

EL OTRO LADO DEL DERECHO EN DIÁLOGO CON GUSTAVO ZAGREBELSKY

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Andrés Ollero Tassara*

Ya hice algo parecido el pasado año, contrastando mis planteamientos con los de otro autor, que comparte con el que ahora elijo como interlocutor más de un aspecto¹. Como él —aunque en muy diverso ámbito cultural— Ronald Dworkin enlazó ética, valores jurídicos y propuestas sociopolíticas. Ambos recurren también como punto de referencia a las tareas de control de constitucionalidad que llevan a cabo el Tribunal Supremo, en los Estados Unidos, o la Corte Constitucional italiana; de esta —ya es hora de descubrir de quién me ocuparé— fue Magistrado Gustavo Zagrebelsky; con el tiempo —dado el habitual turno rotatorio propio de esa institución— llegaría a convertirse en su presidente².

Si, como de aquel autor anterior, me ocupo ahora de él es, sobre todo, porque puede servir de privilegiado espejo a la hora de reflejar el juego de ideas y valores que —de manera no siempre consciente— experimentan nuestras sociedades. No me preocupa tanto lo que él dice como la relación que pueda acabar teniendo con lo que en ellas sucede; al menos en algunas...

En cualquier caso, remitiré a las notas las referencias concretas a las aportaciones de Zagrebelsky, ahorrándome reiterar en toda ocasión el nombre de su autor; también habrán de tenerse por suyos los pasajes que, sin remisión

*Sesión del día 14 de abril de 2015

¹ En diálogo con Dworkin: moralidad política y derecho Ponencia presentada el 18 de febrero de 2014, recogida en Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas 2014 (LXVI-91), pp. 461-477.

² Él mismo valorará esa “experiencia de nueve años pasados en la Corte Constitucional a los que naturalmente, creo deberles mucho”; le habrían ayudado a consolidar “la idea del doble espíritu del derecho”, al constatar que “el juicio jurídico incorpora siempre valoraciones de justicia material y, por lo tanto, no se agota en la aplicación de fórmulas legislativas” La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid, Trotta, 2014, p. 12.

específica, se entrecorren en el texto³. Así más de un lector podrá, al menos inicialmente, leerlo sin verse interrumpido por detalles relativos a esas frecuentes alusiones.

LA OTRA CARA DEL DERECHO POSITIVO

La crítica al positivismo legalista no es hoy patrimonio exclusivo de los no muy numerosos iusnaturalistas expresos. No hay que ser uno de ellos para reconocer que el positivismo “todavía hoy suele estar presente, como un residuo, en la opinión que, por lo general inconscientemente, tienen de sí mismos los juristas prácticos (sobre todo los jueces). Pero es un residuo que sólo se explica por la fuerza de la tradición. El Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental”⁴.

Esta alusión a la dimensión jurídico-constitucional es sin duda oportuna; sobre todo si pretendemos seguir hablando en serio de *Estado de Derecho*. Uno de los más graves problemas del panorama jurídico actual es que quienes mayores loas dedican a tal fórmula no logran, en absoluto, erradicar de su mente que hablar de lo jurídico implicaría referirse de modo estricto al *derecho del Estado*⁵. De ahí que me parezca acertado el diagnóstico: la “ley puede tener cualquier contenido: éste es el lema de los positivistas”. Siendo así, “estaremos dispuestos a considerar como *estados de derecho* también aquellos en los que los jueces aplican leyes que tienen el propósito de *legitimar* la arbitrariedad de los poderosos”⁶.

El jurídico imperativo categórico, de acuerdo con el cual *sólo es derecho el derecho positivo*⁷ tropezará con obvias enseñanzas de la cotidiana vivencia jurídica. Para “todos los que tienen práctica experiencia del derecho” resulta muy claro que su esfuerzo ha de concentrarse “precisamente en determinar lo que hay más *allá de la ley*, donde se encuentran concepciones y convicciones sobre las relaciones sociales, de las que depende la ley misma. Esta determi-

³ Debo igualmente advertir que cuando cite versiones originales, en italiano, la traducción será mía.

⁴ *El Derecho dúctil*. Madrid, Trotta, 1995, p. 33. Esta constatación le llevará a interesarse por una pregunta obligada: “¿Porqué defender una postura indefendible? -*Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*” “Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno” 2002 (31), *L'ordine giuridico europeo, radici e prospettive*. Milano, Giuffrè, 2002, t. II, p. 896.

⁵ Al respecto, por mi parte: *Estado de derecho o derecho del Estado*, en “Prawo witoszczy zgodnosie z prawem. Legitymacja władzy w panstwach demokratycznych” (Artura Preisnera, ed.) Wrocław, Beta-druck, 2010, pp. 69-76.

⁶ Con Carlo María Martini *La idea de Justicia y la experiencia de la injusticia*, en “La exigencia de justicia” Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 32. Insistirá individualmente en reiteradas ocasiones: “El fascismo y el nazismo se adornaban incluso con el título «científico» de estados de derecho, y pudieron hacerlo porque la fuerza de ley, de por sí, no distingue derecho de delito” -*La Ley el Derecho y la Constitución* “Revista Española de Derecho Constitucional” 2004 (24.72). Septiembre-Diciembre, p. 19. También: “Cuando el ‘valere’ del derecho depende solo del ‘volere’, la validez se reduce a procedimiento vacío de contenidos y es capaz por ello de contenerlos todos, el Estado de derecho se reduce a Estado de leyes” -*Il giudice delle leggi artefice del diritto* Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 40-41.

⁷ Lo he asumido, sin ahorrir ironía, en *El derecho en teoría* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 39 y ss.

nación no es una confrontación entre voluntades o arbitrios subjetivos sino la honesta búsqueda común de una sustancia que no está en la ley, que no es solo arbitrio ni, por tanto, el intento de prevaricación de la voluntad de unos sobre la de otros, necesariamente en nombre de la fuerza”. Es, en consecuencia, obligado “remitirse a algo que está más allá y va por delante”⁸.

Todo esto se pone particularmente de manifiesto en la operatividad de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, ante la imposibilidad de admitir, como “se sostiene, según una perspectiva constitucional estrictamente positivista, que la Constitución es todo y solo lo que está escrito en la Constitución”. En realidad, lo que “está escrito en la Constitución depende *constitutivamente*, es decir, esencialmente, de lo que la precede y le da significado: ningún gran problema que se refiera a la Constitución encuentra respuesta en lo que está escrito en ella, sino que la respuesta debe buscarse en lo que en ella se presupone”; todo esto obliga a asumir que tal “cuestión no puede resolverse desde el punto de vista del derecho positivo”⁹.

Nos vemos pues abocados como conclusión a la apertura de una ineludible interrogante: la existencia de una “dualidad jurídica, el derecho con dos caras, formal y material, distintas pero interdependientes”. Esto “permite otra forma de ver las cosas”, que implica un “renacimiento de la antigua y nunca olvidada tensión entre *ius y lex*. “Si más allá de la ley existe otro derecho, la convicción positivista, según la cual donde no hay ley (o donde la ley es vaga, imprecisa, indeterminada) solo hay política, por fuerza desaparece”¹⁰.

Lo experimentado deja traslucir el carácter abiertamente ideológico — es decir, interesadamente falseador de la realidad— del planteamiento positivista: Es su cerrazón respecto a “la comprensión en términos jurídicos de lo que no está formalmente puesto en las reglas, la que altera la realidad y, contra sus pretensiones de objetividad, hace aparecer falsas conciencias”¹¹.

No me cuesta demasiado suscribir lo hasta ahora entrecomillado; incluida la aún no despejada incógnita. Repasemos, no obstante, algunas de las pasadas alusiones.

⁸ *Il giudice delle leggi artefice del diritto* (cit. nt. 6), pp. 20-21. Reiterará literalmente esa “condena honesta del positivismo”, resaltando que “afecta al punto y a la pretensión principal de su doctrina, la pretensión de eliminar de ella todo lo que no sea “derecho positivo” para evitar contaminaciones, ante todo la de la mora; lo acabaría consiguiendo “no negando la sustancia -es decir, la incapacidad del derecho formal de eliminar cualquier otra dimensión del derecho- que no es discutible, sino negando, simplemente, su naturaleza jurídica”; páginas antes: “Cuando se está ‘ante la ley’ se está también ‘dentro’ de algo muy diferente que condiciona la propia ley” -*La ley y su justicia* (cit. nt. 2), pp. 198-199 y 12.

⁹ *La ley y su justicia* (cit. nt. 2), p. 287. Cuando se plantea una inconstitucionalidad como “irrazonabilidad” se hace evidente “la apertura a otra dimensión del derecho, distinta de la de la ley positiva”; estamos en “el otro lado del derecho, el lado material”, que “hace su triunfal reaparición, para recuperar la originaria estructura dualista del derecho” -*Il giudice delle leggi artefice del diritto* (cit. nt. 6), pp. 47-48.

¹⁰ *La ley y su justicia* (cit. nt. 2), p. 321.

¹¹ *Diritto per: valore, principi o regole?* (cit. nt. 4), p. 871.

CONSTITUCIÓN, *LEX* Y *IUS*

La resaca posterior a la banalización del mal llevó a la Ley Fundamental alemana a aludir —sin pretender reiteración alguna— a “la ley y el derecho”; no faltó abundante eco doctrinal¹². La vigente Constitución española ha heredado la alusión, aunque de pasada, en su artículo 103.

Las Constituciones aspiran a frenar la entrada en juego de una auténtica “máquina letal”. Lo peor no derivaba de que se hubiera “reducido el derecho a mera ley” y ésta a “voluntad arbitraria” del poder; más grave es que con ello se depositaba “*ius* y *lex* en las mismas manos, con lo que, en vez de actuar en tensión uno y otra haciendo así de mutuo contrapeso crítico, servía cada uno de sostén multiplicador del otro”¹³. De ahí que el papel conferido al control de constitucionalidad sea evitar que en el “campo de la *lex* y del poder” se oscurezca “su naturaleza de *ius*”. Si el “*ius* constitucional prevalece sobre la *lex* ordinaria es porque el primero es el derecho de la estabilidad, que prevalece sobre la volatilidad de las manifestaciones ocasionales del poder”. Se restablece así el equilibrio perdido, porque “la *lex* es la norma del cambio, pero el cambio, en el Estado constitucional, debe producirse en la continuidad”¹⁴. Una invocación que recuerda la metáfora de Dworkin, al presentar la tarea de los magistrados constitucionales como la progresiva escritura de una novela común, aportando cada cual un nuevo capítulo en obligada continuidad con los precedentes¹⁵.

Todo ello resulta difícilmente discutible, aunque reaviva la necesidad de encontrar respuesta a la incógnita aún no descifrada. “Ésta es la paradoja del constitucionalismo de nuestro tiempo: éste es su problema máximo; antes de los contenidos, los fundamentos de la Constitución”. Una tensión que nuestro implícito interlocutor personifica en uno de sus dos obsesivos referentes literarios¹⁶. “Antígona nos advierte aún: sin *ius*, la *lex* se convierte en arbitraria y, al mismo tiempo, en tiránica. El reto del constitucionalismo está en su totalidad aquí: en la capacidad de la Constitución, planteada como *lex*, de convertirse en *ius*”¹⁷. No se trata sin duda de ninguna novedad.

“La ley, por sí misma, es forma de la fuerza o fuerza formalizada, pero el derecho es la conjunción de las pretensiones de la fuerza con algo material que, por ahora y de forma provisional, designamos como convicciones y sus

¹² Valga por todos A. Kaufmann *Gesetz und Recht in Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges* Köln, Cari Heymanns Verlag, 1984 (2ª).

