

LA TENSION ENTRE POLÍTICA Y DERECHO EN LA TEORÍA JURÍDICA¹

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto *Principio de no discriminación y nuevos derechos*, del hasta no hace mucho MEC: DER2011-26903, del que es investigador principal el autor.

Resumen: Para abordar las relaciones entre derecho y política resulta imprescindible precisar qué sentido se atribuye a ese segundo término, ya que puede manejarse en contextos muy diversos. El autor distingue hasta cuatro posibles acepciones de la política; entendida como búsqueda o aportación al bien común, identificada con una precisa dimensión de la justicia, como margen de discrecionalidad provocado por indefinición de una norma, o como ámbito de juego de la dialéctica partidista. Montesquieu, Rawls, Alexy y Dworkin protagonizarán las tres primeras, mientras la última remitirá al alcance del artículo 127.1 de la Constitución y al sistema de elección de Vocales del Consejo general del Poder Judicial contemplado en el 122.3.

Al abordar el tema propuesto, se tropieza con una dificultad nada infrecuente en el ámbito jurídico: el aleatorio papel que juega el lenguaje, instrumento privilegiado de comunicación pero, a la vez, posible fuente de malentendidos cuando se manejan términos multívocos, sin llegar a precisar su oportuno alcance. Así ocurre, en nuestro caso. El término *política* se presta a interpretaciones tan dispares, según el contexto en que se maneje y el trasfondo doctrinal que justifique su uso, que puede llevar a contradicciones sin cuento.

Nuestra primera preocupación será por ello identificar hasta cuatro posibles escenarios bien distintos y explorar su contexto y trasfondo. Veamos...

I. Cabe entender la política como contribución a la *cosa pública*, dentro de un esfuerzo por realizar el bien común. ¿Habrá pues que reconocer carácter *político* a la actividad judicial?

II. No faltará quien vincule a la política con el logro de la *justicia*, entendida como mínimo ético indispensable para posibilitar una convivencia humana. La política nos situaría en tal caso en un territorio incierto, que se moverá *entre lo jurídico y lo moral*, obligándonos a delimitar ambos campos.

III. Si nos emplazamos en el ámbito de lo jurídicamente regulado, lo político aparecerá como un ineliminable campo de *discrecionalidad*, complemento indispensable de la regulación normativa, que no habría logrado prever todas las contingencias, o que tendría vedado abordar algunas de ellas: los discutidos actos *políticos*, por ejemplo, no sujetos a control jurisdiccional. Curiosamente, estos escauceos políticos puede acabar siendo, como veremos, caracterizados desde una óptica positivista como *morales*.

IV. Sin duda la versión menos tranquilizadora de la política, y la más generadora de alarma desde la actividad judicial, será la que la identifica con el juego dialéctico que caracteriza a la actividad de los *partidos políticos*; no en vano se da por hecha una incompatibilidad entre partidismo y la *imparcialidad* que la actividad del juez exige.

Pasemos pues a explorar cada uno de estos escenarios...

I. POLÍTICA COMO CONTRIBUCIÓN AL BIEN COMÚN

Como ya se ha insinuado, resulta obvia la contribución de la actividad judicial al intento de lograr y consolidar el bien común. Nos encontraríamos por tanto ante una actividad política, ininteligible sin la entrada en juego de juicios de valor. A nadie puede escandalizar esa constatación cuando las tareas judiciales no sólo aparecen en el Título VI de la Constitución como *Poder Judicial*, sino que acaba siendo el único de los poderes clásicos del Estado que aparece así identificado; mientras, al Legislativo se lo presenta en el Título III como *Cortes Generales* y el Título IV se ocupará *Del Gobierno y de la Administración*, para regular la actuación central del Ejecutivo.

No es ningún secreto que buena parte de los jueces tiende, por el contrario, a considerarse obligadamente apolíticos. **Montesquieu** se convierte en este contexto en

su santo patrón. Como es bien sabido, para el autor francés la apoliticidad del juez se convertía en *condición sine qua non* para que pudiera garantizarse un instrumento tan decisivo como la *división de poderes*. “Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el Monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente.

Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor”².

El problema se soluciona venturosamente porque “[d]e los tres poderes de que hemos hablado, el de juzgar es, en cierto modo, nulo”³.

Esa nulidad política derivaría de una dimensión puramente *técnica* de la tarea judicial, que no añadiría juicio de valor alguno a los ya depositados en la norma aplicable por los legitimados para ello. Tan curiosa confianza sólo resulta explicable en línea con el más ortodoxo *positivismo legalista*, según el cual sólo es derecho el derecho positivo, identificado a su vez con el texto normativo disponible. En efecto, “si los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias, hasta el punto de deber de corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella”⁴.

La *aplicación literal* de la ley se convierte pues en garantía de la división de poderes, en la medida en que desapodera al juez de toda veleidad legisladora. Sin este punto de partida sería difícil entender el modelo continental europeo de juez y, en consecuencia, su proceso de selección, que acabó impregnando el proceso de formación universitaria de cualquier aspirante a jurista: saberse bien la ley y distinguir a cal y canto entre el derecho que es y al que uno le parezca que debiera ser. La tarea judicial sería puramente técnica, gracias a un esmerado manejo de la *lógica*, que permitiría prescindir de cualquier consideración *teleológica* o, no digamos, de toda tentación *ideológica*.

El *silogismo* se convierte en el principal instrumento del razonamiento judicial, garantizando su exhaustiva asepsia política. A nadie puede extrañar que quien, ya veterano, llegó a magistrado constitucional dejara a estas alturas prueba de ello, letrado mediante o no, en alguna que otra sentencia.

