Andrés Ollero

Derechos humanos
Entre la moral y el derecho

Universidad Nacional Autónoma de México

DERECHOS HUMANOS
ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 372

Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero
Edición: Gabriel Becerra B.
Formación en computadora: Sara Castillo Salinas

ANDRÉS OLLERO

DERECHOS HUMANOS
ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2007

Primera edición: 2007

DR © 2007, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 970-32-3928-5

CONTENIDO

Presentación XI
Javier SALDAÑA

DERECHO Y DEMOCRACIA

Capítulo primero
TOMARSE LA DEMOCRACIA EN SERIO 3
I. La legitimación del poder político 3
II. Un diagnóstico que lleva a la perplejidad 4
III. Y sin embargo funciona... 5
IV. Una ambiciosa "novedad" 8

Capítulo segundo
LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE EL TÓPICO Y LA UTOPÍA . . . 11
I. Tópicos al servicio de una utopía clandestina 13
II. A la búsqueda de un fundamento: entre escepticismo y razón problemática 16
III. La *inventio* tópica como invitación a recuperar la utopía . . 19
IV. Debate antropológico tras el presunto consenso sobre los derechos humanos 22
V. Cómo poner a salvo de los tópicos a la utopía 26

Capítulo tercero
DERECHO Y MORAL ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO. UN DIÁLOGO CON EL LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS . . . 29

Capítulo cuarto
¿QUÉ PODRÍA SIGNIFICAR HOY "USO ALTERNATIVO DEL DERECHO"? 57
I. La función creativa del juez 57
II. Matar al mensajero en aras de una seguridad ficticia 58
III. Los jueces pierden el juicio 58
IV. Regreso a la jurisprudencia 59
V. Una estrategia de "politización" judicial 59
VI. El pragmatismo descreído 60
VII. La legitimación pendiente 61

Capítulo quinto
EL DERECHO A LO TORCIDO 63
I. Los principios fundamentales del "buenismo" jurídico . . . 64
II. El doble lenguaje del "buenismo" en la teoría jurídica . . . 68
III. "Buenismo": algo más que una estrategia política oportunista 70
IV. El derecho a lo recto como alternativa al "buenismo jurídico" . 71

Capítulo sexto
DEONTOLOGÍA JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS 73
I. Deontología jurídica y moral personal 76
II. Deontología jurídica y moral social 77
III. Deontología y moral positiva 82
IV. Deontología jurídica y derecho 88

LOS DERECHOS COMO CENTRO
DE LA REALIDAD JURÍDICA

Capítulo séptimo
RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD 95
I. La igualdad entre los "valores superiores" 95

II. No discriminación e igualdad ante la ley 98
III. Igualdad en la aplicación de la ley 102
IV. La dimensión activa de la igualdad 106
V. Omnipresencia de la igualdad en nuestra Constitución . . . 109

Capítulo octavo
ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ALGO MÁS QUE RETÓRICA 111
I. La "realidad social" como clave interpretativa 117
II. Un concepto dinámico de razonabilidad 119
III. Jueces sometidos al imperio de la Constitución 123

Capítulo noveno
LA PONDERACIÓN DELIMITADORA DE LOS DERECHOS HUMANOS: LIBERTAD INFORMATIVA E INTIMIDAD PERSONAL 127

Capítulo décimo
LOS LLAMADOS DERECHOS "MORALES" DEL AUTOR EN LOS DEBATES PARLAMENTARIOS 143
I. Un marco constitucional discutido 145
II. De la propiedad intelectual a los derechos del autor 151
III. Unos insólitos "derechos morales" 154
IV. El diseño jurídico de la creación artística 156
V. Unos derechos muy personales 159
VI. La comunicación como criterio interpretativo prioritario . . 163
VII. El discutido alcance de la "comunicación pública" 172
VIII. Derechos del autor y derecho al acceso a la cultura 173
IX. Los derechos del autor en el ámbito europeo y su incidencia en la reciente actividad parlamentaria 174

EL PROTAGONISMO DEL JUEZ

Capítulo decimoprimero
JUZGAR O DECIDIR: EL SENTIDO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL . . . 179
I. Entre oportunismo y frustración 179
II. La actividad jurídica como cobertura formal de una decisión 181
III. El dilema positivista: conocimiento o decisión 184
IV. De la cosa juzgada a la cosa querida 188
V. Un golpe de Estado cotidiano 191
VI. El juez decide qué dice la ley. 194
VII. ¿Qué norma lleva a los jueces a convertir una decisión en norma? 198

Capítulo decimosegundo
EL PAPEL DE LA PERSONALIDAD DEL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO. DERECHO, HISTORICIDAD Y LENGUAJE EN ARTHUR KAUFMANN 201
I. Juez e historicidad del derecho 202
II. El juez contribuye a decir un derecho que es lenguaje . . . 210
III. Un juez descargado de riesgos: tolerancia y "espacio libre de derecho". 225

Capítulo decimotercero
CONTROL CONSTITUCIONAL, DESARROLLO LEGISLATIVO Y DIMENSIÓN JUDICIAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. . 239
I. Exigencias ineludibles sin fundamento conocido 239
II. Dimensión ética del control de constitucionalidad 242
III. La ruptura de la inmanencia legalista 247
IV. Fronteras actuales de la lucha por los derechos humanos . . 251

REPENSAR LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Capítulo decimocuarto
La crisis del positivismo jurídico. Paradojas teóricas de una rutina práctica 255

I. Las paradojas de un derecho sin moral. 257

II. La paradójica seguridad de lo incierto 259

III. Ser y deber. Una invencible afinidad. 261

IV. Derecho positivo y legalidad histórica 265

V. Labor judicial. Método técnico o discrecionalidad política . 269

VI. Normativismo positivista y principios jurídicos 273

VII. Entre voluntarismo arbitrario y prudencia razonable 279

VIII. Ningún derecho natural sin democracia, ninguna democracia sin derecho natural 285

Capítulo decimoquinto
La eterna polémica del derecho natural. Bases para una superación 293

Capítulo decimosexto
Derecho positivo y derecho natural, todavía... 313

I. Diplopía jurídica 313

II. Iusnaturalismo inclusivo 315

III. Leyes *contra natura* 318

IV. Precaución, falacia... 321

V. Críticas a un legalismo compartido 326

VI. No cognitivismo ético y derecho 330

VII. ¿Constitucionalismo iusnaturalista? 332

VIII. Derechos fundamentales con fundamento 335
IX. Rehabilitación de la filosofía práctica 336
X. Jaque al normativismo 338
XI. ¿Porosidad entre derecho y moral?. 341
XII. De la huida de lo "fuerte" a la duda demiúrgica 344
XIII. Lo procedimental como falsa alternativa. 347

Derechos humanos. Entre la moral y el derecho, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 10 de enero de 2007 en J. L. Servicios Gráficos, S. A. de C. V. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 162 kilos para los forros; consta de 1000 ejemplares.

Los derechos, sobre todo los reconocidos como “humanos”, por su carácter fundamental, se han convertido desde la segunda mitad del siglo XX en centro de la reflexión jurídica, superando planteamientos normativistas. Su protección ha llevado a resaltar el papel de los jueces frente a puntos de vista legalistas. Todo ello ha exigido revisar las bases de la teoría jurídica, provocando un cuestionamiento, también desde dentro, de teorías positivistas antes consideradas indiscutibles.

Se hace obligatorio preguntarse qué teoría del derecho habría que suscribir para considerar a tales exigencias como realmente jurídicas y no como mera expresión de buenos deseos morales; si cabe fundamentar los derechos humanos en un consenso arraigado en los tópicos vigentes, o si, por el contrario, es preciso reconocerles una dimensión utópica que obligaría a desbordarlos.

El autor se ha ocupado de todo ello, a lo largo de los últimos veinte años, en los trabajos aquí recogidos, particularmente sensibles a problemas suscitados por exigencias de la igualdad jurídica, la libertad de expresión o los derechos del autor.

ISBN 970-32-3928-5
9 789703 239283

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNAM

www.juridicas.unam.mx

PRESENTACIÓN

Es un honor para mí hacer la presentación del primer libro publicado en México de uno de los profesores más destacados en el área de filosofía del derecho de lengua castellana, y uno de los más importantes catedráticos de dicha área en la universidad española, me refiero a Andrés Ollero Tassara. Hacerlo constituye además un placer, no sólo por la amistad que nos une de hace ya algún tiempo, sino también por lo gratificante que suele ser para el espíritu leer temas tratados con gran profundidad y amplitud de conocimientos, características ambas tan ausentes en buena parte de libros y artículos publicados en uno y otro lado del Atlántico.

El libro que ofrece hoy el profesor Andrés Ollero se compone de cuatro partes, divididas en dieciséis capítulos específicos. Cada una de éstas trata lo que podríamos llamar los "tópicos más importantes" en el concierto de la filosofía jurídica, igual en el mundo continental europeo que en el ámbito anglosajón. No voy a explicitar el vasto y rico contenido de cada uno de los capítulos que componen el trabajo, no es el objeto de unas palabras de presentación; intentaré, en cambio, hacer una reseña muy general de esos "tópicos" filosófico-jurídicos que, si he interpretado bien, constituyen los argumentos centrales del libro del profesor Ollero. Aunque, evidentemente, una mala interpretación de su obra es sólo responsabilidad de quien escribe estas líneas.

Pienso que uno de los argumentos base desde donde ha de comprenderse la visión de la filosofía jurídica asumida por el profesor Ollero es, sin duda, la de un fuerte cuestionamiento del positivismo jurídico, y consecuentemente, la puesta en evidencia de su más profunda crisis. Para algunos, el derrumbe de la metodología positivista se puede ubicar perfectamente a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial,[1] para otros, el

[1] Baste recordar la posición crítica que Dworkin asumiría contra el positivismo jurídico a partir de la década de los sesenta, a través, entre otros, de su clásico libro *Taking rights seriously*, Massachussets, Harvard University Prees, 1978, *passim.* Sobre este argumento, y dentro de la bibliografía mexicana más reciente, Serna, P., *Filosofía del dere-*

desplome de dicho modelo pudo incluso producirse mucho antes de esta fecha.[2] De cualquier forma, lo que hoy es una verdad innegable es que el positivismo jurídico se encuentra en declive, no solamente a nivel teórico e ideológico, sino también como propuesta metodológica (para emplear la trilogía de Bobbio). Esta idea que se presenta como novedosa, y en un cierto sentido lo es en culturas tan normativistas y formalistas como la mexicana, ha sido una de las propuestas mejor argumentadas del profesor Ollero desde hace mucho tiempo. Por eso creo que no se comete ningún error si se señala que es precisamente a partir de este argumento central desde donde uno puede comenzar a asomarse a la filosofía del derecho del profesor Andrés Ollero. Y es precisamente esta tesis la base desde donde aborda igualmente el análisis de otras disciplinas prácticas.

Ahora bien, ¿dónde se fundamenta dicha crítica? En Ollero la respuesta a la anterior pregunta es relativamente fácil de contestar, a saber, en su profunda y clara visión realista del derecho, o, por mejor decir, en la concepción iusnaturalista que tiene del mismo. El profesor Ollero, como jurista que es, se da cuenta que el derecho, al menos en el que nos hemos formado y que por desgracia sigue enseñándose en nuestras facultades, no puede seguir estando exclusivamente fundado en la ley, y mucho menos puede seguir siendo ésta sólo el producto de una voluntad, por más soberana que sea. Este último argumento resulta especialmente significativo si consideramos que quien lo formula ha sido durante más de diecisiete años parlamentario del Congreso español de los Diputados tras la transición democrática. Se esperaría que su posición fuera la de defensa a ultranza del legalismo, pero Andrés es más científico que político. En suma, para el profesor Ollero, la racionalidad del derecho pasa por asumir una visión mucho más amplia de la pura imposición estatal de las normas. Pasa por hacer suya la *practicidad* del derecho vivo, del derecho en acción. Para esto, siempre ha creído que el saber jurídico encierra inevitablemente una labor interpretativa, es decir, la necesaria tarea hermenéutica de aquello que se designe bajo la expresión *derecho*, y en el positivismo legalista, de la ley. En este punto el profesor Ollero está convencido de

cho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas, México, Porrúa, 2006, pp. 13-59.

[2] Así, por ejemplo, para Recasens Siches el positivismo jurídico, como teoría dominante, fue sólo un acontecimiento efímero, pronto superado. Es 1880 la fecha en que comienza su decadencia, consumándose ésta en el primer decenio del siglo XX. *Cfr.* Recasens Siches, L., *Introducción al estudio del derecho*, 8a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 277.

que sin una tarea hermenéutica o de interpretación, el derecho o la ley se quedarían como algo inconcluso, inacabado, como ingenuamente había pensado el positivismo jurídico con todo y sus modelos de interpretación. Por eso Andrés Ollero no concibe el saber jurídico sin una tarea hermenéutica, indispensable para una comprensión cabal del mismo.

En este contexto, quien sin duda juega un papel relevante en la interpretación del derecho es el juez, no porque se considere que los otros miembros de los poderes respectivos, los juristas de a pie, o doctrinarios, estén impedidos para llevar a efecto una labor hermenéutica; todo lo contrario, la interpretación se exige tanto en la creación de las normas como en el análisis de cualquier expediente, pero es el juez quien realiza la auténtica función jurídica, pues es, nada menos y nada más, quien dice lo que el derecho es, en definitiva, quien determina lo justo de cada quien en el caso concreto a partir de unas exigencias objetivas de justicia. Es claro que desde estas coordenadas debemos considerar como algo superado la imagen tan reduccionista que se tuvo del juez, dibujado por Montesquieu bajo la expresión según la cual éste no era otra cosa sino sólo "*la bouche de la loi*". El juez desempeña ahora un papel fundamental al determinar lo justo, y tal determinación no se podría lograr sin una ineludible tarea de interpretación que necesariamente lo coimplica, tal y como ha señalado A. Kaufmann.

Esta caricatura del juzgador y de su labor mecanicista de interpretación que el mismo Bobbio habría de reprochar, se derrumbó ante la realidad presentada por el derecho vivo, el derecho de los tribunales, el cual evidenció que la pura *aplicación* mecanicista de la ley al caso concreto era una ficción. El juez no sólo subsume los hechos a la ley previamente establecida; esto es algo que sólo podía ser presumido desde posiciones ingenuas. En realidad, el juez se ve forzado a llevar a efecto una labor hermenéutica a lo largo de todo el proceso judicial, lo mismo en la valoración de los hechos, que en la elección de la norma que ha de aplicar, concluyendo dicha tarea en la propia sentencia judicial. ¿Desde dónde lleva a efecto dicha labor? Sin duda de criterios jurídicos, aunque no necesariamente legales, podríamos decir *pre-legales*, los cuales necesitan ser positivizados o determinados por el propio juez.

Admitido el razonamiento anterior, habrá entonces que aceptar, como el mismo profesor Ollero siempre ha propuesto, que a más de que dicha explicación cuestiona fuertemente el modelo de interpretación heredado por el positivismo jurídico, abre la puerta a la posibilidad de considerar si acaso es posible contar con elementos igualmente jurídicos que orien-

ten dicha labor hermenéutica, los cuales tengan la capacidad suficiente de controlar tanto la arbitrariedad estatal expresada en disposiciones injustas, como la pura voluntariedad del juzgador establecida en sentencias arbitrarias.

Lo anterior nos coloca de lleno en otro "tópico" estudiado a profundidad por Andrés Ollero —es lo que se considera el corazón del debate filosófico-jurídico—, nada menos que en la discusión de las posibles relaciones entre el derecho y la moral. En torno a esta relación se desarrolla lo que probablemente sea el bastión más fuertemente defendido por el positivismo jurídico en su disputa con el derecho natural.

Enraizada en la tradición positivista de Bentham y Austin, la línea divisoria entre el derecho (por supuesto, el positivo) y la moral se encuentra perfectamente delineada, estableciéndose en forma categórica la separación entre el derecho que *es*, por un lado, y el derecho que *debe ser*, por el otro. Así, para un positivista, la validez jurídica de una norma no implica su validez moral, o a la inversa: la validez moral de una norma no implica su validez jurídica. En la misma tradición positivista, pero ahora contemporánea y analítica (Hart y Raz), se explicaría tal argumento admitiendo que entre ambos ordenamientos existen, sin duda, diversidad de conexiones que suelen presentarse de diversas formas, como por ejemplo las de carácter político, histórico o lingüístico; sin embargo, es una exigencia positivista que ni conceptual ni lógicamente puede haber vinculación necesaria entre ambos ordenamientos. Y si acaso la hubiera, ésta sería sólo de carácter contingente, pero nunca imperiosa.

El anterior argumento resulta falaz si lo confrontamos nuevamente con la realidad que presenta el derecho vivo. En éste, los protagonistas del derecho, es decir, los jueces, al llevar a cabo una necesaria labor hermenéutica, echan mano de elementos que no se presentan como meras exhortaciones morales, sino que siendo jurídicos en el sentido más estricto de la expresión, como la justicia y la equidad, orientan su labor y a la vez limitan su subjetividad, ayudándoles a resolver el problema planteado. Estos elementos, que en el debate contemporáneo suelen presentarse bajo el rubro de "principios jurídicos", han ocupado desde siempre un lugar preponderante en la decisión judicial, y de hecho hoy nadie negaría, en su sano juicio, que los mismos son empleados en el razonamiento judicial. De modo que buscar la respuesta justa al caso concreto (tarea central de los jueces), acudiendo para ello a estándares convencionales y jurídicos, siendo éstos

racionales, nos evidencia realmente la articulación necesaria entre exigencias éticas y jurídicas.

En esta necesaria vinculación mucho ha tenido que ver el tema de los derechos humanos, asunto al que igualmente el profesor Andrés Ollero ha dedicado gran parte de su producción intelectual, tomando distancia de la consideración que el positivismo jurídico tiene de éstos. Para los autores positivistas estos derechos no son derecho en sentido estricto, porque no puede haber ningún tipo de derecho ni antes ni fuera del Estado. Los derechos humanos sólo pueden alcanzar su real juridicidad cuando una norma de derecho positivo estatal así lo establece, proveyendo además los medios para hacerlo efectivo; tales medios vienen constituidos generalmente por el conjunto de garantías procesales que resguardan su efectivo cumplimiento, y la eventual imposición de sanciones ante la violación de los derechos.

En rigor, la visión que los positivistas tienen de los derechos humanos es muy reducida, como casi toda su visión sobre el derecho. Si aceptamos sin miramientos que los derechos humanos son sólo expresión de la voluntad estatal, entonces tenemos la patente para convertir en jurídico casi cualquier cosa, esto es, lo que a la voluntad del gobernante en turno se le ocurra que sea derecho, eso será, independientemente de que se puedan afectar bienes tan básicos para la convivencia humana como la vida, la libertad, la igualdad, etcétera. En este punto la historia nos proporciona la mejor muestra de que lo dicho no es un sin sentido.

El problema central es que el positivismo jurídico se encuentra imposibilitado para admitir, desde sus postulados epistemológicos, ideas imprescindibles para la justificación de los derechos humanos como, por ejemplo, la dignidad de la persona humana. En consecuencia, un positivista auténtico rehuiría al dilema que plantea ofrecer una respuesta al problema del fundamento de los derechos humanos, simplemente porque para ellos no existe ningún fundamento que no venga determinado por lo que la norma objetiva de derecho positivo establezca, o, en el mejor de los casos, por lo que proponga alguna forma de transubjetividad, sea dialógica, consensual o procedimental. Pero los derechos del hombre evidencian que al ser humano, a todo ser de la especie *homo sapiens*, le son inherentes una serie de bienes que no pueden ser producto de la concesión estatal, y que tampoco pueden ser transgredidos por el poder político, porque violentarlos acarrearía graves injusticias. La realidad vuelve a im-

ponerse, pues ésta nos demuestra que tales bienes existen previamente al derecho positivo, que son anteriores a cualquier regulación estatal, y que su violación haría de tal un régimen antidemocrático y tiránico. Estos bienes son los derechos humanos, corolario directo e inmediato de la dignidad de la persona humana.

La propia dignidad de la persona y los derechos que la componen supone el ejercicio de éstos en un estado democrático. Esto parece que hoy no admite disputa alguna; lo que sí pareciera objeto de una consideración más profunda es preguntarse por el tipo de democracia que se requiere para que la dignidad humana pudiese expresarse en toda su plenitud. Sin duda, este es otro "tópico" desarrollado amplia y rigurosamente por el profesor Ollero. Hasta ahora, sólo un modelo democrático es el que con mayor fuerza se ha privilegiado, el procedimental o formal, llamado así por estar basado exclusivamente en las reglas formales o procedimentales del juego democrático, principalmente, aunque no en forma exclusiva, en el principio de mayoría, sin ninguna referencia a criterio material alguno, y menos si éste se presenta como objetivo. En esto, Kelsen es especialmente claro, para él "no existe un bien común objetivamente determinable".[3] De modo que en la democracia experimentada, hasta hace relativamente poco tiempo, importaban más los medios, esto es, las reglas del juego democrático, que cualquier contenido que la sustentase, o conjunto de fines que con ella se pretendiera alcanzar.

Sin embargo, como el propio profesor Ollero ha propuesto, el modelo anterior ha sucumbido igualmente ante la fuerza de la realidad. Si no hay un criterio jurídico objetivo que oriente la participación política de los ciudadanos en la consecución del bien común, ¿cómo se podría justificar la cohesión de tal comunidad política y los fines comunes que justifican su propia existencia?, ¿cómo se justificaría la obligación de respetar la dignidad de las personas y los derechos que le son inherentes si es que éstos son tomados en serio? Por eso el profesor Andrés Ollero ha propuesto siempre hablar de una *legitimidad democrática*, que no sólo se base en el respeto de las reglas democráticas puramente procedimentales, sino que además esté "abierta a la búsqueda de valores objetivos y consistentes, y una capacitación personal para su propuesta, argumentada y respe-

[3] Kelsen, H., "Fundations of Democracy", *Ethics*, *LXVI*, 1995. Existe una traducción al castellano de J. Ruiz Manero, "Los fundamentos de la democracia", *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1998, p. 209.

tuosa con otras discrepantes".[4] En definitiva, es la apuesta por contenidos jurídicos objetivos para la democracia, ya no sólo formales o meramente "morales". Éste es el sentido indicado por la propia Constitución Española, por ejemplo, en el artículo 1o., que en su primer párrafo establece que: "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". O el artículo 10 del mismo texto fundamental, que también en su primer párrafo establece que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". Negar que los valores anunciados en estos artículos, y en otros más (artículo 53, por ejemplo), sean jurídicos, es negar igualmente el carácter jurídico de la Constitución, postulado que sería la más absurda de las retóricas.

Como se puede ver, el derecho para el profesor Andrés Ollero no plantea la falsa disyuntiva de elección entre el derecho natural y el derecho positivo. Asumir uno u otro es en el fondo casarse con un fantasma, simplemente porque como el mismo profesor Ollero ha señalado: "no existe un derecho natural puro con el que haya de quedarse, ni tampoco un derecho positivo puro". Lo jurídico consistiría en un continuo proceso de positivación de exigencias objetivas de justicia que reclaman dicha positivización jurídica, la cual se da a través de un proceso hermenéutico por el que se llega a determinar lo justo del caso concreto, con las características, peculiaridades y circunstancias históricas de tal problema. No es así resignarse con lo "puesto" y suspirar por lo "deseable", sino, como lo señala Ollero, "disponerse a conocer una verdad práctica inevitablemente «por hacerse»".[5] Desde aquí, entonces, resulta justificada su afirmación de que "sólo es derecho el derecho positivo"; sentencia que resulta muy polémica, incluso para los iusnaturalistas.

En fin, lo hasta aquí expuesto no ha tenido otra intención que destacar algunos, sólo algunos, de los muchos "tópicos" tratados por el profesor Ollero a lo largo de su prolífica vida académica, y que encuentran una explicación más profunda y detallada en el libro que el lector tiene en sus manos. Como se puede comprobar a través de una rápida lectura por

[4] *Infra*, p. 7.
[5] *Infra*, p. 307.

el índice, se han dejado en el tintero muchos temas más, pero se ha hecho deliberadamente para que el lector atento y riguroso se acerque a la lectura del libro sin prejuicios ideológicos, con la certeza firme de que en el trabajo encontrará un verdadero compromiso con la búsqueda de la verdad, hecho con firmeza, y, sobre todo, con mucha inteligencia.

Javier SALDAÑA
Ciudad Universitaria, noviembre de 2006

Capítulo primero
TOMARSE LA DEMOCRACIA EN SERIO 3
I. La legitimación del poder político 3
II. Un diagnóstico que lleva a la perplejidad 4
III. Y sin embargo funciona... 5
IV. Una ambiciosa “novedad” 8

CAPÍTULO PRIMERO

TOMARSE LA DEMOCRACIA EN SERIO

Pocos ciudadanos admitirían que no se toman la democracia en serio. Todo parece indicar, sin embargo, que tan buena intención no resultará viable contando sólo con entusiasmos democráticos personales o con el miedo a desentonar en el ambiente circundante.

Es preciso preguntarse en qué medida nuestra realidad social de hoy refleja las condiciones en que el esquema clásico de legitimación democrática se apoyaba. Habría que preguntar también a los sociólogos en boga si proponerse su recuperación efectiva resulta compatible con el oportuno funcionamiento de una sociedad posindustrial. Quizá todo ello nos lleve a concluir que tomarse la democracia en serio obliga a abandonar el abrigo inconsciente de los tópicos para asumir, en toda su exigencia, una novedosa y lúcida utopía.

Invitar a reflexionar sobre ello a un buen número de universitarios fue la intención de las siguientes líneas que sitúan en paralelo cinco notas del esquema democrático de legitimación política, un diagnóstico sobre su cumplimiento actual, una valoración sobre la conveniencia de alterar tal situación y algunas sugerencias sobre la utopía capaz de lograrlo.

I. LA LEGITIMACIÓN DEL PODER POLÍTICO

1. El esquema de legitimación política teóricamente vigente en las sociedades democráticas pretende fundarse en mecanismos de auto obediencia. No podrían establecerse decisiones vinculantes sin contar con la participación de los ciudadanos; es lo que les distinguiría de los meros súbditos.

2. La dignidad humana, que es la que justifica esa indispensable participación, encuentra su principal ámbito de creatividad en el ejercicio efectivo de su capacidad racional, concretado en la capacidad de discernimiento y crítica de la realidad social circundante.

3. Esta capacidad reflexiva de los ciudadanos se traduce en el juego práctico de una opinión pública, que les permite contrastar sus opiniones y sentar los cimientos de un posible consenso. De ahí la especial protección constitucional de que gozan los derechos (libertad ideológica y religiosa, de expresión y de información) con cuyo ejercicio se alimenta dicho juego.

4. Ese debate social, previo a la entrada en acción de los mecanismos estatales, ha de convertirse en el eje de la orientación política de la convivencia ciudadana.

5. El funcionamiento de los poderes del Estado, así como el contenido de la normativa jurídica (que, por una parte, es su resultado y, por otra, lo condiciona) debe ser fiel reflejo de ese consenso social.

II. Un diagnóstico que lleva a la perplejidad

6. Nuestra sociedad se caracteriza por un beneficioso aumento de las posibilidades de acceso a la cultura (muy superiores hoy a las existentes en el momento de consolidarse el citado modelo), así como una multiplicación de las fuentes de información disponibles. Sin embargo, experimenta el simultáneo avance de un intenso hedonismo, que lleva al individuo a cerrarse, replegándose en sus preocupaciones particulares y desinteresándose por lo público, hasta dar paso a lo que se ha calificado como "emigración sicológica", con lo que lleva consigo el empobrecimiento colectivo. El consumismo predomina sobre la creatividad en sus diversas facetas, empujando a actitudes pasivas y gregarias (incompatibles con lo apuntado en 1).

7. El predominio de la receptividad pasiva —respecto a la creatividad, capaz de alimentar un discernimiento crítico— se traduce en una obsesión superficial por lograr el mayor acopio de información, descuidando una formación profundizadora, que pueda ofrecer las claves para asimilar y organizar sus contenidos (en contraste con lo apuntado en 2).

8. Se experimenta una auténtica dependencia del ciudadano respecto a los medios de comunicación, con una especial incidencia de los impactos auditivos (radio) y visuales (TV) en relación a los que —como la prensa— pueden dar paso a una mayor capacidad de reflexión. Como consecuencia, resulta posible proceder a una auténtica manufactura del consenso social, con unas inevitables consecuencias en cascada (paralelas a las señaladas en 3).

9. La actividad política se va alejando del ciudadano, a la vez que se profesionaliza y tecnifica. Avanza, a la vez, una identificación de lo público con lo estatal, mientras la iniciativa social queda marginada en el ámbito de lo privado. Acaba entendiéndose por "político" lo vinculado a burocracias paraestatales. Mientras, la contraposición privado-público adquiere tintes maniqueos; concediendo a lo segundo (entendido como estatal) el monopolio de la aspiración a lo general, se considera a lo privado irremisiblemente condenado a la defensa de particularismos de dudosa legitimidad. Crece el esqueleto estatal mientas se atrofia la musculatura social, contribuyendo a una política que acaba encerrando una dependencia disfrazada de libertad. El ciudadano, presunto sujeto de la actividad política, acaba, en la práctica, sujeto a la política (también cuando pretende ignorarla) y reducido a súbdito. El debate social (aludido en 4) se convierte en ilusorio.

10. El derecho —que, en teoría, estaba destinado a reflejar las expectativas sociales y servirles de cauce— acaba actuando como una técnica de aprendizaje capaz de domesticar al ciudadano, enseñándoles a esperar sólo aquello que va a recibir. No hay duda de la eficacia del sistema para evitar frustraciones; sobre todo si se tiene la precaución de fabricar desde el poder el consenso social más oportuno para cada circunstancia. Que todo ello sea compatible con lo apuntado arriba (en 5) es más dudoso.

III. Y SIN EMBARGO FUNCIONA…

11. La clara discrepancia entre las exigencias del modelo de legitimación política, teóricamente vigente, y la efectiva práctica social parece invitar a su replanteamiento. O se le sustituye —estimando que no es necesaria la participación del ciudadano para que el ejercicio del poder político pueda considerarse legítimo— o se ensayan nuevas formas que hagan posible dicha participación en una sociedad muy distinta de la que vio nacer tal modelo. No falta, sin embargo, otro enfoque que —sorprendentemente— lleva visos de prevalecer: la situación actual sería satisfactoria, por su especial funcionalidad. Intentar llevar a la práctica los mecanismos de auto obediencia (*crf*. 1 y 6), en una sociedad de creciente complejidad, sería tan absurdo como pretender mantener en ella esquemas tribales (tal piensa, por ejemplo, el sociólogo Niklas Luhmann al proponer su "funcionalismo sistémico").

12. La dignidad humana (*cfr*. 2 y 7) parece —retóricas aparte— archivada. Predomina un enfoque cuantitativo del progreso humano. Lo decisivo es tener más posibilidades de acción, con independencia de que nos ayuden o no a ser más humanos. El único problema será ayudar a reducir la creciente complejidad de las alternativas en juego, para evitar una perplejidad disfuncional. Todo criterio cualitativo debe cumplir sólo esa función estratégica, sin rechazar *a priori* —apelando, por ejemplo, a una ética objetiva— ninguna posibilidad.

13. Lo anterior excluye la admisión de cualquier valor objetivo o dotado de fundamento consistente; quines lo propongan serán convenientemente tachados de "fundamentalistas", emparentándolos así con los personajes más incompatibles con el modelo de legitimación política vigente. Más drástico aún será —en nombre del laicismo— el rechazo de tales propuestas si son sospechosas de enraizar en convicciones religiosas. No se trata de defender la libertad ideológica y religiosa (*cfr*. 3 y 8), sino de expulsar de lo público toda referencia religiosa. Cuando al final se prohíbe, por ejemplo —en nombre de la neutralidad—, llevar velo, el fenómeno no admite ya disimulos: el laicismo ha dado paso a un peculiar Estado confesional.

14. Llega a defenderse expresamente un vaciamiento y ritualización de las formas democráticas, que más que servir de cauce a viejas exigencias de la dignidad humana, deben facilitar que no lleguen a ser planteadas e insensibilizar respecto a ese déficit. En el modelo original, las exigencias de legitimación política imponían (a su servicio) determinados procedimientos democráticos; ahora se postula una legitimación por el procedimiento (Luhmann), ya que es éste el que fabrica aquélla. Si con ello se pretendiera describir los actuales procesos electorales, faltos de debate y explicitación de programas y basados en técnicas publicitarias, el planteamiento resulta sugestivo. Lo que se propone, sin embargo, es una valoración positiva del fenómeno, dado su óptimo rendimiento funcional; recuperar el modelo inicial (*cfr*. 4 y 9) sería, por el contrario, arcaico y perturbador.

15. El derecho debe desvincularse de los valores (tanto más si se pretenden objetivos), aunque su invocación siga formando parte de sus formalismos, porque facilita su funcionamiento en la sociedad. La dimensión "ideológica" (falseadora de la realidad social) del derecho deja de ser motivo de escándalo. El marxismo la denunciaba para criticar la existencia del derecho; el funcionalismo considera decisivo conservar el de-

recho, precisamente porque cumple tal labor de legitimación ficticia. El vaciamiento del papel encomendado al derecho (*cfr*. 5 y 10) encierra una estrategia llena de despotismo ilustrado: el derecho cumple su función social gracias a que los ciudadanos no son conscientes de su auténtico funcionamiento y lo consideran al servicio de unos valores a los que realmente es ajeno.

16. ¿Resulta obligado secundar esta apología de la conversión del modelo de legitimación política en mera ficción? ¿Habría que proceder a diseñar uno nuevo? Quizá la más ambiciosa y radical novedad consistiera en plantearse en serio llenar de contenido las formas clásicas de la participación democrática. Sería preciso, para ello, partir de la dimensión social de cualquier proyecto humanista. Esto implica el rechazo de todo repliegue individualista, que lleve a cerrarse a la preocupación por lo público, así como la rebeldía a todo gregarismo colectivista, que la transfiera —cómoda o resignadamente— al Estado y sus usufructuarios eventuales o permanentes. Para romper la actual situación (*cfr*. 1, 6 y 11) resulta inevitable avanzar contra corriente, en una sociedad en la que se entiende por tiempo "libre" aquel en el que nos es dado desembarazarnos de los otros, o en la que se apela a la solidaridad para proponer situaciones en las que se da una mera coincidencia pasiva con los demás y no una efectiva coexistencia personal.

17. Condición de lo anterior será una primacía de la cultura (entendida como cultivo del ser y afán de aspirar a lo mejor) sobre el consumo (que empuja a un ciego tener más). Sin el fundamento práctico de esa vida digna del hombre, que potencia su creatividad, toda participación (*cfr*. 2, 7 y 12) resultaría ficticia o estéril.

18. Para enriquecer el debate democrático resulta imprescindible mantener abierta una búsqueda de valores objetivos y consistentes, y una capacitación personal para su propuesta, argumentada y respetuosa con otras discrepantes. Sólo así se podrá evitar la dictadura del vacío, que pretende imponerse a todos como convicción obligada en nombre de su supuesta "neutralidad". La incesante búsqueda de la verdad y el continuo ejercicio de un discernimiento crítico, que ponga a salvo de la manipulación técnicamente programada, han de ser el motor de una utopía creativa: lograr una sociedad más humana, luchando para ello contra los tópicos interesadamente manufacturados. Esa recuperación de una opinión pública (*cfr*. 3, 8 y 13) que merezca tal nombre será inviable mientras sus presuntos protagonistas dediquen más horas a la televisión que a la lectura…

IV. Una ambiciosa "novedad"

19. Por más que busquemos la verdad, nunca la lograremos tener del todo, ya que siempre se mantendrá abierta a un incitante cultivo. Esta cultura ha de asumir la dimensión social ya apuntada: el que está convencido de tener la verdad puede sentir la tentación de imponerla —coactivamente— al ignorante; el que se sabe empeñado en su cultivo siente la necesidad de abrirse a una argumentación, que ponga a prueba sus logros y permita contar con la colaboración de los demás en tan decisiva búsqueda. Se tejerá así un debate social pre-político, decisivo para la operatividad de la verdad y para el destierro de toda violencia. Tal debate resulta incompatible con la reducción de la política al simple juego de los poderes del Estado (*cfr*. 4, 9 y 14) e impedirá que éstos puedan instrumentalizar a su antojo a la sociedad, al servicio de los intereses particulares de los que los usufructúan. Se hace imprescindible una revitalización del dinamismo asociativo, para devolver a las formas democráticas su papel de cauces de creatividad.

20. Difícilmente podrá satisfacer el derecho su aportación a la legitimación política si no se recuperan efectivamente las exigencias de la división de poderes.

Para evitar una desvirtuación de función social de lo jurídico (*cfr*. 5, 10 y 15) hay que propiciar un mayor acercamiento del Poder Legislativo a los ciudadanos. Sin perjuicio de la posible eficacia de determinadas reformas de la normativa electoral, ello depende en mayo medida de un aumento del control de los ciudadanos sobre sus representantes, exigiéndoles con efectividad una particular ejemplaridad ética. La descalificación global e indiscriminada de la clase política —eficaz, sin duda, como desahogo— acaba confiriéndole, paradójicamente, una patente de corso: admitido que los políticos son unos sinvergüenzas, no tiene mucho sentido pretender que se comporten de otro modo, ni que aspiren a serlo los que no se consideren capaces de asumir tan ardua condición. Desde la sociedad ha de surgir una presión que frene la transferencia práctica al Poder Ejecutivo de las responsabilidades sobre la creación del derecho. Tanto un parlamento convertido en guiñol manejado por el gobierno como un aumento desmesurado de la discrecionalidad de la administración ponen en peligro la legitimación del ejercicio del poder político.

Conviene que el ciudadano no olvide, por último, que la ley no es punto final del dinamismo jurídico. Cuando esto ocurre, la polémica social se

centra en torno a determinados proyectos legislativos, cobrando a veces notable vitalidad, para empujar a la pasividad y la frustración, una vez que el proyecto se convierte —pese a todo— en ley. Al igual que la efectividad social del derecho se produce gracias a la labor del Poder Judicial, es decisivo que cuente para ello con pistas sociales a la hora de interpretar los textos legales. El juez —obligado a realizar tal labor "de acuerdo con la realidad social del tiempo en que se aplica" la norma— se verá obligado a actuar a tientas si le rodea una sociedad que "ha perdido el juicio", por considerar que —promulgada la ley— terminó ya el debate político.

Capítulo segundo
LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE EL TÓPICO Y LA UTOPÍA . .
I. Tópicos al servicio de una utopía clandestina 13
II. A la búsqueda de un fundamento: entre escepticismo y razón problemática 16
III. La *inventio* tópica como invitación a recuperar la utopía . . 19
IV. Debate antropológico tras el presunto consenso sobre los derechos humanos 22
V. Cómo poner a salvo de los tópicos a la utopía 26

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE EL TÓPICO Y LA UTOPÍA

Tanto el cuadragésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que —cumplido el pasado mes de diciembre— ha motivado estas Jornadas, como el segundo centenario de la Revolución francesa —conmemorado en el cercano mes de julio— animan a un balance sobre el alcance histórico de la lucha por un reconocimiento político y una garantía jurídica de las exigencias fundamentales de lo humano.

La lucha por los derechos humanos aparece históricamente con caracteres de utopía social. La mueve el afán por lograr objetivos que desbordan el marco consolidado por los tópicos socialmente vigentes. Es un duro esfuerzo protagonizado por minorías, tan convencidas de su verdad como para aspirar a conquistar la aceptación de la mayoría, insensible hasta ese momento respecto a dichas exigencias. El balance es, sin duda, positivo. No ha dejado de constatarlo —dentro de un diagnóstico de la sociedad actual no exento de sombras— quien hoy es universalmente reconocido como la voz más autorizada en defensa de lo humano: entre los "aspectos positivos" de nuestro momento histórico, "el primero es la plena conciencia, en muchísimos hombres y mujeres, de su propia dignidad y de la de cada ser humano", expresada "en una viva preocupación por el respeto de los derechos humanos y el más decidido rechazo de sus violaciones".[1]

Esta conversión en tópico social indiscutido de no pocas de las exigencias de tan trabajosa utopía es, sin duda, el mejor homenaje histórico a sus convencidos impulsores. Se aceptan como verdades éticas exigencias no hace mucho consideradas irrealizables, inoportunas, inconcebibles o simplemente ridículas. Pero la conversión de la utopía en tópico no deja de llevar consigo riesgos, dada la ambivalencia de lo que, por in-

[1] Juan Pablo II, *Sollicitudo rei socialis* (30 de noviembre de 1987), 26.

discutible, llega a darse por supuesto.[2] Los tópicos tienden a convertirse en punto final de una utopía autosatisfecha, erigiéndose así en nido de gérmenes de su posible degeneración. Lo que era conciencia consolidada por su generalización suele acabar jugando como factor de insensibilización acrítica; el resultado de la utopía progresista puede actuar luego, hecho tópico, como blindaje reaccionario que impide mantenerla abierta.

La utopía degenerada en tópico se cierra al alumbramiento de nuevas "generaciones"[3] de derechos, que hagan aparecer como dignas de reconocimiento y garantía exigencias incumplidas de lo humano. A la vez, frena la efectiva generalización de sus aspectos más primarios y elementales. Ni siquiera derecho tan básico como el de la vida queda a salvo; porque los tópicos insensibilizan cuando, de modo ostensible, se lo niega a los presuntos portadores de vidas indeseadas, indeseables o meramente improductivas; ya se trate del inocente no nacido, del culpable de delitos que piden venganza o del enfermo terminal cuya situación se estima (sin contar necesariamente con él) insoportable. No digamos nada si lo que se plantea es el derecho al trabajo. Su carencia se pretende suplir subisidiadamente con fórmulas que, aunque se disfrazan pomposamente de "Estado de bienestar", consolidan a veces un lamentable "Estado de beneficencia", incompatible con el ejercicio de libertades políticas elementales, dado el obligado clientelismo que deriva de este "generoso" desborde de tan paternal Estado.

La ambivalencia del tópico cobra aún más relevancia cuando, en vez de ser considerado como constatación histórica de una utopía con fundamento, reclama para sí el papel de fundamento de la utopía.[4] Tal ocurre porque el horror a lo metafísico lleva a buscar en un supuesto consenso

[2] Un expresivo cuadro del juego de estos tópicos en Massini, C. I., "Los derechos humanos en debate", *Los derechos humanos*, Mendoza, 1985, pp. 112 y ss. ¿Nos obliga esta evidente instrumentalización ideológica a certificar su falta de realidad? M. Villey dedicó un agudo tratamiento histórico a intentar convencer de ello: *Le droit et les droits de l'homme*, París, 1983.

[3] Entre las múltiples referencias a esta tipología histórica, recientemente, Ara, I., "Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática", en Muguerza, J. *et al*., *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por G. Peces-Barba, Madrid, 1989, pp. 57 y ss.

[4] A la imposible tarea de fundamentar sobre los tópicos vigentes una utopía hemos aludido en nuestro trabajo "Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía", *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 134; otras referencias en el mismo volumen, pp. 163 y 167.

actual su fundamentación imprescindible para no condenarse al absurdo juego de postular unos derechos fundamentales sin fundamento. Pretender basar en un presente estabilizado las urgencias del futuro es como empeñarse en saltar sobre la propia sombra. Coherentemente, se estaría proclamando con plena autosatisfacción el fin de la historia, una vez consumada la utopía. Con frecuencia no ocurre así, sino que se sigue invitando a un "progreso" que, paradójicamente, tendría su asiento en lo ya consumado. En estos casos la propuesta utópica no se cierra, pero sí el debate sobre sus perfiles y la exhibición razonada de su fundamento. El tópico acaba sirviendo a la utopía, además de como aparente fundamento, como blindaje acrítico. El tópico —presuntamente expresivo de un consenso histórico— acaba encubriendo inconfesadas distinciones entre una historia "verdadera" (portadora de gérmenes de progreso) y otra "falsa" (descalificada por sus desviaciones ilegítimas o reaccionarias); sin explicitar quién, y por qué, es el competente para realizar tan decisivo discernimiento, o negando sin más —tácitamente— tal competencia al discrepante por el mero hecho de serlo.

Cumplido por el tópico su positivo papel de constatación histórica, se hace indispensable neutralizar reflexivamente una doble instrumentalización: la que cercena una lucha sin posible final y la que pretende continuarla sin abrirla a una argumentación capaz de generar un real consenso, auto adjudicándose la interpretación del progreso en línea con el más rancio despotismo ilustrado. Parece obligado, pues, detectar qué tópicos socialmente vigentes pueden estar cumpliendo esta función negativa, presentando como indiscutibles determinadas versiones de lo humano o descalificando, sin juicio previo, alternativas frente a las que no parece disponerse de argumentación capaz de lograr consenso alguno.

I. Tópicos al servicio de una utopía clandestina

El mantenimiento de la lucha por los derechos humanos como utopía abierta obliga a evitar los instrumentos de una doble cerrazón: la que pretende fundar en los tópicos una utopía estática —que acabaría cumpliendo una función "ideológica", defensora de cualquier *statu quo*— y la de los que postulan una utopía clandestina, inconfesada en la medida en que se la da por supuesta, hasta convertir en sospechoso a cualquiera que —contra corriente— se permita esbozar la mínima crítica sobre el acierto

de sus perfiles. Al discrepante no se le trata como al portador de una utopía alternativa, con la que debatir argumentadamente, sino como a un reaccionario, enemigo de lo que presuntamente sería ya un logro indiscutido e indiscutible.

Entre los tópicos más eficaces para hacer avanzar clandestinamente una utopía cerrada a todo debate destacan en nuestro inmediato contorno algunos:

Notable éxito alcanza el tópico de "las exigencias de la realidad social", concepto indeterminado que ha llegado a encontrar asiento en nuestro Código Civil. Tal invocación puede recordar —juiciosamente— la necesidad de ponderar con prudencia el alcance teleológico de la proyección de los criterios éticos del derecho, al incidir sobre circunstancias sociales cambiantes. Nada más digno de aplauso. El problema surge cuando su blindaje acrítico lleva al tópico a *convertir* las *circunstancias* sociales *en criterio ético* indiscutible. Se consuma así la peculiar falacia naturalista propia del "sociologismo", que acompañó a la sociología desde su misma génesis comtiana; aunque en favor de su fundador ha de reconocerse que su propuesta de la "física social", como moral, fue todo, menos clandestina. Como ocurría cuando se apelaba a la historia como fundamento de lo humano, nos encontramos en la práctica con un doble rasero. Una "realidad social", exigible por extendida, podría llevar a despenalizar, por ejemplo, el consumo público de drogas. Otra rechazable, sea cual sea su consistencia cuantitativa, autorizaría a poner en marcha una cruzada contra la notable evasión fiscal producida mediante el camuflaje de dinero "negro" en seguros de prima única. Quien invoca el citado tópico se guardará mucho de establecer tan enojoso discernimiento, porque si acude al tópico es, precisamente, para sustraer su propuesta a todo debate abierto.

No menos eficaz se muestra el tópico de "las exigencias del *progreso científico*". Se trata de un peculiar estrambote del "saber para poder" que acompañó al nacimiento de la ciencia moderna. La dimensión cualitativa de la ética se ve suplantada por la *conversión de lo cuantitativo en criterio supremo*. La ciencia nos haría progresar haciendo factible lo hasta ahora imposible. "Poder" hacer algo nuevo implicaría un progreso indiscutible; sólo el oscurantismo puede sugerir que renunciemos a una nueva posibilidad, en aras de un "deber" marcado por tabúes o prejuicios éticos. En el terreno teórico, esta mentalidad parece sintonizar con la propuesta de una "complejidad" social, entendida como multiplicación de alternati-

vas "posibles", que sería irracional someter a criterios de "reducción" tan rígidos como los de la ética convencional;[5] el oportunismo calculado de la racionalidad sistémica se erige así en nueva muestra de un "sociologismo" que no cesa. En el orden práctico, bastaría evocar la ausencia de debate social que ha precedido a nuestra "progresista" ley sobre "fecundación asistida" para calibrar la incidencia del tópico citado.

Notoriamente socorrido resulta el recurso al *consenso social* como tópico capaz de obviar toda discrepancia. La misma sociología sistémica ha descrito con particular lucidez la inversión que se ha producido en el esquema de legitimación política, con la posible manufactura del consenso mediante técnicas de comunicación: de una presunta sociedad crítica y pensante, capaz de generar esa opinión pública que sirva de matriz de las propuestas normativas, a una sociedad programada para que piensen por ella —en aras de una óptima "reducción de complejidad"—, adhiriéndose inconscientemente al consenso manufacturado. El tópico, sin embargo, puede incluso ahorrar tales fatigas. El mismo ministro que anuncia periódicamente una posible ampliación de los supuestos en que el aborto resultará despenalizado, si así lo exigen las "expectativas sociales", se declarará incapaz de suministrar al Parlamento los datos precisos para poder calibrar la incidencia social de su última reforma.

Especialmente rentables para una utopía clandestina se muestran los tópicos capaces de neutralizar prácticamente cualquier utopía alternativa. Ninguno tan eficaz como el que obliga a *no imponer las propias convicciones a los demás*. Se consagra así una peculiar teoría del derecho, que lo haría capaz de cumplir su función social sin imponer "convicción" alguna (o imponiendo sólo aquello que se pruebe incapaz de generarla). Oscilamos, pues, entre la propuesta anarquista de un derecho sin imposición (o sea, una sociedad sin derecho) y la receta arbitraria que sólo permitiría imponer lo no convincente. Paradojas aparte, nos hallamos ante un recurso eficaz para descalificar cualquier propuesta ética no encubierta, rechazándola como perturbadora de la asepsia de lo público, mientras los contenidos éticos de la utopía clandestina se disfrazan de "neutrales" para mejor neutralizarla. La crítica de Dworkin al presunto "doble recuento" de los que pretenden intervenir en el debate democrático sin estar directamente

5 Al respecto nuestro estudio "*Systemtheorie*: ¿filosofía del derecho o sociología jurídica?", *Derechos humanos y metodología jurídica*, *cit*., nota anterior, pp. 70 y 83; otras referencias en el mismo volumen, pp. 91 y ss.

afectados por un problema[6] parece expresar teóricamente este tópico; a la vez deja al descubierto su trasfondo ético clandestino, gracias al cual se discierne quiénes son los realmente "afectados" por un problema, resuelto en su caso en clave individualista. La anunciada despenalización de la eutanasia puede hacer reverdecer, entre nosotros, este tópico.

En países, como el nuestro, de honda raigambre clerical (en versión devota o laicista), ejerce gran eficacia descalificadora el tópico del *pluralismo no confesional*. El expeditivo magisterio del imán Jomeini convirtió al "fundamentalismo" en tópico descalificador de envidiable contundencia. Su fungibilidad lo hace tan aplicable a un comando suicida como a cualquiera que pretenda formular propuestas éticas con "fundamento" más sólido de lo permitido por los patriarcas del pensamiento "débil". La entusiasta caza de brujas contra el fundamentalismo llevó a un ministro español —superado tiempo ha su stalinismo— a propiciar una edición internacional, financiada con fondos públicos, de los no confesionales "Versos satánicos", sin que el tópico le permitiera reflexionar mínimamente sobre la legitimidad de utilizar dinero de todos para lesionar las convicciones de algunos. Por dicha vía el laicismo se convierte en religión oficial (no por inconfesada menos confesional), capaz incluso de llamar desde el poder a cruzadas laicas como la aludida.

II. A LA BÚSQUEDA DE UN FUNDAMENTO: ENTRE ESCEPTICISMO Y RAZÓN PROBLEMÁTICA

Si la utopía no quiere cegar su doble apertura necesita un fundamento al que remitirse. Sin él no cabe auscultar imperiosas exigencias de futuro, capaces de romper la frontera de los tópicos consolidados. Tampoco es posible abrirse a la argumentación intersubjetiva sin un punto de referencia común, por impreciso que fuere. El rechazo apriorístico de todo fundamento objetivo y razonable obliga —si es coherente— al silencio y empuja —a quien se auto dispense de ello— a la logomaquia.

6 Partiendo de la afirmación de J. Bentham de que "cada hombre ha de contar como uno y ningún hombre ha de contar como más de uno", R. M. Dworkin distingue entre la "preferencia personal por disfrutar de ciertos bines y oportunidades" y la "preferencia *externa* por la asignación de bienes u oportunidades a otros". El resultado del juego de preferencias externas "altruistas o moralistas" sería "una especie de doble recuento". Defendiendo "la tesis liberal según la cual el gobierno no tiene derecho a imponer por ley la moralidad popular", propone que sólo se tengan en cuenta las preferencias personales (*Los derechos en serio* —Londres, 1977—, Barcelona, 1984, pp. 341-344).

La búsqueda de un fundamento, al exigir un indulto respecto al *delenda est metaphysica*, tropieza con el ambiente teórico de descrédito de estos planteamientos, que se ha convertido en la práctica en defensiva actitud de terror. La aceptación teórica de la imposibilidad de una racionalidad práctica[7] se ve frecuentemente acompañada de la curiosa convicción de que toda propuesta ética de fundamento no "débil" degenera, inevitablemente, en autoritarismo práctico. El despego displicente hacia la verdad se convierte en terror, ante una verdad cuyo anuncio suena a amenaza; al menos si se asume el prejuicio de que quien alude a la verdad es siempre con la insana intención de darnos con ella en la cabeza.

Este ambiente invita a camuflar las propuestas utópicas con un aderezo lo más "débil" posible. Alimenta, a la vez, el decidido acuerdo (la voluntad suplanta a la razón…) de no querer precisar en qué se está de acuerdo; se deja a las urgencias o habilidades de cada cual el sentido y el alcance con que podrá instrumentalizar a su favor el ya aludido tópico del "consenso".

Este indisimulable abandono a lo irracional encuentra hoy en dos doctrinas de mayor vigencia, vías de mitigación. Faltos de fundamento objetivo y razonable, quedamos al albur del *poder arbitrario*, sin que quepa otra defensa que convertirlo en *formalmente condicionado* o diseñarlo de un modo *funcionalmente dosificado.*

La primera de estas vías la ofrece la herencia kelseniana, en la medida en que se administra con el estoico rigor de su propio creador. Nos encontramos ante una curiosa teoría de la "doble verdad" que genera una utopía amputada. Las propuestas utópicas mantendrán su papel, animándonos —por ejemplo— a abismarnos en la esencia y valor de la democracia. Pero nos hallamos en el ámbito de una curiosa "verdad", que responde a una no menos curiosa "lógica": la de un emotivismo meta-racial. Por un lado, una utopía "moral", contrastada en más de una ocasión heroica o resignadamente (ante la represión que alimentaron utopías de no diversa consistencia racional, porque nos encontraríamos sumidos en una mera discrepancia de emociones…). Por otro lado, el ámbito racional y científico (¿"verdadero"?) del formalismo jurídico. Como en cualquier paralelismo riguroso, no hay entre ellos posible encuentro; salvo que surja de una coincidencia ocasional, sin duda "deseable" pero no más "racional"

[7] A este rechazo de la metafísica y de la posibilidad de un razonamiento práctico hemos aludido en "Un realismo a medias: el empirismo escandinavo", *Derechos humanos y metodología jurídica*, *cit*., nota 4, pp. 31 y 38.

que su contraria. Convertir en una esta doble "verdad", disfrazando tal desaguisado como relectura kelseniana, sería un modo demasiado irrespetuoso de rendir culto al maestro.

No queda otra vía que la resignada aceptación del poder arbitrario, el ferviente deseo de que nos sea leve y el celo político para hacer factible en la práctica tan encomiable esperanza. La tarea no será fácil, porque se tratará con frecuencia de una arbitrariedad legitimada por los tópicos, que la blindan ante la erosión utópica. Quedará sólo el frágil cobijo de los condicionamientos jurídicos formales, capaces de someter lo arbitrario a nuevos controles que —por repetidos— hagan estadísticamente menos frecuente el atropello. Sirva de ejemplo arquetípico la "legislación negativa" propia del control constitucional "concentrado". Vincular este sistema al respecto del "contenido esencial" de los derechos fundamentales es una elocuente muestra del poco escrupuloso "kelsenismo" de nuestra Constitución, y obliga al Tribunal Constitucional a actuar más "positivamente" de lo que sería capaz de soportar tan prestigioso modelo.

Si este primer planteamiento lleva a una utopía amputada, al contar con un motor confesadamente irracional, el que pugna hoy por sustituirle abandona sin más toda utopía. Convierte a los derechos fundamentales —entendidos como "institución"— en mera terapia de frustraciones sociales. Luhmann es quien ahora toma el relevo, desmarcando al derecho del ámbito de la utopía crítica (más que como "verdad" emotiva, la trata ya como folklorismo tribal…) para diseñarlo como técnica de aprendizaje. El derecho domesticará a los ciudadanos, salvándolos de la neurosis a la que empujaría una "complejidad" no adecuadamente "reducida". Tomarse los derechos en serio sería empeñarse en mantener un modelo arcaico en una sociedad compleja. El tópico del "progreso científico" juega ahora con particular contundencia, aunque se disfrace con el lenguaje —presuntamente "débil"— de las alternativas metodológicas. Se producirá una apología de los "derechos", pero en la medida en que se muestran susceptibles de jugar como tópicos sociales de positivo rendimiento funcional.

Que estos "derechos fundamentales como institución"[8] acaben sirviendo de cauce a una fecunda utopía sería un resultado ocasional como —en el modelo anterior— el posible encuentro entre la opción moral deseable y la forma jurídica indiscriminadamente disponible. Las ventajas

8 Luhmann, N., *Grundrechte als Institution*, Berlín, 1965. A la dimensión "criptofilosófica" de este enfoque "sociológico" hemos aludido en "La paradoja del funcionalismo jurídico", *Derechos humanos y metodología jurídica*, *cit*., nota 4, pp. 89 y ss.

funcionales van, más bien, de la mano de su virtualidad para entrenar en la insensibilidad, desdramatizadora de frustraciones. De lo que se trata, ante todo, es de evitar que se conviertan en conflictivas las expectativas sociales no satisfechas; incluidas las que respondan a propuestas utópicas poco funcionales. El sociólogo ha dado paso a una lúcida descripción del paisaje social que resulta coherente para la arbitrariedad formalizada que diseñó el teórico del derecho. Pero, cuando la sociología degenera en sociologismo y la propuesta metodológica en criptofilosofía normativa, se nos defiende implícitamente la renuncia ritualizada a la utopía en aras de una arbitrariedad funcionalmente dosificada.

El escepticismo posmetafísico no parece dar para más. No faltará quien lo considere argumento suficiente para una deseable resurrección de signo opuesto. No en vano "positivismo" y "iusnaturalismo" llevan siglos actuando como plantas saprofitas, que reverdecen abrazadas al cadáver de su adversario. Pero, si queremos eludir dilema tan poco ornamental, quizá podría resultar oportuno distanciarnos aparentemente del escenario filosófico, bloqueado por la pugna entre una razón resignada y unos tópicos autosatisfechos, acercándonos a los cotidianos afanes del jurista, empeñado en resolver problemas con el mayor asomo de razonabilidad.

III. La *inventio* tópica como invitación a recuperar la utopía

Tras siglos de envidiar la racionalidad científica —identificada con la apoyada en un *sistema* capaz de explicitarse *more geometrico*— los juristas se animaron a reexaminar su poco prestigiado arte de razonar. Éste invita a buscar, en la *tópica* urdida por sus lugares comunes, una autorizada razonabilidad decantada por la experiencia. Más que a la verificabilidad "positiva" —atribuida en sus momentos estelares a un sistema que pugnaba por convertirse en código— se aspira a la falsabilidad "negativa", que descarta la solución que no acaba convirtiéndose en común y tópica ante un núcleo problemático.

La primera consecuencia de este nuevo escenario sería la renuncia a "moralizar" —tan utópica como arbitrariamente— el ordenamiento jurídico desde instancias exteriores a él (resignada herencia del sistema formalista). La segunda, la rebeldía ante la conversión de la "reducción de

la complejidad" en ética, tan confesadamente amoral como de obligado cumplimiento (receta del funcionalismo sistémico). La razón problemática invitaría, más bien, a bucear en la historicidad de los contenidos jurídicos, portadores de criterios de justicia propios, obligados a contrastarse una y otra vez ante las circunstancias sociales.

Reducir a mutabilidad social la historia es una de las vías que más eficazmente han llevado a malentender la historicidad de lo jurídico. Ésta no es el fruto de la proyección sucesiva de un contenido objetivo y acabado sobre una realidad social en continuo cambio. El contenido jurídico mismo porta su propia historicidad, dada la siempre problemática e inacabada explicitación de la inagotabilidad de implicaciones de lo inefable.[9] El derecho no es contenido normativo perfilado de una vez por todas, listo para ser "aplicado" a la huidiza circunstancia histórica. Encierra un as de principios, que han de ser una y otra vez recíprocamente ponderados ante la urgencia del problema social. Para ello se contará —entre otros puntos de referencia intersubjetiva— con el auxilio de la norma.

La tópica no puede oficiar, por tanto, como código alternativo promulgado a golpes de casuismo judicialista. Se ofrece más bien, como decantación histórica que atesora argumentaciones y soluciones explicitadoras de lo justo. El problema básico —la justicia o verdad de las soluciones propuestas o de los criterios a los que remiten— sigue abierto. La particular transparencia con que ayuda a reconstruir el debate utópico en torno a un problema es su principal virtud, y no ninguna piedra filosofal capaz de cerrarlo. Cuando dicha transparencia no se aprovecha para una enriquecedora reflexión, sólo nos queda un ciego casuismo amontonador de tópicos.

La *razón problemática* presupone la existencia de un fundamento, pero es a la vez consciente de que no "dispone" de él. No cabe, sin fundamento, aspirar al logro de una *solución con sentido*. Éste no surge como consecuencia de la aquilatada manipulación de unos contenidos precisos, disponibles para la aplicación casuística. Si se aspira a una solución *objetiva* es porque se presiente un objeto capaz de dar noticia de sí; aunque tan problemática que la feliz intuición subjetiva resulta escaso bagaje para su conquista. Por eso se aspira, a la vez, a una solución *razonable*; a

9 Al respecto véase Lombardi-Vallauri, L., "Le droit comme moyen de communication de L'ineffable", *Demitizzazieone e ideología*, Padova, E. Castelli, 1973, pp. 367 y ss.

alcanzarla a través de un discurso intersubjetivo, en el que el intercambio argumental marca el esfuerzo solidario por ahondar en la explicitación de lo inagotable. De ahí que cuando nuestro Tribunal Constitucional considera los derechos fundamentales como directamente aplicables, sin necesidad de una *interpositio legislatoris*,[10] está sin duda dejando en evidencia las limitaciones del normativismo jurídico, y certificando la rancia caducidad del positivismo legalista, pero sigue invitando a malentender el juego intrajurídico de la utopía. No hay derechos aplicables, ni estáticamente disponibles, sino asequibles a un discurso capaz de desentrañar en un contexto problemático sus exigencias, nunca definitivamente formuladas.

La tópica ayuda a recomponer el opaco circuito del discurso jurídico. La circularidad de la búsqueda de lo justo resulta expresivamente escenificada. Hacer justicia obliga a ser sensible a las exigencias de la igualdad, por ejemplo; pero no hay igualdad exigible frente a una desigualdad justificada; o sea legitimada por la justicia…[11] Este recorrido hace aflorar los juicios de valor sobre el alcance teleológicamente "proporcional" de la desigualdad controvertida y los argumentos que la presentan como "razonable". La reflexión pude evitar el abandono al círculo vicioso, convirtiendo a la innegable circularidad del razonar jurídico en ocasión para una mutua crítica y un mutuo apoyo argumental. La forma procesal se convierte así en cauce para el discurso, evitando suplantarlo con una mera apariencia ritual. Nada tendrá de extraño, en consecuencia, que la utopía lleve a condenar una aplicación rígidamente formalista de los mecanismos procesales e invite incesantemente a la búsqueda de la interpretación más favorable para los derechos fundamentales[12] en juego.

[10] Mientras la extinta Audiencia Territorial de Sevilla incluía el artículo 14 de la Constitución entre las "meras enunciaciones de principios", y el Tribunal Supremo le reconocía el "alcance de una declaración de principio", y la STC. 80/1982 del 20 de diciembre, F. I, sentó "el reconocimiento de su carácter normativo" y su "vinculatoriedad inmediata" (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, 21, p. 61); *cfr*. también STC. 39/1983 del 17 de mayo, F. S. (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, núm. 26, p. 669).

[11] A ello nos hemos referido en "Principio de igualdad y teoría del derecho", *Derechos humanos y metodología jurídica*, *cit*., nota 4, p. 275.

[12] Entre otras, en la STC. 34/1983 del 6 de mayo, F. 3 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, 26, p. 648) y la STC. 67/1984 del 7 de junio, F, 3 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1984, 39, p. 917).

Paradójicamente, la tópica jurídica puede servir de filtro a la manipulación ideológica de los tópicos. Su razonabilidad problemática puede dar paso a una reflexión que los someta a examen y ayude a iluminar la teoría de la justicia que va subyacendo bajo un casuismo aparentemente casual o caprichoso. Dado que la actividad jurídica es —lo sepa o no el jurista— antropología práctica, conviene ir fijando sus auténticos perfiles, para cobrar conciencia de ellos y someterlos a crítica. Convencerse de que los debates que rodean la interpretación de un texto jurídico son un mero entrecruce de alternativas metodológicas llevará a ignorar los modelos de lo humano que realmente se enfrentan tras los más socorridos tópicos.[13]

IV. Debate antropológico tras el presunto consenso sobre los derechos humanos

Pocos elementos más expresivos de la exitosa conversión de la utopía de los derechos humanos en tópico que el cambio de actitud producido en el ámbito de la teoría marxista y los discursos políticos afines. El hiriente despego de los pasajes de "La cuestión judía" llega a verse sustituido hoy por interpretaciones o lecturas que parecen aspirar a situarse estratégicamente al abrigo de los tópicos forjados en la historia por tan denostada utopía. También la teoría de la "doble verdad" del formalismo jurídico ofrecía cobertura confortable, al permitir combinar el tópico legitimador "moral" (en clave revolucionaria, en este caso) y la arbitrariedad con honores de razón de Estado.

Sea cual sea la sinceridad y eficacia de la estrategia, se mantiene una constante antropológica: la negación de la persona como protagonista de la realidad histórica, al considerarse el hombre como mero resultado de las relaciones sociales.[14] Del hombre como sujeto activo, actor de la historia, capaz de un *augere* creativo, pasamos al hombre como destinatario pasivo de la realidad social, sujeto a necesidades, y tributario de la estructura económica que asume su satisfacción. El hombre nuevo no podrá

13 Ilustrativo el análisis del debate argumental de la STC. 22/1981 del 2 de julio; *cfr*. *Derechos humanos y metodología jurídica*, *cit*., nota 4, pp. 275 y ss.

14 K. Marx, en su sexta *Tesis sobre Feverbad*, apunta —criticando un insuficiente materialismo— "la esencia humana no es algo abstracto e inmanente a cada individuo. Es, en su realidad, el conjunto de las relaciones sociales" (trad. de W. Roces, como apéndice a *La ideología alemana*, 5a. ed., Barcelona, 1974, p. 667).

surgir de la autocrítica ética personal, sino que será el producto de una acertada planificación estatal. La legitimación de ésta se verá reforzada gracias a un "uso alternativo" de los derechos humanos, que pondrá especial énfasis en las prestaciones económicas, más que en las garantías civiles. Se compone así una peculiar utopía destinada a "moralizar" el ordenamiento jurídico hasta que, el día menos pensado, se haga al fin irreversiblemente superfluo.

Estos planteamientos continúan tropezando con una aportación histórica decisiva de la utopía de los derechos humanos. La experiencia resalta una y otra vez la *irrenunciabilidad de las garantías formales* como defensoras de la dignidad personal. Sin duda, no bastará con ellas para satisfacer las exigencias de la dignidad humana, pero su ausencia lleva a certificar infaliblemente su radical insatisfacción. Por la vía de la argucia estratégica o de la reforma ambiciosa, las más recientes propuestas apuntan, de un modo u otro, a un avance en la capacidad de asimilación de dichas exigencias por el llamado "socialismo real".

Si el dilema radical lo situamos en el enfrentamiento colectivismo-individualismo, las alternativas actuales vendrían establecidas sobre planteamientos menos distantes en realidad de lo que suelen aparentar. La discrepancia —que sitúa el centro de gravedad en lo individual o lo colectivo— pierde profundidad, al contar ambas propuestas antropológicas con un soterrado fundamento común: el economicismo. En su vertiente individualista no será tampoco la autocrítica ética personal el motor de la utopía, sino que la ética individual cederá ante la óptima asignación de recursos ofrecida por el mercado. De la profundidad de tal sintonía valga como síntoma la coincidencia en una de las propuestas más audaces del economicismo colectivista: el paulatino decrecimiento del derecho como factor de regulación social, sin que quepa descartar su desaparición definitiva. No otra cosa apunta el "análisis económico del derecho", mostrando la rentabilidad de sustituir categorías éticas (como culpa o responsabilidad) por cálculos de costes. La diferencia radica en que el anatema dogmático que el economicismo colectivista esgrime contra el derecho tropieza con la envidiable salud que su estatalismo le presta, mientras que las recetas calculadas por el economicismo individualista se van abriendo paso sin gran aspaviento.

La conversión de la estructura económica en escenario auténtico del progreso de lo humano se erige en punto de partida común de ambos economicismos, falsamente alternativos. El marxista convertirá a la ética in-

dividual en mero subproducto; el economicismo individualista no llegará a tales profundidades, pero postulará un repliegue de la ética a lo privado, sometiendo lo público a meras exigencias de utilidad. No otra será la receta del funcionalismo sistémico, para el que la proyección de las opciones éticas personales sobre lo público llevaría a una "reducción de complejidad" excesivamente rígida e incapaz, por ello, de rentabilizar la deseable interpendencia de los subsistemas sociales.

Esta "despolitización" de lo público, con el correspondiente repliegue de utopías éticas, amenaza con frenar la proyección histórica de los derechos humanos y sirve de eco otra experiencia básica de este proceso: la *insuficiencia de un galantismo formal sin contenidos éticos*. Sin garantías formales no cabe reconocimiento práctico de lo humano, pero sólo con ellas tampoco; sobre todo si se las ritualiza, sin reflexionar una y otra vez sobre su eficacia al servicio de los valores que históricamente las hicieron exigibles. De lo contrario, no cabe excluir que los mecanismos procedimentales acaben acarreando los más variados efectos perversos. Pueden llegar a cobrar un funcionamiento autónomo que lleve a sustituir en la práctica los valores a cuyo servicio juegan[15] y pueden, incluso, cegar sobre las consecuencias que derivan de la mera inhibición personal o institucional a la hora de activarlos. La forma procesal es cauce insustituible de la ética como motor utópico, pero puede a su vez degenerar en una "legitimación por el procedimiento"[16] que acabe adormilando todo asomo de invitación ética a la utopía.

El común fundamento economicista de estos planteamientos, presuntamente alternativos, puede quizá arrojar luz sobre una de las consecuencias más llamativas del reciente balance de bicentenario. La triple utopía libertad-igualdad-fraternidad se muestra ostensiblemente amputada. Libertad e igualdad parecen buscar abrigo en sus respectivos referentes economicistas, dejando a la fraternidad en llamativo desamparo. Conscientes de las aportaciones irreversibles de lo moderno, parece obligado no cerrar los ojos antes sus obvias "valencias negativas".[17] Ninguna lo

15 Sobre ello véase nuestro reciente trabajo *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, 1989, pp. 51 y ss.

16 Luhmann, N., *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969. Sobre su alcance los trabajos citados en las notas 5 y 8.

17 *Cfr*. Lombardi-Vallauri, L., *Abortismo, libertario e sadismo*, Milán, 1976, pp. 65 y ss.

sería tanto como la que llevara a olvidar que la fraternidad solidaria es una dimensión ineludible de la utopía de lo humano.

Se hace preciso revisar estas bases antropológicas, para detectar en ellas insuficiencias radicales. El economicismo atomiza a los sujetos, sea cual sea su valoración teórica de lo individual, marginando así la "paridad ontológica"[18] fundamentadora de lo jurídico. Ésta no puede dejar de hacerse presente, sin necesidad de que tal fundamento llegue a ser consciente. Así ocurre cuando el Tribunal Constitucional señala, una y otra vez, que "no existen derechos ilimitados".[19] En el marco de una paridad ontológica, el derecho es siempre *libertad ajustada* y ninguna pretensión desmesurada puede considerarse "jurídica". Cuando falta la conciencia de dicho fundamento, se llega, sin embargo, a esgrimir los derechos no para servir de cauce a un ajustamiento de libertades sino para *poder* liberarse o *desembarazarse* de los otros. Nada expresa de modo más gráfico nuestro actual déficit de solidaridad social que la eufemística "interrupción voluntaria del embarazo" al amparo de distingos legales.

Paridad-fraternidad-solidaridad componen el más grave *déficit histórico* de la *utopía de los derechos humanos*. Sin tal elemento, acecha de continuo la tentación de la igualdad uniformista o de la libertad desembarazada. Para que haya ajustamiento de libertades, el derecho ha de realizar su papel antropológico como posibilitador de una *coexistencia* personal. Ésta desborda cualquier intento de *coincidencia* mecanizada, venga ésta impuesta autoritariamente, programada funcionalmente o calculada económicamente. Lejos de ser resultado mecánico, la coexistencia condiciona éticamente los mecanismos procedimentales. Si la *solidaridad* mantiene la apertura de la utopía al futuro —evitando que acabe enclaustrada en tópicos autosatisfechos— ese mismo fundamento descarta la segunda posible cerrazón, al convertir en exigencia ética la *apertura al discurso*. La utopía ha de seguir fluyendo gracias a un "uso reflexivo" de los derechos humanos, en el que el tópico no cierre el paso al argumento que la dignidad ajena reclama.

La invocación revolucionaria a la fraternidad resulta especialmente ilustrativa, a la hora de diagnosticar la precariedad histórica de la paridad

[18] Al respecto véase Cotta, S., *El derecho en la existencia humana*, Pamplona, 1987, pp. 156 y ss.

[19] Por ejemplo, en la STC. 2/1982 del 29 de enero, F. 5 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1982, 10, p. 102).

ontológica y de su correlativa solidaridad civil. Problemática fraternidad la que busca apoyo en un padre común obtenido *in vitro*. El Estado, padre ortopédico fabricado por la modernidad, parece más diseñado para garantizar ámbitos de libertad (no siempre ajustada) o para imponer la igualdad (no pocas veces uniformada) que para servir de cauce a una fraternidad mínimamente convincente. Esta evidencia invita, sin duda, a revisar alguno de los tópicos apuntados al principio, evitando la imposición de modelos de "pluralismo" lastrados por exigencias que les condenan a resultar inevitablemente insolidarios.

V. Cómo poner a salvo de los tópicos a la utopía

Los recientes aniversarios invitan a conjurar un grave peligro: la degeneración de la utopía de los derechos humanos en un conjunto de tópicos instrumentalizables. De ahí que mantener abierta la utopía exige una actitud personal que no excluya, entre otros, estos esfuerzos:

— Buscar detrás de cada alusión tópica su trasfondo antropológico, movidos por el decidido acuerdo de saber siempre si, y en qué, estamos de acuerdo.
— Convertir —gracias a un esfuerzo argumentador— en alusión tópica obligada las exigencias solidarias de los derechos humanos hoy netamente deficitarias.
— Dar paso a un "uso reflexivo" del ordenamiento jurídico,[20] que ayude a recordar que la pasividad ante los derechos humanos equivale a su traición; que anime a asumir la ineludible ponderación de principios que ello lleva consigo, evitando así la cómoda resignación ante presuntos imponderables; que invite a sopesar el juego axiológico cumplido en cada caso por lo mecanismos procesales…
— Abrir la cotidiana tópica jurídica, mediante una transparencia argumental que permita convertirla en una utopía atesoradora de exigencias de lo humano. Ello nos hará conscientes de lo rechazable

20 Comentando el consejo "filosófico" de N. Bobbio, que anima a invertir en la defensa de los derechos humanos las energías malgastadas en intentar fundamentarlos, F. D'Agostino señala agudamente que "los derechos humanos no se defienden con meras declamaciones verbales e iluministas, sino con una paciente y reflexiva actividad de intervención en la praxis" ("Ancora sulla razionalità del diritto naturale: l'esempio dei diritti dell'uomo", *Diritto e secolarizzazione*, Milán, 1982, p. 168).

de un planteamiento de "doble verdad", que legitima la función narcotizadora de la ideología condensada en tópicos acríticamente asumidos.

Nada más eficaz para hacer imposible estos objetivos que una demonización de lo moderno, que lleve a comportarse como si jugara en campo ajeno a quien se halla en envidiables condiciones para actuar como "experto en humanidad".[21] Esto no encierra ninguna peculiar invitación a incurrir en actitudes "fundanmentalistas", sino la llamada a asumir un imperativo constitucional. El que nos impone la honrosa carga de garantizar el "contenido esencial" de los derechos humanos y de hacer reales y efectivas sus exigencias éticas, por más que ello obligue a desafiar —contra corriente— la tolerancia represiva de los antifundamentalismos estéticos.

21 De ello nos ocupamos en nuestro trabajo *Expertos en humanidad. Convicciones religiosas y democracia pluralista* con el que colaboramos al volumen de estudios en preparación sobre la ya citada encíclica *Sollicitudo rei socialis*.

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO Y MORAL ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO. UN DIÁLOGO CON EL LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS

Hace decenios dejó de resultar pacífico el intento del positivismo jurídico de deslindar de una vez por todas los ámbitos del *derecho* y de la *moral*. Aunque no falten quienes sigan intentando mantener que de una exigencia moral no cabe derivar consecuencias jurídicas, ni de una exigencia jurídica consecuencias morales,[1] la realidad parece invitar tozudamente a la duda. Como es sabido, este empeño delimitador de fronteras,[2] lejos de ser caprichoso, venía a ser la obligada consecuencia de una opción epistemológica, e incluso metafísica, que imponía el tajante deslinde del mundo del *ser* y el del *deber ser*.

No pocas de las confusiones habitualmente presentes en frontera tan polémica pueden deberse a la doble acepción con que tiende a utilizarse el término "moral". Cuando se contrapone la moral al derecho, el término suele emplearse en un sentido restringido, para referirse a exigencias maximalistas que —aspirando a la realización plena de unas concepciones del bien, la perfección, la felicidad, la utilidad...— excederían con mucho de ese acervo ético, relativamente mínimo, exigido por la justicia en su intento de posibilitar la convivencia[3] entre unos ciudadanos que

[1] Partiendo de "la idea de que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral". Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 218 y ss.

[2] Del que tuvimos ya ocasión de ocuparnos en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 169-179.

[3] "Así como la universalidad de los mínimos de justicia es una universalidad exigible, la de los máximos de felicidad es una universalidad ofertable", señala Cortina, A. (*Ética civil y religión*, Madrid, PPC, 1995, p. 119) que ha hecho de esta distinción una constante de su obra. F. D'Agostino invita también a superar la "perplejidad" de hablar de una "ética mínima"; reconociendo que "la expresión es infeliz", considera que "la ética de la dignidad del hombre es realmente definible como ética mínima, en cuanto constituye la

pueden suscribir muy diversas concepciones del bien, la perfección, etcétera.

Hoy, quizá por influencia anglosajona, los teóricos del derecho tienden a referirse a lo *moral* en un sentido más amplio, como expresión omnicomprensiva de las exigencias individuales y sociales (por ende, quizá también jurídicas) derivada de cada una de esas concepciones.

Desde esta segunda acepción, no cabría imaginar un derecho sin moral, aunque sí discutir si tales ingredientes morales serían o no decisivos para identificar a lo jurídico. Si, por el contrario, hablamos de la moral en sentido restringido resultará —por definición— distinta del derecho. Ahora no sería ya el dilema ser-deber/ser el que establecería una problemática frontera, sino la diversidad de ámbitos del fuero externo y el interno, alteridad y autonomía personal.

Si empleáramos el término "ética" para referirnos a las concepciones omnicomprensivas del bien, y reserváramos el término "moral" para su versión estricta —no jurídica por definición— quizá mejorara el panorama. No habría, pues, derecho sin ética, aunque ello no implicaría su necesaria identificación con la moral. Este intento clarificador tropieza, sin embargo, con la reciente tendencia a contraponer *ética pública* y *ética privada*.[4] Como veremos, esta última tiende a identificarse con las concep-

condición real de posibilidad de cualquier ulterior actuar ético" ("Diritto e morale", *Filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 40 y 41).

[4] Presente, por ejemplo, en Peces-Barba Martínez, G., *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, así como en otros tópicos a los que iremos haciendo posteriormente referencia:

— La distinción entre moralidad crítica y legalizada (p. 15).

— "Lo que diferencia a la ética pública... de la ética privada es que la primera es formal y procedimental y la segunda es material y de contenidos", por lo que la primera "no señala criterios ni establece conductas obligatorias para alcanzar el bien" y sería un "reduccionismo" considerar que "la ética pública no es solamente una ética procedimental, sino también una ética material de contenidos y de conductas" (pp. 15, 17 y 75).

— El "procedimiento culmina con una decisión y se expresa por la regla de las mayorías", por lo que "el principio de las mayorías, desde el punto de vista jurídico, sería un criterio de justicia procedimental (pp. 99 y 102)"; si bien "la minoría debe ser protegida, al menos respecto al derecho de poder convertirse en mayoría" (p. 130).

— Dado que la "ética privada" "es sólo de sus creyentes", a la hora de "extenderse al conjunto de los ciudadanos, no todos creyentes", tropezaríamos con la "tentación fundamentalista de las religiones en general" (p. 16), que obligaría a discernir entre una rechazable "coincidencia o identificación entre esas dos dimensiones de la persona" y unas aceptables

ciones omnicomprensivas del bien —o moral en sentido amplio— mientras la ética pública reduciría su juego al ámbito de la "justicia política", y por ende quizá al del derecho.

La querencia a reincidir en el dilema jurídico-positivista rebrota en los planteamientos que invitan a distinguir entre una *moralidad crítica* y otra *legalizada* o *positivada*. Más de una vez resultaría fácil adivinar tras ellos la falsa idea de una inexistente *positividad instantánea*,[5] capaz de establecer en un preciso momento una frontera delimitada con fijeza entre el derecho ya positivado y el aún por positivar, o —por recurrir a los tópicos legalistas— la óptica de *lege lata* y la de *lege ferenda*.

Más que "derecho positivo", lo que existe es un *proceso de positivación* —indisimulablemente *iure condendo*— animado por una permanente instancia crítica, que —lejos de situarse en un "deber ser" externo y ajeno a la realidad jurídica— constituye el motor decisivo de la incesante actualización interna de lo que devendrá derecho en cada momento histórico.

El normativismo venía eficazmente en ayuda del dualismo positivista, al escenificar el dilema entre una norma jurídica —como alternativa— otra norma moral que aspiraba a reemplazarla. Cuando se supera la idea del ordenamiento jurídico como sistema de normas, para admitir en su seno el juego de principios tan jurídicos como ellas,[6] el dilema tiende a descuadrarse. Por una u otra vía, la fluidez propia del "momento jurisprudencial" de la positivación el derecho va siendo reconocida, desbordando el viejo positivismo legalista y su planteamiento mecanicista de la aplicación de la ley. Así acaba ocurriendo incluso en autores menos familiarizados con la teoría jurídica, como el que en este caso hemos elegido como principal interlocutor.[7]

"influencias recíprocas", siempre con el riesgo de "imponer la ética pública como ética privada" y convertir a los "ciudadanos" en obligados "creyentes" (p. 17).

5 Ya tuvimos ocasión de criticarla en nuestro trabajo *Positividad jurídica e historicidad del derecho* de 1985, incluido luego en *Derechos humanos y metodología jurídica*, *cit*., nota 2, pp. 181-194, y más tarde en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 455-457.

6 Al respecto la comunicación defendida es una de las "sesiones paralelas" del XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social (IVR), en Buenos Aires (11 de agosto de 1997), con el título *Valores, principios, normas. Dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo*.

7 J. Rawls, en efecto (en su reciente obra sobre *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996) no deja de aludir a "los tribunales de justicia" como "paradigma de la ra-

Nuestro propósito es abordar la relación que mantienen derecho y moral, situándonos en la no menos polémica frontera entre lo público y lo privado. Recordemos, pues, que si habláramos de éticas "privadas", nos estaríamos refiriendo a las concepciones omnicomprensivas del bien —no exentas, sin duda, de dimensiones sociales—[8] que cada ciudadano puede privadamente suscribir. La *ética pública* —a configurar por y para todos los ciudadanos— quedaría, por el contrario, reducida a aquel núcleo de contenidos que —por erigirse en condición de una convivencia plural pacífica— se considerará *jurídicamente exigible*.

Su configuración quedó inicialmente vinculada al reconocimiento de un derecho natural, objetivo y racionalmente cognoscible, válido para cualquier sociedad humana. La duda —que abre paso a las actitudes críticas en el ámbito de la epistemología— y el historicismo —que relativiza todo intento de universalidad espacial o permanencia histórica— empujaron a buscar refugio en la noción del consenso social. El problema va a agudizarse ahora en sociedades crecientemente multiculturales, en las que la apelación a un consenso homogéneo y mayoritariamente compartido se hace cada vez más problemático. Para Rawls la principal consecuencia será que "la unión social no se funda ya en una concepción del bien, tal como se da en una fe religiosa común o en una doctrina filosófica, sino en una concepción pública compartida de la justicia que se compadece bien con la concepción de los ciudadanos como personas libres e iguales en un Estado democrático".[9] Resultará inevitable que la ética pública finalmente decantada acabe coincidiendo, en unos casos, con dimensiones sociales planteadas por las éticas privadamente asumidas por algunos ciudadanos, mientras entra en conflicto con las de otros.

zón pública" (p. 251), a la hora de "desarrollar una concepción política de la justicia" (p. 198 y p. 266).

[8] Todo parece indicar que es este matiz el que lleva a J. Rawls (*El liberalismo político*, *cit*., nota anterior, p. 15) a identificar puntos de vista "no públicos"; diferenciables de los "públicos" por no haberse integrado en el ámbito —a nuestro modo de ver, jurídico— de lo que llama justicia política, sin que —por la dimensión social de su objeto— puedan tampoco considerarse puramente "privados".

[9] Rawls, L., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 341. A la hora de solventar esta situación nos estaremos ocupando "de un problema de justicia política, no de un problema acerca del bien supremo" (p. 21). Ya en su *Teoría de la justicia* (México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 495) consideraba que la "variedad en las concepciones del bien es buena en sí misma", mientras que "la situación es enteramente distinta con la justicia".

Se reitera también la tajante separación positivista de derecho y moral, cuando se pretende establecer —de modo aparentemente descriptivo— una neta distinción *a priori* entre un ámbito meramente formal y *procedimental*, que sería el propio de esa *ética pública* con legítimas pretensiones jurídicas, y otro en el que jugarían los *contenidos materiales*, aunque obligadamente *confinados* en el ámbito de la *moralidad* personal *privada*.

La ética pública se nos presentará como una ética procedimental, porque no señala criterios ni establece conductas obligatorias para alcanzar el bien. Lo segundo, sin embargo, no prueba lo primero, ya que es obviamente posible —yendo más allá de lo procedimental— establecer conductas obligadas sólo para hacer viable la pública convivencia, sin aspirar a imponer una determinada concepción del bien. Al descartarlo, sin mayor trámite, se puede inducir equivocadamente a una doble conclusión; dudosa en un caso: una ética pública meramente procedimental sería viable en la práctica; exagerada en el otro: ella sería la única vía legítima teóricamente imaginable para plantear en el ámbito público propuestas éticas no maximalistas. Así parece insinuarse cuando se nos afirma que lo que diferencia a la ética pública de la privada es que la primera es formal y procedimental y la segunda es material y de contenidos.

En realidad todo induce a pensar que, contando sólo con procedimientos, no podríamos en el ámbito de lo público ir a ninguna parte, mientras que no hay por qué descartar la posibilidad —e incluso la necesidad— de contar con una justificación del recurso a lo procedimental, que habría de apoyarse en las éticas omnicompresivas privadamente suscritas por algunos ciudadanos. Se ha llegado a reconocer en los planteamientos procedimentales que "un «resto de metafísica» queda en este carácter trascendente, categórico, de la racionalidad comunicativa", aunque apuntando paradójicamente que se trataría de "el resto de metafísica necesario para combatir a la metafísica".[10]

[10] A. Cortina señala a la vez que "tanto Habermas como Rawls abjuran abiertamente" de él (*Ética sin moral*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 175 y 176). Ante la afirmación de que "las éticas procedimentales se fundamentan en una ética sustancial, porque a la pregunta «¿por qué tengo que seguir un determinado procedimiento?» sólo se puede contestar con «fuertes valoraciones», tales como la dignidad del hombre (Kant), el acuerdo racional (ética discursiva) o el concepto kantiano de persona (Rawls)", admite que "las éticas procedimentales descansan en una «valoración fuerte»" y que "de dónde surja el valor es una pregunta que sólo podría responderse recurriendo a una reconstrucción de la razón práctica" (*ibidem*, pp. 222 y 223).

La afirmación de que "la ética pública es una ética *procedimental*" resulta también equívoca si se olvida el doble, y muy diverso, plano en que cabe recurrir a dicho adjetivo: el de la *fundamentación* teórica de las propuestas éticas y el de su concreto *contenido*.

Las fundamentaciones procedimentales tienden precisamente —en línea con el trascendentalismo poskaniano— a servir de apoyo a contenidos muy determinados, con lo que acaban paradójicamente excluyendo una ética pública de la que broten meras exigencias de procedimiento.

Rawls, por ejemplo, no duda en aclarar que su planteamiento de "la justicia como equidad no es neutral procedimentalmente. Sus principios de justicia, obvio es decirlo, son substantivos y, por lo tanto, expresan mucho más que valores procedimentales"; incluyen "concepciones políticas de la sociedad y de la persona, que están representadas en la posición original", la cual no puede considerarse "moralmente neutra".[11]

Se desmiente así que todas las exigencias éticas de contenido material, derivadas de una concepción del bien, puedan quedar relegadas al ámbito de lo privado; a no ser que lo que se pretenda —más o menos conscientemente— sea relegar sólo a aquéllas que en su fundamentación se atreven a ir —metafísica o epistemológicamente— más allá de lo procedimental.

No es lo mismo, en efecto, rechazar que una determinada concepción del bien (o las dimensiones sociales que de ella deriven) pueda —sin filtros procedimentales— proyectarse abrupta y globalmente sobre lo público, que afirmar que sea posible regular lo público sin que unos u otros elementos de dichas concepciones acaben estando inevitablemente presentes.

11 Rawls, L., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 226, y nota 21 de la p. 343. Mientras en su *Teoría de la justicia* (*cit*., nota 9, p. 639) al plantearse idéntico problema, había preferido "dejar a un lado esta cuestión", reconoce ahora sin tapujos que tales principios son fruto de un "suelo común", que "no es un suelo procedimental neutral" (p. 226). El propio M. Walzer, desde su peculiar comunitarismo universalista, señalará "dos dificultades": "el mínimo procedimental resulta ser más que mínimo", ya que, "una vez se han establecido reglas de este tipo, los hablantes tienen pocos temas sustantivos sobre los que argumentar y decidir". Por otra parte, "a menos que podamos identificar un punto de partida neutral desde el cual muchas culturas diferentes y posiblemente pudieran desarrollarse, no es posible construir un mínimo procedimental. Pero tal punto de partida neutral no existe". "De hecho lo que hace *proceder* al procedimentalismo, lo que le da fuerza legitimante, es un cierto espíritu que se expresa en un conjunto de prácticas" (*Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp. 44, 46 y 86). No muy diversa de las apuntadas habría de ser la fundamentación real de la no justificada opción de G. Peces-Barba por "el valor de la libertad social, a los que completan y matizan, la seguridad, la igualdad y la solidaridad" (*Ética, poder y derecho*..., *cit*., nota 4, pp. 75) como claves de la ética pública.

Para Rawls, en efecto, "la primacía de lo justo no significa que haya que evitar las ideas del bien; eso es imposible. Lo que significa es que las ideas del bien usadas han de ser ideas políticas"; sin olvidar que "conferir un lugar central a la vida política no es sino una concepción más del bien entre otras". Una cosa es que no pueda presentarse como una "doctrina aplicada" y algo bien distinto que "los valores políticos estén separados o sean discontinuos respecto de otros valores".[12]

La referencia a la "*justicia política*", o a unos "*valores políticos*", como contenido propio de la ética pública, no deja de merecer algún comentario. Hablar de justicia "política" parece responder a un deseo de descartar cualquier dimensión de la virtud de la justicia que —por sus pretensiones maximalistas llamadas a desbordar un mero facilitar la convivencia social— debiera quedar relegada al ámbito privado. Surge la duda de por qué no hablar —si no fuera por miedo a la redundancia— de justicia "jurídica" y de *valores jurídicos*. Más aún cuando, como veremos, se acabará proponiendo que tales valores sólo puedan limitarse entre sí, quedando a salvo de cualquier condicionamiento derivado de cálculos utilitaristas o razones de oportunidad y eficacia. Si se califica, pues, a esta justicia y estos valores como "políticos" será sólo para evitar la incómoda situación —ante ojos positivistas— de estar reconociendo que existen realidades estrictamente jurídicas, aunque se hallen aún pendientes de positivación.

En cualquier caso, la *ética pública*, en cuanto marca criterios para organizar la vida social, desborda con mucho una dimensión meramente procedimental y formal; *exige* determinados *contenidos* materiales, sin perjuicio de que su alcance sea más modesto que el omnicomprensivo de las éticas privadas, o de que la delimitación de sus contenidos exija peculiares procedimientos.

Como consecuencia, pierde sentido todo intento de defender un espacio de lo público que —por procedimental— fuera "neutral" respecto a las concepciones omnicomprensivas postuladoras de contenidos materiales. Cuando tal neutralidad pretende imponerse, se da paso a una nada pacífica actividad neutralizadora, dudosamente compatible con una efectiva democracia.

Así ocurre cuando de manera drástica se pretende, en clave laicista, excluir del ámbito público toda propuesta sospechosa de parentescos

[12] Al fin y al cabo, la "concepción política de la justicia" no es sino "una concepción moral pensada para un objeto específico" (Rawls, L., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 40, 42, 207, 238 y 368).

confesionales, sin molestarse siquiera en considerar si atienden o no a razones, bajo el socorrido tópico de que no es lícito imponer las propias convicciones a los demás.

Rawls considera —"quizá pecando de optimismo"— que, "salvo en ciertos tipos de fundamentalismo, las principales religiones históricas" pueden ser "catalogadas como doctrinas comprehensivas razonables". No dudará, criticando a Greenawalt, en admitir que "la razón pública no exige a los ciudadanos «erradicar sus convicciones religiosas» y pensar acerca de aquellas cuestiones políticas fundamentales como si partieran de cero, poniendo entre paréntesis lo que en realidad consideran las premisas básicas del pensamiento moral", ya que "esta concepción sería de todo punto contraria a la idea del consenso".[13]

Descartando tan curioso sentido del pluralismo, que convertiría en confesional un laicismo habitualmente minoritario, cabría aún plantear si no sería precisa una actuación de los poderes públicos que reequilibre la relevancia pública de las diversas éticas omnicomprensivas suscritas por unos u otros ciudadanos. Se daría así paso a una manipulación del consenso, para contrarrestrar posibles excesos pasados.

Esta actitud pareció servir de motor al recurso de inconstitucionalidad planteado en su día contra la existencia de curas castrenses en las fuerzas armadas españolas. La sugerencia de los recurrentes, según la cual toda confesión religiosa habría de recibir el mismo trato que la católica mayoritaria,[14] fue rechazada por el Tribunal Constitucional.

Cabría, por ejemplo, sugerir "que el Estado debe abstenerse de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina comprehensiva particular en detrimento de otras, o de prestar más asistencia a quienes la abracen", o "que el Estado debe abstenerse de cualquier actividad que aumente la probabilidad de que los individuos acepten una doctrina particular en detrimento de otras (a no ser que se tomen simultáneamente medidas que anulen, o compensen, los efectos de las políticas que así lo

13 Rawls, L., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 203, y nota 33 de la p. 279. Más abajo, aludirá a la figura de Martin Luther King como ejemplo de la contribución de posturas de raíz religiosa al progreso de la razón pública (p. 285 y nota 41 de la p. 297).

14 *Cfr*. STC. 24/1982 del 13 de mayo; Antecedentes, 2 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1982, 14, p. 429). A J. Rawls parece alejarle de propuestas de este tipo, en primer lugar, su propio planteamiento trascendental "constructivista", que no disimula su apoyo en "ciertas ideas intuitivas fundamentales que se consideran latentes en la cultura política pública de una sociedad democrática" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 207).

hagan)".[15] Tales sugerencias parecen reclamar una respuesta emparentada con el viejo tópico moralista del "voluntario indirecto"; sería preciso distinguir entre el rechazable diseño de instituciones públicas para favorecer, por motivos privados, a alguna ética en particular, y el imposible afán puritano de evitar que la ética pública acabe teniendo efectos sobre la posibilidad de las privadas de ganar adeptos.

Asunto distinto, sobre el que hemos de volver, sería sugerir un tratamiento excepcional y asimétrico, destinado a aquellas cuestiones susceptibles de generar particular polémica social.[16]

Si no cabe una ética pública de efectos inocuos para las privadamente suscritas por cada ciudadano, tampoco parece muy razonable postular un procedimentalismo neutro dotado de la rara virtud de permitir el indiscriminado libre juego de todos los imaginables estilos de vida. La ética pública, por el mero hecho de serlo, acabará condicionando el libre despliegue de las privadas concepciones del bien, en todo aquello en que entren en conflicto.

Propuestas bienintencionadas, como el intento de diseñar espacios vacíos en el ámbito del derecho penal,[17] acaban desconociendo que el derecho no puede renunciar ilimitadamente a "imponer convicciones". Para Rawls "ni es posible ni es justo permitir que todas las concepciones del bien se desarrollen (algunas implican violación de los derechos y las libertades básicas)"; citará a Berlin para recordar que "no hay mundo social sin pérdida, es decir, no hay mundo social que no excluya algunos estilos de vida que realizan, de alguna manera especial, determinados valores fundamentales"; "los valores chocan entre sí, y el entero abanico de los valores es demasiado amplio como para caber en un solo mundo social".[18]

15 Hipótesis planteadas por el propio J. Rawls (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 227) que, tras considerar que "el término «neutralidad» es desafortunado", distinguirá entre una razonable "neutralidad de propósitos" y una inviable "neutralidad de efectos o influencias", que desconocería "los hechos de la sociología política de sentido común" (*ibidem*, pp. 224, 226, 227 y 228).

16 J. Rawls deja apuntado al respecto que "las luchas más enconadas, según el liberalismo político, se libran confesadamente por las cosas más elevadas: por la religión, por concepciones filosóficas del mundo y por diferentes doctrinas morales acerca del bien" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 34).

17 *Cfr*., por ejemplo, A. Kaufmann, "Rechtsfreier Raum und eigenantwortliche Entscheidung", *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen Köln-Berlin-Bonn-München*, Carl Heymanns, 1983, pp. 147-165.

18 Rawls, L., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 221, 231, y nota 32 de la p. 232. A. Delgado-Gal ha llegado a sugerir que "el multiculturalismo se concilia mal con la estructura

El problema fronterizo sigue, pues, en vigor. ¿Cómo podremos demarcar los campos de la ética pública y las suscritas privadamente por los ciudadanos? Cuando se intenta resolver tan peliaguda cuestión con fórmulas apriorísticas, se está en realidad estableciendo inconfesadamente tal frontera, sin debate alguno, desde una ética privada. Al fin y al cabo, la incapacidad del positivismo jurídico para consumar su distinción férrea entre derecho y moral radicaba sobre la obviedad de que tal distinción exigía, paradójicamente, emitir un juicio moral:[19] sólo *desde las éticas* "*privadas*" cabe formular propuestas sobre el efectivo *alcance de lo público* y su adecuada frontera con lo privado. Precisamente por ello habrá que abordar el modo de hacerlas confluir a través de peculiares procedimientos.

Ciertamente, *lo jurídico* es un *medio* para un fin, que es el desarrollo integral de cada persona; pero ello no debe llevar a ignorar que el *diseño* de ese medio se verá *condicionado*, al gravitar sobre él una determinada concepción de ese fin a cuyo servicio adquirirá sentido. Así, cuando una concepción del bien lleva a suscribir que "hay que tratar a los demás como fines y no como medios", o que "hay que cumplir las promesas", difícilmente podrá ser compatible con una articulación de la ética pública que ignore esas premisas.