¹³ *Il giudice della leggi artefice del diritto* (cit. nt. 6), p. 36.

¹⁴ *Il giudice della leggi artefice del diritto* (cit. nt. 6), p. 50.

¹⁵ A ello me he referido en *Una gran novela*, contribución al Libro Homenaje al Magistrado Emérito Javier Delgado Barrio, ahora en prensa.

¹⁶ El otro será la novela *Los hermanos Karamazov*, junto a alguna otra de Dostoievsky.

¹⁷ *La ley, el Derecho y la Constitución* (cit. nt. 6), p. 22. También en *La virtud de la duda Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*, Madrid, Trotta, 2012, p. 28.

correlativas expectativas de justicia”. La sombra de la nebulosa incógnita sigue pues planeando.

Se trata de establecer “el necesario vínculo entre la *voluntas* del legislador y la *ratio* del derecho”, porque “la ley no se presenta nunca como pura *voluntas* fundada en sí misma (es ley porque yo, el legislador lo quiero) El legislador siempre se presenta también como *ratio* (es ley porque lo que yo quiero, como legislador, es razonable)”¹⁸. Alexy resaltaré a su vez que un “Estado democrático constitucional” tendrá como “fundamento de todo el sistema, la pretensión de corrección”¹⁹.

Lo obligado es no olvidar que “si la Constitución, de la que muchos hablan y no pocos cotorrean, tiene que ser algo distinto de un débil y sarcástico artificio del poder, la razón debe hallarse en lo que la sostiene y no en la fuerza que la da”²⁰. No opinaba lo mismo Peces-Barba, según dejó en infeliz ocasión inmortalizado en el Diario de Sesiones²¹.

Todo ello vendrá confirmado por la existencia en la Constitución de preceptos solo modificables a través de reforzados procedimientos legislativos; esto trasluce una querencia a la inmutabilidad que reclama “fundamento autónomo en una *norma* (no en el sentido del positivismo) *sobre la Constitución que vale* antes de esta, es decir, que es *preconstitucional* en relación con la Constitución positiva”. Resulta obligado remitirse “a una dimensión material del derecho que no depende de la voluntad de ninguna autoridad constitucional constituida”, ni de ninguna “prescripción autorizada por normas constitucionales positivas”. Nos encontramos pues ante “un derecho material independiente de la forma definida positivamente”²².

Crece por tanto la impresión de que me he equivocado de interlocutor, si lo que buscaba era la oportunidad de contraponer sus planteamientos a los míos...

¹⁸ *La ley y su justicia* (cit. nt. 2), p. 22-24.

¹⁹ A. Alexy, *Mi filosofía del derecho: la institucionalización de la razón* 'Persona y Derecho' 2000 (43), p. 218.

²⁰ *La ley y su justicia* (cit. nt. 2), p. 109; con referencia a Antígona textualmente similar a la ya citada.

²¹ “Desengañense 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” -Intervención ante el Pleno del Congreso en la sesión del 6 de julio de 1978, al debatirse la expresión “toda persona tiene derecho a la vida” por “todos tienen...” -en *La Constitución española. Trabajos Parlamentarios* Madrid, Cortes Generales, 1980, t. II, p. [2038].

²² *La ley y su justicia* (cit. nt. 2), p. 325. Ello le llevará a excluir, desde su propia experiencia de control de constitucionalidad, “la existencia de una doctrina de la Corte. Puesto que cada caso propiamente constitucional está necesariamente inmerso en lo ‘no escrito’ constitucionalmente, debemos reconocer que todo juez, sea o no consciente de ello, se mueve desde ideas generales orientadoras que están antes que la Constitución”; no se fundarían en “la dignidad de doctrinas o teorías. Son más bien, como se acostumbra a decir hoy, categorías de precomprensión y, ayer, prejuicios - *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino, Einaudi, 2009, p. 271.

MISTERIO: NO ESTÁ CLARO QUÉ HAY AL OTRO LADO, PERO SÍ LO QUE NO HAY

Visto lo visto, todo parece ir sugiriendo que la cara oculta de la luna jurídica puede acabar teniendo no poco que ver con el clásico derecho natural. “La ciencia sería la aportación del racionalismo que ha caracterizado al mundo moderno, mientras que la prudencia sería expresión de una racionalidad material orientada a valores que entró en decadencia por ser incompatible —según la célebre tesis weberiana— con el proceso de progresiva formalización del derecho moderno. Si esto fuera cierto, tendríamos que admitir que en los ordenamientos contemporáneos han resurgido aspectos del derecho premoderno”²³.

Si se necesitaran pistas que nos lleven a la vía capaz de sacarnos de dudas, no nos faltarían. “La característica principal de las Declaraciones americanas es la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que pueda establecer el legislador.” Se hereda pues una *precedencia* que implica *prevalencia*. “Para la concepción americana, los derechos son anteriores tanto a la Constitución como al gobierno (o, según un modo de expresarse más usual entre nosotros, al Estado)”. Algo debió ocurrir, sin embargo, porque “el renacimiento de los derechos del hombre no representó, por lo general, la victoria del derecho natural sobre su adversario histórico, el positivismo jurídico”²⁴.

Todo parece indicar que el responsable habría sido, en principio, el propio derecho natural en su versión racionalista. “Al contrario que el orden dado, que puede aparecer como verdadero, justo y, por ello, obligatorio —como postula todo auténtico iusnaturalismo—, el orden puramente pensado resultaba al final, en el caos de las opiniones, meramente querido, como postula todo verdadero iuspositivismo”. Nos encontraríamos pues ante una ineficaz alternativa. Se nos descarta, sin embargo la entrada en juego del argumento *a contrario*. Tampoco “la otra versión del iusnaturalismo, la cristiano-católica, que en la segunda posguerra conoció un nuevo *renacimiento*, podía aspirar a una auténtica afirmación integral en sus términos clásicos, es decir tomistas”. Resulta sin duda obligado admitir que “las nociones de dignidad humana y persona humana”, aun no perteneciendo “a la tradición del iusnaturalismo racionalista, sino a la del iusnaturalismo cristiano-católico”, aparecen “enunciadas en muchas constituciones y en varias declaraciones internacionales de derechos a modo de eje sobre el que gira toda la concepción actual del derecho y de los derechos”; pero “expresan un concepto objetivo derivado de una determinada visión del hombre y de su *posición* en el mundo”. Ello no significa sin embargo “una victoria total. Tales nociones constituyen, si acaso, una contribución particular en un proyecto político-constitucional más amplio”. O sea, que “en la reacción con-

²³ *El derecho dúctil* (cit. Nt. 4), p. 123.

²⁴ *El derecho dúctil* (cit. Nt. 4), p. 54-55.

tra el positivismo jurídico no se hubiera podido pasar totalmente a la otra parte”²⁵. Queda por aclarar por qué.

Algunos colegas españoles —que pretenden monopolizar la etiqueta iusnaturalista, con no poco quebranto de ella— no me admiten, felizmente, entre sus filas, porque soy demócrata. Debo agradecer, no sé si la obviedad o el cumplido... A su juicio, ser demócrata no sería compatible con su castizo iusnaturalismo. Lamento dejar a mi interlocutor en tan poco apacible compañía, pero su colofón no parece ser muy distinto. El iusnaturalismo clásico estaría apodícticamente prohibido por “otro gran e irrenunciable componente del constitucionalismo actual: la democracia, que impide la afirmación total y absoluta de cualquier concepción *natural* del derecho”²⁶. Compartirá también con tan celosos iusnaturalistas la imposible rima entre derechos humanos y derecho natural, aun a riesgo de enviar al infierno filosófico al mismísimo San Juan Pablo II. En un afán de hacerse maestra y capaz de solucionar los mayores problemas de la sociedad mundial, se habría entrado en el juego de la “promoción de los derechos de la persona humana, de los que la Iglesia se convierte en paladín. La noción que de ellos tiene es diversa de la tradición humanística laica y liberal, e incluso opuesta: se habla de derechos sobreentendiendo un orden de justicia natural objetivo”²⁷.

Desde este punto de vista —bastante positivista— “los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural”. Representarían más bien “el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo”, al haber logrado “*positivizar* lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos”. Todo sin que ello signifique, “como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del iusnaturalismo, su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas”²⁸. Cabe observar un adjetivo que puede ayudar a entender este aparente

²⁵ *El derecho dúctil* (cit. nt. 4), p. 66.

²⁶ *El derecho dúctil* (cit. nt. 4), p. 67.

²⁷ *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo* Bari, Lateza, 2010, p. 49. La situación no le resulta extraña porque, a su juicio, “ningún iusnaturalista de hoy admite nunca ser como entienden sus críticos” -*Il giudice delle leggi artefice del diritto* (cit. nt. 6), p. 9. La conversión de ambos humanismos en fuentes decisivas de los derechos humanos enojó a G. Peces-Barba, hasta el punto de no ahorrarse —al editar su obra mas característica— un epílogo a modo de voto particular, censurándola: *Desacuerdos y acuerdos con una obra importante* Epílogo a *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 159. El censurado se había permitido afirmar en la revista de la Universidad Carlos III: “La tradición socialista de los derechos se sitúa entre ambos horizontes, sin una especial originalidad propia con respecto al punto que aquí nos interesa desarrollar” -*Dos tradiciones de derechos; derechos de libertad y derechos de justicia* “Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas” 1993 (2), p. 356, nota 2.

²⁸ “Cabe decir en síntesis que la Constitución no es derecho natural, sino más bien la manifestación más alta de derecho positivo”. “Se comprende también que la cuestión de si las Constituciones contemporáneas se abren al derecho natural o si, por el contrario, es posible su total comprensión sobre la base de las categorías del iuspositivismo sea un problema todavía sin resolver y probablemente irresoluble mientras se apoye sobre un rígido aut-aut” -*El Derecho dúctil* (cit. nt. 4), pp. 114 y 116.

boomerang. Se nos habla de un derecho natural *intangible para la voluntad humana*, ajeno pues, si ello se toma en serio, a toda imaginable *razón práctica*, de la que quizá nuestro interlocutor solo tenga peculiar noticia.

Adelantemos sin embargo, a su favor, que aun descartando el derecho natural no hará suya —como también es mi caso²⁹— la ancestral crítica que lo acusa de perpetrar una presunta *falacia naturalista*. Sus planteamientos no vulnerarían “en absoluto la separación positivista. Tampoco su *deber ser* deriva exclusivamente del *ser*. En efecto, 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”³⁰.

Esto me lleva a señalar otro aspecto que, por no ser demasiado habitual, merece ser resaltado. Nuestro interlocutor no incurre en el error de sugerir —como es frecuente, no solo entre positivistas— que el otro lado del derecho no sería en realidad jurídico sino moral (o, si acaso, político). Lo hará de la mano de su reiterada y cuidadosamente evocada Antígona. Enfatizará que esta “no sigue simplemente sus propios impulsos morales; ella obedece a otra ley objetiva, que le vincula en conciencia más que la ley de Creonte”; a los versos que así lo recogen “toda doctrina del derecho natural le ha rendido, a lo largo de los siglos, homenaje”. Lo que plantea “Antígona no es pues el choque entre la ley y la libertad de conciencia, sino el conflicto entre dos leyes, una proclamada por el decreto de Creonte y otra reflejada, pero no creada, en la conciencia de Antígona”³¹. A mi modo de ver, es esto lo que descarta que el derecho a la objeción de conciencia pueda malinterpretarse como un conflicto entre derecho y moral; en realidad deriva de una discrepancia sobre el alcance real de una exigencia del derecho — como mínimo ético— en un caso concreto³².