El proceso de *positivación* del derecho queda así diseñado en dos tiempos. Un primer momento político, competencia del legítimo creador de derecho, y otro segundo técnicamente aplicativo, que correspondería al juez llevar a cabo cuidando no aportar adicionales juicios de valor.

La aplicación literal de la norma permitiría evitar el recurso a arriesgados escarceos interpretativos. Ya se sabe: *in claris non fit interpretatio*. El problema es que - por culpa del legislador, es de suponer...- más de una norma no acaba de resultar demasiado clara, en la medida en que la acercamos al caso concreto que reclama solución. Ante esta lamentable circunstancia *patológica* habrá que recurrir a la *interpretación*, como medida terapéutica de emergencia. Habrá que hacerlo sin duda con gran cuidado, sabiendo evocar el proceso *histórico* de creación de la norma, en leal y respetuoso homenaje a su legítimo autor; buscando apoyo *lógico* en la coherencia del *sistema*; oteando con prudencia, en caso de perplejidad, el horizonte *teleológico* del intento de solucionar el problema y mostrándose siempre prudentes ante la tentación de

² MONTESQUIEU *Del espíritu de las leyes* XI, 6, (traducción de M. Blázquez y P. de Vega), Madrid, Tecnos, 1972, pág. 151).

³ MONTESQUIEU *Del espíritu de las leyes* XI, 6, cit. pág.154.

⁴ MONTESQUIEU *Del espíritu de las leyes* XI, 6, cit. pág.153.

recurrir a la *analogía* -vetada tanto en el ámbito penal como en el de las normas de contenido odioso-, que nos llevaría a entrar de hoz y coza en una tarea que tendría más de arriesgada *integración* que de pulcra interpretación⁵.

Menos mal que habríamos conseguido convertir al derecho en *ciencia*, recibiendo como premio a nuestro esfuerzo una encomiable *metodología*, tan capaz para un roto como para un descosido. La verdad es que no deja de resultar sorprendente en qué medida un modelo tan alejado de la realidad -dada su probada imposibilidad- haya podido perdurar hasta convertirse en rutina dentro de los procesos de formación jurídica y de acceso a la condición de juristas técnicos en los más variados campos de la Administración; incluido, por supuesto, el identificado con el retruécano de la Administración de la administración de justicia.

Basta con echar una ojeada a la literatura jurídica alemana y darse por enterado de que **Larenz** no es, hace ya decenios, su última palabra en la llamada metodología jurídica (*Methodenlehre*, para entendernos) y todo este tinglado doctrinal se vendrá abajo con estrépito.

El tratamiento filosófico de la *hermenéutica* llevado a cabo por **Gadamer**, poniendo en valor el hermético y discutido legado heideggeriano, llevó a una notable relativización de lo metodológico, al negarse el presunto carácter siamés de *Verdad* y *método*. A nuestro trasterrado Luis **Recaséns** le había llegado ya la onda expansiva de **Dilthey**, que trabajara **Ortega**, y relativizaba a la vez las prestaciones silogísticas invitándonos a llevar a la práctica una *lógica de lo razonable*, que marcaba distancia con la racionalidad científico-positiva. Theodor **Viehweg** volvió a sacar petróleo de los yacimientos romanistas, planteando la *tópica* como alternativa al supersticioso culto al sistema. Josef **Esser**, que no es a estas alturas un autor de vanguardia, dejó claro que no cabe entender lo jurídico si olvidamos que comenzamos, queramos o no, por pre-entenderlo (*Vorverständnis*), gracias a una intuición no poco pre-reflexiva; denunciaba, a la vez, que el rey estaba desnudo y que todo jurista que se precie (y mejor que sea consciente de ello), lejos de ser fiel a un método indiscutible, acaba eligiendo dentro de una amplia gama de métodos (*Methodenwahl*) el que más propicio se muestre a servir de cobertura a la solución precomprendida y posteriormente sometida a reflexión.

Nada de esto implica enviar al museo el *principio de legalidad*. Nadie más rechazablemente político que el juez justiciero, que se toma a la ley a beneficio de inventario, convencido de que su particular visión de la justicia material disculpa cualquier asomo de prevaricación. El conocido axioma de que *el fin no justifica los medios* no opera sólo en el campo de las exhortaciones propias de los maximalismos éticos, sino que forma parte necesaria de ese mínimo ético que caracteriza a lo jurídico. No faltarán al juez elementos variados para poner sobre aviso ante el peligro de que la ley haga imposible, en general o en un caso concreto, la justicia material; desde la cuestión de constitucionalidad a la propuesta de reforma, e incluso a la sugerencia de indulto.

Algún político de fecunda parla, otrora legendario, dio por muerto a Montesquieu; no dejó de acertar; aunque fuera por razones de las que no tenía mayor noticia. Seguir pretendiendo que jueces y política no tienen nada en común exige ya mantener una fe berroqueña en planteamientos teórico-jurídicos difícilmente sostenibles. Mejor será distinguir entre modos y modos de entender lo político,

⁵ Del paradójico legado del fundador de la Escuela Histórica al respecto nos ocupamos en "Savigny: el legalismo aplazado" *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso) 1979, disponible entre las Publicaciones de www.andresollero.es Incluido luego en el libro *Interpretación del derecho y positivismo legalista*. Madrid, Edersa, 1982, págs. 77-116.

buscando las vías oportunas para que no impidan hacer justicia, que es de lo que a fin de cuentas se trata.

