

LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD

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

I. INTRODUCCIÓN

Pocos problemas de teoría jurídica más relevantes para las tareas del Tribunal Constitucional que marcar la difícil frontera entre el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad¹. Cuando llega a olvidarse, se distorsiona el papel del Tribunal, convertido inadecuadamente en un presunto superpoder del Estado.

Es fácil que alimente ese perturbador espejismo el hecho indudable de que al Tribunal se encomienda, en defensa de la Constitución, el control de los actos y resoluciones de los tres poderes del Estado. Ciertamente “no hay problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación de sentido en la preceptiva constitucional, y con frecuencia más de una. Más técnicamente, esto suele llamarse el efecto impregnación o irradiación: los valores, principios y derechos fundamentales desbordan el marco constitucional e inundan, invaden o saturan el sistema jurídico en su conjunto, de manera que en puridad desaparecen las rígidas fronteras entre cuestiones constitucionales

* Sesión del día 30 de enero de 2018

¹ Algunos intentos de delimitar ambas jurisdicciones me han parecido siempre esfuerzos baldíos, por sustentarse en un desconocimiento del significado de nuestro modelo de justicia constitucional.

Así el que se basa en que el Tribunal Constitucional se limite a los asuntos de estricta constitucionalidad y sean de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria los de estricta legalidad. Esa distinción no sirve en un ordenamiento como el nuestro, en el que es muy difícil separar constitucionalidad y legalidad, ya que los jueces y tribunales han de interpretar constitucionalmente la ley (e incluso anular actos y reglamentos por inconstitucionales) y el Tribunal Constitucional no sólo ha de interpretar la Constitución sino también la ley que enjuicia” -M. ARAGÓN REYES, *Problemas de la justicia constitucional en España*, [en:] E. ARNALDO ALCUBILLA Y P. GONZÁLEZ-TREVIJANO (eds), *En pro de la regeneración política en España*, Cizur Menor, 2015: 604-605.

y cuestiones legales”². El cuadro falsea sin embargo la realidad si a dicha circunstancia no se añade otra: el continuo esfuerzo de autocontención que caracteriza la relación del Tribunal con el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

Al primero corresponde de modo prioritario el desarrollo de buena parte de los preceptos constitucionales, como pone de relieve la reserva de ley del artículo 53.1 de la Constitución Española (en adelante CE), en lo relativo a los derechos y libertades, con obligado respeto de su contenido esencial. El Tribunal Constitucional procurará en consecuencia no pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos legales, limitándose a hacerlo sobre su inconstitucionalidad o, en su caso, sobre su no inconstitucionalidad. Ello no solo en homenaje a la caracterización kelseniana de su tarea como legislación *negativa* sino, sobre todo, para alejar toda tentación de convertirse en evaluador de la mayor o menor constitucionalidad de las posibles alternativas de desarrollo legal³.

Buena prueba de esta actitud es su afán por dilucidar si, al menos, una determinada interpretación del texto legal impugnado puede considerarse no inconstitucional. Se da así paso a las llamadas *sentencias interpretativas*, que presentan alguna de las interpretaciones posibles como *conforme con la Constitución*. Se trata sin duda de una solución con frecuencia polémica, ante el riesgo de que se acabe atribuyendo tal condición a una interpretación que más bien merezca ser considerada *contra legem*⁴. Menos directa suele ser la tarea de contraste relativa a las intervenciones del Poder Ejecutivo. Estas se verán sometidas a control de constitucionalidad con ocasión de recursos de amparo por vulneración de derechos fundamentales, una vez agotada la vía previa ante la jurisdicción ordinaria.

Como consecuencia, es fácil advertir que la mayor posible zona de fricción se dará a la hora de que el Tribunal ejerza el control de constituciona-

² L. PRIETO-SANCHÍS, Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación, [en:] M. F. GASCÓN ABELLÁN (ed.), *Argumentación jurídica*, Valencia 2014: 33.

³ “No compete, pues, al Tribunal, en su función de órgano decisor de los recursos de inconstitucionalidad enjuiciar el mayor o menor acierto con que los operadores jurídicos estén llevando a cabo la labor de aplicación. (...) el Tribunal no puede ni debe decidir si es o no constitucional el ordenamiento normativo español de la huelga, entendiéndose por tal el sistema o el conjunto de criterios y normas determinantes del modo en que las Autoridades y los Órganos jurisdiccionales españoles están aplicando y entendiéndose el derecho de huelga, sino, exclusivamente, si son o no constitucionales los textos del Real Decreto-Ley 17/77 -Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 11/1981, de 8 de abril, FJ 4, Pte. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

⁴ Arquetípica al respecto la STC 31/2010, de 28 de junio, Pte. Marta Emilia Casas Baamonde, sobre el Estatuto de Cataluña, particularmente generosa al acogerse a dichas soluciones. De sus iniciales consecuencias polémicas me he ocupado en *Una gran novela*, [en:] L. ARROYO JIMÉNEZ, M. BELADIEZ ROJO, C. ORTEGA CARBALLO, J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (eds) *El Juez del Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Javier Delgado Barrio*, Madrid 2015: 191-210.

lidad sobre la tarea del Poder Judicial. Este habrá sido el primero en ejercer dicho control, sobre actos del Ejecutivo o de los particulares, promoviéndolo a la vez de modo indirecto respecto a preceptos legales mediante el planteamiento ante el Tribunal de cuestiones de inconstitucionalidad.

Olvidadas situaciones de tensión con el Tribunal Supremo, hoy felizmente superadas, no deja de ser también perceptible el esfuerzo de autocontención del Tribunal Constitucional a la hora de ejercer control sobre las resoluciones de la jurisdicción ordinaria; no en vano la invocación del artículo 24 CE se ha convertido en tónica a la hora de interponer recursos de amparo. No deja de ser significativo al respecto el diverso canon utilizado por el Tribunal⁵, según la posible vulneración del derecho fundamental afecte al *acceso a la jurisdicción* por el ciudadano, o al *acceso a un recurso* por parte de quien ya obtuvo una primera respuesta judicial en anterior instancia. Mientras en este segundo caso el Tribunal se limitará a constatar que la resolución judicial, siempre susceptible de crítica, no puede considerarse manifiestamente irrazonable, vetando solo las que hayan incurrido en error fáctico o quepa considerar abiertamente arbitrarias, en el primero la entrada en juego del principio *pro actione* obligará a calibrar la proporcionalidad del fallo ponderando el interés jurídico sacrificado⁶.

Elocuente respecto a este esfuerzo de autocontención del Tribunal al controlar la constitucionalidad de la labor judicial fue la decantación de su doctrina sobre el principio de *igualdad en la aplicación de la ley*⁷. Ante la llamativa existencia de resoluciones judiciales discrepantes respecto a casos idénticos, el Tribunal limitó inicialmente su control a las emanadas de un mismo órgano judicial, pasando pronto a considerar a cada sección de los colegiados como si se tratara de un órgano judicial diverso. Jugó -con alcance en ocasiones sorprendente- con la posibilidad de considerar como no “consciente” el cambio de criterio experimentado, aunque no se hubiera justificado de modo expreso su fundamento, y acabó por considerar la reiteración del nuevo crite-

⁵ Sobre todo a partir de la STC 37/1995, de 7 de febrero, Pte. Rafael de Mendizábal Allende.