Su rechazo tiene pues más de político que de metafísico o jurídico. Se apoyará, como Rawls³³, Habermas³⁴ y tantos otros, en una peculiar concepción

²⁹ *El Derecho en teoría* (cit. nt. 7), p. 216.

³⁰ *El Derecho dicitil* (cit. nt. 4), p. 119.

³¹ *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte* en “La legge sovrana nomos basileus” Milano, Bur, 2006, p. 35. Por lo que iremos viendo, no dejará de afirmar que Antígona no es, por decirlo así, la conciencia del derecho natural” -*La ley y su justicia* (cit. nt. 2), pp. 58-59.

³² Me he expresado al respecto: *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada* Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, pp. 31-35.

³³ “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”. Aunque, eso sí, “una concepción de la justicia para una sociedad democrática presupone una teoría de la naturaleza humana” -J. Rawls *El liberalismo político* Barcelona, Crítica, 1996, pp. 128 y 384.

³⁴ “El argumento moral (y dudosamente jurídico-constitucional) de que el embrión goza ‘desde el comienzo’ de dignidad humana y absoluta protección, zanja el debate en el que hemos de avanzar, si queremos ponemos políticamente de acuerdo sobre estas cuestiones fundamentales con el obligado respeto jurídico constitucional a un pluralismo de concepciones del mundo” -J. Habermas *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2002 (4ª ampliada), p. 55.

del *pluralismo*³⁵. No lo consideran como una compartible vía abierta hacia la verdad, sino como prohibición de todo intento de conformar *una* concepción del mundo común. Sus sofisticados métodos, que aspiran a mezclarlas, suelen acabar más de una vez reflejando las del más próximo vecindario. Por asombroso que pueda parecer, “la pretensión de generalizar el derecho natural a toda la sociedad en los tiempos actuales del pluralismo” queda apodícticamente equiparada a “no promover la convivencia, sino a arrancarla de sus fundamentos. Desde este punto de vista, la llamada al derecho natural es un grito de guerra civil, una llamada a la división, a la discriminación”³⁶.

Lo curioso es que se mantenga una actitud preocupada ante la capacidad de supervivencia del derecho natural. Se recuerda que en la pesimista afirmación del propio Ratzinger, en su diálogo con Habermas, no podría ser considerado hoy sino (en su traducción italiana) un “strumento purtroppo spuntato”. Parece necesario, no obstante, poner freno a un peligroso renacer. “El momento actual no es sin embargo definible pura y simplemente como un enésimo renacimiento del derecho natural. No se trata de concebir una esfera de derecho vigente prepositivo (cualquiera que sea su origen: el orden divino impreso en las cosas, la *naturaleza de las cosas*, la razón, la revelación divina, etc.); el derecho sigue siendo siempre derecho positivo: lo que generaciones de seres humanos quieren y deciden que sea. Pero una cosa es su establecimiento directo, otra la que indirectamente genera reenvíos a algo que está fuera de su específica determinación positiva, en una esfera que tiene que ver con la filosofía moral y la filosofía política”³⁷.

PRINCIPIOS Y NORMAS

Dworkin, que asumió con estoica displicencia verse tildado de iusnaturalista, hizo girar su crítica al positivismo en torno a su versión más consolidada en el ámbito anglosajón: el *normativismo*. En esa idea del derecho como conjunto de normas confluye, a mi juicio, un triple designio. Por una parte, la necesidad de contar con un objeto preciso y nada nebuloso sobre el que articular una *ciencia*, capaz de acreditar la racionalidad de la actividad jurídica. Por otra, en el ámbito de la *ética*, entra en juego la seguridad como valor jurídico supremo, sustituyendo a una justicia a la que se consideraba expulsada por un obligado relativismo. Añádase a ello la legitimidad *política* atribuida a la acreditada identificación del legislador como creador de las normas, descartando

³⁵ “El derecho natural ya no podía proponerse, bajo ninguna de sus formas —teológica o racional— en sociedades secularizadas y pluralistas” -*La ley y su Justicia* (cit. nt. 2), p 108.

³⁶ *La virtud de la duda* (cit. nt. 17), p. 59. “El derecho natural no es de hecho el terreno del consenso que abraza a la entera humanidad en nombre de una justicia universalmente reconocida. Al contrario, es el terreno de los mis radicales conflictos” -*Intorno alla legge* (cit. nt. 22), pág. 42. Al reiterarlo, atribuyéndolo a “un gran jurista del pasado siglo”, sentencia: “Tenía razón” -*Contra la ética de la verdad* Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 93.

³⁷ *Intorno alla legge* (cit. nt. 22), pp. 41 y 132.

espurios intrusismos³⁸. También nuestro interlocutor ahondará en esa vertiente crítica, aunque más tarde derive de ella una peculiar moraleja en la onda del, para él incómodo³⁹, *pensamiento débil*.

El protagonismo que reconoce a los principios enlaza con su ya diagnosticada incompatibilidad entre constitucionalismo y positivismo. “Las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”; en consecuencia, “distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”⁴⁰. La operatividad de unos y otras será dispar: mientras “a las reglas se *obedece*”, “a los principios en cambio *se presta adhesión*”; mientras las reglas “nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas”, los principios “no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas”. De ahí que, en conocida polémica doctrinal, se estimara que el “control de constitucionalidad” no puede “consistir propiamente en una aplicación —en el sentido judicial de la palabra— de las normas constitucionales”⁴¹.

En consecuencia resultará obligado reconocer que, al entrar en juego “los principios, la realidad expresa valores y el derecho funciona como si rigiese un derecho natural”; aunque la situación se haga más digerible sugiriendo que lleva consigo “una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que puedan reivindicar buenos principios en su favor”⁴². Reaparece pues lo polémicamente ya apuntado. “Los principios no son normas cerradas en sí mismas, ni siquiera —como el positivismo *crítico* está dispuesto a admitir— normas que llaman en causa a la discrecionalidad del intér-

³⁸ Al respecto *El derecho en teoría* (cit. nt. 7), pp. 97-98.

³⁹ Para nuestro interlocutor el término es fruto de un catastrofismo, “la disminución de la tasa de natalidad y el envejecimiento de las generaciones; el anómalo desarrollo de la ciencia y de la técnica fragmentadas, sin alma, encaminadas a sí mismas y dotadas de ambiciones desmesuradas; la reducción de la razón a mera ‘razón instrumental’ al servicio de nihilistas voluntades de poder; amenazas externas a la identidad europea —antes el bolchevismo internacional, hoy el Islam—: todo esto en un contexto de debilitación moral del que el denominado ‘pensamiento débil’ sería la teorización filosófica” —*Sobre el dicho: ‘el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar. Este es el gran riesgo que se asume por amor a la libertad’* en “Entre la ética, la política y el derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba” Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2008, vol. I, p. 1326. El dicho en cuestión procede del constitucionalista alemán Böckenförde, al que nuestro autor se referirá en diversos trabajos. Aplazamos, en todo caso, su propuesta de clave explicativa.

⁴⁰ Introduzcamos un obligado inciso: nuestro autor confiesa asumir la terminología de Alexy y atribuye a los principios carácter de norma, hablando de reglas cuando alude a las normas propiamente dichas. Ello le llevará a rechazar a quienes consideran a “los principios como reglas imperfectas aunque asumiendo la imperfección como un defecto perdonable” —*Diritto per valori, principi o regole?* (cit. nt. 4), pp. 874 y 870.

⁴¹ *El Derecho dúctil* (cit. nt. 4), p. 110-111. Los principios “no indican las consecuencias jurídicas que se siguen necesariamente cuando se dan las condiciones previstas. En cuanto axiomas del orden jurídico, proporcionan un argumento que, en los casos en los que se puede invocar el principio, presiona en una dirección, pero sin indicar qué acción o decisión específicas son necesarias en el caso concreto” —*La ley y su justicia* (cit. nt. 2), p. 182.

⁴² “Desde el punto de vista interno de un sistema jurídico positivo, cuando en él rijan principios la situación es completamente análoga a la del derecho natural”; aunque todo puede quedar en admitir que “el conjunto de los principios constitucionales —como atinadamente se ha dicho— debería constituir una suerte de ‘sentido común’ del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico —*El Derecho dúctil* (cit. nt. 4), pp. 119, 121.123 y 124.

prete como consecuencia de su imperfección comunicativa” En realidad “el principio solo puede desarrollar una función práctica asumiendo elementos que están fuera de él. De dónde se asume eso *otro fuera*”: este es el problema ante el que los positivistas enmudecen”. Nos encontramos en realidad ante “los meta-principios del derecho, sin los que el derecho positivo, con sus reglas y principios puestos, no podría funcionar; sin los que la jurisprudencia de las Cortes —incluida la de la Corte constitucional— se mostraría impotente”⁴³.

Pese al meritorio esfuerzo de nuestro interlocutor, la incógnita sigue sin despejarse. “Los principios, aun estando contenidos en normas positivas, se alimentan naturalmente de concepciones *pre-positivas*”. “Las normas de principio se expresan mediante conceptos abiertos que remiten a supuestas *concepciones* de los propios conceptos”⁴⁴.

VERDADERO, OBJETIVO, ABSOLUTO, HISTÓRICO, RELATIVO...

Parece claro a estas alturas que dentro del espacio de juego del llamado pensamiento débil, en el que —por más que le disguste— se mueve nuestro interlocutor, el veto al derecho natural es notablemente expreso. No resultan tan explícitos los argumentos que llevan a sustentarlo, ya que la crítica al positivismo normativista se traduce en un sinfín de sugerencias que más bien invitan a lo contrario. Se evita ahondar en el descarte de la metafísica, quizá para no acabar construyendo una metafísica negativa. Se alude de pasada al pluralismo político, sin ir más allá de suscribir una opción apriorística de escaso calado. Considero que el argumento definitivo acaba reposando sobre un sofisma: la identificación gratuita entre lo objetivo y lo absoluto, y la consiguientemente paralela entre historicidad y relativismo. Lo objetivo se considera, por absoluto, caprichosamente ajeno a toda historicidad. Tal sofisma planea por lo demás con múltiples invitaciones a suscribir éticas discursivas, presuntamente abiertas a dialogar con todo planteamiento, pero a condición de que no sean absolutos⁴⁵; es decir, que no se vean sin más descalificados como tales por resultar incómodos para mentes presuntamente abiertas⁴⁶. Gracias a

⁴³ *Diritto per valori, principi o regole?* (cit. nt. 4), pp. 883-884.

⁴⁴ *La ley y su Justicia* (cit. nt. 2), p. 192. La distinción conceptos-concepciones es, una vez más, herencia de Dworkin.

⁴⁵ Valga el ejemplo: “El derecho puede ser dúctil cuando tiene una actitud amigable hacia la diversidad, cuando asume una idea de ciudadanía abierta, basada en el recíproco respeto que no se cristaliza en la defensa hostil de una identidad definida a priori”. El mismo autor relata los avatares que llevaron a convertir en icono esta insólita ductilidad jurídica -*La virtud de la duda* (cit. nt. 17), pp. 78 y 74.

⁴⁶ Pueden incurrir en ello los que parecen compartir el mensaje: “Si se parte del presupuesto de que el otro no sólo es alguien que piensa de manera diferente, sino que es algo menos, o incluso un mentecato o un inmoral, el diálogo será completamente inútil; será una pérdida de tiempo, engaño o simulación”; “pero no es necesario ser Sócrates para comprender que si no hay recíproca disponibilidad y apertura más vale ir cada uno por su lado, siempre que no se quiera emprenderla a garrotazos” -*Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), p. 71.

ello se logrará un fácil triunfo ante cualquier cuestión que no se preste a negociadas soluciones de término medio⁴⁷.