II. LA PARADÓJICA PROPUESTA DE UNA *JUSTICIA POLÍTICA*.

El responsable de tan provocativa fórmula es el norteamericano John **Rawls**. Cedámosle pues la palabra para que pueda explicarse. Quizá nos tranquilice un poco verle matizar que una “concepción política” no sólo contiene “principios substantivos de justicia”. Esto lleva a admitir que “los valores políticos sean de dos tipos”, pero los que ahora nos interesan son “los valores de la justicia política”, relacionados con la “estructura básica” de la sociedad (igualdad social, reciprocidad económica), o “los valores del bien común” -lo que comienza a sonarnos bastante mejor-, identificables -por lo que luego veremos- como los “los valores de la razón pública” (que incluiría exigencias de razonabilidad y civilidad). O sea, que estaríamos hablando de derecho y no de una política de modo diverso entendida⁶.

Nos hallamos pues ante una justicia a la que se califica de política para dejar bien claro que es algo distinto de la moral. “No deberíamos esperar de la justicia como equidad, ni de ninguna otra concepción de la justicia, que abarque todos los casos en que se plantea la cuestión correcto/incorrecto. La justicia política necesita siempre el complemento de otras virtudes”⁷. En realidad, la justicia así denominada no es virtud alguna, porque no alude a un hábito de conducta, que llegará a o no a existir, sino a un criterio racional para determinar exigencias derivadas del logro del bien común; o sea, un intento de sustituir al clásico derecho natural en plena era supuestamente postmetafísica.

Rawls no se anda con melindres al respecto. Asume el obligado punto de partida hoy académicamente correcto: “dado el hecho del pluralismo razonable, los ciudadanos no pueden ponerse de acuerdo en torno de ninguna autoridad moral, ya sea un texto sagrado o una institución. Ni 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”. Dicho lo cual, no tiene mayor inconveniente en admitir –y el que quiera entender que entienda...- que “una concepción de la justicia para una sociedad democrática presupone una teoría de la naturaleza humana”⁸.

Rawls circula inicialmente por los azarosos caminos de la *justicia procedimental*, sin disimular su notoria insuficiencia; de ahí que invite a avanzar “en dos etapas”. “La primera etapa acaba con un consenso constitucional; la segunda, con un consenso entrecruzado”. La Constitución ha de limitarse a satisfacer “ciertos principios liberales de la justicia política. Basados en un consenso constitucional, esos principios son aceptados simplemente como principios, y no se fundan en determinadas ideas de la sociedad y de la persona de una concepción política, por no hablar de fundarlos en una concepción pública compartida. Así pues, el consenso no es profundo”. Incluso “tampoco es amplio: es de corto alcance, no incluye la estructura básica, sino sólo los procedimientos políticos de un gobierno democrático”⁹. Nada pues de intentar dar por hecho que la Constitución contenga una ética material de consenso obligado, con la que habría que adoctrinar a los tiernos ciudadanos.

Es obvio que más allá de la Constitución –o detrás, si lo prefiere el fotógrafo...- “lo justo significa que los principios de justicia política imponen limitaciones a los estilos de vida permisibles; y por consecuencia, las exigencias de los ciudadanos que pretenden seguir estilos de vida transgresores de esos límites carecen de peso”. Es decir que habrá exigencias jurídico-materiales tienen que tienen que verse

⁶ RAWLS, John. *El liberalismo político*. Barcelona, Crítica, 1996, pág. 259.

⁷ RAWLS, John. *El liberalismo político*. cit., pág. 52.

⁸ RAWLS, John. *El liberalismo político* cit., págs. 128 y 384.

⁹ RAWLS, John. *El liberalismo político* cit., págs. 190 y 191.

reconocidas, dado que “ni es posible ni es justo permitir que todas las concepciones del bien se desarrollen”, porque “algunas implican violación de los derechos y las libertades básicas”¹⁰. La justicia política acaba pues equivaliendo a un mínimo ético racionalmente exigible, fruto de un consenso entrecruzado entre doctrinas comprensivas sobre lo considerado bueno.

Es ahora pues cuando el derecho natural cede el paso a “la idea de un consenso entrecruzado de doctrinas comprensivas razonables”; es decir de concepciones del mundo que desbordan lo jurídico y que son susceptibles de argumentación y razonamiento. Rawls no se apuntará a ninguna caza de brujas: “Quienes afirman la concepción política parten todos de su propio punto de vista comprensivo y sacan conclusiones de las razones religiosas, filosóficas o morales que ese punto de vista proporciona. El hecho de que la gente afirme la misma concepción política fundándose en esas razones no convierte a su afirmación en religiosa, filosófica o moral, según sea el caso, pues es la sinceridad con que sostienen sus razones lo que determina la naturaleza de su afirmación”¹¹.

No tendrá tampoco mayor inconveniente en admitir que “los obispos y cardenales no tienen que ser elegidos”, porque “los principios de la justicia política no se aplican a la vida interna de una iglesia, ni es deseable o compatible con la libertad de conciencia o el derecho de asociación que así sea”¹². Ello le habría permitido entender la reciente sentencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos sobre la conducta exigible a los profesores de religión católica en España con más naturalidad que a nuestro Tribunal Constitucional, aparentemente dubitativo al respecto.

La situación no parece fácil, porque no estaríamos en condiciones de dar por hecho que algo es verdad, pero hemos de conseguir presentarlo como si lo fuera y lograr que así se vea aceptado. En efecto, “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 comprensivas, liquidando así de partida su propósito de conseguir un consenso entrecruzado”. El entrecruce consistirá fundamentalmente en “eludir la afirmación o la negación de cualquier doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral particular, o de su correspondiente teoría de la verdad y del status de los valores. Puesto que partimos del supuesto de que cada ciudadano afirma una concepción de este tipo, esperamos que todos puedan aceptar la concepción política como verdadera o como razonable desde el punto de vista de su propia doctrina comprensiva, cualquiera que sea”¹³.

