

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y TRANSICIÓN. ¿UN PASO ADELANTE Y DOS PASOS ATRÁS?

Juan Antonio GARCÍA AMADO
Catedrático de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
jagara@unileon.es

SUMARIO: I. UN PEQUEÑO PREÁMBULO, POR SI ACASO.—II. CUANDO FRANCO.—III. TRANSITAMOS.

I. UN PEQUEÑO PREÁMBULO, POR SI ACASO

Considero que disciplinas como la filosofía del derecho, la teoría del derecho, la teoría de la argumentación jurídica y similares son sumamente relevantes para una buena formación jurídica y deberían impartirse muy bien y muy a fondo en todas las facultades de derecho. A la vez que pienso así, creo sinceramente que allá donde no se enseñan bien tales asuntos es mejor suprimir dichas asignaturas.

Si en España hubiera ciencias sociales y si las hubiera que analizaran lo jurídico, resultaría interesantísimo recopilar lo que bajo aquellos rótulos se explica en muchas de nuestras universidades. Nos quedaríamos de piedra al ver que de teoría de la norma, de teoría de los sistemas jurídicos, de teoría de la interpretación y aplicación del derecho y hasta de teoría de la justicia en serio y con buen fundamento en lecturas y doctrinas ciertas no se cuenta en las aulas casi nada, pero que muchísimos consideran que cultivan la teoría del derecho o la filosofía jurídica cuando gastan horas en moralina barata o en sermones *woke*, en glosar cuatro temas de moda y muy políticamente correctos o en contar sobre Aristóteles o Platón, pongamos por caso, sin que se aprecie de ninguna manera qué conexión hay entre lo que de la filosofía griega narra el cuñado de turno y lo que se supone que importa a los estudiantes de derecho. Y por supuesto que el saber no ocupa lugar y que pueden extraerse de Aristóteles, de Platón y de tantos, consideraciones útiles para la

mejor comprensión y práctica de lo jurídico, pero hay que querer y saber hacerlo así.

En mi juventud, conocí a un profesor de filosofía del derecho que pedía a sus alumnos examen memorístico de un libraco que él había escrito y donde contaba, a su oscura manera, la teoría neokantiana de las ciencias culturales y del espíritu, y que si Dilthey por aquí, que si Rickert por allá... Absurdo. En toda esa obra no se hacía mención de una sola norma de derecho, ni una.

Y por ahí propongo un nuevo tema para una posible tesis doctoral importante y que nadie hará, porque se vende mejor investigar sobre derechos humanos y globalización o sobre legislación medioambiental sostenible, pongamos por caso. Resultaría de lo más útil que alguien recopilara los libros que durante los últimos setenta u ochenta años se publicaron en España con pretensiones de servir de manual de asignaturas como derecho natural, filosofía del derecho y similares y que se hiciera la relación detallada de cuántas normas reales se citan o se usan, de cuántas sentencias y casos se mencionan, y que acabe preguntándose el que investigue si en verdad de derecho en general y del derecho del momento sabían algo esos profesores. Los resultados pueden ser demoledores, sospecho.

Me parece muy bien que los de mi gremio piensen y expongan sobre literatura y derecho, sobre cine, arte, música, apicultura, meditación, vuelo sin motor u origami y derecho, y yo mismo tengo textos sobre algunas de esas cosas. Pero en las aulas y en los programas hay que enseñar sobre el derecho de verdad, el que hay, y sobre sus problemas prácticos y teóricos, sin escapatorias, sin subterfugios, sin cuentos. Si usted está explicando ese fenómeno jurídico llamado derogación y se le ocurre una buena película para ilustrar algún aspecto interesante, adelante y use tal ejemplo un ratito. Pero no dedique toda la semana a que sus estudiantes vean la película, luego comenten qué les parecen moralmente los personajes principales y que al otro día debatan por grupos sobre la pena de muerte o los enredos de la empresa farmacéutica. Ciertamente, hay temas de interés ahí, pero usted, recuerde, tenía que explicar la derogación, la nulidad, la jerarquía normativa, la vigencia y validez de las normas, etc., etc.

El problema, el gran problema, es que muchos de los que enseñan las cuestiones iusfilosóficas y de teoría general son desertores del derecho, filósofos, politólogos, moralistas o misioneros frustrados. Querían dedicarse a esas otras labores y acabaron de catedráticos de filosofía del derecho..., para aplicarse al fin a esas otras cosas. Pero enseguida se nos presen-

ta un problema más: de esas otras cosas tampoco saben mayormente, son diletantes con pretensiones, aficionados con algo de soberbia.

Tomemos a un colega de esos, tantísimos, que piensa que de lo que tenemos que hablar los iusfilósofos todo el tiempo es de los derechos humanos. De acuerdo, demos a tal tema una asignatura entera o un buen puñado de horas en cualquiera de nuestros programas. Pero con una condición, a ser posible: que el responsable domine en serio de cosas tales como la teoría de los derechos, las relaciones entre derechos morales y derechos propiamente jurídicos y las relaciones entre sistemas jurídicos, como, por ejemplo, los nacionales y los internacionales. ¿Ha leído algo y puede explicar alguna cosa de la teoría de los derechos de Hohfeld? ¿Sabe sobre los mecanismos efectivos de protección de los derechos en el derecho nacional y en el plano internacional? ¿Conoce un poquito los debates de ahora sobre el control de convencionalidad? ¿Podría hablar al menos media horita sobre parecidos y diferencias entre en las competencias y las sentencias del Tribunal Europeo de derechos Humanos y de la Corte Interamericana de derechos Humanos? Y así. Si la respuesta es que no, a casa, a regar geranios. Porque los derechos humanos no son explicados cuando todo el discurso docente consiste en contar que la pena de muerte es injusta, que el aborto hay que permitirlo o prohibirlo porque yo lo digo o que el cambio climático va a acabar con el modo de vida de muchos pobres. Y ni siquiera se hace nada serio y útil en pro de los derechos cuando las simplezas que se exponen las podría contar idénticamente mi abuela: que la libertad es mejor que la esclavitud, que el hablar libremente es preferible a la censura, que debería todo el mundo tener qué comer o que matar vacas cruelmente es ciertamente crueldad.