Esta realidad invita a mantenerse sobre aviso ante el riesgo de que, inconscientemente, el *juego procedimental* acabe enmascarando opciones netas por determinados *contenidos materiales*, identificándolas *a priori* con el sentir común. No deja de resultar sintomático, por ejemplo, que la pulcra

democrática, que el pluralismo de los valores es una forma de cultura, y que esta forma de cultura tiene sus límites"; pensar que "pese a hallarnos cada uno de nosotros gobernados desde dentro por ciertos arquetipos culturales, podemos entendernos con los demás sobre cómo organizar la vida civil haciendo abstracción de esos arquetipos" sería "manifiestamente falso"; incluso en la versión de un "multiculturalismo *ligtht*" abierto a conceder que "es posible entenderse sobre «pocas» cosas" ("Los límites del pluralismo", *Papeles de la Fundación* —para el Análisis y los Estudios Sociales—, Madrid, núm. 21, pp. 5, 11 y 13). G. Dalla Torre advierte, a su vez, sobre los límites de una "afirmación rígida, intransigente, absoluta del principio según el cual todos son iguales ante la ley, sin distinción de religión", que llevaría a "la máxima negación de los objetivos de respeto, en el sentido más pleno, a la persona humana en su integralidad, que pretendía tutelarse invocándolo", al plantearse el reconocimiento de la poligamia o de la mutilación en un marco en el que no encuentra como límite juego fácil un concepto de "orden público" expresivo de una "sociedad culturalmente homogénea" ("Identità religiosa, comunità politica e diritto", en Agostino, F. (ed.), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 57 a 60).

19 J. Rawls no oculta que "la concepción política de la justicia es ella misma una concepción moral" (*Teoría de la justicia*, *cit*., nota 9, p. 179; *cfr*. también, nota 12).

fundamentación procedimental rawlsiana se venga estrepitosamente abajo al abordar —en una nota a pie, perdida entre los centenares de páginas de su obra— lo que él mismo califica como el "espinoso asunto del aborto".[20]

Tres "valores políticos" entrarían en liza: "el debido respeto a la vida humana", cuestiones que incluyen "de alguna forma a la familia" y "finalmente la igualdad de las mujeres". Cuando somete a esta prueba de fuego a su constructivismo procedimental, Rawls llegará a la sorprendente conclusión de que "cualquier balance razonable entre estos tres valores dará a la mujer un derecho debidamente cualificado a decidir si pone o no fin a su embarazo durante el primer trimestre", ya que "en esta primera fase del embarazo, el valor político de la igualdad de las mujeres predomina sobre cualquier otro"; como consecuencia, cualquier ética que "lleve a un balance de los valores políticos que excluya ese derecho debidamente cualificado en el primer trimestre es, en esta medida, irrazonable". No sólo media sociedad estadounidense, que suscribe actitudes *pro-life* frente a esta opción *pro-choice*, queda condenada a las tinieblas de lo irrazonable; también la jurisprudencia constitucional española, a la que ni por asomo se le ha ocurrido por el momento reconocer la existencia de un "derecho" al aborto, queda —en lo que a razonabilidad respecta— irremisiblemente fuera de juego, ya que "iríamos contra el ideal de la razón pública si nuestro voto estuviera cautivo de una doctrina comprehensiva que negara ese derecho".

Consciente, sin duda, del impacto de su anatema, Rawls acaba concediendo que "una doctrina comprehensiva no es, como tal, irrazonable porque lleve a una conclusión irrazonable en uno o varios casos; puede que sea razonable la mayoría de las veces"; sabia generosidad que le sirve de indulto, en la medida en que puede ser aplicada con toda justicia a la suya.

Las éticas que cada ciudadano suscribe privadamente remiten al concepto de autonomía. Resultaría un tanto exagerado llegarlas a considerar realmente sólo obra de uno mismo, dado el bien conocido juego de los procesos de socialización personal; implican, en todo caso, la libre asunción de *propuestas filosóficas*, *ideológico-políticas o religiosas*.

La presencia de la *religión* entre las fuentes de propuestas éticas privadamente asumibles y, sobre todo, su posible aspiración a verse reflejadas en

20 Nos referimos a *El liberalismo político*, *cit.*, nota 7, nota 32 de las pp. 278 y 279.

la ética pública, tiende a producir reacciones peculiares, entre las que no faltan indisimuladas actitudes de *recelo*.

Ello viene ocurriendo desde antiguo en el ámbito cultural latino. Bien conocidas razones históricas dan fuerza a una "ética laicista", que "se sitúa en las antípodas de la ética creyente, ya que considera imprescindible para la realización de los hombres eliminar de su vida el referente religioso, negar la religión, porque ésta no puede ser sino fuente de discriminación y de degradación moral". Esto le llevaría a convertirse en "totalitaria, porque niega el pan y la sal a las tradiciones de la ética religiosa, que no tienen por qué ser excluidas cuando potencian, por derecho propio, los mínimos democráticos que componen una ética cívica". Por otra parte, no falta "el afán de algunos sectores cristianos por monopolizar lo moral y por negar que los no cristianos puedan acceder correctamente al conocimiento moral si no es a través de la interpretación del magisterio". Se acaba echando en falta una "ética laica", que, "a diferencia de la religiosa y de la laicista, no hace referencia explícita a Dios ni para tomar la palabra ni para rechazarla".[21]

Recelos similares se experimentan hoy de manera más generalizada, por la creciente y llamativa presencia pública de los *fundamentalismos*, sobre todo de raíz islámica.

El problema es complejo, porque unos mismos hechos se prestan a muy diversa valoración, según el *prejuicio cultural* (pacífico o crítico) del que se parta.

No cabe, en efecto, excluir que los contenidos de una ética privada, que —en cuanto tal— es sólo de sus creyentes, puedan legítimamente extenderse al conjunto de los ciudadanos, no todos creyentes. Sobre todo, cuando quienes las suscriben renuncian al fundamentalista argumento de autoridad y optan por aportar razones atinentes a la dimensión pública de sus exigencias. Desde este punto de vista, dar por supuesta la *tentación fundamentalista de las religiones en general* no es sino dejarse llevar por un prejuicio cultural; dar por hecho que dicha tentación es invencible supondría suscribir un paradójico *fundamentalismo alternativo de cuño laicista*.

"Cuando una religión no es impositiva ni fundamentalista, tiene una capacidad liberadora y revitalizadora, que es un auténtico crimen tratar de extirpar", si se aspira a "construir una ética cívica entre creyentes y no creyentes, en un país como el nuestro —y en otros bien parecidos—, en el que hay laicistas convencidos de que los creyentes no pueden ser ciu-

21 Cortina, A., *La ética de la sociedad civil*, Madrid, Anaya, 1994, pp. 143, 144 y 145.

dadanos, y fideístas persuadidos a su vez de que no vale mucho la pena serlo, porque, en definitiva ellos ya tienen todas las respuestas que necesitan para su vida, y nada pueden aprender de sus conciudadanos".[22]

El intento de presentar a quien suscribe convicciones religiosas como un ciudadano peculiar, o incluso peligroso, no deja de resultar arbitrario. Ningún ciudadano, sea cual sea su grado de conciencia, deja de suscribir una concepción del bien. Rawls parte "del supuesto de que todos los ciudadanos abrazan alguna doctrina comprehensiva con la que la concepción política está de algún modo relacionada"; "todos tenemos un punto de vista comprehensivo que se extiende más allá del dominio de lo político, aunque sea parcial y, a menudo, fragmentario e incompleto".[23]

El problema puede surgir cuando el pluralismo deja de considerarse como un hecho sociológico más, para erigirlo en categoría ética. Puede colaborar a ello el convencimiento de que la homogeneidad de pensamiento habría de ser siempre el resultado vicioso de un uso opresivo del poder en favor de determinada concepción ética. Rawls, por ejemplo, invoca el pluralismo con dichas resonancias, cuando lo presenta como "inevitable" e incluso "deseable", o como un rasgo "permanente" que "tiene que aparecer" en una "cultura pública democrática"; ello le lleva a la convicción de que "un entendimiento continuo y compartido sobre una doctrina comprehensiva religiosa, filosófica o moral, sólo puede ser mantenido mediante el uso opresivo del poder estatal".[24]

Sentado que un ciudadano puede ser al mismo tiempo creyente y que todo creyente es ciudadano, el problema consistirá en cómo establecemos la *frontera* entre un afán de absoluta y global coincidencia o *identificación* entre esas dos dimensiones de la persona y lo que serían *influencias recíprocas*, indiscutidamente legítimas.

La *ética pública condicionará* inevitablemente —de modo directo en el ámbito social, y de modo indirecto muy posiblemente también en el personal— las posibilidades efectivas de despliegue de las *éticas privadas*. Esto

22 Cortina, A., *Ética civil y religión*, *cit*., nota 3, pp. 13 y 122. A la vez no duda en equiparar "los fundamentalismos religiosos y laicistas" (*La ética de la sociedad civil*, *cit*., nota anterior, p. 12).

23 Rawls, L., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 42 y 131, también 14 y 20.

24 *Ibidem*, pp. 33, 67, 178, 251, 340 y 341. A su vez, todas "las personas razonables pensarán que es irrazonable usar el poder político que puedan llegar a poseer para reprimir concepciones comprehensivas que no son irrazonables, por mucho que difieran de la propia" (p. 91).

no tiene por qué responder a ningún afán premeditado de imponer la ética pública como ética privada, ni de convertir a los ciudadanos en obligados creyentes de la ética públicamente propuesta; se trata de una espontánea dinámica sociológica, que no en vano ha convertido en tópico la presentación de la ética pública como "religión civil".[25] Por lo demás es obvio, como ya se ha señalado, que el marco de convivencia de una sociedad plural y democrática nunca podrá ser absolutamente compatible con todos los *estilos de vida* en ella imaginables.

La tensión brota cuando algunos, de modo más o menos encubierto, diagnostican una situación de *razonabilidad* o modernización *pendiente*, desde una óptica que no tendría mucho que envidiar a la de legendarias revoluciones en similar lista de espera. Reaparecerá así el afán de corregir el balance de la gravitación efectiva sobre lo público de las éticas privadamente suscritas por los ciudadanos, propugnando una "normalización" acorde con unos cánones tan imperativos como imprecisos.

Estos amagos de despotismo ilustrado destilan una particular susceptibilidad ante la *pretensión de verdad* con que, desde las éticas omnicomprensivas, se formulan propuestas de ética pública.[26] La cuestión no deja de resultar llamativa, ya que —en puridad procedimental— la *pretensión de verdad* que cada ética privada pueda auto atribuirse habría de considerarse absolutamente irrelevante,[27] tanto en sentido positivo como negativo.

No tendría en efecto mucho sentido, a la hora de configurar la ética pública, conferir mayor importancia al grado de convicción con que privadamente se suscriban determinados puntos de vista que a su argumentada

25 V. Camps la constata como "idea que hoy resurge de nuevo, bien como *desiderátum*, bien como única salida para una sociedad desmembrada y sin entusiasmo". "La ética que reclama nuestro tiempo no es sólo kantiana —o habermasiana o rawlsiana—: es una ética aplicada. Esa aplicación exige ciertos resortes, en la búsqueda de los cuales no es absurdo ni espurio recurrir a la religión de siempre o a los movimientos que forman la trama de la llamada «religión civil»" ("La universalidad ética y sus enemigos", en Giner, S. y Scartezzini, R. (eds.), *Universalidad y diferencia*, Madrid, Alianza Universidad, 1996, pp. 142 y 152).

26 Característica al respecto la alergia de G. Peces-Barba a la expresión evangélica "la verdad os hará libres" y su descalificación, por recurrir a ella en la encíclica *Veritatis Splendor*, de los planteamientos del Papa Juan Pablo II, oponiéndolos forzadamente a los de Pablo VI, del que tiende a olvidar tenazmente que firmó la nada relativista encíclica *Humanae vitae* (*Ética, poder y derecho*..., *cit*., nota 4, pp. 24-26).

27 Desde alguna de sus versiones, se considera incluso que una ética discursiva exige no sólo que lo que se dice sea "inteligible" sino también que el que habla "dice lo que piensa, es decir, que es veraz; que lo que dice es verdadero, y que el marco normativo en el que habla y se conduce es correcto" (Cortina, A., *La ética de la sociedad civil*, *cit*., nota 21, p. 110).

repercusión sobre la garantía de una convivencia digna del hombre. Lo contrario daría paso a la rechazada vía del *argumento de autoridad*.

Lo que sí parece razonable pensar es que quienes proponen que determinadas exigencias, por merecer una decidida proyección pública, lleguen incluso a contar con el respaldo de la coercibilidad jurídica, se muestren suficientemente persuadidos de su verdad.[28]

Para Rawls "no es irrazonable en general abrazar cualquiera de las varias doctrinas comprehensivas razonables", de las que como vimos no excluye por principio a más de una religión; "al abrazarla, una persona, obvio es decirlo, la cree verdadera, o simplemente razonable".[29] Convertir, por el contrario, dicho convencimiento en motivo de exclusión a la hora de configurar lo público,[30] llevaría —con dudosa ventaja— a identificar ética pública con *capricho mayoritario*.

28 M. Walzer evoca una manifestación que reclama "verdad" y "justicia" en la Praga que recupera su libertad. Arranca asegurando que "los participantes no tenían problema alguno con las teorías de la verdad", precisando luego que sus "lealtades epistemológicas" "eran tan elementales que podrían ser expresadas a través de cualquiera de las teorías" —excepto, claro está, en el caso de aquéllos que negaran la posibilidad misma de afirmaciones verdaderas—. En todo caso, ponían "sus carreras, su seguridad y la de sus familias igualmente en riesgo. ¿Cómo podrían hacerlo a menos que estuvieran seguros de haber dado con la descripción correcta, esto es, que no sólo pretendieran que una interpretación de la moralidad máxima era la más apropiada sino que también les acompañara la creencia de que esa moralidad máxima constituía la verdadera moralidad?"; "cuando enarbolaban sus pancartas no eran relativistas". Entre ellos no faltarían cristianos, "para los que la «verdad» y la «justicia» seculares no eran lo más importante. Pero ellos también podían unirse a la celebración del final de un régimen basado en la mentira" (50) (*Moralidad en el ámbito local e internacional*, *cit*., nota 11, pp. 34, 36, 50 y 82).

29 El que "alguien puede, evidentemente, sostener una doctrina razonable de modo irrazonable", "no convierte a la doctrina en cuanto tal en irrazonable"; en cualquier caso, "cuando damos el paso que media entre el reconocimiento de la razonabilidad de una doctrina y la afirmación de nuestra creencia en ella no estamos dando un paso irrazonable" (*op. cit*., nota 6, p. 91 y su nota 14).

30 R. Rorty, partiendo del rechazo de toda pretensión "epistemológica" —la verdad no está "ahí fuera", "se hace y no se descubre", "sin que ello quiera decir que hemos descubierto que, ahí afuera, no hay una verdad"— defiende el "ironismo liberal" de "esas personas que reconocen la contingencia de sus creencias y de sus deseos más fundamentales", por lo que se les puede pedir "que *privaticen* sus proyectos, sus intentos por alcanzar la sublimidad: verlos como irrelevantes para la política y por tanto compatibles con el sentido de la solidaridad humana que el desarrollo de las instituciones democráticas ha hecho posible" (*Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991, pp. 17, 28, 63, 72 y 216). J. Ratzinger considera demasiado optimista su diagnóstico de que "la razón pragmática, orientada por la mayoría, incluye siempre ciertas ideas intuitivas, por ejemplo, el rechazo de la es-

No faltan recelos ante la pretensión de verdad, o a la "seriedad", de determinados planteamientos, cuando aspiran a verse reconocidos en el ámbito público. "La persona que toma las cosas en serio es en realidad un peligro público potencial, ya que la seriedad parece reñida con la tolerancia"; "el tipo de persona que tiene convicciones" correría "el peligro de aferrase a ellas de tal modo que puede acabar siendo un intolerante y un dogmático".[31] Tales alergias pueden resultar notablemente empobrecedoras.[32]

Aunque no disimula que trata "de eludir la afirmación o la negación de cualquier doctrina comprehensiva religiosa, filosófica o moral particular, o de su correspondiente teoría de la verdad", Rawls, parte "del supuesto de que cada ciudadano afirma una concepción de este tipo" y mantiene la esperanza de que "todos puedan aceptar la concepción política como verdadera o como razonable desde el punto de vista de su propia doctrina comprehensiva, cualquiera que sea". Dictamina, por ello, de antemano que "sería fatal para la idea de una concepción política el que se la entendiera como escéptica o indiferente respecto a la verdad, y no digamos en conflicto con ella. Tal escepticismo o indiferencia colocaría a la filosofía política en oposición a numerosas doctrinas comprehensivas, liquidando así de partida su propósito de conseguir un consenso".[33]

Desvincular de la verdad a lo razonable ya es empresa ardua; empeñarse en convertirlo en su contrario resultaría disparatado, al pretender vincular razonabilidad con un juego de voluntades, más o menos preca-

clavitud", ya que "durante siglos, e incluso durante milenios, el sentir mayoritario no ha incluido esa intuición y nadie sabe durante cuánto tiempo la seguirá conservando" (*Verdad*, *valores*, *poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, Madrid, Rialp, 1995, p. 93).

31 Parece pensar Rorty, a juicio de A. Cortina, que añade, criticándolo, que "quien desee defender y potenciar con todo el énfasis imaginable la democracia liberal tal vez tendrá que tomársela en serio y no frivolizar mucho sobre ella", exponiéndose a que "otros se tomen la antidemocracia en serio" y se vea expuesto a un debate en franca "inferioridad de convicciones"; al fin y al cabo, "no se puede emprender en serio tarea alguna si no estamos convencidos de que esa empresa vale la pena", aunque "tal convicción no tiene por qué degenerar en dogma, sino que ha de ser una convicción racional, que tiene razones para mantenerse y está siempre abierta a ser racionalmente criticada" (*La ética de la sociedad civil*, *cit*., nota 21, pp. 88, 98 y 99).

32 De ello nos hemos ocupados en nuestra comunicación sobre *Convicciones personales y actividad legislativa*, presentada al Simposio Internacional *Evangelium Vitae e Diritto*, Roma, 23-25 de mayo de 1996 (*op. cit*., nota 6, p. 182); sobre su inhibición ante las teorías de la verdad (*cfr*. también p. 15).

33 Rawls, L., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 182; sobre su inhibición ante las teorías de la verdad, *cfr*. también p. 15.

riamente concluyentes.[34] Rorty, por el contrario, defiende con resonancias comtianas que se ha llegado a "reemplazar la verdad por la libertad como meta del pensamiento y del progreso social", aunque "la vieja tensión entre lo público y lo privado perdura aún después de producida esa sustitución". "Lo único que importa para la política liberal es la convicción ampliamente compartida de que llamaremos «verdadero» o «bueno» a todo lo que resulte de la libre discusión; de que si cuidamos de la libertad política, la verdad y el bien se cuidarán de sí mismos".[35]

El convencimiento de la verdad de lo que se propone es, en principio, positivo. A Rawls su constatación de que las doctrinas omnicomprensivas "ya no pueden servir, si es que alguna vez sirvieron, como base profesa de la sociedad", no le impide invitar ante cualquiera de ellas a "no poner ningún obstáculo doctrinal a su necesidad de ganar apoyos, de manera que pueda atraerse el concurso de un consenso" "razonable y duradero".[36] Sólo podría, en realidad, sugerir lo contrario quien profese una pintoresca y acomplejada teoría de la verdad —que la considerara incapaz de ser exitosamente argumentada— o quien ignore que la configuración de los contenidos de la ética pública debe depender más de su efectiva relevancia para la convivencia que del grado de verdad que valga atribuirle.

Verdad y consenso no tienen por qué entenderse como dilema alternativo.[37] Resulta incluso problemático que el consenso pueda oficiar de fundamento ético; más bien se apoya —de modo más o menos transparente— en contenidos éticos previos.[38]

34 J. Rawls previene para que el consenso no se vea confundido con un mero *modus vivendi*, que —ajenos a toda idea de "razón pública"— podrían suscribir quienes siguen "dispuestos a perseguir sus objetivos a expensas del otro y, si las condiciones cambiaran, así lo harían" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 179).

35 Para él, una sociedad liberal "no tiene propósito aparte de la libertad, no tiene meta alguna aparte de la complacencia en ver cómo se producen tales enfrentamientos y aceptar el resultado. No tiene otro propósito que el de hacerles a los poetas y a los revolucionarios la vida más fácil" (*Contingencia, ironía y solidaridad*, *cit*., nota 30, pp. 15, 16, 79 y 102).

36 Rawls, L., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 40 y 70.

37 De ello nos hemos ocupado en "Verdad y consenso democrático", *Ciencias humanas y sociedad*, Madrid, Fundación Oriol-Urquijo, 1993, pp. 461-482.

38 Sobre el particular véase nuestro trabajo "Consenso: ¿racionalidad o legitimación?", *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 99-116.

Para los convencidos de la verdad de una propuesta ética, el consenso cobra sin más un añadido valor de refrendo.[39] Partiendo de diversos fundamentos metafísicos, y de una epistemología a juego, ni a un Pufendorf ni a un Locke consenso político y verdad planteaban conflicto alguno; lejos de ello, se suministraban mutuo apoyo. Tampoco dentro de la tradición escolástica originó en todos los casos especiales dificultades asumir, junto a la sociabilidad natural, la querencia moderna a los modelos contractualistas.[40]

El problema resulta inevitable más tarde, a la hora de articular una razón práctica poskantiana en plena crisis de la metafísica, sobre todo en contextos culturales poco proclives a propuestas epistemológicas.

El "constructivismo" de Rawls, por ejemplo, aspira a plantear la necesaria "justificación razonable como un problema práctico, no epistemológico, o metafísico". Se esfuerza en resaltar que, "en este contexto, la idea de razonabilidad no es una idea epistemológica", sino que "es parte, más bien, de un ideal político de ciudadanía democrática que incluye la idea de razón pública". Coherentemente, entre las exigencias de un "consenso constitucional estable", figurará "la virtud de la razonabilidad", junto a "un sentido de equidad, un espíritu de compromiso y una disposición a acercar posiciones con los demás". Sin pretender implantar una concepción de la justicia "verdadera" si se procura que sea "razonable".[41]

39 J. Rawls admite que "algunos podrían insistir en que alcanzar ese acuerdo reflexivo ya da por sí mismo razones suficientes para considerar verdadera, o al menos altamente probable, esa concepción", pero prefiere abstenerse "de dar ese paso ulterior: es innecesario y podría interferir con el objetivo práctico de hallar una base pública acordada de justificación" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 185).

40 De ello se ha ocupado tan rigurosa como reiteradamente F. Carpintero, desde su estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno*: *Fernando Vázquez de Menchaca* (Salamanca, Universidad, 1977, pp. 170 y ss.) pasando por *Una introducción a la ciencia jurídica* (Madrid, Civitas, 1988, pp. 61 y ss.) o *La cabeza de Jano* (Cádiz, Universidad, 1989, pp. 98 y ss.) hasta *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa* (Madrid, Actas, 1993, pp. 25 y ss.).

41 Una "concepción política como articuladora de valores políticos, no de todos los valores", que se funda "en principios de razón práctica junto con concepciones de la sociedad y de la persona, ellas mismas concepciones de la razón práctica" (Rawls, L., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 16, 75, 93 y 195). Mucho más radical se muestra R. Rorty, para el que "la filosofía como epistemología" no es sino "la búsqueda de estructuras inmutables dentro de las cuales deben de estar contenidos el conocimiento, la vida y la cultura", en un afán "de sustituir la *conversación* por la *confrontación* en cuanto determinante de nuestra creencia" (*La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1983, pp. 154 y 155). De ahí que proponga "un pensamiento reactivo", más que cons-

Este dar entrada al juego de la *razón* contrastará con la actitud de Rorty, para el que "la idea de un componente humano central y universal llamado «razón», una facultad que es la fuente de nuestras obligaciones morales, aunque fue de mucha utilidad para la creación de las modernas sociedades democráticas, es algo de lo que puede prescindirse, y de lo que «debe» prescindir, a fin de que ello ayude a realizar la utopía liberal", ya que "la democracia está ahora en condiciones de desprenderse de los andamios utilizados en su construcción".[42] Rawls, por el contrario, nos habla de una razón *pública*, por partida doble:[43] por su objeto y por su sujeto.

La clave estará, como vimos, en el discernimiento de qué contenidos revisten una dimensión *pública*, capaz incluso de justificar la entrada en juego de la coercibilidad *jurídica*. Ello equivale a interrogarse por los contenidos indeclinables del derecho. Por más que ahora la justicia —con ellos tradicionalmente identificada— se presente como *política*, su función no será muy distinta de clásicos términos jurídicos o ético-sociales, como derecho natural[44] o bien común, aunque sí sea diversa su fundamentación.

La cuestión se simplifica cuando de ese mismo núcleo de contenidos de vocación jurídica, que gravitarán sobre el proceso de positivación, derivan exigencias sobre quiénes deben considerarse sujetos legitimados para su formulación. La iusnaturalista "dignidad humana" de la modernidad, por ejemplo, justificaba y sigue justificando la entrada en juego de unos mecanismos democráticos que irán, inevitablemente, mucho más allá

tructivo, que marca el contraste "entre la filosofía «sistemática» y la «edificante»" (*Contingencia, ironía y solidaridad*, *cit*., nota 30, p. 331).

42 *Contingencia, ironía y solidaridad*, *cit*., nota 30, p. 212.

43 Parece que tal razón fuera, más bien, tres veces "pública": por tener por objeto "el bien público"; por sus sujetos, ya que "como razón de los ciudadanos en cuanto tales, es la razón del público"; porque también "su contenido es público, y está dado por los ideales y principios expresados por la concepción de la justicia política que tiene la sociedad" (Rawls, L., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 248). Es fácil, no obstante, convenir que objeto y contenido, bien público y justicia política no diferirán demasiado.

44 J. Rawls, aparte de admitir que "una concepción de la justicia para una sociedad democrática presupone una teoría de la naturaleza humana", tampoco vacila en pronosticar que "las instituciones que garantizan para todos los ciudadanos los valores políticos incluidos en lo que Hart llama «el contenido mínimo del derecho natural»" puedan estimular "una adhesión generalizada" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 384 y 193). Ya en su *Teoría de la justicia* (*cit*., nota 9, p. 558, nota 30) había admitido que "la justicia como imparcialidad tiene los sellos distintivos de una teoría del derecho natural", aunque ahora precisa que, "dado el hecho del pluralismo razonable", los ciudadanos no pueden llegar a un acuerdo respecto del orden de los valores morales, "o respecto de los dictados de lo que algunos consideran como la ley natural" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 128).

de lo procedimental. Una vez más, serán las exigencias éticas las que justifiquen un procedimiento argumentativo,[45] sin exclusiones, y no viceversa.

Todo ello nos sitúa ante la necesidad de lograr un consenso, basado en la mutua argumentación sobre unos contenidos éticos materiales, más allá de lo meramente procedimental. El judicialmente omnipresente concepto jurídico de "lo razonable"[46] se verá acompañado de una indisimulable carga ética, hasta convertirse en la principal vía de explicitación de la teoría de la justicia, que acabará viéndose efectivamente positivada.

Será mediante este consenso como deberán irse entretejiendo[47] las diversas concepciones del bien privadamente suscritas por los ciudadanos, en su legítimo intento de configurar el núcleo de contenidos jurídicos indispensables en el ámbito público. Núcleo que —la reiteración es obligada— desbordará, y condicionará, lo procedimental para incluir derechos con un contenido esencial a respetar.[48]

45 El mismo J. Rawls aclara que, en su planteamiento, "nos ocupamos de la razón, no simplemente del discurso" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 255).

46 En J. Rawls encontramos una sintomática distinción entre lo "racional", que llevaría a cada cual a ingeniárselas para alcanzar su particular concepción del bien, y "lo razonable", más restringidamente vinculado "a la disposición a proponer y a respetar los términos equitativos de la cooperación", así como "a la disposición a reconocer las cargas del juicio, aceptando sus consecuencias"; lo que faltaría a los agentes meramente "racionales" sería "la forma particular de sensibilidad moral que subyace al deseo de comprometerse con una cooperación equitativa como tal, y hacerlo en términos tales que quepa esperar que otros, en tanto que iguales, puedan aceptar" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, nota 1 de la p. 79 y pp. 81 y 82.

47 El término *overlapping consensus* de J. Rawls ha dado no poco trabajo a sus traductores españoles, que han huido de recurrir al adjetivo "solapado" —por evitar, sin duda, que se le malinterprete como falto de transparencia— para hablar de *La idea de un consenso por superposición* (J. Betegon y J. R. Páramo al incluir dicho trabajo en su recopilación sobre "Derecho y moral", *Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 63-85) o de "consenso solapante" (A. Cortina, a propósito de Rorty, en *Ética sin moral*, *cit*., nota 10, p. 241), antes de acudir al "consenso entrecruzado" (como ha hecho A. Domenech en su versión de la obra que venimos citando; *cfr*. la nota que incluye en la p. 30). A éste adjetivo nos remitiremos, aunque el de "entretejido" nos hubiera parecido más expresivo. Nos encontramos, pues, ante "la idea de un consenso entrecruzado de doctrinas comprehensivas razonables" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 165).

48 En efecto, el consenso entrecruzado "va más allá de los principios políticos que instituyen procedimientos democráticos e incluye principios que abarcan el conjunto de la estructura básica; de aquí que sus principios establezcan ciertos derechos substantivos tales como la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento, así como la igualdad equitativa de oportunidades y principios destinados a cubrir ciertas necesidades esenciales" (Rawls, J., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 197).

El entretejimiento del consenso reabre la posible susceptibilidad ante lo religioso, cuando pugnan por influir sobre su configuración los diversos magisterios confesionales. La legitimidad de sus funciones queda sin embargo, dentro de una sociedad democrática, fuera de toda duda. Si es normal que el ciudadano suscriba doctrinas omnicomprensivas, será lógico que puedan libremente dirigirse a él los encargados de ilustrarlas. Esta actitud, lejos de levantar sospechas sobre presuntas indebidas injerencias, sería precisamente síntoma de la voluntad de esas confesiones de lograr apoyos mediante la pública argumentación, renunciando a todo uso opresivo del poder.[49] Sería, como vimos, absurdo pensar que, por el simple hecho de que dichos magisterios presenten propuestas a las que atribuyen sólido fundamento, condujeran inevitablemente al fundamentalismo.

Este último fenómeno sólo se daría si, recurriendo al argumento de autoridad, intentaran proyectar abruptamente determinados contenidos sobre la ética pública, sustrayéndose al procedimental debate político. Si ninguna confesión puede pretender monopolizar la ética pública, tampoco tendría sentido relegarlas obligadamente a lo privado, ignorando su positiva dimensión social.

Ya vimos cómo Rawls incluye a las "Iglesias" —sin discriminarlas respecto a las "universidades" o "muchas otras asociaciones de la sociedad civil"— entre las "razones no públicas", que alimentan "lo que he llamado «trasfondo cultural», en contraste con la cultura política pública. Esas razones son sociales, y desde luego no privadas";[50] "la autoridad de la Iglesia sobre sus feligreses" no le plantea mayores problemas, ya que "dada la libertad de culto y la libertad de pensamiento, no puede decirse sino que nos imponemos esas doctrinas a nosotros mismos".[51]

49 J. Ratzinger señala que "no es propio de la Iglesia ser Estado o una parte del Estado, sino una comunidad de convicciones"; recordará que "en el ámbito anglosajón la democracia fue pensada y realizada, al menos en parte, sobre la base de tradiciones iusnaturalistas y apoyada en un consenso fundamental cristiano"; la Iglesia, "en uso de su libertad debe participar en la libertad de todos para que las fuerzas morales de la historia continúen siendo fuerzas morales del presente y para que surja con fuerza aquella evidencia de los valores sin la que no es posible la libertad común" (*Verdad, valores, poder*, *cit*., nota 30, pp. 39, 40 y 96).

50 *Cfr*. lo ya indicado en nota 8.

51 Rawls, L., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 247, 255, 256 y 257, también 297.

El laicismo, planteado coherentemente, llevaría a un bloqueo del consenso social, ya que equivaldría a proponer que "en asuntos políticos fundamentales, las razones dadas explícitamente en términos de doctrinas comprehensivas no pueden introducirse nunca en la razón pública"; en vez de permitir a los ciudadanos "presentar lo que consideran la base de los valores políticos arraigada en su doctrina comprehensiva, mientras lo hagan por vías que robustezcan el ideal de la razón pública".[52]

Lo contrario implicaría una actitud inquisitorial difícilmente compatible con determinados valores constitucionales, como los que vetan toda indagación sobre convicciones ideológicas o religiosas.[53] Para Rawls, el que algunos piensen "que los valores no políticos y transcendentes constituyen el verdadero fundamento de los valores políticos", no implicaría que su "apelación a los valores políticos resulte insincera", ya que "el que pensemos que los valores políticos tienen alguna fundamentación ulterior no significa que no aceptemos esos valores, o que no estemos dispuestos a respetar la razón pública, del mismo modo que nuestra aceptación de los axiomas de la geometría no significa que no aceptemos los teoremas geométricos".[54]

El *constitucionalismo* democrático aspira, precisamente, a superar todo falso dilema entre fundamentalismo y dictadura de la mayoría. Suscribe, consciente de su dimensión autodestructiva, el *rechazo del relativismo*, reconociendo que situarse de espaldas a la verdad genera graves amenazas contra la libertad. El procedimentalismo resultará, una vez más, insuficiente.[55]

52 J. Rawls, que califica al segundo como "punto de vista incluyente", lo considera "más adecuado" que el "punto de vista excluyente", ya que "el mejor modo de robustecer ese ideal en tales casos podría ser explicar en el foro público cómo la propia doctrina comprehensiva afirma los valores políticos" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 282, 283 y 284).

53 Es el caso de la Constitución española que, en su artículo 16.2, garantiza que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias".

54 Todo consistiría en saber "distinguir el orden de la deducción del orden del apoyo" (*El liberalismo político*, *cit.*, nota 7, p. 277 y su nota 31.

55 Una Constitución como la nuestra no se corresponde con lo que J. Rawls llama "consenso constitucional", reconociendo que "no es profundo, ni tampoco es amplio", sino "de corto alcance", en la medida en que "no incluye la estructura básica, sino sólo los procedimientos políticos de un gobierno democrático"; en realidad, "un consenso constitucional puramente político y procedimental se revelará demasiado restringido" (*El liberalismo político*, *cit.*, nota 7, pp. 191 y 198).

En efecto, para que el ejercicio de la libertad no acabe resultando inviable en la práctica, habrá que proceder a la *sustracción del debate político* de determinados *contenidos éticos fundamentales*. Si nos trasladamos a la polémica anglosajona entre constructivistas y utilitaristas, se trataría de acertar a la hora de fijar —"de una vez por todas"— unos derechos individuales prioritarios, que habríamos de "tomarnos en serio",[56] dejándolos a salvo de condicionamientos derivados del cálculo oportunista de intereses sociales o de razones de eficacia.

Si no queremos, sin embargo, viciar el planteamiento, parecería lógico que lo único que autorice a proceder a esa sustracción o "retirada de la agenda política" de determinadas cuestiones sea sólo el grado de *razonabilidad* atribuible a sus contenidos éticos, y no la dimensión *polémica* que coyunturalmente puedan llegar a cobrar. De lo contrario, habría que entrar en el difícil diseño de una agenda política capaz de distinguir, a la vez, entre lo fijado de una vez por todas, en aras de una razón pública permanente, y lo que también habría que marginar de ella, pero esta vez por su potencial conflictivo meramente coyuntural.

Rawls no parece tan coherente en este punto, al dar por sentado que su liberalismo político, "para mantener la imparcialidad", "ha de abstenerse de entrar específicamente en tópicos morales que dividen a las doctrinas comprehensivas".

Los imperativos de "razonabilidad" parecen ceder ante estrategias meramente "racionales"[57] cuando se nos aclara que, "al evitar las doctrinas comprehensivas, tratamos de eludir las controversias religiosas y filosóficas más profundas con objeto de no perder la esperanza de conseguir una base para un consenso entrecruzado estable", en un intento de "armar las instituciones de la estructura básica de modo tal que reduzca drásticamente la probabilidad de que parezcan conflictos inabordables". Por tales razones "una con-

56 Arquetípica al respecto la archidifundida obra de Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. Entre las "exigencias de un consenso constitucional estable", señalará J. Rawls, "la imperiosa exigencia política de fijar de una vez por todas el contenido de determinados derechos y libertades básicos y de conferirles una primacía especial. Al proceder así se retira de la agenda política la necesidad de esas garantías y devienen inaccesibles al cálculo de los intereses sociales" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, p. 193). F. D'Agostino detecta en este rechazo del utilitarismo cómo "el kantismo fundamental de Rawls implica que el hombre tiene una dignidad, y no un precio" ("La giustizia tra moderno e postmoderno", *Filosofia del diritto*, *cit*., nota 3, p. 122).

57 *Cfr*. nota 46.

cepción liberal elimina de la agenda política los asuntos más decisivos, los asuntos capaces de generar conflictos pugnases que podrían socavar las bases de la cooperación social".[58]

En todo caso, quedará rechazada la dictadura de la mayoría. Esas verdades, públicamente vinculantes, no podrán diseñarse desde una ética privada apoyándose en el mero hecho de su mayoritaria presencia social. En contra de quienes afirman que, a la hora de la verdad, los contenidos esenciales de la Constitución acabarán significando lo que quiera una mayoría coyuntural, lo "razonable" acaba convirtiéndose en límite substancial al principio procedimental por antonomasia.[59]

Mientras tanto, en el ámbito privado —en el que, "a la hora de la verdad el relativismo no se lo cree nadie"—[60] puede estar anidando hasta una triple variedad de *tentaciones fundamentalistas*, que valdría la pena examinar.

La primera de ellas hace referencia a la posible compatibilidad entre la omnipotente superioridad reconocida a la divinidad y la necesaria sumisión de las propuestas éticas a debate público.

Tras estos planteamientos, late un indisimulable maridaje entre el fundamentalismo y un *voluntarismo* que no tendría mucho que envidiar al hobbesiano. Verdadero sería aquello que Dios, al revelarlo, haya querido establecer como tal; no habría más motivo para amarlo que para odiarlo, se llegó a apuntar. Si, por el contrario, se desborda la angostura voluntarista, contemplando a un Dios racional, el dilema se relaja haciendo posible la entrada en juego de exigencias éticas naturalmente cognoscibles.

58 Rawls, J., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 23, 184, 188 y 189. R. Rorty, que no en vano caracteriza su "ironía" como lo opuesto al sentir común (*Contingencia, ironía y solidaridad*, *cit*., nota 30, p. 92) ya había resuelto más drásticamente la cuestión, al atribuir a la epistemología el caprichoso intento de "encontrar la máxima cantidad de terreno que se tiene en común con otros", por lo que, como consecuencia, "insinuar que no existe este terreno común parece que es poner en peligro la racionalidad", o que se está "proponiendo el uso de la fuerza en vez de la persuasión" (*La filosofía y el espejo de la naturaleza*, *cit*., nota 41, pp. 288 y 289).

59 "Aunque una concepción política de la justicia encara el hecho del pluralismo razonable, no es política en el sentido equivocado; es decir, su forma y su contenido no se ven afectados por el balance de poder político existente entre las doctrinas comprehensivas. Ni fraguan sus principios un compromiso entre los más dominantes" (Rawls, J., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 173 y 174). La justificación reside en los principios de la justicia, mientras que la regla de las mayorías "ocupa un lugar secundario como mecanismo procesal" (ya en su *Teoría de la justicia*, *cit*., nota 9, p. 396).

60 Cortina, A., *Ética civil y religión*, *cit*., nota 3, p. 105.

Cuando el Dios sabio acompaña al omnipotente, su potencia se convertirá de "absoluta" en "ordenada".[61]

Lo verdadero no es, sin embargo, tal porque Dios haya querido revelarlo, sino que ha sido *revelado* precisamente *por* ser cualificadamente *verdadero*. El debate político de unos contenidos cognoscibles, lejos de resultar un agravio cuestionador de su omnipotente voluntad, acabaría convirtiéndose en ocasión de reconocimiento de su sabiduría racional.

En un segundo momento, pueden plantearse —ahora desde una perspectiva de coherencia racional— dificultades a la hora de renunciar a ver reconocidos en el ámbito público unos contenidos que se estiman privadamente verdaderos. Esta nueva tentación fundamentalista resultará en buena medida desactivable mediante el reconocimiento de aquel doble campo que ya tuvimos ocasión de distinguir en las éticas omnicomprensivas: las exigencias maximalistas de la moral personal, por una parte, y, por otra, el reconocimiento del ajustamiento de las relaciones sociales como un espacio de más limitada exigencia ética.

El recurso al *derecho natural*, por ejemplo, encierra este elemento, además de ofrecer las posibilidades de conocimiento secularizado que ya señalara Grocio. Ante la creciente multiculturalidad de las sociedades occidentales, se hace preciso contar hoy con similares contenidos éticos de reconocimiento compartido.[62] No obstante, Rawls recordará que una sociedad no es una comunidad y ello impone límites al "celo de la verdad total", que "nos tienta hacia una unidad, más amplia y más profunda, que no puede ser justificada por la razón pública".[63]

61 M. Villey ya estudió la contribución del voluntarismo medieval, de Occam a Scoto, en *La formation de la pensée juridique moderne*, París, Montchrestien, 1968, pp. 147-272.

62 Incluso desde planteamientos como los de A. Cortina, reacios a un iusnaturalismo confeso, se postula una objetividad ética, ya que "defender el subjetivismo moral es alistarse en las filas del politeísmo axiológico, y no en las de un sano pluralismo". "El pluralismo consiste en compartir unos mínimos morales desde los que es posible construir juntos una sociedad más justa" (*La ética de la sociedad civil*, *cit*., nota 21, p. 49). A la hora de buscar fundamento a dicha objetividad ética deja en suspenso si cabría caracterizarlo como "iusnaturalismo procedimental" (*Ética sin moral*, *cit*., nota 10, p. 245).

63 Ya con anterioridad se había planteado "¿por qué no es la concepción más razonable aquélla que se funda en toda la verdad y no simplemente en una parte de ella, mucho menos en creencias que meramente tienen un basamento común y que ocurre que son públicamente aceptadas en un momento dado, pues es presumible que éstas contengan al menos algún error?" ("El constructivismo kantiano en la teoría moral", *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 158). Ahora insistirá: "la concepción de la justicia compartida por una sociedad democrática bien or-

Papel parecido juegan otros puntos de referencia como el "contenido esencial" de los derechos humanos o las exigencias de la "buena fe", y conceptos como los de "bien común", "orden público" o "sociedad bien ordenada". Todos pueden contribuir a demarcar el ámbito de la ética pública, admitiendo pacíficamente que en él no toda exigencia ética privada ha de encontrar asiento; con ello se descartan las pretensiones del *integrismo* de que todos los mandatos de la divinidad se vean jurídicamente respaldados.

No cabe excluir una tercera fuente de tensiones, cuando determinadas exigencias que —desde la ética privadamente suscrita— aparecen como indispensables para configurar una convivencia social digna del hombre, no llegan a verse jurídicamente positivadas como exigidas por la ética pública. Esta última tentación fundamentalista no parece dejar otra escapatoria que un refugio práctico en la *doble verdad*, capaz de justificar de antemano el *confinamiento* incondicionado *de la verdad en* el ámbito de *lo privado*.

Se nos brinda, como vimos, solución teórica cuando se suscribe privadamente una ética omnicomprensiva, que admite —precisamente como *exigencia ética* de sus propios contenidos— que la proyección publica de la verdad ha de someterse a determinados *procedimientos*. Sin reconocer a lo procedimental carácter de fundamento —alternativo a la verdad— asumible como cauce obligado para su proyección pública.

Precisamente el reconocimiento de una verdad —la dignidad humana—[64] merecería prioridad tal como para conferir a los procedimientos —que habrían de garantizar su respeto— capacidad de condicionar en la práctica la propuesta de cualquier otro de sus contenidos.

Superado el dilema irresoluble a que aboca el *integrismo* —al sentar rígidamente que no cabe reconocer *derechos* al *error*— la afirmación de la *verdadera dignidad personal* lleva a admitir la posible proyección sobre el ám-

denada tiene que ser una concepción limitada a lo que llamaré el «dominio de lo político» y a los valores de éste" (*El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 68, 69 y 73).

64 El problema no se resuelve si sólo se "apela a un concepto ya aceptado de dignidad humana; porque todavía es menester contestar a la pregunta: ¿por qué los hombres tienen una especial dignidad?", según señala A. Cortina (*Ética sin moral*, *cit*., nota 10, pp. 244, 249, 250 y 251) que no sólo considera que "los derechos humanos son un tipo de exigencias —no de meras aspiraciones—, cuya satisfacción debe ser obligada legalmente", sino que no duda que "el estatuto de tales «derechos», aun antes de su deseable positivación, sería efectivamente el de *derechos*".

bito de lo público de contenidos privadamente rechazados como erróneos, dando paso así a un decisivo ingrediente de la *tolerancia*.[65]

El juego de los mecanismos procedimentales se verá, en todo caso, matizado por el de otros valores no menos vinculados a esa dignidad humana que le sirve de fundamento. El *principio de las mayorías*, arquetípico al respecto, se verá matizado por esa garantía de los derechos fundamentales que servirá de freno a mayorías coyunturales, en frecuente *defensa de las minorías* que son las que suelen verlos vulnerados.

Difícilmente podría apelarse al mismo principio de las mayorías a la hora de dilucidar su propia tensión con los derechos de unas minorías que merecerán protección, no tanto porque pueden algún día convertirse en mayoría, como porque es más que probable que no puedan llegar nunca a conseguirlo.

Cuando tales derechos se reconocen como "inalienables", el intento de distinción derecho-moral propio del positivismo resulta inviable. No se está reconociendo simplemente que el derecho acaba teniendo aleatorios contenidos "morales"; se está dando por sentado que algunos de ellos juegan el papel de exigencias éticas imprescindibles del ordenamiento jurídico, hasta el punto de convertir en nula "de pleno derecho" cualquier positivación que las desconozca.

Para Rawls, no se trata únicamente de que "una libertad básica sólo puede ser limitada o negada por una o más libertades básicas, y nunca por razones de bien público o de valores perfeccionistas", sino que "decir que las libertades básicas son inalienables es lo mismo que decir que cualquier acuerdo entre ciudadanos que implique la renuncia a una libertad básica o la violación de una de ellas, por racional y voluntario que sea el mismo, es un acuerdo vacío *ab initio*".[66]

El reiteradamente resaltado *carácter meramente instrumental del procedimiento*, y su consiguiente *insuficiencia* para aportar la respuesta última a la hora de configurar la ética pública, obliga a volver la vista hacia las omnicomprensivas *éticas privadas* y a plantearse el modo de *articular* su *proyección pública* de un modo transparente y no sesgado, hasta conseguir una sociedad que no por pluralista renuncie a ser razonable.

[65] Al respecto nuestro trabajo "Tolerancia y verdad", *Scripta Theologica*, 1995 (XX/VII/3), pp. 885-920.

[66] Rawls, J., *El liberalismo político*, *cit*., nota 7, pp. 332 y 403.

Capítulo cuarto
¿QUÉ PODRÍA SIGNIFICAR HOY "USO ALTERNATIVO DEL DERECHO"? 57
I. La función creativa del juez 57
II. Matar al mensajero en aras de una seguridad ficticia 58
III. Los jueces pierden el juicio 58
IV. Regreso a la jurisprudencia 59
V. Una estrategia de "politización" judicial 59
VI. El pragmatismo descreído 60
VII. La legitimación pendiente 61

CAPÍTULO CUARTO

¿QUÉ PODRÍA SIGNIFICAR HOY "USO ALTERNATIVO DEL DERECHO"?

No sería nada exagerado caracterizar toda la filosofía jurídica de este siglo como el proceso de desguace del positivismo legalista. Sin embargo (que cada cual derive de ello las consecuencias que estime oportunas...), si a cualquier ciudadano, incluidos los estudiantes de derecho y la mayor parte de los juristas prácticos, se les pregunta por el derecho pensarán de inmediato en el derecho "positivo", entendiendo como tal los textos "legales". Desmontado como doctrina, el positivismo legalista sigue siendo hoy la inconsciente pre-teoría dominante.

I. LA FUNCIÓN CREATIVA DEL JUEZ

A estas alturas, sin embargo, una realidad ha tenido el mérito de poner de acuerdo a positivistas normativistas como Kelsen, positivistas realistas como Ross, analíticos enfrentados como Hart y Dworkin, o iusnaturalistas como Kaufmann: el derecho no se identifica con el texto legal, porque el juez ha de asumir —quiera o no— una función "creativa" de derecho, y no mecánicamente "aplicativa".

Cuando, a comienzos de los años setenta, algún entusiasta promotor del italiano "uso alternativo del *diritto*" destacaba esta función creativa con el mismo aire de novedad que si acabara de descubrirse no hacía sino ejemplificar el caústico dictamen de Bobbio: hay marxistas tan encerrados en su laberinto que, a poco que un buen día se animen a sacar de él la nariz, acaban descubriendo... el paraguas.

Pero, antes de analizar los ingredientes de un rótulo llamado hace tres lustros a convertirse en moda efímera, conviene repasar las tres actitudes más frecuentes ante la constatación de que el juez "crea" derecho.

II. Matar al mensajero en aras de una seguridad ficticia

Los devotos del positivismo legalistas, ingenuos o interesados, reaccionan con alarma ante lo que consideran una alevosa agresión al principio de legalidad, con la consiguiente amenaza para la seguridad jurídica.

Sin duda, en la medida en que condiciona la solución de los conflictos concretos, el texto legal permite al ciudadano establecer expectativas fiables sobre las consecuencias de sus propios actos; pero sólo en dicha medida... La sabiduría popular lo ha plasmado con elocuencia: "pleitos tengas y los ganes". No hace falta convertirse en personaje de Kafka para concluir que nada hay más inseguro que verse expuesto a la "aplicación" de un texto legal.

Denunciar esta circunstancia no parece constituir un ataque a la seguridad de los ciudadanos; al menos no tan peligroso como silenciarla. Claro que quizá lo que se pretende no es que el ciudadano esté seguro, sino que disfrute de dicha ilusoria sensación. La liturgia judicial colabora eficazmente a ello, manteniendo una exposición de antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, hasta escenificar en la sentencia un silogismo presuntamente aséptico.

III. Los jueces pierden el juicio

La actitud de Kelsen es bien distinta. Reconociendo que a todo juez le ofrece la norma general una amplia gama de soluciones, considera que no tiene más remedio que "optar" por una de ellas, creando una norma particular para cada caso concreto. El juez, por más que se empeñe, no puede emitir "juicio" alguno, porque no cabe establecer de modo objetivo (conociendo racionalmente) que una de esas soluciones sea más o menos justa o adecuada que las demás. Se verá obligado a recurrir a su voluntad (decidiendo arbitrariamente) para optar por la que de modo subjetivo más le agrade. Al final de todo un largo proceso, la cadena normativa desembocará en una presunta cosa juzgada que no hace sino enmascarar la "cosa querida" por el último encargado de realizar un juicio imposible.

Tan llamativa conclusión es consecuencia de una rara virtud del autor de la *teoría pura*: no sólo se declara positivista sino que lo hace tan en serio como para asumir las consecuencias. El método positivista excluye toda razón práctica, por lo que seguir hablando —en tal contexto— de "juicios" son ganas de engañar al consumidor. El problema no radica tanto en que és-

te siga emperrado en que le hagan "justicia" y en que el juez emita al efecto el oportuno "juicio"; lo más grave es que, si los ciudadanos fueron tan inteligentes como para ser positivistas en serio, el derecho dejaría de funcionar, al no contar con más motivo para ser respetado que el recurso a esa fuerza bruta a la que está precisamente llamado a sustituir.

IV. Regreso a la jurisprudencia

Cuando no se ha abrazado la fe positivista (o se ha hecho a los solos efectos de sentirse miembro de un club con elegante aire exclusivo, como denunció Olivecrona), se admite el recurso a un ejercicio de la razón práctica, que permita calibrar cuál de las posibles soluciones resulta la más justa y razonable para el caso concreto.

Basta repasar los elementos clásicamente atribuidos a la prudencia para verlos reflejados en el manejo judicial del derecho. La conveniencia de solicitar consejo se plasma en tribunales colegiados; el papel de la memoria encuentra asiento en el juego del precedente; la recomendable paciencia lleva a respetar formas y procedimientos; la sabia desconfianza ante el posible error personal mueve a contrastar con los textos legales ese prejuicio, que nos llevó a pre-comprender el caso, para buscarle —circularmente— el necesario respaldo normativo.

El juez ha de argumentar, ayudado por las partes, por qué una de las posibles soluciones es la más justa y razonable. Nos hallamos, pues, en plena jurisprudencia, tras descartar las actitudes anteriores, que invitaban (en el primer caso) a una presunta juris-ciencia, para quedarse (en el segundo) en crasa juris-volencia.

V. Una estrategia de "politización" judicial

Éste era también el panorama cuando, desde un neomarxismo indisimuladamente antimarxista, se diseña una estrategia que permitiera a la eterna oposición italiana intentar hacerse con el control del Poder Judicial; mientras el Legislativo y el Ejecutivo se mantenían reacios a todo histórico compromiso. No dejaba de resultar cruel ver al insigne Carlos Marx, que consideraba al derecho operación casi tan opiácea como la teología, revestido de jurista. Escribo estas líneas en un aeropuerto brasileño, tras haber comprobado que —decenios después— el "derecho alterna-

tivo" se acoge por aquí con el mismo inusitado fervor que si de una versión de la teología de la liberación para juristas se tratara.

Como teoría, el invento no era nada sofisticado. Todo consistía en asumir la función creativa del juez, sustituyendo la arbitrariedad kelseniana, o los intentos de razonamiento práctico, por la obligada diplopía de la lucha de clases. El jurista alternativo —ebrio de revolución pendiente— lo acaba viendo todo doble; no hay ni solución única ni múltiple, sino dual: burguesa-conservadora o emancipatoria-progresista. El Pizarro jurídico ha trazado la raya; la fama espera a los audaces.

En el caso italiano el "uso alternativo" actuaba como un curioso despotismo ilustrado. Los ciudadanos hacían funcionar laboriosamente los mecanismos democráticos hasta que se plasmaban parlamentariamente en un texto las normas vinculantes. El falseamiento "ideológico" atribuido a la democracia burguesa debía ser corregido *a posteriori* por unos jueces cuyas ideas no habían merecido respaldo electoral de mayor cuantía. En España la operación era, en los comienzos, más presentable, al contar enfrente con un despotismo por ilustrar. La justicia, en todo caso, se "politiza", no porque pase a cobrar dimensión política (toda "creación" jurídica, de uno u otro modo, la implica), sino porque se convierte en confesadamente parcial para —ante el forzado dilema dialéctico— no acabar siéndolo inconfesadamente.

VI. El pragmatismo descreído

Consumada la transición democrática, nuestra situación resulta equiparable a la italiana. Pero en los años ochenta, antes incluso de caer el muro berlinés, los otrora marxistas ahora en el poder viven su peculiar Bad Godesberg. Marx acaba en el baúl de los recuerdos. Los revolucionarios del 82 se han hecho pragmáticos y descreídos. Como de costumbre, los más honestos y consecuentes quedarán en la penumbra, mientras más de un recién llegado presume de camisa vieja.

¿En qué puede quedar un uso alternativo del derecho sin fe marxista? Cuando el dilema burgués-proletario exige tal dosis de fe que sólo se mantiene en pie en algunas universidades católicas sudamericanas, surge el peligro de que (pragmatismo mediante) se vea sustituido por su nada novedosa raíz elemental: la dialéctica amigo-enemigo. De ponerse al servicio del Partido, capaz de encarnar la conciencia del proletariado, puede pasarse

al servicio del Partido, capaz de satisfacer la impaciencia del magistrariado promocionándolo a las alturas.

Del esquema marxista sólo quedaría (y no es poco) el dualismo conservador-progresista y la primacía de la praxis, o sea (eufemismos aparte) la capacidad de un buen fin para justificar malos medios. Todo juicio puede así convertirse en dilema y solventarse mediante un mero cálculo consecuencialista. En un momento en que las goteras de las instituciones políticas llevan a "judicializar" muchas de sus cuestiones y querellas, el panorama no resulta tranquilizador.

VII. La legitimación pendiente

El neomarxismo planteó, de modo antidemocrático *a fuer* de "alternativo", la legitimación política de una creatividad judicial realmente inevitable, por más que pudiera llegar a incrementarla interesadamente. Descartado tan heterodoxo sistema, queda pendiente el problema radical.

El positivismo legalista imponía la imagen de un juez supuestamente "técnico", legitimable a través de unas más o menos reñidas oposiciones. Recurrir, por simetría, a la elección popular llevaría consigo una inevitable querencia partitocrática inconciliable con la imparcialidad judicial; una cosa es que la política judicial socialista se haya tomado a beneficiario de inventario el veto constitucional a la militancia política de los jueces, y otra, bien distinta, llegar a convertirla en vía habitual de acceso a tal función.

A la espera de que alguien encuentre la oportuna piedra filosofal, no vendría mal recordar la positiva función de la publicidad y la transparencia. Faltas de ellas, muchas de nuestras instituciones políticas —formalmente legitimadas— se encuentran en situación manifiestamente mejorable. No sería difícil que el Poder Judicial quedara muy por encima de ellas, renunciando a disimular la función creativa de los jueces y haciéndola, por el contrario, más diáfana y abierta a una beneficiosa intemperie.

Capítulo quinto
EL DERECHO A LO TORCIDO 63
I. Los principios fundamentales del "buenismo" jurídico . . . 64
II. El doble lenguaje del "buenismo" en la teoría jurídica . . . 68
III. "Buenismo": algo más que una estrategia política oportunista 70
IV. El derecho a lo recto como alternativa al "buenismo jurídico" . 71

CAPÍTULO QUINTO

EL DERECHO A LO TORCIDO

La filantrópica generosidad a la hora de conceder derechos figura sin duda entre las características más sobresalientes de una actitud "buenista". Dicho sea lo de conceder con toda intención, porque es precisamente la ausencia de todo fundamento objetivo lo que hace rebosar de generosa benevolencia a una operación aparentemente inocua.

En mis años de parlamentario tuve ocasión de formar parte de la subcomisión encargada de estudiar la problemática de las llamadas parejas de hecho, ante la que comparecieron expertos del más variado signo, así como representantes de asociaciones de gays y lesbianas. Llevado de mi —felizmente— nunca abandonada deformación profesional, no perdí la ocasión de preguntar a uno de ellos qué entendía por "tener derecho" a algo; toda su intervención había girado en torno a reivindicaciones de ese tipo... Su respuesta rebosó "buenismo": tener derecho es desear algo y lograr un consenso social al respecto. Logrado está, al parecer.

El decisivo consenso no parece interesarse mucho por fundamentos objetivos o menos aún por teorías de la justicia. Cuando se pregunta si los homosexuales tienen derecho a contraer matrimonio, la respuesta resulta ejemplarmente ortodoxa: si se quieren...; o sea, si lo desean, por qué no. En el ámbito académico la cuestión no es tan clara. El discurso de los derechos viene girando de modo decisivo, especialmente en el entorno anglosajón, sobre los paradójicamente llamados "derechos morales". Sólo si se cuenta con una sólida razón moral podríamos considerar existente un derecho digno de protección frente a los poderes públicos; lo demás serán meras concesiones del poderoso, que tendrían más de ventaja coyuntural que de derecho propiamente dicho.

De ahí arranca el provocativo debate sobre si cabría hablar de un *right to do wrong*, o sea de un derecho a equivocarse, a lo equivocado, a hacer

el mal, o incluso en español —dado el inequívoco juego de palabras al que se acude— un "derecho a lo torcido".[1]

El "buenismo" marcha de la mano del relativismo.[2] No es nueva la afirmación de que admitir que nada es verdad ni mentira, sobre todo a la hora de hacer uso del poder, sería una exigencia obligada para frenar toda tentación autoritaria.[3] En consecuencia, descartar la posibilidad de tener derecho a lo equivocado supone admitir que existe un criterio de verdad, así como rechazar el derecho al mal sólo sería concebible recurriendo a una concepción del bien.

I. Los principios fundamentales del "buenismo" jurídico

Una respuesta afirmativa a la cuestión nos ayudaría a identificar los elementos básicos del "buenismo" jurídico. Sin pretensiones de exhaustividad:

1) Prohibido prohibir.
2) Tendremos, en todo caso, derecho a todo lo no prohibido.
3) No cabe imponer las propias convicciones a los demás.
4) La tolerancia nos exige un máximo reconocimiento de derechos, en lucha contra toda discriminación.
5) Toda desigualdad implica discriminación.
6) Derechos gratuitos.

[1] Ya en 1981 abre el debate el artículo de J. Waldron, *A Right to Do Wrong*, con referencias bibliográficas a R. Dworkin, J. Raz, etcétera; incluido más tarde en su libro *Liberal Rights*, Cambridge, 1993. Con posterioridad asumirá su tesis A. Marmor en "On the Limits of Rights", *Law and Philosophy*, 1997, 16, pp. 4 y ss.

[2] V. Puig Mas, tras señalar cómo "contribuye a favorecer la causa del «dialoguismo» la privatización de valores que está viviendo la sociedad española", señala que "llevada a su extremo, la concepción «dialoguista» tiene algo de relativismo" (*Estrategias del buenismo*, ponencia introductoria a este mismo Seminario). F. Portero apuntará al respecto en ponencia posterior que "el bien y el mal existen. No todo es relativo" (*Buenismo y alianza de civilizaciones*).

[3] "La cuestión decisiva es si se cree en un valor y, consiguientemente, en una verdad y una realidad absolutas, o si se piensa que al conocimiento humano no son accesibles más que valores, verdades y realidades relativas". "Esta pugna de concepciones metafísicas es paralela a la antítesis de actitudes políticas: a la concepción metafísico-absolutista del mundo se ordena la actitud autocrática, así como la democracia corresponde a la concepción científica del universo, al relativismo crítico" (Kelsen, H., "Forma de Estado y filosofía", *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1934, p. 154).

Arrancando de este punto de partida, cualquier intento de plantear una alternativa al "buenismo" jurídico nos introduce por mares procelosos. Explorémoslos someramente.

1. La prohibición de prohibir nos llevaría a un anarquismo, de no pocas posibilidades lúdicas,[4] pero dudosamente compatible con una convivencia social ordenada. Descartado un compartido concepto de "vida buena", sólo un cálculo consecuencialista justificaría prohibiciones coyunturales. El problema inmediato —común a todo intento de recurrir a la racionalidad del mercado— será la posible existencia de "externalidades"; o sea, factores que de modo no siempre consciente quedan excluidos del cálculo. En lo que al derecho se refiere, son manifestaciones típicas de esta "invisibilidad" la existencia de costes sociales (por ejemplo, medioambientales) no contemplados; o la reducción —típica de todo rechazo del "paternalismo"— a un análisis de las conductas de alcance individual, sin prever posibles efectos colaterales con repercusión colectiva: así ocurre con la admisión del consumo de drogas, basada en el respeto a la autonomía, generando posteriores problemas de salud pública o seguridad ciudadana; o con la despenalización de la eutanasia y la posterior proliferación de dicha práctica sin que llegue a constar el consentimiento expreso del afectado.[5]

2. El convencimiento de que tenemos derecho a todo lo no prohibido se apoya en un concepto "buenista" que identifica un derecho con el mero *agere licere* o actuar lícito. Ello explica la generalizada creencia de que en España existe un derecho al aborto, cuando en teoría el aborto continúa constituyendo una conducta delictiva, sin perjuicio de que en determinadas circunstancias resulte exenta de sanción penal. Similar creencia se puso de relieve cuando los terroristas del GRAPO en huelga de hambre esgrimieron un presunto derecho a la muerte, para rechazar que pudieran ser alimentados por la administración penitenciaria una vez perdida la conciencia. El Tribunal

[4] "Una sociedad liberal ideal es una sociedad que no tiene propósito aparte de la libertad, no tiene meta alguna aparte de la complacencia en ver cómo se producen tales enfrentamientos y aceptar el resultado. No tiene otro propósito que el de hacerles a los poetas y a los revolucionarios la vida más fácil, mientras ve que ellos le hacen la vida más difícil a los demás sólo por medio de palabras, y no por medio de hechos." "Si cuidamos de la libertad política, la verdad y el bien se cuidarán de sí mismos" (Rorty, R., *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991, pp. 79 y 102).

[5] A ello nos hemos referido en "La invisibilidad del otro. Eutanasia a debate", *Revista Cortes Generales*, 2002, 57, pp. 37-62. El "buenismo" aconsejaría evitar la autocita en aras de una falsa modestia; preferimos, en ésta y otras ocasiones, remitir a trabajos donde el eventualmente interesado pueda encontrar un más detenido tratamiento de la cuestión.

Constitucional dictaminó en bien conocidas sentencias[6] que tener derecho a algo implica bastante más; en concreto, la posibilidad de recurrir a los poderes públicos para eliminar los obstáculos que se opusieran a su ejercicio. Para ello sería preciso contar con justo título relativo a la finalidad perseguida por la acción no prohibida; en resumen, cada cual es muy libre de dejarse morir, pero no de generar en otros un deber, como el que obligaría a las autoridades penitenciarias a no evitarlo cuando se pretende hacerlo precisamente para poner freno al ejercicio de sus legítimas prerrogativas. Esta exigencia de un justo título como fundamento de todo derecho rompe obviamente con el relativismo "buenista".

3. Bajo la pretensión, impecable desde lo políticamente correcto, de que no cabe imponer convicciones a los demás, latería el convencimiento de que la convivencia social puede desarrollarse permitiendo a cada cual que actúe con arreglo a su buen saber y entender. Dejando de nuevo al margen floridos escenarios anarcoides, resulta obvio que el derecho (muy especialmente el penal) existe para que quien está convencido de que el logro de sus ideales políticos justifica la eliminación del adversario, o la generación de terror en la sociedad, sea eficazmente disuadido; o para el que considera poco convincente no poder apropiarse de bienes a su alcance, cuando las circunstancias lo favorecen, se abstenga de robar. El problema consistirá más bien en decidir qué prohibiciones podrán imponerse, qué concepto del bien común o de la vida buena podrían justificarlas y a través de qué procedimientos podremos llegar a identificarlo.

4. El intento de convertir la tolerancia en virtud de un modo más "positivo" lleva a considerar rechazable un elemento presente en todos sus grandes teorizadores, desde Locke o Voltaire a Popper o Marcuse: la tolerancia sólo cabe ejercerla frente a un comportamiento rechazable o a una opinión equivocada.[7] Lo contrario lleva a borrar la frontera entre pretender que la conducta u opinión sea tolerada (por vía de objeción de conciencia, por ejemplo) y la existencia de un derecho a realizarla o exponerla; ello nos llevaría paradójicamente a una convivencia regulada por exhortaciones morales y no por preceptos jurídicos. La tolerancia se mueve fuera del marco de la justicia, por eso no es de extrañar que su confusión tenga

6 Las STC. 120 y 137/1990 y la 11/1991, de las que me he ocupado en *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución*, Madrid, Rialp, 1994.

7 Sobre el particular, con mayor amplitud, "Tolerancia y verdad", *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Pamplona, Eunsa, 2005, pp. 71-112.

también efectos perversos similares a los que surgen cuando se confunden justicia y caridad: se plantean como gestos de tolerancia (por ejemplo, respecto a los inmigrantes legales), lo que no sería sino obligado reconocimiento de un derecho. Una vez más, la existencia de un justo título marcaría la frontera entre uno y otro campo, quedando el ámbito de la tolerancia vinculado al posible respeto de que en todo caso sería merecedor el autor de la conducta rechazable.

5. Resulta obvio que no toda desigualdad implica discriminación. Nuestro Tribunal Constitucional sólo reconoce su existencia cuando se trate de desigualdades de faltas de "fundamento objetivo y razonable",[8] lo que pone de nuevo en cuestión al relativismo "buenista", que habría de negar posible fundamento a cualquier desigualdad.

6. Por debajo de la orgía de derechos propia del "buenismo" late la convicción de que los derechos son gratuitos, hasta en tres acepciones.

La primera, ya analizada, brotaría de su falta de fundamento objetivo; bastaría una generalizada actitud indiferente, por parte de quienes no son conscientes de en qué medida la conducta en cuestión puede llegar a afectarles, para contar con el consenso oportuno para cualquier deseo arbitrario, por no fundado.

La segunda lleva a ignorar que todo derecho genera un deber, por lo que acaba siendo gravoso para otro; de ahí que despenalizar la eutanasia implique incluir el deber de cooperar al suicidio entre los ingredientes de la praxis médica, con la consiguiente regulación de la objeción de conciencia precisamente como excepción a tan obvio deber.

Por último, la gratuidad de los derechos surge del convencimiento de que operan gratis. Ello explica que, mientras el debate sobre la posible despenalización del aborto fue entre nosotros particularmente tenso, no se haya cuestionado su financiación pública. Estas actitudes son típicas del ciudadano que considera que el dinero que gasta el Estado es siempre ajeno; postura facilitada por el carácter clandestino de la imposición indirecta, que lleva a buena parte de la población a no preocuparse de lo que se hace con un dinero que no es consciente de haber aportado. Esta falta de consciente referencia a la justicia distributiva se convierte fácilmente en invitación a la xenofobia cuando se rompe el espejismo. La lista de espera en la existencia

[8] Véanse, por ejemplo, sus resoluciones sobre la desigualdad de trato a la mujer, que he tenido ocasión de estudiar en *Discriminación por razón de sexo*. *Valores*, *principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

sanitaria recuerda que se administran recursos limitados y que no es posible ampliar su oferta sin que ello acabe afectando también a los que la demandan. Sería poco razonable sorprenderse luego del resultado de más de un referéndum celebrado en países donde Europa no se ve orlada por el "buenismo" rayano en la beatería propio de la circunstancia española.

II. El doble lenguaje del "buenismo" en la teoría jurídica

A la luz de estos principios es lógico que el "buenismo" deje su huella en la propia teoría jurídica. Su motor será paradójicamente el horror, no falto de motivos, ante la posibilidad de que alguien pretenda hacer uso del derecho para hacer buenos a los demás. Así ocurre cuando se defiende, para preservar una "ecología moral", la prohibición jurídica del "vicio sexual no comercial" (fornicación o adulterio), apelando a que no existe "un principio estricto de justicia" que la excluya.[9]

Se postulará como alternativa una presunta neutralidad moral de las normas jurídicas, olvidando el sabio dictamen del torero senequista: lo que no puede ser no puede ser, y además es imposible. Al final nos encontraremos con que —como en el caso del imaginativo "matrimonio homosexual"— se recurre al derecho para suscitar una peculiar indulgencia plenaria por lo civil, con la esperanza de lograr así, al margen de todo objetivo propiamente jurídico, que la sociedad deje de considerar inmorales determinadas relaciones. Objetivo, por lo demás, de problemático cumplimiento. Sirva de prueba el vivo debate sobre si la llamada píldora pos-coital tiene o no efectos abortivos, del que sólo cabe deducir una clara conclusión: la sociedad sigue considerando inmoral el aborto, despenalizado o no.

Esta inconfesada utilización del derecho para modificar la moral social choca a su vez con la principal exigencia del "buenismo" teórico-jurídico: el rechazo de un iusnaturalismo, sospechoso de confesional, y la obligada opción por el positivismo jurídico como expresión suprema de lo académicamente correcto. Dar por bueno que sólo es derecho el derecho positivo no me parece que plantee tantos problemas como intentar ponerse de acuerdo sobre qué entenderemos por derecho puesto. La situación acaba rayando en la comicidad.

[9] *Cfr*. por ejemplo George, R. P., *Para hacer mejores a los hombres*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002, p. 208.

El positivismo se presenta como una teoría meramente descriptiva del derecho, que es, renunciando a establecer normativamente cómo debe ser. Pero cuando analiza el comportamiento de los jueces no puede ocultar que han de acabar echando mano de elementos no jurídicamente "puestos", a los que calificará de "morales". Conclusión: el afán por limitarse a describir lo jurídico acaba describiendo cómo sus principales protagonistas las más de las veces no aplican derecho. Paradójica "descripción" de lo inexistente; más propia de una teoría dogmáticamente normativa, obligada a dar por hecho que los jueces con frecuencia no tienen más remedio que pasar de lo que ella misma ha decidido entender por derecho.

Las manifestaciones de esta forzada paradoja serán continuas en todos los que no se arriesguen a sustraerse a los imperativos del "buenismo" jurídico. Valgan dos anécdotas de hace menos de un mes.

Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, celebrado en Granada en la última semana de mayo de 2005; Robert Alexy resucita —con ocasión del juicio a los "vopos" que dieron muerte a alemanes orientales que intentaban saltar el muro— la llamada fórmula de Radbruch. Como es sabido, éste en plena posguerra archiva su relativismo y reconoce, tras la experiencia nazi, la posibilidad de una "antijuridicidad legal" y la existencia de un "derecho supralegal". Alexy afirmará también ahora que "la injusticia extrema no es derecho".[10] Para más de uno de los participantes, su postura supera en iusnaturalismo a la de Tomás de Aquino; su autor sin embargo, para no desafiar al "buenismo" jurídico, la calificará modosamente de "no positivista".

Conferencia de clausura del curso sobre "Poder Judicial y jurisdicción en una sociedad global" el 9 de junio de 2005 en la madrileña sede del Consejo General del Poder Judicial. El penalista Winfried Hassemer, vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, diserta sobre "El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad". Muestra su preocupación sobre la repercusión negativa sobre las garantías de derechos que derivan de la primacía de la seguridad ante la amenaza terrorista. La protección de datos personales, por ejemplo, puede convertirse en papel mojado.

[10] Alexy, R., "Acuerdos y desacuerdos. Algunas observaciones introductorias", *Derecho y justicia en una sociedad global*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, mayo de 2005, p. 697.

La solución que propone cumplirá ejemplarmente las exigencias del "buenismo" jurídico. Es preciso admitir que existen exigencias jurídicas por encima de las puestas en la ley; invita incluso a no descartar la existencia de elementos inconstitucionales dentro de la propia Constitución. Eso sí, no suscribirá ninguna posible fundamentación objetiva de tales exigencias. O sea, que tenemos fundamento para dar por existente un derecho supra-positivo, a condición de que no pretendamos atribuirle fundamento. Nada nuevo bajo el sol "buenista": la obligada renuncia a fundamentar los derechos fundamentales.

La alusión a Guantánamo no faltó en su exposición; pero dentro de su fórmula no había modo de afirmar que toda tortura es antijurídica en sí misma. La conclusión práctica del "buenismo" llevará inevitablemente a preguntar cómo cabe torturar sin vulnerar la Convención de Ginebra. Tampoco se podrá excluir coherentemente el turismo jurídico destinado a trasladar los interrogatorios de presuntos terroristas a países a cuya cultura es ajena la garantía de los derechos. Eso sí, se proclamará a la vez *urbi et orbi* el principio de "justicia universal", que permitiría procesar desde nuestra Audiencia Nacional a quien el "buenismo" considere ejemplarizadoramente oportuno.

III. "BUENISMO": ALGO MÁS QUE UNA ESTRATEGIA POLÍTICA OPORTUNISTA

Es fácil dictaminar que el "buenismo" político encierra una estrategia política oportunista, capaz —al menos a corto plazo— de garantizar el mantenimiento del poder sin abordar los arduos problemas existentes; e incluso inventándose irresponsablemente algunos inexistentes, pero sin inmediatas consecuencias evaluables.

Considero sin embargo que sería poco inteligente y dudosamente honesto ignorar que, como todo timo, sólo funciona con la soterrada colaboración de sus víctimas. El éxito del "buenismo" político sería impensable sin el eficaz acompañamiento de una generalizada ética "buenista", fiel reflejo del "pensamiento débil" y de sus complejos políticamente correctos.

De esa ética habría que considerar que participamos (sería poco "buenista" excluirme...) toda la buena gente, que demuestra su bondad renunciando a sugerir que pueda existir algo malo en sí, ya que ello nos exigiría perversamente fundamentar el bien.

Esta actitud explica el pudibundo "pos-iusnaturalismo" de los más exitosos intentos "buenistas" de regreso al bien común. Me refiero a la "justicia política" de John Rawls[11] o al "patriotismo constitucional" en su versión habermasiana. Se aspira a ofrecer una ética pública objetiva sin incurrir en fundamentaciones metafísicas. Al primero se le objetará que casualmente su propuesta acaba coincidiendo sospechosamente con la de la izquierda liberal estadounidense de la que era principal referente; al fin y al cabo, nada más lógico que considerar racional y obvio lo que uno mismo piensa... Lo de Habermas tiene mayor mérito. Se trata de defender unos valores constitucionales haciendo abstracción de la cultura hegemónica;[12] cómo pueda resolverse en tales circunstancias la polémica francesa sobre el velo islámico, o en qué pueden consistir los valores de nuestra Constitución desvinculados de nuestra propia cultura, es todo un misterio. Nadie ha garantizado no obstante que ser "buenista" exija sabiduría ni, menos aún, rigor.

IV. El derecho a lo recto como alternativa al "buenismo jurídico"

"Buenismos" aparte —obviamente, con perdón— habría que reconocer que no cabe convivir sin más cobijo que derechos sin fundamento, o sin otros que los emanados de la voluntad del que asume el poder. Entender los derechos como límites del poder, presunto eje central de la cultura jurídica

11 Para J. Rawls, una "concepción política" contiene "principios sustantivos de justicia" y "orientaciones de indagación"; de ahí que "los valores políticos sean de dos tipos": "los valores de la justicia política", relacionados con la "estructura básica", como la igualdad social o la reciprocidad económica, y "los valores del bien común", "los valores de la razón pública", que incluyen razonabilidad y civilidad (*El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, p. 259).

12 "El *quid* del republicanismo consiste precisamente en que el proceso democrático asume también la garantía para los casos en que falle o no se produzca la integración social de una sociedad cada vez más diferenciada. En una sociedad pluralista en términos culturales y pluralista en términos de concepción del mundo, esa carga no debe ser desplazada del nivel de formación de la voluntad política y de la comunicación pública para hacerla recaer de nuevo sobre el sustrato aparentemente cuasi-natural de un pueblo supuestamente homogéneo. Sobre tal fachada lo único que se oculta es la voluntad de hegemonía de la cultura de la mayoría. Pero ésta he de separarse netamente de cualquier fusión con la cultura «política» compartida por «todos» los ciudadanos, si es que dentro de esa comunidad política han de poder coexistir y convivir con los mismos derechos otras formas de vida culturales, religiosas y étnicas" (Habermas, J., "¿Aprender de qué historia?", *Más allá del Estado nacional*, Madrid, Trotta, 1997, p. 180).

desde la última posguerra, exige vincularlos a una teoría de la justicia; asunto distinto es que ésta la pueda tener alguien guardada en su caja fuerte o archivada en la sacristía.

Todo derecho implica un "ajustamiento"[13] de relaciones. Éste sólo se consigue ponderando las exigencias del libre desarrollo de la personalidad con las derivadas del respeto al otro como un igual. Como repite sin cesar nuestro Tribunal Constitucional, no hay "derechos ilimitados", por la simple razón de que ni la libertad ni la igualdad ilimitadas pueden ser jurídicas. Ni que decir tiene que ese ajustamiento de libertad e igualdad exige una laboriosa tarea; en ella consiste precisamente toda actividad jurídica, tanto por vía legal como judicial.

No hay derecho alguno sin un concepto de lo recto, que implica a su vez una concepción de la vida buena. El "buenismo" acaba inconfesadamente suscribiendo lo que —en términos informáticos— cabría calificar de concepto de vida buena "por defecto". Apela a la neutralidad; pero no consigue superar la dudosa neutralidad del cero. Si lo coloca a la izquierda implica nulidad, lo que le permitirá neutralizar toda propuesta de vida buena alternativa; pero si para él mismo lo coloca a la derecha, multiplicará tácitamente un peculiar concepto de vida buena capaz de conceder generosamente incluso derecho a lo torcido. Como opera a corto plazo, nunca se sentirá responsable de las consecuencias.

La única alternativa real al "buenismo" es suscribir el coraje cívico suficiente para proponer una teoría de la justicia, basada en un razonado concepto de la vida buena, y ejercer la paciencia democrática suficiente para lograr argumentarla de modo convincente. Todo lo contrario a guarecerse en proclamas infundadas, para no arrostrar el terrible riesgo de ser tildado de fundamentalista.

13 J. Finnis, buscando la clave de lo jurídico, ha sugerido que "si se pudiera usar el adverbio «justamente» (*aright*) como sustantivo, se podría decir que su explicación primaria es acerca de «los justamentes» (*arights*), más que sobre los derechos (*rights*)" (*Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 235).

Capítulo sexto
DEONTOLOGÍA JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS 73
I. Deontología jurídica y moral personal 76
II. Deontología jurídica y moral social 77
III. Deontología y moral positiva. 82
IV. Deontología jurídica y derecho. 88

CAPÍTULO SEXTO

DEONTOLOGÍA JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS

¿Qué pueden tener en común deontología jurídica y derechos humanos? Pocas dudas ofrecen que entre las exigencias de la primera —sea cual sea la profesión que como jurista se ejerza— se incluirá siempre el más escrupuloso respeto de los segundos; pero semejante obviedad no justificaría suficientemente el emparejamiento.

Podría acudirse a otro paralelismo superficial: si se pregunta hoy por el interés que la deontología jurídica merece —e, incluso, si sería tal como para remediar su escasa o nula presencia como disciplina autónoma en todo plan de estudios de la licenciatura—[1] la respuesta afirmativa podría resultar tan unánime como si se formulara similar interrogante en relación a los derechos humanos. Es cierto que —aun partiendo de tan previsible unanimidad— a la hora de establecer de modo concreto qué exigencias deontológicas serían de obligado cumplimiento, los resultados —basta hojear las páginas que siguen...— acabarían siendo de lo más variado. Tampoco faltan, sin embargo, similitudes sobre el particular en lo que a los derechos humanos respecta; sin perjuicio de que —afortunadamente— su actual nivel de positivación en buen número de ordenamientos jurídicos mejore en este caso notablemente la situación. De esa realidad da también indirectamente fe la presencia más consolidada y creciente de su estudio en la curricula de la carrera de derecho.

En todo caso, donde —a mi juicio— se hace más estrecha la conexión entre deontología jurídica y derechos humanos es en su acrobática ubicación, que bordea la afilada rasante entre moral y derecho; problema filosófico-jurídico donde los haya. La deontología jurídica ¿encierra un con-

[1] Si me guardan el secreto, les comentaré que —quizá como consecuencia de ello— cuando no hace mucho en un colegio de abogados se necesitaron carpetas impresas con dicho rótulo, se acabaron encargando —interpolación mediante— unos sugestivos cartapacios destinados a "odontología jurídica".

junto de exigencias morales que desbordarían los imperativos jurídicos?, ¿son realmente "jurídicos" los derechos humanos, aun antes de que una ley positiva asuma sus exigencias?,[2] ¿por qué llamaríamos, pues, *deontología jurídica* a lo que más bien habría que catalogar como deontología "metajurídica"?, ¿son concebibles, pues, *derechos* no propiamente jurídicos —"morales" quizá...— *a fuer* de prelegales? En resumen —pregunta filosóficojurídica por excelencia—, ¿nos disponemos a abordar auténticos problemas jurídicos o sólo a difundir una relajante música celestial?

Términos no poco enredosos se nos irán acumulando. La reiterada alusión a la *ética*, por ejemplo, no debe llevarnos a enmascarar el diverso objetivo y alcance —si no, incluso, fundamento— de instancias que, exhibiendo similar raigambre ética, proponen exigencias tan distintas como las morales y las jurídicas. En concreto: cuando hablamos de deontología jurídica ¿pretendemos establecer imperiosamente un modelo de jurista o nos limitamos a exhortar a muy diversos profesionales a que se conviertan altruistamente en juristas modelo?

La cuestión no es baladí. En el primer caso —desde una óptica más jurídica que moral— estaríamos fijando unos límites éticos por debajo de los cuales cualquier jurista se encontraría profesionalmente bajo mínimos. En el segundo proyectaríamos en el lejano horizonte la máxima perfección moral alcanzable en el ejercicio de una profesión jurídica. Más allá de uno y otro rubicón, al jurista sólo le quedaría verse sometido respectivamente a expediente sancionador o a proceso de canonización; no parece ser lo mismo.

De la ética —o, para más de uno, de "lo moral" en su sentido más amplio...— solemos hablar como de la fuente última de nuestras obligaciones. Se admite, sin duda, que hay deberes y deberes; no todos de similar alcance. Pero los jurídicos tienden, desde esta óptica, a plantearse como una mera variante específica de deberes —objeto de esa *Ética especial* presente en más de un tratado clásico...—, lo que los incluiría dentro de un más amplio *corpus* normativo regido por principios homogéneos. Ese radical fundamento común convertiría en accidental el peculiar impacto sancio-

[2] De ello nos hemos ocupado en nuestros trabajos "Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía" y "Para una teoría «jurídica» de los derechos humanos", incluidos en el libro *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Hay versión francesa e italiana de ellos y de otros de temática afín: *Droit "positif" et droits de l'homme*, Bordeaux, Éditions Bière, 1997; y *Diritto* "*positivo*" *e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 1998.

nador de lo jurídico. Por deontología jurídica habríamos de entender —desde esta perspectiva amplia— la suma de todas las exigencias éticas planteables a un jurista con ocasión del ejercicio de su profesión; algo así como un mapa de todos sus imaginables problemas de conciencia.

La perspectiva jurídica se decanta por el contrario con más nitidez si, más que de ética, hablamos derechamente de *moral*. Por más que el avasallador léxico anglosajón nos vaya complicando la vida, el jurista cuando oye hablar de moral piensa inevitablemente en algo que no es (al menos, "aún"...) propiamente jurídico. Sería, como mucho, prejurídico; cuando, precisamente por no ser derecho, se nos propone que debería serlo. No se trataría —*lege lata*— de derecho propiamente dicho sino —*lege ferenda*— de mera propuesta de tal. Si la enmarcáramos así, una deontología jurídica en sentido estricto, debería concebirse —más acá de la moral— como un nuevo capítulo del "Derecho administrativo, parte especial", preocupado de analizar y sistematizar los códigos éticos en vigor en las diversas profesiones jurídicas. No estaríamos ya, sin duda, hablando de lo mismo.

¿De qué obligaciones habríamos de tratar, pues, a la hora de proponer una deontología para juristas? Mi propuesta sería que hablásemos de las unas y de las otras, pero sin olvidarnos de recordar sus oportunas diferencias. La Constitución (artículo 117,1 *in fine*) nos marca, por ejemplo, con nitidez nuestro modelo de jueces profesionales: "sometidos únicamente al imperio de la ley". ¿Se verá, por ello, un juez modelo obligado a olvidar sus más profundas convicciones morales a la hora de ejercer su profesión? Hablar de una deontología profesional que obligara a contravenir las propias convicciones suena contradictorio. Plantear una deontología jurídica que pudiera empujar al juez a la insumisión frente a la ley nos introduciría en un ámbito pintoresco. Habremos, pues, de admitir que toda deontología profesional —como toda ética— incluye no sólo exigencias jurídicas sino también otras morales, capaces incluso de incitar al abandono de la propia profesión. Nadie sugeriría, por ejemplo, que la deontología profesional postule un modelo de rey dispuesto, si fuera el caso, a negarse a rubricar una ley; sin perjuicio de que nadie regatee el título de rey modelo al dispuesto a abdicar —siquiera por un día— antes que asumir un acto que repugne a sus más decisivas convicciones morales.

La relación entre derecho y moral, tan rica en matices, nos irá obligando a explorar nuevos vericuetos en este intento de delimitar de qué hablamos cuando de deontología profesional se trata.

I. Deontología jurídica y moral personal

Situados en la acepción más amplia de la deontología, queda fuera de duda que cualquier trabajo profesional no es sino un aspecto más de una biografía personal, que es lógico se vea presidida por principios morales unitarios y coherentes. Ni la doble verdad ni la doble moral pueden aspirar a convertirse en modelos de uso de razón o de ejercicio de la libre voluntad. Convertir el abandono de los propios principios en postulado *profesional* primario puede prometer una ilimitada eficacia, pero halla difícil acomodo en el contorno ético propio de cualquier deontología.

Habrá, pues, que descartar el refugio en una dimensión presuntamente neutra o técnica, que permitiera entender la invocación a lo profesional como aviso de que toda convicción moral queda de antemano aparcada. Lo lógico será, por el contrario, que para cualquier persona consciente de su dignidad el desempeño de su trabajo plantee problemas de conciencia, con no menos intensidad que se los pueda suscitar el desempeño de sus responsabilidades familiares o el destino de su tiempo libre.

La deontología jurídica, dentro de este más amplio contexto, podría someter a sus destinatarios a situaciones de riesgo con más frecuencia que las de otras profesiones. El problema de la "ley injusta" es —con Antígona oficiando de portavoz— uno de los más viejos tópicos morales de la historia. Si todo ciudadano —Antígona no era, que se sepa, jurista ni actuaba en condición de tal...— ha de reflexionar sobre cuándo el rechazable contenido de una ley invita en conciencia a negarle acatamiento, la cuestión se convierte en problema de particular significado para todo jurista, obligado por su profesión a entendérselas, de un modo u otro, con la aplicación de las leyes.

La situación no es, sin embargo, única. Ni siquiera muy distinta a la de los que ejercen otras profesiones —sanitarias o informativas, por ejemplo— estrechamente vinculadas a la protección y respeto de derechos humanos básicos, como los relacionados con la vida o la intimidad personal.

El ejercicio de una profesión no es, sin embargo, una mera peripecia personal. A diferencia de cualquier aleatoria ocupación individual, una profesión implica siempre un trabajo realizado para otros y —de alguna manera— con o junto a otros. Ello no dejará de condicionar el tipo de respuesta que haya de ofrecerse ante situaciones como las señaladas.

Cualquier ciudadano podrá considerarse obligado por sus convicciones personales a adoptar ante determinada ley una actitud de *desobedien-*

cia civil; llevándola incluso a la práctica en el sentido más estricto del término: de modo público y notorio, asumiendo las consecuencias sancionatorias que tal conducta lleve consigo.[3] Un juez al que se prohibe en el ejercicio de su función rehusar un fallo, ni siquiera pretextando oscuridad o insuficiencia de la ley, menos aun podrá inaplicarla cuando es la nítida claridad de su contenido (para él éticamente repugnante) la que alimenta su perplejidad. Su desobediencia civil le habría de llevar más bien a renunciar a ejercer como tal; de modo drástico o provocando la puesta en práctica de los mecanismos disciplinarios oportunos. Como en tantos otros casos de colisión entre derecho y moral, la deontología en su sentido más amplio llevaría en este caso al profesional a convertirse decididamente en víctima de las sanciones derivadas de normas jurídicas que la desconocieran.

Apelar a una supuestamente deseable escisión entre exigencias éticas privadas y públicas, olvidando la existencia de la persona como indivisible sujeto común, conduciría a una falsa solución. Tomada en serio y vuelta por pasiva, tan curiosa esquizofrenia llevaría a justificar uno de los tópicos de uso más frecuente —y más ayunos de constatación empírica— en polémicas deontológicas habituales en las profesiones sanitarias. El posible recurso de un profesional de la sanidad pública a la objeción de conciencia —pieza clave de la tolerancia que toda ética pública incluye en una sociedad abierta y plural— a la hora de realizar determinada práctica, que no tendría luego inconveniente en llevar a cabo lucrativamente de forma privada.

A los problemas deontológicos no cabe, pues, resolverlos mediante la fuga a la doble moral, sino partiendo de una elemental cuestión: en el ejercicio profesional las exigencias éticas suelen ser, al menos, cuestión de dos.

II. Deontología jurídica y moral social

Si de lo que se nos habla es de *moral social*, acecha de nuevo el peligro del equívoco. Las exigencias éticas pueden ser consideradas "sociales" por el objetivo y alcance de la conducta evaluada, pero también —asunto bien distinto...— por el sujeto del que emanan los criterios de evaluación.

Cabe, en primer lugar, calificar de "sociales" todas las exigencias morales que, desde la perspectiva de nuestra concepción personal del bien,

[3] Al respecto y sobre la relación con la objeción de conciencia véase Falcón y Tella, M. J., *La desobediencia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 54, 76, 170 y ss.

se nos dirigen respecto a las conductas que nos relacionan con los demás. Basta repasar someramente el decálogo, para comprobar que la inmensa mayoría de sus exigencias merecerían tal rótulo. Me consideraré personalmente obligado a comportarme en la vida social de un modo u otro, para no traicionar mis propias convicciones. Desde esta perspectiva particularmente amplia, cabría considerar como exigencias de mi moral social el posible recurso, ya apuntado, a la *objeción de conciencia*, relativa siempre a conductas a realizar para, junto o con otros.

Recordando la fórmula clásica que diversificaba las normas éticas según el objetivo que pretendían alcanzar, cabría de modo menos expansivo reservar el rótulo "moral social" para catalogar determinadas exigencias destinadas a configurar un modelo de sociedad donde la búsqueda del propio concepto de bien —considerado a la vez deseable para los otros— no tropiece con obstáculos de entidad. No se pretende, en este caso, sólo preservar un hueco excepcional en dónde poder mantener a salvo la propia convicción, sino contribuir a conformar positivamente y dar vigencia a un código moral adecuado al modelo de sociedad que consideramos necesario para todos. La desobediencia civil, con su peculiar intensidad pública, cumpliría de modo arquetípico tal función. Mientras el objetor intenta sólo esquivar una práctica que considera éticamente repugnante, el insumiso apunta derechamente a un replanteamiento generalizado de la institución que la justificaba.

Aún más nos acercará a un concepto restrictivo de la deontología profesional la segunda acepción de "moral social" inicialmente aludida. Nos referimos con ella a unas exigencias éticas que son "morales" en la medida en que no son —por el momento, o no habrán de ser nunca...— jurídicas. A la vez, no brotan, sin embargo, de modo exclusivo de mi peculiar concepción del bien o de los modelos de sociedad que pueda excluir, sino que surgen de los criterios éticos socialmente consolidados de hecho, gracias a la presencia pública de concepciones del bien potencialmente plural.

El concepto de *persona* adquiere un peculiar significado cuando se le contrasta, marcando clara distancia, con el de *papel* social. Sin duda mi conciencia personal no puede ser una cuando actúo yo y otra cuando ejerzo de juez, porque al ejercer de juez soy yo mismo el que actúo; pero no es menos obvio que hay exigencias éticas que asumiré por el mero hecho de ser yo y otras que sólo habré de hacer propias en la medida en que asuma una función judicial.

No menos claro resulta que habré de ser yo mismo quien marque las primeras —sin perjuicio de que para ello haya libremente decidido hacer propios determinados códigos morales—, mientras las segundas acabarán dependiendo de todos los que contribuyen —de hecho o de derecho— a configurar uno u otro "papel". Entre ellos yo mismo, como es lógico. Mi deontología profesional, en su sentido más amplio, no dejará de impulsarme a configurar en la moral positiva de la sociedad un modelo de mi profesión que promueva sus perfiles deseables, o al menos no les plantee insuperables obstáculos.

La deontología profesional, en todo caso, ha cambiado ahora de centro de gravedad. Ya no es una "ética especial" personal, reguladora de uno de mis particulares ámbitos de conducta, sino que cobra una dimensión primordialmente relacional. Con ella entrarán en juego peculiares dimensiones éticas emparentadas con nociones como *responsabilidad* o *confianza*. Mi moral personal puede imponerme la exigencia ética de no defraudar a los demás, y en consecuencia rechazaré toda norma social que favorezca el fraude; pero, una vez integrado en un contexto profesional, difícilmente podré dar contenido concreto y coherente a todo ello si no es partiendo de cómo los demás esperan que yo me comporte. Las *expectativas* sociales se convertirán así en elemento decisivo.

Adentrados ya de lleno en el ámbito jurídico cabría, por ejemplo, plantear como mera exigencia deontológica la obligación de todo el que solventa una controversia de ajustar su fallo a los que precedentemente en casos similares haya emitido, aportando en caso contrario una justificación suficiente. Se trata de extremos que abordará por vías aparentemente más amplias el propio ordenamiento jurídico, a través de los mecanismos procesales de unificación de doctrina, o de la dubitativa y poco consolidada jurisprudencia constitucional sobre igualdad en aplicación de la ley;[4] aunque, en este segundo caso, su forzada restricción a las resoluciones de un mismo órgano judicial —o sección del mismo— apenas permita establecer diferencia significativa. Como consecuencia el derecho, lejos de dotar de particular vigor a exigencias deontológicas de especial calado, puede acabar devaluándolas al someterlas a ponderación con otros aspectos institucionales; como los suscitados por la siempre delicada relación entre el ámbito de juego del Tribunal Constitucional y el tradicional del Tribunal Supremo.

[4] Sobre el particular véase *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Aún así, surgirá un núcleo de nuevas exigencias éticas que dependen más de los otros que de uno mismo: son ellos los que nos adjudican o no una confianza, que nuestra respuesta personal no debe traicionar. Cobran cuerpo, como consecuencia, peculiares responsabilidades. Con frecuencia se ignora esta realidad, de la mano de la simplista escisión entre la moral privada y una ética pública que acabaría teniendo su único reflejo en la sanción jurídica; de modo particular, en la jurídico-penal.

Consecuencia de ello sería la proverbial falta de sensibilidad, entre quienes asumen funciones o cargos públicos, respecto a exigencias deontológicas (¿las tiene su profesión?) calificables como *responsabilidad política*. No hablamos ya de moral personal, porque pueden tener por objeto conductas sobre cuya inocencia su protagonista no abrigue la menor duda. Tampoco hablamos de derecho, porque éste no ha entrado aún en juego o acabará declarándose incompetente al respecto. Nos referimos a conductas que, al menos pasajeramente, empañan el ámbito de confianza que ha de acompañar a toda relación entre el hombre público y el ciudadano al que dice representar y servir.[5]

No muy distinta puede acabar siendo la situación en el ejercicio de otras profesiones, dada su dimensión pública. El mismo derecho privado se ha visto siempre llamado a albergar, como exigencia ética de indeclinable proyección jurídica, esa relación de mutua confianza plasmada en el rico e indeterminado concepto de la *buena fe*.

La situación fronteriza de la deontología profesional, entre moral y derecho, queda así particularmente de relieve. Con independencia de exigencias neta y directamente derivadas de nuestra concepción personal del bien, e incluso a falta de normas jurídicas que las recojan, nos consideraremos éticamente obligados a comportarnos como "se espera" que lo haga un profesional merecedor de la confianza de esos conciudadanos para los que se trabaja. Habremos igualmente de asumir unas pautas de comportamiento respetuosas con los derechos de las personas junto a o con las que se ejerce dicha labor.

Entra así en juego otro concepto no menos decididamente "social" que el de expectativa: el de *apariencia*. En más de un caso —como ya hemos visto en la esfera política— no bastará con que la conducta que realizamos sea éticamente intachable; será preciso además —puesto que nos ha-

[5] Al respecto, y con ocasión o excusa de la llamada guerra sucia en la lucha antiterrorista, véase "Responsabilidades políticas y razón de Estado", en Gutiérrez-Alviz Contradí, F. (dir.), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Sevilla, Universidad, 1996, pp. 23-35.

llamos de lleno en el ámbito de lo público— que no parezca lo contrario, ya que ello lesionaría esa confianza en nosotros depositada con eficacia no menor que si el fraude hubiera sido real. Antígona cede ahora el paso a la mujer del César. Por más que el concepto de lo "políticamente correcto" sea propenso a generar alergias (respecto a las que no me reconozco inmune), la deontología nos planteará exigencias éticas —vinculadas con lo "profesionalmente correcto" o con una "buena praxis"— decisivas para mantener la mutua confianza que el ejercicio de una profesión implícitamente exige.

Ejemplo arquetípico de lo dicho, en el ámbito de la deontología jurídica, sería el debate sobre la admisibilidad de la afiliación política o sindical de jueces y fiscales. Plantear el problema en términos de moral personal no tendría ningún sentido, ya que la adhesión de cualquiera de estos funcionarios a una u otra ideología se ve obviamente protegida por la propia Constitución, que para defender su "libertad ideológica" garantiza incluso que nadie —tampoco un juez...— podrá "ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias" (artículo 16.1 y 2o.).

La dimensión social de la cuestión no se contenta, sin embargo, con la existencia de una independencia "subjetiva" del juez, que nos remitiría en última instancia al fuero de su conciencia,[6] sino que exige una independencia —por aparente— "objetiva". Ésta se vería empañada por la vinculación pública a opciones representativas de intereses parciales, por legítimos que ellos pudieran ser.[7] Tal independencia objetiva no se le considera entre nosotros —Tribunal Europeo de Derecho Humanos incluido— como mera exigencia deontológica, sino que se plasma en normas jurídicas e incluso constitucionales (artículo 127.1 CE).

No menos polémicas —aunque faltas por el momento en nuestro caso de una solución tan neta— serían las exigencias deontológicas aplicables a la relación con los medios de comunicación, como las suscitadas por la proliferación de los llamados *jueces* o fiscales *estrella* o la configuración periodística

6 De ella se ocupó precisamente L. Portero García en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, el 30 de octubre de 1991, sobre "La independencia en la justicia como principio y como realidad". "Siempre queda, así es, la independencia interna y sentida. Ésta se alimenta, a diario, en una viva preocupación por el respeto de los derechos humanos y un decidido rechazo de sus violaciones" (p. 35).

7 Sobre el particular las contribuciones de F. Soto Nieto ("Deontología judicial. El preciado atributo de la independencia") y J. Ma. Álvarez Cienfuegos ("Función de los jueces en la creación del derecho") a la obra colectiva *La universidad y las profesiones jurídicas. Deontología, función social y responsabilidad* publicada en 1998 por el Consejo Social de la Universidad Complutense de Madrid, especialmente pp. 163 y ss., 209 y ss.

de *procesos paralelos*. Tanto la apariencia de que el juez asume una dependencia —metalegal— de criterios o intereses dominantes en los medios, como la invalidación de las garantías personales vinculadas a restricciones informativas sobre el proceso, plantean exigencias deontológicas, que —dada la protección preferente de las libertades de expresión e información en nuestro ordenamiento— no han llegado a encontrar asiento jurídico suficiente.