Vaya por delante que considero como iusnaturalista todo planteamiento que asuma la existencia de exigencias jurídicas objetivas⁴⁸, destinadas obviamente a verse positivadas; pero sin que su validez dependa de que ello se haga realidad. Lo anunciado no tardará mucho en salirnos al paso: “una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter *no absoluto*, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y a la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)”⁴⁹.

Pluralismo y absoluto quedan pues irreconciliablemente enfrentados. “¿Una justicia absoluta? Sería incongruente pensar en una idea de la justicia externa al contexto histórico-cultural de la comunidad de derecho para la cual la ley ha de valer como tal; y sería igualmente incongruente la asunción de cualquier concepto absoluto —filosófico, racional o natural— de la justicia”. El derecho natural que ayudó a sobrevivir a una Europa desgarrada por guerras de religión se convierte ahora en peligro público. Apelar a “conceptos objetivos de la justicia, como es el recurso típico al derecho natural bajo todas sus formas y en todos sus contenidos”, no permite “llegar a un acuerdo pero sí enfrentarse en caso de desacuerdo, se refuerzan las propias razones con argumentos que se pretenden indiscutibles, como todos los argumentos absolutos, y se descalifican las razones ajenas por erróneas, triunfando sobre ellas con más facilidad. En pocas palabras, es un instrumento de lucha y no de composición civil de diferencias. Es también un argumento retórico; en las sociedades pluralistas, un mal argumento retórico que conlleva divisiones y rupturas en vez de cohesión y beneficios”⁵⁰. ¿Cabrá seguir hablando de exigencias jurídicas objetivas? Todo parece reclamarlas en ese *otro lado, pre-positivo* del que se nos viene hablando. Veamos...

“Cada uno de los grandes temas del derecho constitucional actual se caracteriza estructuralmente por la presencia de elementos constitutivos que,

⁴⁷ “Aquí no sirve de mucho invocar la discusión, porque no puede sino haber enfrentamiento” -*Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), p. 27. Lo curioso es que no lo detecte en sus propios planteamientos quien con tanto aplomo lo critica a otros: “la fórmula de Habermas, reducida a su esqueleto, significa que ‘cuentan los argumentos que las partes enfrentadas son dispuestas a aceptar como válidos, cada una desde su propio punto de vista’ o, más brevemente, que ‘cuentan los argumentos que cuentan’: una perfecta tautología, sin valor normativo alguno” -*Sobre el dicho: ‘el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar* (cit. nt. 38), p.1331.

⁴⁸ De ahí que considere iusnaturalista a Dworkin, aunque él se vea obligado a prohibirse aparentarlo en demasía. Me remito a *En diálogo con Dworkin: moralidad política y derecho natural* (cit. nt. 1).

⁴⁹ *El Derecho dúctil* (cit. nt. 4), p. 14; el énfasis es mío...

⁵⁰ *La ley y su justicia* (cit. nt. 4), p. 28.

para poder coexistir, deben ser relativizados entre sí”, es decir, “hacerse dúctiles o moderados”. No parecería muy sensato un jurista poco amigo de la moderación, pero ¿exige esto ir de la mano del relativismo? Todo parece invitar a reconocer lo contrario: “La primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas es distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas *absolutas*, válidas por sí mismas con independencia de la ley”⁵¹. El asunto comienza a complicarse cuando se nos avisa que, “para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto”; “concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y sólo perseguiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos”⁵².

Como clave para superar esta más que aparente contradicción se apela a la *razonabilidad*, entendida como espíritu de *adaptación*; lo que solo puede merecer plácemes. Se trataría de evitar a la vez “el absolutismo de una sola razón” y “el relativismo de las distintas razones (una u otra, iguales son)”, para lograr un efectivo “pluralismo (unas y otras a la vez, en la medida en que sea posible)”⁵³. El programa no deja de resultar sugestivo. El problema se complica al constatar que “en el mundo occidental ni siquiera los derechos humanos valen pacíficamente como fundamento objetivo e indiscutido de la justa convivencia entre los hombres”⁵⁴. La situación se agudiza cuando, en la búsqueda de la objetividad, apuntamos a la verdad y se cuestiona su compatibilidad con la bases del sistema. Reflexionando sobre la mayor injusticia conocida en todos los tiempos se nos asegura: “En este episodio, de hace dos mil años, verdad y justicia testimonian apuntando contra la democracia”; claro que tampoco la alternativa resulta muy atractiva: “el relativismo escéptico que sustrae energías frente a la realidad y predispone a la aceptación de la fuerza” hace que Pilato se revele como “un oportunista, esclavo de la situación”⁵⁵.

No parece fácil escapar del dilema. Si se busca un fundamento objetivo resulta ineludible apuntar a la verdad. Si la verdad —por absoluta— se ve demonizada, solo nos queda jugar a una búsqueda de la verdad que incluya el compromiso de no encontrarla; pero si “buscar la justicia pensando en encontrarla de una vez por todas y para todos es insensato”, “renunciar por este motivo a buscarla sería a su vez una amputación de nuestra humanidad, una

⁵¹ *El Derecho dúctil* (cit. nt. 4), pp. 18 y 47, énfasis mío...

⁵² *El Derecho dúctil* (cit. nt. 4), p. 125.

⁵³ *El Derecho dúctil* (cit. nt. 4), p. 147.

⁵⁴ *La idea de justicia y la experiencia de la injusticia* (cit. nt. 6), p. 20.

⁵⁵ *Il «crucifige!» e la democrazia* Torino, Einaudi, 2007, pp. 4 y 80.

consciente reducción al estado animal”. Ese ir y venir acaba condenando al mareo. No podríamos siquiera acercarnos a la verdad objetiva por la vía de un consenso que sirviera de síntoma de acierto. “El precio del acuerdo es su vacuidad”, porque son vacías “las fórmulas absolutas de la justicia. Vale la regla de que si son absolutas son vacías; si estuvieran llenas no serían absolutas sino relativas”. Prometedor panorama, pero no faltará quien rebose optimismo: “Esta situación, que podríamos decir de pluralismo, o también de relativismo de la justicia, hace imposible —y añado: por suerte para nosotros— la justicia absoluta, esta justicia de cuya peligrosidad ya hemos hablado”⁵⁶. Algo es algo...

Me permitiría sugerir que nos encontramos ante un falso problema, fruto de establecer apriorísticamente que quien se muestra convencido de que existe una verdad, teórica o práctica, digna de ser buscada será —por definición— dogmático y presentará el resultado de su búsqueda como incuestionable; diagnóstico elocuentemente caprichoso, en el que la identificación objetivo-absoluto cumple su papel estelar⁵⁷. No cabe adivinar por qué considerar que la verdad es digna de ser buscada implica reconocerse infalible e inmunizado respecto a toda duda; se nos da respuesta: “lo verdadero pretende carácter absoluto. Entre lo verdadero y lo falso no hay grados”⁵⁸.

Acabaremos descubriendo el secreto de cómo un pensamiento débil lleva a anatemas tan sólidos. Por el momento, se nos afirma, —como si hubiera obligado motivo— que impedir la duda “es el acto más innatural, incluso aunque sea realizado en nombre de la *justicia natural* o de la *ley natural*, afirmadas en un determinado momento y sustraídas a cualquier tipo de duda. *La naturaleza de las cosas*, cuando es usada como arma contra la duda, se contradice a sí misma, dirigiéndose contra la *naturaleza del ser humano*”⁵⁹.

Si la presentación de la relevancia absoluta de lo objetivo se empareja con lo ahistórico, no menos discutible resulta considerar inseparables historicidad y relativismo. Inevitablemente nos empuja hacia un subjetivismo de problemática funcionalidad jurídica: “Relativismo significa que lo que vale, vale no absolutamente sino en relación al sujeto, es *relativo* a él”, Se descartará de inmediato la amenaza latente: “Nihilismo significa por el contrario que nada vale, ni siquiera respecto al sujeto”⁶⁰. La realidad es que si se admite que las normas constitucionales “son frecuentemente entendidas, en la jurisprudencia de

⁵⁶ *La virtud de la duda* (cit. nt. 17), pp. 40, 41 y 44.

⁵⁷ “Democracia y verdad absoluta, democracia y dogma, son incompatibles”, como respuesta anticipada a la pregunta: “Quien aplica a la política la categoría de la verdad, ¿puede aceptar la democracia?” -*Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), pp. 104 y 137. De mi opinión contraria pueden encontrarse muestras en *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista* Pamplona, Eunsa, 2005.

⁵⁸ “En cuanto adhiere al ser, la verdad vale de modo absoluto”; “la verdad lleva a renunciar a la relación de uno mismo con los otros y separa” -*Scambiarsi la veste* (cit. nt. 27), pp. 93-94.

⁵⁹ *Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), p. 10.

⁶⁰ *Scambiarsi la veste* (cit. nt. 27), pp. 95-96.

las Cortes constitucionales, como principios”, lo que lleva implícito “su relativización obtenida interpretándolas en la lógica de lo razonablemente posible”⁶¹, hemos abandonado ya lo meramente relativo al intérprete para dar por hecho que nos acercamos por esa vía al reconocimiento de una objetiva exigencia jurídica.

Por el contrario, se volverá el argumento por pasiva. Estamos sumidos en el “nihilismo de la justicia” como “inevitable conclusión de un intento fracasado”, debido a “las premisas de que parte”. Se supone “que existe una idea a priori de justicia, cuya búsqueda reclama la puesta en acción de las fuerzas de la razón”, en la línea de “un modo de pensar de tipo iusnaturalista que, como tal, no habría podido correr otra suerte que, precisamente, el fracaso”. Como consecuencia lo que entra en juego es un “sentido o sentimiento de justicia”; los juristas “han intentado una revancha sobre el racionalismo” a través de “una suerte de iusnaturalismo del sentimiento, y no de la razón, con una particularidad esencial”: que, “a diferencia del segundo, no pretende construir la justicia en la tierra sino que se limita a revolverse contra la injusticia”⁶². Todo ello sin duda sugestivo, aunque identificar la atribución de la búsqueda de la justicia a la razón práctica con una presunta aplicación de un concepto apriorístico de justicia no deja de ser mera caricatura.

UN DERECHO NATURAL SOSPECHOSO DE SOBRENATURAL

Toda una acertada crítica al positivismo normativista apunta a la existencia de un lado oculto del derecho. No se ha ahondado en la problemática metafísica de la cuestión, sino que se ha esgrimido un pluralismo político presuntamente puesto en cuestión por un peligro público aún no nítidamente identificado. No parece estar en juego el cognitivismo ético, o capacidad para captar racionalmente ese otro lado del derecho. El problema paradójicamente parece tener que ver con la existencia de una verdad objetiva con proyección práctica; paradójico asunto, porque una razón sin verdad es como un campanil sin campanas o un puente sin río (según una caducada sevillana de “El Pali”). En realidad, como habrá ocasión de comprobar, la peana de todo este planteamiento gira en torno a la existencia y alcance de lo Absoluto, dicho sea con mayúsculas para que quede más claro.

