diversas tecnologías auditivas y firmas táctiles; solo hace falta que el lugar de trabajo incluya dichas tecnologías»¹⁶

¹⁴ Pese a que, al igual que el autor, voy a usar el término discapacidad para referirme de una manera general a diferentes y diversas situaciones de deficiencia física o mental considero oportuno tener en cuenta que, siguiendo a Martha Nussbaum, existen algunas diferencias en la literatura sobre la discapacidad, la cual diferencia entre «deficiencia», «discapacidad» y «minusvalía». Especialmente relevante es la «minusvalía» ya que supone una desventaja comparativa. Para más información, véase: Nussbaum (2007, p. 109, nota al pie de página 5).

¹⁵ De Lora hace referencia a los tres pilares de lo que denomina «intervención tradicional» de una forma muy sucinta (De Lora, 2023, p. 80). Desde mi punto de vista, debería de haber entrado en mayor detalle para ilustrar al lector, ya que tal y como describe al modelo social, resultaría, siendo ajeno al debate, complicado no posicionarse en contra.

¹⁶ Podría haber escogido otro ejemplo de los que usa Nussbaum, pero quería usar una situación de ceguera ya que De Lora también recurre a ella para criticar al «modelo social» llevando el argumento de dicho modelo hasta el extremo cuando señala que, si tomamos por bueno este esquema, «un ciego no puede conducir porque la circulación viaria en vehículo de motor no está adaptada a las personas como él» (De Lora, 2023, p. 72). Por supuesto, la labor no consiste en hacer que el ciego deje de ser ciego porque es algo irreversible, pero sí en poder promocionar y aumentar su calidad de vida hasta donde sea posible. Y si ese posible resulta en la oportunidad de poder conducir de una forma segura gracias a algún avance tecnológico, ¿Tendríamos que oponernos? Sobre algunos de estos ensayos y posibilidades prácticas acerca de la conducción para personas ciegas, véase: <https://www.laverdad.es/murcia/201610/02/conducir-ojos-otro->. Interesa remarcar, sobre todo, una cita referente al primer párrafo de la noticia, que dice así: «Decir que las personas ciegas podrían estar al mando de un volante suena muy descabellado. Sin embargo, las tecnologías avanzan cada vez más y no se descarta el lanzamiento de un coche autónomo». Las posibles formas y adaptaciones de esto son objeto de un debate que aquí no se puede atender. Agradezco a Paloma de la Nuez las críticas a

(Nussbaum, 2007, p. 125). Una cosa es hacer una apología de la discapacidad al estilo de un *coach* emocional como seguramente hacen algunas versiones más extremistas del «modelo social», y otra, bastante diferente, es, como hace De Lora, desatender rotundamente el diseño social en la vivencia de la discapacidad y proveer únicamente de un estatuto moral semejante al del resto de los seres humanos a las personas con discapacidad en lo referente a los derechos más básicos.

Aquí podríamos preguntarnos, ¿sería, siguiendo a Nussbaum, un derecho catalogado por el autor como «más básico», por ejemplo, el trabajo, con las consecuencias vitales que el acceso al goce y disfrute del mismo suponen? Todo parece indicar que un «estatuto moral semejante» no debiera de tener que incluir tal cosa, extremo que el propio De Lora parece diferenciar de la «consideración igualitaria en dignidad», principio y valor sobre el que han pivotado la mayoría de las interpretaciones *pro persona* y que, no olvidemos, ha hecho de nexo entre lo moral y lo jurídico en la versión contemporánea de los derechos humanos (Habermas, 2010).

Por lo anterior, no debe de extrañarnos la elección de los ejemplos de Ashley (una niña con una edad mental de un bebé) y de Sonsoles (una mujer con una discapacidad del 90% que no habla ni puede relacionarse) que hace el autor, pues, a través de ellos, pretende avalar un «paternalismo justificado»¹⁷ (De Lora, 2023, p. 80). Tomemos el ejemplo de Sonsoles.

Es evidente que el caso de Sonsoles representa una situación severa de dependencia y que su discapacidad intelectual le limita en muchos aspectos de su vida, pero ello no implica que, hasta allá donde sea posible, esta joven no deba recibir de la sociedad un impulso, en términos de bienes sociales, que le permitan ser o hacer aquello que pueda (y quiera), incluso si cabe respecto de la participación política.

Sonsoles fue seleccionada, debido a la reciente modificación de la legislación española que permite a las personas con discapacidad intelectual votar y ser parte del proceso político, como vocal de mesa. Por razones obvias, sus padres estaban intimidados por la posibilidad de que su hija fuese sancionada al haber solicitado la exención de dicha labor, pues conforme a la legislación son muy pocas las excusas que sirven para desprenderse de este quehacer. De Lora muestra este caso como un ejemplo de consuelo burocrático y de reforma santimonia, pero no repara, a mi modo de ver, en una pregunta cardinal: ¿Podría Sonsoles haber cumplido el rol de vocal de mesa de una forma efectiva distinta a la fijada como «estándar» con ayuda de, pensemos, algún instrumento o innovación tecnológica que le dotara de la autonomía

sugerencias que me hizo respecto a este punto, así como su insistencia en dar más argumentos a mi reflexión.

¹⁷ Paradójicamente, al referir esta idea que toma de Macario Alemany, De Lora, siguiendo a este autor, y en referencia a lo que considera el giro hacia la «unidad de la discapacidad» entre deficiencia física y mental, pretende restar legitimidad a la Observación General No. 1 del Comité de Personas con Discapacidad de Naciones Unidas al contar con un conjunto de miembros entre los que no se encuentra ninguna persona con una deficiencia psíquica. Sin embargo, cuando aborda la «ley trans» muestra que el Consejo de Participación de las personas trans (compuesto por personas del colectivo) como mecanismo representativo y participativo es ejemplo del consuelo de la burocracia del Estado parvulario (De Lora, 2023, p. 100). En esencia, el asunto del «paternalismo justificado» es la cuestión de la «pendiente resbaladiza», esto es, si bien se acepta que hay algunas áreas en las que el Estado debe de estar más presente de lo habitual debido a la importancia de estas para el propio desarrollo de cada persona y la sociedad en sí (por ejemplo, educación o salud), al mismo tiempo, por el contrario, existe un cierto temor entre algunos sectores del liberalismo (principalmente) sobre la posibilidad de que la extensión de las competencias del Estado acaben siendo demasiado amplias e, incluso, interminables (prohibiciones). En este punto, cabría preguntarse el motivo por el que avalamos algunas de estas intervenciones sin ningún tipo de objeción y otras plantean más dudas, como las referentes a políticas sociales o culturales, por ejemplo. Agradezco la crítica, las aclaraciones y las sugerencias en este punto a Jesús Ignacio Delgado Rojas, que incidió sobre este asunto.

requerida? En cualquier caso, responder negativamente no afecta al meollo de la cuestión, que no es otro que la adecuada promoción de la (potencial) capacidad y, por ende, la mayor inclusión posible.

La postura de De Lora, a mi juicio, se inserta, en buena medida, en la lógica de un modelo contractualista en el que la sociedad ha de estar categorizada y diseñada en favor de unos «miembros plenamente cooperantes de la sociedad a lo largo de una vida completa» o «miembros normales y plenamente cooperantes de la sociedad a lo largo de una vida completa»¹⁸ (Nussbaum, 2007, p. 120).