Para evitar toda confusión, quedará claro que no se nos está proponiendo una justicia procedimental: “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; y lo mismo vale para sus concepciones políticas de la sociedad y de la persona que están representadas en la posición original. Como concepción política, trata de convertirse en el foco de un consenso entrecruzado”. Para ello habrá que recurrir a “la elaboración de ideas fundamentales intuitivas implícitas en la cultura política pública, abstrayéndose de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales”. Se trata pues de la “busca un suelo común”; pero “un suelo común así definido no es un suelo procedimental neutral”¹⁴.

¹⁰ RAWLS, John. *El liberalismo político* cit., págs. 206 y 221.

¹¹ RAWLS, John. *El liberalismo político* cit., págs. 165 y 179.

¹² RAWLS, John. *Una revisión de la idea de razón*, en “El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública”. Barcelona, Paidós, 2001, págs. 182 y 183.

¹³ RAWLS, John. *El liberalismo político* cit., pág. 182.

¹⁴ RAWLS, John. *El liberalismo político* cit., pág. 226.

A través de este ambicioso diseño acabaríamos dando paso a una *razón pública*, que se convertirá en la clave del invento. “La razón pública es característica de un pueblo democrático: es la razón de sus ciudadanos, de quienes comparten una posición de igual ciudadanía. El objeto de su razón es el bien público”. Se trata de una razón que “es pública de tres maneras: como razón de los ciudadanos en cuanto tales, es la razón del público; su objeto es el bien público y cuestiones de justicia fundamental; y su naturaleza, su contenido, es público, y está dado por los ideales y principios expresados por la concepción de la justicia política que tiene la sociedad; ideales y principios desarrollados, sobre esa base, de un modo abierto y visible”¹⁵.

Claro que, a estas alturas, cabría preguntar qué tiene esto que ver con jueces. Por lo que se verá, bastante más de lo imaginable. “En un sistema constitucional con revisión judicial”, los jueces “necesitarán desarrollar una concepción política de la justicia a la luz de la cual poder interpretar la constitución y decidir casos importantes. Para ello “tienen que explicar y justificar sus decisiones fundándolas en su interpretación de la constitución y de las leyes”. La conclusión no es irrelevante: como “los actos del legislativo y del ejecutivo no necesitan justificarse de esa manera, el especial papel de los tribunales de justicia les convierte en el paradigma de la razón pública”. Por si no ha quedado suficientemente claro: “en un régimen constitucional con revisión judicial, la razón pública es la razón de su Tribunal Supremo”; o sea, entre nosotros en buena medida, del Tribunal Constitucional, para no incurrir en enojosas confusiones¹⁶.

Se ve que el principio de legalidad sigue teniendo su importancia pero, una vez reconocida la inevitable interpretación de los textos legales, habrá que remitirse a un fundamento que no por más amplio dejará de ser jurídico. De ahí que se recuerde que “evidentemente, los jueces no pueden traer a colación su propia moralidad personal, ni los ideales y virtudes de la moralidad en general. Todo eso tienen que tratarlo como si fuera irrelevante. Del mismo modo, tampoco pueden invocar puntos de vista -propios o ajenos- religiosos o filosóficos”¹⁷.

Puesto a hacer un balance de lo expuesto en este epígrafe, lo que me preocupa es la tendencia consolidada en el ámbito anglosajón a diluir la frontera entre derecho y moral, que era a mi modo de ver una exigencia del positivismo jurídico bastante aprovechable. Como de sustituir al malparado derecho natural se trata, se hereda el planteamiento de algunas de sus versiones menos afortunadas. Lo que Rawls califica como *doctrinas comprehensivas* –o concepciones del mundo, para entendernos- aparece, no se sabe bien porqué identificadas con la moral, siendo obvio que incluye exigencias jurídicas. Esas doctrinas establecen lo bueno y en ellas se hace auto-stop para derivar lo justo; con lo que el derecho aparece como mero instrumento coactivo al servicio de exigencias morales particularmente relevantes. La imposición de lo justo nos obligaría a ser buenos. En un trabajo ahora en prensa¹⁸ definiendo precisamente lo contrario: es bueno que respetemos lo justo, que como mínimo ético cabe determinar al margen de maximalismos morales.

El positivismo jurídico acertaba, a mi modo de ver, a la hora de establecer una autonomía de lo jurídico respecto a lo moral, pero se condenaba al despropósito al empeñarse en que solo cabría considerar jurídico lo puesto, como si el proceso de positivación del derecho terminara en el parlamento, a la espera del pretendido manejo *técnico* posterior. Siendo la obligación un fenómeno moral, habría incluso que poner

¹⁵ RAWLS, John. *El liberalismo político* cit., págs. 247 y 248.

¹⁶ RAWLS, John. *El liberalismo político* cit., págs. 198, 250, 251 y 266.

¹⁷ RAWLS, John. *El liberalismo político* cit., pág. 271.

¹⁸ OLLERO, Andrés y GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Derecho y moral: una relación desnaturalizada* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, en prensa.

en duda la existencia de obligaciones jurídicas; habría más bien estrategias raciofinalistas que ponderarían el beneficio alcanzable con la desobediencia y la probabilidad de sanción. Considero, por el contrario, que el derecho genera obligaciones morales; no porque sus contenidos sean morales, sino porque el respeto a ellos es moralmente exigible.