III. Deontología y moral positiva

Esta significativa presencia de los otros, a la hora de delimitar las exigencias deontológicas que gravan a los profesionales que les prestan servicios, podría oscurecer un aspecto nada irrelevante de nuestro problema: el del fundamento capaz de atribuir auténtica dimensión ética a estas obligaciones.

Es bien conocida la "falacia naturalista" en que fácilmente se acaba incurriendo cuando de manera casi inconsciente se eleva a categoría ética lo que, sin más, "se hace" en la vida social; como si sólo por ello "debiera hacerse". Baste recordar versiones simplistas de esa *realidad social* a la que la norma se aplica, utilizada como obligado criterio de interpretación jurídica; o alusiones a encuestas que —pese a limitarse a reflejar el comportamiento fáctico de los ciudadanos— parecen dar por hecho que la valoración ética que cualitativamente merece tal conducta es idéntica a su reiteración cuantitativa.

Tal peligro aumentaría, tras habernos remitido a las expectativas de los ciudadanos. No faltará alguna sociedad en que todo ciudadano medianamente informado dé por hecho que nadie declarará a efectos fiscales sus ingresos más allá de lo que considere públicamente controlado; derivar de ahí una exigencia deontológica que obligara a los asesores fiscales a optimizar tal fraude no parecería muy razonable.

Las expectativas han de entenderse, pues, más como síntoma o referencia que como fundamento último de las exigencias deontológicas. Se da por hecho que lo que el ciudadano puede esperar ha de moverse dentro de un implícito marco ético, vinculado al respeto de los derechos de los demás y a la salvaguarda del "interés público". Nos vemos así conducidos a otro aspecto clave de la siempre problemática relación entre derecho y moral.

Si *no basta que una conducta se vea masivamente repetida para que podamos considerarla como expresión de la moral positiva de una sociedad*, ¿qué elemento justificaría el adecuado paso de la mera realidad fáctica a la exigencia ética? Las clásicas teorías de la costumbre como posible fuente

del derecho apuntaban —con no poca circularidad— a cierta *opinio iuris* como factor decisivo de dicha transubstanciación: un mero uso social se convertiría en norma jurídica sólo cuando se detectara también que de hecho era realmente considerada como tal...

Para que de la conducta social predominante pasemos a una moral positiva, en sentido estricto, habría de entrar también en juego una *opinio* —o sea, toda una concepción práctica de lo justo— que nos impide soslayar el eterno problema del fundamento de nuestras obligaciones éticas y jurídicas. De la mano de esta constatación nos veríamos conducidos a los más clásicos aspectos de la relación entre moral y derecho. ¿Existe un fundamento "natural" capaz de justificar determinadas exigencias deontológicas, lleguen éstas o no a cobrar rango jurídico?, ¿son todas ellas, por el contrario, fruto de códigos convencionales, escritos o no?

Si nos remitimos al ámbito de las profesiones sanitarias —en las que la doctrina y la práctica del control deontológico ha avanzado ya de modo más intenso— queda fuera de toda duda que la elaboración de códigos éticos, o la formulación de protocolos indicativos de una buena praxis, no pretende tanto levantar acta de lo que masivamente se viene haciendo como establecer —ante una posible dispersión o multiplicidad de actitudes— lo que razonablemente deberá hacerse. Es obvio que, tras ello, late una determinada opción ética; sin perjuicio de que sus perfiles y su estabilidad acaben en la práctica viéndose también notablemente condicionados por las conductas fácticas.

Problema central en la relación entre moral y derecho ha venido siendo también la discutida fijación de la frontera entre una y otro. Pretender resolver tan ardua cuestión por la vía de remitir la moral a lo privado y lo jurídico a lo público rebosa candor, ya que lo único que se hace con ello es trasladar el problema: cómo resolver cuándo una conducta debe ser objeto de control ético público y cuándo puede privatizarse, de modo que cada cual se comporte al respecto como en conciencia considere más adecuado.[8]

Esta imaginativa solución —incluso una vez despejada tan peliaguda incógnita— acabaría diluyendo de paso toda deontología jurídica, que pasaría a ser: o mera exigencia moral personal, no susceptible de otro control que el de la propia conciencia, o plena exigencia jurídica, con un

[8] De ello nos hemos ocupado en "Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls", que en el presente trabajo corresponde al capítulo tercero.

paradójico efecto reduplicativo. En realidad, quedaría una vez más de manifiesto que sólo tras emitir un comprometido juicio moral cabría establecer esa pacífica frontera entre una exigencia moral privada, llena de connotaciones axiológicas, y una exigencia jurídica, rebosante de aires presuntamente neutros y procedimentales.

Añádase a ello un nuevo aspecto, en el que está en juego el objetivo mismo de toda deontología profesional: la necesidad de hacer efectivas en el ejercicio social de una profesión determinadas exigencias éticas que desbordan —por su incidencia y por su posibilidad de verse sometidas a control— el ámbito de la mera moral personal, sin llegar a requerir necesariamente una plena positivación jurídica. La vieja idea positivista que trazaba una impermeable frontera entre derecho y moral aparece así como particularmente responsable de la escasa presencia actual (para bien o para mal; cada cual juzgará...) de la deontología jurídica. Por paradójico que resulte, el secreto de la existencia de ésta radica en que no es ni privada ni pública sino todo lo contrario; o más bien sería, por "social", ambas cosas a la vez.

Partiendo de la perspectiva moral que caracterizaba a la deontología en su sentido más amplio, el problema consistiría en la necesidad de establecer (de la mano de una concepción práctica de lo justo) una doble frontera sucesiva, hasta deslindar tres campos: el de las exigencias éticas maximalistas destinadas a dar paso a una persona modelo, perfeccionada en el ejercicio de su profesión; el de las exigencias éticas capaces de preservar la confianza de los ciudadanos, mediante el respeto de sus justas expectativas sobre el desenvolvimiento de un razonable modelo profesional; el de las exigencias éticas que, por hallarse más directamente vinculadas a valores y derechos constitucionales, se verían llamadas a gozar de la protección de las normas jurídicas, o incluso de sanción penal.

La mentada apelación a la *opinio iuris* nos ayudaría ahora a entender en qué medida buena parte de las exigencias deontológicas más elementales cobran un inevitable aire prejurídico; no serían aún derechos, por no haber cobrado positivación jurídica, pero podrían recibirla en cualquier momento y convertirse en tales; sobre todo, si la imperiosa necesidad de su entrada en juego lo hiciera indispensable.

No ha dejado de apuntarse algún paralelismo entre la provocativa categoría de los llamados *derechos morales*, que desafía la muralla positivista derecho-moral, y unos *deberes morales*, que cobrarían protagonismo específico en el ámbito deontológico. Por paradójico que resulte, los mentados

derechos morales no son menos sino más jurídicos que los otros, precisamente por merecer ser tildados de "morales". Con ello se nos indica que no responden a políticas coyunturales apoyadas en razones de oportunidad o eficacia, sino que emanan de principios éticos de tan particular tonelaje como para merecer una garantía reduplicativa y reforzada.

Los deberes morales, propios de la deontología profesional, parecen aspirar también a encontrar una doble instancia protectora, pero justificada más bien por un doble propósito prudencial: contar con un ámbito de decantación experimental de lo exigible, por una parte, y favorecer en lo posible una saludable mínima intervención jurídica, por otra.

Es bien conocido el relevante papel que en toda esta tarea se concede a los colegios profesionales; figura que —anécdotas, con nombre y apellidos, al margen...— goza de reconocimiento específico en nuestra Constitución (artículo 36). A la hora de justificar algunas de las consecuencias de tan elevado refrendo —colegiación obligatoria, entre otras...— el control deontológico tiende a aparecer, no sin algunos ribetes de voluntarismo, como argumento decisivo.

Parece claro que el papel de los colegios nos es llevar al cielo de cabeza a todos sus forzados miembros. Sin perjuicio de las rituales invocaciones a los patronos/as de turno, más que disponerse a forjar un inmejorable profesional modelo, pretenden promocionar un modelo de profesional que respete mínimamente las expectativas depositadas por los ciudadanos en quienes desempeñan tal —siempre relevante— profesión. Lógicamente, conscientes de la inevitable escasez del profesional modelo, no dejarán de esgrimir, cuando convenga, sanciones disciplinarias para hacer factible tan laudable empeño.

Este intento de diseñar los adecuados perfiles de una buena práctica profesional deja traslucir la convicción de que no nos hallamos ante una cuestión meramente *técnica*, como si del mero visado de un proyecto se tratara. Nos acercamos, más bien, a una *praxis* rebosante de implícitas exigencias éticas. Entra así en juego aquella dimensión experimental que acompaña a este peculiar escalón entre lo moral y lo jurídico. Con frecuencia las exigencias emergerán al filo de problemas novedosos, cuya consideración deontológica presupone un cercano conocimiento de la materia éticamente evaluada. Los códigos éticos profesionales habrán de ir, más de una vez, por delante de la ley. No viene mal contar con este primario control de apariencia prejurídica, para evitar más de un destrozo por parte de un ordenamiento jurídico habitualmente poco propicio a la sutilidad.

Bastaría, para comprender que el legislador deje abierto un cierto ámbito de autorregulación, recordar la actitud de nuestro Tribunal Constitucional ante los problemas suscitados hoy por la biotecnología. Tras tomarse generosos años para reflexionar sobre la cuestión acaba sugiriendo, mirando de soslayo al propio legislador, que no se recarguen más aún sus ya prolijas tareas convirtiéndole en juez de novedosas *quaestiones disputatae*.[9] Se nos sugiere quizá que, sin perjuicio de que la Constitución siga siendo considerada nuestra norma jurídica primera, parecería más prudente que la sentencia de su Tribunal por excelencia fuese por el contrario la última, y nunca demasiado apresurada.

Los códigos éticos se convertirán en campo experimental de la delicada operación a la que ya hemos hecho referencia: determinar qué exigencias éticas han de considerarse de obligado cumplimiento en la profesión. El previsible *pluralismo* de las convicciones morales de los colegiados no justifica, ni hace viable, ninguna fuga al *relativismo*. No se trata tampoco de dar vía libre a ninguna invasión colegial en la conciencia de los profesionales. Como ya vimos, las exigencias derivadas de cada moral personal encontrarían siempre como vía de emergencia el recurso a la objeción; de modo similar a lo que acontece frente a normas jurídicas hechas y derechas.

Los colegios habrán, pues, de ser el escenario natural de un indispensable debate ético, cuyos resultados estarían destinados a lucir —en su momento y ocasión— los máximos galones jurídicos. Que realmente así sea, parece asunto discutible. No sólo por una ya tópica queja: casi no se dan entre nosotros debates de tal tipo, de peculiar riqueza en países de nuestro entorno; también porque una muy arraigada norma antideontológica (los trapos sucios se lavan en casa...) tiende a hacer de las suyas. Ello explica que, mientras todo lo relativo a aborto o eutanasia se convierte en las profesiones sanitarias en objeto de debate deontológico cotidiano, los "incentivos" (por no recurrir a términos penales...) dedicados por la industria a orientar el suministro de unos u otros fármacos soporten un silencio notablemente pesado (de pesadilla quizá...).

9 "No es función de este Tribunal establecer criterios o límites en punto a las determinaciones que, con apoyo en dicha directriz [la promoción de la ciencia], pueda establecer el legislador, máxime en una materia sometida a continua evolución y perfeccionamiento técnico" (STC. 116/1999 del 17 de junio, F. 6, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1999, 219, p. 33). De todo ello nos hemos ocupado en "Bienes jurídicos o derechos: ilustración *in vitro*", *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, 2000 (I), pp. 259-285.

No es raro tampoco que junto a esta deseable salvaguarda de exigencias éticas, o la responsable garantía de expectativas ciudadanas, se acabe mezclando el intento de asegurar expectativas bien diversas —de los propios colegiados— con prioritaria relevancia económica. No hay duda de que la mera defensa de la competencia encierra en sí una dimensión ética; nuestra Constitución no deja de reconocer como derecho de los ciudadanos "la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado" (artículo 38). Pero, sin perjuicio de la remota obligación moral de obedecer cualquier norma legítima, y de la siempre prudente actitud de evitar sanciones disciplinarias, no toda conducta objeto de éstas podría, sólo por ello, considerarse deontológicamente rechazable.[10] Una cosa es que el papel de los colegios profesionales resulte particularmente relevante en la determinación de las exigencias deontológicas a respetar por sus miembros, y otra, bien distinta, que la deontología profesional se reduzca a la obediente observancia de todo y sólo lo que tales colegios gusten establecer.

Junto a la ya comentada dimensión experimental, señalábamos también las posibles —aunque siempre arriesgadas— ventajas derivadas de un ámbito de autorregulación profesional. De nuevo lo público y lo privado dejan entrever ámbitos sociales fronterizos. Al reconocer, por ejemplo, a la familia un papel públicamente relevante se invita a evitar prudentemente una excesiva "juridización", o "judicialización", de sus conflictos; sin perjuicio de la obligada tutela de los delicados derechos en juego. La ya clásica reticencia ante posibles excesos de *paternalismo* por parte de los poderes públicos, empeñados en invadir ámbitos sociales —en supuesto y bienintencionado beneficio de los afectados— cobra aquí sentido. Sin duda se podrán resolver con más eficacia y humanidad los problemas del enfermo terminal con un adecuado despliegue de protocolos sobre tratamientos médicos paliativos que con una expeditiva e indiscriminada despenalización de la cooperación al suicidio...

10 De ello se ocupó oportunamente la STC. 93/1992 del 11 de junio, F. 8 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1992, 135, p. 93) que distingue entre exigencias de relevancia deontológica, como el cumplimiento de los turnos de guardia por las oficinas de farmacia, y las resoluciones colegiales que aspiran a conseguir una relativa compensación económica entre los farmacéuticos, instándoles a cerrarlas durante determinados periodos. El comentario del fiscal E. Torres-Dulce sobre el particular me ha resultado particularmente instructivo.

IV. DEONTOLOGÍA JURÍDICA Y DERECHO

No son pocos los problemas que han ido siendo esbozados, ni muy diversos a los que se plantean a propósito de los derechos humanos, siempre a caballo de la controvertida frontera entre derecho y moral.

Si las exigencias deontológicas son meramente "morales", por qué no dejar su cumplimiento al buen hacer y entender de cada cual. Si los derechos humanos no son todavía jurídicos, en nombre de qué cabrá exigir que los reconozcan las leyes, si no es pretendiendo imponer a los demás opciones morales personales. Si las exigencias deontológicas —por ser de justicia— son en realidad jurídicas, cómo pueden los poderes públicos delegar su control y garantía en instituciones sociales, por dignas y prestigiosas que fueren. Quizá lo que ocurre es que los derechos humanos —con sus exigencias de justicia— son en realidad ya jurídicos, sin perjuicio de que —precisamente por ello— haya que dotarlos por vía constitucional y legislativa del máximo de positividad disponible. Si alguien tan poco iusnaturalista como Hart admitió que, por vía de hecho, no parece imaginable que subsista un ordenamiento sin un *mínimo de derecho natural*, obvio resulta que no sería más imaginable realidad jurídica alguna sin un *mínimo de positividad*.

Nuestro propio Tribunal Constitucional justifica la capacidad autorreguladora de los colegios profesionales, no sólo por su relevancia pública —descartando toda identificación simplista entre *público* y *estatal*— sino también por la peculiar situación de "sujeción especial" que sus colegiados asumen. Ella justificaría tal "delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales".[11]

Esta perspectiva legal colorearía peculiarmente la dimensión más restrictiva de la deontología jurídica. Ello nos invita a repasar el mismo panorama hasta ahora sobrevolado, pero en sentido inverso. Antes, teniendo a la persona como punto de partida, hemos ido avanzando desde la moral personal a la social, hemos constatado su decantación como moral positiva, vinculada a una *opinio* —no a una "fuerza normativa de lo fáctico"— progresivamente juridizadora. Ahora partiremos de la legalidad constitucional para intentar remontarnos a las fuentes de las que en realidad se alimenta.

[11] STC. 219/1989 del 21 de diciembre, F. 3 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1990, 105, p. 174).

Una vez que, con rango constitucional, "se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la administración civil y de las organizaciones profesionales" (artículo 26 CE), cabe excluir de la deontología profesional en sentido estricto cualquier tipo de exigencia sin respaldo jurídico. Lo que gravitaría sobre los profesionales no serían exigencias éticas meramente morales, sino propiamente jurídicas, por más que su fuente inmediata no hayan sido los poderes públicos sino las corporaciones —no menos "públicas"— en las que han delegado un amplio ámbito de autorregulación. En consecuencia, su régimen disciplinario queda sometido a ulterior control jurisdiccional, sin que se convierta en "cosa juzgada" en ámbito alguno ajeno a lo jurídico.

Parecería, pues, que la alusión a una deontología jurídica sería meramente tautológica, en la medida en que el jurista no se vería sometido a otras exigencias que las que gocen de respaldo jurídico. También la afirmación de que los derechos humanos sólo se convierten en propiamente jurídicos cuando se ven recogidos formalmente en una norma parece reducirlos a música celestial. No se habría producido realmente el decisivo paso desde entender que los derechos son tales en la medida en que los acaban recogiendo las leyes hasta entender que las leyes son tales en la medida en que respetan determinados derechos.

En ambos casos se nos condena a ser víctimas de un espejismo. Las leyes sólo nos dicen, en múltiples aspectos, qué exigencias derivan del respeto a los derechos en la medida en que se parte implícitamente de un concepto, tan prelegal como jurídico, de su contenido. La moral social positiva, como fuente de *opinio*, se convierte en inevitable clave interpretativa y auténtica frontera de lo jurídico. La *realidad social* que condiciona la aplicación de la *ley*, y garantiza que se convierte en *derecho* vivo, no es un mero dato sociológico, sino expresión práctica de una exigencia de justicia, que aflorará a través de conceptos indeterminados —pero no por ello menos jurídicos...— como la *buena fe*, lo *razonable*, lo *proporcional* y tantos otros.

La deontología jurídica deja ya de ser tan estricta, para dar entrada a elementos jurídicos en trance de positivación, presentes en las expectativas ciudadanas. Quien pondrá el marchamo formal será siempre un poder público o, previa y subordinadamente, la corporación en la que ha delegado, pero los contenidos jurídicos les vienen proporcionados, no sólo como materia prima para el Midas de turno, sino como exigencia jurídica que reclama adecuada positivación. La moral positiva fruto de pro-

puestas de moral social, alimentadas por una pluralidad de morales personales, ayuda a emerger prelegalmente a lo jurídico.

Con los derechos humanos no ocurre nada muy diferente. El intento de remitir toda esta operación prelegal a la supralegalidad constitucional daría paso a un nuevo espejismo. La propia Constitución resulta "ilegible" sin una conceptuación práctica (no meramente teórica o literal) de sus valores y principios, donde no deja de entrar en juego exigencias jurídicas que emergen de la moralidad positiva. El Tribunal Constitucional no ha tenido inconveniente en reconocerlo así respecto a derechos —tan involucrados en la deontología jurídica— como los de honor o intimidad,[12] cuyo contenido considera abierto a una dinámica de decantación social de lo jurídico. Definir qué es lo íntimo o lo deshonroso equivale a definir qué es jurídicamente exigible en tales ámbitos. En otros casos el reconocimiento no es tan explícito, pero la dinámica real no es en absoluto diversa. El intérprete lee el derecho menos en el texto que en el contexto —no fáctico sino ético— que lo hace legible.

Todos los elementos de la deontología jurídica en sentido más amplio confluyen en estas tareas de decantación, tanto de la moral positiva plasmada en los códigos éticos, como de las claves interpretativas de su eventual revisión judicial. Lograr que las convencidas propuestas personales de moral social se conviertan de hecho en moral positiva; insuflar luego en ésta la *opinio iuris* indispensable para dotar a sus exigencias éticas de relevancia jurídica y de cobertura legal es tarea indispensable de quien no renunciando modestamente a llegar a poder ser considerado profesional modelo no está dispuesto a renunciar a la conformación de su modelo profesional.

12 "Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico"; en esa determinación de su "núcleo esencial" juegan un papel escalonado el Poder Judicial y el propio Tribunal, que han de abordar una "delimitación de los hechos y de sus efectos" (STC. 171/1990 del 5 de noviembre, F. 4, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1990, 115, p. 133), en lo que no es sino una auténtica labor de calificación jurídica. Ese carácter fronterizo entre moral positiva y derecho se pondrá también de manifiesto al dictaminar un órgano judicial si determinado artículo periodístico "traspasa las lindes marcadas por los usos sociales en relación con el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia" (STC. 197/1991 del 17 de octubre, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1991, 127, p. 94), o a la hora de constatar que la filmación de la agonía del torero "Paquirri" incluía "imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido" (STC. 231/1988 del 2 de diciembre, F. 6, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1988, 92, p. 1583).

Este continuo engarce —sin confusión identificadota— de derecho y moral nos sitúa en la entraña misma de la creación del derecho. Situados en ella pierden todo sentido viejos conflictos simplistas. Los iusnaturalistas clásicos que tachaban de *ley inicua* a la que se apartaba de la recta razón, no le regateaban el dudoso homenaje de reconocerla como "ley". Lo que en realidad les importaba clarificar es que no había obligación moral alguna de cumplirla, o incluso la había de desobedecerla. Cuando el positivista radical postula que la norma jurídica "es justa por el solo hecho de ser válida", o el positivista puritano sugiere que afirmar la validez jurídica de una norma no implica pronunciarse sobre su vinculación moral[13] se adentra en un arriesgado escarceo, si lo que sugiere es que la consideración moral que la norma merezca es jurídicamente irrelevante. Ross, *a fuer* de positivista, parece dejar sentado algo bien distinto con su vinculación entre validez jurídica y obediencia desinteresada.[14] Son quienes tienen motivos morales para obedecer al derecho, y no los policías ni los verdugos, quienes en realidad lo mantienen vivo; la labor de tan probos funcionarios acaba siendo más eficaz por su capacidad conformadora de la moralidad positiva de la sociedad que por su capacidad de exhibir fuerza física. Una ley formalmente válida pero falta de vigor social legitimador es un borrador de letra muerta. Unos

13 N. Bobbio considera, en efecto, la primera expresión como propia de "la teoría del positivismo jurídico, considerado en su expresión más radical" (Ruiz, Miguel A. (ed.), *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, p. 311), mientras que el positivismo jurídico como teoría —y no como "ideología"— "no implica necesariamente una apreciación positiva de los datos tal y como han sido objetivamente revelados y representados: tiene una función principalmente descriptiva y sólo indirectamente prescriptita" (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1965, p. 111). Críticas similares al "Positivismo jurídico como ideología del derecho", *Il positivismo giuridico*, Torino, Litogràfia Artigiana M. & S., 1979, p. 265 y ss.

14 A. Ross registra que la validez de la norma jurídica para su destinatario se apoya en unos "impulsos inculcados en el medio social, que son vividos como un imperativo categórico que lo «obliga», sin referencia a sus «intereses» o incluso en conflicto directo con éstos". El juez al aplicar la norma "está motivado primero y principalmente por impulsos desinteresados" y "jamás sería posible edificar un orden jurídico eficaz si no existiera dentro de la magistratura un sentimiento vivo y desinteresado de respeto hacia la ideología jurídica en vigor". Similares mecanismos de obediencia reconoce en el "ciudadano ordinario"; lo que tiene como consecuencia que "la fuerza ejercida en nombre del derecho no es considerada como mera violencia". Por más que pueda darse una discrepancia entre una "actitud «moral» genuina" y esta obediencia formal, "hay un límite para la escisión posible entre las dos actitudes de la conciencia jurídica. Cuando este límite ha sido alcanzado, el respeto hacia el gobierno y el derecho queda sustituido por una conciencia revolucionaria" (*Sobre el derecho y la justicia*, 4a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1977, pp. 54-56.

derechos humanos cuyo contenido se remite al texto escrito, será un cheque en blanco en manos del intérprete, si una moralidad positiva consolidada no le impide rescribirlo.

Ni en la deontología ni en los derechos humanos cabe remitirse a meras claves formales o procedimentales, si no queremos limitarnos a orquestar música celestial; como tiempo ha nos decía el poeta: "nuestros cantares no pueden ser sin pecado un adorno. Estamos tocando el fondo...".[15]

15 Celaya, G., *Cantos iberos*, 5a. ed., Madrid, Turner, 1977, p. 58.

Capítulo séptimo
RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD 95
I. La igualdad entre los "valores superiores". 95
II. No discriminación e igualdad ante la ley 98
III. Igualdad en la aplicación de la ley 102
IV. La dimensión activa de la igualdad 106
V. Omnipresencia de la igualdad en nuestra Constitución . . . 109

Capítulo séptimo

RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD

Transcurridos trece años de la promulgación de la Constitución española, pocos de sus contenidos parecen haber mostrado más relevancia práctica que la igualdad; tanto a la hora de remodelar derogatoriamente el ordenamiento preconstitucional como a la de abrirle nuevos horizontes.

I. La igualdad entre los "valores superiores"

Resulta, sin duda, sorprendente la ausencia de toda alusión a la igualdad en el preámbulo de nuestra horma suprema. En él se recogen los cuatro objetivos que la "nación española" desea "establecer" o "promover", a la vez que "proclama su voluntad" de poner en práctica seis medios que los hagan posibles. La Constitución aparece, "en consecuencia", como el texto jurídico capaz de servir de cauce a todo ello. "La justicia, la libertad y la seguridad", junto con el "bien" de todos los españoles, disfrutan así de un protagonismo teórico (quizá retórico) negado a la igualdad.

Basta, sin embargo, adentrarse en el articulado para encontrar en su primer epígrafe (artículo 1.1) a la igualdad entre los "valores superiores" del ordenamiento jurídico, propugnados por el "Estado social y democrático de derecho" que se constituye. En el preámbulo se aludía ya a la necesidad de consolidar un "Estado de derecho", sin más especificaciones que la de estar destinado a asegurar el imperio de la ley. Justicia y libertad mantienen ahora su presencia, mientras la seguridad —con el título menos retórico de "seguridad jurídica"— ha de buscar cobijo en el artículo 9.3, junto a otros siete contenidos constitucionalmente garantizados. Su hueco da entrada al "pluralismo político" ausente también en el exordio.

Una primera actitud, ante este generoso y variado desfile de términos, consistiría en no dar mayor importancia a tales alusiones programáticas, renunciando de paso a exigirles particular coherencia. La suscribieron

con displicencia quienes negaron a la Constitución —y, sobre todo, a sus títulos preliminar y primero— rango de "norma jurídica", aplazando hasta su futuro desarrollo legislativo toda dimensión vinculante. Dado que el Tribunal Constitucional excluyó bien pronto tal interpretación,[1] parece obligado un enfoque más riguroso.

A nuestro modo de ver, la omisión de toda referencia a la igualdad en el texto del preámbulo resulta tan desafortunada como sorprendente. Igualdad y libertad constituyen los dos ingredientes básicos del derecho, o de la *justicia* en que éste consiste. Lo jurídico es *libertad* ajustada y ésta sólo se hace real cuando gravitan sobre ella determinadas exigencias de igualdad. No cualesquiera, porque lo jurídico es a la vez *igualdad* proporcional o adecuada, calificativos que revelan el jugo —también ajustador— de las exigencias de la libertad. De ahí que referirse a la justicia y a la libertad, sin mencionar a la igualdad, resulta o parcial o redundante, según se tenga en cuenta la ausencia o la presencia de cada uno de estos dos imprescindibles ingredientes de lo justo.

El *pluralismo político*, por su parte, será el cauce obligado para llegar a la justicia. Su ausencia, no menos llamativa, en el preámbulo debería haberse evitado al aludir a la consolidación del Estado de derecho.

El término *valor superior del ordenamiento jurídico* no ha dejado de prestarse a polémicas. Más allá de prosaicos prejuicios gremiales, politólogos y "juristas positivos" han discrepado a la hora de tratar el texto constitucional. Los primeros se han mostrado más favorables a una dimensión expansiva, para la que resultaría estrecho el instrumental de la dogmática jurídica al uso; tipologías filosóficas o científico-sociales habrían de solventar dicha angostura. Por contra, los partidarios de una dimensión "más técnica que política" de la Constitución no dejan de motivar su desasosiego ante tales propuestas. Baste como ejemplo el malhumorado despego mostrado hacia "la filosofía de los valores" con ocasión de alguna sentencia del Tribunal Constitucional.[2]

Como intento de salvar este aparente dilema se ha recurrido a otorgar la condición de *norma jurídica* a los aludidos *valores superiores*.[3] Si con

[1] STC. 16/1982 del 28 de abril, F. 1.

[2] Voto particular del magistrado F. Tomás y Valiente, a la STC. 53/1985 del 4 de abril, resolviendo el recurso previo sobre el proyecto despenalizador del aborto en determinados supuestos.

[3] Así Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984. Una crítica al normativismo que le sirve de fundamento en nuestro trabajo incluido en *Derechos*

ello se pretende resaltar el carácter vinculante de sus exigencias, nada más plausible. El propio Tribunal Constitucional, tras recordar que "la igualdad se configura como un valor superior", deriva de ello la siguiente consecuencia: "toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución como norma suprema proclama".[4] Pero el remedio elegido quizá resulte arriesgado e innecesario.

Arriesgado, porque el sano interés por conferir a tales valores (intranquilizadoramente difusos e imprecisos) la condición de normas (de sentido presuntamente determinado y nítido) puede acabar transfiriendo a las normas los pretendidos vicios de los valores, lo que bastaría para justificar malhumores como los ya apuntados. No se adivina, por ejemplo, cuáles podrían ser las "ventajas" de afirmar que la libertad, la justicia o el pluralismo político son normas jurídicas. Innecesario también, porque únicamente un rígido "normativismo" jurídico obligaría a entender que sólo lo catalogado como "norma" pueda considerarse jurídicamente vinculante. Este desfasado planteamiento llevaría a aceptar que o bien "los principios rectores de la política social y económica" (artículos 39 a 52) no son vinculantes, o bien —porque lo son— tienen el carácter de normas. Curiosas "normas", por cierto, que "informarán la legislación positiva" y sólo podrán ser alegadas "ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen" (artículo 53.3).

Pensamos que los valores ("superiores" o no) cobran operatividad jurídica indistintamente como principios o como normas, tan jurídicos y tan vinculantes unos como otras, aunque sea diverso su modo de acción. Los *principios* no son menos jurídicos por no ser normas; por no serlo pueden poner en juego su carácter informador y dirigir esa ajustada ponderación que el derecho en la práctica siempre lleva consigo. Las *normas* no son más derecho que los principios, sin los que —por otra parte— no tendrían sentido jurídico alguno; su estructura formal —al contar con un supuesto de hecho relativamente determinado— les confiere sin duda una operatividad más controlable y neta, con lo que lleva consigo de seguridad pero también de posible rigidez.

humanos y metodología jurídica, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 225 y ss.

[4] STC. 8/1983 del 18 de febrero, F. 3.

La igualdad, pues, es uno de los "valores superiores" de nuestro ordenamiento, en el que acabará resultado operativa bien como principio jurídico o bien como norma. En el propio texto constitucional encontramos ulterior noticia al respecto, sin ceñirnos necesariamente a la ordenación sistemática de sus alusiones.

II. No discriminación e igualdad ante la ley

El título I, acerca "De los derechos y deberes fundamentales", después de tratar en el primero "De los españoles y los extranjeros", dedica su segundo capítulo a los "Derechos y libertades". La sistemática resulta tan compleja como elocuente, sobre todo si contemplamos la ubicación que reserva a la igualdad. Las dos secciones, destinadas a ocuparse respectivamente "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas" (artículos 15 a 19) y "De los derechos y deberes de los ciudadanos" (artículos 30 a 38), encuentran justificación en la diversa tutela disponible para el ciudadano. Los derechos de la primera sección cuentan con un procedimiento preferente y sumario, así como con la posibilidad de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Lo curioso es que, gozando la igualdad de tal protección (artículo 53.2), el artículo 14 en que se plasma queda fuera de dicha sección, a modo de asimétrico anticipo a todo el capítulo.

Tales titubeos nos recuerdan que —más que ante un derecho fundamental o libertad pública— nos hallamos ante un valor superior del ordenamiento e incluso —al margen de la sistemática constitucional— ante uno de los ingredientes básicos de lo jurídico. Como consecuencia, "la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas".[5] Se trataría de "un derecho fundamental carente de autonomía propia en cuanto se da sólo en relación con otros derechos, a los que, por decirlo así, modula de acuerdo con la igualdad entendida como valor y proclamada en el artículo 1.1 de nuestra Constitución".[6]

El citado artículo 14 deriva, en efecto, del valor superior de la igualdad la constatación de que "los españoles son iguales ante la ley, sin que

[5] STC. 76/1983 del 5 de agosto, F. 2.
[6] ATC. 862/1986 del 29 de octubre.

pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". No nos hallamos, pues, ante un mandato positivo de trato uniforme. Las mismas exigencias de la igualdad obligarán, paradójicamente, a tratar de manera desigual a aquellos ciudadanos que se encuentran en situaciones de relevante diversidad. El principio de igualdad:

> No prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, por la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento.[7]

Entra, pues, en juego la dimensión relacional que la *igualdad* —y con ella toda la realidad jurídica— lleva consigo. De la exigencia de igualdad hemos pasado al rechazo de una determinada especie de *desigualdad*: la *discriminación*. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha facilitado en este aspecto la tarea de nuestro Constitucional, con su doctrina elaborada al respecto. Se entiende por discriminación una desigualdad de trato carente de *justificación objetiva y razonable*, que ha de apreciarse en relación a la *finalidad* y efectos de la medida, cuidándose la adecuada relación de *proporcionalidad* de los medios empleados a tal efecto.

Es toda una definición del derecho lo que se va así desplegando. No es extraño que, a la vez, se haga presente la inevitable *circularidad* que acompaña a todo razonamiento jurídico. Circularidad que sólo resultará viciosa si se la camufla bajo ropajes lógico-formales, sustrayéndola a la obligada reflexión argumental. Un planteamiento simplista nos llevaría, en efecto, a entender que, siendo la libertad y la igualdad ingredientes básicos de la justicia, si aisláramos con precisión exigencias de igualdad estaríamos en mejores condiciones para *hacer justicia*. Sin embargo, para decantar las exigencias de la igualdad resulta imprescindible poner a prueba el grado *justificación* de determinadas desigualdades, y mal se podrían "justificar" sin contar previamente con un criterio de "justicia". A su luz surgirá una precomprensión del caso cuyo *fundamento* habrá de ponerse luego a prueba a través de necesario proceso de *razonable argumentación.*[8]

[7] STC. 34/1981 del 10 de noviembre, F. 3.

[8] *Cfr*. Nuestro estudio "Principio de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución", *Anuario de Derechos Huma-*

La reiterada alusión a la necesidad de una justificación objetiva y razonable, para que una desigualdad no sea rechazable por discriminatoria, implica —retóricas aparte— un notable alcance filosófico-jurídico. La actividad jurídica se configura como un ejercicio de *razón práctica*, al presuponer una realidad práctica objetiva y cognoscible, admitiendo a la vez la aptitud de la razón para explicitarla.

No deja de replantearse una falsa cuestión ya apuntada. El valor superior de la igualdad, recogido ahora en el artículo 14, ¿constituye una "auténtica" norma jurídica o tiene sólo el valor de "mero" principio? Realmente, lo que se está preguntando —en clave normativista— es si el contenido del artículo goza o no de "vinculatoriedad inmediata" (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario). La extinta Audiencia Territorial de Sevilla (STC. del 31 de enero de 1980) no dudó en equiparar la Constitución con las leyes fundamentales predemocráticas, por considerar que "integra meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del poder público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles, salvo que éstos se desarrollen por leyes ulteriores". Puesto que era el artículo 14 el que estaba en juego, el Tribunal Supremo afirma dos años después (STC. del 8 de abril de 1982 de la Sala 1a.) que tiene sólo el "alcance de una declaración de principio", rechazando todo efecto derogatorio respecto al artículo 137 del Código Civil, que asumía discriminaciones por razón de nacimiento a la hora de regular las acciones de filiación. Todo ello llevó al Tribunal Constitucional, tras sentar "que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática", a, partiendo de este "reconocimiento de su carácter normativo", establecer "la vinculatoriedad inmediata del artículo 14".[9]

Como puede observarse, la identificación norma-vinculatoriedad y principio-declaración programática se muestra más arraigada de lo deseable en nuestro léxico judicial. Volviendo a nuestro planteamiento, los motivos de discriminación incluidos específicamente en el artículo 14 ofrecen ya un supuesto de hecho relativamente determinado; pero —aparte del carácter abierto de dicha enumeración— no hay duda de que la relevancia prioritaria de este artículo se pondrá de manifiesto en

nos, 1986-87 (4), pp. 173-198; incluido luego en versión alemana en Garzón Valdés, E. (ed.), *Spanische Sutdien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990, pp. 155-169.

[9] STC. 80/1982 del 20 de diciembre, F. 1 y 2.

su notable operatividad como principio jurídico valorador de las más diversas relaciones sociales.

Al ser elemento decisivo para la entrada en juego de dicho principio la existencia de una identidad de supuestos, resulta obligada la atribución de la *carga de la prueba*. "A quien alega la vulneración del derecho a la igualdad corresponde aportar la prueba de la identidad sustancial del supuesto con otros iguales".[10] Establecido ese *tertium comparationis*, y sin perjuicio de la presunción de legitimidad que corresponde al Legislativo como expresión de la soberanía popular, el propio texto legal debe ofrecer el fundamento objetivo y razonable justificador de la diferencia de trato.

Si la *igualdad* de todos *ante la ley* excluye el tratamiento discriminatorio de alguna categoría de ciudadanos, dentro de la óptica general propia de todo texto legal, problemas peculiares plantea el recurso ocasional a *leyes de caso único*,[11] puesto de actualidad entre nosotros por las vicisitudes del caso Rumasa. En un primer pronunciamiento, el Tribunal Constitucional rechazó la invocación del artículo 14, entendiendo que no había satisfecho las exigencias de la carga de la prueba el recurrente, al "sostener que en otras actuaciones de crisis financiera, que no se cuida de documentar para dotar al alegato de alguna consistencia, los poderes públicos han actuado con medidas menos restrictivas y enérgicas que la expropiatoria".[12] Con posterioridad surge ya la referencia expresa a las "leyes singulares", rechazando que "constituyan ejercicio normal de la potestad legislativa, sino que se configuran como ejercicio excepcional de esta potestad, subordinada a rigurosos límites". Los derechos fundamentales no podrían ser objeto de una ley singular que condicione o impida su ejercicio. Ésta sí podrá afectar a su contenido, lo que planteará inevitablemente una cuestión adicional: la problemática tutela judicial efectiva, dada la imposibilidad de recurrir contra una ley ante la que se encontraría el titular del derecho afectado.[13]

Su peculiar capacidad expansiva, fruto del carácter "relacional" de las referencias a la igualdad, convierte al artículo 14 —por otra parte— en vía de especial interés a la hora de analizar la posible relevancia de los

[10] ATC. 683/1985 del 9 de octubre.

[11] Al respecto véase Ariño Ortiz, G., *Leyes singulares, leyes de caso único*, en Álvarez, J. L. *et al*., *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Madrid, Universidad Complutense, 1989, pp. 111-144.

[12] STC. 111/1983 del 2 de diciembre, F. 12.

[13] STC. 166/1986 del 19 de diciembre, F. 10.

derechos fundamentales, no ya como garantía frente a los poderes públicos sino en las relaciones entre particulares. Esta polémica *Drittwirkung* o eficacia hacia terceros[14] no quedará excluida del ámbito de acción del artículo 14. Aunque nos encontremos ante una relación entre particulares, ello "por sí solo no supone la exclusión del principio de igualdad", aunque su juego en dicho ámbito "va a originar una matización importante" en su aplicación.[15] Aparte de que la derogación de leyes preconstitucionales discriminatorias pueda producir tales efectos (como vimos en la STC. 80/1982 del 20 de diciembre), la imputación a los órganos jurisdiccionales de la violación de derechos fundamentales, por deficiencias en su protección, puede ampliar el radio de acción del principio de igualdad en las relaciones entre privados, aunque en principio estaría excluido.[16]

III. Igualdad en la aplicación de la ley

Desde una perspectiva de estricto normativismo jurídico, la garantía contra la discriminación quedaría agotada al preservarse la *igualdad ante la ley*. Entendido el derecho como un conjunto de "normas", si sus textos no incluyen ningún tratamiento desigual de circunstancias idénticas, o está justificado con un fundamento objetivo y razonable, ninguna discriminación resultaría concebible.

La inevitable dimensión judicial de toda actividad jurídica (y no el empeño, legítimo o no, por aumentar el campo de juego del Poder Judicial respecto al Legislativo) acaba, sin embargo, obligando a revisar tal planteamiento. Que una misma norma puede ser aplicada en casos idénticos de modo desigual, sin justificación objetiva y razonable, resulta obvio. Si el artículo 14 impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo un trato igual, ello supone que "al mismo tiempo, limita el Poder Legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas". Si el normativismo invitaba a hablar de modo simplista de igualdad *ante la ley*, ahora será obligado precisar más. Para desterrar de modo efectivo toda discriminación no bastará con una

[14] Al respecto véase García Torres, J. y Jiménez-Blanco, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 110 y ss.

[15] STC. 34/1984 del 9 de marzo, F. 2.

[16] ATC. 118/1986 del 5 de febrero.

igualdad en el trato dado por la ley; en ésta, a la que habría de calificar ya de modo más estricto como "igualdad *en la ley*", consistiría el "límite puesto al ejercicio del Poder Legislativo". Pero resulta también exigible una "igualdad *en la aplicación de la ley*".[17] Hasta tres tipos de cuestiones va a suscitar esta interesente línea de jurisprudencia constitucional.

En primer lugar, una planteada ya al debatirse la Constitución: la necesidad de controlar si el Poder Judicial respeta, al actuar, sus contenidos esenciales. Si el derecho fuera sólo ley, bastaría con el *control de constitucionalidad* sobre tales normas. Si sólo Legislativo y Ejecutivo son Poderes efectivos, los recursos de inconstitucionalidad y de amparo garantizarían suficientemente ese respeto. Pero si el *Poder Judicial* no es "en cierta medida nulo" (como pensaba Montesquieu), ni el juez una mera "boca que pronuncia la palabra de la ley", la situación cambia. Aun descartado, en teoría, el control expreso de la constitucionalidad de la jurisprudencia, el problema resucitará inevitablemente en la práctica. Y con él la necesidad de precisar el ámbito de juego de la jurisdicción ordinaria y del Tribunal Constitucional, para evitar dos extremos viciosos: que la jurisprudencia opte por interpretaciones inconstitucionales de una norma constitucional (las llamadas "sentencias interpretativas" del Tribunal Constitucional reconocen palmariamente esta posibilidad), o que el Tribunal Constitucional se convierta en una nueva instancia que prolongue la jurisdicción ordinaria.

Vinculado a esta segunda posibilidad surge un nuevo tipo de problemas, tan prosaico como efectivo: la *acumulación de recursos* que un planteamiento generoso de la "igualdad en la aplicación de la ley" llevaría consigo, agravando aún más el preocupante agobio que amenaza las tareas del Tribunal Constitucional.

A los requisitos ya apuntados al tratar de la igualdad en la ley (identidad de supuestos y ausencia de justificación objetiva o razonable del trato desigual) se añadirá uno nuevo: que los actos aplicativos de la ley de un mismo órgano judicial.

> Tratándose de órganos plurales la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de *igualdad* en la aplicación de la ley tiene necesariamente que

[17] STC. 49/1982 del 14 de julio, F. 2.

> cohonestarse con el principio de *independencia* de los órganos… jurisdiccionales.[18]

La inevitable creatividad judicial va, sin embargo, a seguir plateando problemas. Aun siendo idéntico el órgano aplicador de la norma, resulta obligado admitir (aunque ello lleve a archivar todo normativismo legalista) que "las diferencias entre los fallos también pueden tener su justa razón en un margen de apreciación del juzgador, indisociable de su función".[19] El problema se traslada, pues, a la justificación de la desigualdad del fallo. Poco a poco, la obvia exigencia de que se exhiba una fundamentación objetiva y razonable para cambiar de criterio jurisprudencial va relajándose, hasta amenazar de ruina a toda esta línea doctrinal.

Su ventaja era doble: para el propio órgano judicial, al garantizar que "su cambio hermenéutico no resulta inadvertido para él mismo, que debe ser consciente de que cambia y de por qué"; y para el propio justiciable, al descartar un cambio "arbitrario por no razonado y, en este sentido, discriminatorio".[20] Pero el intento de repliegue del Tribunal Constitucional en su control a la jurisdicción ordinaria lleva a admitir la justificación tácita, conformándose incluso con que "pueda inferirse con certeza o, al menos, con relativa seguridad que el cambio objetivamente perceptible es consciente".[21] Este desvío, inhibidor del control constitucional, llevaría al absurdo de admitir discriminaciones judiciales, con la curiosa salvedad de que no sean inadvertidas…

Esta paradójica situación lleva afrontar con mayor rigor un tercer aspecto problemático. Si todo órgano judicial ha de mantener, salvo justificación de su cambio de criterio, una misma línea aplicativa, el juego del principio de igualdad —a través de su enclave "normativo" del artículo 14— llega a afectar al sistema de *fuentes* del ordenamiento, convirtiendo fácticamente en tal al *precedente judicial*.[22] Esto va a provocar una nueva actitud de repliegue de mayor consistencia.

El primer argumento a utilizar no deja de ser paradójico: "el juez está sujeto a la ley y no al precedente". No faltarán referencias al artículo 117.1, que presenta a los jueces "sometidos únicamente al imperio de la

18 STC. 59/1982 del 22 de julio, F. 5.
19 STC. 60/1984 del 16 mayo, F. 1.
20 STC. 57/1985 del 29 de abril, F. 1.
21 STC. 166/1985 del 9 de diciembre, F. 5.
22 Al respecto véase nuestro trabajo *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 1989.

ley". Tal declaración se realiza, sin duda, con un doble objetivo: en defensa de la independencia del juez, respecto a cualquier instancia metajurídica, y en recuerdo de su sometimiento al derecho (disfrazado de "ley", por arraigado vicio). Sin embargo, si no se renuncia al legalismo, el argumento concedería al juez una curiosa independencia del *derecho*, al poder imponer aquella aplicación de la *ley* que en cada caso considere oportuna; aumentarían así las posibilidades de un uso discriminatorio de su poder, y disminuiría la efectividad de ese controlado sometimiento que podría hacerle llegar a aparecer como poder "nulo".

Más riguroso resulta un segundo argumento, que marca ya una neta distinción en el juego de la igualdad, según se la contemple "en la aplicación de la ley" o simplemente "en la ley". Mientras en este caso reviste "carácter material y pretende garantizar la identidad de trato de los iguales, aquél es predominantemente formal",[23] por lo que no exigiría mantener una misma interpretación, sino sólo evitar cambios arbitrarios. Al amparo de esta distinción se acentúa la inhibición del Tribunal Constitucional. "La independencia que debe presidir la función judicial y la no existencia en nuestro ordenamiento de un rígido sistema de sujeción al precedente" descartaría que —incluso en ausencia del oportuno recurso ante la jurisdicción ordinaria— "se convierta el recurso de amparo en un instrumento de unificación de la jurisprudencia",[24] llegando a funcionar "a modo de casación universal".[25]

Por más que el mismo Tribunal Constitucional haya afirmado que nos encontramos ante "una doctrina cuyos contornos están ya claramente definidos y consolidados",[26] la verdad es que los tres núcleos de problemas suscitados por el juego de la igualdad "en la aplicación de la ley" siguen hoy abiertos.

Si la jurisprudencia es inevitablemente (para bien o para mal…) creativa, no tiene sentido privilegiar al Poder Judicial eximiéndolo de un control de constitucionalidad previsto incluso para el Legislativo, directamente vinculado a la soberanía popular.

Esto plantea, sin duda, inevitables problemas, obligando a delimitar el ámbito de acción del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, si se admite que la igualdad obliga aplicar la norma con similar criterio en casos

23 STC. 49/1985 del 28 de marzo, F. 2.
24 STC. 58/1986 del 14 de mayo, F. 3.
25 STC. 190/1988 del 17 de octubre, F. 3.
26 STC. 63/1988 del 11 de abril, F. 2.

idénticos, o a justificar el cambio operado. Pretender, por el contrario, que toda interpretación de la ley que sea aisladamente conforme a la Constitución es válida, aunque se aparte de sus precedentes, equivaldría a enterrar sin más esta línea doctrinal. Tal ocurre cuando se exonera al juez de la obligación de fundamentar su cambio de criterio y se traslada la carga de la prueba, proponiendo que "quien se siente víctima de una aplicación discriminatoria de la ley pueda ofrecer razones que le autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal de una decisión, cuyo sentido diverso al de otras decisiones anteriores y, eventualmente, posteriores, se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes",[27] como las especificadas en el artículo 14. El centro de gravedad se traslada así de la mera desigualdad objetiva en el trato a motivaciones subjetivas, de siempre compleja comprobación.

Pensamos que, tanto por razones de rigor teórico como de economía procesal, la inevitable incidencia de la igualdad "en la aplicación de la ley" sobre nuestro sistema de fuentes debe tener adecuado reflejo en el título preliminar de nuestro Código Civil, sentando expresamente la obligatoriedad de que todo órgano judicial fundamente de modo objetivo y razonable sus cambios de criterio a la hora de interpretar las normas. Se refrendaría así elocuentemente el relevante papel desempeñado por la igualdad, como "valor superior", en la refundamentación constitucional de nuestro ordenamiento jurídico.

IV. La dimensión activa de la igualdad

Ya hemos visto que, más que un derecho (por fundamental que se le considere), la igualdad es un valor superior que acaba modulando todas las relaciones jurídicas. No en vano es, con la libertad, uno de los ingredientes básicos del "ajustamiento" (jurídica) en que todo el derecho consiste. No tendría sentido, por ello, confinarla entre los llamados "derechos civiles y políticos", limitando su juego al freno o control de la acción de los poderes públicos en garantía de la autonomía individual. La igualdad se plasmará también en el ámbito de los "derechos económicos, sociales culturales", que llevan a reclamar a los poderes públicos

27 STC. 144/1988 del 12 de julio, F. 3.

una *prestación*. Si ya la peculiar ubicación sistemática del artículo 14 traza una significativa divisoria con los derechos de la tradición garantista, la alusión a la igualdad en el artículo 9.2 resultará aún más elocuente:

> Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Se refleja aquí la dimensión activa de los valores superiores del ordenamiento. El derecho no tiene sólo la función conservadora de garantizar un *statu quo* en las prerrogativas del ciudadano, sino que —para hacerlas "reales y efectivas"— ha de cumplir a la vez una *función promocional*,[28] que modifique unos puntos de partida manifiestamente mejorables. Todo intento de ajustamiento de las relaciones sociales se arruinaría si los poderes públicos no están atentos a "promover las condiciones" que lo hagan posible y a "remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud".

Con notable rigor en este caso, se alude expresamente a "la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos", sin apelar expresamente a la justicia, que consiste en su adecuada dosificación. No falta, en este trasunto "activo" del artículo 1.1, la referencia al pluralismo político, concretado en esa "participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

El artículo 9.2 fue acogido, por motivos coyunturales, con una simétrica reacción de recelo y afán de monopolio, desde posturas encontradas. Su inequívoca matriz italiana, el juego cumplido en dicho país como santo y seña de una magistratura politizada y, por si fuera poco, la efímera moda teórica del llamado *uso alternativo del derecho* —dentro del canto de cisne del neomarxismo— contribuyeron a ello. El decenio transcurrido deja fuera de lugar todo intento de utilización maniquea de este artículo, tan enmarcado como cualquier otro en el afán de consenso que preside nuestro texto constitucional.

Al margen de jerarquizaciones ideologizadas, es bien conocida la diversa operatividad jurídica de los dos tipos de derechos a que hemos aludido. La inhibición garantista encuentra más fácil acomodo en la estruc-

[28] Al respecto véase Bobbio, N., "La funzione promozionale del diritto", *Dalla struttura alla funzione*, Milán, Edizioni di Comunitá, 1977, pp. 13-32.

tura propia de las "normas", mientras que la pretensión promocionadora —condicionada por factores metajurídicos— tendrá que actuar prevalentemente como "principio". No será ocioso recordar que esto no implica, teóricamente, vinculatoriedad jurídica "menor" sino "distinta", por más que dicha diversidad puede acabar influyendo en su relevancia práctica.

Como tal principio, la igualdad vincula en esta dimensión activa al Legislativo, cuyo acto "se revela arbitrario" cuando engendra, "no ya desigualdad referida a la discriminación —que ésta concierne al artículo 14—, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que en ocasiones exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley".[29]

Gracias a esta vinculación se hará real y efectivo el "Estado social y democrático de derecho" que protagoniza el artículo 1.1., inviable si sólo contásemos con el veto a la discriminación del artículo 14. Así, si bien este artículo lleva a declarar discriminatorias para el varón determinadas medidas laborales preconstitucionales, teñidas de proteccionismo femenino, el artículo 9.2 obligará, por su parte, a solventarlas generalizando tales prerrogativas, en vez de eliminarlas; aunque "en ningún caso puede hacerse discriminación por razón de sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas".[30]

Sería incurrir en simplismo entender que este matizado Estado de derecho obliga a dar vía libre a fórmulas estatalistas. El artículo 9.2 implica una relación sociedad-Estado tan alejada del anarquismo ultraliberal como del estatalismo al que tan proclive suele mostrarse el socialismo (más o menos "real"). No ha faltado reflejo de este necesario equilibrio en la propia jurisprudencia constitucional. Así reconociendo —a propósito de la libertad de expresión y del derecho a la información— que "la cláusula del Estado social (artículo 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.2 imponen sin duda actuaciones positivas", rechaza "el derecho a exigir… la creación o el sostenimiento de un determinado medio del mismo género y de carácter público".[31] Situar la dimensión activa de la igualdad en el vértice de una viciosa alternativa

[29] STC. 27/1981 del 20 de julio, F. 10; que descarta se dé tal circunstancia en el caso analizado.

[30] STC. 81/1982 del 21 de diciembre, F. 3.

[31] STC. 6/1981 del 16 de marzo, F. 5.

individualismo-estatalismo llevaría a arruinarla. Los imperativos del principio de "subsidiariedad", y el concepto de "socialización" a él vinculado, parecen abrir cauces más adecuados.

V. Omnipresencia de la igualdad en nuestra Constitución

No tiene nada de extraño que, dado su carácter de valor superior del ordenamiento o, mejor, de ingrediente básico de lo jurídico, las referencias a la igualdad abunden dentro y fuera del título inicial de nuestra Constitución.

En ocasiones se reduplican o concretan exigencias del artículo 14, con desigual operatividad según el grado de protección a que dan pie. Así el "derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos", del artículo 22.3 susceptible de amparo, logra mayor juego autónomo que "la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación" (artículo 39.2) o la afirmación de que "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica" (artículo 32.1), que encuentran más eficaz cobijo en los vetos a la discriminación por nacimiento o sexo del artículo 14. En similar situación práctica se encuentra el artículo 31.1, al proponer "un sistema tributario justo e inspirado en los principios de igualdad y progresividad".

Como eco de este título, dedicado a los "derechos y deberes fundamentales", surge la referencia del artículo 149.1.1, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre "la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles". Por lo demás, todo este título I rebosa alusiones implícitas a la igualdad, al explicitar los sujetos de los derechos contemplados —bien en clave positiva— "todos" (artículos 15, 24.2, 27.1, 28.1, 31.1, 41 o 45.1), "toda persona" (artículos 17.1, 3o., 4o. o 24.1) o "todos los españoles" (artículos 29.1, 35.1 o 47.1) —bien en clave negativa— "nadie" (artículos 16.2, 25.1 o 33.3). Muestra elocuente de la obligada omnipresencia de la igualdad, como ingrediente básico del ajustamiento jurídico de las relaciones sociales.

Capítulo octavo
ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ALGO MÁS QUE RETÓRICA 111
I. La "realidad social" como clave interpretativa 117
II. Un concepto dinámico de razonabilidad 119
III. Jueces sometidos al imperio de la Constitución 123

CAPÍTULO OCTAVO

ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ALGO MÁS QUE RETÓRICA

Cuando hace ahora veinticinco años, en las primeras líneas del articulado de su Constitución, "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho", tal afirmación no dejaba de suscitar alguna controversia. Quizá el paso del tiempo permita aventurar algún provisional balance, tanto sobre el efectivo alcance de dicha constatación o propósito como sobre las vías por las que ha llegado a hacerse posible.

La alusión al Estado "social" marcaba un obvio contrapunto al viejo modelo liberal de Estado de derecho. Éste pretendía sólo someter al imperio de la ley a los poderes públicos, a los que se pretendía poner freno en garantía de unos derechos y libertades individuales enfrentados a ellos defensivamente. Resultaba obvio por demás en qué medida aquellos derechos de la llamada primera generación habían dado luego paso —en un contexto más socializador que individualista— a una segunda generación de derechos, que cobraban sentido por la posibilidad de recabar de esos mismos poderes una prestación que permitiera hacerlos efectivos. Tal evolución histórica era pacíficamente admitida y se había plasmado igualmente en el ámbito económico, patentando la no muy individualista fórmula alemana de la economía "social" de mercado.

Más problemático resultaba qué alcance pretendiera darse a la alusión al Estado "democrático" de derecho, cuya matriz histórica distaba de resultar obvia. Los intentos de explicitar su sentido parecían emparentar tal fórmula con un entendimiento del socialismo como obligada plenitud histórica de la utopía liberal;[1] tomado en serio abocaría a un final de la historia, de

[1] Así para Elías Díaz, mientras el Estado social de derecho unía una democracia social con un capitalismo maduro y un Estado intervencionista productor de bienes y servicios, el Estado democrático de derecho supondría una transformación en profundidad del capitalismo y su sustitución por el socialismo, lo que habría llevado a G. Peces-Barba a insistir en "esta interpretación, diría auténtica", que rimaría con la "democracia avanzada" a la que alude la

dudosa compatibilidad con el pluralismo reconocido como valor superior del ordenamiento por ese mismo artículo 1o. En un momento en que los entonces principales partidos de la oposición mantenían como seña de identidad una ideología que aseguraba no haber renunciado a la dictadura del proletariado, más de uno optaba por desdramatizar la cuestión, reduciéndola a colofón retórico.

De lo que no parecía haber mayor duda es del emparentamiento de este intencionado frontispicio con el artículo 9.2 del propio texto constitucional:

> Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Su conocida filiación italiana alentaba más de una suspicacia,[2] al haber servido de bandera a las invitaciones, por entonces pujantes, a un uso alter-

Constitución en su preámbulo. El texto diría "y democrático", porque la expresión copulativa marca una fase superadora a la que aspirar, que llevaría a un socialismo "heredero a su vez de la mejor tradición liberal". Como intentos significativos de acercarse a tal modelo aludía a Dubcek y Allende ("El Estado democrático de derecho en la Constitución española de 1978", *Socialismo en España: el partido y el Estado*, Madrid, Mezquita, 1982, pp. 179, 180, 181, 182, 199 y 204). Sería interesante confrontarlo con sus muchas más matizadas alusiones a un "Estado democrático de derecho", en el que el "socialismo democrático" se presenta como "liberalismo igualitario", en *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, pp. 202 y 204.

[2] Que no dejan de reflejarse en el debate parlamentario. Dos enmiendas de diputados de Alianza Popular solicitan la supresión del apartado; la núm. 2 de Carro Martínez, por entender que "los principios de libertad e igualdad ya están en el artículo 1o.", y la 691 de López Rodó, que considera que "el contenido del párrafo no es materia constitucional" (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, pp. 122 y 395). Tras ser rechazadas por la ponencia, que acepta otros cambios de redacción, fueron retiradas en el debate en Comisión (*ibidem*, t. I, p. 922). En el Senado la enmienda núm. 824, que tiene como primer firmante a Pérez Puga de UCD, propone de nuevo la supresión, para "asegurar en la Constitución el principio de legalidad que nada tiene que ver con el contenido del párrafo 2, el cual supone una importante innovación inspirada en la Constitución italiana"; pero el propio Pérez Puga, oficiando de portavoz de su grupo, profetizará en Comisión que tal apartado "supone la implantación de una democracia de frontera móvil, de una democracia real, de una democracia tremendamente dinámica, y será uno de los artículos más importantes y transcendentales para la interpretación de la Constitución" (*ibidem*, t. III, pp. 2950 y 3137).

nativo del derecho.[3] Manteniendo el dualismo social impuesto por el materialismo dialéctico y su lucha de clases, se trataría de ir logrando que el ordenamiento jurídico fruto de una sociedad burguesa fuese utilizado en beneficio de los explotados. Para más de uno aquello aparecía como el amenazador anuncio de la voluntad de lograr por vía judicial lo que, a través de elecciones democráticas, no podría alcanzarse por vía legislativa. Algo así como: hagan los burgueses residuales las leyes que ya pondremos nosotros las sentencias. Podía invitar sin embargo a relativizar tales riesgos la previsión de que el citado artículo, excluido de la protección reforzada del recurso de amparo, no parecía destinado a dar demasiado juego en el posterior desarrollo constitucional.

No es de extrañar que los sectores menos entusiasmados con la Constitución, no faltos obviamente de relevante representación en el mismo Poder Judicial, pretendieran traducirla a términos jurídicos como una especie de sustitutivo de las programáticas leyes fundamentales del régimen predemocrático. Falta de consistencia jurídica propia, precisaría de una *interpositio legislatoris* para llegar a surtir efectos; sin excluir siquiera de tan desvalida situación a artículos como el 14, que sí gozaban de protección por vía de amparo. Se preconizaba pues una parsimoniosa pasividad judicial. No faltaba por lo demás quien insinuara que la propia Constitución (artículo 117.1) consideraba a los jueces "sometidos únicamente al imperio de la ley", por lo que los mandatos constitucionales habría que entenderlos dirigidos al Poder Legislativo. Por si fuera poco, actuaba como trasfondo teórico un estricto normativismo jurídico, que animaba a considerar a los principios como mera música celestial.

La respuesta del Tribunal Constitucional fue contundente, al sentar drásticamente el carácter de norma jurídica directamente aplicable que era obligado reconocer a la Constitución.[4] De ello derivaba, en consecuen-

[3] De dicho debate me ocupé en "Poder Judicial y transición democrática en España", *Sociología y psicología jurídicas*, Colegio de Abogados de Barcelona, 1982, 9, pp. 7-42); trabajo incluido luego, en versión resumida, en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 167-188. Significativo del eco y alcance de dichas propuestas en aquellas fechas: López Calera, N. M. *et al*., *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1978.

[4] En la STC. 80/1982 del 21 de diciembre, F. 1, de la que fue ponente el magistrado Francisco Tomás y Valiente; de ella me ocupé en "Principio de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución", incluido en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 271-296.

cia, una particular responsabilidad de los jueces controlando la validez de las leyes preconstitucionales, aplicando sin aguardar a futuros desarrollos legislativos el último párrafo de su Disposición Derogatoria, que obliga a considerar afectadas por ella "cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución".

La siempre problemática frontera entre legalidad y constitucionalidad inauguraba así un apasionante debate de difícil cierre. Pronto se vería acompañada por el inútil intento de reducir el control constitucional a mera "legislación negativa", según el modelo kelseniano. Éste diseñaba el sistema de control "concentrado" de constitucionalidad, que hacía suyo nuestra norma suprema; pero no preveía ni por asomo la posibilidad de recursos en amparo de derechos fundamentales, a los que la teoría pura no reconocía consistencia jurídica propia.

La idea de la "legislación negativa", que reduciría el papel del Tribunal Constitucional a la posibilidad de extraer del ordenamiento normas puestas por el Legislativo, sin permitirse poner nada por su cuenta, resultaba consoladora para los partidarios de una pasividad judicial neutra, rayana en lo extraterrestre. Allá legisladores positivos y negativos con sus conflictos; los jueces a lo suyo. Los recursos de amparo acabarían sin embargo rindiendo un envenenado homenaje al Poder Judicial. Concebidos como subsidiarios de su labor, niegan al Tribunal Constitucional la posibilidad de sanar vulneraciones de derechos sin que antes haya tenido ocasión de hacerlo la jurisdicción ordinaria. El paradójico resultado acaba siendo que la mayoría de la admisión de amparos se traducirá precisamente en la anulación de resoluciones judiciales, sin excluir las del propio Tribunal Supremo. La jurisprudencia constitucional cobrará así un carácter indisimuladamente positivo y corrector, que tendrá al Poder Judicial como privilegiado destinatario.

Particularmente expresiva de la nueva situación resultó su oscilante doctrina sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley. Desde una perspectiva legalista sólo preocupaba una igualdad *ante* la ley, concebida en realidad como igualdad *en* la ley: ésta no podía tratar de modo desigual a unos u otros ciudadanos sin aportar un fundamento objetivo y razonable que descartara toda discriminación. La obvia e insuprimible creatividad judicial lleva a plantearse de qué sirve contar con normas esmeradamente igualitarias si luego *en la aplicación de la ley*, por vía administrativa o sobre todo judicial (incluso llevada a cabo por un mismo órgano...), se acaban tratando de modo desigual casos idénticos. El Tribunal Constitucional vacilará, una

vez más, entre una inhibición "negativa", que le evite asumir una "casación universal", y una acción positiva en defensa de una igualdad real y efectiva, que acabe convirtiendo el respeto al precedente en exigencia constitucional.[5]

El artículo 9.2 emparentaba también con la doctrina de la función promocional del derecho, que animaba a superar una visión meramente represiva del ordenamiento jurídico. Los poderes públicos habrían, en efecto, de "promover condiciones" y eliminar obstáculos a la libertad y la igualdad. No podían, en consecuencia, limitarse a garantizar que no se produciría entre ciudadanos cara al futuro trato desigual alguno; por dicha vía no harían sino consolidar un *statu quo* históricamente viciado de desigualdad. Habría más bien que erradicar sus arraigadas causas y compensar sus efectos, generando condiciones vitales bien distintas.

Se ensancha así por vía constitucional el angular ya abierto cinco años antes, en un marco aún predemocrático, por la reforma del título preliminar del Código Civil, que recordaba la necesidad de aplicar las normas de acuerdo con la "realidad social" del momento. Es esa realidad, que aparece como desigual e incluso discriminatoria, la que vetará cualquier actitud neutra y empujará a acciones positivas capaces de transformarla. Todo ello habrá de llevarlo a cabo el juez, detectando en cada caso situaciones poco "razonables" para aplicar a ellas la Constitución, sin esperar a que el legislador supere cualquier ocasional letargo.

Deberá, por otra parte, ocuparse no sólo de la libertad y la igualdad de los individuos, sino también de la "de los grupos en que se integran".[6] Lo

[5] De ello me he ocupado en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Particularmente significativo del repliegue actual de esta línea doctrinal el F. 7 y último de la STC. 203/2002 del 24 de julio, de la que fue ponente la magistrada Emilia Casas Bahamonde: "es claro que la doctrina del precedente administrativo —esto es, la invocación de la hipotética desigualdad resultante de la diferencia entre actos administrativos— no puede fundamentar una pretensión ante este Tribunal, una vez que el acto supuestamente distinto a los que le precedieron ha sido enjuiciado, declarándose su validez por el tribunal competente, pues la igualdad que la Constitución garantiza es la igualdad ante la ley".

[6] En el debate constituyente en el Senado es paradójicamente el Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes el que, en la enmienda núm. 12, propone suprimir la alusión a los grupos. Lo justifica porque "no aparece tal referencia en el antecedente de la Constitución italiana, que ha inspirado la redacción de este precepto"; amaga también con un argumento *ad absurdum*, recurriendo a una interpretación excesivamente estática y literal de la igualdad de los grupos. Lograron hacer prosperar su enmienda en Comisión, pero el voto particular del Grupo Socialista acabaría siendo defendido por UCD en el Pleno, lo que resta-

"social" contribuirá en efecto a recordar que no existe el individuo aislado; aunque en su condición de tal se le respete, puede acabar sufriendo discriminaciones derivadas del trato que, incluso inconscientemente, tienden a recibir los grupos en los que "por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia" (artículo 14 CE) acaba viéndose socialmente inserto.

Todo ello obliga a luchar contra tópicos y estereotipos sociales, lo que no deja de desmentir cualquier intento de dar por supuesto que la Constitución dice en cada momento aquello que los ciudadanos fácticamente comparten. Explicitarla implicará, por el contrario, una dimensión utópica, que llevará obligadamente a superar los mínimos garantizables por una "legislación negativa", para explorar "acciones positivas" de las que un juez particularmente activo será obligado protagonista.

Que todo esto no ha sido en veinticinco años mera palabrería lo pone de manifiesto de modo significativo la jurisprudencia constitucional sobre uno de los motivos de discriminación vetados por el ya citado artículo 14: el generado por la pertenencia a uno u otro sexo. Hablo de pertenencia porque si —fuera de un contexto social— cabría pensar que el sexo es condición que pertenece a cada cual, superada esa visión irreal y convertido el género en categoría cultural, cada cual acaba más bien perteneciendo al suyo, también a posibles efectos discriminatorios.

La peripecia jurisprudencial puesta en marcha para que tal igualdad sea "real y efectiva" sería ininteligible sin la intromisión del artículo 9.2 en el amparado ámbito del artículo 14, como ya he tenido ocasión de poner de manifiesto por extenso.[7] No tendría mayor sentido reiterar ahora dicho análisis, por lo que me remitiré en lo que sigue sólo a sentencias posteriores, sin perjuicio de reenviar ocasionalmente al estudio realizado sobre sus precedentes.

blecería el texto aprobado por el Congreso (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, *cit*., nota 2, t. III, pp. 2674, 2675 y 3139, t. IV, pp. 4196 y 4398-4401).

[7] Analizando con detalle dicha jurisprudencia, hasta sentencia tan digna de comentario como la 126/1997 del 3 de julio sobre la viabilidad constitucional del principio de varonía en la sucesión de los títulos nobiliarios (*Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; lo relativo a dicha sentencia en pp. 87-103). No deja de resultar significativo que en el debate constituyente en el Senado se plantee, en Comisión mediante enmienda *in voce*, el posible traslado del texto del artículo 9.2, convirtiéndolo en un segundo epígrafe del hoy artículo 14 —por entonces 13— (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, *cit*., nota 2, t. III, p. 3136).

I. LA "REALIDAD SOCIAL" COMO CLAVE INTERPRETATIVA

La denegación del derecho a excedencia para el cuidado de los hijos a una funcionaria interina ha servido, por ejemplo, para escenificar lo ya expuesto. Se nos recordará para empezar que la Constitución, como todo el ordenamiento en su conjunto, no es un mero agregado de normas, sino que los principios juegan en ella un papel decisivo a la hora de marcar "la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad"; condición indispensable para lograr la "justificación y razonabilidad de la resolución" al problema planteado. Bien es verdad que, demostrando a la vez la dificultad de superar el modelo normativista, se incurre probablemente en la indebida identificación del carácter vinculante de tal juicio con la presunta estructura normativa de su fundamento, al rechazar que los principios sean "meras normas sin contenido";[8] dando así por hecho que para ser considerados jurídicos habrían de ser normas.

Desde este entramado —no sólo de normas sino también de principios; no menos vinculantes que ellas aunque con muy diversa estructura y dinamismo práctico— habrá que trazar la siempre compleja frontera entre legalidad y constitucionalidad, para dilucidar si ha podido o no producirse la vulneración de un derecho fundamental. Así el Ministerio Fiscal propondrá, con ocasión de un caso semejante al anterior, la denegación del amparo por entender que por razones de legalidad "no puede prosperar la equiparación entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos".[9]

La sentencia admite en principio que "no se proclama en nuestra Constitución ningún derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos"; por otra parte, "el interés público de la prestación urgente del servicio puede, en hipótesis, justificar la decisión de que quienes ocupan interinamente plazas de plantilla no pueden a su vez dejarlas temporalmente vacantes, aunque sea para atender bienes o valores constitucionalmente relevantes como son el cuidado de los hijos y la protección de la familia". Al no existir —por razones legales— igualdad de circunstancias, no cabría apreciar —constitucionalmente— trato discriminatorio alguno; tampoco por razón de sexo, al no existir ningún caso en que se la haya "otorgado a un funcionario varón en las mismas circunstancias". Siguiendo esta línea, el magistra-

[8] STC. 203/2000, F. 4.

[9] STC. 240/1999 del 20 de diciembre, A. 10, de la que fue ponente el magistrado Carles Viver i Pi-Sunyer.

do que acabará discrepando del fallo remacha que lo suscitado es "un puro problema de legalidad ordinaria consistente en si los funcionarios interinos son titulares del derecho de excedencia".[10]

Un "legislador negativo" no tendría demasiado más que añadir; pero determinados aspectos de la realidad social pueden exigirle poner algo más de su parte. El hecho, por ejemplo, de que la demandante "llevaba más de cinco años en esta situación de supuesta interinidad" no parece inocuo. Aludir en tal contexto al "carácter temporal y provisional" de su trabajo, o considerarlo motivado por la "necesidad y urgencia de la prestación del servicio", resultaría "en extremo formalista"; con lo que la denegación de excedencia pasa a considerarse "claramente desproporcionada".[11]

En la medida en que la interinidad aparece como contratación precaria en perjuicio del trabajador, más que como recurso de emergencia en beneficio común, podría considerarse discriminatoria la denegación de excedencia a cualquier interino. Pero no será ésta la consecuencia: "no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas", sino que serán otras "circunstancias del caso" y "la trascendencia constitucional del derecho" tratado desigualmente en ellas[12] las que permitan dictaminar su carácter discriminatorio. Deberá tratarse, en concreto, de una interina...

Nos hallamos ante un "dato extraído de la realidad social imperante" que obliga a reaccionar: la negación de excedencia a los interinos "produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo en el laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres", que con frecuencia "se ven obligadas a abandonar sus puestos de trabajo y a salir del mercado laboral".[13]

No constituye ningún secreto la relevancia valorativa de esta apelación a la "realidad social". No nos hallamos ante una mera constatación sociológica, cuyo refinado conocimiento nos permitiría proyectar con mayor

[10] STC. 240/1999, F. 4 y 1 y epígrafe 1 del voto particular del magistrado Vicente Conde Martín de Hijas.

[11] STC. 240/1999, F. 1 y 4. Tal razonamiento se reitera ante caso similar en la STC. 203/2000, F. 3, para la que "no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución española para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto al dispensado a los funcionarios de carrera".

[12] STC. 240/1999, F. 7 y 4.

[13] STC. 240/1999, F. 5.

acierto un juicio de valor del que sólo la norma jurídica es depositaria. Los hechos no se nos presentan como "jurídicos" sin ir acompañados de una relevancia normativa, antes aun de haber tenido ocasión de localizarla en el ordenamiento positivo. Las normas no nos acaban de transmitir su mensaje hasta que cobran existencia entrando en correspondencia con hechos concretos.

Más allá de toda ingenua —y mitificada— separación entre hechos y normas, nos encontramos ante unos hechos que reclaman por sí mismos valorativamente una solución más ajustada y obligan a buscarla en el ordenamiento, de modo que se satisfaga favorablemente este requerimiento de justicia: "la posición de desigualdad afecta sólo a las mujeres y no deriva de la ley sino de la realidad social del momento"; por lo que resultará obligado reconocer que "denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado de su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto a la permanencia en el mercado de trabajo".[14] El nuevo tópico de la "realidad social" y el clásico de la "naturaleza de las cosas", con su capacidad de "poner en correspondencia" ser y deber ser,[15] parecen así darse la mano.

II. Un concepto dinámico de razonabilidad

Ha de desaparecer toda pasividad judicial y se ha de trabajar activamente para abordar de modo positivo una situación que perjudica fundamentalmente a la mujer, dado que, de acuerdo a pautas socialmente arraigadas, "la práctica totalidad de quienes han solicitado la excedencia para el cuidado de los hijos son del sexo femenino".[16] Para empezar habrá que

14 STC. 240/1999, F. 7.

15 Arquetípico al respecto véase Kaufmann, A., *Analogie und Natur der Sache*, Karlsruhe, Müller, 1965, p. 44. El papel de este trabajo dentro de su obra lo he analizado en "El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann", *Persona y Derecho*, 2002, 47, pp. 281, 285, 290 y 291.

16 "La abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres" se insiste (STC. 240/1999, F. 1 y 7). Al magistrado Vicente Conde, sin embargo, "la mezcla del dato de la duración anómala de la interinidad con el de la utilización casi exclusiva de la excedencia para el cuidado de hijos por las mujeres" le parece que "introduce en la argumentación un factor de artificiosidad", con una "paradójica consecuencia": "a situaciones legalmente irregulares... se les viene a reconocer unos derechos", que la sentencia "no tiene inconveniente en negar a las situaciones

superar toda visión del artículo 14 desconectada del 9.2, como la que entre nosotros dio inicialmente paso a una jurisprudencia constitucional *sex-blind*, que sugería —ante el estupor de propios y extraños— que la víctima por antonomasia de la discriminación por razón de sexo era el varón viudo, al que no se reconocía pensión.[17]

La ambivalencia de la desigualdad de trato, según se analice desde un aislado cotejo individual o haciendo entrar en juego la situación del grupo social en el que los afectados se insertan, es notable. La discriminación individual del viudo sin pensión no era sino consecuencia de la práctica expulsión del mercado de trabajo de la mujer, que es a quien realmente discriminaba una sociedad para la que sólo su propia condición de viuda, o alguna otra catástrofe familiar, hacía concebible que tuviera que "ponerse a trabajar".

Los estereotipos vinculados al género han de servir de pista para detectar incluso discriminaciones indirectas, encubiertas bajo apariencia de igualdad formal. Se trata de situaciones que ponen de relieve cómo "la discriminación por razón de sexo puede derivarse no sólo de un tratamiento legal diferenciado de situaciones sustancialmente iguales, sino también indirectamente de una realidad social discriminatoria contraria al artículo 14 que un tratamiento formalmente igualitario no repara". Ayudará a constatarlo el análisis sociológico del "impacto" de dicha situación, aprovechando la notable experiencia acumulada al respecto en la doctrina norteamericana alentadora de las *affirmative actions*. Tales datos se convierten en sustitutivo de la mera búsqueda de un término de comparación entre dos casos aislados para buscar luego si existe o no un fundamento objetivo y razonable que justifique su desigual trato. Dejan así bajo sospecha a más de un "tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo un impacto adverso" para uno de los grupos de género; ya que ahora "lo que se compara, no son los individuos sino los grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales".[18]

regulares de interinidad que les sirven de marco legal" (epígrafe 1 del voto particular a la STC. 240/1999).

17 Sobre el particular véase *Discriminación por razón de sexo*, *op. cit*., nota 7, pp. 55-58.

18 STC. 240/1999, F. 4 y 6. Tal enfoque está ya presente en la STC. 145/1991, de la que nos ocupamos por extenso en *Discriminación por razón de sexoo*, *op. cit*., nota 7, pp. 141-144, 146 y 148. Lo que lleva al magistrado Vicente Conde a discrepar es el conven-

Un punto de vista excesivamente "neutro" puede acabar dejando excesivo espacio a la inercia de los tópicos y estereotipos sociales, llegando a considerar que si las mujeres acaban asumiendo una mayor responsabilidad dentro del reparto de papeles en la vida familiar es como consecuencia de "una opción libremente elegida por éstas".[19] De ahí que se opte por una dimensión conscientemente utópica, que se sabe no compartida mayoritariamente, al menos en lo que a los comportamientos socialmente vigentes se refiere. Ello explicará que más de una resolución del Tribunal Constitucional no disimule en sus razonamientos una neta intención didáctica.

Así, aunque en uno de los casos analizados la interina hubiera acabado disfrutando de "un periodo de excedencia superior al inicialmente solicitado", el Tribunal considerará que subsiste el objeto del proceso con un "designio de defensa objetiva de la Constitución" que va más allá del caso singular, pues aun desbordando "el ámbito subjetivo del recurso de amparo" no es ajeno a su "dimensión objetiva".[20]

Más significativo aún de esta actitud es el tratamiento dado a un recurso de amparo motivado por el acoso sexual sufrido por una trabajadora, que considera en consecuencia vulnerado su derecho a la intimidad. La sentencia que la ampara no duda en reconocer que el artículo 14, en lo relativo a la discriminación por razón de sexo, "no se ha invocado en ningún momento por su número ni por su nombre" pero, partiendo de que "tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, pueden afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres", considera que "los hechos determinantes y el agravio que constituyen son suficientemente significativos por sí mismos y permiten, sin esfuerzo, iden-

cimiento, expresado en el epígrafe de su voto particular, de que en la doctrina acerca de la lucha contra la discriminación por razón de sexo "en este caso se avanza un poco más, que considero excesivo"; ya que se venía analizando cuándo "una determinada norma o aplicación de ésta afectaba de modo peyorativo a las mujeres", "aceptando para establecer tal hecho datos estadísticos, y siempre que la medida en cuestión no tuviese una justificación objetiva y razonable al margen de la condición femenina"; "el elemento novedoso de la sentencia" consistiría en que "se minimiza en ella la última salvedad", ateniéndose sólo a un dato estadístico que le "parece insuficiente habida cuenta del reducido campo de comprobación" utilizado, ya que "el dato estadístico es sólo el signo aparente de la discriminación, no el hecho constitutivo de la misma".

19 Así lo afirma el magistrado Vicente Conde en el epígrafe 3 de su voto particular a la STC. 240/1999, considerando que "ese fenómeno en las postrimerías del siglo no es un efecto necesariamente derivado de la condición femenina, como lo es el parto".

20 STC. 203/2000, F. 2.

tificar el derecho fundamental agredido".[21] Resulta así patente el afán por sensibilizar respecto a una lacra que —como la del condicionamiento de su opción por la maternidad, de la que nos ocupamos más abajo— podría estar viéndose obligada a soportar más de una trabajadora.

Resulta a estas alturas obvio el "activismo" judicial a que esta línea jurisprudencial invita. El juez se convierte en pieza clave para que los valores incluidos con intención utópica en la Constitución lleguen a dar su fruto. De ahí que se le aleccione sobre su adecuado papel como garante de los derechos en ellos implicados. Los jueces no pueden:

> Ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del artículo 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por el cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde.[22]

Podría parecer que la existencia de un fundamento objetivo y razonable deja de ser el criterio decisivo a la hora de apreciar una discriminación; pero se trata de un espejismo.

Cuando se nos reitera que es preciso superar un "principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato", para entender que "la prohibición de discriminación entre los sexos impone como fin y generalmente como medio la parificación",[23] lo que se nos propone en realidad es abandonar una versión estática, meramente no desigualadora, de lo razonable. Resulta exigible otra, histórica y dinámica, decididamente erradicadora de lo que, por injusto, hace tiempo que debiera haberse considerado poco razonable.

21 STC. 224/1999 del 13 de diciembre, F. 2, de la que fue ponente el magistrado Rafael de Mendizábal Allende; al final reconoce en el fallo que "se ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad en desdoro de su dignidad personal"; aunque previamente insista en que no se desconoce con ello que "el acoso sexual en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo" (*ibidem*, F. 5).

22 STC. 203/2000, F. 4.

23 STC. 17/2003, F. 3, de la que fue ponente el magistrado Roberto García-Calvo. Encuentra en ello confesado precedente en la STC. 229/1992, a la que aludí repetidamente en *Discriminación por razón de sexo*, *op. cit.*, nota 7, pp. 81-83, 87 y 106.

III. JUECES SOMETIDOS AL IMPERIO DE LA CONSTITUCIÓN

Donde el alcance de esta obligada disposición activa del juez se ha venido poniendo particularmente de relieve ha sido al aplicar el Tribunal Constitucional al posible hostigamiento de la trabajadora que da a conocer su estado de embarazo la doctrina que tempranamente estableció con ocasión de despidos indiciariamente vinculados al ejercicio de responsabilidades sindicales. En tales casos incumbirá al empresario probar que el despido obedece a motivos no discriminatorios y al juez preocuparse activamente de que así sea.[24]

Con ello quedará igualmente de manifiesto en qué medida resultan desbordados los esquemas legalistas de aplicación del derecho, y obviamente cualquier asomo de reducción del control de constitucionalidad a "legislación negativa". El Tribunal Constitucional se verá obligado a revisar la actuación de los órganos judiciales bastante más a fondo de los que éstos podrían asumir sin incomodidad; dejará incluso en evidencia el carácter obligadamente ficticio de los intentos de reparto de papeles entre órganos judiciales, por la vía de una casación o suplicación que no implicaran en realidad el nacimiento de una nueva instancia. Lo que no puede ser no puede ser, y además es imposible, como apostillaba el castizo maestro...

Para evitar una mecánica inversión de la carga de la prueba, provocada por la mera alegación de un derecho fundamental presuntamente vulnerado, la jurisprudencia constitucional acaba exigiendo previamente un "principio de prueba", que abra una fundada expectativa de "prueba verosímil" o un "panorama indiciario suficiente". La sutil frontera entre estas exigencias y el presunto indicio va a dejar al juez curado de antemano de cualquier tentación de pasividad, y le va a someter con frecuencia al juicio de un Tribunal Constitucional que, por una parte, "no puede limitarse a comprobar que el órgano judicial efectuó una interpretación de los derechos en juego que no fue irrazonable ni arbitraria ni manifiestamente errónea", porque ello sólo satisfaría las formales exigencias procesales del artículo 24 CE, sino que ha de apreciar si se ha garantizado "un derecho fundamental sustantivo"; pero, por otra, habrá de hacerlo "sin

[24] Así lo establece la STC. 38/1981 del 23 de noviembre, de cuya posterior incidencia nos hemos ocupado en *Discriminación por razón de sexo*, *op. cit*., nota 7, pp. 123-129 y 153.

que tal actuación suponga revisión de la valoración de la prueba efectuada por el juzgador".[25]

"No basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar un presumible trato discriminatorio", lo que puede llevar en alguna ocasión a un pacífico dictamen sobre la insuficiencia de lo alegado.[26] Pero no será así en todos los casos.

No ocurrió, por ejemplo, cuando un Juzgado de lo Social estimó que existían indicios suficientes de despido discriminatorio por embarazo, al apreciar dos hechos: la simultaneidad entre conocimiento del embarazo por un organismo público, atestiguado por varios de sus cargos, y el cese de la trabajadora; aun admitiendo que ésta había sido contratada para obra y servicio, dentro de un programa que se extinguió al verse privado de financiación europea, hizo notar que ello se había producido más de un año antes y no impidió que se siguiera recurriendo a la trabajadora para labores ajenas a dicho programa. Con posterioridad el Tribunal Superior, al resolver recurso de súplica, estima que los "pretendidos indicios" eran en realidad "meras sospechas y conjeturas"; considera no constatado que el empleador conociera el embarazo, cuya coincidencia con el cese era "tan sólo una mera coincidencia", privando de valor probatorio a los testimonios de sus relevantes cargos, reducidos ahora a "simple opinión"; admite por lo demás que el organismo público, cuyo cuantioso empleo de mujeres lo pondría a salvo de toda sospecha de discriminación, pusiera fin a una situación fraudulenta, como la de mantener en su puesto a quien ya no tenía labor que realizar. El Tribunal Constitucional no quedó muy convencido al respecto y, tras anular la sentencia, consideró firme la del Juzgado, desautorizando inevitablemente al Tribunal Superior.[27]

25 Ardua tarea que asume en su F. 4 la STC. 41/2002 del 25 de febrero, de la que fue ponente el magistrado Eugeni Gay Montalvo.

26 Así ocurre con la STC. 41/2002, a cuyo F. 4 nos hemos referido. No considera "convincentes" las alegaciones de la demandante, que evoca su despido anterior después de reincorporarse tras una baja maternal, logrando la readmisión gracias a una fuerte presión sindical; no estima que tal indicio dé paso a un "panorama indiciario suficiente", al no conocer la empresa en este segundo caso su estado de gestación. Tanto el Juzgado de lo Social de Almería como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía habían descartado el carácter discriminatorio del despido por idéntica razón (*ibidem*, A. 2).

27 STC. 17/2003, A. 2 *d*) y *e*), F. 5. Se cita en ella con profusión la ya comentada STC. 41/2002.

No deja de resultar curioso que mientras que el organismo público demandado aduce que la recurrente "pretende oponerse a la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal Superior de Justicia", quedan pocas dudas de que éste no vaciló en asumir dicha tarea, rectificando la llevada a cabo por el juzgador *a quo*. El Tribunal Constitucional, que se sabe afectado por la "imposibilidad legal y material de alterar los hechos", no abdica sin embargo de "su función de protección del derecho fundamental". Resuelve tan agudo dilema convenciéndose de que sin "revisar la valoración de la prueba efectuada por los jueces y tribunales ordinarios, «función privativa suya»", puede "alcanzar una interpretación propia del relato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales". Todo consiste, pues, en "analizar los hechos", "tal como fueron declarados por los tribunales ordinarios" (de modo, por demás, contradictorio), aunque, eso sí, "desde la sola perspectiva del derecho fundamental invocado". Que sea posible interpretar rectificadoramente un relato fáctico sin afectar a la evaluación de la prueba en que él mismo consiste, detectando la existencia de "indicios indebidamente desechados en el grado jurisdiccional de suplicación" no deja de ser un profundo misterio; aunque es muy de alabar que se haga "con el propósito descrito"[28] (o sea, sin afán de molestar).

* * *

La referencia del artículo 14 CE al sexo ha dejado, pues, de entenderse de modo neutro, como peculiaridad individual, para resaltar posibles condicionamientos de género de alcance sociocultural, más amplio que la mera diferencia fisiológica.

Cuando ya nadie duda de la eficacia de la Constitución como norma directamente aplicable, su artículo 9.2 se ha demostrado como una eficaz vía para hacerlo progresar. Su falta de protección por vía de amparo no ha sido óbice para que el Tribunal Constitucional lo haya hecho entrar en juego, con una clara dimensión utópica, invitando a los jueces y tribunales a hacer lo propio, en lucha contra tópicos discriminatorios.

Ello implica dar por hecho que el control de constitucionalidad entendido como *legislación negativa*, que puede conservar su sentido en los recursos contra leyes, habrá de verse por vía de amparo con frecuencia sustituido por exigibles *acciones positivas*. Ello no parece suscitar ya particulares temores

[28] STC. 17/2003, F. 2 y F. 6.

respecto a un posible uso alternativo del derecho, doctrina que ha acabado encontrando su lugar natural en ámbitos académicos reducidos (con Brasil, por ejemplo, como exponente privilegiado), en los que rima con las propuestas de una también regional teología de la liberación.

Sí ha obligado a abandonar una visión meramente individual de los derechos y libertades, para descubrir a sus titulares hondamente condicionados por el tratamiento que los grupos en que se ven integrados reciben, de modo más o menos consciente, en el contexto social. A la vez ha resaltado la sutil frontera entre el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad, lo que repercute en la obligación del Tribunal Constitucional de entrar en juego, con todo el afán inhibidor que su prudencia le dicte, ante una posible vulneración sustancial de un derecho fundamental, limitándose en otro caso a exigir a la jurisdicción ordinaria el cumplimiento de las garantías formales derivadas de su artículo 24. Que ello no deja de plantear problemas en la práctica, es de sobras conocido; son fruto inevitable de la valencia positiva de la propia Constitución, por lo que no parece muy realista aspirar a eliminarlos por vía de reforma legislativa.

Veinticinco años después, la fórmula del Estado social de derecho dista de aparecer como un mero recurso retórico; mientras que su calificación como "democrático" no parece haber precisado mayor glosa, quizá por haber acabado considerándose pleonástica.

CAPÍTULO NOVENO

LA PONDERACIÓN DELIMITADORA DE LOS DERECHOS HUMANOS: LIBERTAD INFORMATIVA E INTIMIDAD PERSONAL*

Es inevitable que cada cual hable de las ferias según le va. El cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de Naciones Unidas ofrece, ante todo, para la filosofía del derecho —como no podía ser de otro modo—, nuevos motivos de reflexión. El balance no parece invitar, desde esta perspectiva, al triunfalismo.

Al cabo de cinco decenios, los juristas se siguen mostrando remisos a considerar que tan eximios requerimientos sean propiamente *derechos*; los filósofos, por su parte, observan con indisimulado recelo a quien se atreva a sugerir que disponemos de algún fundamento objetivo para poderlos considerar tan *humanos* como para resultar más exigibles que otros.[1] Sólo los políticos —siempre convencidos de que el mejor modo de abordar un problema es no plantearse dos más— ignoran a los aguafiestas de turno y disfrutan del jubileo con entusiasmo.

Las dificultades para tomarse a los loados derechos humanos en serio parecen provenir de un positivismo consolidado por partida doble. Destierra, por una parte, a la metafísica del escenario filosófico; mientras, en versión jurídica, convertirá en imperativo categórico ocuparse del derecho que es, dejando la música celestial para quienes no gocen de la sobriedad exigible a la hora de hacer ciencia. Así que ocupémonos del derecho que realmente existe (al menos a juicio de nuestro Tribunal Constitucional, que no habrá

* Contribución a las sesiones de trabajo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada en conmemoración del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-1998), 2 de diciembre de 1998.

[1] Me ocupé ya de la cuestión en dos trabajos ("Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía" y "Para una teoría «jurídica» de los derechos humanos") publicados en 1983 e incluidos luego en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 127-168.

de parecer sospechoso...) y convenzámonos de que, de su mano, nunca llegaremos a traspasar las prestigiadas fronteras de lo físico.

Como no es poco lo que, animados de tan sanos propósitos, cabría aportar —y sin perjuicio de amenazar con ocuparnos de ello con más detenimiento en futura ocasión—[2] vamos a centrarnos en la siempre tensa relación entre los derechos y libertades que nuestra Constitución contempla en los artículos 20 y 18, ocupándonos muy especialmente de su más reiterado corolario: *no hay derechos ilimitados*.

Si suscribiéramos el punto de vista desde el que la tradición anglosajona enfocó tan prestigiados como discutidos derechos, la afirmación podría suscitarnos notable perplejidad. Todo *derecho* se entiende como una *libertad limitada*, al marcar el tránsito del Estado de naturaleza al civil. En el primero, la libertad campaba por sus respetos alimentando una incierta anarquía; cada cual podría hacer lo que quisiera, a costa ciertamente de morir en el empeño. En el estado civil la libertad —llamada al orden— se convertía en derecho, ahorrando no pocos sobresaltos, al garantizar al menos la supervivencia.

Siendo el *derecho igual a libertad limitada*, pretender que los derechos fueran a su vez limitados parecería querer poner albarda sobre albarda. Ya algunas pertenencias humanas (la libertad tendía a verse entendida obscenamente como propiedad...) se resistían a toda limitación; tal ocurría, como hemos visto, con la vida. La propiedad admitía alguna, pero siempre a cambio de que el ciudadano —una vez pagadas sus gabelas— fuera de una vez dejado en paz.

Los *derechos*, por tanto, salvo que nos refiriéramos a sus versiones más depauperadas, lejos de considerarse limitados, se oponían *como límites infranqueables* a las veleidades de los poderes públicos.[3] Un indi-

[2] Por tercera vez hemos dedicado durante el último decenio nuestro Seminario anual en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada al tratamiento que la jurisprudencia constitucional española presta a la tensión entre libertad de expresión y derecho a la información, por una parte, y derechos al honor y a la intimidad, por otra. Las reflexiones a que estos trabajos han ido dando lugar es previsible que acaben plasmándose algún día en un estudio similar a otros que contaron con idéntico motor: así *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, o *Discriminación por razón de sexo. Valores*, *principios y normas en la jurisprudencia constitucional*, ahora en prensa.

[3] No es difícil encontrar rastros de este enfoque. Así ya la STC. 6/1981 del 16 de marzo considera a las libertades de expresión e información como "derechos de libertad frente al poder y comunes para todos los ciudadanos", por lo que "cualquier limitación

vidualismo consecuente llevaría, por otra parte, a considerar a los tales poderes como los únicos interlocutores válidos a la hora de admitir límites a la propia libertad, juridizándola. Lo que no afectara al ámbito expropiado por lo público sería, por definición, legítima privacidad hurtada a caprichos ajenos. De ahí que hablar de colisión entre derechos pudiera suscitar estupor sólo comparable al provocado por las antinomias en el seno de los armónicos sistemas jurídicos continentales.

La solemne aseveración de que "no hay derechos ilimitados" —sentada nada menos que al hablar de la libertad de expresión o el derecho a la información— nos recuerda sin duda que, para bien o para mal, no somos anglosajones. Pero, dado nuestro ya confesado escepticismo sobre la existencia —sin salir siquiera de la Unión Europea— de dos mundos jurídicos tan diversos, habría que preguntarse si esa presunta dualidad es real.

¿En qué medida cabría considerar, por ejemplo, limitable la libertad de expresión? Aparecía como la libertad por antonomasia, detrás quizá de la de disfrutar de la propiedad de los bienes; o incluso decididamente delante, si se la presentaba como libertad de pensamiento o —no digamos...— religiosa. ¿Podrían los poderes públicos ponerle *límite* sin dejar en entredicho su propia legitimidad? ¿Podría incluso verse legítimamente "limitada" desde el ámbito privado; o sólo sería imaginable —excluido todo límite previo— su *colisión* con otra privacidad no menos ilimitable?

Si atendemos a nuestra propia jurisprudencia constitucional, queda, en efecto, pronto de manifiesto que la libertad de expresión es más que un derecho fundamental. Nos aparece como presupuesto indispensable del *pluralismo* político; valor superior del ordenamiento (artículo 1.1), que condiciona todo el sistema democrático. De ahí derivaría su adicional categoría de "garantía institucional"[4] y el obligado reforzamiento de su protección.

de estas libertades sólo es válida en cuanto hecha por ley" (F. 4, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1981, 2, p. 133).

[4] La libertad de expresión aparece como "garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático"; había afirmado ya el Tribunal en la STC. 12/1982 del 31 de marzo, y recordará años después en la STC. 104/1986 del 17 de julio, F. 5 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1986, 64-65, p. 1054), mientras "el derecho a recibir una información veraz", por su parte, "condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades". Ello justificará el derecho de rectificación más como "complemento a la garantía de la opinión pública libre" que en defensa del afectado, ya que

Pero se nos seguirá afirmando que no hay derechos —ni, por tanto, libertades propiamente jurídicas...— ilimitados. ¿Quién, y en nombre de qué, podría limitarlos? ¿Cuál sería el fundamento y el alcance de tan arriesgadas limitaciones?

Nuestro artículo 20 descarta, en su apartado 2, que los derechos enunciados en el anterior puedan "restringirse mediante ningún tipo de censura previa"; lo que parece excluir la posibilidad de limitaciones operadas *a priori* desde los poderes públicos. Pero añadirá que "estas libertades tienen su *límite* en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente en el derecho al honor y a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

La plurívoca ambivalencia de *derechos* y *libertades* deja abierta la cuestión. Si hablamos de libertades naturales —o más bien silvestres, para no excitar alergias...— se entiende que las leyes las limiten, para convertirlas así en derechos propiamente dichos. Se confirmaría simplemente que los poderes del Estado son los únicos legitimados para recortar libertades prejurídicas. Pero si nos referimos a libertades —por limitadas— propiamente jurídicas, estaríamos hablando ya de derechos, que serían los sometidos ahora a ulterior límite por otras libertades —¿limitadas a su vez?, ¿cómo, por quién y en nombre de qué?— con las que parecen entrar en colisión.

El mismo artículo 1.1 puede brindarnos pistas sobre nuestro hecho diferencial respecto a la más pura tradición del individualismo anglosajón. En él aparece también como valor superior la *igualdad*, junto a la *libertad*; o quizá frente a ella, aunque con la *justicia* por en medio, como en un intento esforzado por evitar el previsible conflicto.

Un Estado de derecho —al menos, para poder ser homologado como "social y democrático"— no puede entenderse como una mera constelación de libertades; retadoras por demás frente al Estado, una vez que éste ha programado la adecuada articulación de sus órbitas individuales. A su vez la igualdad —de cuyo posible carácter ilimitado nunca hubo noticia; ni siquiera en estado natural o silvestre— se hará jurídica en la medida en que se preste a ajustar adecuadamente con las mentadas libertades. Ser tra-

"el acceso a una versión disidente de los hechos publicados favorece, más que perjudica, el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad" (STC. 168/1986 del 22 de diciembre, F. 2 y 5, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1987, 69, pp. 38 y 40).

tado como un igual es tener la oportunidad de poder ejercer el propio ámbito de libertad tan real y efectivamente como cualquier otro.