Finalmente, y para cerrar con este segundo capítulo, en lo que respecta a la violencia sexual, estoy de acuerdo con el autor en que la «ley del solo sí es sí» ha generado, posiblemente, unas expectativas en las víctimas de este tipo de delitos que, posteriormente, no se han visto, casi con total seguridad, satisfechas tras su entrada en vigor. Indudablemente, los vaivenes políticos parecen apuntar en esta dirección. Sin embargo, llama la atención que De Lora intente pasar por «perversión» algunos de los mecanismos que pretende dotar y reforzar la ley para afrontar la violencia sexual y la violencia de género.

Particularmente, creo que se equivoca cuando pretende deslegitimar este tipo de actuaciones recurriendo a sembrar la sospecha sobre el número de denuncias falsas por violencia de género. Mientras, sostiene De Lora, entidades vinculadas al Ministerio de Igualdad se encargan de llevar a cabo encuestas sobre sensibilización y prevención sobre este tipo de violencias, no existen tales mecanismos en favor de los hombres víctimas (o potencialmente víctimas) de denuncias falsas, ni *ex ante* ni *ex post*. Además, añade, los datos con los que se cuentan refieren, únicamente, a sentencias condenatorias por denuncia falsa. Ello, desliza el autor, podría no estar de acuerdo con la realidad de los hombres como posibles víctimas.

A mi modo de ver, cabe una doble objeción: en primer lugar, la afirmación de De Lora no resulta del todo cierta, pues si uno acude a los datos que brinda la Fiscalía General del Estado, el conteo sobre este tipo de denuncias falsas implica, sí, las sentencias recaídas, pero también las causas en tramitación. Desde 2009 hasta 2020, de cada 12.747 denuncias, una es falsa, o de cada 8.990 si tenemos en cuenta los procesos en trámite; en segundo lugar, en el año 2020 el número de mujeres asesinadas por violencia de género fue de 47, de las cuales solamente 7 habían denunciado y las otras 40 no lo hicieron. Tomando todos estos datos, que no varían demasiado hasta el día de hoy, parece ser coherente la apuesta por este tipo de mecanismos de prevención, educación y sensibilización a favor de las mujeres, a diferencia de lo que parece sostener De Lora¹⁹.

¹⁸ A ello se suma, además, la nula consideración en el libro de la cierta dependencia intrapersonal e interpersonal a las que las personas nos vemos avocadas en diferentes etapas de la vida y por diferentes motivos, así como una referencia a las nociones de «deficiencia temporal» y «deficiencia permanente» (y su posible solución de continuidad), que resaltarían la vulnerabilidad del ser humano y pondrían en entredicho ese carácter «normativo» pretendido. Una profundización sobre este punto puede verse en Nussbaum (2007, especialmente cap. 2). Un ejemplo de la interconexión entre situaciones de «deficiencia temporal» y conformación–funcionamiento social es la que nos indica el aumento de bajas laborales por trastornos y del comportamiento, lo que, claramente, demuestra la existencia de un problema social más que «biológico» y que, a mi modo de ver, claramente resta fuerza a los argumentos del autor. Para más información, véase: <https://www.leonoticias.com/antropia/salud-mental-espana-profesiones-acumulan-bajas-medicas-20240304000703-ntrc.html>

¹⁹ Acerca de esta información y alguna otra que resulte de interés con el tema, véase: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/capitulo_III/cap_III_1_5.html

3. El derecho y los derechos: un universo inflacionario

Encadenado con lo anterior, este tercer capítulo del libro aborda el enfoque de los derechos, concretamente la perspectiva y el discurso de los derechos humanos como paradigma tridimensional: filosófico, político y jurídico. Por lo tanto, en este apartado, siguiendo el contenido del libro, se examinará lo que De Lora apoda como el «ideal de los derechos» (De Lora, 2023, p. 138). Para comprender adecuadamente este ideal, resulta imperativo examinar los tres atributos del que el autor le dota.

El primero de ellos responde al «individualismo moral», es decir, a la idea de que los seres humanos, debido a la consideración de su dignidad, han de ser tratados como fines y no como medios. Esta posición, de raigambre kantiana, ha inspirado las principales declaraciones de derechos humanos a nivel internacional, en las cuales se ha entendido, tradicionalmente, que los sujetos de los derechos han de ser solamente los seres humanos a título individual. Digamos que, frente a (o de una forma complementaria) esta percepción del tipo de sujeto de derechos humanos, han aparecido algunas corrientes defensoras de una ampliación de dicha titularidad o personalidad hacia otro tipo de sujetos con el objetivo de reconocerles y dotarles de derechos. Dentro de este movimiento expansivo sobresalen los derechos de la naturaleza o los derechos de los animales no humanos, a los que el autor dedica algunas páginas.

Para De Lora la cuestión resulta bastante clara con respecto a los derechos de la naturaleza, aunque no tanto respecto de los animales, a los que muestra una mayor consideración. La naturaleza en su conjunto, para él, ya venga representada por el Mar menor o el río Atrato, no puede ser titular de derechos por ciertas razones:

En primer lugar, porque considera altamente improbable la determinación del sujeto de derechos, es decir, la «individuación» de la titularidad de este tipo de derechos, al igual que su ejercicio. En segundo lugar, y dando por bueno que se haya conseguido esclarecer quién sería el sujeto de derechos, De Lora se pregunta sobre cuáles serían los intereses que legitiman que este ente natural fuese titular de derechos, lo que le lleva a concluir que, en base a la idea de «poner la vida en el centro», tales intereses solamente pueden ser los de los seres humanos, tal y como muestran las cuestiones de la propia reproducción como especie y de la protección de las generaciones futuras. En tercer lugar, arguye el caso de la «sintiencia», esto es, la naturaleza, a diferencia de los animales no humanos, carece de la capacidad de sentir dolor, bienestar, emociones, etc. Por estas razones, sostiene que más que asignar derechos a la naturaleza o, mejor dicho, hacer a la naturaleza titular de derechos, lo que habría que hacer es proteger a la naturaleza y a sus intereses a través de simples obligaciones jurídicas que nos comprometan con su conservación y disfrute (De Lora, 2023, p. 113).

Estas reflexiones revelan una postura antropocéntrica con una fuerte inclinación hacia la vertiente «excluyente» en lo que respecta a la naturaleza en su conjunto, es decir, muestra que su valor es instrumental y que dimana del interés humano; y hacia una vertiente «moderada» en lo que respecta a la cuestión de los animales no humanos, donde la compasión y la reducción del sufrimiento de estos seres parece tener cabida²⁰. Es por ello por lo que, respecto de esta última cuestión, De Lora parece querer alinearse con un biocentrismo fuerte al criticar el motivo por el

²⁰ Estas posturas quedan puestas de manifiesto cuando señala que: «[...] si debemos respetar la integridad física de la catedral de Sevilla no es *en atención a ella*, sino al género humano que quiere seguir disfrutando de su grandeza arquitectónica. Así lo estimó Kant precisamente en relación a nuestro deber de no ser crueles con los animales, y así cabría estimarlo también si de la naturaleza en su conjunto, o de entes naturales no «sintientes», hablamos» (De Lora, 2023, p. 113).

que la legislación española considera moralmente más relevantes a algunos animales que a otros. Aún apuntado lo anterior, resulta coherente la solución de continuidad del autor con base en el modelo filosófico kantiano, pues este adopta, como ha indicado Montalván Zambrano (2020, pp. 181-188), las dos vertientes en las que hemos incluido la postura de De Lora. En esencia, ambas dotan únicamente de un valor instrumental, que no intrínseco, tanto a la naturaleza como a los animales no humanos, aunque con el entramado de valores y acciones apuntadas respecto de los animales no humanos.