⁶ Si bien “el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales ha de incorporarse a este derecho fundamental en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento que regulan los distintos órdenes jurisdiccionales, con la excepción del orden jurisdiccional penal por razón del derecho del condenado al doble grado de jurisdicción. Por tanto, la decisión sobre la admisión o no del recurso, es decir, la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales exigidos a tal fin, constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales ex artículo 117.3 CE, sin que este Tribunal pueda intervenir salvo que la interpretación de la norma a que se llegue sea arbitraria, irrazonable o manifiestamente infundada o bien producto de un error patente” (entre otras, STC 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 3, Pte. Javier Delgado Barrio).

⁷ De ello tuve oportunidad de ocuparme repetidamente -en 1989 y años después con análisis de nueva resoluciones- en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Cuadernos y debates n° 163, Madrid 2005.

rio como motivo suficiente para dar por no vulnerado el artículo 14 CE; con ello una primera resolución que habría incurrido en dicha vulneración, se vería constitucionalizada por su mera repetición. Solo cuando la discrepancia, aun no encajando en estos restrictivos criterios, resultaba llamativa se acogería al artículo 24 CE para conceder el amparo; por ejemplo, al no cumplirse la exigencia de “alteridad”, por ser el mismo recurrente el destinatario de las resoluciones discrepantes.

II. RECURSO DE AMPARO Y ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

El más claro exponente de esta autocontención, fruto del respeto a la frontera entre legalidad y constitucionalidad, facilitando el llamado *diálogo de tribunales*, fue sin duda la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que dio paso a lo que ha llegado a considerarse como “nuevo recurso de amparo”⁸. A ella se unió la del incidente de nulidad de actuaciones, para otorgar -según el epígrafe II de su Exposición de Motivos- a “los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales”. En realidad, al encomendarse la resolución al mismo órgano judicial que habría incurrido en la vulneración, su resultado práctico ha sido poco relevante⁹.

El ya citado artículo 53 CE, en este caso en su epígrafe 2, señala: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el Artículo 14 y la Sección 1 del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, *en su caso*, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el Artículo 30”.

Una visión un tanto simplista de la reforma llevó a entenderla como un mero intento de cercenar las posibilidades de acceso al siempre subsidiario y

⁸ “Cabe sostener fundadamente que hay un antes y un después de esta reforma legal, y que por ello puede calificarse como «nuevo» al amparo que resulta” -M. ARAGÓN REYES, *Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo*, Otrosí 2012: 9.

⁹ “El incidente sigue teniendo muy escasa utilidad como vía para reducir los amparos, y ese problema deriva de su carácter de remedio horizontal y no vertical. A lo que se suma el hecho de que en ese remedio, que es, creo, un proceso de protección de los derechos fundamentales, no actúa preceptivamente el Ministerio Fiscal, como a mi juicio debiera, dados los términos de la Constitución y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Probablemente tendría más eficacia si se regulase como un recurso vertical (cuando la última instancia es el Tribunal Supremo, podría entender del mismo la sala en pleno, si la resolución la dictó una sección, o el órgano previsto en el artículo 61 LOPJ si la resolución la hubiese dictado la sala en pleno) -M. ARAGÓN REYES, *Algunos problemas del nuevo recurso de amparo*, [en:] F. Herrero-Tejedor Algar, *Liber amicorum*, Madrid 2015: 263.

excepcional recurso de amparo. Ciertamente el Tribunal corría riesgo de morir de éxito, dado que en 2006 llegaron a ser 11.471 los amparos presentados, que suponían el 97,7% de su carga de trabajo, con los consiguientes retrasos...

Como la nueva ley recordaba, no era ciertamente novedoso el intento de lograr que la intervención del Tribunal fuera “realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria”. La expresión “en su caso” del artículo 53.2 CE recordaba ese carácter del recurso en cuestión, que implicaba el previo agotamiento de una previa intervención judicial, en doble instancia en buena parte de los casos.

El ambicioso alcance de la reforma llevaba consigo lo que se ha caracterizado como *objetivación* del recurso de amparo, descartando su arraigada conversión *subjetiva* en tercera instancia procesal. Como consecuencia, el centro de gravedad del decisivo trámite de admisión se trasladaba de la previa constatación de tasados motivos de inadmisión, incluida la no apreciable *vulneración* de un subjetivo derecho fundamental, a la argumentación justificadora de una objetiva *especial trascendencia constitucional*. Esto debería haber obligado a un cambio de estrategia procesal por parte del recurrente y de sus asesores, a los que se veta toda confusión de ambos aspectos; no solo se les atribuye la carga argumental de justificar la aludida trascendencia, sino que si, al intentarlo, acababan limitándose a insistir en la existencia de una vulneración de su derecho sientan paradójicamente las bases para una drástica inadmisión¹⁰.

Las tozudas cifras dan fe de que tan relevante cambio no ha sido ni remotamente asimilado. Resulta explicable, dado el alcance del nuevo texto legal, en cuya Exposición de Motivos se reconoce que “se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado”. Los amparos se han mantenido en el quinquenio 2011-2015 por encima de los 7.000, en evidente desproporción con el resto de los asuntos ingresados, mientras que las sentencias dictadas sobre ellos al cabo de cada año -obviamente no todas estimatorias- no llegan a cien¹¹.

¹⁰ Ello ha convertido en tónica en los informes preliminares sobre recursos de amparo la afirmación de que el analizado “no satisface debidamente la carga insubsanable consistente en justificar la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 LOTC), que es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental y que requiere de una argumentación específica (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3, Pte. Pascual Sala Sánchez, y jurisprudencia constitucional allí citada)”.

¹¹ Quizás influya en ello decisivamente lo apuntado por M. Aragón Reyes, La argumentación de la especial trascendencia constitucional lleva consigo que “para redactar una demanda de amparo ha de poseerse una especial cualificación profesional que implica el dominio de la doctrina y jurisprudencia (del propio Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) sobre los derechos fundamentales susceptibles de amparo” -M. ARAGÓN REYES, *Las dimensiones subjetiva y objetiva del nuevo recurso de amparo* (op. cit. nt. 8): 9.

En un 37% de los casos la inexistencia o insuficiencia de la justificación de la especial trascendencia constitucional llevó a la inadmisión, mientras que en un porcentaje similar la causa fue la previsible ausencia de vulneración; en otro 15% de los casos fueron motivos procesales, como la falta de agotamiento de la previa vía judicial o la mera extemporaneidad, los que llevaron a similar resultado.