Podría pensarse que nos encontramos ante un argumento menor, de tono localista, en pleno mundo globalizado. Sin duda su impronta cultural italiana es obvia; tanto como su ramificación española, con las eventuales metás-

⁶¹ *Diritto per valori, principi o regole?* (cit. nt. 4), p. 880

⁶² *La justicia como ‘sentimiento de injusticia’* “Jueces para la Democracia” 2005 (53) julio, p. 4. “La justicia, o mejor, el rechazo de la injusticia, no la naturaleza, es nuestra brújula” *-Intorno alla legge* (cit. nt. 22), p. 49.

tasis que alguien tenga el humor de ir detectando⁶³. No lo es menos su histórica consolidación francesa, dando por archivado el germano *Kulturkampf*. Es muy de agradecer la neta claridad con que nuestro interlocutor acaba exhibiendo los cimientos de su edificio; quizá le sobre más de un apunte cuya agresividad puede rozar el panfleto. Repasemos sus textos, aun a riesgo de acabar sepultados dada su exhuberancia.

Que el rechazo de lo absoluto acaba mostrando como fundamento el rechazo de lo Absoluto salta pronto a la vista: “A través de la fusión de la verdad (católica) con la razón (humana) y de la razón con la verdad, la palabra de la Iglesia se proyecta, por así decir, en una dimensión de *absoluteza* y universalidad que no admite límites, contradicciones, relativizaciones”⁶⁴. Que su respuesta va a ser beligerante tampoco admite duda: “una Corte que, en nombre de la paz religiosa, impusiese indiscriminadamente en todo lugar público la remoción de cualquier símbolo religioso podría provocar reacciones y conflictos locales”; cabría pues sugerir “una intención pacificadora”, pero podría convertirse en una decisión “fomentadora de intolerancia”. El resultado de esta ponderación será establecer que “la invocación a la modestia se traduce en una indicación de este género a los tribunales: para ser aceptados en democracia, sobre todo en los casos altamente controvertidos, procurad haceros advertir lo menos posible. Pero esto diseña una postura gregaria y no contribuye mínimamente a la exigencia de dar a la justicia constitucional su propio y autónomo fundamento respecto a la política”⁶⁵. Mejor pues optar por la firme negativa...

El ejemplo aludido nos aleja ya del debate filosófico sobre si la apelación a la ley natural implica un creacionismo, que nos haría caer irremisiblemente en brazos de la teología. Lo que se acabará abriendo paso serán exigencias de filosofía política.

LIBERTAD RELIGIOSA AUTISTA

Constituciones como la española son bastante claras a la hora de abordar el problema. El primer párrafo de su artículo 16 nos plantea: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el

⁶³ “En el fondo, la relación entre el mundo católico y «I mundo laico, al menos en lo que se refiere a nuestro país [Italia] (aunque también está sucediendo algo parecido en otros países, por ejemplo, de América Latina), corre el riesgo de derivar hacia un encuentro de visiones del mundo que hace difícil la convivencia plural” *-La virtud de la duda* (cit. nt. 17), p. 93.

⁶⁴ *Scambiarsi la veste* (cit. nt. 27), p. 80

⁶⁵ *Corti costituzionali e diritti universali* “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 2006 (LVI-2), p 307. Habría que contrastar tal postura con la adoptada en caso bien conocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al respecto nuestra reflexión: *La Europa desintegrada: Lautsi contra Lautsi* en “Religión, racionalidad y política” Granada, Comares, 2013, pp. 157-162.

mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Las convicciones religiosas, como las opciones ideológicas, no se reconocen y protegen pues como bien meramente individual, sino que llevan consigo la exigencia constitucional de contemplar su dimensión comunitaria⁶⁶; dentro, obviamente del respeto al pluralismo reconocido (en el artículo 1.1) como uno de los “valores superiores” del ordenamiento jurídico.

Cada ciudadano podrá pues suscribir y exponer los aspectos de sus convicciones que considere oportunos, muy especialmente si los considera relevantes para el bien común; es lógico que lo haga con un inicial convencimiento de acierto. Negar a un grupo de ciudadanos, sea cual fuere su cuantía, capacidad para convertirse en legítimo interlocutor del diálogo democrático implicaría una grave discriminación. Acierta de pleno nuestro interlocutor cuando sugiere que quien —como es su caso— se presenta como “hombre de la duda” no excluye por ello “tener convicciones, pero no ceder a la soberbia hasta el punto de no estar dispuesto a ponerlas en cuestión. Pero lo mismo vale para el hombre de fe cuando no renuncia a su libertad y a su responsabilidad en el mundo”. No empezamos mal; pero no dura mucho el buen presagio. “Lo que crea problemas no es por tanto la fe como tal, sino la servidumbre al dogma religioso aplicado a la resolución de las dudas sobre las cuestiones terrenas”⁶⁷. Se adivina pues la discriminación por razón de religión; uno de los motivos explícitamente rechazados por el artículo 14 de la Constitución aludida.

Con tal punto de partida se abortaría el diálogo democrático. Si el escéptico mereció ya una paradójica descalificación por parte del relativista, ahora el creyente —contemplado dogmáticamente como dogmático— no saldrá mejor parado; poco cabrá esperar de él: “tanto el dogma como el escepticismo pueden convivir con la democracia pero, uno y otro, instrumentalizándola”. “El dogmático puede aceptar la democracia solo si y en la medida en que le sirve como fuerza enderezada a imponer la verdad”⁶⁸. Surgiría por tanto un dilema: respetar al presunto dogmático, optando por la mesura, o tirar por la calle de en medio. El asunto se trastoca y acabará mal: “la democracia de la posibilidad y de la búsqueda, la democracia crítica, debe movilizarse contra quien rechaza el diálogo, niega la tolerancia, busca solo el poder, cree tener siempre razón. De la democracia crítica, la mesura —como actitud del espíritu abierto al discurso común, que aspira no a imponerse sino a convencer y está

⁶⁶ Éste será el aspecto de difícil digestión desde una perspectiva laicista, que marca una “diferencia determinante” entre “la religión como fenómeno esencialmente ligado a la conciencia individual o como expresión de un fenómeno social de naturaleza comunitaria”, que se reflejaría, por ejemplo, en la “presencia de crucifijos en lugares públicos” -*Intorno alla legge* (cit. nt. 22), pp. 283-284.

⁶⁷ *La idea de justicia y la experiencia de la injusticia* (cit. nt. 6), p. 20.

⁶⁸ Acabará compartiendo con el escéptico la sospecha de “oportunismo” -*Il crucifige! e la democrazia* (cit. nt. 55), p. 6. “Para la mentalidad dogmática el adversario es el enemigo, el descreído, cuando no el loco, y las instituciones son legítimas sólo y hasta cuando sirven a los propios objetivos. La democracia -como cualquier otro régimen político- es, por tanto, legítima sólo sub condicione, como instrumento útil mientras sirva” -*Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), p. 129.

dispuesto a dejarse convencer— es ciertamente virtud cardinal”. Pero, “en la política, la medida, para no hacerse irrisoria como imbecilidad, debe ser una virtud recíproca. Si no lo es, a cierto punto antes de que sea tarde, es preciso romper el silencio y actuar para cesar de sufrir”⁶⁹. Será esta caricatura, que convierte al discrepante en incapaz de virtud, la que mate el diálogo.

Lo que está realmente en juego es el concepto y alcance de la *laicidad*. Una vez más, el arranque teórico de nuestro interlocutor será irreprochable: “Laicidad significa espacio público a disposición de todos para ejercitar, en condiciones de libertad e igualdad, los derechos de libertad moral”⁷⁰. Un Estado laico es en efecto el que respeta el ejercicio de la libertad religiosa de sus ciudadanos y no el que organiza de uno u otro modo sus relaciones con las confesiones religiosas mayoritarias; será por supuesto aconfesional, pero no se empeñará absurdamente en que también la sociedad lo sea”⁷¹.

Si la teoría era irreprochable, la aplicación práctica irá resultando contradictoria por una doble razón. La primera, lo que hemos calificado como *clericalismo civil*⁷²: los ciudadanos desaparecen como tales para convertirse, simultáneamente, en ovejas de un rebaño confesional y súbditos de un Estado idolátrico. El creyente habría de ser tratado, por definición, como un mandado de sus mentores religiosos y marginado en consecuencia del juego democrático. La democracia es, lógicamente, “un régimen en primera persona, no mediante persona interpuesta”. Sin embargo, en lo que a los creyentes respecta, se la considerará caprichosamente “ocupada por fuerzas que actúan como *longa manus* de poderes externos”; bajo ese influjo se convertiría “en un lugar de conflicto y prepotencia, de potentados que obedecen a sus reglas y no responden a aquellas de las democracias”⁷³. El ejercicio de un derecho fundamental se vería así sepultado por un artificioso principio de doble obediencia.

Habíamos partido, acertadamente, de que todos tenemos convicciones; lo que convierte en discriminatorio plantear que, mientras el agnóstico se limita a opinar de acuerdo con las suyas, solo el creyente pretende *imponer* sus convicciones. Se admite que “todos nosotros somos el producto de muchas pertenencias, de la más variada especie (política, cultural, sindical, profesional, etc.) y ello no genera problemas, ni arriesga la democracia”; porque todos tienen un alma en su almarío. Se establece sin embargo, discriminatoriamente, “una diferencia entre estas pertenencias y la pertenencia a comunidades dogmáticas que se reservan a sí mismas la gestión de la verdad”; en concreto, no

⁶⁹ *Il crucifige! e la democrazia* (cit. nt. 55), p. 126. No deja de resultar sorprendente esta versión de la medida “mitezza” a cargo del creador del “diritto mite”.

⁷⁰ *Scambiarci la veste* (cit. nt. 27), p. 9.

⁷¹ Lo hemos ya planteado: *Aconfesionalidad, laicidad y laicismo* en el ebook “Laicismo: sociedad neutralizada”. Digital Reasons, 2014.

⁷² En *Un estado laico. Libertad religiosa en perspectiva constitucional* Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 74.

⁷³ *Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), p. 61.

sería “lo mismo pertenecer a un partido político, a una organización sindical, a una asociación cultural, o a una fe religiosa”⁷⁴. Curioso diálogo democrático...

La democracia estaría, para nuestro interlocutor, invenciblemente reñida con toda pretensión de verdad, por muy abierto al diálogo que se muestre quien la ejerza. Al creyente, sometido a tratamiento como si de un enfermo se tratara, se le aconseja una cura de humildad. “Para neutralizar la fuerza antidemocrática de la verdad —a la que está expuesta toda religión, más todavía si es monoteísta”⁷⁵— solo cabrían dos vías. La maritainiana — que nuestro interlocutor dejará esfumarse misteriosamente— se basa “en la distinción entre fe y política: la fe sería el campo de la verdad dogmática, mientras que la política sería el campo de lo posible”. La otra, de origen protestante, invita a “la humilde asunción de la tarea del cristiano en el mundo, como alguien que es llamado por su propia fe a llevar un pesadísimo fardo, inevitablemente superior a sus propias fuerzas; las ideas —sobre todo las del creyente, paradójicamente— deben ser provisionales, revisables y perfectibles”; pero, al parecer, de modo inevitable “la humildad del creyente es a su vez contradicha por la agresiva petulancia con la que se divide la verdad del error”⁷⁶.

El resultado no puede ya sorprender: quien pretenda ejercer de creyente habrá de renunciar a hacerlo como ciudadano. “Una vez destruida la coincidencia *cives-christifidelis*, se debe reconocer que pertenecen a esferas particulares no políticas, o pre-políticas. Esto significa que deben detenerse en los umbrales de los ámbitos institucionales donde se generan las decisiones colectivas, destinadas a valer de modo obligatorio para todos. Si penetran en ellos, lo harán abusivamente, proyectando una sombra de ilegitimidad sobre esas decisiones”⁷⁷. El creyente por tanto se verá obligado a una doble vida; en su casa podrá creer lo que quiera, pero en la calle no podrá —como los conciudadanos— expresar sus opiniones; aun estando unas y otras fundadas en convicciones, las suyas estarían contaminadas por el veneno social de la religión, lo que no ocurriría con la filosofía, la moral o la ideología política. Sin estas no habría debate democrático; pero si sumamos las suyas tampoco.