Siguiendo a algunos académicos españoles como Manuel Atienza o Alfonso García Figueroa, De Lora señala que las buenas intenciones de los defensores de los derechos de la naturaleza o de los animales no humanos son muy legítimas y perfectamente entendibles, aunque considera que sus (posibles y potenciales) consecuencias podrían resultar incluso más perjudiciales que el no reconocimiento de derechos específicos²¹. Paralelamente, una forma distinta de afrontar y comprender estos asuntos son las ideas o reflexiones provenientes de algunas corrientes biocéntricas y ecocéntricas, las cuales, a mi parecer, resultan, más que enfrentadas a, complementarias y en diálogo con esos «intereses humanos». Creo que estas aportaciones resaltan algunas cuestiones que no debiéramos apresurarnos en tachar de buenistas, populistas o cualquier otra connotación negativa, pues parecen ser conscientes de la realidad y de las limitaciones que le acompañan. Así, de una forma sintética, siguiendo a Montalván Zambrano, estas perspectivas rotulan que

La traducción normativa de la justicia ecológica son los derechos de la Naturaleza. Estos exigen la recuperación de los ecosistemas dañados y no simplemente el cobro de multas. Tal como ejemplifica Gudynas, los seres vivos como las plantas o los animales no necesariamente vivirán mejor si algunos humanos reciben dinero por el daño en los ecosistemas en que habitan [...]. Así, la justicia ecológica es una consecuencia inevitable y necesaria de la secuencia que comienza con el reconocimiento de valores intrínsecos y sigue con los derechos de la Naturaleza [...], sin olvidar que las dinámicas ecológicas implican relaciones que también son de competencia y depredación. En palabras de Aldo Leopold, una ética de la tierra, por supuesto, no puede impedir la alteración, la gestión y el uso de esos recursos; pero afirma su derecho a continuar existiendo y, al menos en algunos puntos, a continuar existiendo en estado natural. De ahí que no se postule mantener una Naturaleza intocada, por el contrario, como afirma el profesor Gudynas, se reconoce y defiende la necesidad de intervenir en el entorno para aprovechar los recursos necesarios para satisfacer las «necesidades vitales», pues los valores propios son uno más en un amplio conjunto de valoraciones a considerar [...]. Su aporte claro es abrir las puertas para otro tipo de discusión en la política y la gestión, donde «ya no es necesario demostrar que preservar montañas o selvas es útil para el ser humano, o es rentable para las empresas, sino que las fundamentaciones por su valoración intrínseca serán tan importantes como los análisis costo beneficio de los economistas» [...] (Montalván Zambrano, 2020, p. 194)²².

El segundo y el tercer atributo de este ideal de los derechos se corresponden con la propiedad y la prioridad de la libertad. Con respecto a la propiedad, De Lora interactúa y discute con Ferrajoli acerca de la universalidad y la indisponibilidad de dicho derecho, terreno en el que el autor se muestra favorable a una argumentación

²¹ Estoy de acuerdo con De Lora en la máxima weberiana de que no siempre las buenas intenciones se convierten en acciones positivas, y ello puede pasar respecto de los derechos de la naturaleza y de los animales. Igualmente, creo que una buena parte de las reflexiones que hace acerca de la categorización de los animales no humanos y el distinto tratamiento que les damos con base en dicha categorización es una realidad difícil de negar.

²² Para una redefinición de la categoría de lo humano o de lo humano «a secas» en el sentido teórico apuntado a través de la experiencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), véase: Montalván Zambrano (2023, pp. 259-284).

pro derecho de la propiedad. En este punto, la discusión sigue abierta entre clasificar a la propiedad como derecho fundamental o como derecho de propiedad y, a mi modo de ver, las explicaciones de De Lora no alcanzan el propósito que se plantean²³. En relación con la libertad, se repite el mismo esquema que hasta ahora hemos venido señalando, esto es, la prioridad de la libertad y su comprensión como «dique de contención frente al intervencionismo del poder público» (De Lora, 2023, p. 140). Esta concepción de la prioridad de la libertad olvida las razones sociales e históricas por las que Rawls formuló el «principio de la diferencia», el cual, no olvidemos, fue su principal innovación respecto del modelo liberal clásico. Robert Castel resume muy acertadamente esa intuición rawlsiana cuando afirma que

[...] la libertad y el individualismo triunfantes llevaban consigo un rostro de sombra, la *individualidad negativa* de quienes se encontraban sin vínculos y sin apoyo, privados de toda protección y de todo reconocimiento. El Estado social se construyó como respuesta a esta situación. [...] (Castel, 1997, p. 27).

En definitiva, todo lo anterior le sirve a De Lora para declarar la existencia de «un universo inflacionario» de los derechos humanos caracterizado por la permanente y abusiva retórica de los derechos humanos a la hora de esbozar y canalizar cualquier demanda política. Pese a que concuerdo con el autor en que existe una tendencia (desmesurada en ocasiones) encaminada a hacer permear el lenguaje de los derechos humanos en todos los foros y respecto de todas las demandas, creo que De Lora en la última parte del capítulo falla al intentar señalar los riesgos de dicha tendencia al incluir en la misma ecuación a los deseos, los intereses y las necesidades.

Siguiendo a Liborio Hierro, De Lora toma por buena la siguiente afirmación: «[...] al calificar ese deseo, ese interés o esa necesidad como un “derecho” uno queda[se] automáticamente exento de tener que demostrar su exigibilidad. Se produce una especie de ecuación semántica: es mi “derecho”, luego debe ser respetado o satisfecho» (Hierro, 2002, pp. 35-36, citado en De Lora, 2023, p. 149). Y considero que el autor yerra al (intentar) hacernos creer que el deseo de una persona de tener un Ferrari es lo mismo que la necesidad de una persona o un grupo de personas al acceso al agua potable o al saneamiento, por ejemplo. Aunque es cierto que en el último párrafo del capítulo sostiene la obligatoriedad de distinguir entre deseos e intereses a la hora de proteger los derechos, el daño ya está hecho previamente, y no consigue captar la relevante dinámica de las necesidades. Claro que un interés de la comunidad política puede (y debe de) ser que todos sus ciudadanos tengan garantizado el derecho de acceso al agua potable o al

²³ De Lora establece dos analogías entre, por un lado, la libertad de expresión y el derecho de propiedad para argumentar en favor de la «universalidad» del derecho de propiedad y, por otro lado, entre el derecho a la propia imagen y el derecho de propiedad para alegar en favor de la disponibilidad de este último. En líneas generales, diría que categorizar al derecho de propiedad como un derecho no fundamental no traería las mismas consecuencias que si lo hiciésemos respecto de los otros dos con los que los contrapone. Pensemos, por ejemplo, en dos manifestaciones del derecho de libertad de expresión; por un lado, una negativa, es decir, una en la que la libertad de expresión esté ausente o ciertamente restringida, como ocurría u ocurre en los regímenes antidemocráticos. No gozar de dicha libertad inferioriza claramente al sujeto, aunque pueda disfrutar de una posición socioeconómica holgada; por otro lado, pensemos en una positiva, esto es, en un escenario con altos índices de pobreza y desigualdad, pero donde la libertad de expresión resulte operativa. Disponer y gozar de ese derecho podría hacer mejorar la situación de los que están peor y acortar la distancia de la desigualdad, tal y como ha mostrado Sen al estudiar la hambruna de la India (Sen, 1990). En cualquier caso, el debate está abierto y hay autores que defienden la relevancia histórica de la propiedad como instrumento del desarrollo y avance socioeconómico de los países como, por ejemplo, Daron Acemoglu y James A. Robinson (2014)

saneamiento, pero la diferencia es que ese derecho «derivado»²⁴ es fundamental, precisamente, porque protege, garantiza y satisface una necesidad considerada elemental. Esto es, su respeto, protección y garantía es más intrínsecamente importante que su instrumentalidad²⁵.