La polémica hizo que el problema llegara al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo que, en sentencia de 20 de enero de 2015, falló por unanimidad el caso *Arribas Antón contra España* (16563/11, HUDOC), avalando los “tres criterios enunciados en la ley, a saber «la importancia [del recurso] para la interpretación, para la aplicación o para la eficacia general de la Constitución, y para la determinación del contenido y del alcance de los derechos fundamentales»”.

El propio Tribunal Constitucional había ya intentado -en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, Pte. *Vicente Conde Martín de Hijas*- orientar didácticamente a los interesados esbozando un índice de supuestos de previsible admisión. Entre otros: cuando la cuestión constitucional sea novedosa; ante un posible cambio en la doctrina constitucional o casos que requieran aclaración por un proceso de reflexión interna, por la aparición de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental; cuando la vulneración tenga como origen la ley u otra disposición de carácter general o, de modo genérico, cuando el asunto trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o provoque consecuencias políticas. A la vez se recordaba que “tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental (...) tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su ‘especial trascendencia constitucional’, frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo”.

También es verdad que el resultado de las deliberaciones en las cuatro Secciones del Tribunal pone de relieve que tampoco está resultando fácil a los propios Magistrados asimilar el notable sesgo provocado por la reforma, al verse abocados a inadmitir recursos de amparo en los que no cabe descartar una posible vulneración de derechos. Resulta decisivo al respecto si el trámite de admisión se abre, como venía siendo habitual, con el barrunto de una posible *vulneración* o, como ahora es obligado, con el análisis de la justificación de la *especial trascendencia constitucional* ofrecida por el recurrente e incluso el posterior reconocimiento de su existencia por la propia Sección.

III. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si de este escarceo sobre el día a día del Tribunal pasamos a los problemas de teoría del derecho habría que relativizar la rotunda afirmación de que el afianzarse del llamado *neoconstitucionalismo* puede poner en peligro el *principio de legalidad*. Me temo que ello puede ser fruto de un mero efecto óptico, si -puestos a ocuparnos, siguiendo el imperativo positivista, del derecho como es- tenemos en cuenta la ya señalada autocontención que preside el control de constitucionalidad. No es el protagonismo cobrado por la Constitución lo que puede poner en jaque determinado concepto del principio de legalidad, sino el giro hermenéutico¹² experimentado por la teoría del derecho más de un decenio antes, reflexionando sin duda sobre las normas constitucionales. Habría que trasladarse más bien a hace cincuenta años, cuando ya se nos animaba a profundizar sobre el alcance de la distinción entre *derecho* y *ley* en la Ley Fundamental alemana¹³.

Fue la irrupción de la filosofía jurídica auspiciada por la obra de Gadamer, con la que tuve la fortuna de familiarizarme trabajando en Munich junto a Arthur Kaufmann¹⁴, la que generó un cambio de paradigma, más allá de los fervores constitucionales. Como consecuencia, no es el autocontenido control de constitucionalidad del Tribunal sino la cotidiana labor interpretativa de la jurisdicción ordinaria, obligada por el contrario a no contenerse, la que configurará decisivamente el sentido de los textos legales, sin perjuicio de oficiar a la vez como intérprete primario de sus implicaciones constitucionales.

Es ese nuevo paradigma hermenéutico el que arruina las viejas estructuras positivistas. El *normativismo* resultaba relativizado y, con ello, la idea del derecho como sistema de *normas*, para dar entrada al juego de los *principios*. Me llamó mucho la atención en su día que Díez Picazo criticara la invocación del *principio de igualdad en la aplicación de la ley* argumentando que “el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas, lo que a mi juicio no es, en puridad, competencia del Tribunal. La referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros

¹² Como fuente de inspiración: H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen 1960.

¹³ A. KAUFMANN, *Gesetz und Recht Saarbrücken*, Saarbrücker 1966.

¹⁴ Ello me permitió hacerlo también junto a Winfrid Hassemer, aun *Privatdozent* pero llamado pronto a la Universidad de Frankfurt, de donde pasaría al Tribunal Constitucional Federal de Karlsruhe, del que sería Vicepresidente; igualmente junto a Ulf Neumann, que sería con el tiempo Decano de la Facultad de Derecho de aquella misma universidad, y con Uli Schroth, que permaneció en Munich. Aparte de asistir a alguna clase de Karl Larenz, pude también tomar contacto con Joachim Hruschka, particularmente centrado entonces en dicha temática. Entre los frutos personales de esta enriquecedora experiencia, el libro *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlegendiskussion in Deutschland*, Ebelsbach 1978; incluido en la colección de la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich, con el patrocinio de la Deutsche Forschungsgemeinschaft.

semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad, permite una fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas. Por ello, no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las normas en cuestión a un principio general de derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los principios, cosa que a quien esto escribe le parece perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del artículo 14 de la Constitución ni como tarea general del Tribunal¹⁵. Debo reconocer que me ha asombrado más todavía leer recientemente algo no muy distinto, cuando lo que se caracteriza como “ponderación equitativa de las circunstancias fácticas del caso” se contraponen a “la tesis principialista que configura la ponderación como equilibrio no ya de las circunstancias fácticas, sino de los principios normativos en concurso entre sí”¹⁶.

No me parece nada extraño, sin embargo, que esta entrada en juego de los principios lleve a poner en guardia respecto al iusnaturalismo. No en vano han pasado al museo unos *principios generales del derecho*, que no añadirían nada a lo ya contenido en los textos legales -algo así como la mera legalidad en formato spray, como he comentado más de una vez a mis alumnos¹⁷-, para dar paso a unos principios pre-legales que, incluso en su versión menos incisiva, informarán “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos” (artículo 53.3 CE).

Entiendo pues que hayan surgido frecuentes referencias a un posible parentesco entre constitucionalismo y derecho natural¹⁸. Valgan algunos ejemplos: “El papel que desempeñaba antes el Derecho natural respecto del soberano, lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador”¹⁹. “El constitucionalismo contemporáneo ha contribuido a la crítica y a los intentos de

¹⁵ En su Voto Particular a la temprana STC 34/1981, de 10 de noviembre, Pte. Rafael Gómez- Ferrer Morant.

¹⁶ L. FERRAJOLI, Comentarios a las intervenciones de Manuel Atienza, Juan Antonio García Amado y Alfonso García Figuerola, *Teoría & Derecho* 2016 n° 20: 137.

¹⁷ En realidad, se ha escrito, “bajo los llamados principios generales del Derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación, suponiendo que se pueden obtener normas a partir de normas”; se trata pues de “un caso de creación de Derecho en sede interpretativa” - L. PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, México D.F. 2014: 84 y 85.

¹⁸ Yo mismo titulé mi primer trabajo posterior a la Constitución: *Droit naturel et „jurisprudence de principes“ (avec référence a la Constitution espagnole de 1978)*, [en:] *Contemporary Conceptions of Law*, Stuttgart 1979; *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Supplementa)*, vol. I, part 1: 629-639.