Desde esta perspectiva, al hablar de derechos estamos necesariamente aludiendo a unas libertades que se ejercen reconociendo al otro como un igual.[5] No tenemos pues derechos ya acabados, con una dimensión determinada, que los poderes públicos hayan luego de recortar aleatoriamente al colisionar con otros derechos de dimensión no menos acabada. No estaríamos en realidad ante una *colisión* entre derechos, derivada de unas libertades situadas a solas frente al Estado, al que reconocerían como único interlocutor válido.[6]

Estamos, más bien, ante una teoría de la justicia que proyecta sobre cada libertad individual esas ajenas exigencias de verse tratado como un igual, planteadas por un omnipresente, otro distinto del Estado. Una teoría de la justicia que alimenta un continuo proceso de *positivación* jurídica, que se verá reflejado en un paralelo esfuerzo de *delimitación* de derechos.[7]

Juegos de palabras aparte, no es lo mismo limitar que delimitar; prescribir limitaciones que describir límites inmanentes.[8] Cuando aprendi-

5 De ahí que la libertad de expresión no pueda concebirse de modo ilimitado, y no sólo respecto "al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas", ya que "el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a un pueblo o raza", desconociendo "la efectiva vigencia de los valores superiores del ordenamiento, en concreto la del valor de la igualdad" (STC. 214/1991 del 11 de noviembre, F. 8, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1991, 128, p. 33) relativa al amparo solicitado por Da Violeta Friedman contra manifestaciones xenófobas de Leon Degrelle.

6 Cuando —con ocasión de un comunicado difundido por un funcionario representante sindical— se establezca el "interés general" o público de una información veraz como criterio justificador de su posible prevalencia sobre el honor o intimidad, se nos dirá "que no se identifica con el interés administrativo", por lo que no jugarán aquí límites similares a los de la buena fe contractual en el ámbito laboral del sector privado (STC. 143/1991 del 1o. de julio, F. 5, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1991, 123, p. 217).

7 Así, "cuando se ejerce una acción civil para protección del bien jurídico, honor o intimidad, frente al ejercicio del derecho reconocido en el artículo 20 de la Constitución española, la decisión judicial ha de fundarse necesariamente en una determinada *concepción* de estos bienes y derechos y de su *recíproca relación*" (STC. 171/1990 del 5 de noviembre, F. 4, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1990, 115, p. 132), que anula sentencias que condenaron a *El País* por información relativa a un accidente aéreo, que podría haber afectado al honor del piloto.

8 Se nos dirá que las libertades de expresión e información "no tienen carácter absoluto, aun cuando ofrezcan una cierta vocación expansiva. Un primer *límite inmanente* es su coexistencia con otros derechos fundamentales" (STC. 223/1992 del 14 de di-

mos que los límites de España vienen fijados al norte por el Cantábrico y al sur por Atlántico y Mediterráneo, no se nos ocurrió pensar que nos estaban hablando de las mareas y de cómo éstas imponen —en continuo flujo y reflujo— un oscilante proceso de aleatorio recorte o desahogo. Entendimos, sin duda, que España quedaba así delimitada —y no recortada— geográficamente; porque no es lo mismo definir la silueta de un cuerpo que amputarle un miembro.[9]

La intimidad personal o "el derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del artículo 20.1*a*) y *d*) aquí en juego", sino que "según el 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental";[10] no estamos, pues, ante meros límites extrínsecos de la libertad de expresión, sino que son ellos mismos derechos y, en consecuencia, libertades limitadas. Limitadas, paradójicamente, por la misma libertad de expresión, en ese juego de mutua delimitación que va positivando una teoría de la justicia.[11]

La jurisprudencia constitucional sirve de privilegiado escenario de esta positivación, al ir ajustando el intrínseco juego libertad-igualdad delimitador de unos y otros derechos. Tal ajustamiento no se plantea como patológica *colisión* sino como una *ponderación* expresiva de la más espontánea vitalidad jurídica.

Si encontráramos frente a frente a dos series de derechos, perfectamente acabados, entendidos como corazas defensivas ante la posible intromisión de un otro siempre ilegítimo, sólo cabría que un tercero estatal procediera a un curioso *bricolage*, recortando aristas por acá o acullá

ciembre, F. 2, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1993, 141, p. 58), que ampara a un arquitecto que estimó lesionado su honor por un artículo periodístico.

9 La propia jurisprudencia constitucional parece moverse dentro de esta ambivalencia del término "límites". Así, con motivo de los despidos de miembros de un comité de huelga en un centro escolar, se plantea si han "actuado los recurrentes, al difundir el comunicado *dentro de los límites* amparados constitucionalmente, para añadir luego que "la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra *sometido a los límites* que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece" (STC. 120/1983 del 15 de diciembre, F. 2, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1984, 33, p. 37); cursivas nuestras.

10 STC. 104/1986 del 17 de julio (F. 5, *cit*., nota 4, p. 1054), anulando condena en juicio de faltas al autor de un comentario periodístico.

11 Muy oportunamente hace notar la STC. 219/1992 del 3 de diciembre, que la "ponderación no constituye una labor hermenéutica sustancialmente distinta de la que determina el contenido de cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca" (F. 2, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1992, 140, p. 263).

hasta bruñir un poco tan desajustada relación. Esta *colisión* sería el obligado resultado de un planteamiento normativista del derecho. Un derecho subjetivo que merezca tal nombre se presenta encapsulado en una norma, que lo presenta como propiamente jurídico. Cuando las órbitas de dos de estas cápsulas se interfieren, la antinomia es inevitable; sólo cabe solventarla por neta jerarquización[12] o por limitación aleatoria.

Si nos liberamos del prisma normativista —no para negar el carácter indispensable de las *normas*, sino para añadir el carácter no menos jurídico de los *principios*— la situación cambia. Los principios no se encapsulan sino que circulan con mayor agilidad, prestos a confluir con otros y matizarse mutuamente en una dosificación que va delimitando una solución ajustada.

Delimitar derechos, precisando su efectivo y real alcance, no supone aplicar límites a una realidad ya existente, sino dar paso a una *ponderación* del juego que ajustadamente cabe reconocerles.[13] Cuando se plantea que la obligada garantía de la libertad de expresión no ampara el recurso a expresiones vejatorias innecesarias,[14] no estamos imponiendo un límite

12 Que nuestra Constitución descartaría. Por eso su reconocimiento "de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor" en el ordenamiento español; al producirse "un conflicto entre derechos fundamentales", cuya dimensión convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi*, por estar "asentado hasta ahora en la convicción de la *prevalencia absoluta* del derecho al honor". La ponderación de este derecho con la "*eficacia irradiante*" de las libertades de expresión e información puede convertir a éstas en "causa excluyente de la antijuridicidad" (STC. 107/1988 del 8 de junio, F. 2, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1988, 86, p. 925); que ampara a un objetor que criticó al Poder Judicial con motivo de su condena por injurias al ejército. Es constante la referencia a esta resolución en la STC. 51/1989 del 22 de febrero, que ampara al autor de un artículo condenado por injurias graves al ejército (F. 2, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1989, 95, pp. 534 y 535); cursivas nuestras.

13 Más que ante una ulterior limitación de lo ya existente nos encontramos ante el intento de delimitar su efectivo ámbito de juego. Ello parece reflejarse adecuadamente cuando se nos invita a dar paso a una "ponderación de límites"; pero se desvirtúa al ejemplificarlo: "la preferencia del derecho a la información significa que su limitación sólo se justifica si con un ínfimo sacrificio del mismo se consigue evitar un sacrificio total del derecho ajeno" (la citada STC. 171/1990 del 5 de noviembre, F. 11, *cit*., nota 7, p. 136).

14 Tal ocurre al utilizar una asociación de vecinos expresiones injuriosas, que "se contienen en unas hojas anónimas y se dirigen contra una persona privada, siendo las mismas innecesarias para la formación de la opinión pública", por lo que "el *pretendido* derecho a comunicar libremente información que se afirma vulnerado carece de las *condiciones internas* que legitiman su ejercicio"; aunque luego lo que se considera quebran-

al derecho a expresarse, sino excluyendo conductas que "se extralimitan del ámbito constitucionalmente protegido".[15]

Ello llevará a reconocer, en consecuencia, que nunca nadie ha podido disfrutar de un "derecho al insulto".[16] Quien insulta puede estar ejerciendo una libertad asilvestrada, pero nunca un derecho —o sea, una libertad delimitada— porque no trata al otro como a un igual, sino que desconoce el obligado respeto a esa dignidad personal que con él se comparte. Estamos, pues, excluyendo un "derecho" que nunca existió, ni tendría sentido imaginar que pudiera llegar a existir. El derecho a expresarse en libertad no retrocede con ello; simplemente nunca alcanzó más allá. Lo mismo ocurriría si se produce una injustificada intromisión en la privada esfera personal de otro.[17]

tado ilegítimamente es "el *límite externo* del respeto al honor ajeno" (STC. 165/1987 del 27 de octubre, F. 10, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1987, 79, p. 1522); cursivas nuestras.

15 STC. 105/1990 del 6 de junio, que se ocupa de las críticas del periodista José María García al entonces presidente de la Federación Española de Fútbol, admitiendo que "se extralimitó en su crítica, *sobrepasando los límites* de la libertad de expresión" (F. 2, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1990, 111, p. 76). También la STC. 171/1990 del 5 de noviembre se planteará si un periodista "ha sobrepasado los *límites constitucionalmente protegidos* del derecho a la información", lo que deja claro que no pretende limitar un derecho sino protegerlo, dentro de sus límites justos (F. 6, *cit*., nota 7, p. 134); cursivas nuestras.

16 "La emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión" supone "un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un *pretendido derecho* al insulto" (la citada STC. 105/1990 del 6 de junio, F. 7, *ibidem*, nota 15, p. 78). Sin embargo, la STC. 240/1992 del 21 de diciembre, que no detecta tal abuso en una noticia de *El País* sobre la inexistente irrupción amenazadora de un cura en un campamento nudista, recuerda que su posible "carácter molesto o hiriente" no constituye por sí solo un "límite al derecho a la información de noticias veraces y de relevancia pública" (F. 8, *cit*., nota 4, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1993, 141, p. 133). Dictaminar cuándo se ha producido o no un "insulto" es tarea valorativa y abierta a la discusión, como deja entrever el voto particular del magistrado T. S. Vives Antón a la STC. 79/1995 del 2 de mayo, que considera sobrepasada la libertad de expresión; aprovechando para cuestionar la viabilidad de la vía penal para abordar el caso, ya que "la libertad de expresión necesita un amplio espacio para desarrollarse", poco compatible con "el recurso a un instrumento intimidatorio" como la pena (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1995, 169-170, p. 77).

17 "La esfera privada, como parte del honor de la persona, incluye a aquel sector de circunstancias que, sin ser secretas ni de carácter íntimo, merecen, sin embargo, el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y la tranquilidad", lo que merece protección "frente a la publicación de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos", en la medida en

De modo semejante al derecho a la información sí le será aplicable en su ejercicio "el *límite interno* de veracidad",[18] pues "los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba", lo que hará exigible una "diligencia en su averiguación", que condiciona su legitimidad constitucional.[19] La apreciación de tal diligencia resaltará, una vez más, la problemática tarea que lleva consigo la delimitación de todo derecho.[20]

Desde una perspectiva de *positividad instantánea*[21] todo esto puede generar cierta intranquilidad. Parece personalmente más seguro, científicamente más riguroso y políticamente menos expuesto a veleidades de jueces activistas, disponer de unos derechos que se sabe ya *a priori* dónde co-

que resultara "ofensivo para una persona razonable y de sensibilidad media" (STC. 197/1991 del 17 de octubre, F. 1 y 3, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1991, 127, pp. 95 y 96). La veracidad de los hechos resulta en este contexto irrelevante, ya que "en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público" (STC. 20/1992 del 14 de febrero, F. 3, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1992, 131, p. 105), relativa a la identificación periodística de un afectado por el SIDA.

18 En consecuencia, el "ámbito protector" del derecho a la información no incluye "los rumores deshonrosos que hayan sido publicados sin comprobación de clase alguna" (STC. 123/1993 del 19 de abril, F. 6, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1993, 145, p. 153), que deniega amparo al autor de una información periodística.

19 La ya citada STC. 107/1988 del 8 de junio, F. 2 (*cit*, nota 12, p. 926). De ello no cabría derivar en términos absolutos que "la veracidad de la información justifica, en todo caso, las intromisiones que ésta haya ocasionado en los derechos al honor y a la intimidad de las personas" (STC. 172/1990 del 5 noviembre, F. 2, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1990, 115, p. 146), relativa a información del *Diario 16* sobre el mismo accidente aéreo del que se ocupó el mismo día el Tribunal en sentencia ya citada (nota 7). La exigencia de veracidad "impone al medio la específica obligación de permanecer accesible a la persona o personas afectadas por las manifestaciones presuntamente injuriosas" de un tercero, "para que a la vez puedan hacer públicas las alegaciones que estimen convenientes para desmentir los hechos" (STC. 41/1994 del 15 de febrero, F. 7, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1994, 155, p. 179).

20 Así a la STC. 6/1996 del 16 de enero, que niega amparo a una información sobre un presunto intermediario en los secuestros de ETA, por considerar que se basa en fuentes que "no pasan de ser indeterminadas", presenta el magistrado J. V. Gimeno Sendra un voto particular, en el que opone que "no parece que la vía para evitar los «juicios paralelos» deba consistir en exigir un imposible deber de diligencia al periodista, sino en garantizar el secreto —en nuestro país, "a voces"— instructorio" (F. 5 y voto particular, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1996, 178, pp. 39 y 41).

21 Sobre el particular véase nuestro trabajo "Positividad jurídica e historicidad del derecho", incluido en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, *cit*., nota 1, 1989, pp. 181-194.

mienzan y dónde terminan. No discutiré las "ventajas" de la propuesta. Me parece más razonable preguntarme simplemente si ello es en la práctica posible; porque nada más personalmente inseguro, científicamente falto de rigor y políticamente arriesgado que considerar real lo imposible.

Si toda realidad jurídica circula obligadamente a través de un *proceso de positivación* —a nadie podría extrañar, en consecuencia, que en él abunden las aparentes "circularidades"—, la ponderación delimitadora de los derechos será una de sus expresiones más habituales. No habrá mucho en ellas de esa técnica *aplicación de normas* con la que suele —¿mágicamente?— identificarse al derecho de verdad. Habrá un entrecruce de principios inevitablemente valorativos,[22] que nos recuerdan que la justicia no se positiva de una vez por todas por vía legal —ni siquiera en la "ley de leyes"—, sino que se va positivando progresivamente sin encontrar otro final que el convenido de la "cosa juzgada".

Los marcos normativos distan de ser superfluos. Permitirán hacer más previsible dicho proceso, ofrecerán fundamentos argumentales para orientarlo y facilitarán apoyo para la revisión procesal de sus provisionales hallazgos. Por otra parte, las mismas resoluciones jurisdiccionales van positivando espontáneamente pautas normativas, que cumplen en otro orden papel semejante.

El juicio ético estará siempre presente en esta positivación de la justicia. No cabrá, por ejemplo, delimitar el alcance de intimidad y libertad de expresión sin discernir la dimensión pública o privada del afectado;[23] o sin constatar el posible "interés general" (o pública relevancia) de la información aportada.[24] Aunque a veces tienda a olvidarse, la única manera

22 La ponderación del derecho al honor con las libertades de expresión e información lleva a recordar que dicha "*valoración* debe estar presidida por dos pautas o parámetros esenciales; referidas, una, a la clase de libertad ejercitada —de expresión o de información— y, la otra, a la condición pública o privada de las personas afectadas" (la ya citada STC. 107/1988 del 8 de junio, F. 2, *cit*, nota 12, p. 926); cursivas nuestras.

23 Si se trata de personas de pública relevancia, "su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad"; así la afirmación de que "vivía con otra mujer, una azafata", resulta rechazable referida al piloto de un avión siniestrado, aunque "de ser cierta podría quizá, en determinadas circunstancias, venir amparada en el derecho a la información, si se refiriese a un personaje público" (la ya citada STC. 172/1990 del 5 de noviembre, F. 2 y 4, *cit*., nota 19, pp. 146 y 147).

24 Porque la "libertad de información" es "un medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general", adquiere un "valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales y entre ellos el derecho al honor", que particularmente "alcanza su nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del

de delimitar lo público y lo privado, trazando de paso la frontera entre lo moralmente loable y lo jurídicamente exigible, es emitir un juicio moral.[25]

Es una teoría de la justicia la que exige respetar la proporcionalidad,[26] al delimitar los derechos en juego, o la que lleva a establecer que las exigencias de ser tratado como un igual no son las mismas para quien asume responsabilidades o protagonismos públicos[27] que para el ciudadano de a pie.[28] Obviamente en aquello en que no son realmente "iguales";[29] lo cual

vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción"; mientras que "declina cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas" (la ya citada STC. 165/1987 del 27 de octubre F. 10, *cit*., nota 14, p. 1521).

25 Así lo hemos recordado en "Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls", *supra*, capítulo tercero.

26 "Al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de derecho", que exige "que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos" (la citada STC. 85/1992 del 8 de junio, F. 4, *cit.*, nota 16, pp. 62 y 63). A nadie puede extrañar que todo ello implique formular juicios de valor; pero ello lleva al magistrado Rodríguez Bereijo a formular un voto particular, por entender que el Tribunal al dar entrada al principio de proporcionalidad enjuicia "la calificación jurídico-penal" de los hechos realizada por los tribunales ordinarios (*ibidem*, p. 64).

27 Su derecho al honor "se debilita, proporcionalmente como *límite externo*" de la libertad de expresión e información, al estar sus titulares obligados por su condición pública a "soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados", en la medida en que lo requieren "el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática". En consecuencia, se considera que la jurisdicción penal, "de haber realizado una correcta *ponderación* de los valores en conflicto", no habría condenado la crítica al estamento judicial, aun mereciendo "los calificativo de acerba, inexacta e injusta" (la ya citada STC. 107/1988 del 8 de junio, F. 2, *cit*., nota 22, p. 926); cursivas nuestras.

28 De quien había calificado de "foca coja" a una ciudadana a la que cayó encima una tapia, se nos dice que "atravesó el perímetro" del derecho a la información, ya que "el tono irónico o de burla, que es admisible para la crítica de los personajes públicos responsables del desaguisado, a ninguno de los cuales se menciona ni siquiera perifrásticamente, resulta inoportuno, inadecuado y recusable cuando arbitraria y cruelmente tiene como objetivo a las víctimas" (STC. 170/1994 del 7 de junio, F. 4, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1994, 159, p. 76).

29 El "padecimiento" de un "alcalde criticado, en su honor y fama", se considera que "entra en una de las más sensibles servidumbres de la actividad pública o política" (la ya citada STC. 104/1986 del 17 de julio, F. 7, *cit.*, nota 4, p. 1054). También quienes "persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjeti-

—no es menos obvio— tampoco podrá delimitarse sin mediar juicios de valor. Mediarán igualmente a la hora de calificar o no como "general" el interés que la información ofrecida pueda implicar...

Cuestión particularmente peliaguda —sobre todo, si nos empeñamos en no traspasar el prestigiado ámbito de lo físico— será determinar la fuente de los contenidos legítimos de los juicios de valor que hacen operativa esa imprescindible teoría de la justicia en vías de positivación. Ya el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de recordar que no es lo mismo la conformidad de una norma con las valoraciones que en una sociedad puedan considerarse de "actualidad" que su conformidad con la Constitución.[30] Se excluía así una interpretación sociologista de los contenidos esenciales de los derechos.[31] Asunto distinto será la dimensión cultural e histórica de las que tales contenidos se verán acompañados.

En esta segunda dimensión habrá que entender la alusión a las valoraciones socialmente vigentes como datos fácticos de referencia que ayuden a valorar jurídicamente —la confusión de los planos descriptivo y

vos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas", mientras que a "personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública" hay que "reconocer un ámbito superior de privacidad" (la citada STC. 171/1990 del 5 de noviembre, F. 5, *cit*., nota 7, p. 134). La búsqueda de notoriedad —tan propia de la prensa del corazón o del colorín— justifica que "quien por propia voluntad da a conocer a la luz pública unos determinados hechos concernientes a su vida familiar, los excluye de la esfera de su intimidad", pasando a prevalecer el derecho a la información (la citada STC. 197/1991 del 17 de octubre, F. 4, *cit*., nota 17, p. 97). La situación llega a rizar el rizo cuando quienes se han instalado en el ámbito de lo público desvelan intimidades de terceros. Así la STC. 233/1993 del 12 de julio, concerniente a declaraciones sobre personas relacionadas con el llamado caso Urquijo, establece que, aunque no cabe descartar que "la notoriedad y relevancia públicas de la persona que hace la declaración convierta en hecho noticiable la declaración misma, con independencia de la irrelevancia objetiva de su contenido", el señor Giménez Arnau no es "una personalidad pública que convierta en relevante cuanto pueda declarar" (F. 3, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1993, 148-149, p. 189).

30 STC. 81/1982 del 21 de diciembre, F. 2, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, 21, p. 71.

31 Que parece defender el magistrado Díaz Eimil, en el extemporáneo voto particular al que hacemos más abajo referencia —nota 35—, al sugerir que "en el momento de resolver el enfrentamiento de dos derechos constitucionales es muy importante tener presente cuáles son las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre el valor de cada uno", lo que paradójicamente situaría en desventaja al Tribunal Constitucional, "alejado como está, en su actuación institucional, del contacto directo con los ciudadanos", del que disfrutarían los jueces de lo penal (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1989, 99, p. 1191).

prescriptivo resulta, sin duda fácil— el alcance de lo quepa en cada caso considerar objeto del derecho al honor o a la intimidad personal,[32] al tratarse de "realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial", partiendo de una "*delimitación* de los hechos y de sus efectos".[33]

Concluyendo, resultará fácil constatar que buena parte de la resistencia de los juristas a reconocer como derechos *proprio vigore* los llamados derechos humanos es su opción —con frecuencia acrítica— por una perspectiva normativista, que simplifica la realidad presentando al derecho como sistema de normas, positivadas de una vez por todas y listas en consecuencia para una aplicación técnica sin ulteriores juicios de valor.

Se obvia su versión más hiriente —un normativismo legalista— que condicionaría a una *interpositio legislatoris* la validez jurídica de esos pretendidos derechos. Para ello se recurre a la ambivalente afirmación de que la Constitución debe considerarme como norma jurídica. Poca discrepancia cabe, si con ello quiere decirse que todos sus contenidos, tengan o no la estructura formal habitual en cualquier norma jurídica, son jurídicamente vinculantes.

Lo que no queda tan claro es la necesidad —y la "ventaja"— de disfrazar de normas contenidos con muy diversa estructura formal y dinámica operativa, como hemos visto es el caso de los principios.[34] Lo que

32 Por tal habría que entender "un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las *pautas* de nuestra *cultura*— para mantener una calidad mínima de la vida humana", según recuerda la STC. 231/1988 del 2 de diciembre, F. 3 (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1988, 92, p. 1582), relativa a la filmación de la agonía del torero "Paquirri" en la enfermería de la Plaza de Pozoblanco.

33 La citada STC. 171/1990 del 5 noviembre, F. 4 (*cit*., nota 7, p. 133). También de una información sobre el menor adoptado por la actriz Sara Montiel, se nos dirá que "traspasa las lindes marcadas por los usos sociales en relación con el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia" (la citada STC. 197/1991 del 17 de octubre, F. 1, *cit*., nota 17, 127, p. 94).

34 Vistoso ejemplo de ello es el tenor —que el Tribunal Constitucional hace propio— de una resolución judicial que intenta explicar la ponderación delimitadora de derechos, presentándola como "concurrencia normativa", sin diferenciar normas y principios: "tanto las *normas de libertad* como las llamadas *normas limitadoras* se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos *principios* en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción". La conclusión —"que

en realidad es una *ponderación* ajustadora de una relación y a la vez delimitadora del contenido de los derechos en ella implicados[35] se vería suplantado por una rígida *jerarquización*, o por el tratamiento como patológicas antinomias —limitando el contenido presuntamente preexistentes de los derechos— de lo que es sino obligado proceso de ajustamiento positivador. Si queremos reconocer la realidad, quizá sea más fácil abandonar lo mágico y conceder que no es norma todo lo que jurídicamente acaba reluciendo.

Ni que decir tiene que tal ponderación lleva consigo juicios de valor,[36] lo que llevará inevitablemente a plantear problemas sobre la posibilidad del Tribunal Constitucional de revisar los ya expresados por órganos judiciales.[37]

los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos"— resulta fácil al contraponerse en el caso la libertad ideológica frente a una institución del Estado, pero sería de imposible traslado a los endémicos conflictos entre derechos (STC. 20/1990 del 15 de febrero, F. 4, *d*), *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1990, 107, p. 54; cursivas nuestras.

35 La ya citada STC. 104/1986 del 17 de julio, *cit*., nota 4, tras aludir a "un conflicto de derechos ambos de rango fundamental", da por hecho que "no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer" sobre la libertad de expresión, sino que "se impone una necesaria y casuística *ponderación* entre uno y otra", para concluir que "lo que nos lleva al otorgamiento del amparo no es una discrepancia respecto de la ponderación de bienes y derechos fundamentales, sino la inexistencia de tal ponderación" (F. 5, *ibidem*, p. 1054). La resolución no se vio acompañada de ningún voto particular, pero —tras "una más detenida reflexión"— el magistrado Díaz Eimil acabará presentándolo tres años después, aprovechando la STC. 121/1989 del 3 de julio, en la que critica la exigencia de que el órgano jurisdiccional haya de llevar a cabo la ponderación, así como "el riesgo de que se minimice el derecho al honor" mientras se da al "valor prevalente una excesiva eficacia" (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1989, 99, p. 1190).

36 De ahí que la STC. 170/1994 del 7 de junio (citada en nota 28), al afirmar que "la ponderación antedicha es, en su esencia, una operación de lógica jurídica", plantee una curiosa dimensión de tan misterioso saber, que incluiría "la selección de la norma jurídica aplicable al caso concreto", "la subsunción en ella de los hechos" e incluso "la libre valoración del acervo obtenido" (F. 1, *ibidem*, p. 74). Similares afirmaciones en la STC. 176/1995 del 11 de diciembre, que también tiene como ponente al magistrado Mendizábal Allende (F. 4, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1996, 177, p. 53).

37 Sobre el papel que el Tribunal ha de asumir, en ausencia o deficiencia de ponderación por la jurisdicción ordinaria, se suceden, en efecto, posturas oscilantes. Así en la STC. 223/1992 del 14 de diciembre, *cit*., nota 8, tras constatar que el Tribunal Supremo no revisó la ponderación realizada, se apunta que "la naturaleza subsidiaria de esta vía de

La resistencia de la filosofía a proporcionar esos "fundamentos objetivos y razonables" que el jurista reclama para llevar adelante su tarea nos sitúa en la encrucijada de la ética poskantiana. El lógico rechazo de una posible dinámica de aplicación técnica de normas de contenido plenamente disponible lleva a proponer "construcciones", fácilmente acusadas de limitarse a escenificar con pulcros decorados de neutralidad procedimental los valores suscritos por una determinada filosofía política. A ningún jurista podría espantar esta nueva acusación de "circularidad". La periódicamente propuesta rehabilitación de la filosofía práctica[38] sigue invitando a asumir el proceso de positivación jurídica como "verdad por hacer", que teje una teoría de la justicia rebosante de dimensiones antropológicas.

Quizá la principal aportación actual de los derechos humanos sea mantener despierta la preocupación filosófica por la dignidad del hombre y ofrecer un campo jurídico operativo para su realización práctica.

amparo no nos permite sustituir directamente el juicio debido", lo que hace "necesario reenviarle la cuestión" (F. 4, *ibidem*, p. 60). En la ya citada (nota 29) STC. 227/1992, dictada el mismo día por idéntica Sala, se argumentará que la función del Tribunal "no se limita a constatar la ausencia de ponderación, extendiéndose por el contrario a un pronunciamiento sobre el fondo", que le lleva a anular la sentencia del Tribunal Supremo y declarar firme la que había casado (F. 3 y 6, *ibidem*, pp. 78 y 79). La STC. 15/1993 del 18 de enero insistirá en que "el juicio sobre la adecuación de esta ponderación a los postulados constitucionales compete en última instancia a este Tribunal" (F. 1, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1993, 142, p. 100). La STC. 136/1994 del 9 de mayo sienta que "aunque los órganos judiciales hayan efectuado una ponderación entre las libertades de expresión y otros bienes jurídicamente protegidos, como el honor y el principio de autoridad, ello no exime a este Tribunal de realizar su propia valoración" (F. 4, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1994, 158, p. 65).

38 Al respecto véase *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 413 y ss.

Capítulo décimo
LOS LLAMADOS DERECHOS "MORALES" DEL AUTOR EN LOS DEBATES PARLAMENTARIOS 143
I. Un marco constitucional discutido 145
II. De la propiedad intelectual a los derechos del autor 151
III. Unos insólitos "derechos morales" 154
IV. El diseño jurídico de la creación artística 156
V. Unos derechos muy personales 159
VI. La comunicación como criterio interpretativo prioritario . . 163
VII. El discutido alcance de la "comunicación pública" 172
VIII. Derechos del autor y derecho al acceso a la cultura 173
IX. Los derechos del autor en el ámbito europeo y su incidencia en la reciente actividad parlamentaria 174

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS LLAMADOS DERECHOS "MORALES" DEL AUTOR EN LOS DEBATES PARLAMENTARIOS*

El conocido tópico de la "aceleración histórica" parece llamado a dejar, de manera especialmente expresiva, su impronta sobre la regulación de los derechos de los autores. No deja de ser sintomático que, mientras transcurrieron más de cien años entre nuestras dos leyes relativas a la llamada "propiedad intelectual", han bastado ocho para que la última haya debido modificarse,[1] se hayan tramitado varios proyectos legislativos destinados a introducir ("trasponer", según tiende a decirse, creativamente) en nuestro ordenamiento varias directivas europeas y llegue, incluso, a anunciarse la elaboración de un texto refundido,[2] que no renunciaría a introducir modificaciones ulteriores.

* Ponencia presentada al Curso sobre "Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales" organizado por el Consejo General del Poder Judicial en noviembre de 1995, del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948-1998), 2 de diciembre de 1998.

1 Ya el 12 de junio de 1990 queda de relieve la convicción del gobierno de que algunos objetivos no suficientemente regulados en la Ley no se están consiguiendo, al presentar una proposición no de ley el Grupo Socialista, que anima a mejorar "la protección de los derechos de autor frente a las vías de defraudación que la nueva tecnología introduce a través de la piratería". Se debatiría ante el Pleno del Congreso el 26 del mismo mes (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, núm. 46). El 11 de diciembre de 1991 el diputado socialista Martínez Martínez plantea una pregunta oral ante el Pleno, en la que alude ya directamente al artículo 25 de la Ley, que había dejado en el aire el modo de hacer efectiva la compensación por copia privada (*ibidem*, núm. 153).

2 En la Exposición de Motivos de la Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 91/250/CEE, del 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, se afirma que "las escasas modificaciones" que introduce en la de propiedad intelectual "está previsto que queden clarificadas, regularizadas y armonizadas en el texto refundido que el gobierno deberá dictar" en dicha materia. Tal previsión no dejará de suscitar reiterados recelos, durante el trámite parlamentario de iniciativas posteriores, al entender el senador popular Soravilla que se pretende actuar "hurtando de esa ma-

La ley de 1987 tuvo, por otra parte, la virtud de sensibilizar a los protagonistas de tan variada gama de actividades, llevándoles a multiplicar las entidades que asumen la defensa de sus derechos y animándoles a atraer la atención de la sociedad sobre sus reivindicaciones. Por si fuera poco, la apertura de las llamadas "autopistas de la información" anuncia un cambio de escenario en el juego práctico de estos derechos,[3] de consecuencias no fácilmente previsibles.

Todo ello no hace, a nuestro juicio, sino aumentar el interés de una posible reflexión sobre algunos conceptos básicos que han cobrando especial protagonismo en el debate doctrinal, han dejado su impronta en los trámites parlamentarios y acabarán siendo decisivos en la propia tarea judicial.

Los dedicados a la filosofía jurídica se sienten llamados, quizá por delirios de grandeza, a asumir en las facultades de derecho el papel que a la filosofía compete en el ámbito del saber: hacer de incómodo tábano que mantenga la vitalidad de seres más presentables y útiles, como ya señalara el mítico Sócrates. El científico se considera obligado a aportar respuestas, que zanjen con eficacia problemas pendientes. Los presuntos científicos del derecho se esfuerzan por elaborar una "dogmática jurídica" capaz de cumplir similar función en lo que a los problemas de los juristas se refiere. Al filósofo del derecho corresponde —como al filósofo a secas respecto al científico— la tarea, entre inoportuna y lúdica, de

nera el debate a las Cámaras" (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, V Legislatura, Comisión de Educación y Cultura, núm. 162, 15 de diciembre de 1994, pp. 3 y 14). El polémico texto acabaría siendo publicado por el gobierno socialista aún en funciones, antes de la toma de posesión de sus sucesores, por Real Decreto 1/1966, del 12 de abril, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del 22 del mismo mes.

[3] Casi podría ya aplicarse a la Ley 22/1987, del 11 de noviembre, como si hubiera pasado otro siglo, la afirmación del segundo párrafo de su propia Exposición de Motivos: "el legislador de entonces no podía prever las profundas transformaciones sociales sobrevenidas y, más en particular, las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación que han permitido, por primera vez en la historia, el acceso de la mayoría de los ciudadanos a la cultura, pero que, paralelamente, han facilitado nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual". En el ámbito de las instituciones europeas, el "Libro Verde sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico. Problemas de derechos de autor que requieren una acción inmediata", 1.4.2, muestra también preocupación "por el hecho de que las nuevas tecnologías dificultan, o incluso impiden, el control de la explotación o el usufructo de una obra" (*Propiedad intelectual*, Madrid, Secretaría General, Congreso de los Diputados, Documentación núm. 92, febrero de 1992, p. 148).

cuestionar no la exactitud de sus respuestas sino si las preguntas estaban adecuadamente planteadas.

Los partidarios del juez científico se esfuerzan por suministrarle las técnicas oportunas para afrontar ese agobiante imperativo que le impide aplazar su decisión, con la esperanza de que parezca menos problemática. Los que consideran que el juez nunca deja de ser filósofo deben contribuir a recordarle preguntas pendientes, para que sus respuestas no busquen refugio en los burladeros de la técnica sino que, conscientes de su inevitable imperfección, aspiren siempre a acercarse en lo posible a colmar las exigencias que brotan de la siempre pendiente pregunta por lo justo.

Como parlamentario debo sentirme responsable de los textos, manifiestamente mejorables, que en nombre de la soberanía popular ponemos en manos de los jueces, creándoles más problemas de los que les ayudamos a resolver. El que, como ocurrió en el debate de nuestra Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (en adelante la Ley, por antonomasia), la mayor parte de mis propuestas recibieran el merecido reservado a las de la oposición,[4] lo cual no me hace sentirme menos culpable. Queda, en todo caso, disponible la experiencia que ése y algún otro trámite parlamentario posterior pueda llevar consigo.

I. UN MARCO CONSTITUCIONAL DISCUTIDO

Pocas figuras más interesantes que la "propiedad intelectual" para escenificar las fluctuantes relaciones entre dogmática jurídica y realidad social, al compás del dinamismo histórico que a esta última caracteriza.

La cuestión supera una mera discusión gremial, destinada a solventar si determinada institución ha de considerarse propiedad (valga la redundancia) de civilistas,[5] penalistas o constitucionalistas. Son aspiraciones per-

[4] Tuvimos ocasión de intervenir activamente, como portavoz de la Agrupación de Diputados del PDP. Lo analizamos críticamente, en el contexto de la literatura científica del momento, en nuestro trabajo "Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate", *Poder Judicial*, 1988, 11, pp. 31-86. No tendría mucho sentido, ni lo permite el tiempo, reiterar ahora aquel prolijo examen, al que remitimos a los especialmente interesados. Por idéntica razón, en las ocasionales referencias bibliográficas, prestaremos más atención a publicaciones aparecidas con posterioridad.

[5] C. Rogel Vide da por hecho que "para conocer la propiedad intelectual, haya de saberse, previamente, lo que la propiedad sea, y sus caracteres, y sus atributos, y las facultades que la componen y los medios de defenderla", para derivar de ello que "la in-

sonales que el derecho ha de reconocer (los derechos) y aspectos de la realidad social que debe regular lo que está en juego. Desde esta perspectiva, no será lo mismo, a la hora de interpretar todo lo relativo a los derechos de los autores, establecer el centro de gravedad en los fundamentos mismos de la Constitución, sea cual sea el efectivo alcance y los límites de sus derivaciones posteriores, que insertarlos en un concreto ámbito del ordenamiento jurídico, para reducir los posibles parentescos constitucionales a una dimensión casi meramente retórica.

La evolución del tratamiento de los derechos de los autores arranca de la conversión de los antiguos *privilegios* de los creadores artísticos en *derechos* propiamente dichos. Tan decisiva transformación cobró muy especial relieve al verse tales derechos configurados como una versión peculiar de la *propiedad*. Es preciso no olvidar que en 1879 hablar de la propiedad era hacerlo del derecho por excelencia, prácticamente identificado con una libertad que —desde una perspectiva ligada al "individualismo posesivo"— se venía entendiendo como la capacidad de actuar como dueño de sí mismo.[6] Los autores debutaban así en el escenario jurídico pudiendo ejercer los derechos dotados del rango más *fundamental* imaginable en aquella coyuntura histórica.

Es oportuno recordarlo, para evitar que pueda entenderse que el reclamo del carácter de "derecho fundamental" para tales dimensiones del actuar humano pueda atribuirse a zascandileo y afán de novedades, más que a directo conocimiento de la realidad jurídica examinada. No se trata de reivindicar para los autores nuevos horizontes de reconocimiento jurídico, sino de evitar que acaben desprovistos del que, de modo más o menos consciente, ya se les atribuyó.

La vinculación entre derechos del autor y propiedad, a través de la entonces llamada "propiedad literaria", rompía a la vez —sin duda, positivamente— con la dimensión cuasiangélica que tiende a atribuirse a las actividades de creación cultural, tradicionalmente emparentadas con un

vestigación y la enseñanza" del derecho de autor y de los derechos conexos "es tarea propia de los civilistas". Dogmática jurídica aparte, las consecuencias reales son previsibles: los derechos de los autores tendrán como "límites y cargas" "los que juegan para la propiedad en particular" y los específicos contemplados en la ley (*Estudios sobre propiedad intelectual*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 17 y 141).

6 "Sin ese derecho, que asegura al hombre la propiedad de sus conquistas, limitaría el concepto de su personalidad", había dicho Danvila al presentar ante las Cortes la proposición de Ley de 1879 (*cfr*. *Propiedad Intelectual*, *cit*., nota 3, Documentación núm. 46, febrero 1986, p. 334b).

sobrio amor al arte. Decenios después se producirá, sin embargo, una inflexión de signo contrario; se trata ahora de evitar la reducción de los derechos del autor a su dimensión meramente patrimonial, con el peligro de marginar aquéllos que derivarían de la permanente vinculación del autor a su obra, aun después de haberla enajenado. Entran así en escena los llamados derechos "morales", de los que habremos de ocuparnos con mayor detenimiento.

Desde el inicio de este proceso se ha producido una doble evolución. Por una parte, al avanzar planteamientos de mayor dimensión social, la propiedad ha ido perdiendo aquel destacado reconocimiento, para cederlo —al menos en la teoría— a otros derechos ahora más estrechamente vinculados a esa dignidad humana que aparece como fuente de todos ellos. Pierde, a la vez, la propiedad su marcado carácter individualista, para cobrar nuevo sentido ligada a una indeclinable función social.

Buena prueba de ello serán las consecuencias, nada irrelevantes, derivables de la polémica doctrinal sobre el adecuado *entronque constitucional* de los derechos del autor. Entre nosotros, por ejemplo, de optarse por su vinculación al artículo 20 —que, como es sabido, alude en su epígrafe 1.*b*)— al reconocimiento y protección del derecho "a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica", nos encontraríamos ante un derecho fundamental, con la consiguiente protección reforzada por vía de amparo.

Este entronque queda, a nuestro modo de ver, confirmado por el desarrollo del debate constituyente, no muy expresivo salvo excepciones en lo relativo a los derechos fundamentales, dado el intento de consensuar al máximo dichos capítulos. Se sustituyó la alusión a "los derechos inherentes a la producción literaria..." por el "derecho a la producción...". Una enmienda de UCD entendía que los derechos del autor (en clave meramente patrimonial) quedaban subsumidos en el artículo 33, mientras que varios diputados de AP los consideraban "materia de ley ordinaria y no constitucional". En la fase decisiva del debate, el portavoz socialista Peces-Barba —filósofo del derecho a fin de cuentas— aludiría a la existencia de "una tendencia científica a la desconstitucionalización" de la propiedad y "una tendencia paralela y contradictoria a la constitucionalización de esta producción y creación literaria, artística y científica", siendo a continuación rechazadas todas las citadas enmiendas por unanimidad.[7]

[7] *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, pp. 123, 163 y 1076a. A la acogida de esta interpretación por la doctrina aludimos

A ello cabe añadir el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos del autor por la jurisprudencia constitucional alemana, así como el tenor literal del artículo 42 de la Constitución portuguesa, que reconoce como libre "la creación intelectual, artística y científica", "incluyendo la protección legal de los derechos de autor".

La polémica doctrinal al respecto sigue sin embargo abierta, aunque su proyección parlamentaria quedara implícitamente saldada con ocasión del debate de la Ley de 1987. Bercovitz admitirá como "cierto que los antecedentes parlamentarios del precepto permiten mantener que en su momento el Grupo Socialista quiso ese artículo 20.1.*b*) para garantizar mejor la protección de los autores". Considera, sin embargo, que debe excluirse tal entronque, ya que si se hubiere querido incluir en tal artículo la propiedad intelectual, aludida *expressis verbis* en el artículo 141.1.9 del mismo texto, "debería haberse utilizado esa terminología".[8]

La verdad es que sus argumentos, siempre sugestivos, nos parecen susceptibles de uso inverso. Cabría también pensar que si no se aludió en el artículo 20 a la "propiedad intelectual", cuando tan fácil habría resultado, era precisamente porque —como el propio debate prueba— se quería insistir en la hondura jurídica y el auténtico centro de gravedad de los derechos de los autores, confiriéndoles rango fundamental y evitando así que los aspectos patrimoniales se convirtieran en criterio prioritario a la hora de interpretar el sentido de sus diversas manifestaciones.

Más vulnerable aún nos parece su intento de reconstruir el reconocido tenor del texto constitucional argumentando, líneas después, que "a la hora de ponderar la verdadera intención del legislador, conviene tener en cuenta que es ese mismo Grupo Socialista, que además cuenta con la mayoría absoluta de la Cámara, el que admite que se tramite el proyecto de Ley de Propiedad Intelectual como ley ordinaria". Dejando al margen los problemas que la problemática identificación de la llamada *voluntas le-*

en nuestro trabajo "Derechos del autor y propiedad intelectual" (*op. cit.*, nota 4, p. 52), en el que tuvimos también ocasión de pronunciarnos sobre el contradictorio "Informe de la Secretaría General (del Congreso de los Diputados) relativo al carácter orgánico u ordinario del Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual". Suscribió más tarde nuestros planteamientos, en éste y otros de los aspectos abordados, González López, M., *El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Madrid, Marcial Pons, 1993, pp. 34-38 y 63-64, entre otras.

8 R. Bercovitz Rodríguez-Cano en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, que él mismo coordinara, Madrid, Tecnos, 1989, artículo 1o., p. 22.

gislatoris lleva siempre consigo, de ahí cabría derivar la imputación al Grupo Socialista de una premeditada intención anticonstitucional, o quizá la invitación a admitir que no sería inconstitucional ninguna ley aprobada gracias a los votos del mismo Grupo al que cupiera atribuir la autoría del pasaje constitucional presuntamente vulnerado; afirmación ésta tan kelseniana[9] como difícilmente compartible.

A más de algún autor teatral o director cinematográfico no dejaría, por último, de sorprenderle —después de lo que ha caído— que la previsión constitucional según la cual el ejercicio de los derechos recogidos en el artículo 20 "no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa" sólo pueda entenderse referida "a los derechos o libertades de expresión, opinión e información y no a otros derechos (como los del autor)".[10] Pensamos, por el contrario, que el condicionamiento previo de la tarea creativa ha de considerarse claramente excluido, no sólo frente a posibles intromisiones de los poderes públicos, sino incluso respecto a terceros, con figuras tales como la nulidad de todo pacto de renuncia a creación o divulgación de obra futura.

En todo caso, el propio Bercovitz acabará reconociendo que "en principio el derecho de propiedad no es adecuado para dar cabida a facultades o poderes jurídicos de naturaleza moral",[11] lo que invita a reflexionar sobre las consecuencias prácticas que de esta opción dogmático-jurídica pueden acabar derivando. Tras recordar los esfuerzos de la doctrina alemana, desde Gierke y Kohler, para sentar sobre nuevos cimientos los derechos de los autores, se ha recordado que antes de la Ley de 1987 "el ordenamiento jurídico español queda, no obstante, anclado en la tesis del derecho de autor como derecho de propiedad", lo que "redunda en situaciones de verdadera desprotección del autor".[12] El intento del nuevo texto legal por remediar esta situación podría verse inevitablemente traicionado, si no se ve acompañado de un cambio efectivo del criterio interpretativo prioritario a la hora de aplicar su contenido.

9 De la dimensión "retroactiva" del control de constitucionalidad en la obra de Kelsen nos hemos ocupado en nuestro libro *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, pp. 132 y ss.

10 Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *cit*., nota 8, artículo 1o., p. 22.

11 *Ibidem*, p. 26.

12 Marco Molina, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 370 y 371.

Para Bondía, por el contrario, "no ofrece" duda que la propiedad intelectual resultó incluida en el artículo 20 de la Constitución, al considerar que "del análisis de los trabajos parlamentarios para la elaboración de nuestra Constitución, se desprende de manera inequívoca". A su juicio, "constituye no sólo una consecuencia de la libertad de expresión, sino, lo que es más importante, una garantía de la misma"; por otra parte, sin salir del mismo artículo, también "la propiedad intelectual constituye la sustancia jurídica de la información".[13] Quizá por no tener en cuenta los debates parlamentarios, no aborda, sin embargo, la situación planteada al rechazarse las enmiendas presentadas reclamando carácter orgánico para aquellos artículos que desarrollaran tal precepto constitucional.[14]

De entenderse, por el contrario, que los derechos que corresponden al autor no son sino una forma peculiar de propiedad, quedarían enmarcados en el artículo 33 de la Constitución, excluido de la reforzada protección procesal a que ya nos hemos referido.[15] Les sería, por lo demás, aplicable su epígrafe 2, de acuerdo con el cual "la función social de estos derechos limitará su contenido", extremo éste que consideramos menos relevante, dado que tales límites no serían muy diversos de los que, en todo caso, derivarían de la protección del acceso a los bienes culturales, al que luego aludiremos.

Ya el debate del proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1987 contribuyó a poner sobre el tapete todo este discutido panorama. Se pre-

13 Bondia Roman, F., *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Madrid, Trivium, 1988, pp. 94, 98, 104, 105 y 106.

14 Sí lo recuerda C. Rogel Vide, para reafirmarse en que "ni la propiedad, ni las propiedades especiales —cual la intelectual—, ni el derecho de autor se encuadran, en la Constitución, dentro de los derechos y las libertades públicas" (*Estudios sobre propiedad intelectual*, *cit*., nota 5, p. 12).

15 Tal es la postura de R. Bercovitz Rodríguez-Cano, que considera obligado "rechazar la autonomía del derecho moral de autor, que podría estar reconocido en el artículo 20.1.*b*) de la Constitución". Para él, "el derecho de autor o la propiedad intelectual es un derecho unitario y, consecuentemente, su reconocimiento constitucional debe ser unitario y no fragmentado", y "se produce en el artículo 33 de la Constitución, como propiedad especial que es" (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *cit*., nota 8, artículo 1o., p. 23). También se muestra especialmente drástico al respecto J. Carrascosa González: "el reconocimiento del derecho de autor o de la propiedad intelectual se produce *in toto* en virtud del artículo 33"; igualmente la considera una "propiedad especial" y no deja de aludir a su conexión con el 149, que a efectos competenciales la empareja con la propiedad industrial (*La propiedad intelectual en el derecho internacional privado español*, Granada, Comares, 1994, pp. 26 y 27).

sentó, en efecto, una enmienda de totalidad, que reclamaba la atribución de carácter orgánico a aquellos artículos del texto legal que hacían referencia al contenido esencial de los derechos del autor, por considerarlos entroncados con el artículo 20 de la Constitución. Se propuso también una modificación del título mismo de la Ley, para que fueran los derechos del autor —y no su restringida presentación como propiedad intelectual— los que sirvieran para identificarla. Ambas iniciativas acabarían siendo rechazadas.

Aquel debate parlamentario coincidió, por otra parte, con la fase final del largo pleito que el escultor Pablo Serrano, afectado por la destrucción de una de sus obras, sostuvo a lo largo de más de veinte años. Por dos veces hubo de pronunciarse el Tribunal Supremo, en sentencias que ya tuvimos ocasión de analizar con detenimiento. Llevado el asunto por sus familiares —por vía de recurso de amparo— hasta el propio Tribunal Constitucional, su evasiva sentencia 35/1987, del 18 de marzo, se publicaría en pleno trámite del proyecto en el Congreso de los Diputados.

II. De la propiedad intelectual a los derechos del autor

Las críticas a la caracterización de los derechos del autor como forma peculiar de "propiedad" reflejan la entraña paradójica que parecen condenados a arrastrar.

La propiedad, como derecho real, se muestra bien pronto como un marco excesivamente estrecho; sobre todo, a la hora de dar cuenta de buena parte de aquellos derechos del autor especialmente vinculados a la dimensión creativa de su trabajo, a los que la Ley reconoce un "carácter irrenunciable e inalienable".[16] Trasladando el marco genérico de la propiedad, y las habituales consecuencias de su enajenación, se había llegado con facilidad a pensar que al comprar una obra de arte se están comprando todos los derechos sobre ella de los que su primer propietario (el autor) era titular.

Tampoco resultaba demasiado feliz la caracterización de la propiedad intelectual, en incómoda vecindad con la propiedad industrial, como propiedad "especial". Algunos temían que pudiera derivar de ello una acen-

16 Exposición de Motivos, párrafo séptimo y artículo 14 de la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual.

tuación de la dimensión social y pública de su contenido, hasta aproximarla en exceso a ámbitos jurídico-administrativos, otorgando al ejercicio o explotación de tales derechos cierto aire de "concesión".

De ahí surgirá la convicción de la necesidad de superar un planteamiento "monista" de dicha propiedad, resaltando la existencia de una doble gama de bienes o intereses dignos de protección jurídica. Los mismos textos internacionales se habían hecho eco de esta tendencia superadora. Si las ya sucesivas revisiones del Convenio de Berna habían apuntado a darle entrada, la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 reconoce a toda persona "el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".[17]

Todo ello invitaba a superar ese tradicional planteamiento "monista" que ha llevado, insensiblemente, a convertir en tópica la expresión "derechos de autor" —con resonancias meramente patrimoniales, que desbordan el juego de palabras— en vez de recurrir a la de "derechos del autor",[18] menos forzada y expresiva de un horizonte que desborda su dimensión meramente económica. No dejó de proponerse, durante el debate de la Ley, el recurso a esta última expresión; propuesta que se vería reiterada sin éxito en trámites parlamentarios posteriores.[19]

Hoy incluso, aparentes incursiones del concepto de propiedad intelectual en el campo de la propiedad industrial, como las que, tras establecer que "los programas de ordenador serán protegidos mediante los derechos de autor como obras literarias" —en vez de vincularlos a los mecanismos

17 Protección reiterada en 1966 por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su artículo 15.1.*c*) alude al derecho a "beneficiarse de los intereses morales y materiales" que derivan de dicha autoría.

18 O bien "derechos de los autores", término felizmente presente en el Convenio de Berna de 1886, para evitar el incómodo dilema entre la "propiedad literaria y artística", de raigambre francesa, y el "derecho de autor", consolidado en el ámbito alemán.

19 El senador socialista Aguilá rechazará la enmienda núm. 54 del Grupo Popular al Proyecto de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE, del 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, que insistía en tal sustitución.

de protección de las patentes—[20] aluden "dualistamente", a la hora de prever indemnizaciones, a los "daños materiales y morales causados".[21]

A medida que iba avanzando esa consideración "dualista" de la propiedad intelectual, crecía también el rechazo de dicho término por quienes consideraban así desnaturalizado el concepto mismo de propiedad. No entendían muy bien que el comprador no pueda abandonar o destruir el objeto adquirido; que se vea obligado a conservarlo con tanto esmero como si lo tuviera en depósito, dando paso a una suerte de "servidumbre de custodia"; que deba asumir obligaciones de no hacer, no pudiendo reproducirlo o exhibirlo cuando y como le parezca; o que deba compartir parte de la plusvalía obtenida al desprenderse de él tras pública subasta.

No más congruente que una "propiedad" así hipotecada les parecía la atribuida a los propios titulares de la llamada propiedad intelectual que verían cómo el ejercicio de sus derechos, sujetos a plazo limitativo, acabaría revirtiendo al dominio público por razones de interés social.

El debate parlamentario no dejó de reflejar este incierto vaivén entre monismo y dualismo. El proyecto inicial definía, en su artículo 2o., a la propiedad intelectual —en clave "monista"— como "un derecho integrado por facultades de carácter personal y patrimonial".[22] El texto definitivo del mismo artículo la acaba considerando —en clave "dualista"— "integrada por derechos de carácter personal y patrimonial".[23] Esto podría dar incluso paso a un re-

[20] En el debate del correspondiente Proyecto de Incorporación de la Directiva 91/250/CEE, celebrado en el Congreso de los Diputados por el procedimiento de lectura única, tanto el portavoz popular Fernández de Trocóniz como el de IU-IC López Garrido aludieron a este dilema, estimando positiva la opción por la propiedad intelectual (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, núm. 33 del 25 de noviembre de 1993, pp. 1519, 1520 y 1521). El proyecto acabaría siendo aprobado sin recibir voto alguno en contra, con 303 votos a favor y cuatro abstenciones.

[21] Artículos 1.1 y 9.1 de la Ley de Incorporación de la Directiva 91/250/CEE citada en nota 2.

[22] También la sentencia del 21 de junio de 1965 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entendía —en su Resultando quinto, epígrafe tercero— que la propiedad intelectual "se ha perfilado en dos categorías de facultades".

[23] F. Bondia Roman se muestra muy crítico al respecto. "Hablar de los «derechos» de los autores resulta técnicamente inapropiado", ya que nos encontraríamos ante un derecho "aunque englobe diferentes poderes jurídicos o facultades". El artículo 2o. daría paso a "una extraña institución híbrida integrada por dos tipos de derechos" (*Propiedad intelectual*, *op. cit*., nota 13, p. 97, 149 y 204). J. L. Lacruz Berdejo se lo toma con más calma, considerando que "ciertamente la letra del artículo 2o. podría encaminarnos a la

planteamiento de su dimensión constitucional, que los hiciera entroncar respectivamente con el artículo 20 y el 33, asumiendo el dilema apuntado. No deja de ser, por último, curioso cómo (dentro de este perplejo baile derecho-derechos-facultades) las dos primeras secciones del capítulo III de la Ley se identifiquen respectivamente en relación a un singular "derecho moral" (*sic*) y a unos plurales "derechos de explotación"; si bien es cierto que en la línea siguiente a la que apela a ese misterioso "derecho moral" se hablará de los "derechos" —morales, por supuesto— que corresponden al autor.

III. Unos insólitos "derechos morales"

Para el jurista español la alusión a la existencia de unos presuntos derechos "morales" no deja de resultar un tanto paradójica. No en vano ha sido formado en un positivismo jurídico, aparentemente fuera de toda discusión, que convertía en pieza clave de la teoría del derecho su tajante separación de la moral. Como consecuencia, tenderá a considerar como prejurídica, o al menos jurídicamente inmadura,[24] cualquier obligación a la que acompañe tan metajurídico calificativo.

No ocurre lo mismo en el ámbito anglosajón, habituado desde Austin a combinar su tradición analítica, de cuño positivista, con un pacífico "iusnaturalismo" fáctico, de especial vigencia en el constitucionalismo norteamericano. En este marco, el calificativo "moral" reforzaría paradójicamente la relevancia jurídica del título exhibido, al indicar que reposa sobre principios "morales" —esto es, vinculados a derechos innegociables— y no sobre meras consideraciones políticas, basadas en coyunturales razones de oportunidad y eficacia, según la distinción popularizada por R. Dworkin.

explicación del doble derecho", pero se trataría más bien de "facultades", por lo que se habría salido del "monismo" (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *cit*., nota 8, artículo 2o., p. 35).

24 De ahí que se propusiera la sustitución de tal término por el de derechos "personales", frecuentemente utilizado como sinónimo por la doctrina, aunque tal enmienda sería rechazada (Cortes Generales, *Diario de Sesiones*, Congreso, III Legislatura, Comisiones, núm. 128, del 12 de mayo de 1987, p. 4823). El Dictamen emitido en mayo de 1985 por la Comisión de Educación y Universidades, Investigación y Cultura del Senado, tras la comparecencia de diecinueve expertos, se refiere al necesario reconocimiento de "estos derechos personales del autor, que más tarde se han llamado «derechos morales»" (*cfr*. *Propiedad intelectual*, *cit*., nota 3, p. 406).

El creciente influjo de la teoría analítica anglosajona entre nuestros filósofos del derecho acabó facilitando el aterrizaje de tan exótico término. Aunque se los invocara precisamente para neutralizar apelaciones iusnaturalistas,[25] bien pronto los más alérgicos a tales planteamientos pusieron al neologismo bajo sospecha.[26] Se ha observado, con razón, que más que encontrarnos ante unos derechos diversos, con la apelación a los "morales", se estaría apuntando sólo una diversa solución del problema de su fundamento,[27] con una inevitable dimensión iusnaturalista.[28] En todo caso, la alusión, en este contexto doctrinal, a los "derechos morales", nos adentraría en problemas tales como la posibilidad de establecer una efectiva frontera entre derecho y moral, o cuál sea el fundamento real de los derechos humanos,[29] tan interesantes como alejados del núcleo central de nuestras reflexiones.

La referencia ya realizada a relevantes documentos internacionales nos pone sobre la pista de lo que se pretende con tal denominación. Se trata, más bien, de recordar que además de los intereses patrimoniales que la creación artística lleva consigo, existen otro tipo de intereses de carácter "inmaterial". Que se les bautice como "morales" puede responder quizá a la arraigada querencia a considerar poco compatibles lo moral y lo

25 El entendimiento de los derechos humanos como "derechos morales" fue propuesto por E. Fernández, para descartar tanto su fundamentación "iusnaturalista" como la "historicista" ("El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, 1, p. 99).

26 Para G. Peces-Barba "utilizar el término derecho para realidades morales, sin inclusión en el derecho positivo, sin constituir normas válidas, es puro iusnaturalismo" (*Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 230).

27 J. Lucas, para el que ofrecen, más que una solución, "un circunloquio, un rodeo que remite, en la mayoría de los casos, bien a una respuesta antropológica iusnaturalista" u a otras de orden axiológico o apoyada en las "necesidades humanas"; por todo ello, no la considera una propuesta "operativa" ("Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos", en Ballesteros, J. (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 19 y 20.

28 Para A. E. Pérez Luño, "si con la expresión «derechos morales» se quiere justificar la confluencia entre las exigencias o valores éticos y las normas jurídicas, lo único que se hace, en el fondo, es afirmar uno de los principales rasgos definitorios del iusnaturalismo" (*Derechos humanos*, *Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 178 y 179).

29 De los que hemos tenido ocasión de ocuparnos en trabajos como *La crisi del positivismo giuridico. I paradossi teorici di una* "*routine*" *pratica* "*Iustitia*", 1991, 4, pp. 333-375, o los incluidos en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

pecuniario, o a dar por hecho que la inmoralidad —lejos de entrar en escena con carácter gratuito— tiende siempre a extenderse a título oneroso.

Nos encontramos, en todo caso, de lleno en un planteamiento "dualista", que deja en evidencia las limitaciones de la "propiedad" —por muy intelectual que se la presuma— para dar debida cuenta de la totalidad de los derechos del autor. La apuntada sinonimia con intentos relativos a la fundamentación de los derechos no deja de ser venturosa, ya que nos ayudaría a señalar que los "morales" no son, simplemente, "otros" derechos con los que también contaría el autor, sino que han de gozar de una mayor relevancia, derivada de su hondo fundamento, como habría quedado de relieve a la hora de centrarlos más en el artículo 20 que en el 33 de nuestra Constitución.

Ese más profundo fundamento de los llamados derechos "morales" justificará que no dejen también de irradiar consecuencias de orden patrimonial, que pueden en ocasiones encontrar adecuada instrumentación práctica a través de las formas jurídicas reguladoras de la propiedad. Pero no es lo mismo admitir la utilidad instrumental de estas categorías jurídicas que instrumentalizar determinados derechos reduciéndolos a su simple caricatura.

IV. El diseño jurídico de la creación artística

El adecuado tratamiento de esta variedad de derechos exige replantearse cuál es la efectiva base real que el proceso de creación artística ofrece, a la hora de ser regulado por el derecho. Sólo así podremos evitar la tendencia de la dogmática jurídica —criticada arquetípicamente por Ihering en sus sarcasmos sobre la llamada "jurisprudencia de conceptos"— a fabricarse una realidad a su gusto. Al igual que hay periodistas que se resisten a que un hecho inoportuno pueda poner en peligro una buena noticia, no faltan dogmáticos del derecho que tiendan a creer que, si la realidad no se corresponde con sus construcciones, peor para la realidad.

El esfuerzo por encorsetar los expansivos derechos del autor en el angosto estuche de la propiedad intelectual ha llevado a establecer un artificial diseño de la creación artística. A efectos jurídicos, se la diseca como una actividad en dos tiempos. El primero, en el que se agotaría la subjetiva creación propiamente dicha, quedaría consumado al quedar

acabadamente "exteriorizado" el objeto artístico. En esta primera fase, el sujeto sería titular de una libertad (puede que con rango fundamental incluso) meramente negativa: la de poder rechazar todo obstáculo, sobre todo si deriva de un poder público, a la hora de dar rienda suelta a la propia creatividad.

El segundo tiempo nos ofrecería sólo un objeto, disponible —como cualquier otro— para ser introducido en el tráfico jurídico. Respecto a él la creación artística serviría, si acaso, como título de adquisición originaria.[30] Este segundo momento no afectaría a "todos los mortales"[31] sino sólo a aquéllos venturosamente convertidos en autores.

Es indudable la relevancia jurídica de esta frontera. Sin duda es fácil constatar, a efectos penales, que "la obra de arte lo es por versar sobre una actividad destinada a producir belleza o emoción estética a través de determinados medios, que pueden ser «objetivables», es decir, concretables en «cosas»", ya que sólo "lo que con estos objetos suceda podrá eventualmente dar lugar a la comisión de delitos".[32] Habrá que admitir que asunto bien distinto, sin embargo, sería entender —producida la lesión— que lo vulnerado habría sido simplemente una cosa, y limitarse en consecuencia a estimar el valor que el mercado pueda conferirle.

Esto no hace sino acentuar la importancia de la cuestión debatida: cuál debe ser la perspectiva que sirva de centro de gravedad a la interpretación de todo lo relativo a estos derechos. Desde una óptica "monista", sería el segundo momento (de ámbito más restringido) el decisivo;[33] desde él, y con-

30 No cabría descartar que precisara como añadido una constancia registral de alcance jurídico constitutivo. Esta dimensión fue descartada por la nueva ley, que en su artículo 1o. señala que "la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación". El Registro podría seguir resultando, sin embargo, relevante para poder ejercer peculiares derechos conexos o afines. Valga como ejemplo anecdótico el de los monjes de Silos y la súbita irrupción de sus labores litúrgicas en el tráfico jurídico. Si hemos de creer a los directivos de la Sociedad General de Autores de España (SGAE), no siendo creadores de su repertorio gregoriano, el no haber registrado su adaptación les habría acarreado un millonario lucro cesante.

31 Pone en ello énfasis, entre otros, Rogel Vide, C., *Estudios sobre propiedad intelectual*, *cit*., nota 5, p. 12.

32 Quintero Olivares, G., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid, Civitas, 1988, p. 42; obra de cuya segunda parte es autor J. M. Gómez Benítez.

33 Arquetípica al respecto la postura de H. Baylos Corroza, que considera que la actitud dualista "no es satisfactoria, llegando a originar la desnaturalización" de tales derecho. No deja de ser significativo que lo afirma en una obra titulada *Tratado de derecho industrial*, en cuyo subtítulo se alude a *Propiedad industrial, propiedad intelectual, dere-*

dicionado por su lógica interna, se tratarían todos los demás supuestos. Si el "monismo" se concreta en su diseño como una propiedad especial, una vez transmitido el objeto por su primer propietario (el autor), resultaría privado de fundamento cualquier nuevo intento de esgrimir derechos, salvo que éstos hubieran sido artificialmente añadidos por vía legal.[34]

Significativa al respecto fue la fundamentación del pronunciamiento posconstitucional del Tribunal Supremo sobre el litigio de Pablo Serrano. A juicio de la Sala, lo que la Constitución "consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas"; su resultado "hace surgir un derecho especial, el derecho de autor", así como el posible "nacimiento de otro derecho" sobre esa "exteriorización" de la actividad creativa.[35]

Podemos encontrarnos, sin embargo, ante una desvirtuación de la realidad, al ignorarse las diferencias, entre hacer, actuar y crear. Todo parece indicar que se está proyectando sobre la realidad —por vía jurídica— un paradigma más propia de un fabricar (*facere*) técnico,[36] meramente transformador, que de un actuar (*agere*) cultural. Éste no se limita a manipular mecánicamente las propiedades de la materia, sino que llega a añadirle (*augere*) esa impronta creativa que permitirá atribuir al sujeto la condición de "autor".

Más que ante una operación mecánica, cómodamente escindible en dos tiempos, nos encontramos ante la doble relevancia jurídica de una

cho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal y que se ocupará de los "derechos intelectuales como derechos subjetivos privados" en la segunda parte, después de haberse ocupado de la competencia desleal o de la publicidad (Madrid, Civitas, 1993).

34 Esta actitud quedó reflejada en el Considerando segundo de la sentencia del 21 de junio de 1965 (*cit*., nota 22), sobre el ya mentado litigio del escultor Pablo Serrano, al distinguirse entre "la creación de la obra en sí y el ejemplar en que la misma se materializa y cobra corporeidad". No se considera ni siquiera planteado por la doctrina "si, como derivado de la paternidad intelectual, el autor tiene derecho a impedir que el comprador suprima la obra artística, si éste está en posesión real y plena de la obra adquirida, pues una de las facultades del dominio es la de poder abandonar o inutiliza la cosa".

35 Considerando 3 de la sentencia de la Sala 1a. del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 1985.

36 Resulta, en este aspecto, poco afortunado el forzado emparejamiento que el artículo 20, que establece en su epígrafe 1.*b*), entre "producción y creación", equiparando la literaria o artística con la "técnica". Indirectamente, sin embargo, al reflejarse el añejo parentesco entre propiedad intelectual e industrial, puede también dar fe de que el constituyente tiene en mente los derechos del autor al redactar este pasaje.

acción que se perpetúa. Es lógico, por ello, que el autor conserve sus derechos "morales", específicamente derivados de su (¡permanente!) condición de tal, sin perjuicio de que haya dado vida a otra relación jurídica por la que transmite otros derechos de carácter patrimonial sobre el objeto fruto de su tarea creativa.

En consecuencia, tratar a autor y comprador como titulares de unos derechos, presuntamente unitarios, de *propiedad intelectual* puede resultar disparatado. El creador literario podrá ceder o transmitir el porcentaje que le corresponda en la venta de ejemplares de su obra (o sea, los denominados tan consolidada como equívocamente *derechos de autor*), pero conservará los *derechos del autor* sobre ella, a la hora de exigir —por ejemplo— que se publique con su nombre, bajo seudónimo o de forma anónima.

V. UNOS DERECHOS MUY PERSONALES

Admitida la naturaleza no "patrimonial" (por insistir en la terminología de la propia ley) de estos derechos, reconocidos como tales y no ya como meras "facultades",[37] surgió la necesidad de ponerse de acuerdo sobre su carácter y fundamento.

Antes de la refundamentación constitucional de nuestro ordenamiento jurídico, ya había nacido implícitamente la polémica sobre su efectivo fundamento. Al considerárseles "inherentes" a la persona, indisponibles y vinculantes *erga omnes*, se les busca acomodo entre los llamados *derechos de la personalidad*; aunque la mayor parte de los autores tendieran a negarle tal condición, precisamente por mostrarse poco sensibles respecto a su efectivo alcance.[38]

37 Como se recordaría en el transcurso del debate (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, núm. 30, del 12 de febrero de 1987, p. 1706).

38 No ocurre así en el ámbito de las instituciones europeas. El "Programa de trabajo de la Comisión" sobre "Acciones derivadas del Libro Verde" del 17 de enero de 1991 recoge, en su epígrafe 8.3.1, que "los derechos de autor conllevan prerrogativas que no son sólo de orden patrimonial, sino también moral. Las primeras se refieren al derecho del autor de cobrar por la explotación económica de su obra. Las segundas se justifican por el hecho de que la obra es el reflejo de la personalidad del autor. Esta idea fue cristalizada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, concretamente en el apartado dos del artículo 27". El orden en que se enumeran no resultará inocente, como será fácil apreciar al final de este trabajo.

Promulgada ya la Constitución, no faltó tampoco similar planteamiento en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, aunque por vía de voto particular. Mientras que la citada sentencia de 1985 les niega tanto la calidad de derecho fundamental como el carácter de derecho de la personalidad, por faltarle "la nota indispensable de la esencialidad", el magistrado discrepante reconocerá la vinculación de los derechos "morales" del autor con la creación artística contemplada en el artículo 20 de la Constitución. Los considera, a la vez, como "propiedad o dominio residual" y como "derecho de la personalidad". Como consecuencia de lo primero, su juego habría de ser compatible con el "pleno respeto al derecho de propiedad derivado de adquisición"; en línea con lo segundo, se los considera derechos de carácter "absoluto, no evaluable en dinero, inalienable, intransmisible e imprescriptible".[39]

El reconocimiento de la dimensión "dualista" de los derechos del autor, más frecuente entre los penalistas, facilita el reconocimiento pacífico de su vinculación con la "personalidad". Para Quintero Olivares, por ejemplo, "la propiedad intelectual tiene como objeto necesario un fruto del ingenio humano al que se considera «creación», y que expresa la personalidad u originalidad de su autor".[40]

Parece lógico, por el contrario, que los que se mantienen fieles a un planteamiento "monista" insistan, como Bercovitz,[41] en negar a los derechos del autor (sin distingos "morales") su posible carácter de derechos de la personalidad. Otros podrían incluso sentirse inclinados a configurar a todos ellos —en línea con el popularizado "análisis económico del derecho"— como *property rights*.[42] No faltan, sin embargo, excepciones.

39 Considerando 3 de la sentencia de la Sala 1a. del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 1985 y fundamento de derecho tercero del voto particular del magistrado A. Fernández Rodríguez.

40 Quintero Olivares, G., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, *cit*., nota 32, p. 42.

41 Manteniendo, a la vez, el habitual emparejamiento entre la negativa de este carácter y la de su rango fundamental (Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *cit*., nota 8, artículo 1o., p. 23).

42 J. Carracosa González establece una distinción entre "el sistema anglosajón de protección del derecho moral" y el "latino", atribuyendo al primero una dimensión dualista que niega en el segundo. Llega a afirmar que "no es sólo objeto de eventual tráfico el *corpus mechanicum* donde se plasma la creación intelectual (lienzo, papel, soporte informático), sino también el *corpus mysticum* que constituye la exteriorización del pensamiento creativo del autor, objeto *strictu sensu* de la propiedad intelectual". Hace propia

A Bondía, por ejemplo, su postura "monista" (ciertamente traducida en un dualismo de facultades) no le impide incluir reiteradamente tal unitario derecho entre los vinculados a la personalidad. En concreto, le parece que "resulta cómodo hablar de un derecho moral del autor para designar un haz de prerrogativas personales" de los autores, "a través de las cuales pueden controlar el respeto de los atributos de su personalidad inherentes a las obras", que serían "de modo permanente, un elemento de la esfera personalísima del autor". Considera, igualmente, que "la afirmación o negación de la autoría afecta a la protección de la personalidad misma del autor"; así como el "derecho de arrepentimiento" (facultad habría de llamarle coherentemente...) le permitiría a su vez eliminar puntos de vista que "con el transcurso del tiempo, pueden resultar en absoluta contradicción con la evolución final de su personalidad".[43]

Rogel Vide —"monista" también— parece más indeciso. Reconoce en un primer momento que los "derechos morales no son otra cosa que concreciones, especificaciones de tradicionales derechos de la personalidad cual la intimidad, el nombre, el honor o la fama", por lo que "considerados y tratados a imagen y semejanza de los derechos de la personalidad, tienen la condición de irrenunciables e inalienables". Dos años después, citando a A. Gullón y L. Díez Picazo, preferirá distinguir entre lo que sería un "derecho personalísimo", cuyo "ejercicio no puede ser confiado a otro" —lo que lleva consigo "una idea de infungibilidad, de imposibilidad de sustitución"— y un "derecho de la personalidad"; para concluir que "el derecho de autor contiene facultades que son personalísimas, pero no es un derecho de la personalidad", porque "la obra intelectual, la obra del ingenio no es un bien de la personalidad", sino "algo creado por la persona, pero perfectamente distinto y separado de ella".[44]

En cualquier caso, el debate sobre el posible encaje de los derechos del autor entre los de la "personalidad" acaba convirtiéndose en subsidiario

la idea de que "la ley 22/1987 responde a criterios neoliberales, dando cuerpo legal en este ámbito a la tesis del análisis económico de los *property rights*", aunque ha de reconocer que "a estos caracteres escapa el «derecho moral de autor»". Detecta en este ámbito una "concepción individualista", que llevaría a un tratamiento más "civilista" que "mercantil"; pero insiste en rechazar su conexión con los "derechos de la personalidad" y los vecinos preceptos constitucionales (*La propiedad intelectual en el derecho internacional privado español*, *cit*., nota 15, pp. 30, 31, 32 y 90).

43 Bondia Roman, F., *Propiedad intelectual*, *cit*., nota 13, pp. 154, 200, 206 y 211.

44 Rigel Vide, G., *Estudios sobre propiedad intelectual*, *cit*., nota 5, pp. 49 y 138.

del ya apuntado sobre su posible engarce con unos u otros de los derechos reconocidos con rango fundamental por la Constitución. De ahí que se vuelva ocasionalmente hacia ellos, para proponer ahora el emparentamiento de los derechos "morales" del autor con el derecho al honor,[45] sin que por ello llegue a disminuir la polémica.[46] La misma sentencia, ante la alegada vulneración del derecho al honor, insistirá en la distinción entre derechos "de la personalidad" y los del autor sobre el "resultado" de su obra.[47]

Sin embargo, este posible traslado de entronque constitucional del artículo 20 al 18 no es irrelevante. Se ha recordado que —a efectos penales, en los que el "dualismo" resulta más expresivo— la protección del derecho "moral" de los autores a la integridad de su obra implica que "cualquier modificación sustancial de la obra puede incurrir en delito, aunque no sea perjudicial para los intereses o reputación del autor"; diferente sería el caso si se tratara de intérpretes o ejecutantes, cuya protección se ve restringida por el artículo 107 de la Ley a aquellos casos en que su prestigio o reputación resulte lesionada.[48]

45 Ya el Convenio de Berna vincula los derechos "morales" del autor con el honor, "la «reputación», el «renombre» y la «estimación pública» del autor. El propio artículo 14. 4o. de la Ley alude al «perjuicio» a sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación". F. Bondia Roman, aparte de apuntar que "los derechos reconocidos en el artículo 18 pueden actuar como condicionantes y límites al ejercicio de los derechos de los autores", entiende que "la creación de una obra otorga a su autor una especie de legitimación especial y reforzada para que los actos realizados en relación con ella no menoscaben ni perjudiquen su honor y su reputación" (*Propiedad intelectual*, *op. cit*., nota 13, p. 209).

46 La sentencia del 9 de diciembre de 1985 (*cit*., nota 39) recordará que la Ley del 5 de mayo de 1982 de Protección al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, a los que considera "estrictos derechos de la personalidad", no contempla a los derechos del autor. De ello habría que deducir que "el legislador, con toda justeza y acierto jurídico, no equiparó" a unos y otros. El magistrado discrepante considera, por el contrario, que "cualquier modificación que fuere perjudicial al honor o reputación del autor" afectaría a sus derechos "morales" (Considerando 5, así como Fundamento de derecho tercero del voto particular). Para C. Rogel Vide los llamados derechos o facultades morales del autor, a los que califica de "simples especificaciones, muchas veces, del derecho al honor, a la fama o a la intimidad", no desnaturalizan la propiedad intelectual en cuanto propiedad especial (*Estudios sobre propiedad intelectual*, *cit*., nota 5, p. 14).

47 Considerando 5, *in fine*.

48 Gómez Benítez, J. M., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, *cit*., nota 32, p. 173. J. Caffarena Laporta considera "de alabar que el legislador español se haya apartado en este punto de la ley italiana y del Convenio de Berna, que exigen que la modificación cause un perjuicio al honor o reputación" del autor (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *cit*., nota 8, artículo 14, p. 280).

VI. La comunicación como criterio interpretativo prioritario

Hay aún un nuevo motivo para considerar inadecuada la aplicación a la creación artística del aludido diseño en dos tiempos. Es preciso resaltar además que en dicho proceso no se da sólo esa relación, fácilmente marginada en los esquemas propietarios, entre el autor y esa obra que merecería toda su complacencia. Junto a ella, se da otra relación cuya toma en consideración nos parece decisiva. Surge porque toda obra de arte encierra un valor de símbolo, que le lleva a abrir una relación comunicativa con terceros, en la que acabará cobrando pleno sentido.

El modelo en dos tiempos es, inconscientemente, deudor de una concepción solipsista de la creación artística. De acuerdo con ella, el escritor, el pintor o el músico —en pleno éxtasis—, escriben, retocan o componen para sí mismos; asunto distinto es que sus inevitables ataduras materiales les obliguen luego a volver a la dura realidad del *primum vivere*, hasta desprenderse —en un nimbo hegeliano— de parte de su propio ser.[49] No pondré en cuestión la capacidad de exigencia que sin duda deriva de esa versión del "deber cumplido" que se plasma en la satisfacción ante la obra bien hecha. Pero asentar sobre ello una concepción clandestina del arte, como tarea realizada de modo absolutamente ajeno al público, puede llevar a la caricatura.

La creación artística no se desarrolla a caballo de un doble y sucesivo escenario, que la llevaría —en dos tiempos— del estudio o *taller* al *mercado*. En ella juega un papel decisivo una tercera dimensión: el *público*. Éste forma parte y alimenta decisivamente ese proceso de comunicación que toda creación artística lleva consigo. "Nadie es del todo autor de nada; son las distintas personas las que hacen de uno lo que es uno", afirmaría gráficamente el escritor José Luis Sampedro, al presentar hace cinco años su novela *La vieja sirena*.

No se trata, pues, sólo de pasar de la fabricación a la creación, sino de entender ésta dentro de ese contexto comunicativo, sin el que la mayor parte de los llamados derechos "morales" serían difícilmente inteligibles.

49 Para H. Baylos Corroza "la creación es la obra personal de un hombre, con la que ya puede hacerse impersonalmente una obra. El creador realiza una tal enajenación de sí mismo al forjar las significaciones, que lo que era pura norma personal se transforma en un conjunto de prescripciones aplicables ya por cualquiera. No existe otro modo más propio que éste de transformar un sujeto en objeto" (*Tratado de derecho industrial*, *cit*., nota 33, p. 63).

Si, por el contrario, los proyectamos sobre ese fondo, resaltará su auténtico sentido.

Se ha levantado implícitamente acta de ello, al distinguir Caffarena entre la *creación* de la obra, que —fiel a los dos tiempos— consideraría ultimada "cuando se ha exteriorizado de algún modo", y su *divulgación*. A su juicio, "mientras la primera es sin más una manifestación particular del general derecho a la libertad, la segunda es una expresión del derecho de autor", llegando incluso a admitir, de manera más bien pusilánime, que "en algunas de sus facetas el derecho de divulgación tenga una directa conexión con el derecho a la libertad protegido constitucionalmente".[50] En todo caso, parece reconocerse que la creatividad artística, desvinculada del afán de divulgación, se convertiría en un fenómeno esotérico.

Con la dimensión comunicativa como fondo, cobra relieve la hondura "moral" y no meramente patrimonial de determinados derechos. No en vano el primero que reconocerá al autor el artículo 14 de la Ley —como irrenunciable e inalienable— será, precisamente, el de "decidir si su obra ha de ser *divulgada* y en qué forma". Lo mismo cabría decir del derecho a "exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra", que jugará con absoluta independencia de las posibles consecuencias patrimoniales de tal hecho; así ocurre con quien viera publicada (y pagada) una colaboración literaria en la que, sin embargo, se haya omitido su nombre.

Arquetípico como derecho "moral" será también el de "exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier modificación, alteración o atentado contra ella, que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación". Su juego es obviamente independiente de la posible indemnización por daños que de ello pudiera derivarse.[51] Será el afán de que esa comunicación no resulte indebidamente alterada,[52] más que el prurito individualista de seguir sintiéndose dueño de ella, la fuente de ese derecho a oponerse a una modificación, que pueda desvir-

50 Caffarena Laporta, J., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *cit*., nota 8, artículo 14, p. 269.

51 Así queda de relieve en las sentencias relativas al caso Sistiaga, a cuyo primeros compases ya tuvimos ocasión de referirnos, como recuerda J. M. Rodríguez Tapia en *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Madrid, Centro Estudios Ramón Areces, 1992, p. 149. Se acaba reconociendo en ellas el derecho moral del pintor a no ver modificada su obra, pero se rechaza a la vez la procedencia de la indemnización que reclamaba.

52 El escultor Eduardo Chillida hará públicas sus quejas por las modificaciones introducidas en el inmediato contexto urbano de una de sus esculturas, situada en una plaza de Vitoria, a la que el ayuntamiento decidió rodear de una perturbadora valla.

tuarla.[53] En otras ocasiones el autor podrá, por idéntico motivo, optar por modificar su obra, recreándola.

Comunicación, como raíz básica de los derechos del autor, y divulgación, como vía más adecuada de su desarrollo, se dan también la mano en el derecho a "acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder del otro". Éste se justifica, de modo explícito, "a fin de ejercitar el derecho de divulgación", en el epígrafe 7o. del mismo artículo 14.

Los artistas plásticos que en diciembre de 1993 presentaron el llamado "Manifiesto de Zaragoza", de catorce puntos, resaltaban en el séptimo que "la exhibición de una obra de arte es un acto comunicativo del creador. Es un derecho intemporal e independiente de la propiedad. El autor debe tener siempre el derecho a decidir de qué forma se exhiben sus obras". Defendían también, en el punto noveno, que "el derecho moral de los creadores visuales a recibir información sobre la localización de sus obras debe ser reconocido".

Idéntico esquema interpretativo podría, a la vez, aplicarse a otros derechos no incluidos en la sección dedicada al enigmático "derecho moral". Pensamos, por ejemplo, en el llamado "derecho de continuidad" (*droit de suite*, en su popularizada versión francesa) o de participación en el precio de las reventas de obras en pública subasta. Interpretarlo como una mera participación en la plusvalía generada por el juego del mercado, supondría quedarse en la superficie. Si la cotización del autor ha subido, es precisamente en la medida en que su obra va enriqueciendo su sentido en un acumulativo proceso de pública comunicación.

El autor novel, que malvendió su obra cuando era un perfecto desconocido (casi provisionalmente "incomunicado"), ve cómo ésta acaba recibiendo, de modo sobrevenido, la impronta comunicativa a la que siempre aspiró. Las consecuencias económicas serán también obvias. El retrato de Ataúlfo Argenta, pintado por Antonio López en 1958, lo vendió en 1971 a un galerista por 70,000 pesetas, siendo subastado en 1989 en 54 millones.

El autor no pretende sólo, de modo narcisista, conocer con pruebas su valía personal, reflejada en la obra; aspira sobre todo a un público reco-

53 Tal sería el caso, al que ya nos referimos en ocasión anterior, del pintor Sistiaga que vio cómo su monumental óleo *Las cuatro estaciones* que decoraba un restaurante, acabaría reducido a exiguo parte meteorológico, al cortar el posterior titular del local una esquina del inmenso lienzo, en la que figuraba su firma, y colgarla como adorno en un rincón del remozado inmueble; *cfr*. "Derechos del autor y propiedad intelectual", *op*. *cit*., nota 4, pp. 82 y ss.

nocimiento, sin el que su tarea perdería sentido. El simbolismo comunicativo de la obra de arte, con ese contorno natural —o ultraterreno— con el que se pretende entablar pacífico o ventajoso diálogo, resulta ya perceptible con particular ingenuidad en las creaciones artísticas más primitivas.

La obra del autor novel se ha visto sobrevalorada culturalmente, al verse integrada por la acogida pública que ella misma o las posteriores van mereciendo; su plusvalía en el mercado no es sino una consecuencia secundaria de ello. A diferencia de otras plusvalías, que surgen al margen de la voluntad del dueño, en ésta el autor y "propietario" original ha jugado un papel decisivo en su generación. Cada vez que un pintor plasma un nuevo cuadro está implícitamente repintando los anteriores, cargándoles de nuevo sentido al integrarlos en un nuevo conjunto que engendra una unidad peculiar.

El derecho de participación tiene, pues, una raíz netamente "moral", sin perjuicio de que pueda instrumentarse ventajosamente a través de consecuencias patrimoniales, vinculadas lógicamente a la dinámica y exigencias peculiares del mercado. Ello podrá justificar que se le limite a las sucesivas reventas realizadas en pública subasta (especialmente capaces de rentabilizar, por otra parte, el público reconocimiento de la obra) y no a transmisiones privadas; o llevará a medir con cuidado a cuánto debe ascender la cuota participativa,[54] para que no acabe asfixiando el entramado comercial de la que ella misma se beneficia.

Una vez más, el mercado puede ser vehículo eficaz para el reconocimiento efectivo de los derechos, pero sin que ello lo convierta en su único y más profundo fundamento. A nadie puede extrañar, desde esta perspectiva, que los tribunales alemanes hayan llegado a sugerir que así como antes había que considerar como "arte" todo lo susceptible de encontrar acogida en un museo, ahora habría que entender por tal todo lo que bajo esa rúbrica se compra o se vende.[55]

54 No deja de resultar significativo que sea éste uno de los primeros extremos sometidos a revisión en la temprana modificación de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada en junio de 1992, que eleva —en la nueva versión de su artículo 24— del 2% al 3% la participación de los autores en las reventas, a la vez que excluye, por consideraciones similares, a las que no alcancen precio superior a 300,000 pesetas.

55 A propósito del problema suscitado ante la comercialización de amplios fragmentos pictóricos plasmados por Thierry Noir en el derruido Muro de Berlín.

Relativamente emparentado con el derecho anterior estaría el reconocimiento al autor de su "derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa por el alquiler"[56] de los frutos patrimoniales de su obra. Por utilizar la expresión del protagonista de uno de los debates parlamentarios, se trataría con tal protección de evitar que un productor pueda forzar "al actor novel o al actor caduco" a que le transmita sus derechos.[57]

Volviendo a los derechos enumerados como "morales", reencontraríamos con facilidad similar telón de fondo en el llamado "derecho al inédito", por el que el autor —consciente de la dimensión comunicativa de su obra— pretende evitar o retrasar sus efectos. El juego de este derecho resultará, por otra parte, especialmente polémico al plantearse el posible ejercicio de estos derechos "morales" por personas diversas al mismo autor. El artículo 15 de la Ley de 1987 reconoce —durante sesenta años— dicha posibilidad "a la persona física o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad" o, en su defecto, "a los herederos"; a la vez que les reconoce "sin límite de tiempo" el ejercicio de los derechos de reconocimiento de la condición de autor y de exigir el respeto a la integridad de la obra.[58]

No dejó de atraer la pública atención en 1989 la carta-testamento del escritor austriaco Thomas Bernhard en la que indicaba su prohibición, mientras fueran válidos los derechos al respecto, de cualquier tipo de representación, impresión o publicación de su obra en dicho país, para dejar claro que no tenía "nada que ver con el Estado austriaco".

Se da, obviamente, en el primer caso una previsible dimensión económica añadida, de la que da buena cuenta la duración asignada, similar a la de los derechos de relevancia patrimonial. Ello contribuye sin duda a alimentar suspicacias sobre la pureza "moral" de su ejercicio, que no suelen suscitarse en el de los otros derechos citados. La modificación de

56 Recogido en el artículo 3.1 de la Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit*., nota 19).

57 Así lo afirma el senador del Grupo Catalán de CIU Vallvé, al debatirse el proyecto de Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit*., nota 19) (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, V Legislatura Comisión de Educación y Cultura, núm. 162, del 15 de diciembre de 1994, p. 10).

58 M. Albaladejo considera que los demás derechos "morales" "mueren con el autor"; aunque plantea la duda sobre "el caso de que el autor conceda específicamente a cierta persona el derecho de acceso" del epígrafe 7o., acaba excluyéndolo "a contrario" ante la falta de explícito reconocimiento legal (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *cit*., nota 8, artículos 15 y 16, p. 317).

la Ley afectaría también al aludido derecho de participación, al hacerlo transmisible *mortis causa*, por considerar que si bien "la transmisión *inter vivos* de este derecho podría, en determinados casos, eliminar, de hecho, su carácter irrenunciable y perder su finalidad de incentivo a la creación de obras plásticas", "una vez fallecido el autor, dicha finalidad carece de sentido, por lo que es justo y lógico admitir su transmisión".[59]

La comunicación con el público se hace igualmente presente en el "derecho al arrepentimiento", por el que el autor opta por retirar su obra —o incluso por destruirla— por haberse producido un "cambio de sus convicciones intelectuales o morales". Deberá, lógicamente, indemnizar a terceros; la Ley contempla también la obligada oferta preferente a éstos de la obra, en "condiciones razonablemente similares", si desiste de su actitud.[60]

Significativo al respecto fue la condena por un tribunal británico al gerente de un cine por proyectar en 1993 la película *Naranja mecánica*, retirada de la distribución pública por su autor Stanley Kubrick, tras la polémica desatada sobre su posible influencia en la criminalidad juvenil.

La dimensión comunicativa de la interpretación de una obra justifica igualmente que se reserve al autor un "derecho a elegir intérprete", dado el decisivo papel que éste va a asumir como mediador en su relación con el público; o que pueda excluir de determinados contextos, políticos o religiosos, la ejecución de su obra, en una peculiar variante del ya citado "derecho al inédito".[61]

59 Modificación de la Ley 22/1987, Exposición de Motivos, 2.

60 Lo recoge el artículo 14. 6o. de la Ley de 1987. La Ley de 1879, en coherencia al "monismo" patrimonialista de la época, sólo lo reconocía en su artículo 44 al autor que no hubiera transmitido la propiedad sobre su obra, aunque más bien parece que sometiera a límite temporal el ejercicio del derecho al inédito. J. Cafferena Laporta considera que el artículo 16 de la Constitución hace impensable que el autor deba probar o alegar el cambio de convicciones, por lo que se inclina a pensar que los cesionarios podrían defenderse para "excluir un ejercicio del derecho de retirada inspirado en motivos económicos" (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *cit*., nota 8, artículo 14, pp. 292 y 293).

61 El derecho a elegir intérprete aparece recogido por el artículo 80 de la Ley de 1987, mientras que no se dio en ella entrada a la aludida negativa del autor, pese a la enmienda presentada al respecto (*cfr*. Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, III Legislatura, Comisiones, núm. 128, del 12 de mayo de 1987, pp. 4849 y 4850).

La amplitud del juego comunicativo llevará también a reconocer derechos a quienes, aparentemente, no serían "autores".[62] Apariencia que, más de una vez, puede derivar de que no haya llegado a apreciarse adecuadamente en qué medida contribuyen a ese *augere* que acrecienta el contenido artístico de la obra. El primer trámite parlamentario planteado con posterioridad a la Ley de 1987 sería, en efecto, el relativo a la "Convención Internacional sobre Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961".[63] En ella no dejan de reconocérseles, pese a no ser autores, derechos "morales", como el de impedir "la radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones para las que no hubieran dado su consentimiento",[64] salvo que se trate de una ejecución radiodifundida o "fijada".[65]

La complejidad creciente que los avances técnicos permiten a la creación artística contribuirá a ampliar el concepto de autor. Así, a la hora de abordar la obra audiovisual, se habrá que considerar como tales a personajes tan dispares como "el director-realizador; los autores del argumentos, la adaptación y los del guión o los diálogos; los autores de las com-

62 El "Libro Verde..." europeo (*cit*., nota 3) afronta la confusa situación —en la nota 1, al epígrafe 1.1.1— señalando que "por «derechos de autor» en este documento debe entenderse la amplia gama de derechos a los que quizá más correctamente se hace referencia como derechos de autor y derechos afines, esto es, además de los derechos de los autores, los derechos análogos concedidos a, entre otros, los ejecutantes, los productores de audiovisuales, así como a las organizaciones de difusión". La Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos del Parlamento Europeo no dejará de observar, el 29 de enero de1992, que "la Comisión no ha ido hasta el punto de precisar la definición de autor" y considera obligado "recordar que el derecho de autor prima sobre los derechos afines".

63 *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, IV Legislatura, serie C, núm. 106-1, del 26 de diciembre de 1990. El Instrumento de Ratificación fue firmado por su majestad el rey el 2 de agosto de 1991. En dicha Convención, tras aclararse —en su artículo 1o.— que la protección que establece en modo alguno "podrá interpretarse en menoscabo" de "la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas", señala —en su artículo 3.*a*)— que se entenderá por «artista intérprete o ejecutante», todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística".

64 Artículo 7, 1.*a*) de la Convención citada en la nota anterior.

65 Sobre "la utilidad de la actual noción de «fijación»", en relación a las de "reproducción" o "difusión"; *cfr*. Marco Molina, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, *cit*., nota 12, pp. 237 y ss.

posiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esta grabación".[66]

Cabría incluso plantear en qué medida no pocas veces el papel del propio intérprete puede llegar a supera en protagonismo al del autor al convertirse en auténtico punto de referencia del proceso comunicativo abierto.[67]

El recurso a la comunicación, como criterio decisivo a la hora de interpretar el sentido de los derechos en juego, permite también evitar el fenómeno contrario al hasta ahora apuntado. Al igual que los derechos "morales" pueden acabar marginados, por convertirse en decisiva la dimensión patrimonial de la creación artística, no hay que descartar también que —por vías más o menos retóricas— se pretenda configurar como "moral" cualquier derecho del autor, incluidos los que no son sino legítima satisfacción de los frutos patrimoniales de su obra.

Pese a compartir con el *droit de suite* la enigmática sección dedicada a "otros derechos", el de participación compensatoria por copia privada tiene entronque diverso. No debe pasar inadvertido que ha sido precisamente el que más reiteradamente ha estado presente en los debates parlamentarios posteriores a la Ley de 1987. Ésta intentó abordar en su artículo 25 el establecimiento de un canon económico para autores, productores, editores, artistas, intérpretes o ejecutantes, que les compensara de las menores ventas de sus obras derivadas de la multiplicación de dichas reproducciones, por vía de fotocopia o de grabación en cintas vírgenes.

En diciembre de 1991 se aborda ya la modificación de la Ley, originada fundamentalmente por este problema y otros de similares características. Tres años después —y con ocasión o excusa de un proyecto con objeto muy diverso—[68] se reintroducirá la cuestión por vía de enmienda. Quizá —como no dejó de señalarse en el debate—[69] el grupo mayoritario pretendiera, al

66 Artículo 2.2 de la Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit*., nota 19).

67 No deja de invitar a la reflexión, a cualquier buen conocedor de la realidad comunicativa del cante jondo, la situación creada a la muerte del conocido cantor "Camarón de la Isla", considerado jurídicamente como mero intérprete de unas letras, patrimonializadas por los titulares de los derechos sobre tales textos.

68 La Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit*., nota 19).

69 Ante las repetidas observaciones de la diputada popular García Alcañiz, el portavoz socialista Clotas acaba dándole ante el Pleno del Congreso "parte de razón", admitiendo que no se había querido "modificar directamente la Ley de Propiedad Intelectual", pero justificando con la demostrada incapacidad para "atajar la piratería" la necesidad de

aceptar una enmienda ajena, suavizar el coste político derivable del indisimulable fracaso que una repetida modificación de la Ley en tan corto espacio de tiempo estaría denunciando.

Nos encontramos, sin embargo, ante un caso bien distinto del llamado *droit de suite*. Desde el punto de vista de la comunicación, si se nos permite la ironía, la multiplicación de copias no hace sino producir su incremento, colaborando a una mayor divulgación de la obra. Tampoco nos encontramos, desde luego, ante una barroca variante del "derecho al inédito". Se trata de un nada despreciable problema de alcance patrimonial, al producirse un injusto lucro cesante para el titular de los derechos patrimoniales. No en vano se califica, con profusión, a tales prácticas de "piratería".

Incurrió, por ello, en clara "sobreinterpretación" el adaptador Luis Cobos, cuando en marzo de 1992 comparecen ante la Comisión de Educación y Cultura del Congreso de los Diputados autores, intérpretes y otros representantes de las entidades involucradas en la protección de sus derechos, para informar sobre el proyecto de modificación de la Ley de 1987. Lo hizo en representación de los artistas, intérpretes y ejecutantes, y —puesto a dar énfasis a las reivindicaciones derivadas de la falta de eficacia de la compensación por copia privada— no dudó en recurrir a ciertas dosis de moralina, al afirmar enfáticamente que "hay un derecho moral inalienable", y se "está sufriendo mucho retraso en la aplicación de ese derecho, porque los que tienen que pagar no quieren pagar".[70]

Situación parecida producen posibles excesos, o incluso el mero enfoque desde ángulos diversos, a la hora de abordar la reproducción de obras plásticas en catálogos o similares. El organizador de una muestra tiende a considerar que hace con ello un favor a los autores, en la medida en que amplía su capacidad de comunicación con el público. Más de un autor, sin embar-

admitir la enmienda del Grupo Catalán de CIU, para no perder otro año poniendo en marcha un proyecto específico (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, núm. 112, del 1o. de diciembre de 1994, p. 5993).

70 Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, IV Legislatura, Comisiones, núm. 408, del 11 de marzo de 1992, p. 12.009. En dichas comparecencias se estima (por el presidente de la entidad CEDRO) que "el 20% de las fotocopias que se efectúan son material protegido por derecho de autor" y que "en España la práctica de acudir a la fotocopia es mayor que en otros países", donde habría "más hábito de lectura, más acceso a bibliotecas" (*ibidem*, pp. 12.021 y 12.022).

go, se considera así defraudado por una comercialización, más o menos directa, de su obra a cuyos frutos patrimoniales acabaría siendo ajeno.

VII. El discutido alcance de la "comunicación pública"

Es preciso distinguir entre este protagonismo de la comunicación como criterio interpretativo primario del sentido y alcance de los derechos de los autores y el juego específico que término muy similar reviste cuando identifica una de las posibles variantes de la difusión, susceptible de generar derechos respecto a terceros.

Tal ocurre en su acepción legal de "comunicación pública". Por tal, según el artículo 20 de la Ley, se entenderá "todo acto por el que una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas"; mientras que no se considera tal la que "se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo".[71]

Nos encontramos así con que "los artistas, intérpretes o ejecutantes, tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la emisión inalámbrica y la *comunicación* al público de sus actuaciones". Una primera limitación surge, pretendiendo evitar reduplicaciones en la percepciones económicas, para exceptuar cualquier "actuación transmitida por radiodifusión o se realice a partir de una fijación previamente autorizada".[72]

Más compleja resulta la polémica planteada sobre si debería considerarse "comunicación pública" la producida en aquellos establecimientos abiertos al público que brindan receptores de televisión o radio. El problema ha sido objeto de tratamiento reiterado en los debates parlamentarios, dada su peculiar incidencia sobre el gremio de hostelería.[73] No faltó

71 Esta última previsión legal ha dado pie a la polémica reclamación de derechos patrimoniales como consecuencia de la consideración de las antenas colectivas como "red de difusión".

72 Recogidos ambos extremos en el artículo 7.1 de la Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit*., nota 19). Ya la modificación de la ley había afectado a su artículo 103 estableciendo una compensación económica por la utilización de fonogramas "en cualquier forma de comunicación pública".

73 Ello provoca incluso la posterior presentación por el Grupo Popular de una Proposición de Ley sobre "Comunicación en lugares accesibles al público de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual", que pretendía añadir al artículo 20.2.*f*) de la Ley de 1987 el siguiente inciso: "No es acto de comunicación pública la simple recepción de

un senador que se preguntara si "los intelectuales tendrán que ir también a cobrar a los taxistas, porque yo cada vez que tomo un taxi oigo la radio, y cuando nos vamos a la peluquería, como estamos oyendo la radio mientras nos cortan el pelo, pues tendrán que ir a las peluquerías también".[74] Un diputado se encargará de afirmar, semanas después, de modo rotundo, que "si en un establecimiento público se instalara un aparato de radio o de televisión para entretener a la clientela, estaríamos ejecutando un acto de comunicación pública que entraría en la hipótesis de la citada norma del Convenio de Berna".[75]

VIII. DERECHOS DEL AUTOR Y DERECHO AL ACCESO A LA CULTURA

El mismo planteamiento de la dimensión social, por comunicativa, que la creación artística lleva consigo, explicaría de modo más convincente también sus límites que el recurso —sin duda forzado— a la "función social" de la propiedad derivable de un entronque unidimensional con el artículo 33 de la Constitución. Puestos a apelar a nuestro texto fundamental, tendría más sentido hacerlo a su artículo 44, que compromete a los poderes públicos en la promoción y tutela del "acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho".