4. El peso de los derechos: ponderando la ponderación

El penúltimo capítulo versa sobre la ponderación (o no) entre derechos. Básicamente, la ponderación, como señala el autor, consiste en la determinación de la prioridad de un derecho sobre otro con base en las circunstancias y el contexto en el que se enmarca el conflicto o «colisión». Para resolver esta situación, el operador jurídico debe de encontrar y dar razones morales (y de argumentación jurídica) que doten de sentido, fuerza y coherencia a su decisión. Este asunto, como expone De Lora, ha dado lugar a un espacio constante de discusión entre los filósofos del derecho en general y los teóricos de la argumentación jurídica en sí.

Operativamente, la ponderación tiene lugar cuando entran en juego en un mismo caso derechos catalogados como fundamentales, es decir, derechos subjetivos que se han considerado particularmente relevantes de respetar, proteger y garantizar debido a su importancia para la autonomía y el desarrollo de las personas. Qué derechos tienen rango de fundamentalidad no es una cuestión pacífica ni mucho menos, especialmente en lo que se refiere a los derechos sociales, económicos y culturales (o garantías socioeconómicas²⁶), los cuales, en algunos ordenamientos jurídicos, sí gozan de este rango y, en otros, como en el español, no resultan así considerados. En el libro no se examinan casos en los que la ponderación resultase entre derechos de primera y segunda generación y que ostentasen, todos ellos, el mismo rango de fundamentalidad. Por el contrario, se analizan, casi en exclusiva, hechos vinculados con el derecho penal (tortura, prisión provisional, presunción de inocencia...), es decir, aquellos conexos con el principio de la libertad.

Los asuntos de la tortura o de la prisión provisional resultan del todo interesantes por las posibles implicaciones a las que pueden dar lugar en la realidad jurídica, social y democrática. Poca (o ninguna) objeción cabe hacer a la consideración del autor sobre la necesaria reparación del daño causado a aquellas personas que se han visto privadas de libertad debido a la prisión provisional y que, posteriormente, han resultado absueltos de los delitos por los que fueron encarcelados. Creo que, como sociedad, (debemos estar) estamos de acuerdo en que este hecho supone un deficiente y poco garantista funcionamiento de la Administración de justicia, aunque, cabe señalar, en ocasiones, algunos casos

²⁴ Y digo «derivado» porque este ha sido reconocido a través de la interpretación de otros derechos humanos. Por ejemplo, en el ámbito del sistema interamericano, la Corte IDH lo ha reconocido como un derecho autónomo derivado del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (véase, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*). En el caso del sistema europeo de derechos humanos, aunque no ha llegado a ser reconocido como un derecho autónomo en sí, se ha discutido su operatividad por medio de la interpretación del contenido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) e, incluso, algún juez ha sugerido su posible cabida bajo lo dispuesto en el artículo 3 de dicho Convenio (véase, *Hudorovič y otros contra Eslovenia*). Desafortunadamente, hasta el momento, el TEDH no ha seguido los pasos de la Corte IDH.

²⁵ Así lo ha considerado, por ejemplo, la Corte IDH en la sentencia del caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*.

²⁶ El TEDH así lo ha considerado en algunas ocasiones al definir a estas «garantías» como el espacio intermedio entre los derechos convencionales y los derechos sociales. Para más información sobre este asunto, véase: Merayo Fernández (2024).

resulten del todo complejos. En cualquier caso, estoy de acuerdo con De Lora en que la privación de la libertad es algo demasiado serio como para andar con vacilaciones.

Respecto de la tortura, la solución por la que apuesta, que no es otra que la esbozada por Juan Antonio García Amado basada en «excusar» ciertas conductas en base a una justificación moral, plantea una discusión que merece la pena tener como sociedad, sobre todo para casos tan graves como los (posibles) delitos de terrorismo o secuestro, pero sobre los que no tengo una opinión sólida. Ello sin dejar de remarcar que, desde mi punto de vista, «excusar» este tipo de conductas debiera de ser el último de los recursos, lo que conlleva que este tipo de casos, casi con total seguridad, sean más minoritarios²⁷.

A mi modo de ver, De Lora juega sobre «seguro» al centrarse únicamente en este tipo de cuestiones antes que en abordar posibles situaciones de ponderación entre derechos fundamentales más allá de los cubiertos solamente por el marco de la prioridad de la libertad. Salvando las distancias, y entiéndase la analogía irónica, el tratamiento de la ponderación por el autor recuerda a las películas de Woody Allen, aquellas en las que solamente parece haber cabida para los pesares, los lamentos y los conflictos de una clase acomodada o elitista, invisibilizando cuestiones sociales que afectan a una buena proporción de la población o a aquellos que, como diría Adela Cortina, se encuentran «peor situados» (Cortina, 2017). Hubiese sido muy interesante que De Lora hubiese dado un paso adelante, sobre todo por las constantes referencias que hace a las «necesidades humanas» y los «intereses subjetivos» como contenido y motivación para salvaguardar derechos subjetivos (De Lora, 2023, p. 154, entre otras). Ello, sin embargo, no desmerece lo relevante de su análisis sobre la ponderación, ni mucho menos.

Finalmente, resulta de interés anotar que De Lora parece encontrar un límite más amplio al hacer referencia al debate sobre la obligatoriedad de vacunarse o no en situaciones como la que vivimos con motivo de la Covid-19. Concretamente, el autor, al inmiscuirse en el debate sobre si la libertad ha de entenderse en términos «conflictivistas» (mi libertad acaba donde empieza la tuya) o en un lenguaje «aconflictivista» (mi libertad comienza donde comienza la tuya), señala que, para un caso como el de un tratamiento médico, el derecho o la libertad «tiene como límite la afectación de la libertad, la salud, el bienestar o incluso la vida ajena» (De Lora, 2023, p. 173), lo que redundará en un ensanchamiento de la intervención del poder estatal en base a algunos «bienes» como la salud o el bienestar. Eso sí, si tal ensanchamiento u obligatoriedad conductual resulta en un daño o perjuicio subjetivo, el individuo lastimado debiera de ser indemnizado por ello (así lo hace al equiparar la vacunación con la prisión provisional).