¹⁹ “En suma, la Constitución es una ley del Estado, pero actúa como si fuera una norma superior a cualquier norma dictada por un órgano del Estado; en cierto modo, desempeña la función del Derecho natural” -L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, México D.F. 1997: 17 y 35. El mismo L. Ferrajoli, alude a orientaciones “principialistas de tipo neoiusnaturalista” — L. FERRAJOLI, *Argumentación interpretativa y argumentación equitativa: contra el creacionismo judicial*, *Teoría & Derecho* 2016, N° 20: 71.

superación del positivismo metodológico, todo ello en la línea de recuperación de un cierto iusnaturalismo”²⁰.

Todo ello resulta refrendado cuando, partiendo de la distinción kelseniana entre ordenamientos dinámicos y estáticos, se constata que “el ‘principalismo de las Constituciones modernas trae a primer plano el criterio o principio estático y aquí la actitud ‘crítica’ cobra todo su valor”²¹. En efecto, en el marco del neoconstitucionalismo “la validez de todas las normas y en primer lugar de la ley se hace depender también de su contenido, o sea, de su adecuación a los preceptos sustantivos de la constitución, lo que requiere emprender una argumentación capaz de dotar de alguna objetividad a su significado. En suma, la identificación del Derecho ya no puede seguir concibiéndose como una mera cuestión de hecho independiente del contenido, sino siempre al mismo tiempo como el resultado de juicios de valor que han de ser fundamentados mediante argumentación”²². Ello no deja de aportar consecuencias positivas²³.

En lo que estoy menos de acuerdo es que “si bien es verdad que no todo Derecho natural está sin más en la base del constitucionalismo, sí parece cierto que este último representa una traslación a la esfera del Derecho positivo de los postulados de un cierto Derecho natural, concretamente del iusnaturalismo racionalista, secularizado y contractualista de los siglos XVII y XVIII”²⁴. Es fácil reconocer que ese iusnaturalismo sirvió más bien de matriz a la codificación y, con ella, al positivismo legalista. El constitucionalismo, por el contrario,

²⁰ Aunque “sería del todo equivocado trazar una correspondencia absoluta entre Derecho natural y constitucionalismo”. “La justicia constitucional, como toda forma de limitación o control del poder, encuentra mejor acomodo en esa ideología iusnaturalista. Hay por tanto en el constitucionalismo y en la justicia constitucional lo que pudiéramos llamar un residuo funcional de iusnaturalismo en el sentido de que las Constituciones vienen a desempeñar la función en otro tiempo desempeñada por cierto Derecho natural, desde luego con un alcance muy diferente” -L. PRIETO SANCHÍS, *Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional*, [en:] J. L. Requejo Pagés (ed.), *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional*, Oviedo 2006: 38, 40 y 102-103.

²¹ L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo* (op. cit. nt. 19): 65. “Recordando la conocida distinción kelseniana entre sistemas estáticos (morales) y dinámicos (jurídicos), cabe decir que el constitucionalismo contemporáneo fortalece la dimensión estática del Derecho” -L. PRIETO SANCHÍS, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación* (op. cit. nt. 2): 22. Similar afirmación en *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación* [op. cit. nt. 17]: 19; en consecuencia, “la imagen del Tribunal Constitucional como legislador estrictamente negativo debe ser revisada”: 22.

²² L. PRIETO SANCHÍS, *Presupuestos neoconstitucionalistas de la teoría de la argumentación* (op. cit. nt. 2): 33.

²³ “Ya no basta apelar a la autoridad del órgano y al procedimiento -que es en sustancia lo que hacía el Tribunal Constitucional kelseniano-, sino que es preciso también acudir a los contenidos. Y con esta extensión de la argumentación y, por tanto, de la justificación creo que se amplían las fronteras del Derecho y del Estado de Derecho en detrimento de la esfera más decisionista o política dominada por la libertad de configuración legislativa o por la intuición subjetiva del juez”, -L. PRIETO SANCHÍS, *Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*, Doxa 2000, n° 23: 194.

L. PRIETO SANCHÍS, *Iusnaturalismo, positivismo y control de la ley. Los presupuestos históricos, ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional* (op. cit. nt. 20): 102.

de emparentar con algún iusnaturalismo, será con planteamientos que se sientan deudores del ya comentado giro hermenéutico y argumentativo; sensibles, en consecuencia, a la dimensión histórica que todo derecho lleva consigo²⁵.

IV. IUSNATURALISMO MOTEJADO COMO IUSMORALISMO

Lo que no acabo de entender, jergas de combate aparte, es que se hable de *iusmoralismo*, y menos que lo haga un admirable superviviente del positivismo jurídico²⁶; planteamiento del que siempre he admirado su afán por no confundir derecho y moral. Si ya los anglófonos *derechos morales* me han sonado siempre atronadoramente a oxímoron, en la versión tipificada por la Real Academia de la Lengua²⁷, no deja de asombrarme que quienes juraron limitarse a describir al *derecho como es* lleguen a la resignada conclusión de que el único modo de que un jurista lo logre es convertirse en coleccionista de juicios morales; todo ello por el tozudo empeño en no considerar jurídicas a determinadas exigencias, pese a formar parte del mínimo ético posibilizador de una convivencia humana, por el mero hecho de no haber sido todavía homologadas en formato legal. Es obligado reconocer, partiendo de la llamada ‘rematerialización’ constitucional, que “no es en la Constitución, sino fuera de ella, en donde el juez ha de buscar el criterio con el que juzgar sobre la licitud o ilicitud de la diferencias establecidas por el legislador”²⁸. Lo que no acabo de entender es el empeño por calificar como morales a tan obvias exigencias jurídicas.

Comprendo que cuando de derecho natural se habla resulte discutible el fundamento y alcance que quepa reconocer al adjetivo *natural*, pero no que ello se extienda a la sustantiva juridicidad de dichas exigencias; precisamente por eso -y no por desvaríos morales- se ven incluidas en la argumentación judicial, sin que el juez de turno pretenda con ello llamar a nadie a la conversión. Sin duda la alergia al iusnaturalismo se alimenta con frecuencia de la torpeza de algunas de sus versiones menos afortunadas, que clonan los planteamientos positivistas diseñando una especie de código alternativo, que no queda claro si habrá que custodiar en la biblioteca o en la sacristía²⁹.

²⁵ Valga como precursor A. KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen 1957.

²⁶ J. A. GARCÍA AMADO, *Comentarios sobre los textos de Atienza, García Figueroa y Ferrajoli*, Teoría & Derecho 2016, n° 20: 127.

²⁷ “Combinación, en una misma estructura sintáctica, de dos palabras o expresiones de significado opuesto que originan un nuevo sentido, como en un silencio atronador”.

²⁸ F. RUBIO LLORENTE, *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción*, Revista Española de Derecho Constitucional 1991, n° 31: 30.