Obviamente esto exige admitir la existencia de exigencias jurídicas objetivas racionalmente cognoscibles. La idea de razón pública renuncia a objetivo tan ambicioso, sin que quede claro de dónde ni cómo obtendrá sus fundamentos, aunque sí que lo logrará a posteriori y no partiendo de una realidad previa a ella misma: un misterioso derecho natural *ex post facto*. No es poco lo que está en juego. Nada menos que si cabe entender al derecho como una realidad accesible a la razón, cuya captación permitiría regular la sociedad prescindiendo de quién es el más fuerte; o si, por el contrario, el derecho se ve condenado verse convertido en mero instrumento, no de la moral como seráficamente se pretende, sino del poder político¹⁹. En menos palabras, si podemos hablar en serio de Estado de Derecho, o sea de poderes sometidos a exigencias jurídicas ajenas al capricho de sus titulares, o hemos de resignarnos a soportar un derecho del Estado y pedir a todos los santos que nos vaya bien.

La consecuencia tampoco será irrelevante si nos referimos a ese culmen de la razón pública que es el control de constitucionalidad. Si contamos con un punto de referencia jurídico previo a la voluntad de quienes ejercen el poder, tendrá sentido intentar hacer entrar en razón al Estado; en caso contrario, la Constitución acabará diciendo lo que al legislador coyuntural le parezca, con la ayuda de la desaparición del recurso previo y de unas buenas dosis de parsimonia jurisdiccional, para que la gente se vaya haciendo a la idea de la consumación de una mutación constitucional desregulada.

III. POLÍTICA COMO ÁMBITO DISCRECIONAL.

Si de la filosofía política pasamos a la teoría del derecho, lo político cobrará una dimensión novedosa. Se tomará nota del fracaso de la metodología jurídica tradicional, con su modelo aplicativo y su devoción al silogismo. Los más conspicuos positivistas admitirán que el intento de resolver los problemas concretos haciendo, a golpes de lógica, gimnasia con el texto legal no llevan a mucho. Ya **Hart** cedió al distinguir entre un núcleo normativo, en el que la claridad de la norma aún tendría sentido y una periferia en la que todos los gatos son pardos y la discrecionalidad se hacía inevitable.

Se hacía inevitable, porque había una definición dogmática según la cual al que no suscribiera que sólo es derecho el derecho puesto le aguardaban las penas del infierno. El asunto es bastante más fácil. Sólo con un referente interpretativo externo al texto puede éste cobrar sentido. Si no se admite la existencia de exigencias jurídicas no explicitadas en la ley, difícilmente el texto legal será capaz de ofrecer respuesta jurídica. Los llamados positivistas incluyentes posthartianos, con **Nino** desempeñando un interesante magisterio en el ámbito hispanoamericano, lo admitirán resignadamente. Pero, eso sí, se negarán a admitir derecho fuera del texto legal, para no parecer iusnaturalistas. A esos elementos jurídicos les negarán paternidad legítima y los calificarán de *morales*; algo así como atribuirles filiación natural, para entendernos, con tal de poder seguir negando el derecho natural.

¹⁹ De ello nos hemos ocupado en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política* 2ª edición, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006.

El asunto no deja de encerrar su veta humorística. Lleve usted más de un siglo defendiendo que al derecho no tiene nada que ver con la moral, para acabar al final reconociendo que la única manera de que el juez dé solución a un *caso difícil* (¿los hay fáciles?) es complementar el texto legal con los juicios morales que encuentre más a mano. Por otra parte, queda sin dilucidar si un caso difícil es el que exige valoraciones morales adicionales, o si lo es como fruto inevitable de la entrada en juego valoraciones jurídicas pre-positivas; en tal caso parece más sensato reconocer que tanto los elementos previos como los posteriores son simplemente jurídicos. El problema no radicará en si el juez será o no iusnaturalista sino en si se atreverá a serlo conscientemente, o si preferirá escudarse en el piloto automático de los ocurrencias morales.

Por si la cuestión no resultaba ya suficientemente estrambótica aún llegarán refuerzos. Uno de las consecuencias de la tragedia europea de mediados del siglo XX fue convertir en centro de gravedad del ordenamiento jurídico a determinados derechos (fundamentales) en vez de a los textos legales. De los derechos entendidos como resultado de la generosidad legal pasamos a las leyes consideradas legítimas en la medida en que respetaban a unos derechos (fundamentales) previos. La figura del derecho subjetivo resultaba a sí un tanto degradada, porque habría derechos y derechos. No es lo mismo un derecho que, como entendería **Kelsen**, no es sino una situación refleja y pasiva generada por una proposición normativa, que un derecho capaz de condicionar la validez de dicha proposición. Junto a los derechos subjetivos aparecerán -lo han adivinado ustedes- los *derechos morales*, o sea la apoteosis de la no estricta separación entre derecho y moral. Por lo visto, un derecho es tanto más jurídico en la medida en que sea más moral; curioso final para el positivismo jurídico.

Lo curioso es comprobar que para superar esta contradictoria situación no basta con declararse *no-positivista*, como hará con ocasión y sin ella Robert **Alexy**. A la hora de la verdad, con tal de no ser considerado iusnaturalista, mantendrá los elementos básicos del fracasado positivismo. Había acertado al constatar que en la *aplicación* del derecho la clásica *subsunción* ha de verse sustituida por una *ponderación* de valores y principios, sin importarle mucho las reticencias de **Forsthoff** o **Böckenförde**, que temían que la Constitución dejara así de ser portadora de un contenido determinado, para convertirse en mero material disponible para una incierta ponderación. Para Alexy, un constitucionalismo moderado es la concepción del sistema jurídico que permite realizar un mayor grado de razón práctica. No dejará de levantar acta de las inevitables insuficiencias del texto legal criticando el discurso positivista: al estar el juez vinculado sólo a reglas, no lo está a otros contenidos jurídicos, lo que crea un ámbito de libre decisión sólo referible a criterios metajurídicos²⁰.