Qué situaciones o qué criterios han de analizarse y seguirse para determinar cuándo se activa ese daño o perjuicio es algo sobre lo que no encontramos respuesta en el libro. Cabría pensar, en este sentido, si, por ejemplo, el posible daño o perjuicio resultante de la aplicación de un tratamiento médico obligatorio (en caso de que tal cosa fuera posible) a un fumador debiera de ser indemnizado o no, pues su conducta al fumar también puede ser contraria a la salud o el bienestar del resto.

5. Constitución, populismo y democracia

²⁷ Aunque es cierto que no tengo una opinión fija al respecto debido a mi falta de conocimiento y lecturas acerca del tema, me inclino a posicionarme del lado de aquellos que lo consideran inasumible en cualesquiera circunstancias. Ha sido José María Saucá Cano el que me ha hecho reflexionar, desde mi «desconocimiento», en favor de esta solución.

El último capítulo del libro examina, principalmente, dos cuestiones: en primer lugar, la aparición del «constitucionalismo» como fenómeno político-jurídico contemporáneo frente al clásico ejercicio del poder político-jurídico bajo las coordenadas del «legalismo propio del Estado liberal» (De Lora, 2023, p. 186). Ello implicó que los jueces comenzaran a jugar un papel altamente relevante y paralelo al legislador que, hasta ese momento, no se había visto «sujeto» y «fiscalizado» de tal manera por otro órgano del Estado; en segundo lugar, como «superación», «ampliación» o «complementación» de este tipo de «constitucionalismo democrático», el cual había visto la luz debido a las experiencias traumáticas de los regímenes totalitarios del siglo pasado, emerge el «nuevo constitucionalismo latinoamericano» (NCL), caracterizado como una corriente político-jurídica bastante específica de un entorno regional y democrático muy concreto. Como bien señala el autor, este NCL no es uniforme, sino, más bien, heterogéneo, aunque, es cierto, pueden identificarse y trazarse algunos patrones comunes y compartidos. Para De Lora, ese patrón común se resume en «un afán jacobino», esto es, la exaltación del poder del pueblo, del poder popular o del poder constituyente (De Lora, 2023, p. 192).

Tras un repaso por algunas de las características (negativas) que el autor identifica como propias de este NCL (tales como la extensión de los textos constitucionales o la inclusión en este tipo de textos de conceptos vagos e indeterminados), hay un elemento que caracteriza, define y simboliza la intención de este tipo de constitucionalismo: la profundización del carácter representativo. Y este ahondamiento representativo implica tanto mecanismos de «integración» como mecanismos de «inclusión» en entornos democráticos. Esto implica, por un lado, que el sistema democrático vaya más allá del proceso político regulado y de la formalidad que lo acompaña, es decir, que implique una extensión de la participación de los ciudadanos a las fases de debate, discusión y elección de decisiones (integración); por otro lado, se requiere que los ciudadanos o las personas estén *capacitados hasta donde sea posible y con base a sus propias características o especificidades* por medio de la satisfacción y el aseguramiento de un conjunto de bienes, recursos, necesidades o capacidades que resultan determinantes para el adecuado desarrollo y ejercicio de la autonomía moral. Es por ello por lo que, como refiere De Lora, Ana Micaela Alterio sostiene que, a través de este NCL, «se viene a rescatar a los “sin derecho todavía”, a los excluidos»²⁸ (De Lora, 2023, p. 207).

Pese a que estoy de acuerdo con el grueso de los propósitos anteriores, creo que De Lora no va desencaminado al alertar sobre los (posibles) peligros a los que puede conducir una apología y una exaltación desmesurada del «soberano popular» que, en este caso, sería el pueblo o el poder constituyente. Actualmente, su expresión más radical se encuentra en lo que se ha apodado como «constitucionalismo popular», perspectiva que implica una cierta «destecnificación» del derecho en favor de una construcción jurídica «desde abajo» frente a una refinada técnica emanada de operadores jurídicos especialistas (élite). En medio de todo este entramado, y tal vez sea lo que convendría rescatar, existen alternativas intermedias, entre las que se encuentra la del «constitucionalismo transformador» o «*ius constitutionale commune*» (von Bogdandy, 2015; von Bogdandy y Urueña, 2020, entre otros), la cual parece querer agrupar lo mejor del constitucionalismo clásico y del NCL, pero que no está exenta de críticas y limitaciones. A mi modo de ver, hay que ser conscientes y realistas de que los mecanismos de representación democráticos varían dependiendo de los diferentes contextos y situaciones, lo que conlleva que, en ocasiones, la

²⁸ Y los sujetos que quedan dentro de estas categorías son, principalmente y siguiendo a Pisarello, «movimientos campesinos, indígenas, organizaciones de mujeres y feministas, sindicatos nuevos y antiguos, movimientos de desocupados, pobres urbanos y afrodescendientes, organismos de derechos humanos» (Pisarello, 2009, citado en De Lora, 2023, p. 198), a los que cabría añadir la cuestión de los animales y de la naturaleza en su conjunto.

representación indirecta sea más accesible, factible y efectiva que la directa, y, en otras ocasiones, lo sea la directa²⁹.

Igualmente, subrayo que el debate entre si precisamos de más legislador y menos poder judicial o lo contrario resulta, una buena parte de las ocasiones, embarrado y tramposo, pues considero que no existe ninguna solución mágica o perfecta que tomar, aunque sí sostengo que es posible establecer algún(os) criterio(s) que ayude(n) a situar la centralidad político-jurídica sobre algunas cuestiones que resultan determinantes, tanto para los seres humanos como para el resto de los entes con los que convivimos³⁰. Creo que con ese «criterio» podríamos estar ampliamente de acuerdo sobre algunos asuntos relevantes y, puede, tal vez, que eso ayude a rebajar las tensiones entre los diferentes poderes del Estado, aunque, por supuesto, no anularía (ni pretendería hacerlo) el enfrentamiento político.

De entre todas las aportaciones emanadas del «constitucionalismo latinoamericano», De Lora dedica un buen número de páginas a la de Roberto Gargarella, jurista argentino que defiende un «constitucionalismo dialógico» o, en otras palabras, una «conversación entre iguales» en la que la ciudadanía jugaría un rol fundamental y determinante tanto en el sistema político en su conjunto como respecto del arquetipo jurídico («sala de máquinas»). En palabras de Gargarella, «[...] se torna necesario no insistir con el reajuste del entramado institucional, sino, en la medida de lo posible, trabajar para desarmarlo y reemplazarlo con otro [...] necesitamos sentar las bases institucionales para una vida democrática, decente» (Gargarella, 2022, p. 320, citado en De Lora, 2023, pp. 211-212). Frente a esta postura, me atrevería a decir que caben, al menos, dos interpretaciones posibles.

Por un lado, la que esboza De Lora en el libro, el cual, hábilmente y con razón, señala algunas de las contradicciones de la teoría de Gargarella, tales como el (posible) desprecio por el ideal democrático o la poca atención que parece prestar al pluralismo moral de las sociedades democráticas, lo que acaba resumiendo en que pareciera que «[...] con “otra sala de máquinas”, tales expectativas (*se refiere a la justicia social en general*) sí podían haberse satisfecho» (De Lora, 2023, p. 215)³¹.