²⁹ Quizá piensa en ellos L. PRIETO SANCHÍS cuando afirma: “Creo que la idea nuclear de una teoría del Derecho iusnaturalista puede resumirse en un lema, la moralización del Derecho, esto es, la idea según la cual la determinación de lo que dice el Derecho depende en alguna medida de lo que dice la moral” -*Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral. Variaciones sobre la presunta obligatoriedad del derecho*, [en:] *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al Profesor Andrés Ollero*, Madrid 2015: 103.

No tiene por ello nada de sorprendente que más de uno se haya visto obligado a preguntarse si es realmente iusnaturalista³⁰.

Soy consciente de que mi planteamiento no coincide con el masivamente generado por la literatura anglosajona. El Profesor Moreso ha tenido a bien afirmar cortésmente con apoyo en dos acertadas citas, que desde mis primeras publicaciones he “mantenido una posición original al respecto”.

Por una parte: “Habría que identificar a una exigencia como moral cuando tuviera como objetivo el logro de la máxima perfección ética individual. Obviamente sería una determinada concepción antropológica la que llevaría a asumir uno u otro código moral, en relación a lo que se considere que perfecciona de modo más excelso al ser humano. El derecho ha de servir de fundamento a exigencias más modestas, lo que ha llevado a que con toda razón se lo caracterice como mínimo ético, porque con ese logro se conforma: posibilitar una pacífica y ordenada convivencia, que dejaría campo abierto para aspirar a las más ambiciosas metas morales”.

Por otra parte, como consecuencia, “describir el derecho como es en realidad, lleva a reconocer que en su dinámica entran en juego elementos jurídicos no formalmente positivados, o a los que sólo cabe considerar positivados de modo implícito. Así ocurrirá con los valores y -aún más, dada su mayor operatividad jurídica- con los principios”³¹.

No creo que mi afán por llamar derecho a lo jurídico y moral a lo moral, digno de un positivista de los mejores tiempos, pueda trivializarse como mera disquisición terminológica. De ahí que me permita traducir a términos jurídicos algunas bienintencionados intentos de presentar las realidades jurídicas como lo que a mí me sonarían a salmodias morales.

Comenzaré por la afirmación de que “el derecho no agota el ámbito de la moralidad, sino sólo aquella parte que se refiere a la vida de las personas en sociedad, sólo aquella referida a la virtud de la justicia”³². A mi modo de ver, lo que el derecho -por su condición de *mínimo ético*- no agota es el ámbito de la eticidad; de lo que debo hacer, sea para perfeccionarme moralmente o para limitarme a convivir jurídicamente. Es cierto que el derecho sólo confluye con la moralidad en lo que se refiere a la vida de las personas en

³⁰ Mi caso, sin ir más lejos: *¿Soy en realidad iusnaturalista?*, [en:] *Liber amicorum. Homenaje al Profesor Luis Martínez Roldan*, Oviedo 2016: 515-534.

³¹ J. J. MORESO, *Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral*, [en:] *Una filosofía del derecho en acción (op. cit. en nt. 29)*: 68, 74 y 78. Las citas remiten a *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Madrid 2012: 28 y 22-23.

³² J. J. MORESO, *Antígona como defector. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli*, *Doxa* 2011, n° 34: 185. Respecto a alusiones posteriores remito a las páginas 185, 188, 190, 191 y 195.

sociedad. Esa confluencia lleva en ocasiones al derecho incluso a generar exigencias morales; no debo, por exigencia jurídica de convivencia, robar y ello me genera la consiguiente obligación moral. Por el contrario, la virtud de la justicia no genera exigencia jurídica alguna. Tal virtud es, como todas, un hábito subjetivo de conducta moral, que en este caso obliga a dar a cada uno lo suyo; pero quien determina qué es lo suyo de cada uno es el derecho, que es el que acabará generando así una exigencia moral. La vinculación del derecho no se da con la subjetiva virtud de la justicia sino con la justicia objetiva, que es la recogida en clave cognoscitivista en el artículo 1 CE como valor superior del ordenamiento jurídico; pero lo jurídico no tiene nada que ver con virtud alguna. Si algún iusnaturalista afirmara eso, conmigo que no cuente; si acaso, relacionaría la actividad del jurista con la virtud de la prudencia.

Como correlato de lo anterior, más que una conexión necesaria entre derecho y moral, que lo subordine a ella, habría una conexión contingente entre moral y derecho, en la medida en que este llegue a generar exigencias de ese cariz³³. Más que de objetivismo moral yo hablaría pues de objetivismo jurídico. Corrigiendo a Dworkin, afirmarí que si la justicia objetiva³⁴ no existe, tampoco hay ninguna tesis interpretativa que pueda ser realmente superior en los casos verdaderamente difíciles.

No comparto por tanto con Ferrajoli que la separación conceptual entre Derecho y moral comporte el rechazo del objetivismo ético; más bien lo presupone. Dentro de las exigencias éticas objetivas, no es difícil distinguir las jurídicas de las meramente morales. En consecuencia, no tendría problema en suscribir una tesis epistémica según la cual los seres humanos disponemos de acceso confiable a un conjunto privilegiado de pautas jurídicas válidas; esto es lo que en realidad explica la referencia argumentativa a derechos humanos o fundamentales. Los sistemas jurídicos no *incorporan* pues, en la identificación y la aplicación del Derecho, consideraciones morales sino consideraciones jurídicas no formalmente homologadas.

No me atrevo a pronunciarme sobre si “el constitucionalismo postpositivista ha contribuido a la propagación de una auténtica epidemia de sinceridad, ofreciendo respaldo o cobertura teórica para decir con argumentos refinados lo que casi todos sabían o intuían”; pero sí tengo clara disconformidad con la conclusión que ello se deriva: que “cuando se resuelven conflictos jurí-

³³ Creo por ello coincidir con *L. Prieto Sanchís*, cuando afirma que “si se quiere mantener la idea de obligatoriedad en relación con las normas jurídicas, conviene reformularla en términos de obligación prudencial: la norma influye en la conducta de los destinatarios, que pueden sentirse efectivamente obligados o compelidos, pero sólo en la medida en que pretendan eludir las sanciones o conseguir las recompensas anudadas al comportamiento previsto en la norma; si además se sienten obligados en otro sentido, ello obedecerá a razones morales y no jurídicas” -*Constitucionalismo y positivismo* (*op. cit.* en nt. 19): 12.

³⁴ R. DWORKIN, habla de “verdad moral objetiva” -*La justicia con toga*, Madrid 2006: 73.

dicos se están ofreciendo respuestas morales y que, por tanto, es perfectamente lógico que en el razonamiento jurídico se conjuguen argumentos procedentes del Derecho estricto con otros derivados de la filosofía de la justicia”³⁵. No en vano tengo claro que la filosofía de la justicia no es sino filosofía del derecho, sin perjuicio de que pueda tener el efecto colateral de orientar a alguien en su empeño de comportarse más virtuosamente.