Acabará, sin embargo, dando por bueno que toda justificación basada en una fundamentación racional habría que considerarla moral y, en consecuencia, "existe un derecho moral, cuando la norma que lo protege tiene validez moral". Todo parece indicar que con ello convierte en morales también los elementos jurídicos que completan textos legales inevitablemente abiertos, aparte de hacer propio el discurso de los derechos morales. Para él, los derechos humanos reúnen "cinco elementos: su universalidad, su validez moral, su fundamentabilidad, su prioridad y su carácter abstracto"²¹. Lo que nunca me quedó claro, y ocasión tuve de plantearse en Valencia en noviembre de 2003, es cómo cabe aspirar a una "fundamentabilidad" sin tomarse

²⁰ Robert ALEXY *Rechtssystem und praktische Vernunft* "Rechtstheorie" 1987 (18), págs. 405-406, 419 y 411.

²¹ ALEXY, Robert. "Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat" en *Philosophie der Menschenrechte* (Gosepath, Stefan y Lohmann, Georg eds.) Frankfurt, Suhrkamp, 1998, págs. 249 y 246.

en serio la existencia de fundamento. No dejé tampoco de recordarle, respecto al presunto monopolio moral de la justificación, que dicho término se expresa en alemán como *Rechtfertigung*.

Su afán por integrar en la noción de derecho, discrepando de Raz, el elemento de la *corrección*, aun cuidando de no convertirlo en exclusivo para no parecer iusnaturalista, pierde a mi modo de ver bastante fuerza; así como su expreso convencimiento de que las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Él insistirá, sin embargo, en que legislador y juez son casos paradigmáticos de la vinculación entre el derecho y la pretensión de corrección. Tanto las decisiones legislativas como las sentencias judiciales se presentarán como actos jurídicos material y procedimentalmente correctos. Corrección implica fundamentabilidad, y ésta supone una tríada: afirmación de la corrección, garantía de fundamentabilidad y expectativa de reconocimiento de la corrección²².

Ronald **Dworkin**, al que en consecuencia más de uno calificará perezosamente de iusnaturalista, se desmarca sin embargo de mejunjes tan contradictorios. Echando leña al fuego, cargará contra la manía normativista propia del rancio positivismo y negará que el ordenamiento jurídico sea sólo un conjunto de normas. Tan jurídicos como las *normas* serían los *principios*, sin los que el dinamismo del derecho resultaría inevitablemente ininteligible. El mismo Alexy hará suya esa distinción, apuntando que los *principios* son preceptos *optimizadores*, mientras las normas son preceptos definidos. Como preceptos de optimización, los principios plantearían una realización relativa en la máxima medida que lo permitan las posibilidades fácticas y “jurídicas”. Los principios están necesitados de *ponderación*, mientras las *normas* o se cumplen o no, o todo o nada, y ni admiten ni precisan ponderación, siendo su forma característica de aplicación la *subsunción*²³.

Es más, para Dworkin, esos derechos tan fundamentales que algunos los consideran más morales que jurídicos -o jurídicos por ser morales, todo vale- encontrarán despliegue gracias a la operatividad de los principios, más que a la rigidez de las normas. Por supuesto que los principios no son incompatibles con las normas, sino que muy al contrario estimularán su dinamismo. La cuestión radicará ahora en cuál sería la alternativa al juego de los *principios* y, en consecuencia, la otra vía de despliegue del derecho. La alternativa a los principios la aportarán –lo han adivinado ustedes- las *políticas*. Sobre esta duplicidad gravitará el doble juego del respeto a valores básicos y del impulso a opciones que garanticen logros de oportunidad y eficacia. Algo no muy distinto a la reserva de ley orgánica, que en nuestro ordenamiento aparece vinculada al desarrollo de derechos fundamentales, susceptible incluso de justificar el veto a posibles iniciativas legislativas populares, restringidas -por lo que se ve- al terreno de las políticas (salvo las tributarias).

El asunto, por si fuera poco, acabará incidiendo en la división de poderes que tanto preocupara a Montesquieu. En efectos las políticas serán campo de juego del *Ejecutivo*, que es quien tendrá que ocuparse de exigencias derivadas de razones de oportunidad y eficacia, que llevan inevitablemente consigo un despejado ámbito de discrecionalidad. El *juez* no tiene, por el contrario, como misión convertirse en protagonista de las políticas, pues para eso está el gobierno de turno. Su misión será garantizar que no se atropellarán esos derechos individuales a los que los principios sirven de amparo y de vía de expansión. No en vano a los principios se les atribúa, a

²² ALEXY, Robert. “Acuerdos y desacuerdos. Algunas observaciones introductorias” en *Derecho y justicia en una sociedad global, Anales de la Cátedra Francisco Suárez-IVR* mayo 2005, pág. 692. “La institucionalización de la razón” (traducción de Seoane, José Antonio) *Persona y Derecho* 2000 (43), págs. 218, 248 y 219-220.

²³ ALEXY, Robert. “Rechtssystem und praktische Vernunft” cit. págs. 407-408.

diferencia de las normas, no una estricta consecuencia jurídica sino una dimensión optimizadora de alcance graduable. El juez podrá así animar lo que **Bobbio** llamara una dimensión *promocional* del derecho, respecto a la que el artículo 9.2 de nuestra Constitución (no en vano herencia italiana) se muestra particularmente sensible.