Por el otro lado, creo que existen buenas razones para avalar que la postura de Gargarella se adhiere o simpatiza con la idea de «criterio(s)» a la que me he

²⁹ Sobre si han funcionado o no las Constituciones vinculadas al NCL, asunto que resulta altamente interesante, remito a Martínez Dalmau (2018), autor citado por De Lora como uno de los pensadores de este tipo de constitucionalismo y que esgrime algunas razones y datos en defensa de un cierto éxito de dichas Constituciones. Igualmente, los datos sobre desigualdad insertos en el portal de la CEPAL (Cepalstat) indican, al menos para esta cuestión, algunas mejores por países (Interesan, principalmente, Bolivia, Venezuela y Ecuador, que son los señalados por De Lora como principales focos del NCL). De todas formas, aunque pueda existir alguna relación de causalidad, creo que los asuntos de la desigualdad y de la pobreza son más complejos e intervienen más factores que el simple marco constitucional. En cualquier caso, para acceder a estos datos, véase: <https://statistics.cepal.org/portal/inequalities/incomes.html?lang=es&indicator=3289>

³⁰ La lista de las capacidades de Nussbaum podría ser de ayuda en este sentido. En general, creo que De Lora no compartiría este criterio, pero sí parece que podría hacerlo con respecto a la satisfacción y aseguramiento de unas «condiciones mínimas» en favor del ejercicio de la autonomía moral (De Lora, 2023, p. 208). Cómo y quién satisface y asegura dichas condiciones es un enigma sobre el que el autor no se posiciona, pero que sí tiene cierta conexión, al menos intuitiva, con el principio rawlsiano previo de satisfacción de necesidades básicas. Ahora bien, si se apuesta por unas «condiciones mínimas», entonces habría de situarse más en el campo de la «adecuación» que en el de la «máxima extensión» de los derechos y libertades básicos.

³¹ Las cursivas son mías. De Lora señala estas contradicciones en un comentario general a los derechos emergentes y a las propuestas provenientes del NCL con las que Gargarella se ha mostrado muy crítico. Particularmente, De Lora también utiliza esa reflexión crítica contra la postura de Gargarella respecto del aborto, pues el constitucionalista argentino ha defendido como ejemplo de su modelo la «marea verde» argentina en favor del derecho al aborto.

referido anteriormente, lo que implicaría orientar la acción política y la jurídica hacia ese contenido central que resulta elemental. Y sostengo que ello es así por dos motivos: 1) por su insistencia en la necesidad de tomar medidas activas en favor de la promoción de la salud y de la dignidad en la vida, extremo que queda acreditado por sus referencias al aborto o el cambio climático, las cuales ocuparían un núcleo central del «criterio»³² (De Lora, 2023, p. 218); 2) por su preocupación acerca del respeto, la garantía y la promoción que de los derechos humanos (fundamentales) deberían de llevar a cabo los tribunales en caso de que el poder político, como sucede en muchas ocasiones en América Latina (y en otras partes del mundo), no lo haga, ya sea por acción u omisión³³ (De Lora, 2023, p. 255). Por ello, defiendo que la «conversación entre iguales» no tendría que acarrear que «unos fuesen más iguales que otros», sino que podría sostenerse que la propia conversación conlleva alcanzar un «óptimo adecuado» que permita, en la medida de lo posible, salvaguardar y garantizar los derechos que hemos resuelto como centrales³⁴.

Finalmente, y para terminar con este apartado, me gustaría hacer referencia a dos puntos que considero interesantes del capítulo.

En primer lugar, como ya se habrá podido intuir, fruto de la discusión con Gargarella, De Lora presta mucha atención al tema del aborto, lo cual tiene sentido ya que, como avanzamos, es el propio Gargarella el que identifica como ejemplo de su apuesta teórica la «marea verde» argentina en favor de su despenalización. Pese a ello, y como ya ocurrió, De Lora despacha la cuestión de algunos asuntos vinculados con la justicia social, tales como la universalización de la asistencia sanitaria, la vivienda digna o la sostenibilidad, en base a que el aborto, según refiere, «no implica [...] un *expertise* particular o el control presupuestario para alcanzar objetivos [...]» (De Lora, 2023, p. 217). Si ello es así, ¿cómo explica que el principal o, mejor dicho, uno de los principales meollos del asunto respecto del aborto sea la determinación experta o científica de si nos encontramos ante una vida humana o no? Igualmente, cabría preguntarse ¿no implica una considerable partida presupuestaria el despliegue de medios y de agentes institucionales para prevenir y evitar que se produzcan situaciones de tortura o tratos degradantes, es decir, para asegurar y conservar la seguridad ciudadana y que no se llegue a tales extremos? O, también, ¿no acredita el dedicar un capítulo casi completo al asunto de la tortura (que, no olvidemos, acaba acordando una prohibición generalizada de esta) que, incluso, un asunto sobre el que existe una unanimidad acuciante requiere de *expertise*? ¿Por qué relegar la cuestión de los derechos sociales en base a razones presupuestarias o técnicas? Disponer y consagrar derechos, en mayor o menor medida, precisan de todos estos requisitos y criterios.

³² Concretamente, Gargarella dice: «Así, cuando el Estado no toma medidas activas en materia de aborto, en los hechos permite que muchas personas mueran a raíz de las malas condiciones en que se realizan abortos ilegales, que muchas personas no reciban la asistencia médica que merecen, que no encuentren el amparo y reconocimiento que necesitan. De modo similar, cuando el Estado no interviene en materia de cambio climático, deja que los grandes empresarios sigan dañando el planeta con la polución generada por sus empresas» (Gargarella, 2022, p. 268, citado en De Lora, 2023, p. 218).

³³ Las palabras textuales de Gargarella, tal y como se reproducen en el libro, son las siguientes: «Corresponde a los tribunales un papel central en la conversación colectiva sobre los derechos, su interpretación, y los modos de protegerlos, frente a las violaciones que pueden sufrir, a partir de las acciones y omisiones de los órganos políticos».

³⁴ Creo que la despenalización del aborto y la fijación de un umbral determinado en el que se pueda abortar dan cuenta de lo que pretendo expresar, extremo en el que resultarían satisfechos tanto los derechos sexuales y reproductivos como los del *nasciturus*. Igualmente, otro ejemplo al que podríamos acudir para dar cuenta de este «criterio» y del «óptimo adecuado» es la cuestión del derecho al voto en Estados Unidos, donde la comunidad de los *amish* es reacia al ejercicio de dicho derecho, pero, sin embargo, acepta que el mismo se consagre jurídicamente y que el resto de los ciudadanos puedan hacer uso del mismo sin que ello altere las bases de la convivencia.

En segundo lugar, De Lora parece abogar, pues es su sugerencia, por «aplicar una regla de “presunción de constitucionalidad de la ley”» para intentar resolver la tensión entre legislador y poder judicial. Esta regla implicaría, en esencia, mayorías reforzadas en los tribunales para sobreponerse a una decisión del legislador (De Lora, 2023, p. 233). Me parece una propuesta interesante y que podría tener su quehacer, pero me pregunto si estaríamos dispuestos a que los jueces, por ejemplo, empleasen esta regla de una «mayoría reforzada» para sobreponerse a una ley en la que se diese luz verde a ciertas formas de sacrificio animal por razones culturales que agudicen su sufrimiento o si se dictase que las reservas o parques naturales dejaran de ser espacios protegidos por su biodiversidad y pasasen a ser industrializables. ¿Prescribiríamos tal receta?³⁵

6. Epílogo y comentario final

De Lora acaba el libro con un breve epílogo en el que remarca las relaciones entre la política, la moral y el derecho, donde enfrenta, según él, realidad con idealismo. En este sentido, de acuerdo con el autor

En un mundo ideal no habría fronteras, ni tortura ponderable, ni presunción de inocencia negociable, y los animales no humanos serían mucho mejor tratados, las prisiones preventivas serían escasas y los presos que fueran finalmente absueltos serían sustancialmente indemnizados; en un mundo ideal toda desigualdad obedecería sólo a la irresponsabilidad, al ejercicio de la libertad individual una vez depuradas las tiranías, todas, relativas al origen (De Lora, 2023, p. 240).