En consecuencia el creyente católico habrá de seguir obligadamente la vía a la que se atribuyó raíz protestante. El Jesús relevante no es el que dedica tres años a su vida pública, impartiendo doctrina a diestro y siniestro, sino el del silencio ante el desprecio de Herodes, reiterado en algún pasaje de su diálogo con Pilatos. La actitud más próxima a la democracia sería más bien la de

⁷⁴ *Sobre el dicho: 'el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar* (cit. nt. 38), pp. 1332-1333.

⁷⁵ El argumento llega a convertirse en tópico, hasta el punto de que la Comisión Teológica Internacional le hay dedicado el 6 de diciembre de 2013 el documento *Dio Trinità, unità degli uomini. Il monoteismo cristiano contro la violenza*.

⁷⁶ *Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), p. 138.

⁷⁷ *Scambiarci la veste* (cit. nt. 27), p. 113.

Jesús, que “silente, hasta el fin, invita al diálogo y al repensamiento; que calla, esperando hasta el fin. Un modelo perenne”⁷⁸. Se impone al creyente —al menos, como se verá, al católico— una libertad religiosa autista, privada de toda relevancia social y comunitaria.

CON LA IGLESIA CREE HABER TOPADO...

El problema no lo plantea pues que en el derecho natural, con su trasfondo creacionista, quepa detectar una querencia sobrenatural; lo que sacará de quicio es que la Iglesia se atribuya la interpretación auténtica de la ley natural en la que tal derecho se insertaría. “Cuando la Iglesia católica esgrime el arma de la *ley natural* objetiva, declarándose la única depositaria y custodia de su verdadero contenido”, su voz “suena como un grito de guerra que en lugar de reforzar los lazos de la convivencia y promover una búsqueda común del bien común de todos, siembra discordia con grave peligro para la cohesión social”⁷⁹.

Lo que con ello se está cuestionando es si es concebible la presencia, en una sociedad plural, de un magisterio eclesiástico concerniente a debates de interés público. Para alguien tan alejado del catolicismo como Rawls, el asunto no presenta problema alguno. “En una sociedad democrática, el poder no *público*”, como el “ejercido por la *autoridad* de la iglesia sobre sus feligreses, es aceptado libremente”. La situación del creyente no es diversa de la de sus conciudadanos; “cualesquiera que sean las ideas comprensivas religiosas, filosóficas o morales que tengamos, todas son aceptadas libremente, políticamente hablando; pues, dadas la libertad de culto y la libertad de pensamiento, no puede decirse sino que nos imponemos esas doctrinas a nosotros mismos”⁸⁰. Nunca se le ocurriría pues hacer suya la pregunta que se plantea nuestro interlocutor: “¿qué autoriza a la Iglesia a auto-proponerse para esta misión civil?”⁸¹.

Parece obligado admitir que, en una sociedad abierta, los ciudadanos atiendan a las fuentes creadoras de opinión que estimen oportunas, para poder así elegir la que más les convenza. Para algunos, sin embargo, si las fuentes tienen alguna connotación religiosa, lejos de ser una ayuda se convierten en una inyección de inconsciencia⁸²; que la política gire en torno a la presencia en los

⁷⁸ *Il crucifige! e la democrazia* (cit. nt. 55), p. 126.

⁷⁹ *La virtud de la duda*. Con ello “la Iglesia reivindica el derecho a formular un juicio ético absoluto sobre los acontecimientos políticos y sociales”; lo que implicaría nada menos que “una sustracción de legitimidad a la Constitución positiva” -*Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), p. 23.

⁸⁰ J. Rawls *El liberalismo político* (cit. nt. 33), pp. 256-257; los énfasis son míos...

⁸¹ “Si ha habido un campeón moderno de los que, según una expresión corriente, se identifican como los ‘enemigos de la sociedad abierta’, ha sido la Iglesia católica, cuando se ha cerrado en sí misma, alejándose del mundo, pero proclamando al mismo tiempo su vocación totalizante, a través de afirmaciones universalistas” -*Scambiarsi la veste* (cit. nt. 27), pp. 74 y 35.

⁸² “Los seres humanos no pueden escapar al deber de actuar en el mundo con responsabilidad y según la libertad que les es propia. Una ley de la que la Iglesia parece alejarse vistosamente cuando vuelve a proponer viejas visiones de la naturaleza que efectivamente liberan de las responsabilidades, pero acentúan el poder en perjuicio de la libertad” - *Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), p. 94.

medios, cuando no en la mera propaganda, no parece por el contrario suscitar preocupación alguna. Por otra parte, todo ciudadano o grupo que genera opinión —salvo que se trate de una secta— se dirige a toda la sociedad esforzándose por lograr su asentimiento. Esta pretensión escandalizaría, sin embargo, en este caso: la Iglesia pretende lograr “reconocimientos como *autoridad* universal. En consecuencia, *propone* su doctrina moral no solo a sus fieles, como sería normal, sino a todos, lo que por el contrario no es normal”⁸³. El reproche no puede ser más sorprendente, pero aún se irá más allá: no deberá tampoco intentar sugerirla a sus fieles⁸⁴. La Iglesia aspira en realidad a lograr una autoridad, que no es sino prestigio reconocido por el auditorio universal al que se dirige, proponiendo —sin imposición alguna— sus planteamientos. Expulsar del diálogo social tal actitud sería incompatible con la democracia.

Es muy castiza la actitud del paisano que afirma que cree en Dios pero no en los curas; lo llamativo es ver ese cuadro repetido en ámbito constitucional. Había emergido de pasada en el texto de Rawls un término que se prestará a ser malinterpretado, hasta erigirse en la segunda razón que llevaría a suscribir el laicismo. La presencia en el debate público de creyentes, sensibles a los planteamientos de su confesión religiosa, implicaría la entrada en liza de un *poder*. No estaríamos pues ante ciudadanos que, como cualesquiera otros, exponen sus *razones*⁸⁵; servirían más bien de mera tapadera a una confesión religiosa que lucha por asumir un poder que no le pertenece. A Rawls no le escandalizaba hablar de poder, porque la democracia —que es de todos— es precisamente un modo de encauzar el poder presente de modo ineludible en toda convivencia humana. Nuestro interlocutor ejemplifica, por el contrario, la actitud de aquellos agnósticos que no se limitan a considerarse ajenos al juego de las confesiones religiosas, sino que —traduciendo todo influjo público como poder político— ven a la Iglesia como un poder intruso, falto de la legitimidad de las urnas. La *laicidad* se convierte así en *laicismo*: “Laicidad significa prohibición de intromisiones, cualquiera que sea su contenido, sea irrelevante hostil o benévolo. Lo que cuenta es la no injerencia”⁸⁶. No cabe, por otra parte, fiarse: “La Iglesia que a un mismo tiempo se presenta como dialogante y luego,

⁸³ “El lenguaje de la Iglesia, en los nuevos tiempos que no admiten ya la coerción de las conciencias, puede pretender audiencia solo por parte de sus fieles, si y mientras sean tales por libre opción” - *Scambiarsi la veste* (cit. nt. 27), pp. 3 y 31.

⁸⁴ El “punto nodal es la autonomía y la responsabilidad de los fieles en la esfera política y social”; ahí “está en fuego la relación entre la Iglesia y la democracia”. Facilitarla exigiría “la necesaria abstención de la Iglesia de toda iniciativa dirigida a comprometer, en esa misma esfera, la conciencia de sus fieles”, actitud que sorprendentemente atribuye al Vaticano II -*Sobre el dicho: ‘el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar’* (cit. nt. 38), pp. 1333-1334.

⁸⁵ Lo hemos abordado con anterioridad: *Poder o racionalidad, la religión en el ámbito público. En diálogo con la ‘sociedad postsecular’* de Jürgen Habermas en “Religión, racionalidad y política” (cit. nt. 65), pp. 89-100.

⁸⁶ *Scambiarsi la veste* (cit. nt. 27), p. 7. El objetivo de la Iglesia católica no sería nada beatífico: “promover un choque de civilizaciones”, aprovechando que “tiene la oportunidad de una revancha histórica contra un aspecto constitutivo del ‘mundo moderno’: la democracia. Una revancha que una parte de ella quizá siempre ha deseado y esperado”. Resultaría pues obligado estar alerta porque “ninguna forma jurídica puede garantizar realmente contra la eventualidad de una ‘reconquista’ cristiana del Estado” -*Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), pp. 14 y 24.

cuando no prevalecen sus argumentos, agita sus vetos, actúa con doblez, determinada por su ligamen con la verdad”⁸⁷.

Como colofón, será desde el agnosticismo desde donde surgirá una preocupación cuasipastoral, ante la posibilidad de que la Iglesia católica esté traicionando su auténtico cometido⁸⁸. Su cáncer arrancaría de una situación que le costaría asimilar: la proliferación de los que suscriben un “creer sin pertenecer”. “De este modo se explica la insistencia, nunca antes tan acentuada, sobre la dimensión necesariamente pública o política de la religión cristiana católica (y sólo de ésta)”⁸⁹. A nadie podría pues extrañar un “malestar democrático hacia la religión”, derivado de un erróneo modo de “concebir la religión”; “como religión de la verdad” y no “como religión de la caridad”⁹⁰. Solo la Madre Teresa de Calcuta se libraría del entredicho...

En resumen, “el problema no son los creyentes sino la Iglesia cuando pide y obtiene la alianza con el Estado, ofreciéndole aquella garantía de los valores anteriores que la democracia liberal presupone”, lo que llevaría a una “democracia protegida, con soberanía limitada”⁹¹. Su presunta disponibilidad altruista no es tal, porque sus peones “actúan no para colmar vacíos, sino para operar sustituciones”; “combaten en una batalla, por la hegemonía cultural que no es sólo para, sino contra”⁹².

⁸⁷ *Scambiarsi la veste* (cit. nt. 27), p. 114. Se corre así “el riesgo de no plantear del todo una u otra variante del Estado laico basado en la libertad, sino la sustitución de una forma de Estado por otra” -*Sobre el dicho: ‘el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar’* (cit. nt. 38), p. 1342. No en vano “el Estado moderno se ha formado precisamente sobre la premisa fundante del vaciamiento de las religiones como cemento de la convivencia política” -*Stato e chiesa. Cittadini e cattolici “Diritto Pubblico”* (Il Mulino) 2007 (XIII-3) settembre-dicembre, p. 704.

⁸⁸ Esta situación empujaría “a lo ‘religioso’ a comprometerse con lo ‘político’, poniendo en riesgo la misma supervivencia de la religión como dimensión trascendente de la experiencia humana” -*Contra la ética de la verdad* (cit. Nt. 36), p. 33.

⁸⁹ *Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), p. 72. “El vuelco ha sido capital: las palabras del magisterio hablan de cosas del mundo, no de cosas del espíritu” -*Scambiarsi la veste* (cit. nt. 27), p. 40.

⁹⁰ *Sobre el dicho: ‘el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar’* (cit. nt. 38), p. 1322. Esto acabaría derivando hacia una “contratación directa entre la autoridad de la Iglesia y la del Estado”; lo que unido a la capacidad de la primera de disponer de “fuerzas que actúan en las instituciones para realizar sus instrucciones, comporta una hiperrepresentación de las posiciones de la Iglesia”, que sería “incompatible con la ciudadanía democrática” y generaría “un sentimiento de discriminación y alienación que no puede sino alimentar divisiones ulteriores, contrastes y tensiones destructivas” -*Stato e chiesa Cittadini e cattolici* (cit. nt. 87), p. 709. Cualquier mediano conocedor de las interioridades de la Iglesia católica, sobre todo en más de un país europeo, sonreiría ante este guión de película de James Bond.