Si la creación artística se nutre, a la vez que lo alimenta, del *humus* cultural en que brota, es lógico que de ello deriven no sólo nuevas facetas protectoras sino también excepciones a su juego. Tal ocurre, por ejemplo, con las "excepciones al derecho exclusivo de préstamo", que "no precisarán la autorización del titular del derecho" cuando se trate de

emisiones o transmisiones de radio y televisión, a menos que el sujeto receptor, mediante cualquier otro instrumento, las vuelva a emitir o trasmitir a una pluralidad de personas". Sería rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 13 de junio de 1995.

74 La argumentación la remató, y nunca mejor dicho, el senador Soravilla, afirmando: "la percepción que yo tengo es que a los bares la gente va normalmente a ver el fútbol, que no genera derechos de autor" (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Senado*, V Legislatura, Comisión de Educación y Cultura, núm. 162, del 15 de diciembre de 1994, p. 6). El senador socialista Iglesias señala, en la Réplica, que "la recepción y su uso con fines de explotación comercial y con fines lucrativos, sí debe engendrar el nacimiento de derechos y obligaciones", si "se hace un negocio a propósito de una retransmisión de cualquier tipo" (*ibidem*, p. 13).

75 El portavoz del Grupo de IU-IC Alcaraz (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, Pleno y Diputación Permanente, núm. 119 del 27 de diciembre de 1994, p. 6392).

"préstamos realizados por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integrados en instituciones de carácter cultural o científico sin ánimo de lucro y docentes integradas en el sistema educativo español".[76] No dejaron de plantearse reticencias sobre su alcance a lo largo de su tramitación parlamentaria.[77]

IX. LOS DERECHOS DEL AUTOR EN EL ÁMBITO EUROPEO Y SU INCIDENCIA EN LA RECIENTE ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

La tarea que las instituciones europeas vienen desarrollando para progresar en una armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los derechos de los autores estarían presididas por dos objetivos principales: avanzar en la defensa de los derechos de los autores y facilitar un espacio de reglas de juego uniforme en el tráfico de los aspectos patrimoniales de su actividad.

No es difícil imaginar que la presión de este segundo aspecto ha acabado por eclipsar al primero.[78] No ha faltado alguna institución europea que llame la atención al respecto.[79] Su repercusión sobre la actividad legis-

76 Recogidas en el artículo 4.1 de la Ley de Incorporación al Derecho Español de la Directiva 92/100/CEE (*cit*., nota 19).

77 Por ejemplo, en la defensa de la enmienda 71 presentada por el Grupo Catalán de CIU (Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, V Legislatura, núm. 359, del 17 de noviembre de1994, p. 11.146), donde se apunta que ello "puede ocasionar descontrol, en perjuicio de los titulares de los derechos".

78 Un síntoma de esta tensión es que, entre las "Conclusiones de los Ministros de Cultura reunidos en Consejo" del 7 de junio de 1991, se recuerde que "la libre circulación de mercancías no debe perjudicar en ningún momento el respeto de los derechos morales y de los derechos a la explotación económica" vinculados a las obras. En el mencionado "Libro Verde..." (*cit*., nota 3) 1.6.2, no se disimula la situación al fijar las "prioridades comunitarias": piratería, reproducción privada, derechos de alquiler de fonogramas, protección de programas informáticos... Por otra parte, en el "Programa de trabajo de la Comisión" (*cit*., nota 38) se señala cómo "los tribunales de algunos países" se han ocupado del derecho moral del autor "a oponerse a toda deformación o modificación de la obra que pudiera perjudicar su honor o reputación, a propósito de ciertas manipulaciones de obras cinematográficas ("colonización" de películas en blanco y negro, interrupciones publicitarias en películas televisadas, etcétera)", para apuntar con cierta alarma que "las diferencias existentes en las legislaciones nacionales sobre el derecho moral pueden dar lugar a restricciones en la explotación de obras anteriormente divulgadas".

79 Precisamente el Comité Económico y Social, que en su Dictamen del 25 de enero de 1989 sobre el "Libro Verde..." (*cit*., nota 3) 3.1.2.4, señala que "hay otros asuntos que el "Libro Verde" no cubre, o bien no cubre plenamente y a los que la Comisión podría

lativa española ha sido evidente al plantearse la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de cuatro directivas europeas,[80] que conceden especial atención a dichos aspectos.

Si ya en ocasión anterior señalamos que la falta de solución definitiva, tanto por vía legal como en las sentencias del Tribunal Supremo o incluso ocasionalmente del propio Tribunal Constitucional, obligaba a los jueces, en fiel cumplimiento de su misión de defensa y protección de los derechos en juego, a asumir una decisiva tarea de interpretación integradora,[81] esta situación no hace sino actualizar dicha necesidad, convirtiendo su dimensión comunicativa y sus derivaciones "morales" en criterio de interpretación prioritario.

prestar de forma inmediata una mayor atención", para indicar, como el primero de los seis que relaciona: "los derechos morales, especialmente en lo que se refiere a la «integridad»", aludiendo en cuarto lugar a "la protección insuficiente y desigual de los derechos de los intérpretes" (*Propiedad intelectual*, *cit*., nota 3, pp. 383 y 385).

80 Nos referimos a la 91/250/CEE, del 14 de mayo de 1991 (*cit*., nota 2), cuyo trámite parlamentario tiene lugar en noviembre de 1993; a la 92/100/CEE, del 19 de noviembre de 1992 (*cit*., nota 19), aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 27 de diciembre de 1994; a la 93/83/CEE del Consejo, del 27 de septiembre de 1993, sobre "coordinación de determinadas disposiciones relativas a derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable", aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 28 de septiembre de 1995; y a la 93/98/CEE del Consejo, del 29 de octubre de 1993, "relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines", aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el 28 de septiembre de 1995, extendiendo —en el artículo 2.1 de la ley correspondiente— a setenta años la duración de los derechos de autor, tras excluir de su ámbito —artículo 1o., párrafo segundo— a los derechos morales.

81 En "Derechos del autor y propiedad intelectual", *op*. *cit*., nota 4, p. 61.

Capítulo decimoprimero
JUZGAR O DECIDIR: EL SENTIDO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL . . . 179
I. Entre oportunismo y frustración 179
II. La actividad jurídica como cobertura formal de una decisión 181
III. El dilema positivista: conocimiento o decisión 184
IV. De la cosa juzgada a la cosa querida 188
V. Un golpe de Estado cotidiano 191
VI. El juez decide qué dice la ley. 194
VII. ¿Qué norma lleva a los jueces a convertir una decisión en norma? 198

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

JUZGAR O DECIDIR: EL SENTIDO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

I. ENTRE OPORTUNISMO Y FRUSTRACIÓN

> En esta frase magistral (*Recht geben*) hay que admirar el empleo tan astuto de la sinonimia. Se identifican aquí el dar la razón, en el sentido usual de una conversación, y el declarar el derecho, en el sentido jurídico de la palabra. Y aún es más admirable la fe capaz de mover montañas con que la gente "acude a los tribunales" por el gusto de salirse con la suya, fe que explica los tribunales partiendo del empeño en tener razón.[1]

La expresiva denuncia marxista, que rechaza al derecho como *ideología* falseadora de la realidad, no por estar impregnada de un deje amargo —marca de la casa— deja de parecer fundada. Al menos, si no olvidamos las líneas de pensamiento jurídico —nada escasas ni faltas de influjo— que coinciden en negar carácter propiamente racional a la función judicial (y a la actividad jurídica, en general), para considerarla como el mero fruto de una decisión, más o menos condicionable.

Nos encontramos, sin duda, ante algo más que un debate académico. Es la legitimidad misma del derecho —con su capacidad de coartar la libertad humana— lo que está en juego, dado que tradicionalmente se le ha presentado (y en tal medida tiende a acatarlo el ciudadano) como el intento de sustituir en la regulación de las relaciones sociales la fuerza por la razón, la imposición de la voluntad del más poderoso por el respeto de las exigencias que derivarían de una peculiar realidad —la jurídica— racionalmente cognoscible.

Si tal realidad no existe, o su conocimiento racional resulta radicalmente imposible, se haría en efecto éticamente ineludible la denuncia de la función del derecho como mero aparato "ideológico". Su función no

[1] Marx, K. y Engels, F., *La ideología alemana* (versión en español de Roces, W., Barcelona, Grijalbo, 1970), p. 370.

podría ser otra que falsear el alcance represivo de las reales relaciones sociales de fuerza, camuflándolo bajo ritos o ropajes de apariencia racional. El derecho sería una estructura coactiva falta de toda legitimidad, a menos que valiera como tal su simple carácter de mal menor respecto a la anarquía que derivaría de su desaparición.

En todo caso, entre resignarse ante la "necesidad" de que se siga imponiendo el más fuerte y disfrazar tal hecho travistiéndolo con ropajes, más o menos pomposos, de "obligatoriedad" hay un buen trecho. Salvarlo con el desparpajo de lo que ha llegado a convertirse en habitual no ocultaría un claro paso de la mera descripción de una realidad sociológica a la formulación de una propuesta de obediencia; un claro ejemplo de "falacia naturalista", en suma.

Cabría, no obstante, aducir que las exigencias de la razón han de llevarnos a reconocer la realidad tal cual es, incluida la del derecho como mero mecanismo de fuerza y no como realidad autónoma portadora de contenidos materiales de deber-ser con perfiles racionalmente reconocibles. Renunciar a engañar y a engañarnos —al referirnos a una realidad inexistente, por deseable que nos parezca— sería exigencia inexcusable de un afán de *ilustración* no falto de impulso ético. Bastaría, sin embargo, contemplar la realidad social para concluir que —de no existir en efecto tal realidad jurídica racionalmente cognoscible— somos víctimas de un calculado oportunismo o estamos condenados a saborear la amargura de una ilustración frustrada.

Se impone el oportunismo cuando se nos afirma que, aunque el derecho no encierre una realidad ética capaz de legitimar la fuerza, no es malo continuar aparentando lo contrario, para aprovechar así los resultados de notable funcionalidad o utilidad,[2] derivados de este consciente malentendido, sin el que la convivencia social acabaría estando en peligro.

La ilustración frustrada se abriría paso al comprobar que la misma línea de pensamiento que logró replantear el modo de entender buena parte de la realidad, desmitificándola en sus raíces, no parece haber sido capaz de erradicar la extendida convicción de que hay conductas "realmente" injustas (y

[2] "La fuerza nunca puede ser abolida de las relaciones humanas. Pero puede ser monopolizada y canalizada, tornándola así no solamente inocua, sino positivamente útil... La fuerza es semejante al fuego: en libertad es un elemento destructivo para el hombre; en sujeción es necesario para la vida" (Olivecrona, K., *El derecho como hecho*, publicado en 1947 en el *Homenaje a Roscoe Pound*, la versión en español de R. Vernengo, por la que citamos, fue luego incluida en *El hecho del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1956, pp. 231-240).

no sólo rechazables por convención), somos "realmente" titulares de determinados derechos (sin necesidad de esperar pacientemente a que alguna ley positiva nos los conceda), y no habría poder político alguno que pueda gozar de legitimidad "real" si no condiciona su actividad al respeto de esos derechos y a la renuncia a aquellas conductas.

No haber sido capaces de eliminar tal convicción —dando por hecho que no tuviera sustrato real alguno— sería ya para cualquier ilustrado que se precie un fracaso histórico. Añádase a ello que hablar hoy de ilustración, en el ámbito jurídico y político, consiste precisamente en defender los derechos humanos y denunciar lacras tan "realmente" injustas como la tortura o el hambre; el fracaso resulta tan insufrible como para sentirse invitado a reflexionar si hemos atendido debidamente a la realidad en su encomiable afán por ilustrarnos sobre sus auténticos contenidos.

Interrogarnos por las razones que puedan haber llevado a figuras de no dudosa ilustración a dejarse ilustrar en tan escasa medida por la realidad parece tarea obligada.

II. La actividad jurídica como cobertura formal de una decisión

> La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber: que la determinación del acto jurídico por cumplirse... pueda obtenerse mediante alguna especie de conocimiento del derecho ya existente, es un autoengaño... La pregunta de cuál sea la posibilidad "correcta", en el marco del derecho aplicable, no es ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórico-jurídica, sino que es un problema político... Alcanzar una norma individual a través del proceso de aplicación de la ley, es, en tanto se cumple dentro del marco de la norma general, una función volitiva.[3]

No es mala muestra de ilustración frustrada. Los juristas siguen hoy en su inmensa mayoría convencidos de que interpretar una norma es conocer adecuadamente su contenido. Se esfuerzan por remitir su actividad a unos patrones "técnicos" que la diferenciarían cumplidamente de la arbitraria charlatanería de los políticos. Lamentan sólo que los intentos, históricamente repetidos, de configurar una metodología capaz de con-

[3] Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Wien, 1960; citamos por la versión en español de R. Vernengo, México, UNAM, 1981, p. 353.

vertir su actividad cognoscitiva en una ciencia que se precie no hayan abocado a resultados libres de polémica.

El pasaje kelseniano citado resulta notablemente coherente con las exigencias del no-cognotivismo ético de su autor, que descarta toda posible emisión racional de juicios éticos. El empeño ilustrador sí parece haberse visto, en la práctica, acompañado por el éxito. El jurista medio suele mostrarse convencido de que, al interpretar el derecho positivo, no formula juicios éticos; tal función, política y no científica, habría sido ultimada en sede legislativa. Su labor consistiría, por el contrario, en reconocer racionalmente lo que aquéllos decidieron políticamente, para obtener —con la asepsia valorativa propia de una "técnica"— las consecuencias oportunas para el caso a resolver.

El jurista tiende, pues, a ser no-cognotivista sin saberlo, ya que no se le pasa por la cabeza que la tarea legisladora tenga mucho que ver con actividades cognoscitivas; la tarea judicial sí tendría tal carácter, pero —en la medida en que se limita a extraer de la ley lo que ella ya contiene— su conocimiento no sería más creativo que el de las realidades físicas, cuya patente "científica" añora. Cualquier problema peculiar de la "racionalidad práctica" se evapora.

El "positivismo jurídico" implícito en esta postura descartaría todo tránsito del ser al deber-ser, ya que de la única realidad jurídica imaginable —el derecho positivo— pasaríamos, sin adentrarnos en deber-ser jurídico alguno, a la solución del caso. Kelsen se acerca más a la realidad, al plantear la aparente paradoja de que el "ser" del derecho consiste precisamente en un "deber-ser", aunque no lo vincule a contenidos éticos materiales sino a una mera relación formal de imputación. Vincular el derecho a la realidad fáctica, equivaldría a confundirlo con un ámbito sociológico paralelo —y por tanto ajeno— a él.[4] Considerarlo portador de un contenido material positivado, del que derivar cognoscitivamente consecuencias determinadas —como pretende la dogmática jurídica "positivista" al uso—, sería aplicar incoherentemente esquemas propios de un sistema moral "estático" extraños al carácter "dinámico" del ordenamiento jurídico,[5] incurriendo en flagrante iusnaturalismo.

4 "No es el derecho mismo el que constituye el objeto de este conocimiento, sino ciertos fenómenos paralelos de la naturaleza" (Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit*., nota anterior, p. 117).

5 "Según la índole del fundamento de validez cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas: un tipo estático y uno dinámico. Las normas de un orden del primer tipo

La herencia de Savigny ha acabado teniendo este paradójico resultado. Su intento de llegar a una ciencia "histórica" del derecho, capaz de servir de cauce por el que fluyeran la entraña "orgánica" de la realidad jurídica, implicaba inicialmente una racionalidad peculiar, diversa de la de las ciencias empíricas. Evaporado el historicismo, su legado acaba ofreciendo un método "científico" sin especiales peculiaridades, que convierte en "peligroso" recurso residual cualquier apelación a criterios prácticos, a los que se regatea toda racionalidad.[6] Sus herederos se preciarán de conocer científicamente, sin ulterior creatividad práctica, una realidad jurídica ya efectivamente existente: la objetivamente "puesta" en el texto legal.

El positivismo historicista logró desbancar al iusnaturalismo racionalista, pero éste se acabó vengando al lograr que su método no dejara en el actuar jurídico mayor rastro de historicidad práctica. Al final, cuando lo "puesto" ocupa el lugar de lo "histórico", el jurista no disimulará su añoranza por el actuar *more gemometrico* del vencido iusnaturalismo, protagonista paradójico de la codificación positivista.

Nos encontraríamos, pues, ante tres "positivismos jurídicos". El de los "realismos" (escandinavo o americano), que separan el derecho como realidad fáctica de cualquier propuesta de deber-ser, no susceptible de conocimiento racional. El de la dogmática jurídica poshistoricista, que identifica el ser del derecho con un contenido de deber-ser positivado en el texto legal, susceptible de desarrollo cognoscitivo —aplicativamente— sin adentrarse en una dimensión propiamente "práctica" que recree esa realidad ya puesta. El del voluntarismo no-cognotivista kelseniano, para el que el derecho es positivamente deber-ser, pero discontinuamente creado en la práctica, a través de actos volitivos de contenido fungible, sin otra relación mutua que la meramente formal que les conferiría validez jurídica.

valen... por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal" (*Ibidem*, p. 203).

6 Refiriéndose a la interpretación teleológica señala que "el valor intrínseco del resultado es entre los medios auxiliares el más peligroso, puesto que con él atraviesa el intérprete con suma facilidad los límites de su misión y se traslada al campo del legislador", por lo que tal criterio interpretativo "puede sólo ser admitido dentro de los límites más estrechos" (Savigny, F. K., *Sistema del derecho romano actual*, 35, citamos por la versión en español de W. Goldschmidt, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 156. Hemos estudiado su aportación con detenimiento en "Savigny: el legalismo aplazado" incluido en el libro *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 77-116).

El jurista tópico había ya vuelto la espalda a toda racionalidad práctica. Kelsen —que descarta la existencia de una realidad jurídica autónoma capaz de proyectarse en la práctica— se limita a invitarle a llevar su afán de ciencia hasta reconocer, racionalmente, que lo que hace tiene poco de conocimiento y mucho de decisión. Se enfrenta doblemente a los defensores de una "técnica" jurídica que se autoconsidera racional y no creativa; resalta, por una parte, la indudable dimensión práctica de tal labor y le niega, por otra, toda racionalidad. El jurista intentará, no obstante, seguir aferrado a su técnica "científica", tan ajeno a la teoría pura como a la razón práctica.

En lo que niega, al menos, Kelsen vuelve a mostrarse más cercano a la realidad, al no ignorar la dimensión práctica de la actividad judicial. Nuestro jurista acierta, por su parte, al no olvidar que si la actividad jurídica merece al ciudadano respeto y obediencia es en la medida en que pretende sustituir voluntad arbitraria por razón.

III. El dilema positivista: conocimiento o decisión

El intento de la dogmática acrítica de convertir la práctica jurídica en actividad "científica", sólo sería sostenible manteniendo el ingenuo optimismo logicista de la "jurisprudencia de conceptos". Kelsen no deja de recordar que "la ciencia del derecho sólo puede *des*cribir el derecho; no puede... *pres*cribir algo", como obligaría el caso concreto; dudando quizá de ciertas entendederas, llega a ejemplificar que "ningún jurista puede negar la diferencia esencial que se da... entre un código penal y un tratado de derecho penal".[7] Nos encontramos, pues, emplazados ante un curioso dilema. Para la dogmática jurídica positivista, la aplicación del derecho debería ser fruto de un conocimiento sin decisión; para el normativismo kelseniano, aplicar el derecho sería crear una nueva norma, mediante una decisión ajena a todo conocimiento.

No parece, sin embargo, que Kelsen llegue a condenar al jurista a perder el conocimiento. "En la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra".[8] La dife-

7 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit*., nota 3, p. 86.
8 *Ibidem*, p. 354.

rencia, pues, estribaría en renunciar a obtener racionalmente "una" solución correcta para el caso, pero sí dispondríamos de varias alternativas, todas ellas similarmente aceptables desde un punto de vista jurídico.

El jurista versado en jurisprudencia constitucional no tardará en reconocer un planteamiento que le resulta familiar como modelo del plural desarrollo legislativo de la Constitución. Su traslado a la tarea judicial resulta, sin embargo, forzado. La obligada generalidad de los textos constitucionales no tiene por qué equipararse con la posible delimitación estricta por vía legislativa de normas que contemplen supuestos de hecho más definidos. Es fácil recordar que los teóricos de la ley en los albores de la modernidad tendían a considerar la interpretación como un remedio terapéutico destinado sólo a salvar eventuales imperfecciones legales; *in claris non fit interpretatio* sigue afirmando el viejo aforismo: la ley bien hecha no requeriría interpretación alguna. ¿Qué impediría, si la ley está bien hecha, contar con "una" solución correcta para el caso concreto?

La relación entre interpretación cognoscitiva o científica y judicial o auténtica es, sin duda, el punto más débil (y, a la vez, el más significativo) del planteamiento kelseniano. Resulta coherente su rechazo de "una" solución correcta a la hora de aplicar la ley, sea cual sea su grado de generalidad o concreción, si se advierte que el problema es de diverso orden. Es su no-cognotivismo el que vuelve a cobrar protagonismo. Pensar en "una" solución correcta supondría concebir la creación jurídica como una actividad de conocimiento y, a la hora de aplicar la ley, se tratará más bien de crear una nueva norma que dé a conocer la anterior, al negarse toda conexión ético-material entre ambas.

Kelsen había insinuado esta solución, al recordar que los enunciados de la "ciencia del derecho, que describen el derecho y que no obligan ni facultan a nada ni a nadie, pueden ser verdaderos o falsos, mientras que las normas producidas por la autoridad jurídica, que obligan y facultan a los sujetos del derecho, no son ni verdaderas ni falsas, sólo válidas e inválidas".[9] La cuestión no radicaría, para él, en que los contenidos jurídicos broten de la naturaleza o sean puestos por el legislador sino en que no hay contenido jurídico alguno en condiciones de desplegarse —manteniendo sus exigencias materiales— hacia lo concreto: "desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con

9 *Ibidem*, p. 86.

cuyo fundamento pueda preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable".[10]

Resulta congruente su oposición al iusnaturalismo positivado propio de la dogmática jurídica, empeñada en funcionar como un sistema "estático" de corte ético.[11] Sin embargo, al negar no sólo la posibilidad de un mero desarrollo silogístico de la ley desde ella misma sino el despliegue real de lo jurídico —antes, en y después de la ley—, acaba convirtiendo en pura comedia el supuesto juego del principio de legalidad. Si bien es cierto que un mero encadenamiento lógico será incapaz de lograr que la ley nos hable del derecho, no lo es menos que el diálogo con la realidad jurídica —que la ley ya ha intentado captar— continuado por el juez sí será capaz de convertir en palabra su letra.

En efecto, sólo remitiendo a una realidad que transcienda el texto legal cabe emitir un juicio[12] capaz de establecer su correcto sentido. Empeñarse en que sea derivable —de modo meramente cognoscitivo— del texto legal equivale a negar la experiencia más elemental, que sitúa en el caso concreto un polo ineliminable del sentido jurídico de un texto. Ello nos añade un segundo elemento: esa realidad trascendente no puede entenderse como una estáticamente acabada, desplegable geométricamente hacia lo concreto, sino como una realidad existencial e históricamente actualizada en el caso, que tiene tanto o más que "decir" sobre ella que el texto mismo.

[10] *Ibidem*, p. 352.

[11] Tal ocurriría cuando se entiende que la autoridad "no sólo implanta normas mediante las que delega esa facultad en otras autoridades normadoras, sino también dicta normas en que se ordenan determinadas conductas..., a partir de las cuales —como lo particular de lo universal— pueden deducirse más normas mediante una operación lógica". Por el contrario, "el sistema normativo que aparece como un orden jurídico tiene esencialmente un carácter dinámico" (*Ibidem*, p. 205).

[12] S. Cotta ha destacado esta inseparabilidad radical de juicio y trascendencia. "La verdad es pues el objeto fundamental de la búsqueda del juez, y no, como frecuentemente se cree, la atribución de derechos y deberes a las partes"; "el juez es el que juzga una controversia estableciendo la verdad común gracias a su cualidad de tercero" ("Quidquid latet apparebit: le problème de la verité du jugement", *Archivio di Filosofia*, 1988, LVI/1-3, pp. 398 y 400). En uno de los materiales previos a este Coloquio señala "la incapacidad del inmanentismo para dar razón de la efectiva capacidad humana de trascender lo real (humano y cósmico) a través del juicio". En su contribución al mismo (*Connaissance et normativité. Un aperçu métaphysique*) resalta, igualmente, cómo no cabe juzgar el "sentido de la historia" sin ir más allá de la praxis histórica misma: "el juicio sólo se hace posible con el abandono de la concepción unidimensional de la estructura humana y por tanto del inmanentismo".

No se trata, pues, de mantener la racionalidad de un proceso cognoscitivo meramente teórico, cambiando simplemente su objeto al reconocer que el derecho no se identifica con el texto legal. Esto podría llevarnos a un proceso alternativo en el que el conocimiento de la ley natural nos marcaría por sí solo el sentido auténtico del derecho positivo. Se trata de adentrarnos en el efectivo alcance de una "racionalidad práctica", que no tiene por objeto el conocimiento pasivo de una realidad peculiar ya acabadamente existente, sino la actualización de una "verdad por hacer", ultimando la configuración de una realidad que sólo en la historia cobra existencia. Esta tarea no sería un cometido meramente racional, sino fruto de la confluencia de una razón decidida y de una razonable voluntad.[13]

Los viejos temas metafísicos —esencia y existencia, razón y voluntad— protagonizan la dificultad del pensamiento jurídico para asumir las peculiaridades del razonar práctico. Mientras la dogmática jurídica nos sitúa ante un derecho positivo parmenidiano, basado en una "positividad instantánea"[14] ajena al fluir histórico, la teoría pura nos invita a zambullirnos en un puntillismo jurídico heracliteo, desconectado de todo elemento permanente. La primera acaba reduciendo la dinámica jurídica a una actividad cognoscitiva de corte silogístico, mientras la segunda la concibe a golpes de voluntad arbitraria. De ahí el doble dualismo —conocimiento y decisión, creación política e interpretación científica— al que forzadamente se nos empuja.

La realidad jurídica no "es" algo acabado, del que —de modo falaz— nos empeñemos en derivar lo que algo "debe-ser"; nos inspira, expectante, cómo debemos hacerla existencial e históricamente real, brindándonos fundamentos no menos reales para expresar el oportuno y creativo juicio. Encierra una verdad, racionalmente cognoscible, pero se trata de una *verdad por actuar*, aún inacabada, sólo reconocible en la medida en que

13 En su contribución a este Coloquio, J. M. Trigeaud capta con acierto en la ley esta dimensión de lo jurídico, al afirmar que "legislar supone así tomar en consideración una dualidad de componentes, cognitivo y voluntario (re-cognitivo, en suma), de la ley" (*Connaissance et normativité: la fonction législative*, p. 17). Ese conocimiento práctico se continuará en sede judicial, cumpliendo esa circularidad ontológica que no olvida que la ley, sin acabarlo, se inserta en "un proceso de elaboración de lo justo que en rigor gnoseológico la precede" (*Ibidem*, p. 2), ni se escandaliza al constatar que a la vez la ley se mantiene siempre a la espera de convertirse finalmente en derecho.

14 A ello nos hemos referido en "Positividad jurídica e historicidad del derecho", incluido luego en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 1989, p. 183.

expresemos prudencialmente sus exigencias en las circunstancias del caso concreto. No "pasamos" por tanto del ser al deber ser; nos encontramos ante una realidad que se ofrece como deber-ser potencial —teóricamente asequible— que exige verse —real y prácticamente— actualizada.[15] Los recelos metafísicos característicos del pensar contemporáneo se ven, sin duda, reforzados cuando se diseña una imagen de la realidad jurídica plana y estática, ajena a sus manifestaciones más obvias.

La identificación kelseniana entre contenidos ético-materiales y ordenamientos estáticos puede resultar adecuada para dar cuenta de determinados iusnaturalismos de corte racionalista, pero resulta caprichoso proyectarla sobre cualquier reconocimiento de la posibilidad de captación racional y práctica de una realidad jurídica.

IV. De la cosa juzgada a la cosa querida

Como hemos visto, Kelsen parece mantener en su dinámica jurídica un residuo de racionalidad, de problemático alcance, que parece emparentarlo con autores como Hart, menos rigurosos a la hora de afrontar el problema de fondo. Si éste distingue en toda norma un núcleo claro, susceptible por tanto de interpretación cognoscitiva, orlado de "casos difíciles", que harían inevitable el recurso a una arbitraria "discrecionalidad",[16] para Kelsen la determinación de la particular norma judicial por la previa y general norma legal "nunca es completa. La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad".[17]

El problema que también Hart nos deja pendiente es cuál es la naturaleza exacta de ese discernimiento entre claridad nuclear y casos difíciles. ¿Se trata del último juicio cognoscitivo, por el que el juez muestra la im-

15 J. M. Trigeaud lo refleja expresivamente cuando habla del "movimiento de este ser para cumplirse, para alcanzar su propio fin, para realizar su deber-ser", y lo completa añadiendo: "la indicatividad no suprime la normatividad: la reenvía a su intrínseca objetividad de presupuesto. Requiere una disposición imperativa, que completa la indicación que no forma más que el contenido intelectual o «instructivo» de la ley" (*Connaissance et normativité: la fonction legislative*, *cit*., nota 13, pp. 3 y 17).

16 Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2a. ed., *cfr*. la edición en español de Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 159 y ss.

17 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit*., nota 3, p. 350.

potencia de su razón para hallar la solución del caso? ¿Se trata, por el contrario, de la primera decisión discrecional, por la que el juez se resiste a considerar "clara" —quizá por sus previsibles consecuencias— la solución que la norma general le propone? La calificación de un caso como "difícil" —como la no menos problemática posibilidad de dictaminar la existencia de una "laguna"— parece irnos empujando a los vericuetos de una interpretación *contra legem*.

En qué pueda consistir, en el propio Kelsen, el condicionamiento que sobre la interpretación auténtica que realiza el juez pueda ejercer la previa interpretación cognoscitiva, es todo un misterio. Si cabe tal condicionamiento, por qué excluir que llegue a marcar "una" solución correcta; si no cabe, cómo mantener que existe un ámbito marcado de soluciones posibles. Fiel a su tónica de no escamotear las cuestiones más arriesgadas de su teoría, acaba sacándonos de la perplejidad con notable contundencia:

> Por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable.[18]

La tensión conocimiento-decisión ha acabado saltando en pedazos, dado el radical protagonismo que se concede a la segunda. "La sentencia judicial denominada «juicio» no constituye una proposición enunciativa en el sentido lógico del término... sino una norma",[19] y por tanto un acto de voluntad. Cualquier imaginable sentencia *contra legem* goza de legitimidad, mientras otro Tribunal Superior no *decida* lo contrario. "Si un tribunal decide un caso concreto y afirma que al hacerlo ha aplicado determinada norma jurídica general, la cuestión queda resuelta en un sentido positivo, y permanece así resuelta mientras la sentencia no sea revocada por la decisión de un Tribunal Superior". La voluntad ha eliminado todo rastro de razón. El derecho se ha convertido en una cadena de decisiones arbitrarias, cuyo único grado de "racionalidad" —más bien estadístico...— radicaría en el hecho de estar sometida a una, no menos arbitraria, decisión posterior.

18 *Ibidem*, pp. 354 y 355.
19 *Ibidem*, p. 33.

En tales circunstancias:

> ¿Qué significa el hecho de que el orden jurídico otorgue fuerza de cosa juzgada a la sentencia de última instancia? Significa que incluso cuando guarda validez una norma general que el tribunal debe aplicar, norma que predetermina el contenido de la norma individual que la sentencia judicial debe producir, puede adquirir validez la norma individual producida por un tribunal de última instancia cuyo contenido no corresponde a esa norma general.

No menos obligado es admitir que "una sentencia legal, conforme a derecho, puede ser revocada por una sentencia con fuerza de cosa juzgada".[20]

La cosa juzgada deja de ser la resignada fórmula de una razón que se sabe incapaz de agotar el conocimiento de un deber-ser real, en continuo dinamismo, para convertirse en el eufemismo destinado a ocultar una situación bien distinta. Toda racionalidad ha quedado descartada; al final de una cadena de decisiones, sin "juicio" alguno, lo que realmente acaba estableciéndose de modo definitivo es la cosa en última instancia querida.

La pérdida de la dimensión histórica de las realidades prácticas lleva a malentender el juego mutuo de normas y hechos en el ámbito de la conducta libre. La actividad jurídica aparece como el mero cumplimiento de lo necesariamente anunciado o como un acontecer aleatorio sólo sometible a pronóstico. Se esfuma la acción como desvelamiento práctico de una verdad por hacer, obediente a la norma y creadora a la vez de la proyección histórica de sus incoados contenidos. Algo que no podrá ultimar la ciencia porque es cometido de la prudencia.

La racionalidad práctica deja así de ser el remedio de emergencia para la imperfección de la razón teórica, lo que relativiza cualquier concepto

[20] *Ibidem*, pp. 275 y 277. El propio K. Olivecrona, no menos coherente a la hora de asumir las consecuencias de su no cognotivismo, anima a desterrar la "verdad" del mundo jurídico, ya que "al afirmar la «verdad» de un enunciado damos siempre por supuesto que ese enunciado se refiere a algo que es lo que es, independientemente del lenguaje que sobre ello empleen los individuos"; como consecuencia, "los tribunales no son espectadores que se limitan a considerar con curiosidad las relaciones jurídicas entre las partes", sino que "moldean las relaciones entre las partes en cuanto que legisladores complementarios y en cuanto que directores de la fuerza ejecutiva del Estado"; de ahí que "cuando los tribunales se pronuncian sobre los derechos de las partes, actúan como legisladores" (*El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, se trata de la segunda edición, notablemente corregida de su obra publicada con el título inicial —*cfr*. *infra*, nota 23—; citamos por la versión española de L. López Guerra, Barcelona, Labor, 1980, pp. 202 y 251).

de "claridad" jurídica. Es lástima que Kelsen —tan ejemplarmente atento siempre a los fenómenos jurídicos— no llegara a asumir el efectivo alcance de una de sus más acertadas observaciones: se da siempre "una interpretación de todas las normas jurídicas, en tanto deben recibir aplicación".[21] Nada hay "claro" en el dinamismo del derecho sin previa interpretación, que será la que establezca la auténtica frontera: no entre claridad aceptada *a priori* y dificultad a investigar ulteriormente, sino entre cumplidas interpretaciones con un resultado más o menos discutible.

La interpretación deja, por otra parte, de ser un proceso meramente cognoscitivo, destinado a desbrozar la —única o plural— decisión posterior, para llevar en sí misma el componente práctico de una decisión presagiada. Se rompe así todo forzado dilema entre fidelidad a los principios y responsabilidad respecto a las consecuencias, porque las consecuencias serán ponderadas por la prudencia, como un modo más de "verificar" la plasmación histórica de las exigencias de los principios.

La sentencia ha de ser expresión de una razón decidida y, como consecuencia, ha de plasmarse en una decisión motivada. Sin la exhibición del hilo argumental que impone una consecuencia se atentaría al núcleo mismo de la legitimidad del derecho, al abocar al ciudadano a una situación de indefensión, privado de toda tutela jurídica efectiva.

V. Un golpe de Estado cotidiano

El reconocimiento kelseniano de que no es menos jurídica una decisión judicial que opta por una de las posibilidades descritas por la interpretación cognoscitiva que otra que asume alguna expresamente excluida resalta su aparente diseño de la actividad jurídica como arbitrariedad controlada. Las sentencias nunca serían verdaderas y falsas, al no tener de hecho nada que ver con conocimiento alguno; son siempre válidas, mientras no se demuestre lo contrario. Ello dependerá de que alguien actúe los mecanismos de control, formulando un recurso, y de que la nueva instancia, llamada a conocer del asunto, opte por decidir en sentido contrario.

Kelsen no podría, sin embargo, entender el derecho siquiera como arbitrariedad controlada, ya que ello privaría paradójicamente de carácter jurídico a la decisión jurídica por excelencia: la cosa querida por la últi-

21 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit*., nota 3, p. 349.

ma instancia judicial activada. ¿Dónde reposa realmente su juridicidad? La respuesta sobre el carácter jurídico de esta última norma resultará coherentemente paralela a la que ya había formulado al ocuparse de la juridicidad de la primera, analizando las peripecias de una Constitución —expresiva de un deber-ser formalmente indiscutible— sometida a las vías de hecho que acompañan a un proceso revolucionario.

"El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico" —calificado por Kelsen como "principio de legitimidad"— "no tiene aplicación en caso de revolución". Paradójicamente la validez, expresiva del deber-ser de la norma, se verá condicionada por una realidad puramente fáctica: su eficacia. "Una Constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales". Como consecuencia, ante un golpe de Estado, que pone en cuestión la validez de la primera norma positiva, no cabe pronunciarse sobre la validez de las *normas* que en ella se apoyan sin esperar al desarrollo de los *hechos*. "Si la revolución no triunfara", o sea, "si no lograra eficacia", "no sería entendida como un proceso de producción de nuevo derecho, sino como un delito de alta traición". La conclusión resulta elocuente: "el principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad".[22]

Nadie podrá negar la lucidez de este análisis sobre lo que de hecho acontece al consumarse un golpe de Estado. Más de uno podría sentirse inclinado a convertir el pasaje en la prueba suprema del "realismo" con que se ha elaborado esta teoría pura del derecho. El giro producido al calificar tal hecho es, sin embargo, copernicano. Una revolución o un golpe de Estado se habían siempre entendido como el acto antijurídico por antonomasia; el momento en que el derecho muestra el mayor fracaso, en su intento de sustituir fuerza por razón. Kelsen, por el contrario, convierte a tales fenómenos en una modalidad más de la "dinámica" jurídica cotidiana. El golpe de Estado no parece sino un modo como otro cualquiera de crear una norma jurídica positiva; la primera, por más señas.[23] Con ello lo que acaba entronizándose es realmente una teoría pura de la fuerza.

22 *Ibidem*, pp. 217-219.

23 K. Olivecrona, convencido de que Kelsen con su idea del derecho como "deber" se queda a medio camino, vacila aún menos a la hora de asumir esta consecuencia del no cognotivismo. "Cuando se descarta la noción supersticiosa de la «fuerza obligatoria» del dere-

Si de la primera norma positiva nos trasladamos a la última sentencia, que cierra la cadena de actos creadores de normas, la familiaridad del golpe de Estado como fenómeno jurídico llega al extremo. No habrá siquiera que esperar desarrollo alguno de los hechos, ya que la sentencia *contra legem* se convierte de hecho inmediatamente en norma inatacable. La decisión eficaz acaba sustituyendo al dictamen sobre las exigencias de validez formuladas por la norma previa.

Puede producirse, de nuevo, un cierto espejismo al admirar el "realismo" de la descripción. La pérdida de toda dimensión patológica le confiere, sin embargo, muy diverso alcance. No es lo mismo la razón práctica frustrada que la voluntad arbitraria. Que una sentencia de última instancia poco acertada se consumará jurídicamente como cosa juzgada, queda fuera de discusión; pero llevaba en sí, al menos, el intento fallido de encontrar la solución razonable en la práctica. La negación de una realidad jurídica cognoscible lleva aparejada una inmediata y decisiva consecuencia: cualquier actitud de búsqueda pierde sentido, con lo que estamos condenados a la arbitrariedad. La búsqueda frustrada no afecta radicalmente a una legitimidad que depende más del reconocimiento de un punto de referencia que del logro efectivo de su captación. Cuando no hay nada que buscar sólo queda, sin embargo, recurrir a la farsa "ideológica" capaz de aparentar una legitimidad imposible.

No tiene, por ello, nada de extraño que —de hecho— la tarea judicial no acabe siendo un golpe de Estado cotidiano y que los intentos de legitimar cualquier "uso alternativo del derecho" hayan acabado marchitándose, precisamente por su incapacidad de ocultar tan burda condición. Casualmente, el juez acaba llevando a cabo una conducta susceptible de pronóstico, más allá de toda razón estadística. Se esfuerza por entender la realidad a la que caso y texto legal le remiten y, como consecuencia, no rara vez se aleja poco de la expectativa de justicia que el ciudadano —buen conocedor del caso e ignorante quizá del texto— había hecho propia.

Kelsen es consciente de que con su lúcida descripción se arriesga paradójicamente a convertir en propio ese paso del ser al deber-ser, cuyo rechazo daba sentido a todo su esfuerzo teórico. De ahí su afán por evitar

cho..., el establecimiento de la Constitución por medio de actos revolucionarios no es más misterioso que el proceso ordinario de legislación" (*El derecho como hecho*, citamos por la versión española de la primera edición, realizada por G. Cortés Funes, Buenos Aires, Desalma, 1959, p. 48).

reconocer puramente que la validez acaba teniendo su fundamento en la eficacia. Admitir tal aserto en relación al derecho supondría enlazar con la sofística; reconocerlo como el mejor modo de explicar un golpe de Estado está al alcance del menos ilustrado de los mortales.

Intentará evitar el escollo distinguiendo entre "fundamento" y "condición". "La eficacia es condición" de la validez y, por ello, "una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida, cuando ha cesado de ser eficaz", pero ello no significaría que la eficacia sea "fundamento de la validez". "Las normas de un orden jurídico positivo valen *porque* la norma fundante básica... es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez *cuando* (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz".[24] La distinción conceptual parece irreprochable; cualquier intento de darle alcance real parece condenarnos al mero nominalismo.[25]

VI. El juez decide qué dice la ley

A estas alturas, es más fácil apreciar el efectivo alcance del presunto "condicionamiento" de la sentencia judicial por el abanico de posibilidades abierto por la interpretación cognoscitiva. Bastará con repetir lo expuesto por Kelsen al analizar la valencia retroactiva del supuesto control que, desde la primera norma positiva, cabría ejercer sobre las leyes que la desarrollan.

Dado que "todo aquello que el órgano legislativo emita como ley tiene que valer como ley en el sentido de la Constitución", qué ocurre cuando "el contenido de las leyes no corresponda a las normas constitucionales". Para Kelsen, dando por buena nuestra analogía, "el órgano legislativo se encontraría entonces en posición análoga a la del tribunal de última instancia, cuya sentencia tiene fuerza de cosa juzgada". En la medida en que tal ley no llegue a ser anulada por inconstitucional, habría que enten-

24 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit*., nota 3, pp. 223 y 224.

25 A. Ross, *a fuer* de "realista", se muestra implacable al respecto: "si se rechaza en forma radical toda censura ética, como hace Kelsen, y se acepta simplemente como derecho el orden que tiene efectividad, la validez específica como categoría formal se transforma en algo superfluo"; "resulta claro que, en realidad, la efectividad es el criterio del derecho positivo, y que la hipótesis inicial, una vez que conocemos qué es derecho positivo, sólo cumple la función de otorgarle la «validez» que exige la interpretación metafísica de la conciencia jurídica, aunque nadie sepa en qué consite tal «validez»" (*Sobre el derecho y la justicia*, citamos por la versión en español de G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 68 y 69).

der que "la Constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas... dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales".[26] O sea, que la ley situada fuera del marco constitucional acaba —en la medida en que no llegue a ser anulada— ampliando de hecho dicho marco, produciendo a la vez una paradójica "falsación" retroactiva de la interpretación cognoscitiva que la había situado fuera de él.

El juez, pues, acaba asumiendo una dimensión "legislativa" similar a la que Kelsen atribuye al Tribunal Constitucional, aunque con un matiz nada despreciable. El control de constitucionalidad debería respetar los límites de una legislación "negativa", reducida a la posible extracción de determinadas normas del ordenamiento, mientras se le veta expresamente la introducción de cualquier otra; la del juez, por el contrario, será inevitablemente una legislación "positiva", por más que quede en principio referida al ámbito particular del caso. No obstante, tanto para dicho caso como —vía precedente o doctrina jurisprudencial— para los que le sucedan, el juez acabará decidiendo qué es lo que la ley realmente dice, ampliando a su arbitrio el ámbito de posibilidades que derivaba de la interpretación cognoscitiva de su texto.

En tales circunstancias se convierte en un profundo misterio en qué puede consistir esa "ciencia jurídica" respecto a la que Kelsen teoriza. Si "la ciencia es función cognoscitiva y descripción",[27] no se adivina de qué podría informarnos una ciencia "del derecho" si lo que de hecho dicen sus normas dependerá de lo que el juez acabe decidiendo al respecto. La supuesta ciencia abandona toda descripción de ese deber-ser en que el ser del derecho consiste, para convertirse en aventurado pronóstico de lo que el derecho podrá acabar siendo.

Resulta inevitable el paralelismo con el realismo escandinavo,[28] a cuya propuesta de ciencia negaba Kelsen —como hemos visto— condición jurí-

26 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit*., nota 3, p. 279. K. Olivecrona enlaza oportunamente la situación con el planteamiento del golpe de Estado como acto jurídico. "No es posible trazar una línea neta entre la legislación revolucionaria y la normal"; "es un hecho bien conocido que una Constitución puede ser «interpretada» en un sentido totalmente diferente del original" (*El derecho como hecho*, *cit*., nota 23, p. 52).

27 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit*., nota 3, p. 86 nota 61.

28 A. Ross, por ejemplo, acepta sin remilgos dicha situación: "una decisión es equivocada, esto es, no está de acuerdo con el derecho vigente, si después de haber tomado todo en cuenta, inclusive la decisión misma y las críticas que ella puede provocar, resulta que lo más

dica alguna. Desvinculado el texto legal de una realidad jurídica que le exceda, sus términos —faltos de punto de referencia— no pueden decirnos nada, a la espera de que el juez decida su efectivo contenido. La presunta ciencia jurídica se convertiría así en el análisis de unos textos situados en paralelo al actuar judicial, que acabará decidiendo su contenido.

Sólo cuando cabe confiar en que termine existiendo alguna relación entre los contenidos legales y la decisión judicial, el análisis de sus textos conservaría algún sentido. Tal relación puede existir de hecho si, tanto la actividad legislativa como la judicial, intentan expresar —en diversos ámbitos de generalidad o particularidad— una misma realidad, que provoca la solución legislativa y va dando sentido a su expresión interpretativa. Cuando se niega a tal punto de encuentro toda realidad jurídica, para presentarlo —situándolo displicentemente en lo metajurídico— como "normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera, que se suele denominar con rótulos tales como: «bien común», «interés del Estado», «progreso», etcétera", respecto de los cuales "desde el punto de vista del derecho positivo nada cabe decir",[29] la ciencia del derecho acaba reducida a un entretenimiento no más relevante que jugar con naipes a hacer "solitarios".

No deja de ser significativa la quiebra del principio de legalidad a que la ausencia de racionalidad práctica conduce. El intento de identificar legalidad y derecho, entendiendo que éste se halla acabadamente contenido en el texto legal, se estrella contra la historicidad propia del proceso de positivación de lo jurídico. En tales circunstancias la invocación al principio de legalidad puede fácilmente convertirse en camuflaje que oculte la tarea inevitablemente creativa del juez. Kelsen, por su parte, sensible al papel de la actividad judicial, acabará diluyendo todo condicionamiento efectivo de la sentencia por el previo texto legal.

El respeto al principio de legalidad cobra su auténtico sentido en la medida en que se le inserta en el proceso de actualización de la realidad jurídica. Éste no va a llevarse a cabo abruptamente, con la fuerte dependencia de la subjetividad judicial que ello llevaría consigo, y la consiguiente incapacidad del ciudadano para formular con la mínima seguridad sus expectativas de conducta. El marco legal acerca ya exigencias jurídicas y hechos sociales, incoando su creativo diálogo. La prudencia,

probable es que en el futuro los tribunales se aparten de esa decisión" (*Sobre el derecho y la justicia*, *cit*., nota 25, p. 49).

29 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit*., nota 3, p. 354.

que lleva consigo la capacidad de dejarse ayudar en la búsqueda configuradora de esa verdad por hacer, incluirá como elemento decisivo la atención a los límites que del texto legal quepa razonablemente derivar. No nos encontramos así ante una mera exigencia de "técnica jurídica" sino ante un auténtico imperativo ético, al ahondarse en la dimensión protectora de derechos básicos que justifica tal respeto.

Pocos planteamientos han resaltado con mayor expresividad el proceso de positivación que los vinculados a la hermenéutica existencial. El papel de la precomprensión como punto de arranque de la aplicación de la norma;[30] la crítica al rechazo racionalista de los prejuicios, así como la necesidad de convertirlos en juicios contrastándolos con los esquemas propios de la dogmática jurídica; el juego de la autoridad y la tradición en el desenvolvimiento de un saber práctico; el ahondamiento en la actividad jurídica como lenguaje, lleno de capacidad comunicativa y de creatividad, sin perjuicio de su peculiar dimensión vinculante...

Indudablemente todo ello puede quedar reducido a una crítica corrosiva de los esquemas propios del legalismo, si no va acompañado de un afán de profundización ontológica.[31] La captación de la realidad jurídica a través del proceso prudencial de la razón práctica confiere una particular profundidad a estos análisis fenomenológicos. El llamado "círculo hermenéutico" refleja la circularidad ontológica propia de una realidad capaz de darse a conocer, pero a la vez todavía necesitada —como verdad por hacer— de una actualización creativa.

30 S. Cotta, que alude en su contribución a este Coloquio a la "experiencia empírica existencial" como una muestra de "cognotivismo limitado", detecta cómo "una inicial constatación empírica de orden alético es la condición que produce una consecuencia axiológica; ésta, a su vez, determina por medio del sentimiento perceptivo, la decisión operativa, de orden deóntico" (*Connaissance et normativité. Un aperçu metaphysique*, *cit*., nota 12, p. 9).

31 A. Kaufmann ha insistido en ello reiteradamente en trabajos recogidos luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Köln, Carl Heymanns, 1984; entre otros, *Die Geschichtlichkeit des Rehts im Lichte der Hermeneutik*, en el que rechaza la exigencia racionalista de un lenguaje legal unidimensional y unívoco, recordando que el derecho más que deducido es hablado (*Rechtsprechung*) (*Ibidem*, pp. 36 y 45); *Das Recht im Spannungsfeld von Identität und Differenz*, en el que recuerda que el derecho surge de un acto creador del hombre, que pone en correspondencia Sein y Sollen en una situación histórica (*Ibidem*, p. 170); o *Die "ipsa res iusta". Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie*, en el que insiste en que el derecho es acto en primera línea, un ocurrir real entre los hombres, y la ley no es realidad jurídica acabada sino posibilidad de derecho (*Ibidem*, pp. 59 y 61).

VII. ¿QUÉ NORMA LLEVA A LOS JUECES A CONVERTIR UNA DECISIÓN EN NORMA?

Al final, dos de los "positivismos jurídicos" en juego han acabado aproximándose llamativamente. Ambos coinciden en tomarse a beneficio de inventario la crédula fe del jurista en su dogmática jurídica, mientras mantienen su discrepancia esencial sobre qué sea "positivamente" el derecho: hecho o deber.

Ross, buen conocedor de Kelsen, no deja de abordar por su parte la relación entre eficacia fáctica y validez. Fiel a su opción "realista" por lo fáctico, valora más la manifestación fenoménica de la realidad jurídica, por más que su voto de abstemia metafísica le impida reconocer su dimensión esencial. Para él, la validez no es sino una actitud de obediencia "desinteresada"[32] a la norma; entendiendo por tal la que no es fruto de la amenaza coactiva, sino de la sintonía con los valores reflejados por una norma concreta o del respeto que orla al ordenamiento en su conjunto.

No será otro el punto de referencia del juez a la hora de orientar su actividad. Por más que se entienda por norma jurídica aquello que el juez tiene por norma considerar como derecho, resulta inevitable preguntarse qué lleva al juez a tomar por norma dicho dictamen. Una vez más, o contamos con una realidad de posible conocimiento —por problemático que acabara resultando— o no quedaría otra opción que abandonarnos a la arbitrariedad de quienes deciden el derecho.

Reaparece, pues, una llamativa contradicción. Si el ciudadano, convenientemente "ilustrado", llegara a la conclusión de que esa realidad jurídica que le lleva a formular expectativas de justicia es meramente ilusoria, quedaría incapacitado para mostrar una actitud de obediencia "desinteresada" hacia el derecho, con lo que le privaría —en términos "realistas"— de toda validez. Si el ciudadano dejara de ver en el juez al ex-

32 Ya en *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, A. Ross señalaba la interacción entre "una actitud de conducta interesada, más precisamente determinada como un impulso de temor o de compulsión" y "una actitud de conducta desinteresada que tiene el sello de la validez" (citamos por la versión en español de J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 90). Más tarde (en *Sobre el derecho y la justicia*, *cit*., nota 25, p. 53) volverá a referirse al "respeto desinteresado al derecho". Del realismo escandinavo nos hemos ocupado con detenimiento en "Un realismo a medias: el empirismo escandinavo", incluido en el libro *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 27-62.

perto conocedor de esa realidad jurídica que fundamenta sus propias expectativas, dejaría de prestarle confianza alguna y no se avendría a someter a su dictamen la propia opinión. Es, pues, evidente la función "ideológica" que el derecho se vería condenado a cumplir, de no contar con un fundamento tan real como racionalmente cognoscible.[33] Reducido a aparato coactivo, pasaría a funcionar de hecho de modo tan radicalmente diverso que parece razonable poner en duda que pudiera indefinidamente subsistir.[34]

El realismo escandinavo constata la existencia práctica de una realidad jurídica a la que destierra del ámbito teórico. Empeñado en considerar como acontecer casual lo que el ciudadano vive como conocimiento real, se condena a ignorar lo que describe. El mismo Kelsen incurre en idéntica actitud. No sólo el ordenamiento jurídico en su conjunto puede verse puesto en cuestión por un golpe de Estado revolucionario; también la norma aislada, "que nunca es acatada o aplicada", puede "perder su validez mediante la llamada *desuetudo*, o desuso", "una suerte de costumbre negativa, cuya función esencial reside en eliminar la validez de una norma existente".[35] El ordenamiento jurídico en su conjunto estaría condenado a ser su víctima, si el ciudadano no tuviera el convencimiento de que en él se plasman, siquiera tentativamente, las exigencias de conducta que considera verdaderamente justas.

El no-cognotivismo teórico contrasta con la evidencia de una práctica exigencia social de legitimidad. Si el derecho perdura es porque el ciudadano lo reconoce y acepta como un proceso de razón práctica, que se esfuerza por expresar unos contenidos reales. Si tal realidad existe, habrá que esforzarse incesantemente por conocerla y exponer sus exigencias.

33 "Ningún Hitler puede aterrorizar a una población sin que, por lo menos dentro del grupo que maneja el aparato de fuerza, la obediencia sea en alguna medida voluntaria. En último análisis, todo poder tiene un fundamento ideológico" (Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, *cit*., nota 25, p. 56).

34 "Es una conquista notable de la civilización occidental el haber sujetado realmente a la fuerza estatal de modo que no puede ser utilizada, hablando prácticamente, de otro modo que conforme a normas jurídicas bajo la dirección, o bajo el control, de jueces independientes del gobierno. Nos hemos acostumbrado a tener por segura esta situación. Quizá podría ser considerada, con mayor fundamento, como casi un milagro. Es el resultado de una labor secular; un aparato de relojería del tipo más fino e intrincado. Reconstruirlo, una vez destruido, no sería tarea fácil" (Olivecrona, K., *El derecho como hecho*, *cit*., nota 2, p. 240; véase también la primera edición de su obra del mismo título, *cit*., nota 23, pp. 133, 134 y 148).

35 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit*., nota 3, p. 224.

Si es mera ilusión, y el derecho funciona mejor en la medida que la mayoría malentiende su real alcance, parece más humano acabar con el engaño. Por más que, unos y otros, rivalicen en el carácter antideológico de sus teorías,[36] colaborar a preservar una estabilidad social mantenida a costa de la ignorancia mayoritaria merecería el calificativo de "ideológico" antes que el de "ilustrado".

36 H. Kelsen pretende que si por "ideología" se entiende "una exposición no objetiva, transfiguradora o desfiguradota" del objeto de conocimiento, "la teoría pura del derecho exhibe una expresa tendencia antiideológica" (*Teoría pura del derecho*, *cit*., nota 3, p. 121). K. Olivecrona, por su parte, considera que la función desmitificadora de la ciencia en el ámbito jurídico permanece inconclusa: "no podemos decir: aquí se detiene la magia y comienza el pensamiento plenamente racional. El pensamiento moderno en materia jurídica dista de ser totalmente racional"; Kelsen incluido, ha "conservado la estructura mágica anterior en materia jurídica" (*El derecho como hecho*, *cit*., nota 23, pp. 88 y 89). A. Ross no duda en tachar de "ideológica" la doctrina del precedente judicial: "es en realidad sólo una ilusión. Es una ideología mantenida por ciertas razones para ocultar a sus propugnadores y a los demás la libre función creadora del derecho que tienen los jueces, y para transmitir la impresión engañosa de que éstos sólo aplican el derecho ya existente" (*Sobre el derecho y la justicia*, *cit*., nota 25, p. 86).

Capítulo decimosegundo
El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann 201
I. Juez e historicidad del derecho 202
II. El juez contribuye a decir un derecho que es lenguaje . . . 210
III. Un juez descargado de riesgos: tolerancia y "espacio libre de derecho". 225

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

EL PAPEL DE LA PERSONALIDAD DEL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO. DERECHO, HISTORICIDAD Y LENGUAJE EN ARTHUR KAUFMANN

> El que piensa que su juicio se funda exclusivamente en lo que tiene delante ("sometido sólo a la ley") es en realidad el juez más dependiente, ya que no se halla en condiciones de distanciarse de sus opiniones previas no sometidas a reflexión.*

El iusnaturalismo racionalista que impulsa la codificación se tradujo en un planteamiento legalista, asumido luego por el positivismo jurídico, que reconocía escasa relevancia a la figura del juez. Arquetípica al respecto acabará siendo la metáfora de Montesquieu, que lo presenta como "la boca que pronuncia la palabra de la ley". Su tarea colaboraría al equilibrio entre los poderes del Estado más bien por vía de inhibición, al ser el Judicial un poder en cierta medida nulo. Este punto de partida se verá sometido a discusión por partida doble: por el inevitable distanciamiento histórico entre la ley y la dinámica realidad social a la que debe aplicarse, y por el complejo desentrañamiento de esa "palabra" que habría de pronunciar el juez.

Historicidad y lenguaje, doble eje de la prolongada obra de Arthur Kaufmann, desvelarán en la determinación[1] del derecho un muy distinto

* "Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit", *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1974, p. 303.

[1] Traduciremos, como hemos hecho en otras ocasiones, *Rechtsfindung* por "determinación" del derecho para acentuar la dimensión conformadora de la que se hablará más abajo. "Hallazgo" o "descubrimiento" del derecho, fórmulas a las que recurren otras traducciones, parecen sugerir tácitamente que el derecho está ya objetivadamente acabado antes de la intervención del juez. La mera "aplicación" del derecho encontraría, por otra parte, su referente en el término *Rechtsanwendung*. A. Kaufmann, tras sugerir similar diferencia entre ambos términos, considera por último que la *Rechtsgewinnung*, u "obtención" del derecho, engloba-

papel del inevitable juego de la personalidad del juez en el cumplimiento de su función.[2]

I. JUEZ E HISTORICIDAD DEL DERECHO

De la identificación legalista de derecho y ley se pasará a entender la ley como un instrumento, sin duda necesario pero a la vez insuficiente, para la positivación del derecho. La ley ofrece un obligado marco de referencia, general y permanente, que exigirá verse complementado por una tarea judicial atenta a la historicidad del caso concreto. La interpretación deja así de entenderse como terapia ocasional, suscitada por enojosas imperfecciones legales, para mostrarse como saludable exigencia de su cotidiana vitalidad.[3] El llamado *sistema* jurídico habría pues de diseñarse de modo obligadamente *abierto*, presto a asumir esas adiciones complementarias exigidas por la connatural insuficiencia de la ley.

La necesidad de revisar asentados tópicos de la dogmática jurídica se ejemplificará de modo particular al cuestionar su veto al recurso a la *analogía* en la *aplicación* de las normas penales. Desde la perspectiva legalista, razonar analógicamente sería abandonar incluso el campo de la *interpretación* —que, de no ser la ley oscura, resultaría ya abusiva— para adentrarse en el campo abiertamente creativo de la *integración* jurídica.[4]

ría genéricamente a ambos (*Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999, pp. 12 y 13).

[2] "El juez es parte del proceso de determinación del derecho, solamente él hace hablar a la ley, le extrae su sentido concreto relacionado con el caso, activa su fuerza innovadora, la despierta de su abstracta inmovilidad a la existencia histórica. Para la calidad de la jurisprudencia es muy importante que el juez comprenda el significado de su papel" (Kaufmann, A., *Rechtsphilosophie*, 2a. ed., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, pp. 89 y 90). Para las citas textuales en español de esta obra tenemos en cuenta la versión de L.Villar Borda y Ana María Montoya (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999), modificando algunas expresiones cuando lo consideramos oportuno.

[3] "La tradicional metodología positivista considera la aplicación de derecho como el caso normal y la creación de derecho como la excepción", pero "el carácter inacabado de la ley no es un defecto, en contra de lo que sostiene la concepción positivista, sino que es *a priori* y necesario" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota anterior, p. 91).

[4] Significativo al respecto el planteamiento de Savigny, del que nos ocupamos en "Savigny: el legalismo aplazado", *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982; sin que junto a otras referencias a A. Kaufmann faltara (en la nota 45 de la p. 93) la obligada a su estudio "Friedrich Carl von Savigny", en Fassmannn, K. (ed.), *Die Grossen der Weltgeschichte*, Zurich, Kindler, 1976, t. VII, pp. 402-415.

En realidad, sin embargo, la interpretación es compañera inseparable de toda aplicación de la norma, haciendo aflorar una correspondencia entre lo normativo y el contenido de hecho, con clara querencia teleológica.[5]

El modo de razonar jurídico a través del que todo ello se lleva a cabo tendrá siempre una dimensión analógica. La diferencia entre la analogía y otros tipos de interpretación que la hagan menos visible será sólo de grado. La determinación del derecho no se puede entender como la suma de "dos actos separados, la inducción y la deducción, una tras otra; es más bien una simultaneidad, un «abrirse» de las circunstancias de hecho hacia la norma y de la norma hacia las circunstancias de hecho, que avanza sin interrupción. Precisamente en ese abrirse radica la *extensio* propia de la analogía".[6]

Tendrá, pues, sentido una llamada a la prudencia a la hora de graduar el alcance de su juego, pero nunca cualquier intento de distinguir entre la presunta univocidad de las leyes claras y la opción, considerada gratuita, por una analogía de efectos caprichosamente extensivos. Encerrar la interpretación en las fronteras del sentido de las palabras es ya dar plena entrada a la analogía, porque tal sentido será necesariamente análogo; lo unívoco no necesita interpretación y lo equívoco no la admite.[7]

No se trata sólo de que todo diagnóstico favorable acerca de la claridad del texto legal encierre ya un momento hermenéutico, arruinando el *in claris non fit interpretatio*; es que "el «posible sentido literal» no es sino analogía, sólo que con otro nombre". Lo peligroso sería ignorarlo, porque entonces "los problemas de los límites de la interpretación y de la prohibición jurídico-penal de la analogía no son en absoluto perceptibles".[8]

[5] *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, Karlsruhe, Müller, 1965, p. 30 (traducción al español de E. Barros, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976). Hay edición posterior, corregida y con un epílogo: Heidelberg, Decaer-Müller, 1982. Se trata, sin duda de la obra más significativa de A. Kaufmann, incluso para él mismo, como se deduce de las omnipresentes referencias a ella en su obra conclusiva, en las que hará más énfasis en el papel de la analogía que en el de una "naturaleza de la cosa" en evidente repliegue.

[6] Tal planteamiento le llevará a polemizar con B. Schünemann, que le acusa de "sincretismo metodológico", por considerar que esa mera diferencia de grado sólo se daría si no hubiera que manejar dos lenguajes: el jurídico sólo proporciona los términos, mientras los significados dependerán en gran medida del lenguaje ordinario (*Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, *cit*., nota 1, pp. 8 y 9; *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 125).

[7] *Analogie und Natur der Sache*, *cit*., nota 5, p. 4.

[8] *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 59 y 60.

Todo ello va a desvelar el inevitable protagonismo del juez. Su función no consistirá en aplicar una norma de contenido neto, salvo error u omisión del legislador, sino en contribuir a llevar a cabo el proceso de positivación del derecho que con ella se inició, a través de una interpretación que la sitúe en el caso concreto. Así contribuirá a fijar una solución, más que legal, propiamente jurídica. De la figura del juez que se limita a *aplicar* el *derecho* positivo (identificado con esa ley que sería capaz de "decir" el derecho por sí sola), pasamos a la de un juez encargado de *interpretar* la norma decantando su *sentido* en el caso propuesto. ¿Nos deja esto en manos de su subjetividad, por actuar ajeno a todo punto de referencia objetivo?

La respuesta sería inevitablemente afirmativa, si se suscribe un planteamiento relativista que descarte la existencia de cualquier criterio objetivo, más allá del mero texto legal. Así ocurre cuando se rechaza la posibilidad de un auténtico razonamiento práctico, por situar en el ámbito de lo volitivo o lo emotivo todo intento de concretizar el genérico mensaje del legislador. Nos encontraríamos, una vez más, ante el viejo dilema entre positivismo jurídico y iusnaturalismo.

En realidad había sido el propio derecho natural racionalista el que había coadyuvado a engendrar la idea de un derecho concebido como sistema, capaz de proyectarse deductivamente desde sus principios rectores al caso concreto. La fórmula fue luego aprovechada por el positivismo jurídico consolidado tras la codificación, buscando garantizar —a través de los llamados principios generales del derecho— la plenitud de un ordenamiento capaz de solucionar, sin salir de sí mismo, cualquier contingencia. Desde este punto de vista el viejo dilema habría desaparecido. El juez —según el Código Civil español, por ejemplo— en defecto de ley y de costumbre, habría de aplicar los citados principios; operación a la que no se atribuye mayor creatividad que al mero manejo, supuestamente aplicativo, de la norma legal. No habría ya un derecho natural capaz de primar sobre el derecho positivo, ni presto siquiera a suplirlo; era el propio derecho positivo el que se retroalimentaba obteniendo de su mismo contenido elementos aún no explicitados.

Cuestionado ese positivismo legalista, surge la duda sobre la posibilidad de apelar a un derecho natural de muy diverso cuño, más cercano a la delimitación de la cosa justa —de ese *suum* que la justicia ordena dar a cada uno— que a la teoría escalonada de la ley.[9] En realidad, "la «histori-

[9] Que llevaría a A. Kaufmann ha trazar un insólito paralelismo entre Santo Tomás y Kelsen o Merkel (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 84 y 147).

cidad» marca de la manera más clara un apartarse de la filosofía jurídica actual del pensamiento jurídico iusnaturalista y positivista".[10] En adelante el iusnaturalismo tendría que ocuparse de un auténtico *derecho* —y no de una mera *ley*...— natural,[11] lo que implica reconocer también en él la historicidad inseparable de todo derecho. Por encima de la antinomia iusnaturalismo-positivismo habría que preguntarse si no actúan en el derecho mismo "eternidad e historicidad" marcando una cierta "polaridad", diversa de la identidad o de la alternatividad. No se nos remitiría con ello a la contingencia empírico-histórica de su contenido, sino a una estructura de orden ontológico. Dado que el "cuerpo" del derecho realmente existente sería su positividad, un principio suprapositivo no parecería jurídico; pero tampoco la positividad desprovista de esencia jurídica tendría sentido. "Un derecho suprapositivo no tiene «existencia» jurídica alguna; una norma positiva sin contenido jurídico no existe «como» derecho".

Queda, pues, de relieve cómo se ha venido dando también —en paralelo al positivista— un legalismo iusnaturalista[12] que desconocía tanto como

[10] "Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik", *Beiträge zur juristischen Hermeneutik, sowie weitere rechtsphilosphische Abhandlungen*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1984, p. 82 (el trabajo fue publicado primero en italiano en 1973; tuve ocasión de traducirlo más tarde al español: *Anales Cátedra Francisco Suárez* (ACFS), 1977, 17, pp. 351-362).

[11] Distinción en la que con toda justicia se considera deudor de A. F. Utz. Derecho natural e historicidad del derecho no se oponen: "historicidad del derecho quiere decir apertura del derecho al derecho natural" (Kaufmann, A., *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, Mohr, 1957, p. 12, y para lo que sigue pp. 25-28 y 31). El derecho natural no es un dato sino un ejercicio a llevar a cabo, afirmaría poco después: "Gedanken zur Ueberwindung des rechtsphilosophischen Relativismos", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* (*ARSP*), 1960, 46, p. 569. Ambos trabajos fueron incluidos luego en Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, 2a. ed., Frankfurt/M., Athenäum, 1984, pp. 1-21 y 51-67.

[12] A. Kaufmann sugerirá poco después que la distinción entre ley y derecho es de naturaleza sustancial y refleja la relación potencia-acto. La ley es medida, esquema abstracto, suprahistórico, el derecho decisión de una situación concreta e histórica. También el derecho natural es concreto e histórico; si hablamos de principios abstractos, suprahistóricos, hablamos de ley natural (en italiano: "La struttura ontologica del diritto", *RIFD*, 1962, 39/5, pp. 549 y ss.; incluido luego en "Die ontologische Begründung des Rechts" en el volumen colectivo que coordinó bajo el mismo título: *Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft*, 1965; en concreto, pp. 503, 504 y 506 (el trabajo sería también incluido en *Rechtsphilosophie im Wandel*, *op. cit*., nota anterior, pp. 101-129). Ya antes había apuntado que "das sogennante sekundäres Naturrecht, das in Wahrheit erst das wirkliche Naturrechts ist, ist die zeitgerechte Verwirklichumg des unveränderlichen Naturgesetzes"

él la insuficiencia de la ley a la hora de fijar el derecho. Ello lleva a proponer un derecho —que no *ley*— *natural* que, lejos de proyectarse deductivamente, surgiría de abajo a arriba, partiendo de los requerimientos que brotan de la misma realidad social como exigidos por la *naturaleza de la cosa*.[13] Ésta no aparece en la naturaleza pero tampoco es irreal, sino que tiene carácter relacional, al enlazar "Sein" y "Sollen", contenido de hecho y cualidad normativa. De ahí que más que una fuente secundaria del derecho remediadora de lagunas, sea el "catalizador" necesario, tanto en la legislación como en la determinación judicial del derecho, para hacer aflorar esa correspondencia.[14] Contribuirá así decisivamente a alumbrar el "sentido" jurídico del texto legal al situarlo en el contexto real del caso.[15]

Como consecuencia, derecho natural y derecho positivo dejarían de presentarse como un dilema que obligara a optar por uno u otro, para desvelarse como elementos indispensables de un unitario proceso de positivación que tiene como objetivo el logro de una solución ajustada del caso concreto.[16]

(*Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, Carl Winter, 1961, p. 113).

[14] Mientras que K. Engisch entiende que el derecho natural se ha "volatilizado" en la naturaleza de la cosa, A. Kaufmann lo considera "condensado" en ella ("Die ontologische Begründung des Rechts", *cit*., nota anterior, p. 2.

[15] *Analogie und Natur der Sache*, *op. cit*., nota 5, p. 44.

[15] Ese *tertium*, o ese "mediador" tanto del proceso de producción legislativa, como del proceso de creación del derecho, "puede caracterizarse como *ratio iuris*, siempre que no se encuentra en el error de buscar esa *ratio* (el "sentido") sólo en la ley, porque tal también en las circunstancias de hecho de la vida. Afirmará, pues, más tarde que "entre supuesto de hecho de la ley y contenidos de hecho vitales no se da una correspondencia ontológica sino de sentido, que cabría situar en una "naturaleza de la cosa", a la que siempre habría aludido entrecomillada "para dejar claro que no se trata de una terminología suficientemente ajustada", sino de una "forma de pensamiento" que acabará pareciéndole, "no obstante, ambigua en alto grado" ("Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie, Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung", *ARSP beiheft 44*, 1991, p. 156; también *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 126).

(*Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg,

[16] No "existe una opción entre corrección y positividad del derecho. Tan sólo las dos a un mismo tiempo pueden constituir derecho" (Kaufmann, A., *Filosofía del derecho*, trad. de L. Villar Borda y Ana María Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 189 y 190). Citamos en éste y otros casos obligadamente el texto y paginación de la versión en español, por tratarse de pasajes pertenecientes a un capítulo que "fue ampliado y modificado por el autor para esta edición, de manera que difiere en numerosos aspectos de la última edición alemana. El Profesor Kaufmann estimó que era necesario rehacer esta parte tan importante de la obra" (*Ibidem*, p. 20).

Todo ello implica el deslinde entre un relativismo meramente gnoseológico, que marcaría los inevitables condicionamientos de la racionalidad subjetiva —incluida, como es lógico, la del propio juez— y la existencia de un fundamento ontológico objetivo, capaz de suministrar aprovechables indicios éticos;[17] por más que su delimitación más detallada deba siempre producirse en diálogo con el marco normativo general. Se trataría de una ontología no ciega a lo existencial,[18] alejada por tanto del "ontologismo"; reprochable por igual al derecho natural racionalista, a la jurisprudencia de conceptos o al positivismo "lógico-normativo", que comparten una "deducción de la existencia a partir de la esencia".[19]

Esta denuncia había sido ya planteada por el "Movimiento del derecho libre", que excluye que la decisión jurídica pueda deducirse de la ley, niega la identidad de ley y derecho y resalta la historicidad del segundo. Su afirmación de que no hay en el derecho menos lagunas que palabras en la ley le llevaba en la práctica a desligar al juez de todo punto de referencia. El intento de remitirlo a una "naturaleza de la cosa" concebida en clave fáctico-sociológica encubría una inevitable querencia criptonormativa. Dibujando una nueva querella de los universales, el ultrarrealismo de la jurisprudencia de conceptos se enfrentaría a un nominalismo iusliberista. Habría que superar este dilema entre un *Gesetzesstaat* y un

[17] El relativismo se daría, pues, en un plano teórico-cognoscitivo y no ontológico; pero junto a la historicidad del conocimiento de lo jurídico, nos hallamos con la historicidad ontológica del objeto de ese conocimiento. La diferencia entre la esencia y la existencia aparece por entonces como la clave de la historicidad. Esencia del derecho y existencia del derecho, iusnaturalidad y positividad, conformarían la realidad jurídica. En este contexto cobraba ya importancia la comunicación lingüística y el valor de la tradición como algo vivo "que introduce el ayer en el hoy para optar por un mañana" (*Das Schuldprinzip*, *op. cit.*, nota 12, pp. 43, 70, 81 y 90).

[18] *Rechtsphilosophie*, *cit.*, nota 2, p. 85.

[19] En estos años le sabrá a poco ese mínimo de metafísica que el mismo Kelsen reconocería como indispensable, para aspirar al "máximo metafísico admisible", convencido de que el planteamiento teórico-cognoscitivo es sólo un intento que deja abiertas muchas preguntas. Ello le llevaba a postular una antropología que giraba en torno a estos puntos: posibilidades y límites de la razón humana para conocer metafísicamente; historicidad ontológica del hombre, como desarrollo de su base esencial; sentido creacional de la persona humana como fundamento (teocéntrico) de la ética, que deriva a su vez de la peculiar historicidad del hombre, que forja su propio mundo. Aclarará por entonces que entiende la "metafísica en sentido clásico aristotélico-tomista como la ciencia objetiva de una dimensión *übersinnlich* de lo real"; todo ello en el marco de un iusnaturalismo que no tiene empacho en calificar de muy "acrítico" (*Das Schuldprinzip*, *op. cit.*, nota 12, pp. 8, 39, 50, 56 y 57).

Richterstaat, que convertiría el juez en poder privilegiado, para lograr un auténtico Estado de derecho (*Rechtsstaat*).[20]

El peligro de llegar a un "Estado de jueces" será, en efecto, uno de los argumentos que se opondrán a una profundización filosófica de la distinción que la propia Ley Fundamental alemana plantea (en su artículo 20.3), al subordinar los poderes del Estado a "la ley y el derecho"; se temía que de ello derivara la ruptura de la división de poderes con una inevitable "politización" por vía judicial. La Constitución española asumirá sólo a medias este nuevo escenario, ya que, si bien en su artículo 103 someterá a la administración a ambos, al referirse a los jueces (en el artículo 117) los considerará "sometidos únicamente al imperio de la ley".[21]

La situación, pues, se complica. Se mantiene, por una parte, el principio de legalidad frente a cualquier huida a un derecho no escrito; la positividad viene exigida por la misma "naturaleza de la cosa", por lo que no cabría obtener derecho sin apoyarse en una ley, intentando un recurso directo a la misma *Natur der Sache*. Se resalta, a la vez, que positividad equivale a judiciabilidad, lo que explicaría la positividad jurídica de la costumbre. La interpretación de la ley implica ante el caso concreto un sondeo del contenido de hecho, por lo que "todo ello se falsea cuando en esa determinación específica del derecho se habla sólo del «sometimiento» del juez a la ley. Si el juez estuviera «sometido» a la ley, le estaría prohibido ir más allá de ella, que es lo que hace cuando la interpreta".[22] La interpretación no sería tanto un "pensar después lo ya pensado", como un creativo repensar, que ha

[20] *Freirechtsbewegung - lebendig oder tot? Ein Beitrag zur Rechtstheorie und Methodenlehre*, introducción a E. Fuchs, *Gerechtigkeitswissenschaft*, Karlsruhe, Müller, 1965, pp. 6, 10, 13, 16 y 17 (incluido luego en *Rechtsphilosophie im Wandel*, *op. cit*., nota 11, pp. 231-249). Afirmaciones similares en la coetánea *Analogie und Natur der Sache*, *op. cit*., nota 5, p. 44.

[21] Ello no ha dejado de gravitar a la hora de valorar la importancia del precedente judicial para estimar vulnerado o no el principio de igualdad en la aplicación de la ley. De ello nos hemos ocupado en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

[22] *Gesetz und Recht en Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*, Frankfurt/M., Klostermann, 1962; la cita en p. 389; respecto a lo aludido en este párrafo y el anterior, *cfr*. pp. 361, 363, 373, 385 y 390 (trabajo incluido luego en *Rechtsphilosophie im Wandel*, *op. cit*., nota 11, pp. 131-165). Comentando este mismo trabajo, apostillará que la fórmula que vincula la independencia del juez con su exclusivo sometimiento a la ley "es no sólo falsa sino absolutamente irrealizable" ("Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie", *op. cit*., nota 15, pp. 151 y 152).

de llevar hasta su final un pensamiento no concluido; con lo que será el juez y no el texto legal el que acabe siendo más inteligente que el legislador.

Inevitablemente se apuntará incluso, con citas a Tomás de Aquino,[23] que si una ley injusta no es derecho, sería contradictorio un Estado de derecho que obligara al juez a aplicarla. La consecuencia afecta a nuestro problema: "independencia judicial quiere decir liberarse de lo extraño al derecho".[24] No cabría siquiera apelar a la seguridad jurídica, porque también el terror asegura y Hitler no habría quizá logrado implantar su dictadura sin la obediencia de los jueces.

Por más que se nos diga que la resistencia a la antijuridicidad legal no plantearía tanto un problema de conciencia como una cuestión propiamente jurídica, el atolladero no admite fácil solución. Todo ello parece invitarnos a reconocer, más allá del derecho como mandato del legislador, el juego inevitable de un derecho de juristas, identificado no con la ley sino con una "cosa juzgada", en cuya determinación el juez asumiría institucionalmente un papel de indudable relevancia.

¿En qué medida influirán sus propios planteamientos personales? ¿Existen resortes capaces de controlar la dimensión creativa de la tarea de los miembros de ese poder que es ahora cualquier cosa menos "nulo"? Para que la situación no llegue a resultar inquietante sería preciso que se diera algún grado de confluencia entre tres posibles fuentes de confianza: la existencia de elementos éticos objetivos cuyo conocimiento, aun siendo problemático, resultara no obstante factible a través de un esfuerzo intersubjetivo; la eficacia de los mecanismos procesales para dar cauce a dicho esfuerzo, así como para dejar abierta alguna instancia rectificadora de posibles errores; la nitidez de la llamada independencia "objetiva" de ese gremio judicial, capaz de transmitir una apariencia de imparcialidad que consolide la credibilidad social de sus resoluciones.

[23] Son frecuentes en esta etapa de su obra, tras el interés despertado en sus lecturas de Pieper. No llegarán a desaparecer, por más que se considere "apostrofado" cuando, quizá por su "procedencia católica", se le cataloga como "neotomista"; considera que su "primer escrito filosófico-jurídico (*Naturrecht und Geschichtlichkeit*, *cit*., nota 12) estaba ya acentuadamente dirigido contra la interpretación de Tomás propia del neotomismo de la época" ("Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie", *cit*., nota 15, pp. 146 y 147).

[24] *Gesetz und Rect*..., *op*. *cit*., nota 22, p. 365, *cfr*. también pp. 364, 366 y 368.

II. El juez contribuye a decir un derecho que es lenguaje

El problema planteado por la inevitable ahistoricidad de un texto legal desconectado del dinamismo de la realidad social, sobre la que está obligado a proyectarse, se verá pronto acompañado por un segundo motivo de reflexión. Aun admitiendo que el juez fuera sólo la boca que pronuncia la palabra de la ley ¿qué palabra es esa que el juez está llamado a pronunciar? Del problema de la historicidad pasamos a otro muy vecino: el del lenguaje. Ya había quedado de relieve que el sentido de las palabras, si no se quiere privarlo de historicidad, no debe concebirse estáticamente; ahora se resaltará que, en cualquier caso, tal enfoque sería imposible, precisamente porque el lenguaje jurídico no es nunca unívoco sino análogo. Lo que hasta ahora era revisión teórico-jurídica superadora del legalismo, pasará a discurrir por derroteros filosóficos,[25] vinculados al giro lingüístico de la filosofía posheideggeriana.[26]

Profundizará, pues, en cómo el lenguaje despliega una dimensión capaz de configurar la realidad. Mientras que el racionalismo aspiraba a apoyarse en un lenguaje unidimensional y unívoco, al que erigía en condición de toda ciencia, ahora se pondrá de relieve que el derecho no puede ser deducido sino "hablado"; de lo que había ya dado fe el clásico concepto de *iuris-dictio*.[27] El derecho se constituye en un acto de comprensión, que a su vez se articula a través del lenguaje.[28]

[25] El mismo A. Kaufmann fechará en 1957 el arranque del influjo de Gadamer sobre su obra. Aunque apunte que ya en su estudio sobre *Analogie und Natur der Sache* (*cit*., nota 5) "se abre camino por vez primera el entendimiento hermenéutico del derecho y de su proceso de determinación, de un modo claramente reconocible", resulta más convincente su afirmación de que será después cuando publique otros trabajos en los que procura profundizar en la perspectiva hermenéutica ("Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie", *op*. *cit*., nota 15, pp. 146, 153 y 156).

[26] Si el comienzo de la Modernidad se caracteriza por el poder y el afán de cambiar todo dominándolo, hoy hay que replantear la frase de Marx diciendo: hasta ahora el filósofo procuró cambiar el mundo, ahora toca de nuevo volver a interpretarlo (Kaufmann, A., "Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart", *Juristenzeitung*, 1963, 18, p. 148; incluido luego en *Rechtsphilosophie im Wandel*, *op*. *cit*., nota 11, pp. 167-199).

[27] "Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik", *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt/M., Klostermann, 1969, pp. 252, 255, 256 y 265; incluido luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, *op*. *cit*., nota 10, pp. 25-52.

[28] *Wozu Rechtsphilosophie heute?*, Frankfurt/M., Athenäum, 1971, p. 28 (trabajo que tuve ocasión de traducir al español: *Sentido actual de la filosofía del derecho, ACFS*,

"No se tratará ya de plantear cómo el derecho puede «deducirse lógicamente» de normas estrictas, sino que la cuestión versará más bien sobre cómo puede el derecho «comprenderse hermenéuticamente» desde un lenguaje históricamente vivo". No es lo mismo afirmar que "el derecho se sirve del lenguaje" que dejar sentado que "el derecho se produce a través del lenguaje". Todo ello ofrecerá una nueva visión de aspectos ya estudiados en ese surgimiento del derecho como correspondencia entre ser y deber ser. "Con el lenguaje como *medium* el hombre se apodera del mundo y se apodera de su prójimo, a través del lenguaje ejerce poder". Pero, "sobre todo, el hombre a través del lenguaje se apodera también de sí mismo, se construye «su mundo»". Como "también el derecho es un «mundo»", "cuando el derecho «se aplica», se realiza; se produce una mediación de dos mundos"; porque "a través de la realización del derecho el deber ser y el ser se ponen en contacto".[29]

De todo ello derivará una obligada crítica a la insuficiencia del normativismo jurídico. El derecho no es norma abstracta sino ante todo acto, acción de justicia, un ocurrir real entre los hombres.[30] La actividad jurídica cobra carácter de filosofía práctica, marcando así a la misma filosofía del derecho. Ésta, más que aspirar a elaborar un sistema, habrá de alimentar una reflexión crítica del derecho existente, incitando a una defensa del derecho respecto a lo injusto.[31] Junto a ella la teoría del derecho habría de ser tam-

1972, 12/1, pp. 7-36; fue incluido luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, *op. cit*., nota 10, pp. 1-23).

[29] *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, *op. cit*., nota 10, p. 84; *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 111 y 112. Ya antes había afirmado que "Sein" y "Sollen" no son idénticos ni diferentes sino correspondientes ("Das Recht im Spannungsfeld von Identität und Differenz. Meditationen über ein unauslotbares Thema", *Recht als instrument van behoud en verandering. Opstellen aangeboden aan Prof.mr.J.J.M. van der Ven*, Deventer, Kluwer, 1972, p. 73.

[30] "Die «ipsa res iusta». Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie", *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1973, pp. 34 y 35, con abundantes alusiones a Tomás de Aquino; incluido luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, *op. cit*., nota 10, pp. 53-64.

[31] Así la pregunta ¿para qué una filosofía del derecho hoy? encontrará como respuesta: para hacer más justo el derecho y con él las relaciones humanas (*Wozu Rechtsphilosophie heute?*, *cit*., nota 28, pp. 36 y 39). De tal perspectiva brotará su crítica, por "irreflexivos", a los planteamientos sistémicos de Niklas Luhmann, que invitan a separar la decisión y el convencimiento sobre su corrección, promoviendo una actitud de aceptación indiscriminada fruto de un proceso de aprendizaje, del que espera frutos funcionalmente óptimos para una sociedad caracterizada por su "complejidad" (Kaufmann, A. y Hasse-

bién "crítica" y por tanto metadogmática. Aun siendo teoría, encerrará siempre una tarea político-jurídica: hacer más humana la sociedad y cambiarla hacia la justicia. Autorreflexión y crítica se convierten, pues, en momentos indispensables del pensamiento teórico-jurídico.[32]

La querencia al sistema, propia de la teoría del conocimiento racionalista que sirve también de matriz al legalismo iusnaturalista, se prolonga en su herencia positivista. Se mantiene la búsqueda de una *razón pura*, liberada de prejuicios y ajena a valoraciones. Su cuestionamiento ampliará aún más la obligada "apertura" del sistema jurídico. No se trata ya sólo de aprestarlo a asumir ulteriores aportaciones complementarias, exigidas por el desarrollo histórico del proceso de positivación del derecho; será preciso que asuma también la prehistoria hermenéutica de dicho proceso, fruto de la constatación de que lo que sabemos lo debemos no menos a nuestros prejuicios que a nuestros juicios, que no serían —en el mejor de los casos— sino prejuicios sometidos a consciente reflexión.

Ya Radbruch había sugerido que ningún juez "se encamina virgen, por así decir, a la decisión de un caso". Se ha hecho imposible el viejo modelo que contemplaba una operación en dos tiempos. El juez habría de "reconstruir desde el pasado, movido por una «intención de verdad», un contenido de hecho para él plenamente desconocido"; con lo que elaboraría una "mediación de los hechos" antes de dar paso a una "aplicación del derecho", movida por una "intención de justicia"; y todo ello impermeabilizado respecto al entrecruce de opiniones políticas, sociales o religiosas.

No tiene mucho sentido seguir esperando que, como garantía de independencia, el juez se enfrente a un "contenido de hecho plenamente desconocido", mientras existan prensa, radio y televisión. Es obvio que aunque el juez no conozca el caso del que se va a ocupar, sí conoce otros similares, lo que ya generará en él un prejuicio. Es más, "si el juez no partiera de ese conocimiento y de tal prejuicio no sería un juez adecuado; ya que si debe mediar

mer, W., *Grundprobleme der zeitgenösischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Frankfurt/M., Athenäum, 1971, pp. 30 y 33. De la *Systemtheorie* nos hemos ocupado repetidamente; *cfr*., por ejemplo, los estudios incluidos en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 63-98.

[32] Ello no evitará sus recelos ante la autoproclamada "teoría crítica": la crítica debe destrozar el error, la comodidad, el correr tras una bandera, una palabra o un dogma; cuando Habermas afirma que en la energía de la autorreflexión conocimiento e interés son uno, desconoce la historicidad del ser humano (Kaufmann, A., *Einleitung a Rechtstheorie. Aufsätze zu einem kritischen Rechtsverständnis*, Karlsruhe, Müller, 1971, pp. 3 y 4.

el contenido de hecho, ¿cómo podrá hacerlo si no sabe de qué va el asunto? y ¿cómo podría emitir un juicio justo si no lo pudiera comparar con muchos otros casos? (¡principio de igualdad!)".[33]

La clave estará en que comprender un texto no es "arribar a una tierra del todo nueva, sino que es siempre un «reconocer» algo ya conocido". La independencia judicial cobra así un sesgo inesperado: "no hay duda alguna, aunque parezca formulado sarcásticamente, de que el «subjetivismo judicial» amenaza de modo especial al que sólo tiene en cuenta lo objetivamente dado, con lo que se le escapan los momentos subjetivos de la actividad juzgadora".[34]

El cuestionamiento del papel del "sistema" en la dinámica jurídica irá así de la mano de una relativización del método como condición de la racionalidad del proceso. El problema no será ya si, como llegó a plantearse, el positivismo es lógicamente posible sino si lo es hermenéuticamente.[35] El positivismo no sólo identifica racionalidad y ciencia, sino que vincula ésta a una determinada metodología. Por el contrario, el desvelamiento de la dimensión hermenéutica de nuestro conocimiento no prescribe ningún método, ni es, "como frecuentemente se ha malentendido, una más entre otras metodologías específicas, orientada hacia una descripción teóricognoscitiva del acto de comprensión; se pregunta por las condiciones trascendentales de la misma posibilidad de comprender textos" y, en consecuencia, de "comprender el sentido de algo".[36]

Inevitablemente quedará, a la vez, de relieve en qué medida el punto de arranque del proceso interpretativo no es el método, sino una precomprensión que, mediante un esfuerzo fundamentador, llevará a la *elección del método*[37] oportuno. Supondría, en cualquier caso, "malentender grosera-

33 "Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit", *cit*., nota inicial, pp. 298, 301 y 302.

34 *Ibidem*, pp. 302 y 305; en la separata que me envió el autor había corregido de su puño y letra la errata que convertía esa *Urteilstätigkeit* en mera *Urteilsfähigkeit*. También *Filosofía del derecho*, *cit*., nota 16, p. 181.

35 "Die «ipsa res iusta»", *op*. *cit*., nota 30, p. 36.

36 "Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik", *Europäische Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, München, 1982, t. I, p. 540 (incluido luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, *op*. *cit*., nota 10, pp. 89-99); también *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 44 y 45.

37 Arquetípico al respecto Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt/M., Athenäum, 1970; no deja de ser significativa la triple cita de su segunda edición que encontramos en "Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit", *cit*., nota inicial, nota 22, 32 y 41 en pp. 300, 303 y 306 respectivamente.

mente la aportación de la hermenéutica, vislumbrar en esa reelaboración de la estructura prejudicial del comprender un cheque en blanco para la arbitrariedad o la manipulación de la determinación del derecho". Contribuirá más bien a "hacerla transparente, al superar la seudorracionalidad de la metodología al uso, orientándola hacia una racionalidad efectiva". Parece, pues, obligado aclarar que no "pueden decidir los jueces en la elección del método enteramente según su voluntad", porque es obvio que diferentes métodos permitirán fundamentar soluciones contradictorias, lo que podría acabar dando paso a una "determinación jurídica por el resultado".[38]

Esta inevitable elección del método resucita la entraña, no tanto lógica como analógica, del discurso jurídico. La analogía "no es una conclusión lógica, sino una comparación", que en el "proceso de creación del derecho no es percibida conscientemente por el práctico la mayoría de las veces". Su creatividad radica en que "la validez de una analogía depende, esencialmente, de la elección del punto de comparación", y éste "se basa no tanto en un conocimiento racional sino, en buena parte, en una decisión y, por lo tanto, en un ejercicio de poder, lo que en la mayoría de los casos ocurre, incluso, sin que medie reflexión".[39]

Es obligado en consecuencia abandonar la pretensión de llegar a un conocimiento "objetivo", al relativizarse "el esquema sujeto-objeto". "La comprensión es siempre al mismo tiempo objetiva y subjetiva", ya que el que aspira a comprender un sentido "se introduce en el horizonte de la comprensión y no reproduce de manera puramente pasiva en su conciencia lo comprendido, sino que lo conforma".[40] Si ya había quedado de relieve que toda presunta aplicación de la norma encierra siempre su simultánea in-

[38] "Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", en Lackner, K. *et al*. (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Walter de Gruyter, 1973, pp. 19 y 20; incluido luego en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, *op*. *cit*., nota 10, pp. 65-77 (hay traducción al español de Renato Rabbi-Baldi y María Elisa González Dorta: *Persona y Derecho*, 1993, 29, pp. 11-31). "Las precomprensiones son lo humano en la determinación del derecho; ninguna técnica, por desarrollada que sea, las puede proporcionar". Dado que "casi todo juez lo sabe, eso no sería tan malo si la anticipación del resultado fuera sometida a reflexión como hipótesis provisional", en vez de verse enmarcada en un "pensar subsuntivo ontológico-substancial" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 62, 63 y 64).

[39] La analogía "no es una conclusión lógica. Procede «en círculo», porque es «a un mismo tiempo», siempre, caso, norma y resultado, pues éstos se condicionan mutuamente" (*Filosofía del derecho*, *cit*., nota 16, pp. 162, 163 y 177).

[40] *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 45.

terpretación, se desvelará ahora cómo ésta arranca de una precomprensión que se anticipa a cualquier momento reflexivo. Tanto racionalismo como positivismo condenarían tal escenario, proscribiendo un círculo vicioso que nos abocaría a la irracionalidad.

Qué duda cabe que este apartarse de la vieja querella entre iusnaturalismo y positivismo para avecinarse a la hermenéutica "no significa facilitar al juez su tarea". Por el contrario, "decir el derecho se hace más difícil, aunque también más humano. Tanto el derecho natural racionalista como el positivismo jurídico habían hecho del jurista, y por ende del juez, un funcionario. La hermenéutica jurídica le devuelve su personalidad", situándolo con ello en una tesitura más comprometida. En la medida en que "la imagen del juez enteramente neutral, no predispuesto, completamente objetivo y despersonalizado, circula totalmente al margen de la realidad", parecería que en esta búsqueda del sentido nos encontraremos más en manos de un cierto "sentimiento" jurídico que de una actividad propiamente científica.[41]

No ocurre, sin embargo, en lo jurídico nada distinto que en cualquier otro proceso de conocimiento. En ninguno cabe "evitar el círculo: la referencia original de expresión y expresado, de lenguaje y cosa nombrada en el lenguaje". Más que ante un vicioso círculo, nos hallamos, de la mano de Heidegger y Gadamer, ante "una condición trascendental del comprender. No cabe comprender la parte sin una precomprensión del todo; el todo, sin embargo, no es comprensible sin una captación de sus partes".[42]

La alternativa ofrecida por la hermenéutica remitirá al enraizamiento del prejuicio en una tradición que no sería sino razón acumulada por decantación. Frente a una pretendida objetividad, denunciable como "ideológica", la hermenéutica se nutre "del suelo común del mundo público que pisamos, de la asegurada permanencia de las intuiciones públicas de las que vivimos".[43]

41 *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, *op. cit.*, nota 10, p. 88; incluso "habría que preguntarse si tan estilizado juez ha tenido alguna vez un sentimiento jurídico". Por lo demás, hasta recurriendo a "un uso generoso de la palabra «racional», sería difícil hablar de una «racionalidad del sentimiento jurídico»" (*Rechtsphilosophie*, *cit.*, nota 2, p. 63).

42 Ello le llevará a evocar a Radbruch —"la interpretación es el resultado de su resultado, el medio de interpretación será elegido después de que el resultado ha sido constatado"— o al "ir y venir de la mirada entre premisa mayor y circunstancias de hecho" de Engisch (*Rechtsphilosophie*, *cit.*, nota 2, p. 82).

43 *Recht und Rationalität. Gedanken beim Wiederlesen der Schriften von Werner Maihofer*, al que en esta ocasión cita (en *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für*

La subjetividad del juez deja de ocultar su evidente protagonismo, dado que "la comprensión hermenéutica de un texto no es algo meramente receptivo", sino que "supone al mismo tiempo y ante todo una autocomprensión del mismo sujeto que lo comprende". No sólo "es inútil buscar una «corrección objetiva» del derecho al margen del proceso de comprensión hermenéutica", sino que estará "destinado al fracaso todo intento de separar en las ciencias de la comprensión la racionalidad y la personalidad del que comprende". Pero, como ya se nos dijo, esta abolición del esquema sujeto-objeto en el conocimiento no significa ninguna vuelta hacia el subjetivismo, ya que el pensamiento hermenéutico no permanece prisionero de las eventualidades del momento sino que vive del "legado" de la tradición; y "contra todos los racionalismos formalistas habría que repetir que entre una tradición así entendida y la razón no hay ninguna contradicción".[44]

La hermenéutica aspira así a "tratar lo irracional de la forma más racional posible".[45] La racionalidad del derecho dependerá en buena medida de la conciencia del papel de la subjetividad del juez,[46] mientras que si —comenzando por él mismo— la ignoráramos, se arruinaría su independencia y nos veríamos condenados al juego de una irracionalidad incontrolada. Le servirá de ejemplo la carga valorativa de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre las sentadas pacifistas que bloqueaban la circulación. A sus magistrados "no cabe reprocharles" que partieran de una precomprensión; pero lo decisivo es "destaparla, reflexionar sobre ella, someterla a argumentación y estar dispuestos a corregirla", y eso fue "lo que los jueces no hicieron".[47]

Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt/M., Klostermann, 1988, p. 39). "La hermenéutica, en lugar de aspirar a una objetividad demasiado ambiciosa y engañosa, se conforma con una honesta intersubjetividad" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 90 y 91).

[44] *Theorie der Gerechtigkeit. Problemgeschichtliche Betrachtungen*, Frankfurt/M., 1984 (citamos por la traducción española: *ACFS*, 1985, 25, p. 57); *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 45 y 46; también pp. 90 y 294.

[45] O mejor, citando a W. Hassemer, a "dar cuenta de lo irracional racionalmente" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 46, 48 y 64.

[46] "El objetivismo degrada al juez al convertirlo en un autómata subsuntivo a lo Montesquieu. Tenemos que abordar la personalidad de un juez que, junto a los conocimientos legales —que se dan por supuestos—, une en sí capacidad de juicio, experiencia vital y saber hacer" "(Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik" *op*. *cit*., nota 36, p. 539).

[47] "Los motivos aducidos no son sino fundamentos aparentes". El resultado se puede discutir, "pero no cabe duda razonable de que el método seguido por el Tribunal no cum-

El horizonte en el que brota cualquier pregunta, fuente obligada de todo saber, es fruto de lo que inconscientemente ya sabemos, por nuestra situación en un contexto práctico existencial. Si todo saber arranca, lo sepa o no, de un momento interpretativo, ello ocurrirá aún más los saberes "clínicos", que —rebosantes de dimensión práctica— no se limitan a reproducir receptivamente lo real sino que contribuyen a configurarlo en su proyección histórica. Todo invitaría, pues, a un abandono confiado en manos del juez, como el que suele generarse en la relación médico-enfermo hasta convertir, más de una vez, en mera liturgia los detallados protocolos que aspiran a garantizar el llamado consentimiento informado.

Como ocurre con la praxis médica, la tarea de "hacer" justicia no consistirá en aplicarla (como no se "aplica" la salud), sino en contribuir a generarla. Pretender lograrlo mediante puras intuiciones arbitrarias sería condenarse al curanderismo. Habrá que confiar en que ese saber práctico, acumulado mediante la intersubjetividad diacrónica de la tradición, alimentará las más fecundas precomprensiones.