Aunque podrían objetarse algunos matices, resulta, en esencia, bastante complicado no suscribir las palabras de De Lora³⁶. Por el contrario, y frente a este ideal político, moral y jurídico que sería el escenario perfecto para el autor, señala lo que, para él, sucede en la realidad de nuestras sociedades liberales y democráticas. En sus propias palabras,

La moralización que infecta nuestras democracias liberales es [...] la derivada de creer, infantilmente, que en sociedades razonablemente plurales como las nuestras, cupo y cabe «asaltar los cielos» mediante el instrumento del derecho, o bien de la justicia constitucional, y que aquél, una vez «constitucionalizado», tiende una escalera de acceso directo al mundo ideal; que para tal cosa basta con insertar las palabras

³⁵ Reflexiono sobre los asuntos del sacrificio animal y de los parques naturales porque son algunos de los temas que De Lora trata en su libro. Por tal razón, he querido seguir sus ejemplos, aunque lo mismo podríamos preguntarnos respecto a otras cuestiones como, por ejemplo, la política penitenciaria o la legislación urbanística.

³⁶ La expresión «en un mundo ideal toda desigualdad obedecería sólo a la irresponsabilidad, al ejercicio de la libertad individual una vez depuradas las tiranías, todas, relativas al origen» es la representación del pensamiento del «liberalismo de la suerte» encabezado, entre otros, por Ronald Dworkin (2003) o Elizabeth Anderson (1999). Estos pensadores, al igual que hace De Lora, defienden que, ya sea desde una «igualdad de recursos» o desde un «igualitarismo relacional», la posición social de cada cual habría de ser, *grasso modo*, la expresión de sus decisiones individuales. Esta perspectiva les ha valido la crítica de algunos autores, entre los que destacan Cohen o Young, especialmente el primero de ellos, el cual ha mantenido un acalorado debate con Dworkin acerca de cómo tratar los gustos caros y extravagantes y las discapacidades. En cualquier caso, quisiera señalar que la carga de la responsabilidad de decidir respecto de la posición social de cada persona, en ocasiones, puede resultar problemática. Pensemos en el caso de una persona que haya dedicado una buena parte de su vida y de sus recursos a una labor de investigación sobre la prevención y el tratamiento de algunas discapacidades (tarea que, demos por bueno, no haya recibido toda la atención institucional que requeriría) de una forma privada y que, fruto de ello, haya ayudado a avanzar en dicho campo. O lo mismo podría pensarse de una persona que decide dedicar buena parte de sus recursos al mejoramiento de las condiciones de vida de sus vecinos a través de, por ejemplo, el activismo social. Entonces, podríamos preguntarnos, ¿son estas decisiones irresponsabilidades? ¿cómo deberíamos afrontar este tipo de situaciones frente a, por ejemplo, los que deciden gastar en lujos o gustos caros? O, más directamente, ¿son lo mismo? Cómo respondamos a estas cuestiones será fundamental tanto en un plano normativo como en uno práctico (políticas públicas).

correctas en el BOE, desconociendo así el principio de realidad que impone la política. Pero, además, es precisamente porque tal cosa no sucede, porque el derecho no agota la moralidad ni la justicia, por lo que cabe seguir señalando la injusticia del derecho en los ámbitos que antes he señalado y en otros tantos (De Lora, 2023, p. 242).

Entonces, entre ese mundo ideal, el principio de realidad de la política y la perversión moral latente en estas democracias liberales, De Lora acude a la idea de «razón pública» de Rawls que prescribe su concepción política de la justicia como planteamiento político de referencia. A través de esta idea, la convivencia se organiza por medio del acuerdo en los «valores políticos» para conformar la «estructura institucional», lo que supondría sentar las bases de los «términos equitativos de la cooperación» en contextos de «pluralismo razonable». Y es que este acuerdo solamente sería posible respecto del entramado institucional debido a que es en este y no en otro tipo de espacio donde «lo justo» debe de estar operativo. Que esta «estructura institucional» perdure y sea estable en el tiempo (y por ende una sociedad ordenada en su conjunto) depende, sustancialmente, de que el acuerdo sobre valores políticos razonables triunfe, lo que resultaría de una mezcla entre los intereses compartidos de los ciudadanos y los intereses personales de cada cual. Como es conocido, esos «valores políticos» vienen representados en el esquema rawlsiano por sus tres principios (principio lexicográfico de satisfacción de necesidades básicas, primer principio o de la libertad y segundo principio o de la diferencia), los cuales inspiran y determinan el conjunto de toda su teoría.

Coincido con De Lora en que la propuesta rawlsiana resulta muy sugerente como modelo o guía en sociedades democráticas liberales debido a que supone una visión proclive y una defensa del consenso y del acuerdo político (al menos en algún grado mínimo), por lo que sigue siendo un marco perfectamente legítimo sobre el que pretender organizar nuestras sociedades. Ahora bien, por todas las razones que he intentado ir exponiendo y remarcando a lo largo de este texto, considero que De Lora hace una interpretación (y uso) equivocada e inestable del pensamiento rawlsiano. El principal problema, como ya referí, aparece respecto de la consideración de los principios rawlsianos y, por ende, de su marco en general. Aunque diésemos por bueno, como así podría ser, el esquema rawlsiano de sus principios defendido en *El Liberalismo Político*, sostengo, siguiendo a Nussbaum, que habría dos ejes principales que debieran de reformularse y que, precisamente, han sido objeto de examen (aunque sea indirectamente) en el libro de De Lora.

En primer lugar, el tipo de sujeto o persona moral rawlsiana presente en la «posición original», esto es, en el marco de su contractualismo de raíz kantiana genera, a mi modo de ver, exclusiones inaceptables e indeseadas, tales como las de las mujeres, personas con discapacidad, los animales o la propia naturaleza³⁷; en segundo lugar, fruto de lo anterior, los «términos equitativos de la cooperación» resultan más centrados en el «beneficio mutuo», es decir, en la posibilidad de ser ciudadano (o un ente revelante [animales y naturaleza])³⁸ por aquello que se pudiese

³⁷ Esto no agota la lista de sujetos o entes que podrían sumarse a este momento contractualista. En este punto, como señalo, acudo al pensamiento de Nussbaum ya que ha sido ella la que ha «ampliado» el concepto de dignidad humana bajo un presupuesto estoico-marxista con el objetivo de poder incorporar a otros sujetos que, debido a los presupuestos kantianos basados en la valoración de la «simple capacidad de juicio moral» para asignar derechos, habían resultado excluidos a la hora de pensar y conformar el esquema de los derechos y de la «estructura institucional» en su conjunto. Sobre este punto, véase: Delgado Rojas (2021, pp. 158-161).