Con el juego de los principios, los riesgos del innumerable iusnaturalismo seguirán sin embargo planeando. Empeñado en salvar los muebles, **Díez Picazo** no dudará en tocar a rebato firmando un voto particular, en su condición de magistrado constitucional. La apelación a la igualdad en la aplicación de la ley le llevará a denunciar que “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”. A su juicio, “la referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional”. La clave estaría en que “la igualdad es igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas. Por ello, no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las normas en cuestión a un principio general de 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, cosa que a quien esto escribe le parece perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del artículo 14 de la Constitución”²⁴.

Es fácil por lo demás detectar en qué medida el inevitable juego de los principios convierte en problemática la frontera entre el llamado plano de la *legalidad* y el de la *constitucionalidad*, que tantas tensiones ha generado entre Tribunal Supremo, donde algunos no acaban de hacerse a la idea, y Tribunal Constitucional.

La doctrina derivada del principio de igualdad en la aplicación de la ley²⁵ generó argumentaciones singulares. Se apuntaba, por una parte, que la figura del *precedente judicial* no sería propia de los sistemas continentales sino del judicialismo anglosajón. Se ignoraba así el papel del precedente judicial como exigencia de justicia. De poco serviría sabernos iguales ante la ley si dejamos de serlo ante su inevitable interpretación. No se trata siquiera de una mera exigencia de seguridad, ya que ésta no es en realidad una alternativa a la justicia sino que expresa más bien su dimensión diacrónica: no puedo considerar que se me reconozca mi derecho, si no sé cuánto tiempo acabará durando ese reconocimiento.

Aún más ingenioso resultó el argumento de que con el control de la igualdad en la aplicación de la ley se vería afectada la *independencia judicial*. Quizá seguía la tiendo en el fondo la peregrina idea de que el juez estaría sometido sólo a la ley en sentido estricto y le restaría independencia verse también sometido a los principios constitucionales; con arreglo a los cuales, dicho sea de paso, está obligado a interpretar a la ley. De ahí los simpáticos cabildeos sobre si el cambio de criterio de un juez ha sido consciente o inconsciente, con la singular consecuencia de que resulta irreprochable no cuando cambia de criterio por descuido sino cuando lo hace conscientemente y sin molestarse en justificar por qué, ya que eso sería la apoteosis de la independencia judicial; y tanto...

IV. POLÍTICA Y DIALÉCTICA PARTIDISTA.

²⁴ Voto particular a la temprana STC 34/1981.

²⁵ Me he ocupado de ella en dos ocasiones sucesivas; la segunda, y por ello más completa, en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Cuadernos y debates nº 163), 2005.

Tras diecisiete años y medio de tarea parlamentaria, sin solicitud alguna por mi parte y casi sin previo aviso, me vi en el 2004 propuesto como Vocal de la Junta Electoral Central, junto a ocho magistrados del Tribunal Supremo elegidos por sorteo y otros cuatro catedráticos presentados por los grupos parlamentarios del Congreso. En el entonces novedoso trámite de comparecencia ante la Comisión de Nombramientos de la cámara, mi buen amigo, colega y parlamentario socialista Diego López Garrido me planteó si no podría implicar esa pasada circunstancia alguna dificultad para mi nueva función. Mi respuesta consta en el Diario de Sesiones: había disfrutado mucho durante aquellos años siendo parcial, por exigencias del guión, y ahora me dispondría a no disfrutar menos otros cuatro años siendo imparcial.

Resulta obvio que la capacidad de comportarse con arreglo a las exigencias derivadas de la institución desde la que sirve a la sociedad acaba dependiendo del buen juicio y la honestidad personal de cada cual. Valga como anécdota que cuatro años después, finalizada mi labor, era fácil constatar que las resoluciones de la Junta se habían adoptado de manera muy frecuente con abultadas mayorías (propiciadas por la frecuente coincidencia de los magistrados en su toma de posición) y que sólo en cuatro ocasiones algún Vocal (siempre catedrático) había considerado necesario firmar un voto particular. Solamente uno de esos votos particulares había sido suscrito para discrepar, en solitario, de una resolución favorable al partido político que había propuesto al firmante; yo, por cierto...

No es menos obvio sin embargo que en las tareas judiciales, que apuntan a realizar la justicia material, con la posibilidad incluso de convertir su resolución en cosa juzgada, la deseable imparcialidad subjetiva ha de verse acompañada de una inequívoca apariencia de *independencia objetiva*. La cuestión no dejó de suscitar debate en el trámite constituyente. Quienes habían militado en Justicia Democrática, integrados en la oposición al franquismo, se sentían orgullosos de ello y tendían a argumentar que, dado que ningún juez deja de tener sus ideas propias, mejor que el justiciable supiera cuáles son, porque ello le llevaría a cuidar más su imparcialidad. Prosperó aparentemente la postura contraria, de ahí el veto del artículo 127.1 a la afiliación de jueces y fiscales a partidos y sindicatos; aunque, para muchos, la consensuada espita abierta al asociacionismo judicial reproducía los temores que justificaban el citado veto. Fracasado el intento inicial de mantener una asociación judicial unitaria, el amplísimo número de jueces no afiliados a ninguna parece rubricar ese punto de vista.