Éstas, sin embargo, habrán de verse sometidas a un control reflexivo, momento en el que la norma y su elaboración sistemática volverán a entrar decisivamente en juego; aparte de haber sido también, de modo más o menos indirecto, uno de los ingredientes básicos del momento pre-reflexivo. La "doctrina" forma parte de toda experiencia clínica que aspire a una exigible calidad, antes de acabar alimentándose de la reflexión circular (o "espiral")[48] a que el prejuicio, que ella misma contribuyó a germinar, se verá sometido. Al fin y al cabo "el sentimiento jurídico es el arte de tener pre-comprensiones correctas".[49]

ple los requisitos científicos" (*Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, *cit.*, nota 1, pp. 33 y 34). "El juez que piensa que obtiene la decisión «sólo de la ley» y no también de su persona, con sus características peculiares, incurre en un error ciertamente funesto, pues acabará siendo, inconscientemente, dependiente de sí mismo" (*Rechtsphilosophie*, *cit.*, nota 2, p. 46; también 58 y 59).

48 "El camino desde la legislación hasta la decisión jurídica indica una vía de concretización, de positivación, de devenir histórico del derecho"; ello implica "un camino en forma de espiral", en el que deber ser y ser son puestos en correspondencia recíproca haciéndose "idénticos en cuanto al sentido", que "se encuentra en ambos". Nunca perderá ocasión de recordar que "la acertada expresión espiral hermenéutica fue introducida por Winfried Hassemer" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 46, 148 y 149).

49 Por eso "la jurisprudencia es, a semejanza de la medicina, en gran medida un arte" (*ibidem*, p. 64).

La precompensión llevará, pues, de la mano a la argumentación jurídica, pero situándola en un marco de referencia que cuestionará —sobre todo en el ámbito jurídico-penal— su consideración como mero "caso especial" del discurso racional. Sólo quien, intentando captar el sentido jurídico del caso, se introduce "con toda la tradición que lleva consigo en el horizonte de la comprensión, podrá fundamentar argumentadamente lo que como resultado «provisional» ya había anticipado".[50]

Todo ello descargará sobre el juez una inevitable responsabilidad, política *a fuer* de ética. "La reflexión ha de incluir a la persona del que juzga; el juez debe así decidir situarse a sí mismo bajo sospecha de ideología. Un juez puede juzgar de modo más objetivo e independiente cuanto más consciente sea de sus prejuicios y de sus dependencias, y más se esfuerce por llegar a un consenso intersubjetivo". Sería ingenuo pretender que cada juez lleve incorporado un sicoterapeuta. Por eso, sin perjuicio de contar con la ayuda de mecanismos institucionales —como la existencia de tribunales colegiados o la publicidad de votos particulares que transparenten el debate—, el problema seguirá existiendo. Ha perdido sentido la imagen del juez "sometido sólo al imperio de la ley", y se ha visto sustituido por una indisimulable personalidad juzgadora. La independencia judicial ha dejado de ser un estado, que quepa constatar, para convertirse en una meta a la que acercarse más y más.[51]

Por más vueltas que se le pretenda dar, parecerá que nos veríamos abocados a aguardar el resultado satisfactorio de una saludable exhortación ética, abandonándonos confiadamente en el estamento judicial. ¿Qué ocurrirá cuando su obligado condicionamiento prejudicial se le convierta en abierto conflicto de conciencia? En diálogo con Karl Peters, suscribirá que en tal caso el juez debería apartarse del proceso, precisa-

[50] Aunque "la hermenéutica no es teoría de la argumentación, la exige", pero "la teoría de la argumentación no comparte la supresión hermenéutica del esquema sujeto-objeto, sino que insiste en la objetividad" ("Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit", *ARSP*, 1986, 72, pp. 435-437; y *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 46 y 48). En su lección de despedida señalará cómo del principio de razón surgen los tres pilares del discurso práctico normativo, encabezado por el principio de argumentación, al que siguen el de consenso o convergencia y el de falibilidad (*Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit. Abschiedvorlesung*, 2a. ed., Heidelberg, Decker & Müller, 1992, p. 33; hay traducción al español de Luis Villar Borda, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992).

[51] "Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit", *cit*., nota inicial, pp. 306 y 307.

mente porque "no es un subsumidor automatizado sino un responsable co-conformador del derecho". Su función, actuando en conciencia, no podrá ser operar una rectificación de la ley sino colaborar a su cumplimiento, practicando la "obediencia pensante" de que hablaba Heck; para eso ha de estar en condiciones de suscribir conscientemente la ley.

La exigencia ética que pesa sobre el juez se acentúa. Si "en una sociedad pluralista son mandatos supremos para el legislador las virtudes de la mesura y la tolerancia", sólo podrá a la vez darse una verdadera independencia judicial "cuando el juez suscribe la ley con una íntima convicción y la puede llevar a su cumplimiento con una responsable decisión en conciencia".[52] Queda, pues, cada vez más claro lo que de él se espera; pero no tanto con qué resortes puede contar el ciudadano para no verse defraudado.

En todo caso, la circularidad hermenéutica ha convertido al saber jurídico, tras siglo de mendigar el reconocimiento de una problemática condición "científica", en exponente de las raíces de cualquier saber[53] y en arquetipo de saber práctico por excelencia. Tradición, precomprensión y remisión reflexiva al sistema componen un escenario fácil de situar en paralelo al juego del paradigma dominante, propio de la "ciencia normal":[54] la posible irrupción de una nueva hipótesis revolucionaria y su posterior consolidación como nuevo paradigma de normalidad; no es fácil encontrar tampoco esquema más realistamente aplicable al saber jurídico.

El sistema jurídico se abre así, no sólo a la complementaria aportación posterior de unos subsidiarios principios generales del derecho, sino a estas reciclables aportaciones previas que emergen en el arranque mismo del proceso de positivación. Ello no implica que la *subsunción* no desempeñe ya papel alguno, pero lo que sí cambiará será su alcance y su emplazamiento. Como vimos, su tópico planteamiento unía una objetiva "compro-

52 *Ibidem*, p. 308.

53 "El círculo no es simplemente el evitable producto de un pensamiento deficiente, sino que pertenece a la naturaleza de nuestro pensar" "Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung", *cit*., nota 38, p. 1).

54 Por utilizar la conocida expresión de T. S. Kuhn, en *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971. Aunque A. Kaufmann no lo cite expresamente en su obra conclusiva, no deja de aludir a uno de los ejemplos con que ilustra su propuesta: la comprensión del electrón como corpúsculo o como onda (*Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemein Verbrechenslehre*, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1982, p. 23. De Kuhn nos hemos ocupado en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de Diputados, pp. 118-127.

bación de los hechos" realizada "con «intención» de verdad" y una "aplicación del derecho" temporalmente posterior y realizada con "intención de justicia". Al añadir a ello "la idea de la fungibilidad del juez, en el sentido de que todo juez, en cada proceso, obtiene el mismo resultado que cualquier otro", se alcanzaría un grado óptimo de seguridad jurídica. En realidad, sin una oportuna precomprensión no se accede nunca a los problemas jurídicos relevantes. En consecuencia, la subsunción dejará de aparecer como punto central del proceso, para convertirse en su piedra de toque final como "control de pensamiento conclusivo, sobre si el proceso se ha acometido correctamente para poder subsumir".[55]

La fecundidad de la dimensión interpretativa del lenguaje legal confluirá con la historicidad del derecho. "La realización del derecho es un acto conformador, en el que norma y caso se encuentran bajo la ley de la historicidad. La ley, desplegada hermenéuticamente, es distinta de lo que era; también el caso, en cuanto juzgado jurídicamente, cobra una nueva dimensión". Un mismo texto legal irá cambiando de sentido jurídico. Más que atribuir al texto legal dotes adivinatorias, habrá que reconocer que el papel creativo del juez es ineliminable. "Eso que crece en la ley, por medio de su continua interpretación (en razón de su adaptación sin fin a las nuevas circunstancias), no proviene del legislador, sino del cerebro de los intérpretes". Sólo así cabe entender que "la ley es más inteligente que el legislador".[56]

Con ello el relativismo volverá a entrar en discusión. Una dimensión meramente "historicista" de la tradición daría paso a una hermenéutica de la destrucción, de envidiable dimensión crítica pero nula capacidad constructiva. El juez, inserto en el mundo de su particular tradición —que no reflejará necesariamente la de la mayoría de sus conciudadanos—, se habría convertido en pieza clave, arruinando las expectativas de seguridad suscitadas por la norma legal. Pero cabe también reconocer en la tradición una dimensión ontológica, como escenario histórico del desvelamiento de lo real.

La mera primacía del momento judicial, desvinculado de cualquier contexto ontológico, nos llevaría a echarnos en brazos del juez "hercú-

55 Frente a críticos más radicales defenderá, no obstante, que "el modelo de la subsunción no se ha vuelto obsoleto", aunque "el método jurídico no se agota, en lo más mínimo, en una subsunción del caso bajo la ley" (*Filosofía del derecho*, *cit*., nota 16, pp. 176, 180, 183 y 187).

56 "Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt", *ARSP*, Supplementum II, 1988, p. 115. *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 236.

leo", presto a establecer por sí y ante sí la teoría de la justicia alimentadora de la realidad jurídica. La alternativa —aunque ya se hable menos de la "naturaleza de la cosa", casi archivada en el museo de las fórmulas coyunturales— sería la posibilidad de dialogar con un contexto real capaz de alumbrar una *res iusta*. La *Natur der Sache*, en efecto, le parece ya sólo uno de los intentos de la posguerra "de superar la situación de miseria jurídica heredada del nacional-socialismo, o sea, de afrontar la arbitrariedad en el pensamiento jurídico"; pero enfatizará su sintonía con la versión de Radbruch, que "la entiende sólo en el sentido neokantiano como una «forma mental» mediante la cual puede distender el «dualismo metódico» de ser y deber ser", y no tanto con la de Maihofer, que "proviniendo de la filosofía de la existencia de Martin Heidegger" la considera "una genuina fuente del derecho en el sentido de un «derecho natural concreto»".[57]

El problema surgirá a la hora de explicitar esa posible objetividad ontológica, dado que la inevitable afinidad de "objeto" y "cosa" parece amenazar con un planteamiento cosificador del derecho. Es esa cosificación la que estaba en juego cuando se resalta cómo la hermenéutica existencial pone en cuestión la relación sujeto-objeto típica del positivismo. "Todo proceso ha de tener un objeto, que en el ámbito de lo normativo no sería una substancia, y que no se identifica con el proceso (por más que todo jurista recurra al término «objeto del proceso»)". La relación entre *proceso* y *objeto*, entre *cómo* y *qué*, evoca el dilema iusnaturalismo-positivismo. "El positivismo lo aclara todo desde el cómo, desde la forma (los contenidos son para él equivalentes), el iusnaturalismo por el contrario lo aclara todo desde el qué". En cualquier caso, "ese objeto procesal no se da ya terminado antes del proceso, sino que sólo en él adquiere sus contornos precisos".[58] En la medida en que el rechazo de la cosificación invita a una ruptura con categorías de la metafísica clásica como la de "substancia", se regresa a la querella del relativismo, pero ahora no en términos gnoseológicos sino ontológicos.

[57] *Ibidem*, pp. 35 y 36. No faltará siquiera un cierto tono exculpatorio cuando, tras "anotar que ya desde hace tiempo no es posible hablar de una plausibilidad de la idea de la «naturaleza de la cosa»", sugiere: "yo he escrito «naturaleza de la cosa», con todo, siempre entre comillas, es decir, en un metalenguaje distanciado". Apuntará también, por ejemplo, que no cabe recurrir a ella a la hora de buscar un "fundamento de la bioética" (*Ibidem*, pp. 80 y 314).

[58] "Precede, por otra parte, al proceso como un suceso histórico con carácter de relación jurídica" ("Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie", *cit*., nota 15, p. 160; y *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 291).

Kaufmann considera ahora obligado ir, por estimarlo insuficiente, más allá de su enfoque inicial, que enfatizaba la distinción entre esencia y existencia. Se planteará si la correspondencia entre norma y caso ha de entenderse como "un discurso *in re* y *essentialiter*, o si sólo tiene fundamento *in mente* o quizá sólo *per accidens*; en resumen, si «derecho» es un mero nombre que atribuimos a esa relación, un modo de hablar relacional bajo el que no habría un correspondiente contenido de hecho". Más que intentar probar o falsar tal nominalismo, considera dudoso que resulte prácticamente viable.

Concluirá, en cualquier caso, que el derecho no sería un mero elemento funcional *more sistemico*, sino que nos situaría ante una "ontología relacional", aunque no substancial. Ello implicará admitir una "identidad *seinsmässige* y no caprichosamente manipulable", una "realidad que se da a la vez dentro y fuera del proceso de realización del derecho, caracterizándolo como procedimiento «jurídico»";[59] todo lo cual puede resultar un tanto misterioso para el jurista, poco avezado en metafísicas.

Esta dimensión relacional propia del derecho se muestra particularmente útil para esquivar su cosificación, a la vez que cualquier otro punto de vista que nos lo muestre como objeto ya dado (puesto o positivo) de una vez por todas. "A lo largo de muchos siglos se ha contemplado el «derecho correcto», la justicia, como algo objetivo, una materia, que se encuentra substancialmente frente a la conciencia que conoce". Pero el "concepto ontológico-substancial no es de ninguna manera exclusivo del derecho natural; el positivismo jurídico está también íntimamente ligado a él. Pues, para éste, el derecho positivo es idéntico a la ley positiva establecida, entendida como algo completamente objetivo, que el aplicador del derecho deja intacto".[60]

Frente al viejo tópico legalista del "derecho objetivo" como norma, contrapuesto al subjetivo como facultad, rechazará la posibilidad del conocimiento de un objeto jurídico rigurosamente separado del sujeto, capaz de marginar toda influencia de la subjetividad judicial. Jugando con las pala-

[59] "Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt", *cit*., nota 56, pp. 115-117. El derecho "no está «en las cosas»", "se funda en las relaciones de los hombres entre sí y con las cosas" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 46).

[60] "Este principio ontológico-substancial es erróneo", como pondría de relieve la hermenéutica (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 266).

bras, ese derecho, que es más que ley, no será un *Bestand* (dado) —reconducible a parágrafos— ni un *Zustand* (estado) que quepa identificar con la naturaleza.[61]

La relación, abierta por definición, nos desvela que el proceso de positivación es inseparable de una delimitación ponderadora de los derechos y bienes en juego, como la propia jurisprudencia constitucional ilustrará elocuentemente.[62] Esta apelación a lo relacional resulta, en efecto, decisiva como sustrato antropológico de la simetría jurídica, pero no es tan claro el alcance efectivo de ese veto a lo substancial, justificado por considerarse fatalistamente que de su admisión derivaría una inevitable consecuencia cosificadora. No faltarán supuestos en los que ocurra más bien lo contrario: puede acabar tratándose como cosa precisamente a aquello a lo que se negó substancia; como ocurriría llevando a sus últimas consecuencias una dimensión meramente "relacional" del derecho a la vida.

Kaufmann insistirá en que el "derecho como correspondencia entre deber ser y ser" no es "algo substancial sino relacional". Recordará cómo históricamente "el derecho es mucho más antiguo que lo que hoy se denomina «ley»", apelando a la experiencia romana y también a cómo "Tomás de Aquino distingue tajantemente entre *lex* y *ius*". Considera, como éste, que el *ius* no es norma sino, "más bien, el mismo actuar correcto, la decisión correcta en una situación concreta. Derecho no es norma sino actividad, una *actio iustitiae*", o incluso "la cosa justa misma (*ipsa res iusta*)". Parece, sin embargo, encontrar progresivamente mayor dificultad para hacer compatible tal carácter relacional con una dimensión substancial del derecho.[63]

Su referencia a *die gerechte Sache Rect* hace aún recordar —en momentos en que parece mostrarse ya menos propicio a tal terminología— a la *Sa-*

61 *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, *op. cit*., nota 50, pp. 25 y 26.

62 En la española, por ejemplo, se nos recordará, a propósito del mutuo juego entre los derechos de los artículos 18 y 20 de la Constitución española, que su "ponderación no constituye una labor hermenéutica sustancialmente distinta de la que determina el contenido de cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca" (STC. 219/1992, del 3 de diciembre, F. 2 (*Boletín Jurídico Constitucional*, 1992, 140, p. 263). Al respecto nuestro trabajo "La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal", *La Ley*, 11 de diciembre de 1998 (XIX-4691), pp. 1-4.

63 *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 137 y 140. No deja de resultar llamativo que no cite, ni en éste ni en otros pasajes de su obra conclusiva, su propio trabajo "Die «ipsa res iusta»", *op. cit.*, nota 30.

che Rect a la que aludirá Hruschka,[64] como realidad extrapositiva aunque no como una irreconocible *Dinge-an-sich*; tampoco —apostillará Kaufmann— como *Recht an sich*.[65] De ahí su afán por encontrar una vez más esa vía media, tan problemática como todas las suyas, entre la ontología substancial y el mero procedimentalismo: no hay objetividad jurídica ajena a la búsqueda procedimental, pero el proceso ha de versar siempre sobre algo, que caracterizará como "tema" para no llamarlo objeto. Al final, más que aceptar una luhmaniana legitimación *por* el procedimiento, habrá que lograr *en* el procedimiento una fundamentación consistente: *sachlich.*[66]

Kaufmann ilustrará reiteradamente esta propuesta ontológica con una referencia a la persona como "ser relacional": el "fenómeno que sirve de punto conexión a objeto y relación, estática y dinámica".[67] Estoy como "ser parlante" referido a los otros, cuyo peculiar mundo incide en mi propio horizonte de comprensión; todo lo cual no da paso a objeto alguno sino que genera un "ámbito socio-espiritual que coopera en la constitución de mi propio ser personal". El posible alcance de la des-subtancialización propuesta no estará ayuno de consecuencias, afectando para empezar al planteamiento del llamado "contenido esencial" de los derechos fundamentales, que no podrá entenderse en perspectiva substancial, como si constaran de "una parte suprahistórica intangible" y otra de signo distinto.[68]

64 Quizá me inclina a pensar así la grata entrevista con Joachim Hruschka, que en el lejano 1971 Kaufmann por propia iniciativa personalmente me facilitara, lo que me permitió entonces trabajar sobre el manuscrito de su aún inédito *Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts* (München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandllung, 1972, sobre todo, pp. 55 y 67). El mismo A. Kaufmann lo citará, entre algunos de sus escritos, en "Die «ipsa res iusta»", *op. cit*., nota 30, p. 38; y no dejará de aludir en otros a una "*Sache Recht* —no entendida en sentido substancial—" ("Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt", *cit*., nota 56, p. 118).

65 "Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik", *cit*., nota 36, p. 547.

66 *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, *op. cit*., nota 50, p. 26; también p. 32.

67 "En la persona se realiza en concreto la relacionalidad, la unidad estructural de *relatio* y *relata*" ("Die Geschichtlichkeit des Rechts unter rechtstheoretisch-methodologischem Aspekt", *cit*., nota 56, p. 118; *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 293).

68 "Über den «Wesengehalt» der Grund- und Menschenrechte", *ARSP*, 1984, 70, pp. 393 y 386; también 390-392 (hay traducción española de J. A. Seoane de un texto retocado por el propio autor: *Persona y Derecho*, 1998, 38, pp. 11-34); también *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 183.

Todo ello se acentúa en sus escritos finales, de resignado acento pos-iusnaturalista.[69] Podría acabar entendiéndose, no sólo que somos personas en la medida en que nos relacionamos con los demás, sino que nuestra misma condición de tal dependería del reconocimiento de los otros, en vez de exigirlo. Al no llegar a afrontar del todo las implicaciones de esta conclusión, se incrementará su aparente indecisión ante los emergentes problemas bioéticos, que considera arquetípicos de una "sociedad de riesgo".

Repensada la crítica teórico-jurídica en el marco filosófico de la hermenéutica existencial, sigue, en todo caso, quedando de manifiesto el notable protagonismo del juez en el proceso de positivación del derecho. Resultado inevitable sería tomar conciencia de su peculiar responsabilidad ética y política. Ante ello cabe tanto la actitud confiada de un judicialismo asumido, con más o menos resignación, como la zozobra de quien constata que la seguridad jurídica tendría más de sugestión acrítica que de efectividad real.

III. Un juez descargado de riesgos: tolerancia y "espacio libre de derecho"

La alergia a una ontología cosificadora dejará también su huella en la teoría del conocimiento. El planteamiento hermenéutico mantiene una medida distancia a la hora de manifestar su confianza en el ser. Kaufmann descarta cualquier planteamiento de la verdad como *adaequatio*, para optar por una teoría de la convergencia,[70] que va más allá de un consenso fáctico.

A esta convergencia habría, se supone, que remitirse a la hora de intentar desentrañar la posible aportación racional de la tradición. Una fácil

69 "Otro lugar común es que nosotros hoy no podemos ya confiar en un derecho natural en sentido clásico", como el que habría surgido "en sociedades estructuradas de modo simple, en sociedades cerradas". "No tenemos ya una ley —una «ley natural»"— en la que podamos leer de qué manera hemos de comportarnos en todos los casos pensables. La sociedad moderna es compleja en alto grado y por ello sólo puede funcionar como sociedad abierta" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 306).

70 "El criterio adecuado para la verdad o corrección de un enunciado no es, pues, la existencia de un consenso sino la circunstancia de que muchos sujetos independientes entre sí alcancen con relación al mismo asunto conocimientos convergentes objetivos. El fundamento de ésta que yo llamo teoría convergente de la verdad se encuentra en la consideración de que el momento subjetivo en cada conocimiento procede de una fuente distinta, mientras el momento objetivo, por el contrario, procede del mismo ente" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 284).

solución —que implicaría un exceso...— sería considerar como "representativa" la conciencia del propio juez, dando por hecho que éste puede sustituir con facilidad la suya individual por la del legislador o la plasmada en la doctrina jurisprudencial. Al no asumir este punto de apoyo, Kaufmann depositará su confianza en el sentir común del ciudadano medio, mientras muestra cierto despego respecto a las referencias doctrinales a una "opinión dominante".

Aunque ésta "suena un tanto a consenso y convergencia", no se llega a ella:

> Mediante un cómputo de opiniones, máxime cuando el principio democrático de la mayoría no rige con certeza para las decisiones judiciales. Para que la opinión dominante sea un argumento manejable tiene que acreditarse cualitativamente, lo que implica, sobre todo, tomar también en serio a la minoría, cuanto más si posiblemente tiene razón. Pero para los tribunales (en su mayoría) la "opinión dominante" es simplemente un hecho que toman de la literatura especializada. A quien, como teórico de la ciencia, se planteara que una máxima tal —"tiene razón la opinión dominante"— pudiera universalizarse, se le pondrían los pelos de punta.[71]

Esta deriva acabará alejando su atención de la teoría del derecho, ya abundantemente trabajada, para ahondar en problemas radicales de la ética y en la posible proyección de estas exigencias sobre el ámbito de lo público. Un aspecto más en el que su obra se convierte en testimonio de una querencia bastante generalizada entre quienes reflexionan sobre el derecho. El resultado no dejará de repercutir también sobre el papel reconocido al juez.

El legalismo predominante invita a afrontar los casos límite recurriendo a cambios normativos. Cada vez que surge un nuevo problema social, se abre un nuevo posible ámbito de acción, se hace menos soportable el peso de un viejo problema o la restricción de una novedosa posibilidad, el ciudadano demanda al legislador alguna reforma, para sentirse así atendido. Dentro del juego todo/nada propio del normativismo, se optará así con facilidad por una despenalización que generalice la excepción,

71 *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, Heidelberg, Müller, 1990, p. 23; *Rechtsphilosophie*, *cit.*, nota 2, p. 61; en la que añadirá: "la expresión *opinión dominante* permite entrever involuntariamente la calidad de los métodos jurídicos en juego: gira en torno a «opiniones», sólo a opiniones, no a conocimientos".

aun a riesgo de olvidar la *virtualidad normalizadora* de conductas que toda norma general lleva consigo. El reconocimiento del papel de los principios y de la dimensión histórica del proceso de positivación invitaría, por el contrario, a un juego norma-excepción, que, conservando inalterada la instancia normalizadora, atribuiría al juez la apreciación de las circunstancias más extremas.

Kaufmann, que no en vano fue juez de lo penal, se muestra particularmente sensible respecto a la responsabilidad que con ello asume el juez; por no decir a la que irresponsablemente dejaría de asumir por falta de conciencia del alcance de su labor. El juego antes apuntado, entre el "mundo" engendrado por el lenguaje y el específicamente derivado del lenguaje jurídico, cobra ahora una dimensión ética, al abordar la existencia de una "valoración en paralelo" a la del juez desde el ámbito "profano", categoría en la que habría que incluir al posible imputado.

"El significado de una conducta humana no puede captarse si la situación que le sirve de contexto resulta inadvertida", lo que debería evitarse en el proceso interpretativo. En realidad, la presunta subsunción del caso no se produciría tanto bajo la norma sino en relación con las expectativas de quienes interaccionan dentro del sistema simbólico abierto por el lenguaje. Nos encontramos dentro de un proceso comunicativo entre "el mundo de la realidad cotidiana y el mundo de las normas jurídicas". La imputación implicará, en consecuencia, un diálogo entre juez y acusado, en el que ha de lograrse una "correspondencia de horizontes interpretativos": "a la «valoración en paralelo del profano» ha de salir al encuentro una «valoración en paralelo del juez»", hasta llegar a generar una "culpa dialogada". El juez habría de desdoblarse en "juez profano" capaz de comprender al autor de los hechos. En resumen, "la valoración en paralelo, por así decir, o se consuma en el juez o no tendrá lugar".[72]

Esta sobrecarga de la responsabilidad judicial no resultará irrelevante, en el marco del predominio de preocupaciones éticas que caracteriza a sus últimos escritos alimentará su decidida opción por lo que llama principio de la tolerancia. No en vano la considerará:

> Una de las virtudes más importantes para la humana convivencia en tiempos como los nuestros, en los que, como consecuencia de la elevada complejidad de las estructuras sociales, económicas y jurídicas, no cabe con

72 *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, *op. cit*., nota 54, pp. 23, 24, 29, 37, 38 y 40.

> frecuencia establecer por adelantado qué sea lo correcto, bueno y justo, lo que aboca a arriesgar en la decisión.[73]

Tal planteamiento, que aparece muy vinculado a una revisión de su actitud hacia el relativismo,[74] arranca de una convicción de antiguo arraigo en la filosofía práctica. Lejos de la confianza en la deducción sistemática para encontrar la aportación positiva capaz de resolver con justicia el problema de turno, resaltará la primacía de la detección de lo injusto. De ahí que postule un "utilitarismo negativo", plasmado en un peculiar imperativo: "obra de manera tal que las consecuencias de tu acción sean compatibles con la mayor eliminación o disminución de humana miseria posible".[75] Tal actitud recuerda la bien conocida mayor nitidez que cobran los preceptos "negativos" a la hora de diseñar un código ético. Esta primacía nos llevaría de nuevo a un mayor protagonismo del juez, cuya cercanía a la realidad social le brindaría un privilegiado observatorio para tomar conciencia de lo injusto. Sin embargo, como veremos, acabará optando paradójicamente por descargarle de dicha responsabilidad.

Su opción por el "principio de tolerancia" resalta un problema básico de la proyección pública de las exigencias éticas, que cabría centrar en el adecuado alcance de una respuesta nada polémica: el derecho sólo debe proyectar y consolidar el *mínimo ético* que se considera necesario para garantizar una convivencia realmente humana. El problema podría ilustrarse sugiriendo cómo tal fórmula admite dos versiones. No sería lo mismo referirse a contenidos incluibles en *lo éticamente mínimo*, sin los que sería del

73 "Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie", *op. cit*., nota 15, p. 153; *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 297.

74 "No debo silenciar que también yo en cierto momento he defendido un punto de vista objetivista, que abandoné hace mucho", remitiendo a sus (*cit*., nota 11) *Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismos, Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, nota 30 de la p. 48. Ahora apunta que "no se debe considerar al relativismo como negativo por definición, como sucede frecuentemente, pues es por el contrario fundamento de la tolerancia y la democracia. En todo caso es preciso defendernos de un relativismo absoluto", planteando "una restricción llena de sentido" basada en los derechos humanos y los principios jurídicos (*Ibidem*, p. 181).

75 *Negativer Utilitarismus. Ein Versuch über das bonum commune*, München, Bayerische Akademie der Wissenschaften, 1994, p. 24. Lo considerará "más practicable (y éticamente defendible)" que el positivo, apelando a Ilmar Tammelo, de quien lo toma prestado, y a la fórmula de la "antijuridicidad legal" de Radbruch, que considera un beneficioso "ejemplo de «jurisprudencia negativa»" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 150, 176 y 178).

todo imposible convivir, que a *lo mínimamente ético*, estratégicamente situado en las antípodas de cualquier maximalismo heroico.

Lo éticamente mínimo vendría marcado por unos contenidos, vinculados a conceptos clásicos como *bien común*, o modernos como *orden público*, sin cuya garantía efectiva la vida social quedaría bajo mínimos. Éste es, por ejemplo, el papel atribuido en los diversos documentos internacionales o constitucionales a los derechos humanos, cuyo alcance vendrá también inevitablemente definido por el horizonte interpretativo vigente.

Pese a dar por supuesto el respeto a tales derechos, su peculiar planteamiento del derecho como *mínimo ético* responde más bien a un derecho identificado con una *ética mínima*, que es algo bien distinto.[76] Rechaza que quepa relacionar "derecho y moral como dos círculos concéntricos, del que el derecho sería el más pequeño". En vez de considerar que sus exigencias derivan de los bienes o valores objetivamente en juego, prefiere vincularlas a la capacidad subjetiva de los ciudadanos de asumirlas con cierto desahogo. Se nos dirá por ello que "el derecho penal se tiene que restringir, en la medida de lo factible, al ámbito de la «moralidad sencilla y elemental» que expresa lo humano en general: no debes matar, no debes herir, ni robar, ni engañar, ni ejercer violencia... Sólo tales normas pueden aspirar realmente a ser aceptadas por la conciencia de cualquiera".[77]

Es cierto que el derecho "no tiene que ver con el complejo total de los valores morales, sino sólo con uno: la justicia, que no representa el más alto fundamento valorativo sino más bien el más básico, y por consiguiente también el más elemental y significativo para la convivencia humana". En efecto, no toda exigencia ética afecta al bien común[78] ni puede considerarse co-

[76] Lejana ya su obra más temprana en la que señalara que tal "mínimo ético" no podría entenderse "como si los preceptos jurídicos constituyeran desde el punto de vista del contenido el *minimum* de lo ético"; al consistir su objetivo en "la preservación de la libertad externa", "el derecho no sería otra cosa que la posibilidad de la moral", hasta merecer desde tal perspectiva ser considerado como el "*maximum* ético" (*Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre*, Mainz, 1949 (reimpresión de Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1985, por la que citamos), p. 86.

[77] *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, *cit*., nota 71, pp. 21 y 22; "el derecho, que tiene que dirigir sus exigencias a todos, sólo puede reclamar lo que por parte de todos, también del hombre medio, pueda ser aceptado y cumplido de la manera más uniforme posible" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 206 y 207; también pp. 216 y 217).

[78] Éste es uno de los conceptos cuyos perfiles más se echan en falta en la obra de A. Kaufmann, que tiende a aludirlo de modo impreciso: "la preocupación por la justicia

mo imperativo de orden público. Lo que no parece tan claro es que toda exigencia de justicia encierre por definición "acciones morales sencillas", si al esfuerzo que puedan requerir nos referimos. Aún se complica más la cuestión si cabe negar carácter de "moralidad sencilla y elemental" a determinadas exigencias por el sólo hecho de verse sometidas a discusión "en un tiempo como el nuestro, en el que la inseguridad en el ámbito ético se hace perceptible".[79] La determinación del contenido del bien común, o de las exigencias éticas consideradas de orden público, implica en efecto una indeclinable responsabilidad prudencial, que han de asumir tanto el legislador al diseñar la norma como el juez al interpretarla. Hacer gravitar la dificultad de este empeño sobre su propio resultado condena a una circularidad autodestructora.

No es necesario insistir demasiado en que pretender que lo éticamente mínimo y lo mínimamente ético estén llamados a coincidir pacíficamente requiriendo una confianza poco fundada. Pensar que todo ciudadano se halla en condiciones de asumir sin mayor esfuerzo lo éticamente mínimo puede encubrir un diagnóstico demasiado benévolo, que podría tener como inevitable final dar paso a lo mínimamente ético y considerar a lo anterior como un desfasado intento moralizante. Es obvio que el mayor o menor nivel de exigencia ética de una sociedad acabará así repercutiendo en que pueda considerarse que unas u otras propuestas entren o no en el ámbito de *lo exigible*, sobre todo a efectos penales.

Kaufmann parece suscribir en este aspecto un optimismo excesivo. Sus expectativas sobre la capacidad de autoexigencia individual parecen desmedidas. Citando a Solón, establecerá que "el derecho guarda proporciones y no exige demasiado al individuo".[80] Si con ello propone que el derecho no plantee imperativos éticos desproporcionados, sería difícil discrepar; si pretende convencernos de que los ciudadanos no se considerarán exigidos en demasía por algún que otro imperativo proporcionado, la coincidencia será bastante problemática. Aquí cobraría fuerza la crítica que, sin salir de Alemania, se ha dirigido contra el papel positivo que la hermenéutica existencial reconoce a la tradición y a su virtualidad históricamente comprobada de legitimar prácticas rechazables.

social, por el *bonum commune*, es una tarea genuina de la filosofía del derecho" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 306; *cfr*. también pp. 221, 225 y 322).

79 *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 218.

80 *Ibidem*, p. 149.

Cuando se piensa que a éstas "les basta para acreditarse el venir sustentadas por la solidez de una tradición", tal "convicción responde a una especie de íntima confianza antropológica", por la que nos abandonamos a una "profunda capa de solidaridad en el trato de los hombres entre sí". Pero si admitimos sin más que "«tradición» significa que proseguimos aproblemáticamente algo que otros han iniciado y hecho antes que nosotros", habría que reconocer que "ese asesinato de masas fríamente calculado, en el que estuvieron implicados cientos de miles, e indirectamente todo un pueblo, se efectuó bajo una apariencia de normalidad e incluso dependió de la normalidad de un tráfico social altamente civilizado. Lo monstruoso sucedió sin perturbar el tranquilo aliento de la vida cotidiana".[81]

Si cualquier ciudadano se viera obligado a presenciar cómo un ser querido es torturado hasta la muerte, resultaría un tanto utópico imaginar que podrá sin mayor esfuerzo asumir las prohibiciones que los tipos penales de lesiones o atentados contra la integridad física llevan consigo. Sin duda, esta realidad debería ser tenida en cuenta como posible atenuante por un juez que hubiera de analizar su conducta. De ahí a considerar que tan trágicas circunstancias permitieran dictaminar *a priori* un estado de necesidad[82] capaz de irresponsabilizar automáticamente cualquier reacción, media un buen trecho. Aún sería menos razonable propiciar una reforma normativa que generalizara tal propuesta. No sólo porque reacciones vengativas, por comprensibles que resultaran, merecerían en todo caso reproche social y sanción penal, sino además porque la plasmación normativa generalizadora de dicha excepción acabaría amparando inevitablemente —dado el juego práctico de las normas "odiosas" en favor del acusado— conductas más o menos vecinas pero nunca igualmente disculpables.

El juego coherente del llamado principio de tolerancia puede acabar resultando paradójico. En efecto, la primera exigencia para conseguir evitar al máximo la miseria debería ser, precisamente, evitar por todos los medios que lo éticamente mínimo quede situado en el ínfimo rasero de lo mínimanente ético. Porque las víctimas de esa bienintencionada tolerancia serán siempre los más débiles, indefensos y minoritarios, que se

[81] Haberlas, J., "Identidad nacional e identidad posnacional. Entrevista con J. M. Ferry", *Identidades nacionales y posnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 113 y 114.

[82] A. Kaufmann relacionará con el estado de necesidad su polémico "espacio libre de derecho", al que nos referimos más abajo (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 227 y 231.

verán sometidos a benévolos tópicos de no exigibilidad propiciados por los mayoritarios.

Se estaría con ella convirtiendo en suficiente exigencia ética aquél *mínimo de derecho natural*, al que en tono meramente descriptivo y sin intención moral alguna aludiera Hart.[83] No es lo mismo pronosticar que un ordenamiento jurídico que no reúna determinadas exigencias no podrá *de hecho* sobrevivir, que estimar que basta con que las cumpla para que contemos ya con un ordenamiento *éticamente aceptable*. Con sólo abrir los ojos se comprueba que la capacidad de aguante del ser humano es muy superior a lo razonablemente admisible. No sólo a la hora de sufrir resignadamente la miseria, sino también a la de mirar para otro lado sintiéndose absolutamente irresponsable de ella. Renunciar a que el ordenamiento jurídico como mínimo ético encierre siquiera un gramo de utopía, equivale a consolidar indiscriminadamente los tópicos vigentes. Ello sería sólo éticamente aceptable si estamos convencidos de vivir en un mundo feliz, en el que ninguna injusticia se ha convertido en tópico.

Kaufmann postulará dar paso a un "espacio libre de derecho", antes que recurrir al clásico juego norma-excepción, aunque los supuestos que nos plantea podrían encontrar por vía judicial clara solución.[84] Ello hace más sorprendente que se evite la intervención del juez, para recurrir a crear un problemático campo marcado por la presunta simultaneidad de lo no prohibido y lo no permitido. Más que ante una ausencia de regulación, se nos invita a situarnos ante una norma que delega en la conciencia de los individuos afectados la inevitable valoración.

No resulta fácil la defensa de tan problemática tierra de nadie, diseñada como presunta tierra de todos. Baste tener en cuenta la despenalización del aborto en versión alemana que se nos propone como ejemplo. Se pretende que, dado que la "la ley no habla de «justificado», ni tampoco de «excusado», sino, en forma valorativamente neutral, de «no punible»", no habría que considerar las conductas abortivas "ni como expresamente «jurídicas», ni como manifiestamente «antijurídicas», sino más bien como «no prohibi-

[83] De ello nos hemos ocupado en *¿Tiene razón el derecho?*, *op. cit.*, nota 54, pp. 354-360.

[84] Así ocurriría tanto con la llamada "tabla de Carnéades" insuficiente para dos náufragos, lo que daría paso a un doble ejercicio de la legítima defensa, como con el médico que sólo cuenta con un aparato para atender a dos heridos graves (*Rechtsphilosophie*, *cit.*, nota 2, pp. 228 y 229). El juez podría acudir a fórmulas similares a las de la doctrina moral del acto "voluntario indirecto".

das-no permitidas»"; lo que no implicaría ausencia de regulación jurídica sino de valoración.[85]

En realidad la valoración acabará siendo inevitablemente tácita. Cabe establecer, como ha hecho el Tribunal Constitucional español, una frontera entre tener derecho a algo y ejercer un mero *agere licere*;[86] lo que no tendría tanto sentido es negar licitud, por considerarlo no permitido, a lo no prohibido. En un sistema democrático la libertad es norma, por lo que actuar libre y actuar lícito se identifican, salvo expreso reproche de antijuridicidad; esto será así muy especialmente en el ámbito penal. Se podrá discutir si no prohibir un aborto, como ocurre al no declararse delictivo, no genera inevitablemente en la práctica el reconocimiento de un derecho a abortar; pero que en todo caso se estará, al menos, reconociendo automáticamente un ámbito de *agere licere* que parece fuera de discusión.[87]

La clave estará en la inevitable necesidad de emitir un juicio de valor sobre si la conducta afecta o no al bien común.[88] Si se estima que no, no

[85] Con lo que parece olvidar su afirmación previa de que "una norma jurídica que no sirviese a ningún valor carecería de sentido" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 222 y 223.

[86] A propósito de la inexistencia de un derecho a la muerte por parte de los terroristas del GRAPO en huelga de hambre como protesta por su tratamiento penitenciario, en las STC. 120/1990, 137/1990 y 11/1991, de las que nos hemos ocupado en *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución*, Madrid, Rialp, 1994, pp. 49 y ss.

[87] A. Kaufmann achacará a "un grave malentendido" considerar que con ello se conduzca "a un estado de naturaleza sin derecho y, en consecuencia, al reconocimiento del derecho del más fuerte". No nos encontraríamos ante "un ámbito ajeno a la regulación jurídica", ya que no es lo mismo "lo «no punible» que lo «no regulado penalmente»". La no regulación llevaría a comportamientos "vacíos de derecho" o a "actividades jurídicamente irrelevantes: comer, dormir, pasear". "Muy por el contrario, en el espacio libre de derecho se trata de acciones relevantes y reguladas jurídicamente, que pese a ello no pueden ser valoradas, pertinentemente, ni en cuanto conformes a derecho, ni en tanto antijurídicas". De ahí que sería poco acertado hablar de conductas "no prohibidas. Correcto sería, más bien, hablar de espacio libre de valoración jurídica". Pese a tal esfuerzo argumental, acabará reconociendo que "esta expresión no se ha llegado a imponer" y que se trata de "una doctrina que en la ciencia —para no hablar de la práctica— tiene sin duda un carácter marginal" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 226, 227 y 234).

[88] A. Kaufmann insistirá en que "existe también una tercera posibilidad: el abstenerse de valorar. Cuando se valora, esto sucede conforme a la medida de categorías «jurídico-antijurídico», pero no se tiene que valorar. No subsiste una disyunción excluyente". Admite que "la denominación «espacio libre de derecho» es precaria", en lo que radicaría "el motivo principal de que esta doctrina sea, con frecuencia, mal entendida. Correctamente tendría que llamarse espacio libre de valoración jurídica. Tampoco el término

habrá que regularla jurídicamente y quedará reconocida como ámbito de actuar lícito; si se estima que sí, habrá que regularla sin poder esquivar la valoración. El presunto espacio libre de derecho equivaldría a responder que la conducta ni afecta ni deja de afectar al bien común, lo que no parece razonable; o remitiría al puro arbitrio individual la respuesta a un problema cuya relevancia para el orden público no se ha querido descartar permisivamente.

El espacio presuntamente libre de derecho sólo resulta inteligible a la luz de su peculiar concepción de la tolerancia: "a cada una de las posiciones se le concede una parte de razón, cada uno tiene que ceder, igualmente, un poco de su postura". Este bienintencionado intento daría paso a una envidiable armonía preestablecida: "si el orden jurídico se abstiene de cualquier valoración", "cesa la discrepancia en este ámbito particularmente delicada entre derecho y moral", lo que facilitaría una "tolerancia respecto a distintos puntos de vista, religiosos, morales, ideológicos". Más bien parece que en la práctica acabará consumándose lo que pretende evitar: si "se dice que las acciones correspondientes son «jurídicas», entonces se responde satisfactoriamente a quienes así actúan".[89]

Entendida la tolerancia como el afán de recoger el máximo de opciones éticas en juego, la verdad como convergencia acaba cobrando un cierto aire sociológico y cuantitativo. La idea de un mínimo ético innegociable, heredera del viejo concepto de "bien común", indispensable para que la convivencia pueda considerarse realmente humana, va dando paso a una ética de mínimos negociada entre las propuestas en conflicto. Por detrás subyace la optimista convicción de que cabe establecer la convivencia sobre un mínimo ético que implique exigencias morales generalizadamente llevaderas. El cumplimiento del derecho no llevaría consigo decisiones arduas; todo un tratado de "bien común sin esfuerzo".

Se ha prescindido llamativamente del juego norma-excepción, que encontraría en el juez la pieza clave. Aunque considera una "idea interesante" que "el juez —en el marco de la ley— puede ser más tolerante que la ley, precisamente porque mediante su interpretación realiza la justicia en el caso individual",[90] no deriva sorprendentemente de ello consecuencia alguna. Al

«no prohibido» satisface acertadamente lo pensado. Apropiado sería hablar de no prohibido-no permitido, lo cual no quiere decir que no prohibido signifique «jurídico» y no permitido equivalga a «antijurídico»" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 231 y 232).

89 *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 230 y 233.

90 Citando a Fritz Werner (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 342 y 343).

olvido de la función normalizadora del precepto general[91] se añade así una práctica privatización de la cosa juzgada, que —se quiera o no— acabaría sustituyendo paradójicamente al derecho por una ética de situación.[92] Aunque se muestra convencido de que "la tolerancia posibilita actuar responsablemente",[93] no parece haberse planteado si resulta jurídicamente responsable privatizar decisiones que afectan a valores básicos de la convivencia social.[94]

Un modo realmente inesperado de despejar el agudo problema que el juego de la personalidad del juez imponía como coste de la crítica al normativismo legalista. Paradójicamente, no parecen preocuparle tanto los posibles excesos de un juez inevitablemente creativo, como que un posible conservadurismo que le llevara a extremar la prudencia. "La tolerancia tiene que posibilitar que hombres conscientemente responsables puedan también conducirse con responsabilidad, sin temer secuelas legales si una empresa ha de acabar mal". Huye de actitudes demasiado cautelosas. "Lo característico de una conducta que rehuye el riesgo es la ausencia de una ambigüedad tolerante. No se soporta la insolubilidad de preguntas y problemas".[95]

La obra de Arthur Kaufmann queda en pie como el esforzado memorial de más de cincuenta años de filosofía jurídica. En sintonía con su

[91] Llamativo en parte, al no faltar en su obra alusiones al juego mutuo de "acatamiento de las reglas" y de "arraigamiento del modelo de comportamiento" a través de un proceso de "interiorización". Dentro de esta mutua influencia de reglas sociales, moral y derecho, constata que "la decadencia de las reglas sociales tiene casi siempre también como consecuencia una crisis de la moral y del derecho" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 221).

[92] En sus escritos más tempranos ya había contrapuesto sustancia y situación ("Die ontologische Begründung des Rechts", *op. cit*., nota 12, p. 471) o había reconocido que una ley sobre cuya validez juzga una conciencia individual no es tal ley, considerando tal actitud propia del decisionismo o del situacionismo existencialista. Cuando apuntaba, pensando por entonces en el juez, que precisamente por eso el legislador ha de procurar respetar la libertad de conciencia y evitar tales conflictos, no era fácil imaginar la deriva ulterior de su planteamiento (*Gesetz und Recht…*, *op. cit*., nota 22, pp. 372, 373 y 374).

[93] *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 316.

[94] No oculta su confianza en que cabrá contar con lo que "la tolerancia requiere": "el ciudadano mayor de edad que sabe decidir en libertad responsablemente". La respuesta le parece clara, aun si se apuntara que eso "es tan sólo una utopía, y que, con ello, también la doctrina del espacio libre de derecho representa una utopía. Esto es posible. La cuestión es si ésta es una utopía alucinante y abstracta o una utopía concreta, reforzada por la realidad; si es una quimera o la realidad del mañana" (*Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, p. 234).

[95] *Rechtsphilosophie*, *cit*., nota 2, pp. 307, 308 y 310.

propia convicción, quizá su vertiente más valiosa sea la "negativa", dado el gran vigor crítico de su cuestionamiento del legalismo y su estimulante revisión de la metodología de la praxis jurídica al uso.

Su evolución sugiere una inversa simetría con la de su maestro Radbruch. Éste partió del relativismo para, sacudido por la revisión ética del posnazismo, revisar sus puntos de partida sin llegar a dotarlos de similar fundamento sólido. Kaufmann parte de una ontología basada en la confianza en el ser, inclinada a flexibilizar un iusnaturalismo ahistórico. Si siempre había mostrado una especial sensibilidad por la solución ética de problemas polémicos,[96] esta preocupación marca decisivamente el final de su trayectoria, llevándole a revisar igualmente sus puntos de partida, con notable pérdida de solidez.[97] Reflejará, a su vez, la circunstancia ética del momento; que

[96] Ya en 1963, al reflexionar "Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart", *op. cit.*, nota 26, apunta que la ontología es una filosofía apoyada en la confianza en el ser. Ella, y el derecho natural serían características de épocas seguras de sí mismas. A su juicio, la decisión por el derecho natural se produce en un ámbito precientífico, por lo que no puede ser científicamente desmentida. Por entonces resalta como tarea de la filosofía jurídica asumir la posibilidad actual de una perversión del derecho. Pero, a la vez, señala que el legislador y la jurisprudencia han de tratar con cuidado los temas éticos, que deben permanecer como problemas abiertos. Deberían evitar fundamentarse en puntos de vistas religiosos o políticos particulares y limitarse al ámbito ético más elemental. Nuestro tiempo no sería época de grandes obras legislativas sino de moderación; pero el criterio de tal mesura es siempre el ser, y desde el punto de vista del ser el derecho es anterior a la ley (pp. 146, 147 y 148).

[97] En 1960, llamando a superar el "absolutismo relativista", había señalado, jugando con las palabras, que el derecho se enraíza en el ser, como algo objetivo que "está frente (*Gegenstand*) al sujeto", y no es producido por su pensamiento ("Gedanken zur Ueberwindung des rechtsphilosophischen Relativismos", *op. cit.*, nota 11, p. 553). Con aire autobiográfico esbozará decenios después una confesión que explica su deriva final: "no se puede ser demócrata (y tolerante) sin a lo menos un poco de «relativismo». Yo sé de lo que hablo. Hace cerca de cuarenta años escribí un artículo sobre «La superación del relativismo filosófico». Allí sostuve un punto de vista objetivista completamente parcial. Entonces era joven y ésta es también una explicación para ese artículo. El relativismo es poco atractivo para los jóvenes. Los jóvenes quieren lo incondicional, lo absoluto, no desean ningún «turbio» compromiso. Ellos quieren todo y lo más rápido posible, pues los jóvenes son impacientes. Les falta la ambigüedad de la tolerancia, es decir la capacidad de tratar razonablemente las indeterminaciones, las insolubles aporías, los riesgos de la vida. Por lo general se tiene que haber vivido mucho para percatarse de que el relativismo no es algo que se deba superar, sino practicar con inteligencia y medida". "El relativismo es del todo compatible con una convicción firme, pero esta convicción está acompañada con el criterio de que además de la propia convicción existen otras convicciones de igual valor" (*Rechtsphilosophie*, *cit.*, nota 2, p. 299).

no será ya la de una sociedad como la de la posguerra, necesitada de sólidas respuestas netas, sino la de una sociedad que aspira —con más optimismo que rigor— a lograr un ámbito ético capaz de legitimar el máximo de decisiones imaginable. A fin de cuentas la conclusión de la que siempre fue una *Rechtsphilosophie im Wandeln* no podía ser sino un signo de interrogación.

Capítulo decimotercero

CONTROL CONSTITUCIONAL, DESARROLLO LEGISLATIVO Y DIMENSIÓN JUDICIAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS . . 239

I. Exigencias ineludibles sin fundamento conocido 239

II. Dimensión ética del control de constitucionalidad 242

III. La ruptura de la inmanencia legalista 247

IV. Fronteras actuales de la lucha por los derechos humanos . . 251

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

CONTROL CONSTITUCIONAL, DESARROLLO LEGISLATIVO Y DIMENSIÓN JUDICIAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. EXIGENCIAS INELUDIBLES SIN FUNDAMENTO CONOCIDO

La vigencia actual de la apelación a los "derechos humanos" en el ámbito europeo aparece marcada por dos factores contradictorios. Por una parte, desde un punto de vista *político*, se ha consolidado como exigencia ética indiscutible que la legalidad positiva y la actuación de los poderes públicos los respeten del modo más exquisito. Por otra, desde un punto de vista *filosófico*, se regatea toda validez a cualquier línea doctrinal capaz de brindarles un fundamento mínimamente consistente.[1] Se pretende, pues, que la práctica jurídico-política gire en torno a una realidad que la teoría se resiste a tomarse en serio.

En la *reconstrucción jurídico-constitucional* de la posguerra arraigó la convicción de que era ineludible un cambio decisivo: de la idea de que no hay otros derechos que los (subjetivos) que resulten del contenido de unas leyes previas había que pasar a subordinar las leyes a las exigencias de unos derechos (fundamentales) anteriores a ellas. Si todo ordenamiento jurídico se venía concibiendo como expresión del "mínimo ético" indispensable para hacer posible en cada caso la convivencia, dejando a la libre iniciativa la aceptación de exigencias más generosas, el respeto a los derechos humanos se convierte ahora en su núcleo indiscutible. Sin él, una sociedad se encontraría bajo mínimos, al hacerse imposible una convivencia propiamente "humana".

[1] De ello nos hemos ocupado en nuestros trabajos "Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía" y "Para una teoría «jurídica» de los derechos humanos" incluidos luego en el volumen *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 127-168.

Decenios después esta convicción práctica rebrota, cuando el agotamiento histórico de los regímenes autoritarios de Portugal y España da paso a *transiciones democráticas* insólitamente marcadas por la reconciliación y ajenas a los traumas del conflicto bélico. Aparte de servir de punto de referencia para la reconversión de regímenes autoritarios de América Latina, se convierten en precedente —siquiera cronológico— de los actuales intentos de reconstrucción de los desmoronados regímenes socialistas del Este.

Esta continuidad de la exigencia práctica de los "derechos humanos" se ha ido viendo, paradójicamente, acompañada por una querencia hacia un *pensamiento* demasiado *débil* para asumir una objetividad ética capaz de brindarles apoyo. Mientras que en la inmediata posguerra se constataba un "eterno retorno del derecho natural", y un decenio después se intenta —oscilando entre la fenomenología o una mera metafísica inconfesada— mantener dosis más livianas de fundamento ético objetivo, por la vía de la "naturaleza de la cosa", en los años setenta teoría y práctica parecen ya resignadas a ir cada una por su lado sin mayor sofoco.

Todo ello ha ido consolidando una curiosa cultura de *doble lenguaje*, que —si no se renuncia a pensar— parece abocar a un ingrato dilema: o el silencio cínico o la esquizofrenia militante. No nos está filosóficamente permitido hablar en serio de los derechos humanos, pero a nadie seduce la posibilidad de vivir sin ellos ni podrá políticamente atreverse siquiera a proponerlo. Negarlos en la práctica resultará tan impresentable como empeñarse teóricamente en precisar su fundamento.

Ni positivismo ni marxismo, que han venido dominado durante estos decenios la teoría del conocimiento, dieron nunca su *nihil obstat* a tan preciados derechos. Por una vez se mostraron acordes, al tacharlos —por bien distintas razones, como es obvio— de falseadores "ideológicos" de la realidad, al servicio de intereses más o menos aceptables. O bien optaron por criticarlos —planteando supuestas "libertades reales" como alternativa obligada de las bien conocidas "libertades formales"— o bien los condenaron a flotar ingrávidamente sobre las nubes del benévolo relativismo tolerable por el pensamiento débil.

A la *contradicción entre vacío teórico y aceptación práctica* se añade la de las razones que justifican ese indulto paralelo. No tardarán en aflorar las secuelas. Aunque intentaran camuflar terminológicamente este añadido *doble lenguaje práctico*, los cuerpos jurídicos meta-constitucionales (los pactos que desarrolla la Declaración Universal propiciada por

las Naciones Unidas, por ejemplo) no pudieron disimular la coexistencia de dos almas bien diversas.

Lo mismo ocurrirá en textos constitucionales posteriores. Como si de suaves matices se tratara, habrá quien —suscribiendo un radicalismo garantista, inflexible ante cualquier asomo de opresiva intervención estatal— acabe proponiendo que cualquier restricción de la libertad haya de ser específicamente justificada; no faltará campo de juego para dar paso a la "discriminación inversa" imprescindible para que la igualdad sea algo más que mera coartada; cabrá incluso considerar de obligado cumplimiento la opción por un Estado social y "democrático" de derecho,[2] que desbordaría a la socialdemocracia.

Resulta especialmente llamativo que —ante este panorama— se nos anime a seguir la táctica del avestruz, recurriendo a un curioso enroque jurídico: puesto que todos estamos de acuerdo en que no cabe prescindir de los derechos humanos, marginemos ociosos debates sobre su fundamento real —sólo útiles para dividir a tanto bienpensante comprometido a no pensar— y atendamos a las fórmulas jurídicas eficaces para protegerlos en la práctica.[3] ¿Es realmente inocua esta heroica decisión? Sería

[2] En el ámbito español, la primera postura la defiende A. Ruiz Miguel ("Autonomía individual y derecho a la propia vida. Un análisis filosófico-jurídico", *Revista Centro Estudios Constitucionales*, Madrid, 1993, 14, pp. 135-165, especialmente pp. 148, 161 y 150), para el que el artículo 17.1 de la Constitución no tendría el alcance meramente formal de una norma de clausura del ordenamiento, sino el de "un criterio material que afirma que la ley no debe prohibir ciertas actividades que, por formar parte esencial de la libertad personal, deben estar permitidas"; en consecuencia, habría que revisar la "razonabilidad" de cualquier limitación a la libertad y la "necesidad perentoria" de las más graves. La segunda encuentra apoyo en el artículo 9.2 de la Constitución, de inequívoca factura italiana, según el cual "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política económica, cultural y social". La tercera la propone E. Díaz, para quien un año antes de que la expresión "Estado social y democrático de derecho" se recoja en el artículo 1.1 de la Constitución, el Estado democrático de derecho "se propone como base la liquidación del sistema neocapitalista y el paso progresivo a un modo de producción socialista" ("El Estado democrático de derecho y sus críticos izquierdistas", incluido luego en *Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 149-186, en concreto p. 157).

[3] Al respecto, Bobbio, N., "Presente e avvenire dei diritti dell'uomo", incluido en la primera edición de *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 131-157; hay una versión posterior española en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, 1, pp. 7-28, especialmente pp. 9-12

grave que tras conseguir —con tan costosa abstemia intelectual— plasmar en una fórmula textual el decidido propósito de proteger un derecho humano básico, hubiera que acabar reconociendo resignadamente que su valor práctico dependerá en cada circunstancia de la fuerza utilizable en su respaldo.[4]

Por si fuera poco, aunque aceptáramos que fuera el *consenso social* fácticamente en vigor —y no la fuerza pura y dura— lo que nos sirva de punto de apoyo, va emergiendo en nuestros días un problema adicional. ¿Durante cuánto tiempo podremos seguir imaginando ordenamientos jurídicos que remiten a un consenso social homogéneo? Nuestras sociedades europeas comienzan con indisimulada dificultad a estrenar, decenios después, la experiencia norteamericana de convivencia multicultural, multiracial, multireligiosa... Dejando al margen los poco disimulados intentos de frenar este proceso, ¿acabaremos también en Europa identificando en la práctica el "consenso" indiscutido con las posturas tradicionales de los "WASPs" de turno, destinados quizá a quedar algún día en minoría?

Sumidos en el doble lenguaje —aun sin perder la esperanza de que algún día se levante el vigente anatema contra cualquier propuesta de ética objetiva— sólo nos quedan los mecanismos de control constitucional para intentar que los derechos humanos acaben siendo algo más que confortable palabrería. Su funcionamiento real no dejará, sin embargo, de aportar —junto a indudables avances prácticos— algunas contradicciones adicionales.

II. Dimensión ética del control de constitucionalidad

Si, en el ámbito filosófico, los derechos humanos sufren las consecuencias del destierro de la ética objetiva —a la que no se deja de acudir, siquiera retórica o ambiguamente, en los textos para poderles conferir alguna

4 "Desengáñense sus señorías. Todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, «todos» permitirá una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la «persona» impide una ley de aborto"; afirmó, en funciones de portavoz del Grupo Socialista durante el debate del artículo 15 de la Constitución, el profesor G. Peces-Barba Martínez, ante el Pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 6 de julio de 1978 (*La Constitución española. Trabajos parlamentarios*, 2a. ed., Madrid, Cortes Generales, 1989, t. II, p. 2038).

identidad—, en el ámbito teórico-jurídico entrarán de modo inevitable en *conflicto con* la rutinaria pervivencia[5] del *normativismo positivista*.

Kelsen, su más riguroso exponente, se niega a conceder a los derechos —cualquiera que sea el calificativo que los acompañe— más consistencia real que la de mero reflejo de la única realidad jurídica: las normas.[6] Las Constituciones harían bien, de concebirse rigurosamente, en prescindir de alusiones a derechos humanos o demás imaginería retórica.[7] Una Constitución no es, al fin y al cabo, sino una norma positiva más; eso sí, la primera. No habríamos salido, por tanto, del viejo encuadre de los derechos en las leyes.

Dentro del concepto kelseniano del derecho como sistema "dinámico",[8] no cabe imaginar a la Constitución como un depósito de primeras exigencias éticas y valorativas, destinado a encontrar desarrollo y relevancia práctica a través de las leyes. Por más que sea eso precisamente lo que en buena parte sugieran los recientes textos constitucionales, tal género literario sería —para él— más propio de un metajurídico "derecho natural", positivado contra natura, que de una norma jurídica que se precie.

La Constitución no parece, pues, sino la primera y suprema ley. Encarna, sin embargo, una realidad jurídica dudosamente "positiva". Más que proponer el modo conreto de regular relaciones sociales —que será lo propio de las leyes positivas—, contiene una panoplia de fórmulas que permitirán en su momento vetar determinadas leyes. La Constitución es, en realidad, *legislación negativa*; y como tal se configurará su capacidad de control de las leyes en el sistema "concentrado" de diseño kelseniano, que será —introduciendo una nueva fuente de contradicciones...— al que se acabe recurriendo en la Europa continental.

5 Al respecto nuestro trabajo "La crisi del positivismo giuridico. I paradossi teorici di una «routine» pratica", *Iustitia*, 1991, 4, pp. 333-375.

6 Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1967, p. 132

7 H. Kelsen rechaza toda posible aplicación de normas "suprapositivas", de derecho natural o de "principios no traducidos en normas de derecho positivo", que consistirían en "postulados no jurídicamente obligatorios, que expresan en realidad sólo los intereses de algunos grupos". Dado que no es posible darles "un contenido unívoco", sólo sirven para "cubrir la ideología corriente con la que cada ordenamiento jurídica intenta revestirse", todo lo cual aconseja que la Constitución deba "abstenerse de esta fraseología" ("La garanzia costituzionale", *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 143-206, en concreto pp. 188-190).

8 Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, *cit*., nota 6, p. 198.

Declarar inconstitucional una ley positiva no iría más allá de sustraer negativamente del ordenamiento jurídico lo que aquélla había puesto; si un Tribunal Constitucional se permitiera realizar por su cuenta alguna aportación positiva estaría suplantando al Parlamento, al invadir competencias propias de los órganos depositarios de la soberanía popular.

Los primeros problemas surgen porque las mismas Constituciones que han asumido el sistema kelseniano de *control concentrado de constitucionalidad* (atribuido a un tribunal específico, en vez de dejar que lo ejerza —de modo "difuso", a través de sus órganos jerárquicamente escalonados— el Poder Judicial...) no han dudado en incluir generosamente preceptos para la protección de buen número de derechos humanos, reconociéndolos incluso como normas de aplicación directa,[9] sin perjuicio de un posible ulterior desarrollo legislativo.

Con ello se ha procedido a positivar lo que Kelsen se sentiría tentado a considerar como un sistema "estático", más propio de la moral que del derecho. Se ha hecho, sin duda, de modo flexible, porque la Constitución no impondrá unívocamente un determinado desarrollo legislativo —en línea con el sistema *more geometrico* propio del iusnaturalismo racionalista— sino que admitirá una pluralidad de alternativas legislativas, todas ellas constitucionales. Tampoco, sin embargo, esto nos acerca a Kelsen, cuyo sistema —inseparable de un "no cognotivismo" ético— se apoya en meras conexiones formales y no en *contenidos* "*materiales*" *vinculantes*, por muy flexiblemente que se diseñe su práctica operatividad.

Una primera consecuencia será la entrada en juego de las llamadas *sentencias interpretativas*, especialmente frecuentes cuando de la protección de los derechos humanos se trata. Para Kelsen —fiel a su irracionalismo ético, que le lleva a dejar claro que una sentencia no es un juicio sino una decisión—[10] cada una de las alternativas abiertas por una norma

9 Así, por ejemplo, la STC. 80/1982 del 20 de diciembre declaró la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 del Código Civil, que establecía diversos modos de reconocimiento de la filiación, según se tratase de "legítima" o "natural", con inevitables efectos sucesorios. Mientras el órgano judicial no había concedido al artículo 14 de la Constitución —no discriminación— más valor que el de "meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del poder público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles", equiparándolo incluso a las "leyes fundamentales" del régimen franquista, el Tribunal Constitucional establece su "vinculatoriedad inmediata" —es decir, sin necesidad de mediación de legislador ordinario— (F. 1, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, 21, p. 64).

10 Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, *cit*., nota 6, p. 349.

no tendría ni más ni menos validez formal que cualquier otra; una sentencia interpretativa,[11] por el contrario, establece —de acuerdo con un juicio emitido sobre su contenido material— qué alternativa o alternativas cabrá asumir y cuáles no, para que la norma pueda seguir siendo considerada constitucional.

Esta primera dislocación del sistema se agudizará aún más cuando se responsabiliza al tribunal, aparte del control de constitucionalidad de las leyes, del *amparo* de determinados *derechos fundamentales*. El intento de compaginar la efectividad de tal protección con el respeto a los estrictos márgenes de una rigurosa legislación negativa se ve pronto condenado al fracaso. Para no exponerse a dejar en la práctica desprotegido a un derecho, el tribunal habrá de acabar adentrándose —quiera o no— en escarceos "positivos".[12]

Similar búsqueda de eficacia explica la constante querencia expansiva que la protección constitucional de los derechos lleva consigo. Aunque los recursos de amparo tengan como objetivo exclusivo la reparación de la lesión inflingida a un derecho por un acto emanado de un poder público en una concreta circunstancia, la sentencia que de él se ocupa acaba

[11] La STC. 5/1981 del 13 de febrero —la quinta, por tanto, dictada por el Tribunal a lo largo de su historia—, que analizó la constitucionalidad de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares, se refiere a dichas sentencias como las que "declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido —o sentidos— que considera inadecuados", apuntando que es para el Tribunal "un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso" (F. 6, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1981, 1, p. 32).

[12] Así se denuncia en los votos particulares a la polémica STC. 53/1985 del 11 de abril (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1895, 49, pp. 515-542), que declaró inconstitucional el primer proyecto socialista de despenalización del aborto en determinados supuestos, tras producirse entre los doce magistrados del Tribunal Constitucional un empate, resuelto por el voto de calidad de su presidente. El magistrado F. Tomás Valiente recuerda que "la jurisdicción constitucional es negativa, puede formular exclusiones o vetos sobre los textos a ella sometidos. Lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a las leyes para que sean constitucionales. Si se actúa así, y así ha actuado en este caso este Tribunal, se convierte en legislador positivo", para añadir: "El Tribunal Constitucional, frecuentemente instado a actuar como si fuese eso que en un lenguaje ni técnico ni inocente se ha dado en llamar «la tercera Cámara», ha caído por esta vez en la tentación" (voto particular, 6o. *b*) y *c*), *ibidem*, p. 539). En argumentos similares insisten los magistrados A. Atorre Segura y M. Díez Velasco Vallejo (voto particular, 2o. y 3o., *ibidem*, p. 540) y F. Rubio Llorente (voto particular, *ibidem*, p. 541).

repercutiendo —de modo directo o indirecto— sobre la norma que sirvió de cobertura al acto.

Cuando el acto anulado era una sentencia judicial, la misma jerarquía de las fuentes del ordenamiento se verá afectada; no sólo porque el Tribunal Constitucional parece erigirse en nueva instancia jurisdiccional —los jueces de la ley se convierten también en jueces de la "cosa juzgada"—[13] sino que, al exigir que los tribunales respeten la igualdad a la hora de aplicar una misma norma eligiendo entre sus alternativas, el precedente judicial —teóricamente extraño a la cultura jurídica continental— tiende a adquirir capacidad vinculante.[14]

No son, por último, escasos los supuestos en que la efectividad de un derecho acaba reclamando en la práctica amparo respecto a actos de terceros[15] ajenos al ejercicio de cualquier poder público.

A estas alturas, los esquemas aplicativos propios del normativismo positivista resultan ya inviables. Si la misma norma —según cómo se interprete— puede en unos casos considerarse insconstitucional y en otros no, parece claro que el ordenamiento jurídico no puede seguir considerándose como un mero entramado de normas, sino que ha de incluir otros elementos —no menos jurídicos— capaces de justificar tal pluralismo interpretativo. La, presuntamente lógica, *aplicación* de *normas* da así paso a una *ponderación*, indisimulablemente valorativa, de *principios*. En efecto, la protección de los derechos humanos circula menos a través de la aplicación de normas que mediante la laboriosa ponderación de principios; no en vano los mismos derechos tienden a confluir en un juego no rara vez conflictivo o, al menos, necesitado de dosificación mutua.

Por más que se haya recurrido a su diseño de *control concentrado de constitucionalidad*, *el decisionismo formalista* kelseniano ha quedado claramente abandonado, para dar paso a un continuo esfuerzo por establecer, lo más juiciosamente que sea posible, la jerarquía valorativa a

[13] La STC. 190/1988 del 17 de octubre, tras denegar amparo a un recurrente por presunta lesión de la igualdad en la aplicación de la ley, señala que atribuir al Tribunal Constitucional el control de la desigualdad entre resoluciones de órganos judiciales diversos daría paso a un recurso de amparo entendido "a modo de casación universal" (F. 3, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1988, 91, p. 1277).

[14] Al respecto, véase nuestro libro *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

[15] Al respecto véase García Torres, J. y Jiménez-Blanco, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1986.

reconocer en un caso concreto. La validez de las leyes, así como su interpretación más ajustada,[16] habrá de ser confirmada en contraste con las exigencias de los derechos, en una operación que resuma implicaciones éticas.

III. La ruptura de la inmanencia legalista

Paradójicamente, el repliegue hacia los cauces de garantía práctica de los derechos humanos no ha hecho sino agudizar la necesidad de contar con alguna noticia sobre su fundamento. Resulta indisimulable que el *control* de la *constitucionalidad* de un acto o norma exige emitir juicios de valor. ¿Son éstos meras manifestaciones arbitrarias de voluntad o cabe reconducirlos a un ámbito de razonabilidad práctica? Los intentos de inmanentismo legal fracasan. Ha quedado fuera de toda duda la opción por el más allá, reflejada en la sumisión de la ley al derecho,[17] y a los derechos en que se ve reflejado... Lo que no queda tan claro es cuál será la ubicación de esa trascendencia jurídica. El honesto magistrado constitucional se ve emplazado a manejarse con "criterios estrictamente jurídicos", a los que debe acceder a través de unas peculiares normas, que más parecen aludir a genéricos contenidos éticos que precisar específicas regulaciones de hechos concretos.

Para Kelsen, la entrada en juego del Tribunal Constitucional no hacía sino prolongar la cadena de decisiones arbitrarias en que consiste la actividad jurídica, aumentando con ello oportunidades procesales de controlar, invalidándolas, decisiones anteriores. Nos encontrábamos ante un mero aplazamiento del final del proceso de consolidación de la decisión jurídica, que (más "cosa querida" que "cosa juzgada"...) no perdería nunca su inevitable carácter: *arbitrariedad sometida a control arbitrario.*

Si pretendemos ir más allá del disfraz decorativo de la mera arbitrariedad, no podremos prescindir de algún punto de referencia. Por supuesto, los textos constitucionales entienden que los derechos a los que apelan tie-

[16] El Tribunal Constitucional no pierde ocasión de resaltar cómo ha reiterado que "en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos"; por ejemplo, en la STC. 34/1983 del 6 de mayo, (F. 3, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, 26, p. 650), que equipara, en aras de la presunción de inocencia, sobreseimiento provisional y libre.

[17] Al respecto, véase el interesante estudio de A. Kaufmann sobre el artículo 20.III de la Ley Fundamental alemana (*Gesetz und Recht en Rechtsphilosophie in Wandel*, Frankfurt, Athäneum, 1972, pp. 135-171).

nen "contenido"; no faltan incluso, como veremos, los que remiten a un *contenido esencial*. ¿De qué nos hablan cuando a ello se refieren? ¿nos invitan a conocer una realidad dada?, ¿a ponderar prudencialmente, mediante un decidir raciocinante o una razón decidida a encontrar solución, la incidencia real de unos principios en una determinada conducta?; ¿nos animan sólo a decorar "ideológicamente" cualquier decisión, logrando que —aun siendo arbitraria u oportunista— goce de la más elevada legitimación? Si no se opta por esta última alternativa, todo intento de evitar adentrarse en la metafísica jurídica experimenta notables dificultades.

Se propone, en ocasiones, que se entienda el "contenido esencial" como el que emana de la misma *naturaleza jurídica* del precepto,[18] con el voluntarioso propósito de situarnos en un ámbito distinto del de un polémico *derecho natural* o de una no menos sospechosa "naturaleza de las cosas"; no resulta, sin embargo, claro que baste para ello con invertir el juego de sustantivo y adjetivo. No parece tampoco que la delimitación del alcance concreto de un derecho —menos aún el diagnóstico de lo que en él ha de considerarse como "contenido esencial"...— sean operaciones precisamente técnicas, ni realizables sin una —confesada o no— teoría de la justicia que le sirva de fundamento.

No mejora la situación cuando se nos remite a la *realidad social*. Puede que se nos esté animando a descubrir en la realidad circundante la emergencia de propuestas normativas; en tal caso, no estaríamos de nuevo sino reconociendo exigencias éticas derivadas de la "naturaleza de las cosas". Quizá se nos aconseja que renunciemos a optar arbitrariamente entre las

[18] Para el Tribunal Constitucional, dilucidar el alcance del "contenido esencial" de los derechos y libertades, al que se refiere el artículo 53.1, supondría "establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en derecho" (STC. 11/1981 del 8 de abril, F. 8, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1981, 2, p. 93). Con ello no se hace sino reenviar el problema, ya que o tal gremio se comporta arbitrariamente o apoya sus juicios en fundamentos objetivos. "El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo" y, en consecuencia, habrá que entender como contenido esencial de un derecho "aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como pertinente al tipo descrito" (*Ibidem*). Por más que se acuda a una fraseología logicista, la dimensión ética de tan laboriosa operación es tan obvia como cuando se recurre a la alternativa de revestirla sociológicamente: sería esencial "aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos" (*Ibidem*, p. 94).

varias alternativas abiertas por una norma, para elegir razonadamente la más adecuada a dicho contexto social; se nos confesaría entonces que en él podemos auscultar el juego práctico de principios objetivos capaces de vincular la interpretación de la norma.

Excluiremos, por el contrario, que se nos pretenda remitir a una realidad tan obvia —sólo en el ignorante o en el cómplice resultaría concebible la duda...— como para hacer superfluo todo debate. Nos situaríamos en tal caso en peligrosa vecindad con un *despotismo ilustrado*, amigo de manifestar una invencible querencia hacia la *democracia aplazada*; sólo cuando se haya emancipado a los ciudadanos de esa radical indigencia —intelectual o económica— que les oculta lo obvio, tendría sentido suspender su obligada tutela por parte de los videntes de una realidad, por lo demás, siempre futura.

Nos quedaría, por fin, convertir a la *opinión pública* en instancia última del alcance de los derechos. No faltaría fundamento para ello, dado el peculiar rango que la jurisprudencia constitucional suele conceder a determinados derechos —libre expresión o información—[19] precisamente porque, al contribuir a conformarla, brindan un imprescindible punto de apoyo para el pluralismo democrático expresivo de la soberanía popular. Pero, en realidad, tal primacía se les confiere por su contribución a la legitimación de las leyes, mientras que se les niega capacidad similar para legitimar a la Constitución o a sus contenidos, entre los que ésos y otros derechos ocupan preferente lugar.

Buena prueba de ello serán disposiciones como las que plantean exigencias adicionales para dar vía libre a una reforma de la Constitución que afecte a los derechos fundamentales y libertades públicas que excluyen su regulación del ámbito de la iniciativa legislativa popular.[20] No falta

[19] La STC. 6/1981 del 16 de marzo señalaba que "el artículo 20 de la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática"; sin ella "no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular", por lo que resulta exigible una "especial consideración" (F.3, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1981, 2, p. 132).

[20] El artículo 168.1 de la Constitución española prevé que cuando se propusiere una revisión de su texto que afecte —entre otros— al capítulo segundo, sección primera, que se ocupa "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", la iniciativa exigirá "mayoría de dos tercios de cada Cámara", procediéndose "a la disolución inmediata de las Cortes". El artículo 87.3, tras exigir un mínimo de 500,000 firmas acreditadas para

tampoco jurisprudencia constitucional en la que se descarta expresamente la posibilidad de remitir a las opiniones de actualidad en una determinada coyuntura histórica[21] el alcance real de unos derechos de indiscutida permanencia.

Todo ello resulta, sin duda, particularmente razonable, si no se olvida una doble lección de la historia. Por una parte, el atropello masivo de los derechos humanos ha contado con frecuencia —si no con el apoyo explícito de una mayoría social— con un silencio cómplice; se estimaba inviable su superación, se les consideraba precio obligado de imperativos de seguridad o razón de Estado, o simplemente el ciudadano medio se sentía inclinado a optar ambiguamente por no sentirse particularmente responsable de la situación. Por otra, los avances en la propuesta y garantía de los derechos humanos han sido el fruto de *propuestas* sociales *utópicas*, obligadamente acompañadas por una dura lucha contra tópicos[22] socialmente arraigados, en la que debieron buscar apoyo en exigencias éticas de tan sólida objetividad como para empujar a doblegarlos.

La protección *jurídica efectiva* de los derechos humanos obliga, por tanto, a archivar todos los planteamientos que intentan dar paso a una *dimensión* asépticamente *técnica del derecho*, desligándolo escrupulosamente de toda vinculación ética o moral en sentido lato. De ahí que resulte especialmente aparatoso cualquier intento de refugiarse, a la hora de abordarla, en esa técnica, convertida en "ideología".

Todo *texto constitucional* alude implícitamente a una *teoría de la justicia*, más o menos definida, que invita a plasmar en la práctica. No habrá, pues, auténtica protección jurídica de los derechos humanos sin un esclarecimiento nítido a la teoría de la justicia que le está sirviendo de fundamento. La dificultad para pisar terreno firme en tan delicada operación debe llevar a realizarla con especial *transparencia*, abriéndola así a

dar paso a una iniciativa legislativa popular, señala que "no procederá dicha iniciativa en materias propias de Ley Orgánica", entre las que el artículo 81.1 incluye en primer lugar "las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas".

21 Así ante la opinión de una magistratura de trabajo, que estimaba que determinadas medidas discriminatorias proteccionistas de la mujer podrían ser derogadas "si es que carecen de actualidad", el Tribunal Constitucional enfatiza que "el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse «actualidad», sino su conformidad con la Constitución" (STC. 81/1982 del 21 de diciembre, F. 2, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, 21, p. 71).

22 De ello hemos tratado en "Los derechos humanos entre el tópico y la utopía", *Persona y Derecho*, 1990, 22, pp. 159-179.

la crítica y al debate, y no a camuflarla irresponsablemente con circunloquios o reenvíos procedimentales. Siempre será más necesario abrir a la opinión pública las valoraciones básicas que animan la interpretación constitucional que rendirse a quienes dominan la comunicación social, asumiendo tácitamente los tópicos vigentes. El valor de la *doctrina jurisprudencial* consolidada, como paradigma de resoluciones futuras, puede aportar en todo caso el papel atemperador propio de la tradición como saber acumulado, al delimitar realidades tan decisivas.

IV. Fronteras actuales de la lucha por los derechos humanos

Después de lo expuesto, no parece aventurado apuntar que la contribución más efectiva a la protección de los derechos humanos consistiría en ahondar en la *búsqueda filosófica* capaz de proporcionarles el indispensable fundamento. El lacerante desfase entre exigencias éticas indiscutidas y la incapacidad del pensamiento para brindarles respaldo constituye, sin duda, uno de los aspectos más empobrecedores de nuestra circunstancia histórica.

Si a la filosofía del derecho se le ha venido atribuyendo —al interrogarse sobre su sentido actual— la función de instancia crítica del proceso de positivación del derecho, debería prestar una atención particular a desvelar las claves éticas que están realmente presidiendo el desarrollo de los textos constitucionales, especialmente por parte de su máximo intérprete. Transparentar el modelo de hombre y de sociedad que en realidad la preside y denunciar los intentos "ideológicos" de justificar la negación de lo humano, sometiéndolo al tópico manufacturado o a supuestos imperativos de razón de Estado han de formar parte esencial de su tarea.

Inevitablemente, la ausencia de una filosofía capaz de tomarse en serio los derechos humanos priva de un decisivo factor de ilustración ciudadana, a la vez que sitúa —paradójicamente— en una *opinión pública* así depauperada el *centro de gravedad* de su posible protección. La efectiva gravitación sobre la propia jurisprudencia constitucional de las actitudes mayoritarias en los medios de comunicación no escaparía al más elemental análisis sociológico. Ello no hace sino estimular a los preocupados por la defensa de los derechos humanos a una decidida participación en sus tareas cotidianas; nunca sería más cívicamente rechazable un

silencio conformista que en un momento de vacío filosófico. Contribuir a la conformación de la opinión pública en torno a los valores humanos básicos sería la mejor aportación para evitar una quiebra práctica de esta clave fundamental del modelo democrático moderno.

En este contexto, la apelación a *consensos fácticos* inmediatos —inevitablemente instalados sobre los tópicos en vigor— aportaría una gravitación socialmente reaccionaria. Inmersos en sociedades que —si no renuncian a ser humanas— habrán de ser crecientemente plurales, el recurso a tópicos particularistas vinculados a una unidad social crecientemente ficticia habrá de verse sustituido por un esfuerzo por *desentrañar lo universal*. Si hace siglos resultó aportación decisiva para la convivencia internacional ahondar en un derecho de gentes, capaz de salvar fronteras, hoy parece ineludible aprestarse a una tarea similar sin salir de ellas; sólo así se podría evitar un enquistamiento que fraccione comunidades políticas de consistencia real menos sólida de lo que el tópico invita a pensar. Paradójicamente, sólo el afán por desvelar el fundamento de lo humano podrá defendernos de particularismos fundamentalistas.[23]

Ante la insuficiencia de una actividad jurídica entendida como mero sometimiento del decisionismo arbitrario a un formal control procedimental, es preciso *recuperar* la *dimensión judicial* más allá incluso del ámbito jurídico. En un contexto filosófico que invita a la perplejidad, se hace inaplazable el esfuerzo por lograr que la sociedad recupere el juicio. El diseño de la perfecta teoría de la justicia podrá quizá esperar, pero no la lucha cotidiana contra la injusticia. Mantener despierto el ánimo ante todo lo que signifique un atropello de lo humano sería hoy el cometido de una filosofía práctica por excelencia.

23 Al respecto, véase nuestro trabajo "Verdad y consenso democrático", *Estudios sobre la encíclica* "*Centesimus agnus*", Madrid, Unión Editorial, 1993, pp. 295-321, especialmente pp. 303-306.

Capítulo decimocuarto

La crisis del positivismo jurídico. Paradojas teóricas de una rutina práctica 255

I. Las paradojas de un derecho sin moral. 257

II. La paradójica seguridad de lo incierto 259

III. Ser y deber. Una invencible afinidad. 261

IV. Derecho positivo y legalidad histórica 265

V. Labor judicial. Método técnico o discrecionalidad política . 269

VI. Normativismo positivista y principios jurídicos 273

VII. Entre voluntarismo arbitrario y prudencia razonable 279

VIII. Ningún derecho natural sin democracia, ninguna democracia sin derecho natural 285

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO. PARADOJAS TEÓRICAS DE UNA RUTINA PRÁCTICA

La mera identificación de ese "positivismo jurídico", cuya crisis se trataría de someter a estudio, no deja de ser problemática. Podríamos clasificar los "positivismos jurídicos" según se presenten como:[1]

a) Proyección jurídica de *teorías positivistas del conocimiento* y, por ende, de la ciencia.
b) Intento de delimitar el objeto del saber jurídico (la *realidad jurídica*, por tanto) reduciéndola al derecho puesto.
c) Expresión de una *opción ético-política* que considera a lo jurídico, no como un peculiar contenido ético-material, sino como un conjunto de normas identificado gracias a elementos formales y vinculado a un determinado concepto de la soberanía política e, incluso, de su legitimación democrática.[2] Aunque esta tercera perspectiva se presente como consecuencia teórica de las anteriores, histórica y prácticamente actuará, sin embargo, con frecuencia como su punto de partida.

No es posible articular tan variados ingredientes en torno a un eje preciso, sin desdibujar los perfiles de muchas de sus variantes. Pero, sin perjuicio de tales peculiaridades, en el "positivismo jurídico" se detecta una serie de elementos relacionados por una mutua sintonía lógica, histórica y cultural, relevantes para resaltar las paradojas de una teoría de problemática viabilidad, mantenida —de modo frecuentemente rutinario e irre-

[1] Esta triple perspectiva recuerda la planteada por N. Bobbio en "Giusnaturalismo e positivismo giuridico" en el volumen del mismo título, Milán, 1965, pp. 133 y 134.

[2] Significativa al respecto la postura de U. Scarpelli en *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, 1965, pp. 49, 92 y, sobre todo, 145-153. H. Kelsen, por el contrario, subraya precisamente las dos primeras perspectivas, aparcando la tercera al margen de los planteamientos científicos: "Was ist juristischer Positivismus?", *Juristenzeitung*, 1965, XX, p. 465.

flexivo— gracias a su contexto cultural y ético-político. Seleccionaremos ocho:

1) Establecimiento de una frontera tajante entre *moral y derecho*, consolidada gracias al abismo epistemológico entre *ser y deber*.
2) Sustitución de la búsqueda de la *justicia*, de contenido inevitablemente aleatorio, por el logro de una certeza que garantice la *seguridad* de las expectativas individuales.
3) Elaboración de una *ciencia* positiva del derecho, rescatándolo del ámbito de una *ética* de cuestionada racionalidad.
4) Recuperación de la *historicidad* de lo jurídico, lejos de las abstracciones atribuidas al iusnaturalismo.
5) Planteamiento de un dualismo entre la actividad *política* prejurídica y la aplicación estrictamente *técnica* del derecho positivo (plasmado dentro del derecho codificado, en la distinción *lege lata-lege ferenda*).
6) Eliminación de todo recurso a lo metajurídico, mediante el logro de una *plenitud del ordenamiento* jurídico concebido como sistema unitario.
7) Abandono de la actividad jurídica como ejercicio prudencial de la *razón practica*, para entenderla como aplicación de los dictados de una *voluntad legítima*.
8) Neutralización del juego de *poderes sociales fácticos*, garantizando la exclusiva soberanía de la legítima *autoridad política*.

El logro de esta multiplicidad de objetivos acaba tropezando con un escollo común: una determinada concepción del lenguaje y de su papel dentro de la dinámica jurídica. El derecho se sirve del lenguaje. La escasa impermeabilidad de su textura arruinará el carácter delimitador que parece rasgo común de todos los objetivos perseguidos. Porque quizá haya que ir aún más allá. El derecho no sólo se sirve del lenguaje sino que se comporta él mismo como un lenguaje.[3] De ahí su doble intento de descubrir-conferir un sentido latente en las relaciones sociales, el peculiar dinamismo histórico-interpretativo de su confrontación con la reali-

[3] Sobre el particular véase Kaufmann, A., "Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik", *Festschrift für K. Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt, 1969, pp. 243-273, sobre todo p. 265. *Cfr*. sobre el problema que nos ocupa, del mismo autor, "Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1973, 4, pp. 712-722, sobre todo p. 718.

dad y la plasticidad pragmática y polisémica de sus fórmulas. Los "positivismos jurídicos" giran en torno a un doble eje: una peculiar relación teoría-praxis —en la que la segunda se subordina aplicativamente a la primera— y una dimensión meramente instrumental del lenguaje, al que se atribuye una imposible asepsia.

Sean cuales sean las paradojas teóricas a que aboca cada uno de estos ingredientes, basta esbozar las implicaciones prácticas de su negación para aventurar que la invocación del "positivismo jurídico" podrá fácilmente seguir convirtiéndose en una eterna rutina.

I. Las paradojas de un derecho sin moral

La separación entre *derecho y moral* —clave distintiva del positivismo jurídico anglosajón— se entiende como tajante deslinde entre lo que realmente *es* derecho, en un lugar y momento determinado, y lo que cada cual entienda que *debe serlo*.

1. *De la racionalidad a la arbitrariedad identificable*

Una teoría positivista del conocimiento rechaza el *déficit de racionalidad* que llevaría consigo la admisión de un condicionamiento "moral" del derecho, como consecuencia de la etérea definición de tales propuestas. La identificación del derecho positivo con el derecho escrito refleja este afán de considerarlo nítidamente puesto, de un modo acabado. El intento entra en crisis cuando se constata que sólo desde determinadas perspectivas sobre lo que debe y no debe ser llega a leerse lo que el derecho es. La norma no tiene un sentido cerrado, netamente objetivado en su texto. Éste sólo resulta inteligible desde fuera o por debajo de su letra.

Si se mantiene el afán de racionalidad nos encontramos ante un difícil dilema. Tendremos que situar el sentido del texto (lo que es derecho) en su "espíritu" y no en su letra, lo que nos llevaría a postular la racionalidad del *espiritismo*. Kelsen rechaza tan incómoda paradoja abrazando otra: el tratamiento racional del derecho exige admitir que la norma no tiene contenido racional alguno; no porta un sentido que pueda ser apreciado mediante un juicio. La norma no nos "dice" lo que es derecho, sino que contiene una autorización para que el derecho sea en cada caso lo

que alguien, por ella legitimado, "quiera".[4] Paradójicamente, del rechazo de la propuesta moral, por exigencias de *racionalidad*, pasamos a un derecho puesto, entendido como *arbitrariedad identificable*.

2. *En el texto normativo no está puesto el derecho*

Aunque sólo reconozcamos como jurídicas las normas positivas, hay que admitir que *en el texto normativo no está aún puesto el derecho*. Se halla, paradójicamente, propuesto al lector para que lo interprete en un contexto valorativo.

No se trata sólo de admitir que en todo derecho hay unos elementos "morales", cristalizados en el momento en que se puso la norma. Frente a este arcaico "originalismo", hay que reconocer un continuo fluir de valoraciones "morales" que van desarrollando históricamente el sentido de la norma.

Más abajo habrá que plantear si no se trata, en sentido estricto, de valoraciones propiamente "jurídicas". Kelsen, optando por negar a la norma un contenido preciso, considera que el derecho es objeto de una *posición en cadena*, desprovista de todo sentido unitario. Si en la reciente teoría de la ciencia se anima a abandonar la búsqueda de una "racionalidad instantánea", Kelsen había abandonado de antemano la "positividad instantánea"[5] exigida por ella.

3. *Legitimación política desfiguradora del proceso de positivación*

La separación de moral y derecho lleva consigo el rechazo de una autoridad (fuente o magisterio social autorizado) moral, paralela a las fuentes del derecho vinculadas al soberano político, con las que rivalizaría. Aun apareciendo como consecuencia teórica de lo anterior, nos hallamos en realidad ante el motor práctico del mantenimiento rutinario de tales premisas. Tropezamos de nuevo con la paradoja, al constatar que tal pro-

[4] Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960 (citamos por la reimpresión de 1967), pp. 20 y 241.

[5] Al respecto nuestro trabajo "Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht", en Panou, S. *et al*. (eds.), *Philosophy of Law in the History of Human Thought*, Stuttgart, 1988, pp. 150 y ss., sobre todo p. 151 (la versión original en español fue publicada en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1985, II, pp. 285 y ss., sobre todo p. 287).

blema político surge precisamente como consecuencia de la escisión teóricamente establecida entre el mundo del ser y el del deber, que lleva a postular fuentes e instancias soberanas contrapuestas.

Habría que trasladar al juego ser-deber ser, inseparable de toda dinámica jurídica real, los esquemas de legitimación política de la creación del derecho, en vez de situarlos sólo en uno de sus polos.

Precisamente cuando se estima que las valoraciones "morales" son ajenas al ámbito jurídico, se margina, por principio, el planteamiento de su posible legitimación política. En vez de abordar cuándo y cómo serían políticamente legítimas tales valoraciones, presentes siempre en el proceso de realización del derecho, se decide que —al ser ilegítimas por principio— no deben existir, sea ello viable o no.

El *modelo de legitimación política* de la creación del derecho se condena a la paradoja, al convertir en condición de su funcionamiento la *desfiguración del proceso real de positivación* de lo jurídico.

II. La paradójica seguridad de lo incierto

Afirmar que el positivismo jurídico lleva consigo una sustitución de valores, pasando la *seguridad —en lugar de la justicia—* a ocupar el papel predominante, exigiría alguna precisión.

1. *Hacer justicia o saber qué se tendrá por justo*

Para una teoría positivista del conocimiento, sería precisamente la imposibilidad de llegar a un concepto racional de justicia lo que alentaría tal querencia.

Así ocurre en efecto —de modo una vez más arquetípico— en el planteamiento kelseniano, pero no parece ser el caso de figuras como Bentham, ineliminable de las filas del positivismo anglosajón. La dificultad es, sin embargo, sólo aparente. Bentham, en efecto, suscribe la posibilidad de una tratamiento racional de la ética, hasta el punto de diseñarlo como una "aritmética moral", pero —fiel a la separación positivista entre ser y deber— sitúa a la teoría utilitarista de la justicia en un nivel prejurídico, como "ciencia de la legislación"; la función de la ciencia jurídica sería asegurar la obediencia al código, a través del cual aquélla debe convertirse en derecho.

Incluso cuando se admite una ética racional de base empírica, capaz de animar a criticar libremente la ley, lo propio del jurista será obedecerla puntualmente.[6] Parecido juego entre justicia racional prejurídica y segura obediencia al derecho positivo se dio entre los codificadores continentales que positivaron el iusnaturalismo racionalista. En todo caso, tanto si se considera a la justicia irracional como si se le sitúa al margen del derecho, lo propio de éste no sería en realidad *hacer justicia* sino permitir que el ciudadano sepa a qué atenerse, al *saber* de antemano *qué se tendrá por justo*.

2. *Del positivismo indeseable al positivismo inviable*

La quiebra de la "positividad instantánea" —que permitiría establecer cuándo empieza o termina de ser positivo un contenido normativo— provoca la crisis del modelo. Se teme que las invocaciones a la justicia, al olvidar la obediencia al derecho puesto optando por una crítica que le propone sustituto, lleve a la arbitrariedad. Pero ninguna arbitrariedad resulta más rechazable que la que se camufla tras una seguridad sólo ficticia.

Poco más puede ofrecer un derecho positivo cuyo contenido está meramente propuesto, a la espera de la lectura valorativa que le "da" sentido (o que capta el que deriva de su texto en un contexto histórico cambiante). Si seguridad equivale a no retroactividad, la historicidad de la interpretación jurídica la hará imposible, por más que se la considere deseable.[7]

La crisis del *positivismo* jurídico no se plantea ya tanto por considerarlo indeseable —como ocurrió en la última posguerra— como por constatar que es *inviable* en la práctica. Se considere a no deseable que la seguridad sustituya a la justicia, el derecho positivo no está paradójicamente en condiciones de garantizarla en las dosis pretendidas.

3. *No hay* "*soberano instantáneo*"

Cuando se considera —hobbesianamente— que justo es lo que ordena el soberano, por el mero hecho de haberlo ordenado, en apariencia la jus-

[6] Bentham, J., *A Fragment on Government*, Prefacio (editado con *A Comment on the Commentaries* por J. H. Burns y H. L. A. Hart, Londres, 1977), p. 399.

[7] *Cfr*. "Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht", *op. cit*., nota 5, pp. 153 y 295, respectivamente de las aludidas ediciones.

ticia se mantiene como indiscutible valor supremo; sólo se modificaría su contenido o la fuente de donde deriva. En realidad no hay tal. El propio Hobbes distingue moral y derecho, recordando que los consejos de la primera se asumen por su razonable contenido, mientras los mandatos del segundo se obedecen por proceder de una voluntad soberana, sea cual sea su contenido. No es que hayamos cambiado de teoría de la justicia, manteniendo ésta su predominio; al tratarse de una justicia sin contenido, lo único que ofrece es un saber a qué atenerse, si se asegura la obediencia general a lo que el soberano tenga por justo. Intentar disfrutar de seguridad sin renunciar a que se nos haga justicia sería pedir demasiado.[8]

Si lo que se pretende, con la opción ético-política por la seguridad, es garantizar al ciudadano que su conducta se verá jurídicamente condicionada sólo por lo que el soberano tiene por justo, liberándolo de propuestas polémicas, resulta evidente la crisis del intento. Tampoco hay *soberano* "*instantáneo*", ni siguiera unipersonal. Esto da paso paradójicamente a una multiplicidad de *teorías de la justicia*, que irán orientando aleatoriamente la progresiva positivación de lo jurídico.

III. Ser y deber. Una invencible afinidad

El afán por llegar a la elaboración de una *ciencia positiva del derecho* aparece vinculado a la filosofía positivista, arquetípicamente asumida en la visión comtiana de la historia. La magia teológica y la seudosabiduría metafísica han de dar paso a la ciencia positiva.[9] Liberado de la credulidad y del fraude, el estudio de los fenómenos sociales (derecho incluido) nos permitirá racionalizar la convivencia humana, con resultados prácti-

[8] Hobbes, T., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, en Ascarelli, T. (ed.), Milán 1960, p. 86.

[9] Para K. Olivecrona la norma, tal como la entiende Kelsen, establece una "relación mística" entre los hechos. "En una ocasión Kelsen declaró paladinamente que esto es en realidad «el Gran Misterio»; eso es hablar con claridad: es un misterio y siempre lo será" (*Law as Fact*, 1939, citamos por la edición en español: *El derecho como hecho*, Buenos Aires, 1959, p. 10). Más tarde, tras señalar la dificultad de distinguir entre iusnaturalistas y positivistas, acabará proponiendo el abandono del término "derecho positivo" (*Law as Fact*, 1971, citamos por la edición en español: *La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, 1980, pp. 43 y 78). Para A. Ross la concepción kelseniana del ordenamiento como sistema fundado en una norma básica es una "idealización falsa", que recurre inevitablemente a "vacías tautologías" (*Toward a Realistic Jurisprudente*, 1946, citamos por la edición en español: *Hacia una ciencia realista del derecho*, Buenos Aires, 1961, p. 115).

cos no menos espectaculares que los conseguidos en el mundo físico. La revolución tecnológica encontrará como compañera, superado todo oscurantismo, a la regeneración social.

1. *Dos ciencias positivas del derecho contradictorias*

La proyección de la teoría positivista de la ciencia al ámbito del derecho nos llevará, una vez más, a la paradoja. Si tal teoría del conocimiento acaba construyendo una peculiar realidad para su particular uso y consumo, lo sorprendente será que en el ámbito jurídico —como nueva consecuencia del forzado abismo ser/deber— acaba construyendo dos...

Kelsen —sin duda, el más ambicioso y coherente teorizador de una *ciencia* positiva del derecho— opta por situar la realidad jurídica en el mundo *del deber*.

Si se nos permite el trabalenguas, el derecho que es (que debe, por ortodoxia positivista, deslindarse de toda consideración sobre lo que el derecho deba ser) consiste en un deber peculiar. Lo que le presta cohesión como ordenamiento no es el contenido de sus normas (como ocurre en los "estáticos" sistemas morales) sino una mera conexión formal, que encadena actos de voluntad otorgándoles sentido normativo (o sea, transformándolos de ser fáctico en deber normativo).

La crítica de los "realistas" escandinavos a tal empeño no deja de resultar paradójica. Para ellos, la teoría kelseniana es pura metafísica, al volver la espalda al empirismo exigible a toda ciencia positiva. Su falso positivismo resultaría tan perturbador que acaba inutilizando tan prestigiado término.

Los "realistas" han optado por la ciencia positiva como *ciencia de hechos* —jurídicos, en este caso—. Pero, con ello, si hemos de creer a Kelsen, acabarán diseñando una ciencia tan positiva como poco jurídica. No se ocuparía, en realidad, del derecho (situado en el mundo del deber) sino de unos hechos que acaecen en la vida social, en paralelo a esas normas capaces (por una propiedad comparable a la del rey Midas) de atribuirles sentido jurídico. Su presunta ciencia del derecho es, más bien, una sociología parajurídica.

El positivismo jurídico, en su afán por llegar a diseñar una *ciencia positiva del derecho*, ha acabado paradójicamente dando paso a *dos contradictorias*, o sea a ninguna...

2. *Ser y deber*, *siempre enlazados*

Los dos conceptos de derecho positivo, enfrentados dentro del ámbito positivista, remiten a dos planteamientos opuestos sobre cuándo y *cómo se pone el derecho*.

Para Kelsen, la conexión formal del "dinámico" sistema jurídico otorga el sentido objetivo de norma jurídica a determinados actos de voluntad, si el ordenamiento goza, en su conjunto, de un *mínimo de eficacia*. Los realistas contemplan, sin sorpresa, cómo un elemento meramente fáctico se convierte en *conditio sine qua non* de la validez.[10] Ser y deber aparecen identificados, aunque la ortodoxia positivista kelseniana invite a considerarlos meramente contiguos.

Para los escandinavos, el derecho va poniéndose al compás de las fluidas conductas sociales. Sólo *ex post facto* cabe constatar la positividad jurídica; esto plantea una curiosa paradoja, ya que el derecho —por definición— aspira a gobernar el futuro y no a levantar acta del pasado. Lo decisivo es poder identificar las normas jurídico-positivas, sin esperar a hacer balance de lo que la sociedad ha tenido por norma considerar como derecho positivo.