⁹¹ Todo esto supondría volver a la doctrina de la “potestas indirecta”, por la que la Iglesia “se autoatribuye el derecho de dirigirse a quien dispone de poder en el mundo para dictar leyes vinculantes para todos”. El catolicismo estaría “en auge quizá más como (sucedáneo de una) religión civil que como religión de las personas” -*Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), pp. 40 y 52.

⁹² “No son benefactores, sino conquistadores: son, en concreto, caballos de Troya”. De ahí que describan sociedades que son “lugares de disgregación y desesperación, relativismo ético, egoísmo y falta de vigor moral”; lo que achacan al “tristemente célebre pensamiento débil” -*Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), pp. 11-12.

VELUTI SI DEUS DARETUR

Hugo Grocio, en el contexto europeo de una auténtica guerra de religión, había resaltado la valencia cognitivista del derecho natural. La captación racional de esas exigencias jurídicas objetivas, absteniéndose de profundizar perturbadoramente en su última *ratio* creacionista, ofrecía un ámbito de mutuo entendimiento, sobre el que sentarán los cimientos del derecho internacional. Esas exigencias jurídicas seguirían siendo válidas también “*etiamsi daremus non esse Deum aut non curari ab eo negotia humana*”⁹³; aun en la hipótesis de que Dios no existiera o no se ocupara de los problemas humanos. Esto equivale a sentar que “también Dios, mejor dicho, Dios en primer lugar, está sometido a la justicia”; es decir, que matar no es injusto porque Él lo prohíba, sino que lo prohíbe porque es objetivamente injusto. La voluntad de diálogo de nuestro interlocutor no llega a hacerle capaz de asumirlo⁹⁴.

La propuesta resucitará inopinadamente de la mano de uno de los iconos de la segunda mitad del siglo XX. Jürgen Habermas dejará descolocado a más de un progresista, al denunciar que la presunta neutralidad del laicismo puede acabar con frecuencia implicando una discriminación por razón de religión. Mientras que los creyentes han de esforzarse por traducir sus planteamientos de modo comprensible para los agnósticos, estos no solo no tienen nada que traducir sino que, amparados en la presunta neutralidad laicista, gozan de primacía institucional. De ahí su propuesta de una *sociedad post-secular*, que complementa simétricamente un escenario intelectual post-metafísico⁹⁵. El velo de silencio con que ha sido acogido su planteamiento ha encontrado en Italia más explícito eco crítico⁹⁶, con nuestro interlocutor en primera línea de combate.

Ante la postsecularización se planteará “qué significa esto exactamente” y constatará que ha generado un “contramovimiento” determinado por “la crisis de la subjetividad racionalizante”; empuja, “no por simple nostalgia o consuelo interior, a la religión y a las prestaciones que ésta es capaz de proporcionar a la sociedad”. En el trasfondo estaría latiendo, a su juicio, un burdo oportunismo compartido. “Una cierta tradición laica, que nada tiene que ver

⁹³ *De iure belli ac pacis* (Amsterdam 1689) Prolegomena, p. 11.

⁹⁴ “No parece posible referir a Dios esta filosofía del como si (‘als ob’), y menos entendida en sentido negativo (como si Dios NO existiera)”; le parece a la vez “inimaginable que sean los creyentes los que apliquen tal filosofía, que para ellos es sólo una perversa ficción” -*La idea de justicia y la experiencia de la injusticia* (cit. nt. 6), pp. 30 y 46. Lo mismo ocurrirá cuando más tarde se invite a los agnósticos a respetar ese orden objetivo: “¿Pero cómo puede pedirse a un no creyente contradecirse tan profundamente a sí mismo, hasta el punto de confiar en lo que se le dice sobre un Dios que el mismo no conoce? El consejo de la Iglesia católica dirigido al no creyente tiene un único y contradictorio significado; sígueme, por acto de fe” -*Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), p. 46.

⁹⁵ Sobre estas y posteriores referencias me remito a las notas del ya aludido trabajo *Poder o racionalidad. La religión en el ámbito público* (cit. nt. 85).

⁹⁶ Valga como ejemplo P. Flores D'Arcáis *Once tesis contra Habermas* “Claves de Razón Práctica” 2009 (179), pp. 56-60; publicado con anterioridad en “MicroMega” y “Die Zeit”.

con la fe o con el reconocimiento de valores propiamente religiosos, respecto de los cuales es perfectamente indiferente, cuando no burlesca”, se muestra “interesada en la capacidad de la religión para crear identidades y convergencias respecto a determinados valores civiles”; por su parte, la Iglesia busca una “convergencia” que “le permita extender su propia influencia y reforzar su arraigo en la sociedad”⁹⁷.

El principal objeto de su crítica será la invitación habermasiana a que creyentes y agnósticos asuman un *doble aprendizaje*. A juicio de nuestro interlocutor, este “aprender uno del otro y la aceptación de las recíprocas limitaciones presuponen un terreno en el que las fuerzas espirituales que se confrontan se colocan simétricamente”; en realidad, sin embargo, lo que se establece así es “la premisa para sostener una presunta superioridad moral categorial de los creyentes sobre los no creyentes que estos últimos, naturalmente, no pueden aceptar”; lo contrario llevaría a “favorecer posiciones consideradas dogmáticas y prevaricadoras de la libertad”⁹⁸. Resulta pues obligado descartar la propuesta de estos “ateos clericales”⁹⁹.

El hoy Papa emérito Benedicto XVI, al dialogar con la propuesta de su compatriota, va más allá del mero aprendizaje mutuo. Anima a los agnósticos a asumir una variante de la sugerencia grociana: actuar —aun no creyendo— como si Dios existiera, previendo un positivo fruto social. Se apoya para ello en su énfasis en un Dios que es más *logos* que voluntad omnipotente. La acogida no resultará más amable¹⁰⁰: “La relación con el mundo de una tal autorepresentación de la Iglesia difícilmente puede concebirse en términos amiga-

⁹⁷ *Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), pp. 15 y 20. Esta equivocada propuesta podría ocultar una situación que “se nos muestra con evidencia: por una parte, un anticlericalismo creciente, alimentado como contraste por el mismo radicalismo de las posiciones de la Iglesia; por otra, una subalternidad que se manifiesta de modo oportunista cuando del servilismo se puede esperar algún interesado retorno”. Se olvidaría así que el primer principio es “la laicidad del Estado y de la convivencia, de la que el Estado es expresión institucional”; lo que significa ante todo la “legítima autosuficiencia de la sociedad civil para bastarse a sí misma” -Scambiarsi la veste (cit. nt. 27), pp. 101-102.

⁹⁸ *Stato e chiesa. Cittadini e cattolici* (cit. nt. 87), pp. 711-712 Se quiera o no, se trata del “reconocimiento del valor público, más bien ‘político’ de la religión, que el proceso de secularización ha circunscrito a la esfera de la moral privada, y contemporáneamente, de la asignación a las iglesias de un cometido mundano, más allá de la administración de los sacramentos y de los sacrificios por la salvación de las almas, para ‘reanimar’ la vida del listado con un aliento religioso”. Se pretende con ello “consolidar los vinculos de comunidad que el secularismo individualista ha destruido”. Pero esa “reasunción de pape! político por parte de la religión, para no traducirse en una contradicción con su objetivo, es decir en factor de (ulterior) descomposición de la sociedad, debe traducirse en un programa misionero de re-cristianización que mira a las raíces, es decir a superar el pluralismo y a introducir criterios de preferencia confesional, si no de discriminación y persecución” -*Sobre el dicho: ‘el Estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar* (cit. nt. 38), p. 1327.

⁹⁹ Estos “no creyentes”, “perjudicándose a sí mismos, tributan reconocimientos de superioridad a los creyentes”; estos acabarían gozando de “un estatus de superioridad no sólo moral sino también civil. El ciudadano por excelencia sería el hombre de fe en Dios”. “Quien no se reconoce en las posiciones del magisterio católico parece casi deber disculparse por un defecto moral y, en efecto, muchos laicos —sorprendente, oportunista, y vilmente— no rehuyen la aceptación de dicho defecto” -*Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), pp. 107, 73 y 78.

¹⁰⁰ “El magisterio católico sigue abruptos caminos en el intento de proponer un Dios de naturaleza racional (logos) y defender que, en la concepción cristiano-católica actual, fe y religión coinciden. El ser humano ‘de razón’ es tal porque es también ‘de fe’, por lo que quien no la tiene o está contra ella, carece de razón o va contra aquélla”. “Proclaman-

bles: se trata de ser conquistados o de conquistar, como parte combatiente contra otras partes hostiles”. “Este *diálogo* puede ser solo un acercamiento al otro en vista de su conversión o asimilación, es decir de su eliminación en cuanto *otro*. Eliminación a la que se podría llegar, según una idea más bien peregrina y en el fondo ofensiva para toda conciencia que considera su primer deber ser coherente consigo misma, si los no católicos, alzando por así decir bandera blanca, rindiéndose, decidieran ser y actuar *veluti si Deus daretur*, o sea renegando de sí mismos”¹⁰¹.

Queda pues de relieve que el rechazo al derecho natural no se apoya en polémicas metafísicas; ni siquiera en difusos planteamientos de pluralismo. Es un rocoso punto de partida laicista el que —no pocas veces— convierte al iusnaturalismo en académicamente incorrecto y políticamente deleznable. Nada nuevo bajo el sol. Ya en los años 60 del pasado siglo no faltaba quien defendiera el positivismo jurídico, no por razones de teoría del derecho sino como bandera ideológica de un planteamiento cultural progresista¹⁰². Ante el *Bundestag* el propio Benedicto XVI hacía balance el 22 de septiembre de 2011 de en qué había quedado el presunto renacimiento del iusnaturalismo en la posguerra. Después de haber servido de fundamento al despliegue de los derechos fundamentales en las nacientes constituciones, “la idea del derecho natural se considera hoy una doctrina católica más bien singular, sobre la que no vale la pena discutir fuera del ámbito católico, de modo que casi nos avergüenza hasta la sola mención del término”¹⁰³. En realidad se quedó corto; no solo porque el interés de los católicos por el derecho natural y su adecuada argumentación es perfectamente descriptible; sobre todo, porque su vecindad católica ha contribuido paradójicamente a rodearlo de un aurea sobrenatural, que genera un peculiar rechazo.

dose guardián del orden racional-natural, la Iglesia puede proponerse como guardiana de la ortodoxia de la razón”. “El interlocutor no católico es para la Iglesia alguien que tiene poco o ningún valor moral ni racional: es alguien que las circunstancias obligan a tolerar, pero del que muy gustosamente se prescindiría. Bien pensado, la amigable propuesta a los no creyentes de ‘vivir (al menos) como si Dios existiera’ es consecuencia de este desprecio. Si la Iglesia mantiene relación con aquéllos, es porque las condiciones históricas concretas no permiten actuar de otro modo. El diálogo no es una cuestión de convicción sino de oportunismo dictado por la mayor fuerza o por razones tácticas a la espera del cambio de situación” -*Contra la ética de la verdad* (cit. nt. 36), pp. 75-76.