Dejando ese último aspecto aparte, resulta más enjundiosa la formalista interpretación del artículo citado, que lo convierte de hecho en agua de borrajas: "mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos". Lo primero es aplicable a cualquier funcionario, que habrá de pasar a la situación de *servicios especiales* mientras desempeñe el cargo en cuestión; algo sé de eso... Lo segundo se convierte casi en irrelevante, en la medida que ocupar determinados cargos, se esté afiliado al partido o no, sustrae toda apariencia de independiente. La clave acaba estando en si el juez que entra en política puede volver a ser juez. Sólo así tendría auténtico sentido el presunto veto. En caso contrario, a los ojos de todos, el juez no dejará de ser contemplado como juez, aunque coyunturalmente aparezca dedicado a servicios políticos especiales; curioso alivio. Los intentos del primer gobierno Aznar por abordar la cuestión, condicionando levemente ese retorno, fueron más simbólicos que otra cosa y tendieron más a complicar la vida a los interesados que a mejorar su independencia objetiva.

Por si fuera poco, las peripecias del Consejo General del Poder Judicial, de las que he vuelto a ocuparme hace poco²⁶, no han contribuido precisamente a mejorar la situación. Como es bien sabido, su presencia en la Constitución intenta hacer efectiva la *división de poderes*, desapoderando al Ejecutivo de sus anteriores competencias sobre acceso a la carrera y nombramientos significativos. Los miembros de Justicia Democrática habían convertido en eje de sus propuestas un *autogobierno de la Judicatura*, al que no faltaban resonancias de las propuestas de autonomía universitaria típicas del tardofranquismo. Ahí radicaría la clave de la independencia del Poder Judicial. Los recelos ante el posible efecto politizador de dicha fórmula llevó a un consenso que la mitigaría: sólo doce de los veinte Vocales (el número total se aumentó, para llegar a esa docena) se elegirían “entre jueces y magistrados”. A nadie se le ocurrió poner en duda que los elegirían lo propios jueces; la única preocupación, suscitada desde la izquierda, consistía en que -como recoge la propia Constitución- los elegidos procedieran “de todas las categorías judiciales”, evitando un copo por parte de los de mayor edad y más notable presencia en los más elevados órganos judiciales. Tanto la primera ley que desarrolló el artículo 122.3 de la Constitución como el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 lo reflejaban con nitidez.

Cuando ya había aprobado el Congreso cómo se configurarían las papeletas electorales, el debate del proyecto en el Senado deparó la sorpresa. Al minoritario senador **Bandrés** le tocó inesperadamente la lotería al ver aprobada su enmienda, por la que todos los miembros del Consejo serían elegidos por los parlamentarios. En realidad se habría tratado de una tardía enmienda **Belloch**, de la que Bandrés sólo habría sido oportuna paloma mensajera. La razón era fácil de entender: se había pasado del doctrinarismo a la pura contabilidad. El perfil sociológico de la judicatura española permitía pronosticar por vía electoral un indefinido gobierno del sector considerado conservador; a lo que se aspiraba con la enmienda, entre endechas democráticas, era a una sobre-representación de Jueces para la Democracia, al margen de la voluntad de los jueces. La reforma posterior, en el marco del Pacto de Estado para la Justicia de la época Aznar, pacificó la polémica partidista, complicó notablemente el sistema de elección con una simbólica presencia de asociaciones y agrupaciones judiciales, y dejó todo como estaba. Los jueces promocionados por el Consejo acaban luciendo, muy a su pesar, la escarapela derivada del sector que le sirvió de apoyo y su independencia objetiva continuó resultando notoriamente problemática.

De la sentencia 108/1986 del Tribunal Constitucional, con sus dimes y diretes sobre un sistema que consideraba rechazable pero no de modo suficientemente inevitable, rubricado por su simpático dictamen según el cual si pasaba lo que todo el mundo daba por hecho que iba a pasar sería (¡sólo fácticamente!) inconstitucional, mejor no hablar; aunque sólo sea porque quien esto escribe lo ha hecho ya suficientemente.

Es justo reseñar que los medios de comunicación tampoco se han esmerado a la hora de reflejar la realidad. Se autoimpusieron con frecuencia el imperativo categórico de que ningún hecho justifica la renuncia a un atractivo titular. Los Vocales aparecieron con la obligada escarapela, hicieran lo que hicieran. Cierto es que se abusó de mayorías y minorías mecánicamente reiteradas, pero cuando (más de una vez) no ocurrió así, la discrepancia se atribuyó más a querellas personales que a independencia institucional. Nada nuevo, en un marco de opinión pública en el que se

²⁶ En la ponencia “El Consejo General del Poder Judicial español: independencia y autogobierno”, presentada en el Coloquio Internacional *Judicial and administrative reforms at the beginning of the third millennium* en Sibiu (Rumania) el 17 de mayo de 2012, con referencias a trabajos interiores disponibles en www.andresollero.es, como *Poder Judicial y transición democrática en España* (1982), *La Justicia: el cambio del “cambio”* (1987) y *Cinco años de política judicial* (1988).

clama por el debate interno en los partidos para, cuando lo hay, acabar presentándolo como síntoma de crisis, lo que conduce a una contundente penalización electoral.

La independencia objetiva de los jueces acaba así decididamente maltratada. Añádase a ello la previsible dificultad del ciudadano medio a la hora de dictaminar el grado de presunta *politización* de una resolución judicial. ¿Qué debe considerarse como fruto de una estrategia política? ¿Es más político no detectar la posible ilegalidad de una formación política que entrar en el control de constitucionalidad pruebas ya evaluadas por la jurisdicción ordinaria?

En resumidas cuentas, a la hora de hablar de derecho y política, parece razonable comenzar por establecer qué entendemos por política, antes de llevarnos las manos a la cabeza.