Los empiristas han de reconocer por su parte —*a fuer* de realistas— que para que la simple vigencia fáctica de una norma se convierta en validez jurídica ha de entrar en juego una peculiar conducta: la *obediencia desinteresada* del que actúa cumpliendo un deber.[11] Ahora es Kelsen el que observa, complacido, cómo los hechos han de apoyarse (o —por obligado eufemismo— mantenerse vecinos) en elementos metafácticos, que habían sido precipitadamente rechazados como metafísicos.

La doble versión del positivismo jurídico acaba insinuando, paradójicamente, que *ser y deber acaban siempre enlazados*, sea cual sea la variante de la positivación jurídica por la que opte.

[10] Para A. Ross "resulta claro que, en realidad, la efectividad es el criterio del derecho positivo" y que la norma básica "sólo cumple la función de otorgarle la «validez» que exige la interpretación metafísica de la conciencia jurídica" (*On Law and Justice,* 1958, citamos por la edición en español: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963, p. 69).

[11] Ross, A., *Hacia una ciencia realista del derecho*, *cit*., nota 9, pp. 89 y 90.

3. *Cosa juzgada como arbitrariedad incontrolada*

Todo ello nos lleva bastante lejos de la existencia de una voluntad soberana, que dicta por escrito mandatos destinados a ser aplicados con pulcritud técnica.

Kelsen parece respetar el modelo, al presentar la norma como acto de voluntad condicionado por otra norma; pero se trata de un espejismo. No se limita a sustituir un sistema ético-material ("estático") por otro formal y procedimental ("dinámico"); lo que llevaría a sustituir el derecho como exigencia de justicia por el derecho como arbitrariedad controlada. Para él, las normas jurídicas no hacen aplicables diversos contenidos; en realidad no se "aplica" contenido alguno, porque ello exigiría admitir que se parte de un *juicio* sobre lo que la norma dice, para añadirle luego un aplicativo acto de *voluntad*. Para Kelsen, la norma no dice nada; quiere, o —mejor— faculta para querer. Por más que se diseñe la norma como un ámbito posibilitador de futuros actos de voluntad con sentido normativo, tampoco cabe —coherentemente— preguntarse qué quiere decir la norma, o sea qué actos de voluntad estaría dispuesta a respaldar.

Aunque el planteamiento teórico parece invitar a un cierto cognotivismo débil, que permitiría describir científicamente el contenido de la norma, la dinámica jurídica —que obliga a remitirse a la eficacia— acaba forzando a considerar como derecho un acto de voluntad realizado fuera del campo científicamente descrito.[12] El dictamen científico quedaría falsado por la misma práctica del derecho, capaz de demostrar que —de hecho— la norma no decía lo que parecía decir o acaba diciendo más de lo que parecía querer. El derecho como arbitrariedad controlada nos lleva a una nueva paradoja: ese control es a su vez arbitrario. Desterrado el juicio del ámbito de la dinámica jurídica, la "*cosa juzgada*" no sería sino una *incontrolada arbitrariedad final*.

Los realistas se apartan aún más del modelo. La voluntad del soberano penará en la hoguera su desvarío metafísico.[13] No hay tal voluntad con contenido preciso y aplicable. Esto sólo es concebible en positivismos codificadores (de raíz, paralela, racio-iusnaturalista o empírico-utilitaris-

12 Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, *cit*., nota 4, p. 352.

13 Sobre el particular véase Olivecrona, K., "The Will of Sovereing. Some Reflections on Bentham's Concept of «A Law»", *The American Journal of Jurisprudente*, 1975, 20, pp. 95-111, y sus críticas a este aspecto de la teoría kelseniana en *La estructura del ordenamiento jurídico*, *cit*., nota, 9, pp. 76 y 77.

ta), que llevan en sí los gérmenes del cognotivismo ético que les sirvió de origen. El derecho parece funcionar por arte de *magia*, pero la ciencia positiva ilustra el funcionamiento real de una *maquinaria social* sujeta a una peculiar causalidad. El presunto soberano no es sino un antropomorfismo mágico, que atribuye personalidad mística a un proceso mecánico insuficientemente conocido.[14] Ahondando en el funcionamiento de esa maquinaria llegaremos, una vez más, a la paradoja. La ciencia positiva nos descubre que la máquina jurídica funciona gracias a que los ciudadanos no son lo suficientemente científicos como para saber cómo funciona. Sin su infundada convicción de que deben hacer desinteresadamente esto o aquello, el derecho acabaría perdiendo su validez. La ciencia del derecho nos brinda, pues, un paradójico descubrimiento: el derecho sólo *funciona a golpe de ignorancia social*. Si todos los ciudadanos comprendieran que la norma jurídica es la mera expresión de una rutina, sólo les quedaría un motivo de obediencia, tan interesado como problemático: la invitación de Olivecrona a no poner en peligro el rutinario funcionamiento de un mecanismo de relojería cuya reconstrucción podría acabar siendo imposible.[15]

IV. Derecho positivo y legalidad histórica

La invocación a lo positivo arrastra siempre un tono de reproche: de lo físico hacia lo metafísico, de lo empírico hacia lo imaginario, de lo concreto hacia lo abstracto y —sobre todo— del fluir histórico hacia el ciego aferrarse a un pasado inmóvil.

1. *Una metodología antihistórica*

En el ámbito filosófico Comte es todo un síntoma del parentesco de *teorización positivista y filosofía de la historia*. En el ámbito jurídico será Savigny quien empareje ciencia del derecho positivo y alegato histórico.

14 Olivecrona, K., *El derecho como hecho*, *cit*., nota 9, pp. 38-41.

15 Así termina la contribución de K. Olivecrona al Homenaje a Roscoe Pound (*Interpretations of Modern Legal Philosophies*, Nueva York, 1947), titulado igualmente *Law as Fact* (citamos por la edición en español, incluida en el volumen colectivo *El hecho del derecho*, Buenos Aires, 1956, p. 240).

Con ello abre nuevas paradojas. Savigny está obviamente convencido de que sólo es derecho el derecho puesto. Siendo la positividad del derecho un producto histórico, el saber jurídico ha de concebirse como una ciencia histórica del derecho,[16] en contraste con las abstracciones del iusnaturalismo racionalista. La mordaz crítica que sus epígonos recibirán de Ihering no es sino el anticipo de una paradójica constatación: la teoría positivista de la ciencia empuja inevitablemente a planteamientos antihistóricos de la realidad jurídica.

Savigny entendía el derecho como una *realidad* a la vez *objetiva y evolutiva*. El derecho tenía un contenido preciso, bien lejano de la arbitrariedad[17] formalmente legitimada o de la mera rutina fáctica ajena a una *opinio iuris*. Su énfasis recaerá sobre la historicidad evolutiva de tal contenido. En lo que su planteamiento tenía de *intuición ontológica* resultaba notablemente feliz. Su tragedia fue querer aplicarle una *metodología* radicalmente *antihistórica*, desde la que acabaría viéndose descalificado por la promiscuidad de ser y deber que encubría su "organicismo".

En Kelsen esta evolución orgánica se ve sustituida por un mero *cambio aleatorio*. El derecho es sistema "dinámico",[18] en contraste con el fijismo estático que atribuye a los sistemas morales; pero tal dinamismo no refleja el despliegue histórico de una realidad objetiva sino el mero sucederse de actos arbitrarios de voluntad montados sobre un soporte formal común. Huyendo de la foto fija no va más allá de un tambor de diapositivas, que se limita a ofrecer una secuencia, coherente o no. El positivista ha de reconocer que el derecho es un peculiar acto de voluntad, y dejarse de historias.

Los realistas cumplen la consigna comtiana, a su modo. Comparten con él la consideración de lo jurídico como un fenómeno más de la facticidad social. Entienden que el saber positivo capaz de explicarlo ha de ser sociológico, pero su propuesta de *ciencia social* prescinde —al me-

16 En clara contraposición a la etiqueta "derecho natural", en"Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft", 1815 (en *Vermischte Schriften Aalen*, 1968, t. 1), pp. 108 y 109. De la evolución de su pensamiento nos hemos ocupado en "Savigny: el legalismo aplazado", incluido en el volumen de la *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaiso) dedicado a *Savigny y la ciencia del derecho*, 1979, 14/2, pp. 543-586.

17 Savigny, F. C. V., *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaf*, Heidelberg, 1814, t. 2, (citamos por la edición en español incluida en el volumen *La Codificación*, Madrid, 1970), p. 58.

18 Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, *cit*., nota 4, pp. 198 y ss.

nos confesadamente— de toda *filosofía de la historia*. Constatan que el derecho "se mueve", renunciando a adivinar hacia dónde. Desde perspectivas "alternativas" de ciencia social, se sugerirá que constatar tal movimiento no deja de ser un modo, tan eficaz como interesado, de mantener el *statu quo* en contra de la historia.

2. *Relativismo moral y iusnaturalismo críptico*

El positivismo insiste en la necesidad de ocuparse del *derecho positivo*, negando carácter jurídico a cualquier presunto rival situado fuera de la *realidad social*. La historicidad de ésta, sin embargo, convertirá en problemática esa promesa de unión indisoluble.

Si derecho y realidad social se identifican surge un paradójico dilema. O el derecho —como aquélla— es mera facticidad, cambiando con ello su función normativa por otra meramente reproductiva; o el derecho encuentra en la realidad social la fuente de la clave normativa que le da sentido. Si tal clave es aleatoria, no habría gran diferencia entre el derecho y el juego de la ruleta; si la realidad social porta en sí mismo claves objetivas, su descripción se erige en norma encubierta y la sociología degenera en sociologismo.

Éste ha sido las más de las veces el resultado. El desfase entre la historicidad social y las exigencias de la seguridad jurídica sustituye el discurso del derecho *como* realidad social, por la exigencia de que sus normas se adapten de modo continuo a tal realidad. Sería ella la auténtica depositaria del sentido del derecho.

El *sociologismo* se convierte en iusnaturalismo inconfesado, si en cada momento histórico la realidad social dicta una respuesta obligadamente adecuada. Cuando, desde una perspectiva "crítica", se sabe de antemano cómo acaba la historia, surge ese peculiar "iusnaturalismo" que invita a un uso alternativo del derecho. El sociologista —que, negándose a escrutar el futuro, se considera capacitado para descifrar el presente— acaba introduciendo en él su propia teoría de la justicia, aunque su opción por el oportunismo le alivie de responsabilidades.

El positivismo, que se presentaba como expresión de *relativismo moral*, acaba implantando paradójicamente un *iusnaturalismo críptico*.

3. *Querencia progresista y despotismo ilustrado*

Puestos de acuerdo en que la norma jurídica ha de aplicarse en todo momento de acuerdo con la "realidad social" del momento, surge el problema de a quién corresponde la *interpretación auténtica* de esa encubierta *normatividad social*, que —ofreciéndose como criterio interpretativo de la jurídica— acaba en realidad sustituyéndola. Es obvio que los esquemas de legitimidad política respaldaban el texto normativo, pero éste es sólo ya una parte de lo necesitado de legitimación, en la medida en que ha dejado de ser el dueño de su sentido.

Pedirle al sociólogo que nos responda sería situarlo ante una incómoda disyuntiva. Puede, si es riguroso, declinar el encargo; difícilmente podrá decir al jurista qué "realidad social" debe servirle de criterio al interpretar la norma, cuando su función es describir qué tiene por norma considerar como realidad social el jurista al realizar su función interpretativa. Puede, por el contrario, investir —de modo más o menos solapado— como intérprete social autorizado a determinado núcleo de opinión, convirtiéndole así de hecho en portador de poderes no legitimados.

Se consuma una nueva paradoja. La presunta fidelidad del positivismo a los mecanismos de legitimación política (obviamente democrática) se ve desplazada por la *querencia* "*progresista*" que le acompaña, encontrando formulación arquetípica en su versión comtiana.[19]

Frente al iusnaturalismo como filosofía reaccionaria de la historia, empeñada en conservar un imperfecto pasado, el positivismo progresista, que aspiraría a adelantar el futuro, constata con impaciencia que, un día tras otro, la *norma jurídica se* le *ha quedado* siempre *corta*. Adaptar la norma jurídica a la realidad social sería hacerla llegar adonde su creador —timorato en origen o devenido arcaico— no consiguió llegar.

La apelación a la realidad histórica se convierte así en la más eficaz estrategia para un *despotismo ilustrado*. No sólo hemos pasado del relativismo moral a la propuesta de obligado incumplimiento. Por ende, hemos aparcado las formas de legitimación democrática, atribuyendo a un

[19] Ya en la segunda página de su *Cours de philosophie positive*, 1830, señala que para explicar su verdadera naturaleza es indispensable arrojar primero una ojeada general sobre la marcha "progresiva" del espíritu humano. Dos páginas después se refiere a "la perfección del sistema positivo, hacia la que tiende sin cesar" (citamos por la reproducción anastática de París 1968-1969, t. I).

minoritario grupo (los dioses son tacaños al otorgar saberes) el derecho a discernir, entre los hechos, gérmenes del futuro y cadáveres del pasado.

V. Labor judicial. Método técnico o discrecionalidad política

El afán por trazar una separación tajante entre actividad política y jurídica —*debate valorativo prejurídico* y *manejo* rigurosamente *técnico* del *derecho puesto*— no sólo expresa la tercera perspectiva propuesta, sino que enlaza con las dos previas. De poco serviría centrar toda la atención científica sobre el derecho puesto si en su despliegue dinámico acaba luego poniéndose inevitablemente otro.

1. *Mecanismos técnicos sin momento creativo*

El positivismo jurídico —precisamente por su empeño en no reconocer como derecho sino a las normas positivas— reclamará una ciencia capaz de suministrar el instrumental metodológico adecuado para garantizar que tales normas no se verán desvirtuadas en su aplicación práctica.

Esto explica el carácter bifronte de la llamada "metodología jurídica". Bajo tal rótulo se acogen con frecuencia dos tipos de contribuciones: una *metodología de la ciencia del derecho*, que señala los requisitos a cumplir por el saber jurídico para que pueda ser considerado científico, proyectando sobre él "normativamente" una determinada teoría del conocimiento y de la ciencia; una *metodología para la praxis jurídica*, que analiza las incidencias que acompañan a la realización práctica del derecho, las posibilidades y límites de las normas para darles respuesta y el diseño de los modelos oportunos para intentar que todo este proceso resulte, en lo posible, técnico, riguroso, racional o —al menos— razonable.

Los principales postuladores de un saber jurídico científico se muestran especialmente atentos a la capacidad de su ciencia jurídica para solventar los problemas planteados por el manejo práctico del derecho. Aspiran a lograr *mecanismos técnicos* que permitan resolver cualquier incidencia práctica, *sin* replantear el *momento creativo* del derecho, presuntamente consumado en el momento de su creación positivadora.

La dificultad del empeño es tal que se ha llegado a ironizar sobre la realidad histórica de tal intento,[20] pero no falta fundamento para detectar elementos definidores:

— Diseño de la *práctica* jurídica como una operación "*aplicadora*" de normas previamente puestas.
— Configuración del ordenamiento jurídico como un *sistema coherente y pleno*, libre de antinomias y lagunas —entendimiento de la *aplicación* de la norma como una tarea *técnica*, en la que no se incluirían valoraciones añadidas a las puestas por el legislador—.
— Función *excepcional* y terapéutica de la *interpretación*, considerada como *remedio* sanador de una *imperfección* congénita o de un envejecimiento sobrevenido detectado en la norma.
— Intento de elaboración de *métodos interpretativos* capaces de convertir también en técnica y científica esa labor, *evitando* así —por superflua— toda *discrecionalidad*.
— Presentación, en fin, de toda la realización práctica del derecho como un *juicio* racional, considerando agotada al crearse la norma la intervención de la *voluntad* política. La afinidad entre la frontera *lege lata-lege ferenda* y las establecidas entre ser-deber ser, derecho-moral y voluntad soberana-crítica no legitimada es evidente.

2. *El aplicador decide qué dice la norma*

La inviabilidad práctica del modelo es tal que, en efecto, no es fácil hoy encontrar positivista alguno capaz de defenderlo. Kelsen, por ejemplo, ampliamente ilustrado por las peculiaridades del judicialismo norteamericano, llegará a un *abandono* absoluto del modelo. Reconoce el carácter creativo de la supuesta "aplicación" de la norma, hasta llegar a diseñarla como "creación" de una norma nueva, si bien particular.

La dinámica del derecho deja de concebirse como un juicio, lógicamente dependiente de premisas positivadas, para plantearse como encadenamiento formal de actos de voluntad.

[20] R. Dwokin, por ejemplo, que —dadas las peculiaridades del debate anglosajón— se ve paradójicamente acusado de representar cierto tipo de "jurisprudencia mecánica" (*Taking Rights Seriously*, 1977, citamos por la edición en español: *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, p. 63).

Dado su no cognotivismo ético, cada acto de voluntad acaba decidiendo —a golpe de eficacia— cuál era realmente el ámbito legitimador que le brindaba el previo, con lo que el presunto proceso de clarificación del "contenido" de la norma se invierte en la práctica, cobrando carácter retroactivo: paradójicamente, lo que *dice* realmente una norma lo *decide* al final su presunto "aplicador".

Hart se esfuerza por conservar el modelo como mero postulado ideal; en excepcionales "casos difíciles" sería legítima una inevitable discrecionalidad. Este estratégico *positivismo replegado* llevará a una curiosa situación de cambio de papeles al polemizar con Dworkin.

La peripecia pone de relieve la doble raíz del *positivismo jurídico*: una de impronta conceptualista, que no excluye el *cognotivismo ético* (de raíz racionalista o empirista), si bien positivamente *codificado*; otra, que arranca del *voluntarismo*, excluye todo tratamiento racional de la ética. Kelsen marca la fractura entre ambas, mientras Hart se esfuerza desesperadamente por conciliarlas.

El positivismo entendía que el debate sobre la justicia quedaba cerrado al positivarse la norma. Su aplicación práctica había de garantizar seguridad, excluyendo toda *discrecionalidad*. Los cognotivistas intentan diseñar métodos interpretativos científicos, mientras los voluntaristas se esfuerzan por mitigar el alcance de una discrecionalidad inevitable.

La polémica entrada en juego de Dworkin —reconociendo la dimensión valorativa de toda interpretación de la norma y admitiendo a la vez principios cognoscibles, que permitirían prescindir de una arbitraria discrecionalidad— lleva a la paradoja. El positivista Hart asume una discrecionalidad por vía de excepción, mientras el "iusnaturalista" Dworkin excluye toda discrecionalidad en sentido fuerte, al apoyarse en criterios objetivos y cognoscibles. Los positivistas acaban, pues, constatando la inviabilidad de su modelo hasta el punto de atribuirlo a sus adversarios polémicos.

El dilema entre cognotivismo o voluntarismo ético desdibuja los perfiles. El modelo positivista al que venimos aludiendo procedía en realidad (tanto en Bentham como en el continente) de iusnaturalismos positivados. Un voluntarismo coherente se ve obligado a abandonarlo (Kelsen) o a mantenerlo con más equilibrismo que coherencia (Hart).

3. *Una discrecionalidad inevitable*

El intento de delimitar el campo de lo político y el de lo jurídico, haciendo superflua una específica *legitimación política de la tarea judicial*, entra en quiebra. Por más que el tópico subsista —como pieza de una ideología profesional— es difícil seguir creyendo en la *neutra aplicación técnica* de una norma previamente creada en sede política.

La aplicación de la legítima voluntad soberana se ve suplantada en la teoría kelseniana por la mera voluntad arbitraria del creador de la norma particular, sometido al filtro sólo teórico de la norma previa, activable ante las instancias de control.

La *interpretación científica* de la norma diseñaría el ámbito teórico de discrecionalidad dentro del cual puede moverse el creador de la norma particular. En vez de un núcleo nítido y una periferia de casos difíciles (como en Hart), nos encontraríamos con un *ámbito de arbitrariedad* legítima demarcada y otro de arbitrariedad ilegítima extramuros de la norma previa. Pero, en realidad, la interpretación científica se limita a intentar solventar una polémica teórica; en cualquier caso, *no* resulta *vinculante* para la instancia de control[21] —ni para el último creador de normas, si aquella no existe—, con lo que el presunto filtro queda en la práctica al albur de que tal interpretación científica sea de hecho respetada. En caso contrario quedará reducida a juego académico, pudiendo verse incluso teóricamente falsada por la fuerza retroactiva de la *eficacia jurídica*.

Hart, al admitir por vía excepcional una discrecionalidad inevitable, está reconociendo la necesidad de una legitimación política de la actividad judicial.

Si bien tal extremo no plantea especiales problemas en el ámbito anglosajón, el carácter universal de su reflexión teórica anula pretensiones características del positivismo continental. El eco de esta constatación resulta expresivo ante los intentos de buscar respaldo legitimador a un Poder Judicial que antes no lo precisaba, en la medida en que —como expresara Montesquieu— se le consideraba nulo por su papel de moro locutor de las palabras de la ley.

La frontera entre *política jurídica* y *aplicación técnica* del derecho resulta, pues, tan poco sostenible como aquellas (ser-deber ser, derecho-moral) en que pretendía apoyarse.

21 Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, *cit*., nota 4, pp. 352 y 353.

VI. NORMATIVISMO POSITIVISTA Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

El diseño del *ordenamiento* jurídico como *sistema coherente y pleno* aspira a convertir en superflua toda ilegítima tentación de recurrir a elementos metajurídicos. Nuestras tres perspectivas se unen de nuevo: *c*) el rechazo de todo intento de revancha clandestina, por parte de *opciones políticas* descartadas por el *legislador*, *b*) exige mantenerse en el ámbito de un derecho puesto, *a*) cuya peculiar capacidad expansiva necesitará *modelos ad hoc* diseñados por la *ciencia* jurídica *positivista*.

1. *La lógica como ropaje argumental de lo teleológico*

El instrumento decisivo elaborado por la ciencia positivista del derecho, para facilitar una indefinida *capacidad expansiva del ordenamiento jurídico*, serán los *principios generales del derecho*.

Ellos serán los que posibiliten la entrada en juego de uno de los criterios prioritarios para un manejo presuntamente técnico del derecho: la *interpretación sistemática*. Cuando ni la interpretación gramatical ni la histórica son capaces de alumbrar un sentido de la norma compatible con las exigencias del caso, resulta inevitable ir más allá. Para que esta imprescindible expansión no nos condene a huir a lo metajurídico habrá que *dilatar el ámbito de lo positivo*.

Los principios generales del derecho satisfacen dos radicales exigencias positivistas. Por una parte, rumian *contenidos* jurídicos ya *puestos*, evitando en apariencia todo adicional momento creador. Por otra, actúan dentro del diseño de la práctica jurídica como *operación lógica* e incluso silogística. Ofrecen una premisa mayor de emergencia, ante la probada imposibilidad de conectar adecuadamente con el caso concreto la encerrada en el texto.

La *interpretación* sistemática así posibilitada sería una operación científica, que ampliaría el ámbito del manejo técnico del derecho, marcando frontera con la *integración* de contenidos ajenos al derecho puesto. Nos encontraríamos en el ámbito de una *lógica* aparentemente deductiva, que aparcaría en el seno de la poca deseable integración toda *argumentación analógica*. Cuando incluso esta fórmula de expansión controlada resulte insuficiente, los principios generales permitirán todavía establecer una nueve delimitación de emergencia, distinguiendo entre los enlaces analó-

gicos caprichosos y aquéllos que permitirían constatar la existencia de una *analogía iuris*.

Las sucesivas revisiones del modelo ponen de relieve su insuficiencia. La historicidad de lo jurídico dejará una y otra vez en evidencia sus limitaciones. Los intentos de solventarlas por la vía de una *interpretación sociológica* plantean problemas ya aludidos. Parece como si el tronco presuntamente lógico de la operatividad del derecho se viera asfixiado por una endémica hiedra *teleológica*. Los intentos positivistas de diseñar científica y técnicamente este nuevo criterio interpretativo fracasan. La *jurisprudencia de intereses*, tan vinculada a Bentham y sus intentos de llegar a un cálculo ponderador de magnitudes obtenidas empíricamente, engendró un sociologismo particularmente opaco. En realidad, el razonamiento jurídico es siempre más teleológico que lógico.

La teleología late siempre en la captación de la concreta solución exigida por el caso; la *lógica* no es sino el *ropaje argumental* más convincente a la hora de hacer valer tal propuesta. No recurrimos a la teleología como remedio extremo, agotada la lógica; recurrimos a la lógica para *hacer plausible una exigencia teleológica previa*. Esta primacía de lo teleológico se traduce en un *protagonismo de la analogía*,[22] como vía adecuada para la captación de la historicidad del derecho. Todo el *diseño* científico *positivista* de una *metodología para la praxis del derecho* ha resultado paradójicamente invertido.

2. *Protagonismo práctico de los principios y relevancia teórica de las normas*

Si queremos mantener el razonable empeño de considerar derecho sólo al derecho puesto, el fracaso del modelo lleva a replantear qué vamos a considerar como tal. Ahora será el *normativismo* la pieza positivista que entre *en crisis*. La artificialidad de unos principios generales, obtenidos rumiando el contenido de las normas positivas, llevará a plantear si no habrá unos *principios*, tan jurídicos como las normas, sin cuya presencia ninguna praxis del derecho sería concebible.

El mantenimiento de la idea del ordenamiento jurídico como sistema de normas (y de lo que de ellas cupiera científicamente derivar) se hace

22 Al respecto véase Kaufmann, A., *Analogie und* "*Natur der Sache*", 1965 (citamos por la corregida 2a. edición de Heidelberg, 1982, p. 37).

teóricamente insostenible.[23] ¿Tiene, al menos, rentabilidad práctica? Puede que la ya probada funcionalidad de la ignorancia social aconseje el mantenimiento del normativismo, como fórmula para generar confianza, simulando un manejo aparentemente racional del derecho.[24] Pero, aun admitiendo la práctica rentabilidad "ideológica" de una concepción falsa de lo jurídico, nada parece excusar de la búsqueda teórica de otra explicación más cercana a la realidad.

Frente al modelo de ordenamiento jurídico como sistema de normas, surge la alternativa de un ordenamiento constituido a la vez por normas, que plasman al juego combinado de varios principios en relación a un supuesto de hecho, y por esos mismos principios actuando como criterios de elección entre normas de explicitación de su histórico sentido. Tales *principios* no surgirían ya por molturación del material normativo sino que revestirían un claro *carácter previo*, ofreciéndose como elementos básicos a combinar en el caleidoscópico desarrollo del ordenamiento jurídico.

La aceptación práctica del modelo no resultaría nada novedosa. No faltan *textos constitucionales* en los que se recogen tales principios prelegales, condicionadores de la validez de cualquier norma. Por más que el arraigado normativismo invite a considerarlos como *normas de orden superior* y difusa delimitación,[25] la realidad es que son y actúan como *principios*: ofreciéndose a una *mutua ponderación*, sin obligar a la elección disyuntiva propia de la opción entre normas. El giro constitucional, desde un entendimiento de los *derechos subjetivos* como *derivados de las normas* legales a un entendimiento de las leyes como normas de validez subordinada al respeto del contenido esencial de unos *derechos fundamentales que juegan como principios*, puede darse por consumado. Lo que se echa con frecuencia en falta es el obligado replanteamiento teórico del normativismo que ello exige.

23 Es interesante el énfasis de R. Dworkin al cuestionar el entendimiento del derecho como sistema de normas; *cfr*. los capítulos 2 y 3 de *Los derechos en serio*, *cit*., nota 20, pp. 61 y ss.

24 Provocativas al respecto las propuestas de N. Luhmann. *Cfr*. especialmente *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969. De su obra nos hemos ocupado repetidamente; por ejemplo, *Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, 1973 y los trabajos recogidos ahora en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, 1989, pp. 63-98.

25 Sobre ello hemos polemizado con G. Peces-Barba en *La Constitución: entre el normativismo y la axiología*, incluido ahora en *Derechos humanos y metodología jurídica*, *cit*., nota anterior, pp. 225-241.

Si se aborda con decisión, la *pregunta* inaplazable es si tales *principios son realmente jurídicos*. Atribuirles un carácter "moral" prejurídico equivaldría a reconocer que el derecho es un sistema cuya dinámica está protagonizada por elementos ajenos al mismo.

Kelsen lo hace con notoria impasibilidad, consolándose con la convicción de que tal protagonismo es irrelevante para un "jurista" (por el carácter metajurídico de tales incidentales vecinos de las normas) y que su análisis resulta vedado al científico (dado el carácter irracional de sus contenidos). Admitir, como Hart, un cierto tratamiento racional de sus contenidos, aun negando siempre su carácter objetivo, nos llevaría a un concepto notablemente incierto de qué pueda entenderse por racional.

Reconocer a tales principios carácter jurídico obliga a *replantear* doblemente el *concepto de derecho positivo como derecho puesto*; preguntándonos qué debemos entender por derecho y cuándo podemos considerarlo puesto.

La ruptura del normativismo lleva a relativizar el papel del criterio *formal* de *identificación de lo jurídico*. No podremos ya entender por derecho lo que, apareciendo formalmente como norma, se integra en un sistema peculiarmente trabado. Parece obligada una identificación *material* de lo jurídico, como conjunto de exigencias que condicionan una convivencia social respetuosa con lo "humano". La frontera entre lo jurídico y lo que no lo es vendría dada por dicha repercusión, sin perjuicio de que el criterio para tal discernimiento merezca —por unas u otras razones— el calificativo de "moral".

Problema distinto es cómo se acaba poniendo el derecho. Desde un punto de vista real son los *principios* los *protagonistas prácticos* de tal *positivación*, y no sólo como ingredientes informadores de las normas. Actúan también como estimuladores de la tarea judicial —que busca e interpreta la norma oportuna— y, no cabe olvidarlo, como protagonistas básicos del ámbito más amplio de la actividad jurídica: la conducta del ciudadano, que juzga cómo debe comportarse, con tan escaso conocimiento de los vericuetos normativos como nula afición a que los jueces acaben ilustrándole al respecto.

Aun siendo lo jurídico algo tan poco precisamente delimitable y positivándose de modo tan versátil —y precisamente por ello—, el protagonismo real de los principios debe verse acompañado por el papel central de la *norma* como punto de *referencia* de su *análisis teórico*.

No siendo el derecho un conjunto de normas, en ellas encontramos una indispensable plataforma para ir captando su sentido. Aunque la práctica jurídica no consista en aplicar normas, el escenificarla como tal permite una relativa previsión de sus consecuencias y hace posible articular con relativa transparencia el debate que siempre la acompaña.

El entrecruce de perspectivas subjetivas sobre qué sea lo exigido por una convivencia "humana" exige instancias de mediación entre las que la norma —sin arrogarse exclusivismos desfiguradores— ocupa un lugar de notable relevancia. Pero el *debate jurídico* fundamental —cuyo ocultamiento sería de sospechosa utilidad— será siempre el de los *principios* jurídicos a tener en cuenta a la hora de resolver un conflicto y el de su ajustada ponderación.

El intento positivista de identificar lo jurídico por la forma en que es puesto obliga a fingir un irreal proceso de positivación. *Las formas positivadoras no definen lo jurídico*, permitiendo una tranquilizadora y neta delimitación respecto a lo moral. La siempre polémica delimitación de lo jurídico (dentro de las exigencias morales de respeto a lo humano o de las consideraciones de oportunidad o eficacia política) ha de encontrar en los mecanismos formales de positivación el campo argumental más adecuado para encaminarse a una —siempre tentativa— "cosa juzgada" y para intentar prever su dictamen resolutorio.

3. *La polémica política sobre el activismo judicial*

Desde la perspectiva de la legitimidad política de la creación del derecho, todo lo dicho obliga a replantear *quién pone realmente el derecho*. El *normativismo* simplificaba notablemente el problema, al reducir la pregunta a quién está legitimado para poner normas (dado que se excluía toda otra realidad jurídica).

Cuando el normativismo se convierte en *legalismo* la simplificación es aún mayor, al convertirse la ley en fuente jurídica única (acompañada, si acaso, por una costumbre reducida en la práctica a criterio de interpretación y por unos principios generales destilados de ella misma).

Inviable el esquema positivista, resulta inevitable la *polémica política*, por más que tienda a disfrazarse de debate científico. Política y *no doctrinal* es la polémica sobre el "*activismo*" *judicial*, o sea sobre la renuncia a encubrir el relevante papel creador que el juez —quiera o no— ha de asumir.

La tensión entre lógica y teleología, interpretación científica e integración política, silogismo y analogía, rebrota ahora.

Que no se trata de una peculiaridad de los sistemas continentales codificados lo pone de relieve la presencia del problema —con peculiares connotaciones— en el ámbito anglosajón. Aunque la existencia de una específica legitimación política del juez (diversa de la competencia técnica que se le presume en el derecho codificado) podría haber difuminado el problema, la relevancia constitucional de la Corte Suprema lleva a plantearlo en términos paralelos.

En el ámbito norteamericano el "originalismo", que anima a interpretar la Constitución manteniendo el sentido contemplado y querido por sus redactores, disfraza de debate metodológico una polémica de notable calado político: si planteamientos socializantes, ajenos ideológica e históricamente al momento positivador, pueden o no resultar admisibles.[26] En el derecho codificado, por el contrario, los jueces (gracias a su presunta neutralidad o nulidad política) pudieron realizar esa transmutación introduciendo por vía jurisprudencial doctrinas tan relevantes como la del abuso del derecho. Al concebirse, por el contrario, derechos no sólo derivados de las leyes sino entendidos como escudos que "niegan" la licitud de una intervención estatal, se rechaza cualquier intento judicial de "*afirmar*" *derechos no* explícitamente *previstos* en el texto constitucional, por la modificación de la teoría de la justicia subyacente que ello llevaría consigo. El debate gira en realidad en torno a la posible *positivación privilegiada* de unos *principios* que pasarían a ocupar un papel de vértice en el juego ponderativo que toda la actividad jurídica implica.

En el ámbito europeo se experimenta un frecuente rechazo al "activismo" del Tribunal Constitucional. Ello se ve facilitado por el carácter de *legislación* "*negativa*" que Kelsen atribuyó a su diseño de control "concentrado" de constitucionalidad.

Si tal Tribunal desbordara una tarea de mera anulación de leyes para pasar a positivar derecho, asumiría competencias legítimamente atribuidas al Poder Legislativo —de manera no muy diversa a cómo los jueces de la Corte Suprema norteamericana, al afirmar nuevos derechos, sacralizan opciones políticas sustrayéndolas al juego alternativo de las mayorías parlamentarias—.

[26] Sobre las polémicas recientes suscitadas en torno a ello en el ámbito estadounidense *cfr*. la crónica de M. Beltrán *Originalismo e interpretación. Dworkin* vs. *Bork: una polémica constitucional*, Madrid, 1989.

Pero, junto a la ascética invitación kelseniana a una actitud "negativa" meramente anuladora, entran en no pocos casos en juego textos constitucionales asentados sobre un conjunto de *derechos fundamentales*, *sedientos de positivación*. Esta contradictoria tensión denuncia la entraña política de tan frecuentes apelaciones doctrinales.

Tanto el recurso al "originalismo" (especialmente plausible en textos constitucionales de escasa antigüedad)[27] como el rechazo a que el Tribunal Constitucional se convierta en "tercera instancia" judicial o en "tercera cámara" parlamentaria, no hacen sino constatar la inviabilidad del modelo positivista. Lo que se discute no es si el juez crea o no derecho (lo hará siempre, quiera o no) sino si debe consolidar una opción o reformarla.

El *legalismo* político resulta en la práctica aun *menos sostenible que el normativismo* teórico-jurídico.

VII. Entre voluntarismo arbitrario y prudencia razonable

Los más variados positivismos jurídicos coinciden en la necesidad de abandonar todo planteamiento de la actividad jurídica como ejercicio prudencial de una presunta razón práctica. Se la rechaza: *a*) por irracional, en la medida en que encubriría una "falacia naturalista",[28] al enlazar ser y deber ser; *b*) por insegura, al difuminar la frontera entre el derecho puesto y el meramente propuesto, y *c*) por políticamente ilegítima, en la medida en que tales tareas estarían protagonizadas por ciudadanos sin título habilitador para crear derecho.[29]

27 Así lo reconoce, en su Fundamento 5, la Sentencia del Tribunal Constitucional español 53/1985 del 11 de abril, que declaró, antes de su entrada en vigor, "disconforme con la Constitución" el primer proyecto de ley despenalizadora del aborto.

28 Un interesante rechazo de tal acusación en Cotta, S., "Diritto naturale: ideale o vigente?", *Iustitia,* 1989, 2, pp. 119 y ss.

29 J. Bentham señala que "el mal consiste en la incerteza de la ley no escrita", tras afirmar que, con "lo que se llama derecho común, no hay seguridad para los derechos de los individuos". Ello explica que, cuando no hay ley escrita, "el abogado y el juez encuentran por todas partes, en este sistema, vacíos que llenan como quieren. La ley no escrita no hace más que prestar un velo a decisiones arbitrarias" (Dumont, P. E. L. (ed.), *De l'organisation judiciaire et de la Codification secc. VI*, edición de 1830, t. 3, pp. 105 y 102, reimpresa en Aalen, 1969).

1. *Técnica jurídica como ideología*

La actitud más extendida entre los defensores de una ciencia positivista del derecho es la consideración de la *prudencia* como una actividad *precientífica*.

No deja de resultar sintomático que Bacon incluya a los *idola fori* en el catálogo de enemigos de la razón destinados a ser objeto de su profilaxis iconoclasta.[30] Si Comte emparenta a los juristas con la metafísica y anuncia su rentable sustitución por ingenieros sociales,[31] Bentham no duda en señalar a los abogados como los principales boicoteadores de sus propuestas, con un aire entre displicente y comprensivo: también los obreros se oponen a la instalación de nuevas máquinas.[32] Pasar de la prudencia a la ciencia sería algo tan obligado como hacerlo de la alquimia a la química o de la astrología a la astronomía.

Lo paradójico es —después de lo ya señalado— que lo que se planteaba como una *sustitución* acaba convirtiéndose en mero *disfraz*.

Aunque la metodología para la praxis jurídica que diseña el positivismo se presenta como alternativa a la prudencia, no la sustituye sino que sólo le sirve de tentación para degenerar en arbitrariedad disfrazada.

No se trata de negar la virtualidad de una laboriosa "técnica jurídica". Es indudable su utilidad instrumental, como punto de apoyo o de referencia dentro del siempre problemático juego de la razón práctica. Pero, cuando se le presenta como su alternativa, *la técnica se convierte* paradójicamente *en* "*ideología*" enmascaradadora de la arbitrariedad.

[30] Bacon, F., *Novum Organum*, aforismo LIX del libro 1o. (hay edición en español, 2a. ed., Buenos Aires, 1961); *cfr*. p. 96.

[31] La identificación de los "legistas" con los metafísicos es continua en la obra de A. Comte. El proceso de descomposición que el estado metafísico lleva consigo se traduce en una sustitución de los jueces por los abogados (*Cours de philosophie positive*, lección 46, vol. IV, *cit*., nota 19, 1839, t. IV, pp. 131, 132 y 174); *Système de politique positive ou traité de sociologie*, vol. III, cap. 7, *cit*., nota 19, 1853, t. IX, pp. 526 y 527; vol. IV, Apéndice general, 3a. parte, t. X, p. 70. Los legistas cumplen su función en el paso del estado militar al industrial (*Cours de philosophie positive*, lección 51, t. IV, pp. 576 y 577. "La mayor parte de los sabios actuales se fundirá con los ingenieros" y "los más eminentes de ellos se convertirán, sin duda, en el núcleo de una verdadera clase filosófica, directamente reservada a conducir la regeneración intelectual y moral de las sociedades modernas (*Ibidem*, lección 57, t. VI, pp. 411 y 412).

[32] Bentham, J., *Traité des sophismes politiques*, *op. cit*., nota 19, t. 1, primera parte, capítulo III, p. 487.

2. *Rehabilitar la razón práctica*

El fracaso de la técnica jurídica como sustitutivo de la prudencia reabre en toda su crudeza el dilema fundamental sobre el carácter de la *positivación* del derecho: ¿nos encontramos ante un *acto de voluntad* o ante un *prudente* ejercicio de la *razón práctica*? El afán de atenerse con fidelidad al derecho puesto invitaba a un diseño intermedio: captación teórica de la *voluntas* o *mens legislatoris* (según la raíz voluntarista o cognotivista del empeño) y posterior aplicación técnica sobre la realidad concreta.

Certificada la ruina del intento, sólo queda proponer un voluntarismo acumulativo, en la línea kelseniana, o replantear las posibilidades de un razonable ejercicio de actividades prácticas como las que la positivación del derecho exige.

Descartado el voluntarismo y el logicismo deductivo, es preciso ahondar en las peculiaridades de un proceso que es, a la vez, *captación racional* —de las exigencias de los principios jurídicos— y *desarrollo práctico* —de esas mismas exigencias— ante circunstancias concretas e históricas, es decir, nuevas e irrepetibles.

La analogía se convierte en el principal instrumento de razonabilidad de esta puesta en correspondencia de *principios* valorativos y *circunstancias* sociales, que alumbrarán la positivación del derecho con toda su carga de historicidad. El *marco normativo* servirá instrumentalmente como insustituible punto de referencia de tan problemático proceso y como piedra de toque de su racionalidad. No porque pueda ser "aplicado" (la inviabilidad del intento excusa todo debate sobre su deseabilidad), sino porque servirá de punto de apoyo argumental y exigirá —cuando se opte por marginarlo— la adecuada justificación.

El protagonismo que alcanzan hoy, dentro del debate metaético, los intentos de *rehabilitar la razón práctica* certifican con elocuencia el agotamiento de la propuesta positivista.

3. *Sin razones no hay democracia*

La doble raíz —voluntarista y cognotivista— de los positivismos jurídicos encuentra, por otra parte, una interesante piedra de toque cuando se los contrasta con los esquemas de *legitimación política* al uso.

Hobbes nos muestra una clara opción por el *voluntarismo* manteniendo, como mínimo de derecho natural indispensable, el principio *pacta sunt servanda*.

Pero su voluntarismo aboca a un coherente *absolutismo* político. Derecho es lo que quiere el soberano, o aquel a quien él autorice a querer en su nombre.[33] Cuando se pasa a un voluntarismo colegiado el esquema no será muy diverso. Sólo recurriendo a una "legislación oblicua" consigue Austin disfrazar de voluntad del soberano las tareas judiciales.[34] Kelsen erradicará todo resto iusnaturalista, con su norma fundante básica, llevando a su plenitud el voluntarismo: en origen (sustituyendo su norma fundante como hipótesis teórica por otra entendida como voluntad fingida)[35] y en su desarrollo (admitiendo, sin ambages, una correlación de voluntades soberanas sucesivas, sin oblicuidad alguna que intente justificar la permanencia de algo agotado).

El abandono de la querencia absolutista del voluntarismo, como ejercicio inevitablemente arbitrario (y sólo relativamente previsible) del poder, sirvió de matriz a las fórmulas de legitimación política aún vigentes, de inequívoca raíz cognotivista.

Consciente de ello, Kelsen se ve obligado —para no abandonarlas— a tratarlas en paralelo,[36] incontaminadamente aisladas de su pura teoría jurídica.

[33] De ello nos hemos ocupado en "Hobbes y la interpretación del derecho", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1977, LIV-1, pp. 45-67, incluido luego en nuestro libro *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, 1982, pp. 55 y ss.

[34] Austin, J., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, parte II, lect. XXVIII, 1874 (citamos por la 11a. edición, Londres, 1909), p. 261.

[35] Kelsen, H., *Das Naturrecht in der politischen Theorie, Oesterreische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1963, XIII, 1-2, p. 120.

[36] H. Kelsen no deja de trazar puentes metacientíficos entre ambos aspectos, que le llevan a aportar respuestas a cuestiones tratadas en otros epígrafes de este trabajo. Así confiesa, a pie de página, que "opta" por la democracia basándose en "las relaciones entre la forma democrática del Estado y una concepción filosófica relativista" (*Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1920, p. 123, citamos por la edición en español: *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, 1977). Afirmará que "en la democracia, la seguridad jurídica reclama la primacía sobre la justicia, siempre problemática; el demócrata propende más al positivismo jurídico que al derecho natural" (*Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen, 1933, p. 144, citamos por la edición español: *Forma de Estado y Filosofía*, publicada conjuntamente con la anterior). Dentro de lo que califica como "pugna de concepciones metafísicas", señala finalmente que "si se piensa que el valor y la realidad son cosas relativas y que, por tanto, han de hallarse dispuestas en todo

Rota la conexión entre teoría del derecho y legitimación política, la eficacia acabará llenando en su doctrina tan sensible vacío. No faltan "kelsenianos" que ignoran tan decisiva peripecia, intentando trabar lo que tan coherente autor distinguió con pulcritud. La tópica concesión entre positivismo jurídico y democracia liberal (como forzado contrapunto a un iusnaturalismo prejuzgado como intolerante y autoritario) explica esa tentación de incoherencia de la que Kelsen —nada dado a los simplismos— huyó resueltamente.

El voluntarismo se ve marginado en las fórmulas de legitimación política propias de la Ilustración. La fuente de legitimación del poder no será tanto la voluntad del soberano (que es el necesitado de legitimación) como la *opinión pública*: el debate racional de los ciudadanos ilustrados que intercambian opiniones (no opciones, sino diagnósticos tolerantemente propuestos) sobre los problemas de la convivencia social.

El Parlamento, encargado de la creación de las normas legales (únicas concebibles por la variante positivista más estricta y ortodoxa: normativista y legalista), será el escenario de un debate (intercambio de argumentos racionales y no pulso entre fuerzas discrepantes cerradas a todo consenso) entre los representantes de los ciudadanos, que reflejarían en su discurso racional las opiniones de los electores.

El rechazo del "mandato imperativo" no es un cheque en blanco para que el parlamentario haga lo que quiera, sino el reconocimiento de que su esfuerzo racional no puede estar trabado por decisiones previas.

Desde esta perspectiva, *sin razones no hay democracia*, porque ésta no es suma de voluntades sino intento intersubjetivo de acercarse —razonable y tolerantemente— a la solución de problemas sociales controvertidos. Volver al voluntarismo sería exponerse a un absolutismo encubierto.

Rousseau denuncia la posible dimensión falseadora de unos mecanismos sólo aparentemente racionales, que —en el mejor de los casos— servirían de vehículo a una "voluntad de todos". Pero, al suscribir una primacía de la praxis, sigue dentro del voluntarismo y no puede obviar sus consecuencias. La "voluntad general" se convertirá en matriz de los más variados totalitarismos.[37]

momento a retirarse y dejar el puesto a otras igualmente legítimas, la conclusión lógica es el criticismo, el positivismo y el empirismo" (*ibidem*, p. 153).

[37] De ello nos hemos ocupado en "La utopía rousseauniana: democracia y participación", en Dorsey, G. (ed.), *Equality and Freedom*, Nueva York, 1977, t. I, pp. 367-377; incluido luego en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, *cit*., nota 33, pp. 117 y ss.

No es sólo la forma parlamentaria la que pretende marcar el despego de un voluntarismo de difícil legitimación. También el *proceso judicial* se atiene a una puesta en escena cognotivista. Las partes enfrentadas aportan argumentos, a la espera de que un juicio autorizado les reconozca que la razón está de su lado.

Es un "positivismo" de raíz cognotivista el que vuelve a imponerse. Podrá denunciarse a las formas procesales, por "ideológicamente" falseadoras,[38] o podrá describirse con embeleso la rentabilidad funcional de tal coreografía.

De algo no cabe duda: asumiendo el voluntarismo las fórmulas legitimadoras vigentes quedan vaciadas de sentido. Sólo cabría rechazar coherentemente las formas democráticas o resignarse a describirlas como unas indispensables técnicas de domesticación y aprendizaje social.[39] El problema surge cuando las recetas metodológicas del positivismo dejan inservible el modelo. Se intentó recluir en el debate político (presuntamente prejurídico, realmente prelegislativo) el juego de las razones, encapsulando su resultado en unos soportes normativos susceptibles de manipulación técnica.

Se llegó a suscribir, incluso, el carácter superfluo —e indeseable— de la interpretación, o se le intentó reducir a su versión "auténtica", realizada por el propio cuerpo legislativo.[40] El fracaso de estas fórmulas aboca —al descartarse un ejercicio de la razón práctica— a un resignado reconocimiento de que es preciso soportar ámbitos de "discrecionalidad" sólo tácitamente legitimados.

[38] K. Marx, comentando la expresión "Recht geben", señala que "el empleo astuto de la sinonimia": "se identifica aquí el dar la razón en el sentido usual de una conversación y el declarar el derecho en el sentido jurídico de la palabra. Y aún es más admirable la fe capaz de mover montañas con que la gente «acude a los tribunales» por el gusto de salirse con la suya, fe que explica los tribunales partiendo del empeño en tener razón" (*Die deutsche Ideologie*, 1845, p. 298, citamos por las *Marx-Engels Werke*, Berlín, 1969, t. 3).

[39] Como sería el caso del ya citado N. Luhmann. A los títulos aludidos en la nota 24 podría añadirse, entre otros, *Komplexität und Demokratie* (incluido en *Politische Planung*, Köln-Opladen, 1971), pp. 35 y ss.

[40] *Cfr*. la alusión de Montesquieu, en *De l'esprit des lois*, XI, 6, justo después de su ya tópica caracterización del juez como boca que pronuncia las palabras de la ley. A la autoridad suprema del Legislativo corresponde "moderar la ley en favor de la propia ley, fallando con menos rigor que ella" (citamos por las *Oeuvres complètes*, París, 1966, t. II, p. 404).

Hoy es preciso replantear los modelos de legitimación del poder para hacerlos capaces de asumir el ejercicio de una racionalidad práctica, en vez de mantenerlos estérilmente vinculados a una aplicación lógico-deductiva inviable, sea cual sea su funcionalidad para encubrir la arbitrariedad.

VIII. Ningún derecho natural sin democracia, ninguna democracia sin derecho natural

La *identificación* política de las *opciones positivistas* con valores como el pluralismo o la tolerancia y, como consecuencia, con la defensa de las *formas democráticas* de legitimación política, ha actuado indudablemente como uno de los factores prácticos consolidadores de un edificio con grietas teóricas indisimulables. Añádase a ello la carga —especialmente rentable en países latinos— que las *invocaciones a lo laico*[41] aportan a este cuadro, para entender la capacidad de "eterna rutina" de que —pese a todo— siguen haciendo gala las teorías positivistas en el ámbito jurídico.

1. ¿*Qué relativismo*?

La teoría del conocimiento y de la ciencia que sirve de fundamento a los positivismos jurídicos más estrictos invitaba a dictaminar la imposibilidad de un conocimiento racional de bienes o valores. *Positivismo y relativismo ético* se convertirían así en compañeros inseparables. Si, a la vez, *tolerancia y democracia* resultaran ininteligibles sin un punto de par-

41 Si H. Kelsen concreta la "pugna de concepciones metafísicas" en "la posición que se adopta frente a lo absoluto" (*Forma de Estado y Filosofía*, *cit*., nota 36, p. 153); K. Olivecrona recibe con nitidez el mensaje. La "norma fundamental se ha convertido en la hipótesis última del positivismo jurídico". "Dicha hipótesis no es necesaria para aquellos que creen que Dios concedió a los padres de la primera Constitución el derecho a establecerla. Pero es necesaria desde el punto de vista del positivismo jurídico, porque tal teoría permite prescindir de una justificación religiosa del ordenamiento jurídico" (*La estructura del ordenamiento jurídico*, *cit*., nota 9, p. 111). Para U. Scarpelli, en su fogoso tono divulgativo, el problema liberal ha encontrado una solución en el Estado moderno, un Estado que "es laico, o sea no vinculado definitivamente a las opciones de una Iglesia o de un partido con los caracteres de una Iglesia" (*Cos'è il positivismo giuridico*, *cit*., nota 2, p. 152).

tida relativista, se consumaría una dogmática trabazón entre positivismo y democracia. Basta ser positivista en serio para desmontar tan curiosa correlación.

Si la tolerancia y la democracia aparecen como valores o como exigencias éticas, el positivismo tiene tanto que decir racionalmente sobre ellas como sobre cualquier otra oferta del mismo género. Kelsen no duda en levantar acta sobre el particular,[42] pero ser positivista en serio exige su talante ascético, hoy poco usual.

Al abordar el relativismo nos encontramos con una doble acepción, paralela a la que ya analizamos al enfrentarnos a la discrecionalidad; cabe entenderlo en un sentido "fuerte" o mitigado. El relativismo en sentido "fuerte" implica la *negación* de la *existencia* de todo *bien* o *valor* captable racionalmente. Empuja, por tanto, al interpretar la norma (sea habitualmente o con ocasión de "casos difíciles") hacia una *discrecionalidad* similar: opción arbitraria por una decisión cualquiera. Muy distinto sería un relativismo que no se moviera en el plano ontológico sino en el gnoseológico: lo que se discutiría no sería ya si existen realmente bienes o valores sino en qué medida cabe un *conocimiento* razonable de sus *contenidos o exigencias*. El mero hecho de reconocer cierto grado de conocimiento da por supuesta su existencia, porque difícilmente se podrá conocer, mejor o peor, lo que no tiene realidad. Este relativismo llevaría a una *discrecionalidad prudencial*, que —descartando la irracionalidad de tal operación— se esfuerza por lograr el conocimiento más ajustado de un objeto doblemente problemático: no sólo por su *dimensión ética* y valorativa sino también —conviene no olvidarlo— por el *dinamismo histórico* que acompaña a ese enlazamiento captación-desarrollo propio del conocimiento práctico.

Ignoran tal dimensión —a la hora de enfrentarse al conocimiento ético o al de cualquier otro "sentido" del actuar humano— no sólo quienes le niegan todo carácter racional. La ignoran también quienes intentan diseñar ciencias particulares, que proyecten sobre este ámbito una metodología adecuada para conocer otras realidades (dando paso, por ejemplo, a un derecho natural *more geometrico*) o quienes proponen ciencias pecu-

[42] Sin perjuicio de los puentes metacientíficos, apuntados ya en la nota 36, el planteamiento científico-jurídico de H. Kelsen resulta elocuentemente contrastado cuando analiza la oposición agustiniana entre comunidad jurídica y bandas de ladrones (*Reine Rechtslehre*, *cit*., nota 4, pp. 50 y 51).

liares, basadas en metodologías específicas, capaces de facilitar por vías novedosas resultados equiparables a los de la ciencia positiva (postulando, por ejemplo, unas ciencias del espíritu en paralelo a ella).

El *relativismo en sentido* "*fuerte*", si se asume con rigor, no permite fundamentar racionalmente postura ética alguna, ni considerar objeto propio de la atención del jurista los derechos humanos o la apelación a otros principios valorativos básicos, sin los que no es concebible el ambiente cultural gracias al que las identificaciones arriba mencionadas son de curso habitual.

Cuando, urgido quizá por una situación polémica, se llega a ser riguroso, se acaba certificando que el derecho no es en realidad sino expresión del poder del más fuerte,[43] lo que nos situaría en las antípodas de la tolerancia democrática.

2. *Derecho natural y proceso de positivación*

El énfasis particular a la hora de resaltar que sólo se considera derecho el *derecho puesto*, resulta algo más que vacía redundancia sólo en la medida en que se pretende rechazar —como meramente supuesto— a un *derecho natural* planteado como alternativa. Éste rivalizaría con el derecho positivo, atribuyéndose incluso una supremacía sobre él. Como ya hemos tenido ocasión de ver, el problema no consiste en si además de un pretendido "derecho puesto" hay otro por el que optar, sino en determinar cuándo y *cómo se pone* el derecho. El *adiós* a una "*positividad instantánea*" arruina la posibilidad de identificar con arreglo a tal criterio al único derecho —mejor o peor— realmente existente.

Si lo que se pretendía con ello es que el ciudadano supiera a qué atenerse a la hora de someterse a los dictados jurídicos, ahorrándole un debate doctrinal sobre lo que deba o no ser considerado como tal, tan encomiable intento —tomado mínimamente en serio— dista de tener éxito. Hasta que se confirme la "cosa juzgada" el ciudadano no sabrá en reali-

[43] El filósofo del derecho G. Peces-Barba, actuando como portavoz socialista en el debate sobre el artículo 15 de la Constitución española, relativo al derecho a la vida, acogió así el cambio de la expresión "toda persona" por la alusión a "todos", con la posible despenalización del aborto como trasfondo: "desengáñense sus señorías; todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que esté detrás del poder político y de la interpretación" (*Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1980, t. II, p. 2038).

dad a qué atenerse, aunque sin duda el marco normativo podrá en ocasiones facilitarle pistas al respecto.

Sólo una *constatación* descriptiva, producida *ex post facto*, pondrá al ciudadano en condiciones de dictaminar de un modo cierto cuál sea el derecho puesto.

El iusnaturalismo, por otra parte, no puede pretender que la sociedad abandone el ordenamiento jurídico positivo para someterse a otro alternativo. Lo que sí plantea sin vacilar es una dimensión "normativa" (no meramente descriptiva) de lo jurídico, que implica una exigencia de comportamiento para quien lo maneja. Lo jurídico queda, por una parte, situado como *exigencia real* (en una dimensión prepositiva) y proyectado, por otra, inevitablemente hacia un *proceso de positivación* sin el que quedaría convertido en piadoso deseo. Sus exigencias ("jurídicas" por su contenido) aspiran a realizarse formalmente, positivándose.

El *debate jurídico básico es*, pues, siempre *prepositivo*, aunque se prolongará luego —cobrando perfiles históricos y concretos— a lo largo de todo el proceso de positivación. El *derecho natural*, en cuanto conjunto de propuestas realmente jurídicas que aspiran a verse positivadas, no pretende sustituir a un derecho positivo de problemática identificación, sino animar el *proceso de positivación*. Podrá aportarle una dimensión de crítica interna a la hora de plantearse cómo cabe solucionar con mejor sentido un determinado conflicto o cuál es el sentido más ajustado de una relación social.

Precisamente porque no se duda que, a fin de cuentas, lo que resulte puesto como derecho tendrá los efectos prácticos de tal, importa tanto esforzarse por conseguir que se positiven las soluciones que con mayor acierto reflejen las exigencias jurídicas.

Responder cuáles sean en cada caso tales exigencias es el objetivo de todo el debate jurídico, ya se plantee en la polémica social prelegislativa, en el debate parlamentario o en la deliberación judicial. El derecho natural, dada la historicidad de su desarrollo, no interrumpe tal debate (*nadie dispone* tampoco de una "*naturalidad instantánea*") sino que lo mantiene abierto y lo alimenta. El mismo proceso de positivación le va sirviendo de contraste, para corregir el posible doctrinarismo de propuestas alejadas de la realidad concreta. También el despliegue histórico del *derecho natural* (como el de todo lo jurídico) es fruto de una *deliberación prudencial* y *no* de la *aplicación* mecánica de una *norma* alternativa *puesta en un mundo paralelo*.

Ignorar esta *mutua implicación de lo natural y lo positivo en lo jurídico*[44] sólo tiene una consecuencia: la sustitución de lo natural por lo puramente arbitrario, la ficción formal de que tal arbitrariedad —desvinculada de toda exigencia ética— está políticamente legitimada, la conversión consiguiente de las formas democráticas en vías del juego incontrolado de poderes sociales fácticos, inmunizados frente a toda crítica...

3. *Laicismo confesional y antidemocrático*

A la hora de mantener una artificial identificación con las formas democráticas, como a la de disimular sus señaladas carencias básicas, las doctrinas positivistas tienden a apoyarse en la descalificación de las iusnaturalistas, intentando beneficiarse de un artificial dilema. Los partidarios del derecho natural (o de cualquier otro planteamiento que implique la existencia de contenidos jurídicos objetivos prepositivos) estarían obligados a cerrarse a todo debate tolerante.

Las peripecias actuales del mundo islámico ofrecen una singular apoyatura retórica, al invitar a esgrimir el descalificador título de "fundamentalista" contra todo aquél que defienda realidades éticas con fundamento objetivo. El iusnaturalismo sería, inevitablemente, autoritario y teocrático, encontrando en el Jomeini de turno su más paradigmática expresión.

Este planteamiento excluye, interesadamente, la posible existencia de propuestas iusnaturalistas que resalten la dignidad humana, como aspecto esencial de las exigencias ético-sociales, y reconozcan los mecanismos de auto obediencia como su expresión más inmediata.

Olvida también, no menos interesadamente, cómo en el terreno moral el rechazo de una libertad de conciencia (entendida como desvinculación del criterio subjetivo respecto a toda instancia normativa ajena) resulta perfectamente compatible con un reconocimiento de la libertad de las conciencias (que veda la imposición coactiva de cualquier criterio y convierte en sagrado el juicio de una conciencia a la que se invita a captarlos con la mayor rectitud). Con las obvias diferencias marcadas por el fuero interno y el externo, el presunto dilema aparece como caprichoso.

Si se admite la existencia de exigencias objetivas ético-jurídicas ("morales" sólo en el impreciso sentido frecuentemente utilizado en el ámbito

[44] Resulta especialmente ilustrativo el término "derecho natural vigente" utilizado en similar contexto por S. Cotta ("Diritto naturale: ideale o vigente?", *cit*., nota 28, p. 133).

anglosajón) y se reconoce entre ellas —como la más decisiva en el ámbito de la convivencia social— la dignidad de la persona humana; y si ello lleva al reconocimiento de la necesidad de mecanismos de legitimación política basados en la autoobediencia, nos encontraremos ante un iusnaturalismo bien distinto del tópicamente denostado.

El carácter objetivo de las exigencias ético-jurídicas, al incluirse entre ellas las de la dignidad personal, ha de apoyarse necesariamente —al proyectarse en la práctica— en una tarea argumental.

La objetividad ética, lejos de excusarla, exige el logro de una convicción en el destinatario de la norma, presente implícitamente en el juego de las mayorías democráticas.

Las exigencias objetivas de esa misma dignidad personal justificarán el recurso a fórmulas de defensa de las minorías, como la objeción de conciencia, de forzada justificación desde un planteamiento positivista. La situación se invierte. Basta analizar el nacimiento histórico de resortes básicos del juego democrático para encontrar su origen en planteamientos iusnaturalistas, de cuyo espíritu se consideran hoy paradójicamente depositarios únicos los más bravos defensores del positivismo.

Parafraseando propuestas utópicas de quien no ha tenido empacho en dejar calificar como iusnaturalista su actitud crítica, cabría llegar a una fórmula bastante alejada del tópico: *ningún derecho natural sin democracia, ninguna democracia sin derecho natural*. Las consecuencias del segundo enunciado ya han sido puestas de relieve: sólo traicionando el punto de partida positivista cabe defender racionalmente las formas democráticas, reconociéndole más sólido fundamento que a meras efusiones emocionales subjetivas. La democracia precisa un fundamento ético objetivo y lo recibió históricamente de doctrinas iusnaturalistas. Detengámonos, pues, en el primer enunciado.

El reconocimiento de las formas democráticas como corolario de los contenidos iusnaturalistas genera consecuencias en el juego ya descrito de exigencias ético-jurídicas prepositivas y proceso de positivación. En el ámbito prepositivo del debate jurídico, el fundamento objetivo de las propuestas iusnaturalistas (condicionado siempre por la falibilidad subjetiva, sean cuales sean los apoyos de que pueda gozar en el fuero interno) facilitará y dotará de convicción a ese despliegue argumental que en modo alguno hacen superfluo. Es en este ámbito —entre político y cultural— de formación de la opinión pública donde tales propuestas han de lograr autoridad social para convertirse luego en contenidos normativos

positivables. Todo intento que obviara este recorrido (¡fruto de exigencias iusnaturalistas!) llevaría a un autoritarismo intolerante y antidemocrático.

Tal planteamiento no sólo esquiva los anatemas laicistas, que consideran obligada la correlación entre magisterio confesional y autoritarismo político, sino que denuncia el juego paradójicamente *confesional y antidemocrático* a que el *laicismo* empuja. Tan absurdo como pretender que una exigencia iusnaturalista (sea cual sea su respaldo confesional) se convierta sin refrendo social en derecho positivado, sería vetar la aportación de propuestas iusnaturalistas al debate prepositivo, por situarlas bajo sospecha de confesionalidad. La identificación de laicismo y "neutralidad" social ante los problemas morales más polémicos, suele traducirse en la práctica en una operación de "neutralización" de consensos vigentes, que discrepan del laicismo convertido en credo. También los "ilustradores", si no quieren oficiar de déspotas, han de dotar de autoridad social a sus propuestas antes de convertirlas en norma, sin concederse la ventaja de poder formular anatemas excluyentes desde el solio de su "neutral" magisterio.

Mucho más complejo resulta el mantenimiento de estas exigencias dentro del proceso de positivación de lo jurídico. Las invocaciones al principio de legalidad y los intentos de excluir toda propuesta "moral" distinta de la jurídicamente puesta tropezarán con las paradojas ya señaladas. La falta de unos mecanismos de legitimación política de esta tarea, inevitablemente creadora de derecho, se haría sentir especialmente. Desde la más diversas teorías morales, cabría considerar abierta la vía libre a cualquier "uso alternativo del derecho" al servicio de la ética obvia de turno.

No faltan esquemas formales que inviten a la búsqueda intersubjetiva de las variantes positivadoras (colegialidad de los tribunales, debate procesal, elección popular de los jueces, jurado...) tan necesitados de revitalización y tan amenazados de instrumentalización como los propios del trámite legislativo.

Habría que analizar si se ha asumido consecuentemente en este aspecto la ruina de los esquemas positivistas, para evitar una proliferación de "casos difíciles" entendidos como cheque en blanco al servicio de arbitrariedades más o menos "alternativas".

Tampoco los actuales planteamientos éticos de raíz consensual o comunicativa no pueden excluir coherentemente el juego de elementos ius-

naturalistas en este proceso de positivación, a no ser que —remedando los anatemas laicistas— los malentiendan como bloqueadores de un discurso que contribuyen realmente a alimentar. Resulta obvio que la invocación al consenso o a la comunicación como base del discurso ético reposa sobre un postulado previo, inconfundiblemente iusnaturalista: la ya aludida dignidad humana. Admitirlo y negar sentido —o considerar peligrosa— la búsqueda de otros elementos, no menos iusnaturalistas, capaces de orientar el proceso de positivación, equivaldría a suscribir una nueva versión del "mínimo de derecho natural", que no tendría demasiado qué envidiar —ni teórica ni prácticamente— al modelo hobbesiano. Si se acepta una realidad objetiva fundamentadora del procedimentalismo, resulta obligado admitir también que el procedimiento sirva de cauce a la argumentación de otras realidades no menos objetivas.

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

LA ETERNA POLÉMICA DEL DERECHO NATURAL. BASES PARA UNA SUPERACIÓN*

> El derecho natural y el derecho positivo forman un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo.**

El tema propuesto nos recuerda el escenario, forzadamente dualista, en el que tozudamente se representó, durante más de un siglo, la interminable polémica entre derecho natural y positivismo jurídico. Hace más de veinte años que, desde la filosofía jurídica alemana,[1] se nos animara ya lúcidamente a superar enfoque tan poco fructífero.

Cómodamente instalado en ese dualismo, el positivismo jurídico daba por terminado el debate, en sus primeros compases, al dictaminar con rotundidad: "sólo es derecho el derecho positivo". El pretendido derecho natural, que desvinculaba de la positividad su propia existencia, se veía así fácilmente expulsado de la ciencia jurídica racional hacia las tinieblas exteriores de la irracionalidad.

No acabo de entender por qué un iusnaturalista no puede admitir que "sólo es derecho el derecho positivo". Me parece una obviedad admitir

* Este trabajo tuvo su origen en la lección pronunciada el 24 de agosto de 1996 en el Encuentro Internacional de Profesores de Filosofía del Derecho sobre "El derecho natural hoy", celebrado en Bellavista, Buenos Aires (Argentina). No disponiéndose de trascripción, su contenido ha sido ahora reelaborado. Una versión notablemente reducida se presentó el 16 de mayo de 1998 como ponencia al IV Europa-Forum, sobre "Recht-Gerechtigkeit-Menschenrechte. Werte und Normen des demokratischen Verfassungsstaats", organizado por la Katholische Sozialwissenschaftliche Zentralstelle en Estrasburgo, con el título "Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus-zur Frage der Begründung der Rechtsordnung".

** Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1981, p. 177.

[1] Kaufmann, A., "Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik", *Juristenzeitun*, 1975, 30, pp. 337 y ss., cuya traducción española tuve ocasión de publicar en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 1977, 17, pp. 351-362.

que no "existe" otro conocido. Aristóteles, al menos, no parece tener mayor noticia de la existencia de ese "otro" derecho; parecía preocuparle por qué obligaban los diversos contenidos del único derecho en vigor.

Sólo porque el único derecho existente es el derecho positivo puede resultar preocupante el positivismo jurídico; de existir otro derecho ajeno a él, podríamos optar por acogernos a su amparo y asunto concluido. En los años del franquismo circulaba por mi país un chiste que ponía en solfa aquella divisa falangista que caracterizaba a España como "una, grande y libre". La pregunta "¿sabes por qué España es una?" encontraba como respuesta: "porque, si hubiera dos, todos nos iríamos a la otra". Una realidad que, a fin de cuentas, no dejó de experimentarse por aquellos tiempos en Alemania, mientras no se acabó haciendo físicamente imposible. El problema que nos ocupa surge precisamente porque, siendo cierto que "sólo es derecho el derecho positivo", no tenemos otro al que emigrar.

Por otra parte, el dualismo favorecía también al positivismo jurídico, precisamente por presentar al derecho natural como "otro"; es decir, como un ordenamiento condenado a refugiarse en un "uso alternativo" tan rechazable para un jurista como lo fuera el de inspiración marxista de los años setenta. El iusnaturalismo resultaba así triplemente sospechoso.

— Como científicamente irracional, frente a la racionalidad de la ciencia jurídica que tenía como objeto al derecho positivo.
— Como éticamente etéreo, al vincularse a una siempre discutible justicia, que sumía al ciudadano en la incertidumbre; mientras, el positivismo jurídico optaba por una seguridad que garantizada al ciudadano a qué atenerse.
— Como políticamente ilegítimo, al verse obligado a circular por vías diversas de los poderes legítimamente constituidos: siempre propuesto a espaldas del legislador, ocasionalmente introducido de contrabando por el juez (*contra legem*) y no admitiendo como última instancia interpretativa al Tribunal Constitucional sino, si acaso, a una Conferencia Episcopal obligada por exigencias del guión a añorar predemocráticas alianzas entre el altar y el trono.

Esta triple sospecha se corresponde simétricamente por el triple aliento (teórico-científico, ético y político) que anima a la opción positivista por entender el derecho como un sistema de normas puestas. Gracias ello el derecho se veía delimitado con precisión suficiente como para poder ser

objeto de un conocimiento científico, es decir, racional. Se disponía también de un instrumento capaz de garantizar seguridad a los ciudadanos, fueran cuales fueran sus ideales de justicia. Se establecía, por último, la frontera entre la norma ya creada y la de posible creación (*lata* y *ferenda*), deslindando así el legítimo ámbito de juego de los creativos legisladores y el de los obligadamente pasivos aplicadores del derecho.

Consolidado tal dualismo, seguir hablando de derecho natural equivalía a optar por el martirio. No en vano vivimos un momento histórico en el que se considera tan políticamente incorrecto demostrar el mínimo asomo de tibieza en la defensa de los derechos humanos, como académicamente incorrecto sugerir que pueda haber de verdad una naturaleza humana capaz de brindarles fundamento más allá de lo retórico.

Quizá por mi poca afición al martirio, hace ya tiempo que di por bueno que "sólo es derecho el derecho positivo"; espero no visitar el infierno por ello. Bien es verdad que lo hice tomando la cuidadosa precaución de reservarme el derecho —no poco positivo para mí— de formular de inmediato alguna inocente pregunta. Por ejemplo: ¿cómo diferenciar el derecho positivo del que no lo es? Si se me responde, en pura ortodoxia positivista, que derecho positivo es el derecho puesto, aún me quedaría otra por formular: ¿quién, cómo y cuándo lo pone?

La doble respuesta positivista más cotizada solventaba ambas preguntas con el recurso a esta curiosa ecuación: derecho = positivo = norma = ley. Así pues, el derecho positivo (no hay "otro") sería norma puesta por el legislador.

Durante años se intentó descalificar este planteamiento desde una perspectiva ética. Si admitiéramos esa cuádruple identidad, sobre la humanidad lloverían todo tipo de males, de los que la experiencia nazi habría servido como elocuente ensayo general. El derecho natural habría vencido en Nüremberg; pero a costa de quedar revestido de un aire entre moralizante y dantesco; o sea, típico de quien —Gustav Radbruch, por ejemplo— tras haber visitado el infierno, llama a la conversión. Puestas así las cosas, bastaría exhibir carné de incrédulo, y dar por archivado al averno entre los mitos irracionales, para poder tomarse la cuestión con mucha más tranquilidad de conciencia.

Quizá resulte más positivo aplazar esa perspectiva ética y animarse a abordar al positivismo jurídico desde un punto de vista meramente racional. El problema no radicaría en que se puedan derivar males sin cuento de la identificación derecho = positivo = norma = ley; consiste, mucho an-

tes, en que cualquier parecido entre ese planteamiento y la realidad del derecho es pura coincidencia; porque, simplemente, lo que afirma no es verdad.

No veo ninguna necesidad de emigrar a "otro" ordenamiento jurídico para poner a prueba la inviabilidad del que se nos propone. Me ha bastado repasar, como vengo haciendo hace meses,[2] la jurisprudencia constitucional española sobre discriminación por razón de sexo.

La Constitución española, norma por excelencia del derecho positivo de mi país, caracterizada —*a fuer* de jurídica— como "ley de leyes", afirma en su artículo 14 que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

Dicho precepto no hace sino expresar, de manera más netamente positivada, el contenido del artículo 1.1 con que da comienzo dicho texto constitucional: "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

Éstas serían, pues, las primeras líneas del derecho positivo español; el único que en realidad allí existe. Valiéndome de mi confortable situación de filósofo del derecho, académicamente correcto y poco ávido de martirio, aprovecho para preguntar de nuevo: ¿podríamos considerar como propiamente *jurídicos* a estos *valores* superiores que presiden un *ordenamiento* al que, por definición, sí debemos considerar como tal?

Hablar, en serio, de *valores* del ordenamiento jurídico supone reconocer que hay valores que —ellos mismos, y no sólo las normas que los recogen— son propiamente jurídicos. Si mantenemos la obligada letanía —derecho = positivo = norma = ley— la respuesta resulta, sin embargo, inevitablemente negativa: nada hay prelegal, prenormativo ni prepositivo a lo que podamos considerar "jurídico".

Sólo el propio ordenamiento, concebido —desde luego— como *sistema* de normas puestas, puede aportar el criterio identificador y demarcador de lo que es o no derecho.

Únicamente cuando son defectuosas, precisarían las leyes (normas puestas, por antonomasia) el complemento de unos principios, que sólo así —por esa vía tasada— se verían ocasionalmente convertidos en jurí-

[2] Por ejemplo, en *Una laboriosa liberación jurídica: la discriminación por razón de sexo*, Granada, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1997.

dicos. Al margen de ello, cualquier otra referencia axiológica sería tan superflua y peligrosa[3] como ajena a la realidad del derecho.

Volvamos a ejercer nuestro positivo derecho a preguntar: los dos preceptos que he citado, ¿son en realidad auténticas "normas" jurídicas? No es posible dar una respuesta, por la simple razón de que se nos pueden estar formulando dos preguntas bien distintas. Si revisten las características estructurales exigidas para cumplir el triple objetivo que el normativismo se fijaba; o si —como toda norma que se precie, en cuanto expresión arquetípica del derecho positivo— tienen capacidad vinculante *proprio vigore*.

Reducir los citados preceptos a meros principios equivaldría, para el positivismo normativista, a negarle carácter jurídico. Salvo que recurramos a la estrategia de considerar a los principios como una exótica variante de las normas. Salvaríamos así su juridicidad, aunque inevitablemente a costa de inutilizar toda identificación estructural, de modo que en adelante ya no se sepa qué es una norma y qué no lo es. La circularidad resultante sería obvia: mantendremos que sólo las normas son derecho *proprio vigore*, aunque teniendo buen cuidado en considerar como norma —sea cual sea su estructura formal— todo lo que debe ser reconocido como derecho *proprio vigore*.

Al final nos quedaremos ya sin saber qué es una norma y rebrotará una insolente pregunta: ¿quién, cómo y cuándo "pone" estas novedosas normas antes consideradas principios? Como modesto legislador, miembro del español Congreso de los Diputados, no creo pueda permitirme tales lujos.

Veamos qué nos depara la jurisprudencia aludida. La igualdad, como *valor superior* del ordenamiento, nos aparece con la capacidad vinculante propia de toda *norma* constitucional, sin que ello le impida operar a la vez como *principio*. Sería, pues, caprichoso establecer un dilema entre unas

[3] Respecto a estas "peligrosas jerarquizaciones axiológicas" ponía en guardia el punto 4o. del voto particular del magistrado F. Tomás y Valiente a la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC.) 53/1985 del 11 de abril, que declaró inconstitucional el primer proyecto socialista de ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos (*Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1985, 49, p. 538). Sobre el particular el epígrafe "La vida: ¿derecho o valor?" de nuestro libro *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución*, Madrid, Rialp, 1994, pp. 29-31.

y otros, considerando a las normas como integrantes del ordenamiento jurídico y reduciendo a los principios a música celestial.

El valor superior de la igualdad revestirá estructura normativa (no muy acabada, sin duda) no sólo en el citado artículo 14, que veta toda futura discriminación, sino también en el artículo 9.2. Éste, más atento a desarraigar las desigualdades ya existentes, impone a los poderes públicos el cometido de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas", así como "remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud".[4]

Tendríamos, pues, *dos normas*. Garantizadora de la igualdad futura la una, reequilibradora de la desigualdad heredada la otra; pasivamente vigilante de todo intento discriminador, la primera, activamente comprometida en la eliminación de las discriminaciones arraigadas, la segunda.

Pero la capacidad expansiva de la igualdad como valor superior no acaba ahí, sino que se diversificará a través de *tres principios* diversos.

Las normas preconstitucionales españolas dejan como herencia el principio inspirador de un *protectorado paternalista*, celosamente empeñado en que las mujeres puedan seguir disfrutando de su preciada desigualdad. "Lejos de ver en la actividad laboral de la mujer, libremente elegida, un medio de expresión y desarrollo de su propia condición humana", tal ambicioso principio "se proclamaba como un objetivo del Estado «liberar» a la mujer casada «del taller y de la fábrica»".[5]

Rechazada la constitucionalidad de tan generosa protección, otro principio animará sin embargo a mantener dichas normas en la medida en que puedan cumplir un papel *compensador* del pasado maltrato. Lo lógico sería que este segundo principio operara a través del activo artículo 9.2, pero una circunstancia adicional llevará a que sea el pasivo artículo 14 su campo de juego. La razón es bien simple: sólo los artículos 14 a 30 de la Constitución española gozan de la reforzada protección del recurso de amparo, del que se ve en consecuencia privado el artículo 9o.

[4] Sobre el papel de la igualdad en la Constitución española hemos tratamos ya: "Principio de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución", *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 271-296. También *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

[5] STC, 241/1988 del 19 de diciembre, F. 5, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1989, 93, p. 48.

Una interpretación ortodoxa, desde el punto de vista del positivismo normativista, llevaría a concluir que el constituyente quiso que la dimensión no discriminatoria de la igualdad gozara de esa privilegiada protección procesal, mientras la activa erradicación de desigualdades quedaba en mera exhortación a los poderes públicos. Al Tribunal Constitucional español parece importarle más la justicia que lo académicamente correcto y opta por dictaminar que "la virtualidad del artículo 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad" sino que impone también "la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas"; lo que obligará a analizar cada medida "desde una perspectiva más compleja".[6]

Al desmarcarse del positivismo normativista está proyectando sobre la realidad una determinada teoría de la justicia. A nadie se le oculta, por cierto, que la previsión del artículo 14 reviste el corte garantista propio de los llamados derechos "civiles y políticos", que vetan a los poderes públicos toda intervención desequilibradora. Por el contrario, el artículo 9.2 contempla unos derechos-prestación, en línea con los llamados "económicos, sociales y culturales". Así pues, la apuntada perspectiva teórica "normativista" empujaba a asumir una operación de notable alcance político, al ofrecer más vías de positivación a los objetivos del clásico Estado liberal de derecho que a los del novedoso Estado social y democrático de derecho que la propia Constitución española suscribe.

Bien pronto una mera tarea compensadora, que no llega a promover condiciones ni remover obstáculos para hacer más efectiva la igualdad, resultará corta. Circulando normativamente —por la razón ya expuesta— por el mismo artículo 14, entrará en juego un tercer principio que anima a la *acción positiva*. Como consecuencia, se rechazará la continuidad —con intención compensadora— de determinadas medidas protectoras, por entender que paralizarían la entrada en juego de esa dimensión activa.

De ahí derivaría la necesidad de "eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo o la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones".[7]

[6] STC. 19/1989 del 31 de enero, F. 4, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1989, 94, p. 303.

[7] STC. 229/1992 del 14 de diciembre, F. 4, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1993, 141, p. 90.

La igualdad se convertirá, a la vez, en prueba fehaciente de la existencia de principios *jurídicos prelegales*,[8] capaces incluso de derogar normas.

Sólo forzadamente cabría considerar como una norma positiva peculiar al valor superior de la igualdad, al operar activando *resortes hermenéuticos* (como lo razonable o lo proporcional). Éstos remiten más a una implícita teoría de la justicia, que pugna por positivarse por vía de juicios de valor, que a la aplicación técnica de un texto normativo de contenido explícitamente puesto.

Ya el mismo concepto de "discriminación", que no resulta explícitamente definido en la sucinta estructura normativa del artículo 14, obliga a una intepretación integradora. Sólo habría discriminación cuando "la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable".[9] Lo que resta por aclarar es dónde encontraremos "puestos" los criterios capaces de cargar de razón a dicho trato desigual, sobre los que la norma guarda silencio.

El Tribunal vendrá de nuevo en nuestra ayuda. "La existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la *finalidad* y *efectos* de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de *proporcionalidad* entre los medios empleados y la finalidad perseguida".[10]

No muy distinta será la situación cuando el Tribunal, obligado a calibrar el complicado juego protección-compensación-acción positiva, se plantee si una u otra medida conserva aún su "razón de ser". Ni las opiniones coyunturalmente dominantes, ni la propia voluntad de la presunta víctima de la discriminación, le parecerán criterio adecuado.

El ámbito hospitalario aportó un caso aún más elocuente. Los residuos del protectorado paternalista habían llevado a que todas las horas de trabajo dominical de las enfermeras fueran retribuidas como "extraordinarias", mientras a los enfermeros sólo se les retribuían como tales las que excedían de su horario habitual en los días laborales. El órgano judicial que aborda el caso, sin llegar a considerarlas discriminatorias, considera

[8] Lo resaltamos ya en los primeros compases de la refundamentación constitucional del ordenamiento jurídico español: *Droit naturel et "jurisprudence de principes" (avec reference à la Constitution espagnole de 1978)*, Weltkongress für Rechts-und Sozialphilosophie, Basel, 1979, en "Contemporary Conceptions of Law", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, (Supplementa) vol. I, parte 1, pp. 629-639; luego en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 199-210.

[9] STC. 34/1981 del 10 de noviembre, F. 3 *B*), *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1981, 7, p. 513.

[10] STC. 34/1981 del 10 de noviembre, F. 3 *C*), *ibidem*.

que "tales medidas deben ser sometidas a revisión para derogarlas si es que carecen de *actualidad*".

El Tribunal no deja de reaccionar escandalizado: "el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse «actualidad», sino su conformidad con la Constitución".[11] Ésta —tomemos nota— parece contar con peculiares razones, no identificables necesariamente con las opiniones mayoritarias.

Al fin y al cabo también el "contenido esencial" de los derechos y libertades, al que se refiere su artículo 53.1, se sitúa por encima de la opinión coyuntural de los ciudadanos y de las no menos transitorias mayorías parlamentarias. Por eso podrá servir de referencia a la hora de defender —contra cualquier mayoritaria tentación opresora— a las minorías de turno; que suelen ser siempre las discriminadas. Nada más absurdo, en efecto, que pretender que sean los *tópicos* de actualidad los que sirvan de fundamento a una *utopía* liberadora, como la de los derechos humanos.[12]

La reiterada alusión a la existencia o inexistencia de una *razón de ser* opera como una nueva versión diacrónica, de ese "fundamento objetivo y razonable" capaz de ayudarnos a distinguir entre una discriminación y una mera e irrelevante desigualdad.

Nuestra actividad jurídica —o sea, el derecho real— mantiene una vieja querencia a vincularse con la razón.[13] Así como las tareas del Ejecutivo nos situarían en el ámbito de la voluntad política, se supone que los textos legales son racionales, o por lo menos cabe adivinar en ellos una *ratio*. Tanto los procesos judiciales como las resoluciones que van jalonando su desarrollo adoptan el formato de un discurso argumental, en el que las partes y el juez van aportando sus razones.

Podría admitirse pacíficamente, suscribiendo la dimensión más extremadamente débil de lo teleológico, que lo jurídico siempre tiene una *razón*; al fin y al cabo nadie hace nada sin algún motivo. Resulta, no obs-

11 STC. 81/1982 del 21 de diciembre, F. 2, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983, 21, p. 71.

12 A ello nos hemos referido en "Los derechos humanos entre el tópico y la utopía", *Persona y Derecho*, 1990, 22, pp. 159-179; incluido en versión francesa en *Droit "positif" et droits de l'homme*, Bordeaux, Éditions Bière, 1997, pp. 125-141.

13 Ello nos ha llevado a preguntarnos *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

tante, indisimulable que se afirma bastante más cuando se le atribuye una razón *de ser*. Se está reconociendo implícitamente que, más allá de todo *relativismo*, hay razones y razones; más cercanas unas que otras a la realidad de las cosas, o sea —para entendernos— a la del derecho.

La Ordenanza de Seguros dio ocasión de dejar sentado que ni siquiera la voluntad del afectado puede suplantar las exigencias constitucionales. Ofrecía al personal femenino, al contraer matrimonio, la posibilidad de rescindir su contrato y optar por una indemnización, por la que la recurrente opta sin vacilación.

El Tribunal prefiere cerciorarse de que la medida, presuntamente protectora de la mujer, "no haya perdido su *razón de ser*", como habría ocurrido con las que, por "perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados", "consolidan la situación discriminatoria contra la que se reacciona". El hecho de que la propia víctima pueda "desear su aplicación" resultaría irrelevante, ya que "el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento", que somete en la práctica "a las mujeres a un régimen promocional de la terminación del contrato que derechamente conduce a su expulsión del mercado de trabajo".[14]

Nada tiene de extraño que hacer que hasta tres principios jurídicos —expresivos todos ellos del no menos jurídico valor superior de la igualdad— circulen a través de una misma norma jurídica, dado el estrechamiento provocado por las previsiones de amparo constitucional, sea bastante más de lo que un positivismo normativista consecuente puede soportar.

Convencernos de que, al relacionar razonablemente fines y efectos, lo que estamos haciendo es limitarnos a *aplicar* una *norma* ya *puesta* exigiría una notable fe normativista y positivista. Más bien parece que estamos manejando *principios*, para poder *positivar interpretativamente* las exigencias derivadas de un *valor*.

No faltará un magistrado constitucional que señale que así "el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas". Su coherente *positivismo* no parece capaz de digerir tal supuesto: "la referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y

[14] STC. 317/1994 del 28 de noviembre, F. 2, 3 y 4, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1994, 164, p. 130.

a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una inclinación hacia el *iusnaturalismo*, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva". El problema radical seguirá siendo, no si esta propuesta es más o menos deseable, sino simplemente si es en realidad viable.

También el *normativismo* parece que se desencuaderna: a su juicio, "no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las *normas* en cuestión a un principio general del derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los *principios*".[15]

El *criterio teleológico* se nos desvela, una y otra vez, como el ingrediente *primario* de todo razonamiento jurídico. La inevitable fundamentación jurídica implica, más allá de la aplicación técnica de normas, evaluar la finalidad perseguida y la proporcionalidad de los medios destinados a su logro. Igualmente, cuando se dictamina la pérdida de "razón de ser" de una medida, se oculta bajo ese aparente juicio histórico una evaluación teleológica.

La justicia atribuida a los resultados previsibles ayudará a ponderar los tres principios que dan juego al artículo 14. Ilustrativo resulta el debate sobre la constitucionalidad de unas "prestaciones en concepto de guardería", previstas para "todas las trabajadoras, independientemente de su estado civil, con hijos menores de seis años"; pero sólo para "los hombres viudos con hijos de esa edad".

Si se le considerara como una *medida protectora* de la mujer, presumiéndole "una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares", sería rechazable. Lo contrario ocurriría si se la considera *compensadora* de una desventaja indisimulable, si se "compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20.9%) con la correspondientes de hombres casados (el 70.92%)". Resultaría esta vez justificado evitar "que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños".[16]

[15] Voto particular del magistrado L. Diez-Picazo a la citada STC. 34/1981 del 10 de noviembre, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, p. 516.

[16] STC. 128/1987 del 16 de julio, F. 9 y 10, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1987, 76 y 77, pp. 1207 y 1208.

El *activismo judicial* resulta, como consecuencia, obligado. *Un valor* superior, como el de la igualdad, capaz de alentar hasta *tres principios* de muy diverso juego, no se deja encerrar en el marco de una norma, por muy polisémico que sea su texto.

Se abandonará todo intento de *aplicación* avalorativa de *normas*, para adentrarnos en la inevitable *ponderación* de los *principios* en juego. Una misma medida se considerará o no constitucional —o sea, se reconocerá como derecho positivo o llegará a tacharse de negativo atropello— según el *juicio de valor* del que quepa interpretar la deudora.

Toda pasividad judicial resultará rechazable, a no ser que se pretendiera reducir el juego de la igualdad a la exclusión de discriminaciones futuras, cerrando los ojos ante la necesaria eliminación de desigualdades arraigadamente vigentes en la realidad social. Ello se pondrá de relieve tanto al interpretar las normas como al considerar o no probados los hechos.

Pocas situaciones condicionan de modo más profundo el acceso y la estabilidad de la mujer en el ámbito laboral que el embarazo. Lo ponen de relieve posibles propuestas —tan inconstitucionales como difícilmente sorteables— que condicionan el acceso a un puesto de trabajo al compromiso de la trabajadora de no quedar embarazada. La carga de la prueba pasará ahora a desempeñar un papel decisivo. El Tribunal Constitucional no dudará en equiparar a un despido radicalmente nulo la mera negativa a prorrogar un contrato temporal ya finalizado a una embarazada;[17] en tales circunstancias el juez debería exigir al empleador una específica actividad probatoria.[18]

Valores, principios y normas acabarán con frecuencia combinados, y no sólo por pura falta de precisión terminológica. Esta aparente heterogeneidad expresa en realidad un peculiar *sistema*, no compuesto sólo de normas (como exige el *normativismo*), nítidamente puestas (como exigiría el *positivismo*), tras un transparente procedimiento legislativo (como exigiría el *legalismo*). Nos hallamos ante un "sistema" bien distinto en el

17 STC. 173/1994 del 7 de junio, F. 3 y 4, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1994, 159, p. 90.

18 Así ante el despido presuntamente disciplinario de una embarazada, el órgano judicial ha de "alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria por razón de sexo" (STC. 136/1996 del 23 de julio, F. 6, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1996, 184 y 185, p. 91).

que unos *valores* —que operarán siempre como *principios* motores del ordenamiento, lleguen o no a conformarse como *normas*— animarán ese proceso de *positivación* de una concepción de la *justicia* en el que —mediante un continuo esfuerzo de fundamentación— toda actividad jurídica consiste.

El positivismo normativista difícilmente podrá mostrarnos unas normas puestas capaces de indicar cuándo es necesaria una "acción positiva" contra la desigualdad previa, o cuándo hemos de estar más atentos a los posibles efectos perversos de un proteccionismo paternalista y cuándo a las ventajas de su mantenimiento con intención compensatoria. Suscribir el positivismo normativista no sólo expone a imponer inconfesadas opciones éticas ajenas a todo debate, sino —sobre todo— condena a aceptar una mitología jurídica, que ignora la realidad.

La utopía liberadora de la mujer puede ayudarnos a someter a crítica tópicos teórico-jurídicos que imponen un correctísimo doble lenguaje: se nos invita a hablar a todas horas de derechos humanos, pero aceptando que no podremos tomarnos en serio otro derecho que el que se haya visto reconocido por una ley; se niega que pueda existir algo así como un "derecho natural", aunque se afirma sin sombra de duda la igualdad —"natural", se supone— de derechos entre hombre y mujer.

El problema del positivismo normativista no es, a estas alturas, que nos obligue a limitarnos sobriamente a analizar el ser del derecho que es, renunciando a su utópico deber ser. Su problema es que cualquier parecido entre lo que dice que el derecho es y la realidad es pura coincidencia.

Es obvio, sin embargo, que las limitaciones de una teoría no convierten automáticamente en verdadera a su contraria. La actividad jurídica se nos muestra como el esfuerzo prudencial por hacer realidad una teoría de la *justicia*. Para ello los *valores* que la integran han de jerarquizarse en la práctica, a través de la ponderación de los *principios* en que se plasman.

Las *normas*, en que tanto esos valores como sus principios operativos cobran más concreta estructura, son tan limitadas como imprescindibles. No son ellas la "fuente" real de un derecho presuntamente puesto de una vez por todas. El derecho brota siempre de esa concepción de la justicia que inspira su progresivo proceso de positivación.

Las normas jurídicas, y muy especialmente las leyes, permiten ya en su proceso de elaboración adelantar un debate ético que permanecerá abierto. Posteriormente servirán como punto de referencia decisivo para su desarrollo y finalización. El juez deberá fundar en ellas su positiva-

ción del derecho, a ellas se referirán los recursos que discrepan de esa solución, y a ellas se remitirá la solución judicial firme con honores de cosa juzgada.[19]

Esta realidad no ha pasado inadvertida a más de un positivista, obligándole a replantear inviables puntos de partida iniciales. La apelación de Hart a la "textura abierta"[20] de las normas, por ejemplo, no hace sino reconocer la inevitable animación del derecho por concepciones de la justicia.

No tendría por ello sentido plantear la discrepancia entre positivismo y iusnaturalismo como un dualismo jurídico, que nos obligara a optar entre dos ordenamientos jurídicos, uno real y otro deseable. Nos plantea, en realidad, la radical discrepancia entre dos teorías éticas. La que considera que hay contenidos éticos objetivos racionalmente cognoscibles y la que —al excluirlos— parece reducir todo debate ético a un duro conflicto de voluntades sin posible mediación racional.

El núcleo central del iusnaturalismo no puede radicar sólo, a nuestro modo de ver, en la fácil constatación de la inviabilidad del positivismo, desbordado siempre por la "metalegalidad" de lo jurídico. Expresa la convicción de que contamos en ese ámbito metalegal con *exigencias objetivas de justicia* que reclaman positivación jurídica; por problemático que resulte su obligado descubrimiento. De ahí brotará una constante preocupación por evitar variantes desnaturalizadoras a la hora de positivar ese derecho que —para bien o para mal— es el único existente.

Es preciso descartar, por contraria a la realidad, la idea de una "positividad instantánea",[21] para reconocer que nos hallamos siempre abocados a un "proceso de positivación" de inevitable alcance ético. Cognotivismo y no cognotivismo reabrirían el auténtico dilema.

El primero nos recuerda que es decisiva la admisión de la existencia de unas re-cognoscibles exigencias jurídicas objetivas. De lo contrario, se paralizaría la inevitable búsqueda que su proceso de positivación lleva consigo; porque tampoco disponemos de un derecho natural ya dado, listo

19 Al respecto "Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1994, XI, pp. 91-103.

20 Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 159 y 167.

21 Al respecto véase "Positividad jurídica e historicidad del derecho", *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 181-194.

para ser aplicado "alternativamente" al derecho positivo. Contamos con exigencias objetivas de justicia susceptibles de búsqueda, y capaces de ponernos a cubierto de una positivación jurídica *contra natura*.

La crítica positivista sobre la indudable problematicidad del simultáneo proceso de captación-conformación de estas exigencias pierde fuerza; pues, por problemático que resulte determinarlas prácticamente, no lo será más que conocer el efectivo alcance del derecho presuntamente "puesto". Sin contar con ellas como punto de apoyo, su positivación se convertiría en expresión de una voluntad arbitraria, "ideológicamente" disfrazada de racional, pero sólo fácticamente describible o pronosticable. Si tal derecho se nos presenta como "objetivo", será a condición de que no nos preguntemos sobre los reales contornos de tan misterioso objeto.

Nada, sin duda, más alejado de la *ciencia*[22] que el conocimiento de un "objeto" que no pasa de ser un mero espejismo, hasta que una interpretación —¿arbitraria?—[23] contribuye a definir sus auténticos perfiles. Toda *actividad jurídica* nos aparece en realidad como *filosofía práctica*, que capta y conforma a la vez —"determina"—[24] esas exigencias objetivas de justicia, positivándolas existencialmente. Positivar el derecho —hacer justicia— es, pues, disponerse a conocer una verdad práctica, inevitablemente "por hacer".

Lo incierto de la "determinación" positiva de tales exigencias jurídicas naturales se aminora cuando nos brindan una demarcación "negativa" del ámbito de lo inadmisible. Será más fácil ponerse de acuerdo al detectar lo injusto que a la hora de perfilar detalladamente lo justo. Tal fenómeno se nos muestra, al igual que en la particular rotundidad de los preceptos "negativos" de la teología moral, en el planteamiento jurídico del control de constitucionalidad como "legislación negativa".

No nos sirve ya la idea de que "*la ley es la ley*" (o sea, "el derecho es la ley"), ni la invitación a desarrollar una "ciencia jurídica" que no sería sino mera glosa de esa ley. Es preciso plantear la actividad jurídica como

22 Sobre pasados intentos de fundar un saber jurídico científico *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlagendiskussion in Deutschland*, Ebelsbach, Rolf Gremer Verlag, 1978; en español *Derecho y sociedad. Dos reflexiones sobre la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, Editora Nacional, 1973, con especial referencia a la Systemtheorie.

23 Al respecto véase "Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial", *Poder Judicial*, Madrid, 1993, 32, pp. 123-139.

24 Sobre el particular "Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino", *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 43-53.

el esfuerzo por "dar razón" de una determinada solución ética a problemas de la convivencia social. Se trata de positivar exigencias jurídicas buscando para ellas respaldo entre el arsenal de "razones" (valores, principios, normas) que el ordenamiento jurídico nos ofrece.

En eso consiste el derecho como *saber hacer* prudencial, capaz de dar razón de una solución ajustada. La docencia jurídica ha de adiestrar en ese arte de encontrar puntos de apoyo para ajustar razonablemente la convivencia social.

Este planteamiento devuelve a la *justicia* el puesto central en la dimensión práctica de la actividad jurídica, rescatándola de ese escepticismo relativista condenado a simularla; como ocurre en las incoherentes invocaciones no cognotivistas a los derechos humanos. Ello no implica, por otra parte, particular merma de la *seguridad*; pues nada más inseguro que verse a merced de conjuros de incierto alcance, sometidos a su vez a un continuo proceso de configuración retroactiva, como magistralmente constató el propio Kelsen.[25]

El esfuerzo por evitar positivaciones jurídicas *contra natura* no supone dar paso a ninguna limitación de la soberanía de los poderes políticos, ni ignorar las consecuencias del proceso de secularización característico de las democracias pluralistas contemporáneas. Sospechas interesadas de este tipo contribuyen a la llamativa subsistencia práctica de un positivismo jurídico, que —como teoría jurídica— parece mantenerse como un muerto en pie.[26]

Tanto histórica como doctrinalmente, la *democracia* moderna hunde sus raíces en los planteamientos de *cognotivismo* ético propios del iusnaturalismo. El intento de emparejar democracia y *relativismo* —cuando, como en Kelsen, es consecuente— llevaría a reducir a mera liturgia elementos hoy considerados como claves de todo Estado de derecho: la vigencia de los derechos humanos de las minorías por encima de las leyes elaboradas por las mayorías, o la subordinación de la eficacia a la legitimidad en la actividad de los poderes del Estado...

El obligado respeto a sus mecanismos procedimentales deriva a su vez de una exigencia jurídico-natural, que excluye toda interpretación *contra legem* o toda tentación de "uso alternativo" de recetas de derecho natu-

25 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 284.

26 Al respecto véase "La crisis del positivismo jurídico. Paradojas teóricas de una rutina práctica", *Persona y Derecho*, 1993, 28, pp. 209-255; una versión abreviada en Massini, C. I. (ed.), *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 251-269.

ral.[27] En todo caso, el mismo proceso de elaboración parlamentaria de las leyes brinda espacios para la proyección práctica de las exigencias jurídico-naturales.[28] Queda igualmente abierta, a través de la dimensión hermenéutica de la positivación del derecho, una ulterior determinación práctica de tales exigencias, como muestra la frecuente apelación judicial a la equidad, la naturaleza de la cosa, o las exigencias de la "realidad" social. Los eventuales dilemas de conciencia residuales, de no encontrar salida por la vía excepcional de la *objeción de conciencia*, habrían de substanciarse asumiendo las sanciones legales tras ejercer la *desobediencia civil*.