¹⁰¹ Aludirá a “alocución prevista (pero no pronunciada) para la inauguración del año académico de la Università La Sapienza de Roma”; sin que le merezca mayor comentario, quizá como síntoma de la ‘neutralidad’ laicista. Sí apuntará sobre su texto que con “la pretensión de universalismo: la ‘defensa del hombre’ como tal, ligada a la verdad de la razón práctica”, unida a la “identificación de la recta razón con el logos que está ‘junto a Dios’, el mundo acaba re-invertido y resacralizado” -*Scambiarsi la veste* (cit. nt. 27), pp. 81-82, 85 y 88-89.

¹⁰² Valga como muestra U. Scarpelli *Cos’è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.

¹⁰³ De ello me he ocupado en *Hacer entrar en razón al Estado de Derecho. Benedicto XVI aborda los fundamentos del Estado* en “Religión, racionalidad y política” (cit. nt. 65), pp. 103-111.

UNA ENIGMÁTICA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Dejando aparte las peripecias del laicismo confesional, presentado en algún país incluso como nacional-laicismo¹⁰⁴, sigue sin descifrarse la incógnita: en qué puede consistir esa otra cara del derecho, cuya existencia sería absurdo cuestionar.

Nuestro interlocutor es consciente del resbaladizo terreno que pisa, al preguntarse por esos presupuestos que juegan como “constitución (o factor constitutivo) de la constitución”¹⁰⁵. No le dolerán prendas a la hora de reconocer que “la *constitución* desempeña la misma función de unificación, de fundación y de estabilización de las estructuras político-sociales que en un tiempo desempeñaba el *derecho natural* y tradicional, es decir, el derecho en su lado material. Todo esto ha sido trastocado, pero de hecho no se han superado aquellas *exigencias primordiales*, porque no ha desaparecido la exigencia de sustraer el *derecho* de la pura, ciega, arbitraria voluntad de quien dispone de un poder para emplearlo en la ley”¹⁰⁶.

La clave la hará radicar en lo que llama “la *justedad* del derecho”; concepto que me recuerda el ya aludido de *corrección* al que se remitía Robert Alexy; “no agrada por supuesto a esos espíritus que ya aquí en la tierra buscan lo absoluto”. El término implicaría “una relación de adecuación práctica, una proporción con algo externo a la ley”, que nos recuerda la onnipresencia de lo razonable en la jurisprudencia constitucional: “Si hay un carácter del derecho de nuestros días sobre cuyo significado habría que reflexionar para alcanzar un cierto conocimiento de las implicaciones acerca de la esencia de lo *jurídico*, es precisamente la *racionalidad*, otra manera de decir la *justedad*”¹⁰⁷. Un iusnaturalista que no ignore la historicidad que acompaña a la razón práctica en la concretización del derecho natural, como en la de todo lo jurídico, no tendría por qué sentirse incómodo con el planteamiento...

La respuesta a nuestra incógnita queda simplemente aplazada, porque habrá que dilucidar en qué se apoya tal *justedad*. Entrará así en juego otro concepto como ulterior fórmula explicativa: *cultura*. Su vecindad con el derecho natural sigue pareciendo tan cercana que se hace preciso desmentirla. La *justedad* del derecho indica “una relación con una realidad de tipo cultural. No está en juego la correspondencia del derecho con la cosa en sí, con las relacio-

¹⁰⁴ Sobre el particular nuestro ebook *Laicismo: sociedad neutralizada* Digital Reasons, 2014.

¹⁰⁵ *Intorno alla legge* (cit. nt. 22), p. 120.

¹⁰⁶ *La virtud de la duda* (cit. nt. 17), pp. 60-61; énfasis nuestros...

¹⁰⁷ *La virtud de la duda* (cit. nt. 17), p. 45. La justedad del derecho “no remite a conceptos carentes de historia sino a la experiencia espiritual colectiva que llamamos ‘cultura’, es decir, a categorías de significado y valor relacionados con los hechos sociales, con raíces muy diversas (religiosas, tradicionales, filosóficas, artísticas, etc.) y contenidos muy variados desde el punto de vista histórico, categorías de significado y de valor que transforman meros aglomerados en sociedades de seres humanos” -*La ley y su justicia* (cit. nt. 2), p. 30.

nes sociales naturalmente justas”; “la lucha por el derecho se realiza ante todo participando en la vida cultural, en el ámbito social que nuestro derecho expresa y en el que el derecho opera”¹⁰⁸. Ese carácter performativo del lenguaje jurídico es poco discutible, pero no queda claro si es el derecho el que genera cultura o la cultura la que engendra derecho. El secreto se encerrará en “la cultura constitucional. Esto es lo que hace de la constitución el otro lado del derecho, recuperando la dimensión del otro lado del derecho, recuperando la dimensión del *ius* del único modo hoy posible, tras el ocaso de todas las otras sustancias jurídicas”¹⁰⁹.

Resucita así el papel de los principios, dejando en evidencia a un positivismo normativista que sobrevive por inercia. A nadie extrañará que mediante “los principios, se incluyan en el derecho contenidos materiales prepositivos de los que dependen no solo la interpretación, sino también la validez del derecho positivo”. El paisaje se irá completando; “el mundo de las reglas es, fundamentalmente, el de la legislación; el mundo de los principios, el de la Constitución; el mundo de los valores, el de la cultura”¹¹⁰. Todo se apoya en una circularidad hermenéutica que, falta de un punto de apoyo, difícilmente no acabará siendo viciosa. “Una vez que ha legislado, la disputa sobre el sentido no se detiene totalmente de modo definitivo, ya que vive de razones propias cuya naturaleza precede al derecho positivo y es esencialmente cultural”¹¹¹.

El problema es que “en una constitución basada en principios, la interpretación es el acto que pone en relación un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos plantea como problema a resolver con continuidad”. Este futuro “aparece a la luz de una precomprensión; de los principios constitucionales. Pero esta precomprensión no puede sino ser una post-comprensión; a la luz de nuevo de los principios, que nos permiten captar la consciencia histórico-cultural del problema constitucional”¹¹².

¹⁰⁸ “La Constitución, en el sentido actual, es un producto artificial, un conjunto de normas que se ha decidido escribir en un documento que lleva ese nombre. Pero solo se conviene en verdadera Constitución si se encarna en la historia viva de un pueblo y se transforma en parte constitutiva de su cultura. Solo así dejaría de ser un simple papel que, en relación con otros simples papeles, presenta la única característica de que es más difícil de tirar a la papelera” -*La virtud de la duda* (cit. nt. 17), pp. 45-46 y 67.

¹⁰⁹ *Il giudice delle leggi artefice del diritto* (cit. nt. 6), p. 45. Esto explicaría que “cuando hablamos de la constitución, no hablamos de algo que existe en sí y por sí, sino de algo que nosotros, al trabajar para formar una cultura constitucional, contribuimos a modelar” -*La virtud de la duda* (cit. nt. 17), p. 60. La fórmula, nada novedosa, recuerda cómo J. Rawls afirma que “en un régimen constitucional con revisión judicial, la razón pública es la razón de su Tribunal Supremo” -*El liberalismo político* (cit. nt. 33), p. 266.

¹¹⁰ *La ley y su justicia* (cit. nt. 2), págs. 192-193. Nuestra versión del problema en *Valores, principios, normas. Dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo* “Doxa” 1998 (21-II), pp. 305-319.

¹¹¹ *La ley y su justicia* (cit. nt. 2), p. 165. “No existe una ontología metafísica o metahistórica del derecho. En este sentido, es un ‘posterior’. Pero, al mismo tiempo, no renuncia a una función que pretende conformar la práctica. En este sentido, es un ‘prior’. El derecho es lo que es, sea a consecuencia de cómo es la sociedad, sea de cómo se quiere que la sociedad sea” -*Intorno alla legge* (cit. nt. 22), p. 356; no es poca la diferencia...

¹¹² *Intorno alla legge* (cit. nt. 22), p.

La incógnita sigue pues viva: cómo decantamos dentro de esa cultura unas exigencias rebosantes de *justedad*. Nuestro interlocutor no deja de evocar otros planteamientos que estima parecidos; por ejemplo, el de un Dworkin tachado de iusnaturalista. Su postura podría, a su parecer, “calificarse con un neologismo: *culturalismo*”; porque “no radica el derecho ni en la fuerza normativa de la naturaleza ni en la de la sociedad”, sino que lo funda más bien en “elementos directivos de naturaleza cultural, en los que ser y deber ser se funden de modo inextricable” dando paso a la “*constitución material* presupuesta a la Constitución formal positiva”¹¹³.

Al final nos veremos remitidos a un punto de referencia polivalente. “El valor de las normas jurídicas se mide observando desde fuera su capacidad de regular adecuadamente las *expectativas* propuestas por la dinámica de las relaciones sociales, en relación con los casos”. Llega pues el momento de preguntarse: “¿Cómo podemos definir la cultura en función de nuestro objetivo?”; entrarán en juego “el conjunto de categorías de sentido y de valor imperantes en una sociedad”. De ahí que una “buena jurisprudencia” será “la que se sitúa en lo que se ha llamado *horizonte de expectativas* (*Erwartungshorizont*) cultural, lo que no supone una actitud meramente conformista, sino *un momento esencial de comunicación y de control de los motivos de la decisión* según parámetros duraderos y por ello, en cierto sentido, objetivos”¹¹⁴.

Ese horizonte interrogativo —de resonancias gadamerianas— no es, a mi modo de ver, en modo alguno descriptivo sino normativo. Expectativas sociales hay muchas y no todas ellas rebosarán *justedad*. No toda opinión merece tal rango, ni todo uso social puede ser considerado derecho consuetudinario¹¹⁵. Solo una *opinio iuris* conferirá carácter jurídico a la mera reiteración fáctica; solo una *opinio iustitiae* podrá generar *justedad*. Llegamos al núcleo del problema: qué diferencia existe entre una *opinio iustitiae* y una interesada ocurrencia¹¹⁶.

No se me ocurre otra respuesta: su referencia a una justicia objetiva que no puede ser generada por la mera opinión...

¹¹³ *Diritto per: valore, principi o regole?* (cit. nt. 4), p. 886. Es todo un síntoma que no pueda evitar la evocación del espíritu del pueblo; se ve obligado a emparejarla con algún otro “espíritu de cualquier cosa”, ambos típicamente expresivos de “conservadurismo” -*Intorno alla legge* (cit. nt. 22), p. 208.

¹¹⁴ *La ley y su justicia* (cit. nt. 2), pp. 161,169-170.

¹¹⁵ Nuestro interlocutor parece olvidarlo cuando nos dice: “podremos decir que el derecho como forma son las ‘leyes’; el derecho como sustancia, las ‘mores’, entendiendo los dos términos en sentido genérico” -*Il giudice delle leggi artefice del diritto* (cit. nt. 6), p. 22.

¹¹⁶ Este recurso a la cultura como contexto del derecho supone, en cierto modo, admitir que las expectativas sociales son un factor de la interpretación jurídica. “Si no podemos contar con la garantía de estructuras comunes de sentido y de valor”, “¿estamos quizá condenados a depender de cualquier hallazgo ‘creativo’ imprevisible que se oponga al contexto, incluso en el nombre de valores morales respetabilísimos pero con efectos solo polémicos? ¿O bien deberíamos resignarnos al triste conformismo de una jurisprudencia que se sirve del ‘sentido común’ y reduce su función a una indecorosa persecución del favor del público, o del consenso del más fuerte?” -*La ley y su justicia* (cit. nt. 2), p. 171.

ANDRÉS OLLERO TASSARA

EL OTRO LADO DEL DERECHO
EN DIÁLOGO CON GUSTAVO ZAGREBELSKY



Separata de
ANALES DE LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS

Año: LXVII - Número 92 - Curso académico 2014-2015
Madrid, 2015