V. DERECHO COMO MÍNIMO ÉTICO Y LEY INJUSTA

En la medida en que se me pueda considerar iusnaturalista, y precisamente por eso, me vería obligado a modificar las dos tesis propuestas por Moreso al respecto. Considero, como primera tesis, que hay un conjunto privilegiado de principios (o valores, razones, pautas) jurídicos válidos, pero -a mi juicio- su vigencia práctica nunca será independiente de cualquier contexto (de las creencias y deseos de los seres humanos en cualesquiera circunstancias), dada la historicidad propia de todo derecho; tenga un fundamento natural o meramente positivo. Tales valores, razones o pautas no son morales sino jurídicos; la argumentación de su validez difícilmente prosperará si desconoce las creencias y deseos de los seres humanos. En cuanto a la segunda tesis, si fuera cierta, yo no sería iusnaturalista: no suscribo que las normas positivas contrarias a alguno de los principios referidos no sean jurídicas. Son, a mi modo de ver, un claro ejemplo de derecho deficiente, por no reflejar adecuadamente la justicia objetiva; serían válidas desde una perspectiva jurídico-formal, pese a deficiencia jurídico- material. Ello me ha llevado a criticar el intento de *Alexy* de resucitar la *fórmula de Radbruch* con ocasión de los procesos a los *vopos* del muro de Berlín³⁶.

No ha faltado quien crea detectar en ello “un aspecto oscuro, cuando no contradictorio: de un lado, el iusnaturalismo nos dice que todo Derecho incorpora un mínimo ético, pero no porque lo importe eventualmente de la moralidad, sino porque forma parte, ontológicamente, de su propio ser, incluso aunque las normas puestas guarden silencio. Pero, de otro, se reconoce que el Derecho injusto, que parece ser una violación del estatus ontológico del mismo Derecho, sigue siendo un sistema jurídico”. Ya que se alude repetidamente a lo ontológico, bastaría para aclarar la situación remitirse a la distinción entre esencia y existencia. Cuando media la conducta humana, no siempre es fácil que la práctica existencial se identifique con exigencias esenciales; es la cotidiana experiencia de nuestra finitud. No es de extrañar que haya “sistemas jurídicos realmente existentes que, sin embargo, no reúnen las condiciones estipuladas en la

³⁵ L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo* (op. cit. en nt. 19): 94.

³⁶ *El derecho en teoría*, Cizur Menor 2007: 22 y ss.

definición del Derecho”³⁷; tampoco que haya hombres con comportamientos inhumanos, a los que no se niega por ello la condición de tales ni la titularidad de derechos. El motivo es el respeto a la dignidad humana, que también legitima a los Estados democráticos. Cuando no es este el caso, no cabe duda de que han de entrar en juego los tribunales internacionales para sancionar los crímenes contra la humanidad, o incluso iniciativas de injerencia humanitaria con la legitimación de las estructuras internacionales ya positivadas. Todo ello puede sonar también a iusnaturalismo.

Comparto, por supuesto, que “es posible rechazar el relativismo sin abrazar el absolutismo, ni el fundamentalismo”. El cognoscitivismo y el objetivismo jurídico no llevan inevitablemente a un absolutismo jurídico ni a la intolerancia con las opiniones disidentes; por el contrario, son imprescindibles para establecer la frontera de lo intolerable, sin la que la tolerancia -y con ella el control de constitucionalidad y el garantismo- pierde todo sentido³⁸. Suscribo, en consecuencia, la necesidad de una “prudencia epistémica”. Admito que hay proposiciones jurídicas (no logro entender por qué se las disfraza de morales) que “ninguna persona razonable rechazaría”, por ser “verdaderas en todas las perspectivas”³⁹.

Afirmar que la cultura del constitucionalismo ha incrementado el grado de incorporación de la moral al Derecho, no es sino reconocer la tácita vigencia de lo que cabría caracterizar como un *iusnaturalismo incluyente* bien distinto de sus versiones estratosféricas. Ignorarlo obliga a inventarse “una norma específicamente jurídica” que remita a criterios morales⁴⁰, por no reconocer la necesidad de las normas positivas de incluir exigencias jurídicas no formalizadas.

No suele advertirse que la transmutación en moral de lo jurídico no formalizado, hace irreconocible el derecho al ignorar su interminable dimensión consecuencialista, que reviste un claro carácter positivo, bien distinto de su escasa prestancia en el ámbito moral. Aunque moralmente el fin no justifique los medios, resulta imposible evaluar jurídicamente cualquier referencia a medios sin dar entrada a una dimensión teleológica.

³⁷ L. PRIETO SANCHÍS, *Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral. Variaciones sobre la presunta obligatoriedad del derecho* (op. cit. nt. 29): 111, nt. 18.

³⁸ Sugestivo al respecto el planteamiento de E. GARZÓN VALDÉS, «No pongas tus sucias manos sobre Mozart». *Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia*, Claves de razón práctica 1992, n° 19: 16 y ss.

³⁹ L. PRIETO SANCHÍS concreta con acierto a qué me refiero: “Esa verdad jurídica son los derechos humanos, que ya no se conciben como exigencias morales eventualmente importadas por los Derechos positivos, como si se tratase de mercancías ajenas, sino que encarnan de modo inmediato exigencias jurídicas incluso aunque carezcan de respaldo explícito en las normas puestas, porque resulta que ‘no es cierto que en los textos legales esté ya puesto el derecho’” -*Entre la moralización del derecho y la legalización de la moral. Variaciones sobre la presunta obligatoriedad del derecho* (op. cit. nt. 29): 109. La cita final remite a mi libro: *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Pamplona 2005: 57.

⁴⁰ F. LAPORTA, *Entre el derecho y la moral*, México D.F. 1993: 62.

No pienso que interpretar una norma poniéndola en relación con la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, como indica el artículo 3.1 del Código Civil, implique recurrir a juicio moral alguno, ni tampoco que tenga tal carácter el reconocimiento por el Tribunal Constitucional como “razonable” de la solución propuesta para un caso por la jurisdicción ordinaria. No considero tampoco que apreciar la posible crueldad de una pena obligue a manejar un término moral⁴¹, como tampoco apreciar ensañamiento o alevosía; se trata sin duda de términos jurídicos. Tampoco dictaminar la existencia de tratos inhumanos o degradantes lleva consigo un razonamiento genuinamente moral. Una cosa es que tanto el derecho como la moral se apoyen en una concepción antropológica y otra que todo lo en ella apoyado, sea para configurar un mínimo ético o una exigencia maximalista, haya de identificarse como moral.

El embarullamiento de moral con derecho lleva a afirmar algo para mí tan asombroso como reconocer que “un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces” o que “es posible que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible que no sea así”; afirmación que, si se me permite la broma, podría atribuirse al presidente Rajoy. Nunca se me ha ocurrido pensar, como magistrado constitucional, que mi misión consista en constatar si una norma “se conforma con aquello que, como cuestión objetiva, es la mejor interpretación desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución”; lo que persigo, con más o menos éxito, es la mejor interpretación jurídica. Lo mismo he aplicado a la afirmación de Dworkin de que el derecho es una parte institucionalizada de la moralidad política⁴².