Todas estas tareas se verán estimuladas por instancias merecedoras, para todos o parte de los ciudadanos, de autoridad a la hora de interpretar esas exigencias jurídicas naturales: confesiones religiosas, organizaciones no gubernamentales defensoras o fiscalizadoras de los derechos humanos, etcétera. Todas ellas cumplen un papel enriquecedor de la conciencia ética colectiva, del que no cabría prescindir en el imprescindible debate democrático.

Intentar cercenar su influjo, con descalificaciones maniqueas, invocaciones a lo procedimental o a la presunta neutralidad de lo público, contribuiría al empobrecimiento ético de la sociedad y, como consecuencia, a una merma de la capacidad de legitimación del propio ordenamiento jurídico.[29]

El convencimiento de que la verdad debe siempre abrirse paso por la fuerza de sus razones marca, por otra parte, una clara frontera entre el *prudente cognotivismo* de quienes aspiran a captar las exigencias jurídicas objetivas de un derecho natural y el *voluntarismo fundamentalista* de quienes sólo reconocen un derecho divino-positivo. Ello convierte en ca-

27 Parafraseando a E. Bloch, hemos afirmado: "ninguna democracia sin derecho natural, ningún derecho natural sin democracia" ("Derecho natural y sociedad pluralista", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, 1983, 2, pp. 241-257; incluido en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 219-233). También "Verdad y consenso democrático", en Fernández, F. (coord.), *Estudios sobre la encíclica "Centesimus agnus"* (editado por AEDOS), Madrid, Unión Editorial, 1993, pp. 295-321.

28 De ello nos hemos ocupado en "Convicciones personales y actividad legislativa", *Evangelium vitae e diritto*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1997, pp. 229-248. También antes: "Expertos en humanidad. Convicciones religiosas y democracia pluralista", *Estudios sobre la encíclica* "*Sollicitudo rei sociales*", Madrid, Unión Editorial, 1990, pp. 120-140.

29 Al respecto véase "Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls", *supra*, capítulo tercero.

prichosa o malintencionada toda equiparación simplista entre la existencia de una autoridad magisterial libremente aceptada y su inevitable imposición autoritaria, que la convertiría en obligada enemiga de la tolerancia.[30]

El problema es, pues, si podemos contar con unas *exigencias objetivas de justicia*, capaces de ponernos en guardia ante la posible positivación de un *derecho desnaturalizado*, o de brindar a nuestra tarea prudencial elementos de juicio para diseñar normas adecuadas o aportar soluciones ajustadas. En cualquier caso, *no cabrá disponer acabadamente de ellas*, al margen de la misma actividad positivadora (legislativa o judicial) en la que afloran; como tampoco la belleza existe realmente sino cuando se plasma en una concreta obra de arte.

Hay que dar, pues, paso a un *iusnaturalismo crítico*, que no atribuya al derecho natural lo que con todo acierto niega al derecho positivo: la posibilidad de ofrecerse como acabadamente "puesto". Ha de animar, por el contrario, a buscar sus exigencias hasta encontrarlas, positivándolas del modo más ajustado posible al momento y circunstancia en que han de cobrar vida.

No existe, en efecto, una *positividad instantánea*, ni un "derecho positivo" en estado puro, porque lo jurídico consiste en un continuo proceso de positivación, sin otro final que el meramente convencional de la cosa juzgada. Pero tampoco existe una *naturalidad instantánea*, ni un "derecho natural" en estado puro, porque toda actividad jurídica ha de verse siempre acompañada por un continuo esfuerzo de fidelidad a las exigencias de la naturaleza humana, que estimulen críticamente ese mismo proceso de positivación.

De ahí que cuando se nos plantea un *dilema —alternativo y excluyente—* entre el derecho positivo y "otro" derecho natural se nos está invitando a una opción imposible *entre* dos *realidades* ciertamente *inexistentes*. Precisamente porque "sólo es derecho el derecho positivo", resulta ineludible —para todo jurista empeñado en garantizar y proteger las exigencias humanas básicas— la preocupación por evitar que el proceso de positivación de lo jurídico las margine hasta hacerlo degenerar *contra natura*, degradando inevitablemente la convivencia social.

30 Sobre el particular "Tolerancia y verdad", *Scripta Theologica*, Pamplona, XX/VII/3, septiembre-diciembre, 1995, pp. 885-920.

El problema de la fundamentación del derecho no es sólo una cuestión teórica que el positivismo no haya logrado erradicar; es, sobre todo, una continua necesidad práctica, pues sin ella no se da actividad jurídica alguna. El dilema no es fundamentar el derecho o renunciar a ello, sino fundamentarlo conscientemente y abiertos a la crítica, o hacerlo inconscientemente condenándose a un cerrado dogmatismo.

Capítulo decimosexto
DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL, TODAVÍA... 313
I. Diplopía jurídica 313
II. Iusnaturalismo inclusivo 315
III. Leyes *contra natura* 318
IV. Precaución, falacia... 321
V. Críticas a un legalismo compartido 326
VI. No cognitivismo ético y derecho 330
VII. ¿Constitucionalismo iusnaturalista? 332
VIII. Derechos fundamentales con fundamento 335
IX. Rehabilitación de la filosofía práctica 336
X. Jaque al normativismo 338
XI. ¿Porosidad entre derecho y moral?. 341
XII. De la huida de lo "fuerte" a la duda demiúrgica 344
XIII. Lo procedimental como falsa alternativa. 347

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL,TODAVÍA...

> La situación presente de la filosofía del derecho se caracteriza por ese amplio debate en que se sustancia la crisis del positivismo jurídico y, tal vez, su posible convergencia con el viejo rival, el iusnaturalismo, dada la depuración experimentada también por éste en los últimos tiempos.*

Parece particularmente razonable dedicar estas líneas de homenaje vinculándolas a un problema que ya trató en más de una ocasión,[1] con su habitual agudeza, quien se ha hecho acreedor de tan justo reconocimiento.

Quizá del texto del título que nos hemos propuesto resulten, paradójicamente, más significativos la conjunción y el adverbio que los sustantivos que dan noticia del objeto de nuestra reflexión.

I. DIPLOPÍA JURÍDICA

La expresión copulativa *y* nos recuerda, en efecto, cómo durante decenios se ha tendido irresistiblemente a plantear esta cuestión como si se

* Delgado Pinto, J., Lección magistral en su investidura como doctor *honoris* causa por la Universidad Carlos III de Madrid el 6 de octubre de 2004 (citamos del original amablemente facilitado por el autor).

[1] Por recordar sólo algunas de sus aportaciones: "Derecho. Historia. Derecho natural," *Anales Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 1964, 4/2, pp. 73-174; "Obligatoriedad del derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: el pensamiento de Hans Kelsen", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1978, XX, pp. 1-43; "De nuevo sobre el problema del derecho natural", discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1982-83, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982; "Reflexiones acerca del significado de la pregunta por la fundamentación ontológica del derecho", *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, 1982, 9, pp. 19-29; "La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo", *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 1996, 41, pp. 101-121.

tratase de articular la problemática relación entre *dos derechos*. Condenados a esta patológica doble visión, se hace bastante complicado captar los perfiles de la realidad jurídica. Resultaba obligado optar por uno u otro derecho, o bien establecer entre ellos una determinada jerarquía. Se hizo, por ejemplo, depender de uno de ellos (el natural...) la validez del otro (el positivo). Como alternativa, se impuso la drástica aniquilación del primero, partiendo de la retadora afirmación de que *sólo es derecho el derecho positivo*; dictamen particularmente impresionante en la medida en que se considere superfluo aclarar en qué consistiría la susodicha positividad, cuándo emerge o, sobre todo, cómo... Se negaba, en todo caso, al derecho natural carácter jurídico, para reducirlo a mera exhortación moral; su relevancia no desbordaría, en el más benévolo de los planteamientos, el ámbito de lo prejurídico.[2]

La polémica sobre la "separación" —obligatoria para el positivismo clásico— del derecho y la moral suele complicarse aún más con una variopinta "distinción" conceptual y terminológica. Considero que para un jurista resulta particularmente relevante distinguir, dentro de las exigencias de la *ética*, las que se traducen en una exigencia *moral* (en sentido propio) —en el marco de las orientaciones maximalistas propias de todo óptimo modelo de conducta humana— y las exigencias propiamente *jurídicas* —positivadas o no—, en el marco del mínimo ético exigible para garantizar la convivencia humana; llámesele "bien común", "justicia política" o como corresponda. Obviamente ello llevaría a reconocer un trasfondo "moral" (hemos preferido calificarlo de "ético", para evitar la apuntada confusión) en lo jurídico. Se detectaría de modo directo, al reconocerse como jurídicamente exigible una obligación ética, o bien de modo indirecto, al latir también exigencias éticas bajo la idea de orden que justifica las exigencias jurídicas derivadas de meras razones de oportunidad o eficacia. Asunto distinto es que mi concepción moral en sentido propio pueda llevarme a rechazar en dicho plano una exigencia jurídicamente positivada, por entender que no refleja adecuadamente ese mínimo ético que justifica la existencia misma del derecho.[3]

[2] J. M. Trigeaud resalta en el positivismo jurídico tanto "la reducción del derecho mismo a ley" como el hecho de que "la moral no es a su vez respetada como tal sino en la medida en que puede ser derecho y en consecuencia convertible en ley" (*Justice et tolérance*, Bordeaux, Bière, 1997, p. 105).

[3] Advertido lo cual, se comprenderá que mi planteamiento resultaría difícilmente inteligible si se suscribe un concepto lato de moral —*morality*—, que incluiría todas "las

Planteada así la cuestión, quedaba indisolublemente vinculada a una de las polémicas más tenaces, y de más dudosa fecundidad, de la historia de la filosofía del derecho: la que contrapone a iusnaturalismo y positivismo jurídico. Vaya por delante que es el convencimiento de que no nos encontramos ante un inevitable dilema lo que permite justificar en el título ese final *todavía*...; sin perjuicio de que también ocasionales demandas de respuesta[4] nos acrediten la no extinguida vitalidad del problema.

II. IUSNATURALISMO INCLUSIVO

Resulta obvio que la primera de estas líneas doctrinales reconoce carácter jurídico al derecho natural. Lo que no tengo tan claro es que ser iusnaturalista obligue necesariamente a supeditar la validez del derecho positivo a su fiel respeto de las exigencias jurídico-naturales; de ahí que los que sí lo tienen clarísimo se muestren remisos —para bien o para mal— a considerarme de los suyos.[5] Quizá estoy abanderando un peculiar iusnaturalismo, que salga al encuentro del positivismo "inclusivo"[6] de quienes relativizan la vieja obligada separación entre derecho y moral.

consideraciones normativas vinculantes de cualquier tipo", mezclando inevitablemente las solo propiamente morales con las estrictamente jurídicas, animando incluso a plantear cuestiones, tan sorprendentes para cualquier jurista, como —en la traducción española— "¿en qué consisten los derechos jurídicos? [en el original *legal rights*], ¿cómo se relacionan con los derechos morales?" (Rraz, J., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 238 y 254; versión española La ética en el ámbito público, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 294 y 277).

No menos acrobática resulta, en la rigurosa traducción de Cristóbal Orrego, la referencia de J. Finnis a la "obligación jurídica en sentido jurídico", distinguiéndola de la "obligación jurídica en sentido moral" (Ley natural y derechos naturales, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 382).

4 Por ejemplo, la que recibí del profesor Francesco Viola para redactar el término *Diritto naturale e positivo* en la nueva edición de la *Enciclopedia Filosófica* de la editorial Bompiani. Tal contribución reciente servirá ahora en buena medida de hilo conductor a estas más extensas reflexiones.

5 Cantero Núñez, E., *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet De Goytisolo*, Madrid, Fundación Matritense Notariado, 2000, p. 131, donde me critica un "replanteamiento del derecho natural" que "parece debido" a mi "perspectiva democrática".

6 Por todos véase, Waluchow, J. W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Desde aquel punto de vista, la ardua problemática de la *ley injusta* pasaba a ocupar un lugar central.[7] Su versión más drástica habría de llevarnos hoy, por ejemplo, a entender que, siendo el matrimonio indisoluble, heterosexual y monógamo por naturaleza, toda regulación que desconociera alguno de estos caracteres carecería de validez jurídica.

La verdad es que, como jurista, nunca he llegado a entender las virtudes de tal planteamiento.[8] Asunto distinto sería reconocer que no debo sentirme moralmente obligado a obedecer tales leyes, o incluso que —en según qué casos— debería considerarme personalmente obligado a desobedecerlas.[9] De generalizarse esta postura, tales leyes se verían privadas de un decisivo motivo moral de obediencia,[10] con previsibles consecuen-

7 Ello lleva a J. Delgado Pinto a estimar que, aunque R. Dworkin haya protagonizado "el ataque más poderoso contra el positivismo jurídico en los últimos decenios", a su teoría, al no suscribir este punto, se la habría considerado "sin fundamento como una versión del iusnaturalismo" ("La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: análisis y valoración", *Derechos y Libertades*, 2002, 11, pp. 15, 38 y 37. J. Finnis, por el contrario, tras señalar que "una teoría de la ley natural no necesita tener como principal preocupación, ni teórica ni pedagógica, la afirmación de que «las leyes injustas no son leyes»", añade: "en realidad no sé de ninguna teoría de la ley natural en la que esa afirmación, o cualquier cosa parecida, sea algo más que un teorema subordinado" (*Ley natural y derechos naturales*, p. 379). P. Serna lo suscribe: "en la tradición del derecho natural no pasa de ser un corolario" sin "carácter central" ("Sobre el *Inclusive legal positivism*. Una respuesta al profesor Vittorio Villa", *Persona y Derecho*, 2000, 43, p. 135).

8 También J. Finnis estima que "no sirve para pensar con claridad, ni para ningún fin práctico bueno, oscurecer la positividad del derecho —*law*— negando la obligatoriedad jurídica «en el sentido jurídico o intrasistemático» de una regla recientemente declarada jurídicamente válida y obligatoria por la más alta institución del «sistema jurídico»" (*Ley natural y derechos naturales*, *cit.*, nota 3, p. 384). Para F. Viola no cabe considerar que en Santo Tomás "una ley injusta no es derecho válido"; de ahí que sugiriera razones para obedecerla, "si bien no encarna el concepto de ley en la plenitud de su significado, al no ser conforme a la razón" ("La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques Maritain", *Jacques Maritain oggi*, Monza, Vita e Pensiero, 1983, p. 568).

9 De la gama de problemas "deontológico" con que puede tropezarse un jurista me he ocupado en "Deontología jurídica y derechos humanos", incluido en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, Murcia, UCAM-AEDOS, 2003, t. I, pp. 53-72.

10 F. González Vicén contempla tal circunstancia con una hoy poco habitual flema, digna del más clásico positivismo. El "único auténtico" punto de vista para fundar una obligatoriedad ética del derecho sería la creencia en que "toda autoridad en la tierra procede de Dios y merece acatamiento". La justificación alternativa, basada en la presunta garantía de la seguridad jurídica, "es la ideología clásica de la clase burguesa" y encierra "una añagaza o subterfugio para justificar «cualquier» derecho, independientemente de su contenido". Todo ello le lleva a afirmar que "si un derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este derecho carece de vinculatoriedad y debe

cias jurídicas. Aun no identificándose obligatoriedad moral y validez, obligadas tales leyes a apoyarse en exclusiva sobre su coercibilidad, podrían ver comprometida su vigencia[11] y viabilidad práctica.[12]

Puede que, al adoptar esta actitud, alguien pudiera entender que reduzco el derecho natural a mero *desideratum* moral,[13] lo que me convertiría en un positivista de pedigrí. En efecto, el rechazo de la ley injusta encontraba su inseparable pareja alternativa en la neta separación positivista entre derecho y moral. Kelsen llevará a la perfección la distinción de Hobbes entre consejo y mandato, con su conocida dicotomía de sistemas morales estáticos, en los que la validez de las normas depende de la congruencia de sus contenidos con los de otras que se la confieren, y sistemas jurídicos dinámicos, en los que la validez se apoya en una mera

ser desobedecido"; es decir, que "mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia". Esta "limitación de la obediencia al derecho por la decisión ética individual significa el intento de salvar, siquiera negativamente y de modo esporádico, una mínima parcela de sentido humano en un orden social destinado en sí al mantenimiento y aseguración de relaciones específicas de poder" ("La obediencia al derecho", *Estudios de filosofía del derecho*, La Laguna, Universidad, 1979, pp. 366, 380, 385, 388 y 397).

11 Lo subraya F. D'Agostino: "como las reglas del lenguaje no pueden ser reenviadas a un súper-lenguaje, que se erija en medida de todas las lenguas particulares, pero son inmanentes al mismo lenguaje y constituyen hasta tal punto su índice de expresividad que no pueden ser violadas, so pena de llevar a la incomprensibilidad parcial o incluso total de lo lingüísticamente expresado, así el derecho natural no se contiene en un súper-código, sino en las mismas normas de derecho positivo de las que constituye fundamental razón de ser, falto de la cual el derecho positivo mismo decae en un sin-sentido, con la consecuencia de que su obligatoriedad tiende a perderse con extrema rapidez" (*Diritto e giustizia. Per una introduzione allo studio del diritto*, Torino, San Paolo, 2000, p. 26).

12 En tal sentido pienso que cabría reducir a dos los tres elementos en torno a los que R. Alexy hace girar el derecho: "lo legal y lo eficaz", que constituirían para él su "aspecto real o institucional", y "lo correcto", que supondría "su dimensión ideal o discursiva" ("La institucionalización de la razón", *Persona y Derecho*, 2000, 43, p. 218). Dado que lo "real" parece cobrar una relevancia más sociológica que ontológica, tendría que ver menos con la validez jurídica que con una vigencia práctica, constatable *a posteriori*, que podría sin duda verse comprometida por posibles déficit de "corrección".

13 Así podría considerarlo J. Delgado Pinto partiendo de la idea opuesta: si "las normas jurídicas imponen verdaderos deberes en la medida en que sean justas; si son injustas no obligan", "entonces estamos en presencia de un simple deber moral". Admite, sin embargo, que "una actualización acertada de las tesis defendidas por lo representantes «clásicos» del iusnaturalismo podría permitir la elaboración de una doctrina inmune" a tal crítica, que reconoce coincidente "con la manejada por conocidos autores positivistas" en sus escritos polémicos ("La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo", *op. cit.*, nota 1, pp. 116, 120 y 121).

conexión formal ajena a todo contenido.[14] Nos hallaríamos pues ante el positivismo en estado puro, de la mano —habrá que recordarlo— de un estricto no cognitivismo ético.[15] Desde una perspectiva de racionalidad práctica, cabe por el contrario admitir —como es mi caso— la existencia de exigencias propiamente jurídicas con mayor o menor grado de positivación.

III. LEYES *CONTRA NATURA*

Ser positivista, y riguroso a la vez, resulta fácil cuando se está dispuesto a suscribir que las exigencias éticas (tanto las propiamente morales como las jurídicas...) no son susceptibles de fundamentación racional alguna; algo tan reñido con la realidad cotidiana del derecho,[16] como para obligar a asumir que —pese a su engañoso rótulo gremial— los jueces no pueden en realidad emitir "juicio" alguno.[17] Cuando tales consecuencias no se consideran fácilmente asumibles, el positivismo se torna claudicante y, lo que es más grave, de su ansiado rigor no suelen quedar ya particulares muestras.

Considero, por el contrario, que de la *naturaleza* del hombre derivan exigencias éticas, en la práctica racionalmente cognoscible. En la medida

[14] "El consejo es una orden a la que obedecemos por una razón que deriva de la cosa misma que se ordena. El mandato, en cambio, es una orden a la que obedecemos en razón de la voluntad de quien manda" (Hobbes, T., *De cive XIV*, trad. de A. Catrysse, Caracas, 1966, p. 217). Sobre la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos véase Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 3a. ed., México, UNAM, 1979, pp. 203 y 204.

[15] F. Viola recuerda cómo un "modo de controlar el poder era tradicionalmente el de vincularlo al respeto de ciertos contenidos normativos. Pero Kelsen no cree que esto sea lo específico del derecho, porque ello implicaría la posibilidad de conocer objetivamente lo bueno y lo justo" (Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 22).

[16] R. Vigo, experto juez aparte de avezado estudioso de problemas filosófico-jurídicos, no deja de apuntar: "nos parece bastante evidente que el iuspositivismo se mueve más cómodo en el mundo académico que entre los operadores jurídicos y la concreta realidad jurídica" (*El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003, p. 200).

[17] Del asunto, con particular referencia a Kelsen, me ocupé en "Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial", *Poder Judicial*, Madrid, 1993, 32, pp. 123-139; traducido más tarde tanto en *Droit "positif" et droits de l'homme*, Bordeaux, Éditions Bière, 1997, pp. 179-200, como en *Diritto "positivo" e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 178-200.

en que dichas exigencias no apuntan al logro de la máxima perfección personal imaginable, sino al imperioso respeto de un mínimo ético sin el que la convivencia dejaría de ser *humana*, se trata sin duda de exigencias jurídicas y no tan sólo propiamente morales. La consecuencia es obvia: sin necesidad de plagiar a Radbruch,[18] habría de preguntarme cómo puedo reconocer carácter jurídico a normas de contenido antijurídico. La respuesta podría ser: de la misma manera que no renuncio a reconocer como persona humana, y a respetar en consecuencia, a quien se comporta inhumanamente; sin perjuicio de hacer todo lo posible por mejorar la situación.

No creo que la discrepancia que se plantea derive obligadamente del enfrentamiento entre una dimensión ético-material y otra meramente lógico-formal de lo jurídico. Lo que ocurre, más bien, es que mi convicción sobre el carácter jurídico de esas exigencias naturales reposa sobre una determinada teoría de la justicia;[19] pero también la que la niega es a su vez —conscientemente o no— deudora de otra teoría de la justicia, no

[18] W. Hassemer, que —"siendo como soy discípulo de Arthur Kaufmann"— estima que debe "considerarlo mi «abuelo» académico", subraya que hablar de "antijuridicidad legal" o de "derecho supralegal" era "para un positivista todo un pecado mortal". Radbruch, "como el positivista jurídico que en el fondo de su corazón siempre fue", suscribe "el valor de la seguridad jurídica para los casos de normal funcionamiento estatal y jurisdiccional; pero cuestiona el seguimiento de la ley cuando, por no apuntar a la justicia, es «antijurídica sin más»" ("Control de constitucionalidad y proceso político", *Persona y Derecho*, 2001, 45, pp. 120 y 121). Similares afirmaciones, ahora en alemán, dos años después en "Konstitutionelle Demokratie", *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 1321). R. Alexy distinguirá en la postura de Radbruch una "conexión clasificatoria", que le lleva a negar validez jurídica a normas que alcanzan el "nivel de lo intolerable" o niegan radicalmente la igualdad exigida por la justicia, y una conexión "meramente calificatoria" que sólo dictamina una degradación jurídica ("A Defence of Radbruch's Formula", en Dyzenhaus, David (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford-Pórtland, 1999, pp. 16 y 24). F. D'Agostino apunta que "quien tenga un mínimo de familiaridad con la doctrina tomista de la ley injusta" la verá "tácitamente recogida" en ese doble aspecto (*Filosofia del diritto*, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 1996, p. 39).

[19] No veo inconveniente en admitir que el derecho natural es "la ética jurídica; esto es, la dimensión jurídica de la ética o la proyección de ésta en el campo del derecho positivo"; como lógica consecuencia, la justicia "no representa un juicio crítico externo que se realiza sobre determinado orden jurídico ya existente como tal, sino un ingrediente imprescindible del mismo" (Prieto Sanchís, L. *et al*., *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 62 y 64).

menos ético-material que la mía.[20] Por más que yo pueda considerar errada la que de hecho se ha positivado, habría de reconocerla avalada por elementos formales y procedimentales *positivos*, sin los que el derecho resultaría también —valga la paradoja— desnaturalizado.

De lo dicho se desprende un segundo planteamiento: mi discrepancia respecto a una ley *contra natura* es jurídica y no meramente moral. Dado que está de moda el talante analítico, recurriré a ejemplos triviales: si encuentro colgado en un museo de primer orden un cuadro que me parece un bodrio, y lo califico de tal, no sería muy razonable estimar que estoy formulando un juicio moral; se trata sin duda de un juicio estético, acertado o equivocado. Si, harto de ver deambular por el campo de fútbol a una supuesta figura galáctica, me atrevo a sugerir que es un jugador muy malo, no pronostico que se vaya a condenar; lejos de emitir juicio moral alguno, dictamino futbolísticamente que, aunque venda camisetas, es un pésimo jugador. No entiendo, en consecuencia, por qué los juicios sobre obras de arte o aportaciones futbolísticas deficientes tendrían carácter estético o deportivo, mientras que los juicios sobre deficiencias jurídicas tendrían un carácter meramente moral, jurídicamente esotérico.[21] Tal dictamen sólo se justificaría si yo estuviera rechazando tal norma jurídica por contradecir mis maximalistas anhelos morales; pero lo que en realidad afirmo es que no satisface ese mínimo ético en que consiste lo jurídico.

Como ya dije, la denuncia de las deficiencias jurídicas observadas en una norma no me obligan a negarle carácter jurídico; pienso, por el contrario, que sólo lo que es jurídico podrá ser jurídicamente deficiente.[22]

[20] La posibilidad de negar incluso tal "pretensión" de justicia a una norma jurídica me parece más típica de dictámenes políticos *ex post facto* que de razonamientos propiamente jurídicos, impregnados siempre de la cuestionabilidad de todo ejercicio de la razón práctica. No es extraño pues que cuando J. A. Seoane analiza tal posibilidad en el replanteamiento de la fórmula de Radbruch por Robert Alexy, al aplicarla a los posibles delitos cometidos por los "vopos" en el muro, acabe dictaminando que "puede afirmarse que acaba siendo más «iusnaturalista» que Tomás de Aquino" ("La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2002, 6, p. 790).

[21] F. Viola apunta que "al menos en casos extremos, como el genocidio, la tortura o la esclavitud, resulta difícil no pensar que sea precisamente la inmoralidad de tales comportamientos las que los convierte en esencialmente antijurídicos" (Viola, F. y Zaccaria, G., *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 99).

[22] Esto relativiza en consecuencia el intento de mantener como expresión de la separación entre derecho y moral que sería propia del positivismo, la obvia afirmación esgrimida por H. L. A. Hart (*Post Schriptum al concepto del derecho*, México, UNAM, Insti-

Pretender que un caballo cojo deja de ser un équido sería tan desorbitado como atribuirle las mismas posibilidades de ganar el gran derby que a cualquier otro. Aun reconociendo que todo derecho positivo es derecho, ello no me impide dictaminar que sea jurídicamente (y no sólo moralmente) mejor o peor. Asunto distinto, fácil de asumir por más de un inteligente positivista, es que este reconocimiento de una norma como derecho permita no sólo criticarla jurídicamente sino formular también sobre ella cuantos juicios morales vengan a cuento.

Si aparcamos la perturbadora fe en la existencia de una *positividad instantánea*,[23] lo jurídico nos aparece como un conjunto de exigencias de justicia destinadas a verse positivamente reconocidas en la convivencia social. Un ordenamiento jurídico que no reconociera dichas exigencias contendría un *derecho desnaturalizado*. En ello se muestran conformes —con más o menos rigor— sedicentes positivistas que consideran jurídicamente deficientes los ordenamientos positivos (más bien de países lejanos...) que no respetan ni garantizan los derechos humanos.[24] Pero si tales exigencias de justicia no prosperan a través de un adecuado *proceso de positivación* quedarían reducidas a *derecho ilusorio*; más útil, a veces, para legitimar retórica y oportunistamente la opresión que para hacer la convivencia más humana.

IV. Precaución, falacia…

Desde el positivismo jurídico, por el contrario, se ha insistido en fundar la inexistencia de un derecho natural en la obligada distinción entre derecho y moral. Tal postura no deja de resultar discutible, ya que más bien obligaría a separar al derecho positivo tanto de la moral natural como de la que de forma positiva se muestra vigente en una sociedad determinada. No veo por qué el respeto de tal distinción entre derecho y mo-

tuto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 49) de que "disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos". Asunto distinto es que, faltas de todo respaldo moral, tendrán que buscarlo de modo exclusivo en una dimensión coactiva, lo que comprometerá notablemente su viabilidad práctica.

[23] A ella me he referido en *Metodología jurídica y derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 183 y ss.

[24] C. I. Massini señala criticándolos que "sólo a partir de una posición iusnaturalista es legítimo y coherente hablar de derechos humanos" (*Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 216).

ral haga el reconocimiento del derecho ya positivado incompatible con la existencia de otras expresiones de la realidad jurídica. La efectiva confrontación se produce en realidad entre dos conceptos de validez jurídica. Uno la considera deteriorada cuando no se respetan determinados contenidos ético-materiales de relevancia propiamente jurídica. Otro la considera absolutamente ajena a un peculiar concepto de lo "natural", que no albergaría sino contenidos morales ajurídicos; epistemológicamente implicaría incluso una falacia, al pretender derivar de aparentes premisas de hecho consecuencias normativas.

Es obvio que cuando reconocemos exigencias jurídicas naturales no estamos describiendo dato fáctico alguno.[25] Pretender que cuando se recuerda que un esclavo debe ser liberado o que un hambriento tiene derecho a comer, estamos realizando una descripción física que no dejaría de resultar sorprendente.[26] No lo sería menos empeñarse en sugerir que estamos limitándonos a implorar una conseja moral. En realidad estamos recordando que el hombre, para *ser* tal, *debe* jurídicamente ver garantizada su libertad y satisfechas sus necesidades básicas.[27] La afirmación de

25 C. I. Massini recuerda que "al decir «naturaleza» no se está queriendo significar lo que las ciencias empiriológicas nos enseñan acerca del hombre, ni tampoco lo que el uso corriente del término acostumbra a significar". No se trata "de que sea necesario «definir» o «describir» el hombre para pasar luego —indebidamente— a la aprehensión de lo que es «bueno»". Se trata de una "comprensión de la naturaleza humana que no es «teórica», ni «metafísica», ni «naturalista»: es pura y simplemente ética, realizada por la razón práctico-moral sobre un objeto práctico, con un fin práctico y de modo práctico". Falaz, a su juicio, sería la actitud de "los positivistas al acusar a todas las filosofías iusnaturalistas de un error que sólo puede imputarse a algunas, falacia esta última conocida clásicamente como *mutatio elenchi* y por la cual se refuta lo que el adversario no ha sostenido" (*La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Idearium, 1995, pp. 45, 47 y 75).

26 J. Finnis distingue, entre las "inclinaciones naturales" apuntadas por Santo Tomás, las meras disposiciones, incluso inconscientes, para operar, o las tendencias constantes, como apetitos sensibles, aversiones o pasiones, de las tendencias que radican en la voluntad como formas naturales de la capacidad de responder a razones y a bienes humanos inteligibles; la comprensión de éstos los que las convierte en "naturales" por antonomasia (*Aquinas. Moral*, *Political and Legal Theory*, Oxford, University Press, 1998, pp. 92 y 93).

27 W. Hassemer, haciendo gala hace más de cuarenta años de su habitual pulcritud, levantó acta de cómo en Tomás de Aquino en la tendencia al fin surge del orden del ser el del deber ser; lo que explica que el suyo sea un derecho natural histórico, al implicar un juicio sobre un supuesto de hecho concreto realizado apoyándose en la naturaleza de la cosa ("Der Gedanke der «Natur der Sache» bei Thomas von Aquin", *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1963, XLIX, pp. 35 y 40). F. D'Agostino, tras hacer propia la acusación de "falacia descriptivista" con que algunos analíticos tachan el inten-

lo que un ser libre *es* se identifica necesariamente con una doble exigencia ética: cómo *debe* personalmente actuar y cómo *debe* ser institucionalmente tratado:[28] en ambos casos, con arreglo a su naturaleza.[29] De lo contrario, resultaría degradado:[30] no dejando de ser físicamente hombre, se comportaría o se vería jurídicamente tratado de modo inhumano.[31] Cuando lo *natural* se reduce a hecho o dato meramente físico, del que sería irracional derivar exigencia ética alguna, se ha olvidado su metafísica *dimensión entelequial*,[32] como verdadero despliegue actualizador de lo que es esencial al ser humano.

to de negar la posibilidad de "someter a controles lógicamente relevantes discursos preceptivos", admite que la "descripción de esencias" implique una valoración, pero no "arbitraria o subjetivista" (*Filosofia del diritto*, *cit.*, nota 18, pp. 77 y 83).

28 Para J. Finnis "los principios sobre lo que es moralmente correcto o incorrecto" "derivan de los primeros principios premorales de razonabilidad práctica, y no de algunos hechos, sean metafísicos o de otro tipo. Al discernir lo que es bueno, lo que ha de ser perseguido —*prosequendum*—, la inteligencia opera de una manera diferente, dando lugar a una lógica diferente, de cuando discierne lo que sucede de hecho histórica, científica o metafísicamente; pero no hay ninguna buena razón para sostener que estas últimas operaciones de la inteligencia son más racionales que las primeras" (*Ley natural y derechos naturales*, *cit*., nota 3, p. 67).

29 J. Delgado Pinto considera "posible formular el programa iusnaturalista en términos que no incurran en la falacia naturalista", pero ello exige "tener en cuenta que en este caso el concepto de naturaleza que se maneja no es un concepto empírico, sino metafísico-teleológico, en el que lo que es y lo que debe ser aparecen imbricados" ("De nuevo sobre el problema del derecho natural", *cit.*, nota 1, p. 21). Los duendes de la tipografía sustituyeron maliciosamente teleológico por "teológico", pero en el ejemplar que el autor me obsequió tuvo él mismo de corregir de su puño y letra la errata.

30 J. M. Trigeaud apunta cómo por esa vía "el derecho acaba por ser tratado como un medio técnico de control social, al servicios de objetivos utilitaristas abandonados a la decisión del político", lo que desemboca en "un nihilismo, más allá del prudente escepticismo del método humeano" (*Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux, Bière, 1990, t. II, p. 43).

31 También G. Zagrebelsky levanta acta de esta confluencia "verdadero, justo, obligatorio. A partir del ser —lo verdadero— se llega al deber ser —lo obligatorio— a través del criterio de la justicia", sin que ello implique falacia alguna: "que la justicia deba ser realizada no es en absoluto un hecho, sino un valor, aunque tal vez sea el más obvio o menos controvertible de los valores" (*El derecho dúctil. Ley*, *derechos*, *justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 119).

32 Se estaría atribuyendo "al término «naturaleza» un significado estrictamente naturalista-biológico o, con Hobbes, hasta zoológico" (Cotta, S., "Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural", *Revista Facultad Derecho Universidad Complutense*, 1995, p. 343; trabajo que reelabora lo ya anticipado en "Il concetto di natura nel diritto", *Iustitia*, 1987, XL-2, pp. 67-79). J. Finnis apunta que desde Platón y Aristó-

Un planteamiento menos rígido de la validez jurídica, así como una visión más realista de la fluida conexión entre elementos ético-materiales y jurídico-formales, permitiría por el contrario admitir que derecho natural y derecho positivo no son sino dos dimensiones de la misma y única realidad jurídica.[33] Para certificar si sería posible, para un auténtico iusnaturalista o para un positivista consecuente, aceptar tal planteamiento, habría que definir los límites de la ortodoxia en ambas líneas doctrinales.

Se ha puesto de relieve cómo el término derecho natural se convierte en un auténtico *mare mágnum*, ante la inacabable combinación de acepciones diversas de lo que cabe entender como derecho o como natural. Habría que añadir que lo mismo ocurre en clave negativa, cuando desde las fortalezas positivistas se critica el derecho natural sin que resulte fácil discernir si se está hablando de Aristóteles, Ulpiano, San Agustín, Hugo Grocio o John Locke, no siempre tan bien avenidos.

La cuestión se complica, no sólo porque una y otra doctrina albergan planteamientos muy diversos, sino porque no pocas veces tienden perezosamente a resolver por vía negativa el desconcierto que de ello deriva.[34] La principal tarea que permitirá reunir a "iusnaturalistas" de diverso cuño será sus polifacéticas críticas al positivismo jurídico; mientras el rechazo del derecho natural acaba sirviendo de último punto de unión a positivistas de la más diversa procedencia. El resultado supera todo intento de poner orden desde una u otra orilla. A nadie extrañará que alguno, claramente vinculado al club, se dé por vencido y reconozca que "no hay

teles a Aquino "se respeta la distinción entre «es» y «debe», hecho y valor, mucho más cuidadosamente que, por ejemplo, David Hume. Posturas en contrario son un mito o un malentendido" (*The Natural Law Tradition*, Association of American Law Schools, 36 J. Legal Educ, 1986, p. 493).

33 J. Delgado Pinto no deja de señalar que "si se le entiende así, y así es como lo entendieron grandes figuras del iusnaturalismo a lo largo de la historia, los problemas de un presunto dualismo jurídico se desvanecen en parte" ("De nuevo sobre el problema del derecho natural", *cit.*, nota 1, p. 19).

34 V. Villa, al proponer una definición de "iuspositivismo, contemplado como una orientación que se contrapone conceptualmente, por vía mutuamente excluyente, al iusnaturalismo" no duda en reconocer honestamente que se trata de definiciones "in negativo" ("«Inclusive Legal Positivism» e neo-giusnaturalismo: lineamenti di una analisi comparativa", *Persona y Derecho*, 2000, 43, p. 36).

un derecho «positivo» en el sentido en el que emplea el término el positivismo jurídico".[35]

En lo que a mí respecta, no me produce ningún sofoco admitir que sólo es derecho el derecho positivo.[36] Las exigencias jurídico-naturales ayunas de positivación se ven reducidas a patético testimonio de carencia jurídica, sin capacidad para ejercer —ni formal ni éticamente— como ordenamiento jurídico alternativo. Empeñarse en que son más derecho que el derecho positivo me parece empeño quizá moralmente loable pero jurídicamente perturbador. Quizá ello explique mi indisimulado afán por verlas cuanto antes positivadas, o mi resistencia a que se relativice irresponsablemente ingrediente jurídico tan indispensable.

No considero, por otra parte, tan alejados de mi postura a aquellos positivistas que defienden con denuedo la existencia de *derechos morales*. Si son coherentes con la obligada distinción entre derecho y moral, no podrán sostener que algo tan jurídico como para ser catalogado como derecho pueda tener una relevancia meramente moral. Más bien parecen plagiar, quizá sin saberlo, a los clásicos griegos. Éstos no dudaban en calificar como derecho natural a aquella parte del derecho positivo en la que era fácil detectar un fundamento universalizable; sin perjuicio de clamar al cielo (con Antígona), al no caberles en la cabeza que su *polis*, presunta expresión de la plenitud ética ciudadana, pudiera a la vez ignorar alguna otra exigencia también fundamental. Cuando oigo invocar derechos morales, no entiendo que se me sugiera que se trata de exigencias aún no jurídicas. Más bien, se me está llamando la atención sobre los derechos más jurídicos imaginables; precisamente por fundarse sobre exigencias éticas y no sobre meras razones de oportunidad y eficacia. De ahí las consecuencias previsibles cuando haya de procederse a sopesarlos en ponderación con otros derechos privados de tan sólido cimiento.[37]

35 Olivecrona, K., *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1980, p. 78.

36 La cuestión no plantea mayor problema desde una filosofía hermenéutica: "el positivismo jurídico no se caracteriza por afirmar que todo derecho es producto del obrar humano —cuestión aceptable desde tantos puntos de vista—, sino fundamentalmente por el hecho de sostener el «estar en sí mismo» del derecho positivo; o sea, la identificación entre el sentido del derecho y los textos jurídicos o, lo que es lo mismo, la autolegitimación del texto" (Viola, F. y Zaccaria, G., *cit.*, nota 15, p. 449).

37 "Cuando determinados asuntos son eliminados de la agenda política dejan de ser considerados como objetos propiamente dichos de decisión política sujeta a la regla de la mayoría, o a otra regla electoral pluralista. Por ejemplo, en lo que respecta a la igual li-

Asunto distinto es que no quepa marcar una frontera tan neta entre "derechos", basados en exigencias de justicia, y "políticas", nacidas de consideraciones de oportunidad y eficacia.[38] Una tajante distinción parecería resucitar el dualismo entre un derecho natural, fundamentador de derechos propiamente dichos, y un derecho meramente positivo generador de políticas. Más curioso aun resultaría el estrambote de esta escisión: un Poder Judicial de tareas iusnaturalistas contrapuesto a un Ejecutivo (e incluso Legislativo) con afanes positivistas.[39]

V. CRÍTICAS A UN LEGALISMO COMPARTIDO

A la deseable confluencia entre derecho natural y derecho positivo han contribuido decisivamente quienes pusieron en cuestión, desde ambas orillas del mismo río, la presunta identidad entre derecho y ley. Para ellos resultaba particularmente vicioso el obtuso dilema entre el positivismo legalista y un iusnaturalismo que —ley natural en ristre— nada tenía que envidiarle[40] en lo que a legalismo respecta. Se insistió con acierto en que no cabía considerar irrelevante que se hablara de derecho natural o de ley natural, como si fueran sinónimos.[41] En el derecho ya

bertad de conciencia y al rechazo de la esclavitud y de la servidumbre, eso significa que las libertades básicas iguales que abarcan constitucionalmente esos asuntos se consideran razonablemente fijadas, correctamente sentadas de una vez por todas" (Rawls, J., *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, p. 183).

38 Sobre el juego práctico de esta distinción véase Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 220 y ss.

39 R. P. George critica con razón esta escisión de la justicia y el bien común en Dworkin: entre "derechos individuales" e "intereses colectivos" en el marco de su "utilitarismo neutral" (*Para hacer mejores a los hombres: libertades civiles y moralidad pública*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002, pp. 86, 88 y 92).

40 J. M. Trigeaud se muestra particularmente crítico ante manifestaciones de "alianza objetiva" que hacen confluir en una "perspectiva común al positivismo y a su desdoblamiento iusnaturalista", lo que le lleva a invitar a una "crítica del «positivismo» iusnaturalista", como el de "neotomismos modernos" paralelos al "positivismo legalista" (*Introduction à la philosophie du droit*, 2a. ed., Bordeaux, Bière, 1993, pp. 36, 38, 76 y 77). Volverá a aludir al "positivismo iusnaturalista" en "Droits de l'homme au XXe siècle. Entre nature et personne", *Persona y Derecho*, 2000, 43, p. 154; incluido luego en *Droits premiers*, Bordeaux, Bière, 2001, p. 176.

41 A. Kaufmann lo resalta ya en la segunda de sus publicaciones, derivando de ello la existencia de una "polaridad" entre positividad y derecho natural en el seno de la "estructura ontológica" del derecho: *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, Mohr, 1957,

positivado daban pie a resaltarlo distinciones como la establecida entre "Gesetz" y "Recht" por el artículo 20.3 de la Ley Fundamental alemana[42] u otras previsiones constitucionales en ella inspiradas.[43]

No es sin duda lo mismo, sobre todo desde un punto de vista epistemológico, hablar de lo justo por naturaleza que de la ley natural.[44] En el primer caso podríamos estar detectando, de la mano del derecho ya positivado, ese núcleo duro que gozaría de un fundamento de validez particularmente sólido, vinculado a contenidos ético-materiales y no a meras razones convencionales de oportunidad o eficacia. Así ocurre en las más fieles interpretaciones del iusnaturalismo aristotélico, pero no menos en la ya aludida distinción entre principios y políticas en los Estados de de-

pp. 12 y 25 (más tarde en español: "Derecho natural e historicidad", *Derecho*, *moral e historicidad*, pp. 24 y 36). Lo hace citando a A. F. Utz, que no insistirá luego demasiado en ello; apenas una referencia tangencial en su *Ethik des Gemeinwohls. Gesammelte Aufätze 1983-1997*, Paderborn, Schöningh, 1998, p. 23. Se ha resaltado cómo también, desde otra óptica, distinguirá ley y derecho natural Maritain, para el que el concepto de derecho se realiza plenamente en el derecho positivo, en menor medida en el derecho de gentes y sólo de modo virtual en el derecho natural; por el contrario, la ley eterna realizaría plenamente el otro concepto, seguida de la ley natural, la de las naciones y de modo más débil la ley positiva (Viola, F., "La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques Maritain", *op. cit.*, nota 8, p. 567).

42 A. Kaufmann detectará en esta distinción el paso efectivo de un Estado legal a un Estado de derecho y derivará de ello una doble consecuencia: la positividad del derecho viene exigida por la misma *Natur der Sache*, pero una ley injusta no sería derecho, por resultar contradictorio que un Estado de derecho obligara al juez a aplicarla ("Gesetz und Rect", *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1962, pp. 363 y 364; incluido luego en *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt, Athenäum, 1972, pp. 135 y ss.).

43 De modo expreso se refleja en el "sometimiento pleno a la ley y al derecho" que para la administración pública dicta el artículo 103.1 de la Constitución española. No es difícil adivinarla también latente en la alusión del artículo 9.1 a que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", así como en la siempre problemática distinción entre niveles de legalidad y de constitucionalidad a la hora de amparar derechos fundamentales presuntamente vulnerados. De esto último nos hemos ocupado con detalle en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición ampliada y actualizada, en prensa.

44 Para M. Villey, a Kelsen "encerrado en su soliloquio, positivista, para el que el derecho surge *a priori* de una ley, no le cabe en la cabeza que quepa distinguir entre esos dos términos. Cae en el contrasentido de confundir derecho natural y ley natural" (*Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*, París, Presses Universitaires de France, 1987, p. 148).

recho constitucionales contemporáneos. En ambos casos estamos hablando de derecho *proprio vigore* y no de utopías morales. Su dimensión interpretativa facilita en el proceso de positivación del derecho esa permeabilidad respecto a concretas exigencias naturales, por la vía de la *naturaleza de la cosa*,[45] que la drástica denuncia profética de la ley injusta, con tácita intención alternativa, hacía inviable.

La asunción por los teólogos cristianos de planteamientos iusnaturalistas —de raíz aristotélica, de procedencia estoica o legados por la jurisprudencia romana— acaba derivando hacia un asimétrico protagonismo de la *ley natural*. No es sino la consecuencia lógica de la verticalidad obligada para una visión del mundo en la que irrumpe un Dios, eterno y a la vez personal, creador de la naturaleza física y orientador de la vía éticamente natural de perfeccionamiento de los seres libres. La consecuencia inmediata será, por una parte, el arranque de la distinción entre ley natural y ley humana; de ellas, siempre en clave legalista, acabará suscitando particular atención su posible contraposición (ley humana injusta o ley natural no positivada). Se facilita, por otra parte, la confusión entre exigencias propiamente morales y otras además jurídicamente relevantes;[46] todo ello en el marco de una ley natural de la que al teólogo preocupa prioritariamente su obligatoriedad moral, hasta llegar a considerar prácticamente irrelevante una validez jurídica falta de dicho fundamento.[47] Basta pensar en la obra de Santo Tomás, del tratado sobre la ley

45 A. Kaufmann criticaba en 1957, que "no debería haberse acogido a las «normas morales» absolutas en aquellos casos en que el derecho positivo había resultado insuficiente, sino a la «naturaleza de la cosa»", ya que "habría tenido que analizar las condiciones de vida con mucho mayor detenimiento" ("Derecho y moral", *Derecho*, *moral e historicidad*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 81).

46 De ahí derivará, entre otras, la dificultad para enlazar derecho natural con derechos humanos: "El derecho natural, como todo lo moral y, en concreto, como los Diez Mandamientos, iluminados por el Evangelio, consiste en deberes y no en derechos subjetivos"; junto a ella afirmaciones de complejo encuadre: "derecho natural es aquel que aprueba el Juez Divino"; "en este sentido, toda la moral se convierte en derecho ante el Juez Divino, y, por eso mismo, el derecho natural se nos presenta como moral, y ante el juez humano, como moral actualmente exigible" (D'Ors, A., *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 21 y 29).

47 Cuando está presente la mentalidad jurídica cambia el panorama. Así para A. D'Ors, aun partiendo de un "fundarse el derecho natural en la teología", y dando por hecho que "limita la disposición humana del derecho positivo", tras vincular positividad y "potestad", aludirá a la "imperatividad" de la ley señalando como "cuestión distinta" su

al que se ocupa de la justicia, para captar el alcance de esta posible distorsión; se encargaron de agudizarla no pocos "tomistas" que —más teólogos que juristas— centraron su atención en el primero de esos tratados condenando al segundo casi al olvido.

El derecho natural, transmutado en ley natural, se vio abocado a una conflictiva relación con una realidad jurídica positiva no menos legalista. En efecto, la ruptura con el iusnaturalismo clásico en la modernidad no hace sino secularizar el legalismo de los teólogos. Se disocia, eso sí, la anterior armonía entre *ratio* y *voluntas*, al entronizarse una divinidad ahora más cósmica que personal y, en todo caso, deístamente lejana. Lo jurídico se reduce en Hobbes a ley, expresiva de la voluntad arbitraria del Leviatán. Para legitimarla se apela al *pacta sunt servanda*,[48] como último residuo de una des-ontologizada ley natural que parece anticipar la función meramente trascendental de la norma básica kelseniana.

La ley natural resultará bien pronto superflua. En el ámbito continental, ante el convencimiento de la posible perfecta positivación, de una vez por todas, de las exigencias ético-jurídicas naturales, depositadas en una razón ajena a la historicidad de lo real. En el ámbito anglosajón, Bentham hereda el empirismo hobbesiano para acometer una ambiciosa ciencia de la legislación expresiva de una aritmética en imperativo[49] fruto del cálculo utilitarista. Un código positivado sería en ambos casos la salida obligada. No se precisa ya pues derecho natural alguno; ni como fundamento, ni siquiera como condición virtual.

Se le pasará a mirar como a un incómodo rival merecedor de toda desconfianza. Si acaso, se le tratará como a una instancia "ideal", que no merecerá el nombre de derecho mientras no se vea positivada.

"obligatoriedad moral"; en consecuencia, cuando el derecho positivo se aparta del natural "se hace «ilegítimo»". El alcance de tal situación, apuntando más a su vigencia que a su validez, se expresa en los siguientes términos: "el derecho, para tener una efectividad no forzada por la simple coacción de los imperativos legales, debe coincidir con los imperativos de una ética que resulta aceptada por la sociedad que trata de ordenar y, singularmente, por la conciencia moral del individuo" (*Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 30, 57, 60, 69 y 71).

48 "He aquí la segunda de las leyes naturales derivadas: hay que atenerse a los pactos" (Hobbes, T., *De cive III*, 1, *cit.*, nota 14, p. 85). "La definición de injusticia no es otra sino ésta: el incumplimiento de un pacto" (*Leviathan I*, 15, trad. de M. Sánchez Sarto, Puerto Rico, Editorial Universitaria, 1968, p. 125).

49 Entre sus alusiones a tal "aritmética moral" *Deontología o ciencia de la moral*, 8, Valencia, Ferrer de Orga, 1836, t. I, p. 103.

VI. NO COGNITIVISMO ÉTICO Y DERECHO

Se han establecido así las premisas de lo que llega a caracterizarse como la *filosofía del derecho como concepto histórico*;[50] obligadamente entendida como "filosofía del derecho positivo". La validez del derecho pasa a autofundarse de modo inmanente. Parece desvincularse de toda referencia a la justicia, dentro de un sistema depurado del condicionamiento "estático" de los contenidos ético-materiales iusnaturalistas; habría que dar paso a una "nomodinámica", que no sería sino arbitrariedad procedimentalmente sometida a control. Pero la realidad sigue siendo bien distinta.

El no cognotivismo ético asumido por Kelsen no resulta de fácil digestión. El positivismo de la jurisprudencia de conceptos, que comparte con la Escuela de la Exégesis el papel de matriz de nuestra dogmática jurídica, seguirá siendo abiertamente cognotivista. Se apoya en el conocimiento racional de unos contenidos éticos positivados y de su, no menos racional, manejo lógico capaz de aplicarlos a la realidad;[51] la voluntad quedaba aparcada en el ámbito metajurídico de la política. Éste nada riguroso positivismo jurídico, éticamente cognotivista, es el que —no pocas veces de modo inconsciente— hoy perdura.[52]

50 Precisamente porque implicaría una "falta de rigor metódico" reducir este cambio a "un problema terminológico, casi como una moda o una preferencia subjetiva de algunos autores", cuando en realidad "expresa el nacimiento de nuevos problemas y de una nueva metodología en la reflexión filosófica sobre el derecho" (González Vicén, F., "La filosofía del derecho como concepto histórico", *Estudios de filosofía del derecho*, *cit.*, nota 10, p. 207).

51 Así lo constata W. Hassemer: "desde la perspectiva de los positivistas legalistas la decisión jurídica puede confiadamente obtenerse partiendo de una semántica que le está supraordenada y cuyos contenidos suministran las referencias oportunas para quien decide" ("Konstitutionelle Demokratie") *cit.*, nota 18, p. 1315; traducción personal).

52 No tiene nada de extraño que G. Peces-Barba sugiera con desenvoltura que en nuestra Constitución "El artículo 1o.1 es la norma básica de identificación material del ordenamiento (con matices, lo que Hart llama «regla de reconocimiento», dándole a ésta un sentido material)"; por si no quedó claro: "estamos ante una norma material sobre normas, la norma material básica sobre normas". Todo a ello gracias a jugar "como presupuesto una firme creencia [*sic*.] en imposibilidad de un derecho natural" sinceramente confesada (*Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 97, 100 y 109). Es obvio que la propuesta resulta doblemente herética desde la ortodoxia kelseniana: por ser norma puesta capaz, por lo visto, de legitimarse a sí misma, y por configurar un sistema estático, más moral que jurídico. Habrá que rendir culto a Kelsen para no dejar de ser positivista, aunque haya que negarlo, para no volver olímpicamente la espalda a la realidad

Cabrá también, en variante escandinava, vincular *more sociologico* la validez jurídica a la práctica social, como vía para desmitificar una metafísica iusnaturalista reducida a juegos de magia. La validez jurídica acaba apoyándose en una "obediencia desinteresada" generadora de vigencia social.[53]

La confusa "regla de reconocimiento" de Hart no parece andarle a la zaga. Kelsen había acabado concediendo que —aunque no le sirviera de fundamento— la eficacia condicionaba decisivamente[54] la validez jurídica, ya que sería absurdo atribuirla a lo no vigente; tendríamos pues norma básica presupuesta y condición pre-básica impuesta. Hart, dentro de su confuso escamoteo,[55] prefiere situar la clave del sistema al final, a beneficio de inventario. La validez se apoya en una regla de reconocimiento cuyo contenido, en indisimulable circularidad,[56] no será sino expresión de

jurídica. Más prudente, J. Delgado Pinto había llegado a apuntar que en el sistema jurídico kelseniano habría elementos "estáticos", convencido de que el contenido de la norma predeterminaría el de las inferiores, pero apuntando poco después que ello no tiene más alcance del que pueda derivar de la entrada en juego de procedimientos capaces de anularla ("El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico", *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Valencia, Universidad, 1977, t. I, pp. 188 y 191).

53 Del papel de la obediencia desinteresada en el concepto de validez jurídica de A. Ross me he ocupado en "Un realismo a medias. El empirismo escandinavo", *Metodología jurídica y derechos humanos*, *cit*., nota 23, pp. 53 y ss.

54 Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit*., nota 14, pp. 24 y 25.

55 J. Delgado Pinto, que opta por caracterizar como "irracionalismo" al planteamiento no cognotivista de lo ético, señala cómo Hart, aun no compartiéndolo, "carece de una teoría de la justicia debidamente articulada", ya que "nunca ha querido pronunciarse explícitamente acerca de si los juicios morales pueden ser de alguna manera objetivamente válidos. Tampoco ha resuelto de forma convincente el problema del fundamento de la obligatoriedad del derecho que plantea su concepción normativista" (en la aludida lección magistral, *cit*., nota inicial). A tal "irracionalismo ético y jurídico" había aludido ya en "El voluntarismo de Hans Kelsen…", *op. cit.*, nota 52, p. 184.

56 Cabría pues atribuirle lo que gráficamente se ha calificado como "autismo jurídico, puesto que considera que la identificación de lo jurídico, la validez de las normas, depende de reglas del propio ordenamiento y de la práctica de los operadores jurídicos al aplicarlas"; aunque el autor de tan oportuna metáfora no le menciona, prefiriendo considerar que "Kelsen sería el exponente más depurado de ese punto de vista" (Peces-Barba, G., "Desacuerdos y acuerdos con una obra importante", como epílogo a Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, *cit*., nota 31, p. 165). También L. Prieto Sanchís hace notar que, si nos hallamos ante "un reconocimiento *ex post facto*", "no cumple la misión para la que fue ideada, que precisamente era informar u obligar al juez a fallar de acuerdo con una regla existente en el sistema" (*Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987,

lo que se vaya teniendo por válido;[57] o sea, si se nos permite el casticismo: si con barbas san antón, si no la purísima concepción...

VII. ¿CONSTITUCIONALISMO IUSNATURALISTA?

La pervivencia del cognitivismo ético resulta obligada, porque la segunda mitad del siglo XX no arranca en un escenario proclive al culto a una arbitrariedad presuntamente controlada.[58] La amarga evidencia de la perversión del ordenamiento jurídico lleva a resucitar la vieja querella de la ley injusta, de la mano de la hoy de nuevo evocada "fórmula de Rad-

p. 134). Desde diversa perspectiva J. M. Trigeaud levanta acta de cómo "la «imagen del círculo» se corresponde mejor con los objetivos perseguidos por el último positivismo, en la medida en que hace coincidir el derecho con un «sistema», cerrado por definición" (*Introduction à la philosophie du droit*, *cit.*, nota 40, p. 29).

57 J. Delgado Pinto describe pulcramente dicha regla como una "práctica colectiva que desarrollan los jueces y demás autoridades al identificar como normas válidas a aquéllas que se ajustan a los criterios de validez; una práctica que incluye la aceptación de ese modo de operar como constitutivo de una regla obligatoria". Dando por hecho que "esa norma jurídica no existe, por definición, como norma positiva", cuestiona que sea "posible pasar lógicamente de esa práctica social efectiva, que en definitiva es un hecho, a una norma obligatoria", salvo que medie "una premisa moral" ("La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo", *cit.*, nota 1, pp. 111, 113 y 114). H. L. A. Hart acabará admitiendo, en línea con lo que califica como "positivismo suave", que "la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos", pero habrá de reconocer que, como consecuencia, dicha regla no puede ya "asegurar el grado de certeza en la identificación del derecho"; objetivo al que un positivista que se precie habría de aspirar (*Post Schriptum al concepto del derecho*, *cit.*, nota 22, pp. 26 y 46).

58 Para L. Prieto Sanchís "los juicios de validez de un jurista atento a las exigencias del Estado constitucional", "en terminología kelseniana son juicios a partir de un sistema estático y no sólo dinámico"; pese a ello, sigue considerando que "la validez es un concepto dinámico que reposa en la noción de autoridad, mucho más que un concepto estático basado en la noción de verdad" (*Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 64 y 87; también 95). G. Zaccaria resalta que, "aun en la sofisticada construcción kelseniana", en "el paso de un plano normativo del ordenamiento a otro, la estructura lingüística de la norma sigue concibiéndose como ya dada, como existente en sí, como un objeto que la interpretación debe limitarse a revelar", partiendo del "pre-convencimiento de que la disposición normativa estaría ya sustancialmente contenida y dada en el texto de la norma". Opone a ello la necesidad de "una amplia revisión de la precedente relación de coincidencia-identidad entre la norma jurídica y su formulación lingüística" (*L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, pp. 220 y 222).

bruch", que apelaba a un "derecho supralegal" y admitía como posible una inquietante "antijuridicidad legal".[59]

En la posguerra media Europa se reconstruye sobre Estados de derecho constitucionales; como lo hará más tarde la otra media en etapas sucesivas, tras las transiciones democráticas de la Península Ibérica y la caída del muro berlinés. Se insistirá con ello —también fuera de un marco iusnaturalista— en la importancia de la distinción entre ley y derecho, hasta llegar a sugerir que la clásica expresión Estado de derecho se plasmaría de modo más fiel como "Estado de derechos". El motivo sería lo indispensable de un anclaje en algo objetivo, en algo más fuerte que las razones y las voluntades políticas, para lo que "el derecho debía recuperar algo indiscutible" que pudiera tomarse como "punto de partida, «natural» y no controvertido". La solución al problema consistió en la constitucionalización de los derechos, apartándose de "la tradición estatalista del Estado de derecho decimonónico".[60]

La consecuencia inevitable será que en los ordenamientos constitucionales la validez no depende sólo de los aspectos formales de la producción normativa, "que permiten afirmar el «ser» o la existencia de las normas"; depende igualmente de la valoración de la conformidad de su contenido con el "deber ser" jurídico establecido por normas superiores, que por lo demás "han incorporado de hecho gran parte de los principios de justicia tradicionalmente expresados por las doctrinas del derecho natural". Como consecuencia, el antiguo conflicto entre derecho positivo y derecho natural y entre positivismo jurídico y iusnaturalismo ha perdido gran parte de su significado filosófico-político.[61] No es de extrañar que llegue a diagnosticarse la "crisis o muerte" de un positivismo que "se bate en retirada". Si se da una "supervivencia inercial" será un ejemplo más

59 R. Vigo incluye dos trabajos propios, a la vez que recopila los estudios y resoluciones más significativos de la actualidad de dicha "fórmula": *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 1-71.

60 Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, *op. cit.*, nota 31, pp. 65 y 68. De su difícil conciliación con los planteamientos positivistas da idea el ímprobo esfuerzo por devolverlo al redil que despliega en el epílogo a la versión española G. Peces-Barba (*Desacuerdos y acuerdos con una obra importante*). Se muestra particularmente preocupado porque aluda a la dignidad y la persona humana como "nociones que no pertenecen a la tradición del iusnaturalismo racionalista, sino a la del iusnaturalismo cristiano-católico" (*Ibidem*, pp. 67 y 159).

61 "La especificidad del moderno Estado constitucional de derecho" radicará en que "las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no sólo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial" (Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 355, 356 y 358).

de cómo la realidad camina más deprisa que las ideas, ya que "el constitucionalismo alienta una ciencia jurídica «comprometida» que pone en cuestión la separación entre derecho y moral".[62]

Aun manteniendo las sacrosantas distancias entre derecho y moral, un "iuspositivismo crítico" preocupado de la valoración y crítica del derecho vigente, no sólo desde el punto de vista externo o político de la justicia sino también desde el punto de vista interno o jurídico de la validez sustancial, no podrá seguir empecinándose en separar tajantemente ser y deber ser. Habrá, por el contrario, de admitir "la doble divergencia entre deber ser y ser «en el» y «del» derecho positivo"; así como las diversas formas de incoherencia y de ilegitimidad que de ello se siguen.[63]

Se hace incluso preciso reconocer con honestidad que los principios constitucionales "se asemejan, en su formulación universalista y abstracta, a los principios de derecho natural" y que las Constituciones reflejan "el «orden natural» histórico-concreto de las sociedades políticas secularizadas y pluralistas"; son expresión de un "momento cooperativo" diverso de los "momentos competitivos" entre grupos políticos en los que surgen las leyes. De ahí que el estilo y el "modo de argumentar «en derecho constitucional»" se asemeje "al modo de argumentar «en derecho natural»", e incluso que el recurso a los principios reproduzca una situación similar a la que desmiente su supuesta "falacia naturalista": "la realidad expresa valores y el derecho funciona como si rigiese un derecho natural".[64] Se sugiere que "el papel que desempeñaba antes el derecho natural respecto al soberano lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador", con lo que el constitucionalismo implica "una revitalización del viejo derecho natural".[65]

62 Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, *cit*., nota 58, pp. 8, 9 y 16. Por el contrario, "el iusnaturalismo no sólo no se bate en retirada, sino que ha iniciado una ofensiva" (*Lecciones de teoría del derecho*, *cit*., nota 19, p. 65).

63 Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, nota 61, pp. 873, 874 y 927.

64 "Tendríamos que admitir que en los ordenamientos contemporáneos han resurgidos aspectos del derecho premoderno" y que "la restauración de un método lógico-formal de tratamiento del derecho" supondría "un retroceso, pues hoy sería imposible un «formalismo» o un «positivismo de principios». Su carácter abierto y su pluralismo son un obstáculo para ello". No obstante, se insistirá en que "la Constitución no es derecho natural, sino más bien la manifestación más alta de derecho positivo" (Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, *op. cit.*, nota 31, pp. 115, 116, 119, así como 123 y 124).

65 No obstante, identificar los valores morales a los que se vincula "con el derecho natural no deja de ser una licencia literaria" (Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, *cit*., nota 58, pp. 17, 37 y 51).

VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES CON FUNDAMENTO

Se ha pasado de entender los derechos en el marco de las leyes a entender las leyes (validez incluida) en el marco de los derechos. Éstos han dejado de ser "concesiones legales voluntarias del Estado", concebidas para controlar a la administración, para expresar un orden de valores previo al derecho legislado.[66] Pero los derechos, por más que se les invoque ahora como el *big bang* de la realidad jurídica, no son sino el resultado de un ajustamiento de las relaciones sociales: la expresión en clave subjetiva de las exigencias que derivan de esa justicia objetiva que contribuye a configurarlos.[67]

Los derechos "humanos" —adjetivo que sólo cobra sentido si cuentan con un fundamento peculiar, estén o no ya "puestos"—[68] se convierten en esencia de lo políticamente correcto. Como el rigor no siempre parece exigible, el derecho natural capaz de brindarles fundamento propio seguirá siendo considerado académicamente incorrecto...

El nuevo escenario anima a replantear el arraigado enfrentamiento de derecho natural contra derecho positivo,[69] para intentar aunarlos en la búsqueda de un derecho vigente[70] más humano (o siquiera menos inhu-

66 Lo que supone "el abandono consumado del positivismo legalista" y el paso "de la idea de «la ley como previa al derecho», a la de «el derecho como previo a la ley»" (Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 40-42, 45 y 46).

67 Así lo hemos detectado al analizar "La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal", *La Ley*, 11 de julio de 1998, XIX-4691, pp. 1-4. Más tarde leeríamos en J. Finnis, a propósito del "jus" y los derechos: "en realidad, si se pudiera usar el adverbio «justamente» (*aright*) como sustantivo, se podría decir que su explicación primaria es acerca de «los justamentes» (*arights*) (más que sobre los derechos [*rights*])" (*Ley natural y derechos naturales*, *cit*., nota 3, p. 235).

68 J. M. Trigeaud enfatiza su insistencia en que "el derecho natural o positivo reposaba sobre ciertos principios de los que manan sus soluciones y que podían ser denominados «fundamento»; y que, por otra parte, debe esos principios a referencias inspiradoras más profundas que reenviaban en rigor al orden de las «justificaciones»". De ahí su apelación a "una especie de «derecho primero» de los derechos del hombre" basado en un "realismo de la persona que transciende a la naturaleza de la que participa y que encarna" (*Droits premiers*, *cit.*, nota 40, pp. 55 y 198).

69 Interesante al respecto el conjunto de trabajos de diversos autores editados por R. Rabbi-Baldi bajo el rótulo *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

70 "El derecho positivo sometido al doble criterio de la humanidad y la obligatoriedad puede denominarse sin vacilar «derecho natural vigente»" (Cotta, S., "Diritto natura-

mano). Este esfuerzo se convertiría sin embargo en auténtica levitación, ante lo incierto del suelo epistemológico capaz de hacer viable su fundamentación.

IX. Rehabilitación de la filosofía práctica

La fenomenología había brindado pasajeramente un nuevo concepto de lo natural (*Natur der Sache*), concretado en unas estructuras "lógico-reales" que permitirían a la ley aterrizar en la justicia de lo concreto. Por dicha senda, pero con mayor ambición, se apunta luego a una ontología relacional[71] capaz de reabrir confesadamente la puerta al cognitivismo ético.[72] La indigencia y la necesidad de superarla aparecen como "características ontológicas del hombre", que nos revelan su "relacionalidad coexistencial".[73]

le: ideale o vigente?", *Iustitia*, 1989, XLII-2, p. 133). Para insistir años después: un derecho "justificado —en teoría y/o en concreto— en su obligatoriedad por su correspondencia con la naturaleza o estructura del ente al cual se refiere" permite hablar de "derecho natural vigente" ("Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural", *cit.*, nota 32, p. 341). Para Maritain, por el contrario, "todo derecho es positivo, en cuanto concretización y actualización del carácter virtual del derecho natural", por lo que "el derecho natural no existe —no es vigente— fuera del derecho positivo, pero la ley positiva no existe en sentido pleno como ley sino dentro de la ley natural", apunta F. Viola, para el que ambas posturas "son plenamente compatibles" ("La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques Maritain", *op. cit.*, nota 8, p. 569).

71 F. D'Agostino la radica en el hombre como "ser intermedio entre los animales y los dioses", que le sitúa entre la posible "degradación a lo infra-humano" y la "sublimación a lo sobre-humano", alimentando una praxis que no será de mera "supervivencia" animal ni "libre en su absoluta gratuidad" divina, sino enmarcada en la "necesaria dialéctica yo-otro"; ésta puede traducirse en una relación de "ferocidad" o de "fraternidad", ajenas ambas al derecho que, apuntando a la coexistencia, aparece como debido por pacificador" (*Filosofia del diritto*, *cit.*, nota 18, pp. 9 y 10).

72 "Un nocognitivismo ético absoluto es irreal, ya que implicaría una escisión interna radical del sujeto humano: por una parte, decidiría sin conocer ni menos aún conocerse; por otra, conocería y se conocería sin que ello influyese en sus propias decisiones" (Cotta, S., "Diritto naturale: ideale o vigente?", *cit.*, nota 70, pp. 121 y 122).

73 Cotta, S., "Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural", *cit.*, nota 32, p. 338. Esta coexistencia expresa una "paridad ontológica", que "no lleva consigo un ser-con en el sentido de un estar-aquí-al-lado simple y fáctico", sino "una relación de reconocimiento y comunicación", un "estar en una relación de acogida mutua" ("La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho", *Persona y Derecho*, 1982, 9, p. 17).

Los intentos de dar paso a un iusnaturalismo no legalista se esfuerzan por reconciliarlo con la historicidad de lo jurídico.[74] Entre nosotros, se anticipará a la posterior deriva hacia la hermenéutica gadameriana, quien recurre, de la mano de la "inteligencia sentiente" y la "*personeidad*" de Zubiri, a una inclusión del derecho entre las "cosas-sentido". Ello le llevará a plantear la posibilidad de que ese "ser-sentido" limite y condicione la libre decisión y creatividad humanas, siendo a la vez "algo que el hombre ha de elaborar y constituir". La conclusión apunta a que "lo justo y lo jurídico son una y la misma cosa", pero lo justo se abre paso "a través de la acción humana, como tarea a realizar" por una "razón práctica determinada y situada históricamente".[75]

Un motivo más para constatar que no pueden distinguirse dos órdenes jurídicos diferentes, dos derechos distintos: también el derecho natural "en cuanto existente ha de serlo como derecho positivo", sin perjuicio del diverso fundamento de validez de unos y otros preceptos.[76]

74 El propio J. Delgado Pinto levanta acta de ello. No le satisface la distinción de Utz entre ley natural y derecho natural, ni la posible identificación de éste con lo "justo concreto", quizá por atribuirle una dimensión "preexistente" —"lo justo objetivo con anterioridad a toda legislación positiva"— y por la opción normativista que atribuye a Santo Tomás: "el derecho primaria y originalmente constituye una norma, una ley, aunque en su realización se concrete en facultades"; con lo que entre norma y derechos apenas queda lugar para la cosa justa como tercera acepción tomista de lo jurídico. Apunta, sin embargo, ya a una superación de ese dualismo que presentaba al derecho natural como alternativo al positivo, al aludir repetidamente al papel de un "derecho histórico-concreto" "racional y objetivamente fundado". Pero en el intento de Kaufmann de ligar el derecho natural con el "papel de la temporalidad en la estructura ontológica del derecho" sólo verá un "ceder vanamente a la tentación de echar mano del viejo término en todo intento de superación del positivismo" ("Derecho. Historia. Derecho natural", *cit.*, nota 1, pp. 118 y su nota 51; 132, 136 y 137).

75 En todo ello habría que reconocer el papel "del sentimiento, de la intuición inmediata, de la vivencia colectiva", ya que "el derecho aparece preformado y a veces plenamente constituido en la inmediata vivencia colectiva de los problemas y tensiones sociales" (Delgado Pinto, J., "Derecho. Historia. Derecho natural", *cit.*, nota 1, pp. 149, 151, 154, 156, 159, 160, 161 y 163). El mismo Zubiri, y su hombre como "esencia abierta" reaparecerá cuando apele a la antropología como vía para "hacer justicia a las intenciones razonables del enfoque ontológico —o metafísico— que debe adoptar el filósofo del derecho, sin que ello suponga necesariamente «caer en la metafísica»" ("Reflexiones acerca del significado de la pregunta por la fundamentación ontológica del derecho", *cit.*, nota 1, pp. 23 y 29).

76 Delgado Pinto, J., "Derecho. Historia. Derecho natural", *cit.*, nota 1, p. 168.

En esta rehabilitación de la filosofía práctica confluyen pues esfuerzos diversos. Se resaltará cómo la estructura epistemológica del iusnaturalismo tiene como primer elemento "la problematicidad" y no "la dogmaticidad".[77] Con ello se pone en cuestión uno de los dogmas positivistas, presentes aún hoy en sus versiones más "inclusivas". Su querencia a suscribir tácitamente una positividad "instantánea" lleva a dar por cierto que el iusnaturalismo remite a un derecho "preexistente".[78] Se ignora una vez más la distinción entre ley (positiva o natural) y derecho, y en qué medida éste supone siempre el final de un proceso y no su premisa inicial.

El fenómeno desborda el marco continental y se hará notar en los esfuerzos de los "neoclásicos" anglosajones por desentrañar la dimensión conformadora de la razón práctica.[79]

X. JAQUE AL NORMATIVISMO

La querencia a presentar el derecho como un sistema de normas entra en crisis ante el necesario reconocimiento del carácter jurídico de los

77 A la vez que su "segundo elemento categorizante" será "la investigación de un fundamento originario y condicionante del ser del derecho entendido como estructura de la vida práctica" (Cotta, S., "Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural", *cit.*, nota 32, pp. 332 y 333).

78 No deja de ser significativa su presencia en planteamientos como los de V. Villa, que apuntan a "una concepción de la positividad del derecho mucho más fecunda e interesante de la propia del iuspositivismo más tradicional", convencido de que "la «positividad» del derecho no es una propiedad que adquiera «de una vez por todas»", sino que es el resultado "de una práctica compleja", porque "la positividad no es un dato sino un proceso". Mientras lo que caracterizaría a un positivismo jurídico "excluyente" sería su rechazo a identificar "cualquier referencia a la moralidad política" con la existencia de un "derecho preexistente", el "inclusivo" se verá emplazado, a la hora de analizar la dimensión constructiva de la jurisprudencia constitucional, entre la "fantasmal descripción de significados preexistentes" o una discrecionalidad que implica la "creación de nuevo derecho de la nada". Pero tendrá que reconocer en los que llama neo-iusnaturalistas la aproblematicidad apuntada, admitiendo que, para Finnis, "la posesión de principios éticos objetivos no es condición suficiente para garantizar resultados concretos unívocos y «correctos» en todo caso específico" ("«Inclusive Legal Positivism» e neo-giusnaturalismo", *cit*., nota 34, pp. 56, 60, 66, 75 y 90).

79 *Cfr*. el detenido estudio de, Poole, D., "Grisez y los primeros principios de la ley natural", *Persona y Derecho*, 2005, 52, número en el que traduce su trabajo emblemático *El primer principio de la razón práctica*. A nuestro juicio la endeblez de los planteamientos de H. L. A. Hart deriva de minusvalorar este aspecto, en su afán por "evitar compromisos con teorías filosóficas controvertibles sobre el estatus general de los juicios morales" y su posible "nivel objetivo" (*Post Scriptum al concepto del derecho*, *cit*., nota 22, p. 30).

principios.[80] Los escritos de Esser en el ámbito alemán encontrarán inesperada coincidencia en el arranque de la polémica anglosajona, al reconocerse que si se ignora su papel la dinámica del ordenamiento resultaría falseada.[81] Las consecuencias serán más relevantes para los planteamientos positivistas que para el iusnaturalismo,[82] al que tiende a identificarse con querencias "principialistas".

El propio Hart se ve obligado a replantear su normativismo, reconociendo como "un defecto de mi libro que los principios sean tocados sólo de pasada", por lo que "fue un error muy serio de mi parte no haber enfatizado su fuerza no concluyente". Se empeña, no obstante, en relativizar su contraste con las normas al considerar que su "distinción es una cuestión de grado".[83]

La relevancia del "sentido" como quicio de la realidad jurídica obligará a cuestionar las artificiosas fronteras planteadas desde el positivismo

80 J. Raz opta por atribuirlo al predominio de lo que caracteriza como "la perspectiva del abogado", según la cual "el derecho se ocupa de aquellas consideraciones en las cuales resulta apropiado que se basen los tribunales para la justificación de sus sentencias" (*La ética en el ámbito público*, *cit*., nota 3, p. 215). También, por su parte, J. Delgado Pinto aducirá que "una teoría del derecho es bastante más que una teoría de la jurisdicción", al abordar "La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin" (*cit.*, nota 7, p. 39).

81 G. Zaccaria ha analizado detenidamente "la multiforme relación" entre los planteamientos de Dworkin y los de la hermenéutica europea, a cuya tradición se muestra ajeno; hasta el punto de poder dictaminarse una "extrañeza e incomprensión" de su núcleo más auténtico. Mientras "Gadamer asume la hermenéutica jurídica como modelo de hermenéutica general, Dworkin erige por el contrario a la interpretación literaria en modelo de la jurídica"; más que suscribir una "identificación de tipo gadameriano entre tradición e historia", se inserta en la querencia de la cultura jurídica anglosajona "a la sacralidad de la tradición y del precedente" con el juez como su protagonista por excelencia. Todo ello no impide detectar un paralelismo entre su *Chain Novel* y la *Wirkungsgeschichte* gadameriana (*Questioni di interpretazione*, Padova, Cedam, 1996, pp. 199, 202, 204, 207, 218 y 220). Insiste en ello, al compararlo con Esser, en *Razón jurídica e interpretación*, Madrid, Civitas, 2004, p. 388.

82 F. D'Agostino recuerda cómo "en ninguna lengua" se da "una coincidencia lexical entre el término que indica el «derecho» y el que indica los «instrumentos» a los que el derecho recurre para estructurarse, o sea las «normas»" (*Diritto e giustizia...*, *op. cit.*, nota 11, p. 9). A su vez J. Ballesteros recupera la alusión de Gómez Arboleya a una "concepción no normativista del derecho natural" para considerarla "dominante no sólo dentro del panorama de la filosofía iusnaturalista contemporánea, sino también dentro del pensamiento clásico" (*Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 107).

83 Hart, H. L. A., *Post Schríptum al concepto del derecho*, *cit.*, nota 22, pp. 11, 38 y 42.

entre una crítica "externa" metajurídica y una posible crítica jurídica "interna"; o entre la aplicación de normas propiamente jurídicas y el recurso netamente discrecional a criterios morales. Se llegará a admitir que "el derecho positivo presupone, pero no puede imponer, una comprensión de sentido", y se nos remitirá al "ambiente cultural en que se halla inmerso" un derecho que no puede ya erigirse como sistema normativo independiente y autosuficiente.[84] Queda por discernir si tal "ambiente" flota en el vacío o es fruto de la captación —histórica, sin duda— de unos criterios objetivos.[85]

Habría que preguntarse, en efecto, "por qué consideramos como «derecho» sistemas de reglas tan diversos entre sí sino porque la «cosa» de que tratan es de algún modo común". Quizá, más que dar por hecho que el texto tenga un sentido, resulte aconsejable preocuparnos de captar un sentido jurídico que cabrá encontrar en uno o varios textos. Es "el derecho en cuanto sentido específico del obrar humano el que previamente confiere significado a los textos, que precisamente por eso se consideran «jurídicos»".[86]

No es extraño que, tras considerar "confuso hablar de «positivismo corregido o ético» para aludir a la presencia de valores", como la libertad o la igualdad, se plantee: y "¿por qué no la xenofobia o la discriminación racial?"[87] Se apunta que "la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial"; pero se nos tranquilizará: no se trataría en esta ocasión de una "discrecionalidad inmotivada" sino "domeñada por una depurada argumentación racional". Aparte del problema que ello plantea al positivismo —que "es una teoría del derecho sin teoría de la argumentación"—, la invitación a realizar un juicio de razonabilidad obliga a cuestionarse "cuál es la fuente de lo razonable", e incluso a re-

84 Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, *cit*., nota 31, p. 138.

85 G. Zacarria rechaza la versiones de "pensiero debole" que pretenden reducir todo a "interpretaciones de interpretaciones", ya que "la interpretación o es interpretación de algo o no existe. La interpretación que disuelve en su seno lo que debe interpretar, y en consecuencia lo sustituye, deja por este solo hecho de ser interpretación" (*L'arte dell'interpretazione*, *op*. *cit.*, nota 58, p. 69).

86 Viola, F. y Zacarria, G., *Diritto e interpretazione*…, *op. cit.*, nota 15, pp. 448 y 449.

87 L. Prieto Sanchís, corrigiendo a Peces-Barba (*Constitucionalismo y positivismo*, *cit.*, nota 58, p. 27).

conocer que no es en la Constitución sino "fuera de ella"[88] donde el juez ha de buscar el criterio decisivo.

La respuesta —se nos sugiere— remitiría a una positiva "moral social", o si acaso "gremial", más que a la "moral crítica" característica de la tradición iusnaturalista; los derechos humanos constitucionalizados tendrían su fundamento "en una voluntad histórica, es decir, en una moral social legalizada".[89] Una remisión de este tipo, que excluiría toda dimensión "utópica" en los contenidos constitucionales, no nos parece muy acorde con la realidad.[90]

XI. ¿POROSIDAD ENTRE DERECHO Y MORAL?

En todo caso, acaba haciéndose inevitable someter a crítica el concepto de "positividad", al resultar inviable mantener la idea de que el derecho se convierte en positivo de una vez por todas, a golpe de ley.[91] La "poro-

[88] L. Prieto Sanchís, que sintoniza en su afirmación final con Rubio Llorente ("Tribunal Constitucional y positivismo jurídico", *Doxa*, 2000, 23, pp. 173, 178, 179 y 191). También F. Viola resalta cómo este constitucional "juicio de razonabilidad en sentido estricto no tiene ya un carácter «intra-sistemático», interno a la normativa ya establecida, sino «extra-sistemático», en la medida en que valora la norma sobre la base de parámetros en cierto modo «externos»". Por esa vía entran en juego "los principios de la ley natural", como muestra del "derecho natural presente en el interior del derecho positivo contemporáneo" (Viola, F. y Zacarria, G., *Le ragioni del diritto*, *cit.*, nota 21, pp. 115 y 116).

[89] Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, *cit.*, nota 58, pp. 73 y 74. Lo había afirmado ya en *Lecciones de teoría del derecho*, *cit*., nota 19, p. 66.

[90] Ya lo planteamos, desde un punto de vista teórico, en "Los derechos humanos entre el tópico y la utopía", *Persona y Derecho*, 1990, 22, pp. 159-179; incluido más tarde en Saldaña, J. (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, UNAM, 1997, pp. 179-195. En el presente trabajo corresponde al capítulo segundo. Desde un punto de vista práctico, lo detectamos en *Discriminación por razón de sexo. Valores*, *principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 84 y 85.

[91] G. Zaccaria asume que "en la realidad jurídica contemporánea el derecho positivo se construye a través del obrar contextual de diversos factores, de la legislación a la praxis judicial o a las prácticas sociales en las que concurren tanto los operadores jurídicos como los ciudadanos privados", resaltando que también desde el punto de vista "político-sociológico, se puede ciertamente captar el anacronismo de la tesis que reduce y agota la positividad en actos de posición de quien ostenta la autoridad formal"; propone "un nuevo modelo de positividad, una dialéctica compleja, un plexo triádico de comprensión,

sidad" de las normas jurídicas, respecto a juicios de valor sin los que no pueden cobrar sentido, se hace evidente; resultará en consecuencia cada vez menos fácil encontrar un caso no "difícil".

A nadie extrañará que se haga necesario replantear la mítica separación entre derecho y moral,[92] cuestionando el normativismo o incluso dando paso a un positivismo jurídico "inclusivo". Mientras, el "excluyente" seguirá considerando discrecional, en sentido fuerte, los pasos finales de un trabajoso proceso de positivación del derecho sin unidad de acto; paradójicamente, buena parte de lo así positivado no será propiamente jurídico.

El uso poco discriminado del término "moral" contribuye sin duda a confundirlo todo. Aun así, los positivismos "excluyentes", como el de Raz, parecen menos forzados. Si se suscribe de modo convencido la posibilidad de identificar nítidamente el alcance real del derecho positivo, con el trasfondo normativista de una positividad instantánea (o todo o nada...), cualquier decisión que no encuentre apoyo en una norma puesta (de neto contenido) sólo podría encontrarlo en un ámbito metajurídico ("moral"), en el que el juez optaría discrecionalmente por la solución que considerase más oportuna.

Si, por el contrario, abandonamos ese marco normativista de modo coherente, cabría admitir que en realidad lo que así se está positivando es precisamente derecho y no exigencias propiamente morales, ajenas al ámbito de lo justo. Nos hallamos sin más dentro del proceso de determinación de lo justo que toda actividad jurídica lleva consigo.

Cuando no se valora adecuadamente esta dimensión progresiva de la razón práctica y se olvida la frontera entre las moderadas exigencias de la justicia, jurídicas todas ellas por definición, y otras exigencias propiamente morales de querencia maximalista, nos condenamos a la confusión. Se nos dirá, por ejemplo, que a la hora de actuar:

> El deber del juez será el mismo, a saber: hacer el mejor juicio moral que pueda sobre cualquier cuestión moral que tenga que resolver. No importa-

positivación y reconocimiento" (*L'arte dell'interpretazione*, *op. cit.*, nota 58, pp. 232, 233 y 236).

92 Para G. Zacarria "el problema de la inserción de las dimensiones de la moral y de la política en el derecho" es "el verdadero aspecto distintivo y nuevo de la postura de Dworkin en relación a la mejor metodología jurídica contemporánea" (*Questioni di interpretazione*, *cit.*, nota 81, p. 241).

> rá, para cualquier propósito práctico, si al decidir así los casos el juez se encuentra "creando" derecho de conformidad con la moralidad (sujeto a cualquier límite que esté impuesto por el derecho) o, alternativamente, guiado por su juicio moral como si un derecho previamente existente hubiera sido revelado por una prueba moral para la determinación del derecho.

Esta descripción, tan ajena a la distinción entre derecho y moral propia de cualquier jurista continental, acaba sugiriendo que el juez se sentirá llamado a ejercer una discreción judicial creadora, de conformidad con su entendimiento de la moralidad, aunque sujeto a cualquier límite que le sea impuesto por el orden jurídico.[93]

No hay tal porosidad entre derecho y moral. El problema no es, a mi parecer, que —a falta de derecho— tengamos más allá de sus límites que recurrir a la moral. Las exigencias éticas ajenas a la justicia serán siempre sólo —y nada menos que— exigencias propiamente morales. Mientras, las exigencias de justicia serán siempre exigencias jurídicas, más o menos —mejor o peor— positivadas; no resulta conveniente confundirlas.[94] Nunca nos faltará pues derecho; asunto distinto es que los límites de la norma escrita nos brinden más o menos suelo sobre el que sostenerlo.[95] Lo que positivamos, sin otra discrecionalidad que la del obrar razonable que caracteriza a la prudencia, son exigencias jurídicas que, faltas de dicho suelo, vagarían como almas en pena.

Asunto distinto es que puedan surgir discrepancias a la hora de captar los perfiles de esas exigencias jurídicas. No se dan menos en la lectura de las ya presentes en la norma escrita, al ser siempre interpretativa; fijar sus límites encierra una cooperación dialogada entre la que pudo ser su captación por el legislador y la que realiza el juez. En casos anómalos de neta discrepancia, que invitarían a una aplicación judicial *contra legem*, será el respeto a los cauces procedimentales exigidos por la justicia mis-

93 Hart, H. L. A., *Post Schríptum al concepto del derecho*, *cit.*, nota 22, pp. 31 y 30.

94 Me parece un síntoma del peligro de confusión el énfasis de R. P. George al defender, en aras de la "ecología moral", la prohibición jurídica del "vicio sexual no-comercial" (fornicación o adulterio), por entender, discrepando esta vez de Finnis, que no existe "un principio estricto de justicia" que la excluya (*Para hacer mejores a los hombres*, *op. cit.*, nota 39, p. 208).

95 F. D'Agostino resalta cómo "la función que las normas cumplen dentro de la experiencia jurídica es la de garantizar una especie de «cristalización» de las diversas posibles modalidades de relación interpersonal, para hacerlas de esa manera más fácilmente legibles por parte de cada cual y para «canalizarlas», por así decir" (*Diritto e giustizia*, *op. cit.*, nota 11, p. 10).

ma[96] lo que vede al juez la posibilidad de erigirse en legislador, rechazando que pueda imponer sin legitimación alguna su propia visión del derecho.

XII. De la huida de lo "fuerte" a la duda demiúrgica

Derecho natural y derecho positivo nos invitan hoy a ser considerados más bien como polos animadores de un único proceso de positivación jurídica, que combina la inevitable emisión de juicios de valor con su necesario contraste procedimental. No es pues extraño que se constate una creciente convergencia entre iusnaturalismo y positivismo jurídico.

Sería, no obstante, excesivo considerar resuelta la vieja contraposición. Las fronteras entre las más recientes reinterpretaciones de Santo Tomás y el positivismo "inclusivo" parecen seguir instaladas en dos puntos de discrepancia. Por una parte, la admisión o no de un *fundamento ontológico* realista en esos inevitables ingredientes ético-materiales del proceso de positivación. El alcance, por otra, de una consideración epistemológica cognotivista de dicho proceso, como auténtico "juicio" fruto del ejercicio de una *razón práctica* que descarta toda discrecionalidad arbitraria.

Significativo al respecto sería el presunto dilema entre una "justificación relativista" y otra "objetivista" de tales juicios. Esta última implicaría la existencia de un fundamento objetivo, que llevaría consigo "una cierta concepción de la justicia, o del bien común", aunque el derecho positivo pueda desviarse negativamente de ella sin perder su juridicidad. A ello se opondría la tesis de la radical contingencia del derecho positivo, desde el punto de vista ético, que llevaría a admitir que no cabe plantearle "ningún contenido jurídico necesario". No se excluiría, sin embargo, "una integración o extensión del sistema jurídico", producida en plena coherencia con el contenido de las restantes normas, y por tanto "en modo alguno discrecional, ni menos aún arbitraria".[97] Parece seguir latiendo en el fondo la arraigada confianza del más clásico positivismo

96 En relación con ello J. Delgado Pinto considera que "las distinciones que establece —Dworkin— entre los valores de la integridad, la justicia y la equidad", aunque "pueden parecernos en algún momento artificiosas y discutibles", ya que "se trata en suma de distintas facetas del valor de la justicia", "resultan a la postre iluminadoras" ("La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin…", *op. cit.*, nota 7, pp. 29 y 36).

97 Villa, V., "«Inclusive Legal Positivism» e neo-giusnaturalismo…", *op. cit.*, nota 34, pp. 36, 43, 48 y 61.

en la posibilidad de una descripción del sistema jurídico existente, que luego cabría "extender".[98]

El presunto dilema no parece ser tal, ya que nos estaríamos moviendo en el ámbito del conocimiento —sin duda práctico pero también, en cuanto subjetivo, inevitablemente relativo— de algo que o remite a alguna realidad objetiva (obviamente no cosificada[99]) o no sería sino un cheque en blanco para revestir de coherencia a la arbitrariedad. En rigor resulta discutible que sean los mismos principios constitucionales, y no su conocimiento, los que merezcan la calificación de "vagos, genéricos y a veces ambiguos".[100] Sobre todo, porque sólo cabría considerarlos tales en tácita comparación con otros más claros, específicos y unívocos; lo que no parece fácil si se descarta todo punto de referencia objetivo.

Una vez más, se tiene más claro lo que se rechaza que lo que se propone. Se considera radicalmente incoherente la "noción de una «realidad en sí» como la elaborada por el realismo metafísico", ya que sólo contaríamos con "una realidad para nosotros";[101] lo que parece sugerir que la anterior, puramente autista, nunca podría ser real para nosotros. Es pues un anatema metafísico el que rechaza toda objetividad; de ser coherentes, ello nos limitaría a conocernos a nosotros mismos y a salir de la consiguiente perplejidad del único modo posible: dejando hacer a una voluntad discrecional y arbitraria aquello que la razón se muestra incapaz de brindar. A Kelsen, *a fuer* de positivista, no le tembló el pulso; para otros parece resultar demasiado fuerte.

98 P. Serna resalta "la escasa utilidad de una ciencia jurídica meramente descriptiva que ni siquiera está en condiciones de proporcionar una imagen completa del sistema que pretende describir". Considera, por otra parte, que una "justificación moral no tiene sentido en términos relativos", por exigir "la referencia a unos principios últimos, no justificables por otros, no relativos". Remitirse a la moralidad positiva de una determinada cultura implicaría en no pocas sociedades actuales un proceder "totalitario a los ojos de quien no participa de los valores de la cultura mayoritaria" ("Sobre el *Inclusive legal positivism*...", *op. cit.*, nota 7, pp. 131, 144, 145 y 146).

99 El afán por rechazar tal cosificación sin renunciar a una dimensión ontológica lleva a autores como Kaufmann al extremo de proponer hacerla girar en torno a un concepto de persona que sería meramente "relacional" y no "substancial"; intento criticado con acierto por P. Serna ("Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arhtur Kaufmann", *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2003, pp. 237-241).

100 Villa, V., "«Inclusive Legal Positivism» e neo-giusnaturalismo…", *op. cit.*, nota 34, p. 66.

101 *Ibidem*, p. 74.

Quizá hemos llegado al núcleo de la cuestión. Lo "fuerte", sea cual sea su signo, se ha convertido en políticamente incorrecto; también, por tanto, cualquier "forma fuerte de cognitivismo", que remite a una "intuición fundamental" como la que exigiría el "realismo ético".[102] En consecuencia, lo académicamente correcto será no sólo instalarse en la duda —puro síntoma de inteligente sentido crítico— sino postular para esa duda un referente real, ni objetivo ni subjetivo sino todo lo contrario. Hemos pues de abrazar una duda demiúrgica. Constatar la problematicidad prácticognoscitiva de las soluciones justas sería poco. A golpe de inconfesadas intuiciones, hemos de fabricarnos a hurtadillas un mundo que, sin ser objetivo, nos sirva de suelo para no hundirnos en la arbitrariedad. La verdad es que muy positivista no queda, pero al menos sí que es voluntaristamente ametafísico. Como premio, podríamos convencernos de que no estamos contraponiendo "de modo mutuamente excluyente, a un objetivismo fuerte un relativismo no menos fuerte".[103]

Se invocará al efecto un "pluralismo de esquemas de representación de la realidad";[104] pero, por muy plurales que fueran tales esquemas, la realidad a la que nos remiten habría de ser la misma, aunque nos esté prohibido confesarlo. La duda demiúrgica nos obliga, por el contrario, a inventarnos una realidad tan relativa como para que resulte susceptible de inconexos conocimientos objetivos. La solución estaría en el "paso de una objetividad metafísica a una objetividad epistémica", concebida "en términos procedimentales y no ya sustanciales", mediante el recurso a técnicas y procedimientos correctos y apropiados.[105]

102 Si el propio Hart, al conectar en sus líneas postreras objetivismo y realismo, acaba siendo víctima del "síndrome del objetivista desilusionado", será por haber aceptado "una concepción demasiado fuerte de objetividad" (*Ibidem*, pp. 79, 85 y 86).

103 *Ibidem*, p. 87.

104 Por eso "poner en evidencia que tenemos hoy disponibles concepciones diversas de la objetividad, más débiles y en consecuencia alternativas respecto a las que se fundan en el realismo moral, es una condición necesaria, aunque no suficiente para un adecuado tratamiento de la cuestión" (*Ibidem*, pp. 80, 86 y 87).

105 *Ibidem*, p. 88. Particularmente crítico con este tipo de planteamientos C. I. Massini, al rechazar lo que califica de "falacia procedimental": "el contenido y valor normativo de los principios de justicia no pueden surgir sólo del procedimiento racional seguido para llegar a ellos; por el contrario, como en todo razonamiento correcto, la aceptabilidad —en este caso normativa— de las conclusiones debe seguirse de la aceptabilidad de las premisas, la que debe ser demostrada adecuadamente y no sólo supuesta a fin de alcanzar un resultado aceptado de antemano" (*Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAN, 2004, pp. 99 y 120).

XIII. Lo procedimental como falsa alternativa

El problema del procedimentalismo es que, según como se enfoque, puede dejar sin sustancia a los principios constitucionales; se recupera a cambio lo más vulnerable del positivismo jurídico: su presunta dimensión "técnica". Resucita así —si bien, para mayor mérito, de modo incierto— lo metodológico, cuando ya resultaba imposible cerrar los ojos ante la obviedad de esa cotidiana "elección del método"[106] urgida por exigencias sustanciales. Las técnicas sólo se nos muestran correctas o apropiadas a la luz del resultado, cuyo carácter satisfactorio hemos precomprendido gracias a intuiciones de justicia. Lo procedimental no puede pues entenderse como alternativa sustitutiva de lo sustancial, sino como vía de acceso a los contenidos éticos materiales; o, en caso extremo, como recurso para evitar que la dificultad de un acceso fiable a ellos condene a la más crasa arbitrariedad.

Así ocurre ante situaciones de tan complejo enjuiciamiento como para que se haya llegado en el ámbito penal a apelar al "derecho del Estado a equivocarse", cuando se produce la detención de quien luego se constata inocente. Nos hallaríamos ante "la inevitabilidad de adoptar una decisión con un desconocimiento específico", y en un contexto en el que "disminuye la confianza en el acceso de los hombres a la realidad (teoría del conocimiento) y desde el ocaso de la certeza en un derecho natural (filosofía jurídica y de los valores)". No obstante, esta fundamentación procedimental seguiría implicando "un escalón más elevado que el del positivismo". No pretende sustituir a la verdad, sino que —dando por supuesta su existencia— acude a procedimientos que "garanticen, o por lo menos prometan, de acuerdo con una teoría de los valores, justicia, de acuerdo

106 La metodología jurídica pos-savigniana ha tenido "el vicio de obviar la cuestión fundamental del porqué el intérprete escoge un método determinado", olvidando que "el método no es capaz de explicar la elección de método"; por el contrario, "el mérito de la hermenéutica jurídica de Josef Esser es haber puesto al descubierto a la precomprensión como momento inicial del comprender jurídico", lo que eleva "la descripción del procedimiento de investigación a un plano epistemológicamente maduro", para delinear luego "sobre un plano de metodología «prescriptita» una serie de medidas que pretenden reforzar los controles de racionalidad" (Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, *cit.*, nota 81, pp. 384, 390, 391 y 394). No abundaré en ello, porque de la influencia de Gadamer en Esser o Hruschka ya tuve oportunidad de ocuparme en 1973 (*Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, Editora Nacional, pp. 44 y ss.) y con posterioridad en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de Diputados, 1996, pp. 201 y ss.

con una teoría del conocimiento, verdad". Lejos de todo intento sustitutivo, "la búsqueda de la verdad o de la justicia se asegura a través de procedimientos", con lo que "la justificación procedimental sigue siendo la excepción" llena de provisionalidad, mientras la comprobación de "la existencia de un mejor derecho sigue siendo la regla".[107]

En la relación entre el plano de constitucionalidad y el de la legalidad —y en consecuencia entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo—, el "predominio de lo procedimental" invitaría al primero a garantizar "no tanto la identificación con determinados contenidos concretos" como "el respeto de determinados procedimientos a la hora de llegar a ellos"; se reservarían así "al Legislativo amplios ámbitos de decisión". No habrá, sin embargo, posibilidad de disimular que "subsisten, sin duda, en muchos casos, cuestiones jurídicas que sólo podrán resolverse recurriendo a criterios sustanciales".[108]

Demasiado pues para dar por resuelto el debate, todavía...

[107] Hassemer, Winfried, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 35, 38, 41, 42, 44 y 47. Marca así distancias (pp. 26, 27 y 47) con la teoría del "espacio libre de derecho" de su maestro, que hemos tenido ocasión de criticar en "El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann", *Persona y Derecho*, 2002, 47, pp. 310-324. F. Viola, al recordar que "los procedimientos jurídicos deben respetar ciertas condiciones para ser correctos", no descarta hablar de un "derecho natural procedimental", presente en la apreciación de aspectos tan decisivos como las exigencias del "justo proceso"; "de nuevo el derecho natural se presenta como un componente esencial de la definición del derecho positivo" (Viola, F., y Zaccaria, G., *Le ragioni del diritto*, *cit*., nota 21, p. 116).

[108] Hassemer, W., "Control de constitucionalidad y proceso político", *op. cit*., nota 18, pp. 131 y 132. Similares afirmaciones con posterioridad en "Konstitutionelle Demokratie", *op. cit.*, nota 18, p. 1330.

Andrés Ollero

Catedrático de Filosofía del derecho en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

Entre sus obras más relevantes pueden citarse: *Derechos humanos y metodología jurídica*; *Discriminación por razón de sexo*; *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*; *Derecho a la verdad*; *España, ¿un Estado laico?*; *¿Tiene razón el derecho?* y *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*.