³⁸ Quisiera señalar que esta (posible) ampliación del catálogo de sujetos titulares de derechos no busca romper ni desvincularse de la tradicional «individuación» que le acompaña, sino, más bien, y como se recogió líneas arriba, abro la puerta a la consideración de un marco ampliado y complementario tanto de los derechos como de su esencia (lo humano, la dignidad humana, etc) con el objetivo de plantear un(

«ofrecer» a la sociedad que por el propio valor intrínseco (dignidad, compasión, solidaridad) de estos sujetos o entes (Nussbaum, 2007).

A mi modo de ver, el respeto, la garantía y la promoción del «pluralismo razonable» o del «pluralismo moral» se conservaría mejor si incorporásemos las visiones de aquellas personas o colectivos que han sido históricamente marginados y excluidos del ejercicio político y democrático en general³⁹, lo que resultaría en asumir, en primer lugar, la garantía de un núcleo central de bienes, recursos, necesidades, capacidades, intereses o valores como base para la salvaguarda de la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y de (posibles) acuerdos democráticos. Para ello, definiendo, precisamos de un enfoque centrado más en la solidaridad y la compasión que en el simple beneficio mutuo. Una «moral crítica», indudablemente, se vería reforzada bajo estos presupuestos.

Bibliografía

- Anderson, E. (1999). *What is the Point of Equality?*. *Ethics*, 109 (2), 287-337. <https://doi.org/10.1086/233897>
- Abellán Artacho, P. (2019). Rousseau, democracy, and his ideological intentions: conceptual arrangements as political devices. *Revista de Estudios Políticos*, 186, 45-71. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.186.02>
- Acemoglu, D. y Robinson, J. A. (2014). *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Booket.
- Castel, R. (1997). *La metamorfosis de la cuestión social*. Paidós.
- Cohen, G. A. (2001). *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?* Paidós.
- Constant, B. (2019). *La libertad de los modernos*. Alianza editorial.
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós.

posible) esquema en el que entes como la naturaleza o los animales no humanos pudieran tener derechos. Autores como Montalván Zambrano han dado algunas razones para que ello se produzca, tanto por razones estratégicas como sustantivas. Entre las primeras, apunta lo siguiente: «[...] la concesión de derechos a la Naturaleza requiere que un ser humano, un colectivo humano o una entidad humana ejerza su representación en los tribunales. La cuestión sobre quién debe representar a la Naturaleza en estos escenarios nos permite discutir la exclusividad atribuida al Estado en esta materia. [...] pensar los derechos de la Naturaleza como un imperativo de los derechos humanos, es pensar en un modelo de gobernanza ecológica, local y adaptativa»; y «[...] el concentrar en un único sistema los derechos de la Naturaleza y los derechos de los seres humanos permite evitar conflictos habituales entre jurisdicciones internacionales. [...] Así, enfrentarlos dentro de un mismo tribunal permite un diálogo más fructífero y una mirada más holística respecto de los bienes jurídicos en juego». Entre las segundas, anota que: «Bajo el ecocentrismo la Naturaleza tiene una visión dialéctica, esto es, [...] 1) no discute la existencia de intereses antropocéntricos, es más, los incorpora como parte de las relaciones que se dan en el mundo natural y, de la mano con lo anterior, 2) forma parte de su esencia la tensión entre el ser humano y el resto de la Naturaleza. [...] el ecocentrismo, sin desconocer al antropocentrismo, permite abrir las puertas a otro tipo de discusión en el Derecho, la política y la gestión, donde, en espacios de colisión entre intereses humanos y derechos de la Naturaleza, ya no sea necesario «demostrar que preservar montañas o selvas es útil para el ser humano, o es rentable para las empresas, sino que las fundamentaciones por su valoración intrínseca serán tan importantes como los análisis costo-beneficio de los economistas. [...] En suma, se propone redefinir aquello que entendemos por lo «humano». [...] Dentro de esta nueva posible fundamentación de los derechos humanos, la Naturaleza es un bien en sí mismo porque es un «otro» con el cual me defino. No es ajena a mí, me constituye y construye desde su otredad. Respetar sus intereses, sus fines, es, por tanto, respetar aquella parte de lo humano que se construye en el viaje conjunto con esos otros seres sintientes o no, que posibilitan las redes de vida en las que nos encontramos insertos». Por todo ello, véase: Montalván Zambrano (2023, pp. 263-266). De nuevo, agradezco a Jesús Ignacio Delgado Rojas por advertirme de los posibles riesgos, los peligros y las dudas acerca del reconocimiento de derechos a estos entes, lo que me ha llevado a intentar ahondar un poco más en tal posibilidad.

³⁹ Al estilo de como lo ha hecho, por ejemplo, Villoro (2000).

- De Lora, P. (2023). *Los derechos en broma. La moralización de la política en las democracias liberales*. Deusto.
- Delgado Rojas, J. I. (2021). *Ciudadanía liberal y moralismo legal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dworkin, R. (2003). *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Paidós.
- Gimeno Presa, M. C. (2022). *Derecho y Medio Ambiente en el Antropoceno*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Dianoia: anuario de Filosofía*, 55 (64), 3-25.
- Martínez Dalmau, R. (2018). ¿Han funcionado las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?. *Derecho y Sociedad*, (51), 191-205. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/20868>
- Merayo Fernández, R. (2024). A Study of the Case Law of the European Court of Human Rights on poverty. Conceptualization, the Human Rights Approach, and Case Analysis. *MPIL Research Paper Series*, No. 2024-07. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4740913
- Montalván Zambrano, D. J. (2020). Justicia ecológica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, 179-198. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5272>
- Montalván Zambrano, D. J. (2023). Redefiniendo lo Humano: la protección de la naturaleza en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En D. J. Montalván Zambrano e I. Wences (Eds.), *La justicia detrás de la justicia. Ideas y valores políticos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (259-284). Marcial Pons.
- Moyn, S. (2019). *No Bastan. Los Derechos Humanos en un Mundo Desigual*. Tirant Lo Blanch.
- Nussbaum, M. (2007). *Las Fronteras de la Justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Paidós.
- Pérez Dalmeda, M. E. y Chhabra, G. (2019). Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas. *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, 7 (1), pp. 7-27. <https://doi.org/10.5569/2340-5104.07.01.01>
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice. A revised edition*. Harvard University Press.
- Rawls, J. (2012). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Paidós.
- Rawls, J. (2016). *El Liberalismo Político*. Booket.
- Sen, A. (1990). *Poverty and Famines. An Essay on Entitlement and Deprivation*. Oxford University Press.
- Sen, A. (2021). *Nuevo examen de la desigualdad*. Alianza editorial.
- Villoro, L. (2000). Sobre el principio de la injusticia: la exclusión (VIII Conferencias Aranguren, 1999). *Isegoría*, (22), 103-142. Disponible en: <https://doi.org/10.3989/isegoria.2000.i22.524>
- von Bogdandy, A. (2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, (34), 3-50. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337640285001>
- von Bogdandy, A. y Urueña, R. (2020). Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina. *Anuario de Derechos Humanos*, N° especial, pp. 15-34.
- Young, I. M. (2012). *Responsabilidad por la justicia*. Morata.