En esa misma línea tampoco traduciría el punto de vista interno hartiano como punto de vista moral, sino como jurídico. En la medida en que no califico como morales determinados conceptos o consideraciones, no me veo obligado a admitir que “lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral”⁴³. El derecho implica un ejercicio de razón práctica, pero -sin perjuicio de la unidad del razonamiento prác-

⁴¹ Al respecto: “cruel es, sin duda, un término moral” - J. J. MORESO, *La ciudadela de la moral en la corte de los juristas*, Anuario de Filosofía del Derecho, 2012 (XXVIII): 127. Para alusiones posteriores remito a las páginas 128, 129 y 133.

⁴² *En diálogo con Dworkin: moralidad política y derecho natural*. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas 2014 (LXVI-91): 461-77. No me parece riguroso ni clarificador que no podamos ser conscientes de si estamos hablando de derecho, de moral o de política. -L. PRIETO SANCHÍS por su parte, considera que “la doctrina del Derecho natural se muestra así con sus más claros perfiles: parece haber una moralidad objetiva, universal y cognoscible que tiene en sí misma relevancia jurídica; por tanto, los principios más fundamentales serían los mismos en cualquier contexto y habrían de ser tomados siempre en consideración a la hora de aplicar el Derecho”; en consecuencia lo considera a este enfoque “acreedor a cuantas críticas se hayan podido formular a la doctrina del Derecho natural” - *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación* (op. cit. nt. 17): 105.

⁴³ J. J. MORESO, *Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral* (op. cit. en nt. 31): 73.

tico- no estimo preciso calificar como argumentación moral todo ejercicio de razón práctica, pese a ser netamente dispar su intención performativa⁴⁴. Existe sin duda un razonamiento jurídico. Pero sigo sin acertar. Resulta que hay que celebrar, ya iba siendo hora, que, “a partir de la idea de unidad del razonamiento práctico”, se “rompe el tradicional objetualismo separacionista (el Derecho positivo por un lado y el natural por otro, como objetos o realidades separadas)”⁴⁵; pero, al parecer, es fruto de que se ha aportado “una visión original de las relaciones entre Derecho y moral”. Ya es mala suerte...

VI. UN PROBLEMA JURÍDICO: LA STC 11/2016, DE 1 DE FEBRERO. EXIGENCIAS JURÍDICAS NO LEGALIZADAS

Quizá haya llegado el momento de contrastar estos escarceos teóricos con algún ejemplo tomado de la jurisdicción constitucional. Puede servirnos al respecto la STC 11/2016, de 1 de febrero, de la que yo mismo fui ponente. Recurre en amparo una ciudadana que convive en pareja y queda embarazada. Aguarda de buen grado su maternidad, pero uno de los habituales controles periódicos lleva a diagnosticar una cromosopatía de improbable viabilidad y, en rutinaria consecuencia, a sugerir la programación de un aborto. Acepta, pero tras ser dada de alta después de la intervención reclama que se le entregue el feto, para poder “dar digna sepultura a su creación física y espiritual y a despedirla en compañía de su pareja, en una ceremonia de carácter civil y familiar”, dado que se halla de viaje, y proceder a su incineración. A partir de este punto de partida se encadenan situaciones aún más sorprendentes. Se le niega la entrega solicitada, con apoyo en un protocolo sanitario, recabándose licencia judicial, ya que se consideran meros “restos quirúrgicos” los del feto, al pesar este menos de 500 gramos y no ser fruto de al menos 180 días de gestación; requisitos que llevaría a considerarlos “restos humanos de entidad suficiente”. En realidad lo previsto en la “ley de policía sanitaria y mortuoria de la comunidad autónoma es que el destino de todo resto humano y/o cadáver debe ser el enterramiento, la incineración o arrojar los restos al mar”.

La recurrente no se amilana y plantea su problema en sede judicial. La jueza de turno va a aportar dos argumentos al debate procesal. Por una parte, interpreta la petición de entrega del feto como una solicitud de inscripción en

⁴⁴ Por eso, aun admitiendo como L. PRIETO SANCHÍS que “el juicio de ponderación que entrañan los principios obliga al intérprete al desarrollo de una racionalidad práctica enormemente más compleja que la exigida por la tradicional subsunción”, no comparto que implique “una racionalidad que ni en sus premisas normativas (los principios) ni en su realización difiere de forma sustancial de la argumentación moral” -*Constitucionalismo y positivismo* (op. cit. nt. 19): 21.

⁴⁵ Los responsables serían “los que se declaran ‘postpositivistas’ o ‘no positivistas’, como ALEXY, NIÑO, DWORKIN o en España GARCÍA FIGUEROA” — L. PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación* (op. cit. nt. 17): 78.

el Registro Civil. La ley considera obligatorio hacerlo si se cumple alguno de los dos requisitos ya aludidos. Tal obligación no parece implicar, a contrario, que -de no cumplirse ninguno de ellos- se prohíba la entrega. Así lo reconoce la jueza, pero entiende que no pueden obviarse los protocolos existentes y deniega la inscripción y la consiguiente entrega. A la vez demuestra su conocimiento de las exigencias del principio de igualdad en la aplicación de la ley, sorprendiendo a propios y extraños al admitir que falló a favor de una entrega similar en un caso anterior; pero considera que, pese a no cumplirse tampoco los requisitos mencionados, constituía “un supuesto sensiblemente distinto” por dos razones. Por una parte, se trataba de un aborto espontáneo y no, como en el caso presente, programado. Por mucho que incomode a los ciudadanos pro-vida, lo cierto que es dicha distinción es, en nuestro ordenamiento legal, absolutamente irrelevante. Por otra, la anterior recurrente había alegado que era de confesión musulmana y que sus creencias le impedían permitir la incineración de los restos, que habrían de ser sepultados en tierra, lo que plantearía un “conflicto con el derecho de libertad religiosa”. La jueza optó por que se le entregara el feto.

La recurrente basa su argumentación en la existencia de tres posibles vulneraciones de derechos: su libertad ideológica, considerada menos digna de protección que la religiosa de su antecesora; la discriminación en razón de sus convicciones, derivada de lo anterior, ya que jueza argumenta que no “invoca religión católica alguna”; por último, aportando jurisprudencia de Estrasburgo, aunque sea un tanto alejada, al tratarse del sepelio de un hijo nacido muerto, estima vulnerado su derecho a la vida privada personal y familiar, protegido por el artículo 8 del Convenio de Roma, cuya alcance no es considerado por el Tribunal Constitucional idéntico al del artículo 18 CE.

Quizá todo esto merezca una reflexión. Una difundida metáfora invita a admitir que en la norma habría un núcleo de diáfana claridad jurídica, rodeado de una zona de penumbra, que convertiría el caso en difícil y obligaría al intérprete a echar discrecionalmente mano de sus planteamientos morales metajurídicos. No parece ser este el caso. La obsesión por la conexión derecho- moral puede llevar a ignorar la relevancia del pluralismo argumentativo en la deliberación constitucional. Los tres argumentos planteados por la recurrente son inequívocamente jurídicos, sin que quepa apreciar en ellos veleidad moral alguna. El presunto dilema entre claridad jurídica y opciones morales se ve pues sustituido por una pluralidad de posibles fundamentos jurídicos, habitual en la ponderación que con frecuencia preside una argumentación constitucional. Nos encontramos ciertamente ante un caso no poco difícil, o al menos polémico. Baste tener en cuenta que constituida la sala con solo cinco magistrados, por fallecimiento del sexto, la sentencia solo será netamente apoyada por dos de ellos: otros dos suscriben votos particulares discrepantes y el quinto se muestra de acuerdo con el amparo otorgado, pero discrepa, en su voto particular concurrente, de la fundamentación suscrita por la pareja favorable.

El Tribunal, en una muestra más de su habitual esfuerzo de autocontención, se ceñirá a la argumentación propuesta, renunciando a reconstruir la demanda. Cabría entender que, a la hora de jerarquizar los motivos de vulneración planteados daría preferencia a del mayor sintonía con la realidad social en que se inserta el caso. Personalmente, más bien me parece que ocurre lo contrario. El artículo 16.1 CE equipara a la libertad ideológica con la religiosa. Ello excluye planteamientos laicistas, nada infrecuentes, que otorgarían primacía a la primera. No faltan, sin embargo, casos en los que ocurre lo contrario. El Tribunal tuvo ya oportunidad de establecer, ante una objeción de conciencia al servicio militar⁴⁶, que no cabía limitar al ámbito religioso el actuar en conciencia, sino que también merecerían protección planteamientos éticos no vinculados a ninguna confesión. Creo que en el caso que nos ocupa influyó, como en otros⁴⁷, el “vértigo” que ante las apelaciones a la libertad de conciencia suelen experimentar algunos magistrados, temerosos de abrir una espita a una relativización de la normativa jurídica en vigor. Ello habría llevado a marginar la protección de la libertad ideológica, reconocida por el fiscal, e incluso la discriminación por convicciones personales, de difícil argumentación sin tener implícitamente en cuenta la anterior, optando la vulneración del artículo 18 CE, interpretado a la luz del no tan cercano artículo 8 del Convenio de Roma, proclive a servir de cobertura al mero juego de la autonomía de la voluntad⁴⁸, que desborda con creces su ámbito protector.

VII. CONCLUSIÓN

Como conclusión, debo mostrarme comprensivo ante la notable dificultad con que tropiezan quienes se han comprometido a negar carácter jurídico a toda exigencia no formalmente legalizada, atribuyéndole -es de imaginar que generosamente- carácter moral, para poder explicar los rasgos reales de la dinámica jurídica; tanto más cuando quieren hacerlo compatible con una razonable distinción entre derecho y moral. Sin duda la entrada en juego de la Constitución marcó en el caso español un obligado replanteamiento, dando paso a las propuestas constitucionalistas o incluso neoconstitucionalistas, bajo el a sus ojos amenazador espectro del derecho natural.

Quizá resulte ilustrativo remitirse a los problemas suscitados con motivo de los momentos iniciales de la vigencia del texto constitucional y su ruptura con la mentalidad arraigada en el positivismo legalista que llevaba a situarlos en el

⁴⁶ STC 15/1982, de 23 de abril, Pte. Gloria Begué Cantón.

⁴⁷ Sirva de ejemplo la STC 145/2015, de 25 de junio, Pte. A. Ollero Tassara, con voto particular concurrente, relativa a la objeción de conciencia de un farmacéutico, que se niega a disponer en su oficina de la llamada píldora del día después y de preservativos.

⁴⁸ Al respecto, *Sobre la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo*, Ideas 4, Madrid 2014.

ámbito de unos principios a los que se negaba vinculatoriedad hasta que se vieran legalmente desarrollados. Valga para este experimento de memoria histórica la relectura de la temprana STC 80/1982, de 20 de diciembre, Pte. *Francisco Tomás y Valiente*, relativa a los derechos hereditarios de una ciudadana reconocida como hija natural, con arreglo a la normativa preconstitucional.

Se planteaba la posible incidencia derogatoria del artículo 14 CE sobre el artículo 137 de Código Civil entonces en vigor, al menos para la entonces existente Audiencia Territorial de Sevilla y para Sala Primera de Tribunal Supremo, que no dudó en imponer a la recurrente el pago de costas, por entender que el artículo 137 del Código Civil “no devino inconstitucional a causa del art. 14 de la C.E. porque ‘tal mandato tiene alcance de una declaración de principio que a su vez se matiza incluyéndolo dentro de los principios comprendidos (...) en el art. 39.2, al que alcanza la prohibición de su alegación directa ante la jurisdicción ordinaria, prescrita en el art. 53.3 de la C.E.’”

El Tribunal, con ponencia de Francisco Tomás y Valiente tuvo que recordar que “la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal”, por lo que “no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata” de sus artículos. Se descartaba, en consecuencia, que “el contenido de las Leyes Fundamentales del Estado integra meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del Poder Público, sin eficacia para provocar el nacimiento de derechos civiles salvo que éstos se desarrollen por leyes posteriores”, pues lo que “en modo alguno puede admitirse es la equiparación a tal efecto ni a ningún otro entre aquellas ‘Leyes Fundamentales’ y la Constitución Española de 1978, para cuya valoración e interpretación es necesario prescindir de criterios ya periclitados”. En consecuencia se rechaza la afirmación de que “tal mandato (el del art. 14) tiene alcance de una declaración de principio necesitada de ulterior desarrollo”; aclarando, dada la argumentación esgrimida por el fiscal, que ello “no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo”. Por tal se entiende su dimensión jurídicamente vinculante, para lo que no es óbice que juegue operativamente como principio.

No se reducen tales efectos al esporádico surgimiento de la una *supralegalidad* constitucional. El propio Tribunal indica que “no puede ni debe formular ningún pronunciamiento sobre la filiación de la recurrente en amparo, pero sí debe colocarla en una situación procesal en la que sea tratada por los Tribunales con respecto a su derecho a la no discriminación por razón de nacimiento”. Ha de ser la *jurisdicción ordinaria* la primera en asumir la aplicación de *Constitución* y será su tarea la primera en experimentar el cambio de paradigma analizado. Lo decisivo no habrá sido pues la entrada en juego de la Constitución, con el consiguiente “constitucionalismo” teórico, sino el giro hermenéutico y argumentativo experimentado por la filosofía jurídica y su inevitable incidencia tanto sobre los planteamientos positivistas como sobre los iusnaturalistas.

ANDRÉS OLLERO TASSARA

LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD



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

Año LXX - Número 95 - Curso académico 2017-2018
Madrid, 2018