O pongamos esa legión de compañeros y compañeras que defienden una bien radical concepción iusmoralista del derecho, manteniendo que la validez y aplicabilidad de toda norma de derecho positivo está condicionada a su compatibilidad con los supremos mandatos de la moral correcta, ahora presentados siempre como principios. De acuerdo, es una tesis respetable, pero habría que comprobar qué formación seria y sistemática en teoría moral tiene ese profesorado. ¿Sabe algo sobre los grandes debates metaéticos entre objetivistas y no objetivistas? ¿Conoce algunos autores representativos del objetivismo realista naturalista y no naturalista? ¿Es capaz de explicar un poco el tipo especial de objetivismo ético encarnado por el constructivismo? ¿Capta la relación entre constructivismo ético y la llamada teoría estándar de la argumentación jurídica? Algunos saben, y mucho, de todo eso, como mi buen amigo Manuel Atienza o como mi buen

amigo Alfonso García Figueroa, con quienes tantas distancias doctrinales me separan. Pero otros no tienen ni remota idea de cuestiones de ese jaez, con lo que reducen sus clases de iusmoralismo a lugares comunes para *dummies*: que el derecho justo es mejor que el injusto, que de lo bueno cuanto más mejor, que cuantos más estén bien, mejor para todo el mundo, que qué pena tan grande que haya tantas injusticias... Pamplinas.

¿Se imagina el amable lector lo que pensaría cualquiera si en las facultades de medicina los profesores de anatomía se ocupasen más que nada de los cuidados del alma y los secretos de la vida virtuosa o si los de fisiología, en lugar de exponer procesos vitales como la circulación o el movimiento o funciones orgánicas como la del sistema cardiovascular, nos contasen que es pecado el sexo desordenado o que no debemos usar nuestros cuerpos y sus capacidades para robar a otros o para contaminar el planeta? Bien, pues si damos por hecho que no pueden tomar esos atajos los docentes e investigadores de anatomía o de fisiología, ¿por qué nos parece normal que un profesor de teoría del derecho no sea capaz de diferenciar entre un recurso de amparo y un recurso de casación, desconozca cómo se insertan en el sistema de fuentes los convenios colectivos de trabajo o ignore por completo qué jueces y tribunales controlan, y cómo, la validez de los reglamentos administrativos? ¿De verdad uno puede explicar una asignatura en una facultad de derecho sin tener ni ligera noticia de nada de eso y de mil elementales cuestiones del propio sistema jurídico? Si todo eso se desconoce, ¿qué es lo que se puede explicar? Bien lo sabemos y lo padecemos: tontunas.

Si en las facultades de medicina a los de anatomía o fisiología les diera por la metafísica o la astrología, a nadie se le ocurriría pedir la supresión de tales asignaturas o áreas de investigación, sino aumento de los controles, vigilar en serio la calidad y reformular los programas sin concesiones a los excesos en la libertad de cátedra o en la autonomía universitaria. Eso mismo es lo que pido para las materias iusfilosóficas en las facultades de derecho; ni más, ni menos. No sobran nuestras especialidades, pero sobramos muchos de nosotros; y sobramos no meramente porque suponemos un gasto superfluo para el erario público o la empresa privada, sino porque es perjudicial lo que hacemos: para los estudiantes de hoy, los profesionales de mañana y el Estado de derecho por entero. Y si de esto último alguien duda, que mire alrededor, que vea lo que con el Estado de derecho está pasando en nuestro país y que se pregunte por qué no se escuchan muchas voces de muchos y muy críticos profesores de derecho. Me temo que la contestación es simple: porque están en Babia. Faculta-

des enteras parece que se hubieran trasladado a tan hermosa comarca de la montaña leonesa.

II. CUANDO FRANCO

Esa parte de la historia es bien sabida, pero puede que todavía podamos sacar alguna lección de los datos conocidos. En el franquismo, la iusfilosofía oficial era el iusnaturalismo de raigambre tomista. En las primeras décadas de la dictadura estaban dentro del país y en ejercicio filósofos del derecho de exquisita y muy completa formación, como Luis Legaz y Lacambra¹. Seguramente, de los que se quedaron, muchos sacrificaron sus convicciones jurídicas y filosóficas por debilidad de carácter, por falta de arrojo cívico o, peor, por arribismo o prosaica ambición. Hay gente capaz de venderse por ser rector, y hasta por menos. Y puede que a refrenar las críticas a los de entonces nos ayude el ver qué hacen muchos colegas de los de ahora, capaces de dar por bueno lo que le interese al jefe de su cuadra y dispuestos a otorgarle bendición jurídica y moral a lo que decida el más paleta, analfabeto y patán líder de los de su cuerda ideológica. En ese sentido, buena parte de nuestra iusfilosofía —y de nuestra dogmática— sigue siendo estructuralmente franquista, moralmente inane, vitalmente sumisa, intelectualmente inimputable. No vaya a ser que nos perdamos una conferencita o se nos tache de fachas desde alguna concejalía de medio pelo y mediano presupuesto; o por si se cae un dictamen, que nunca se sabe y la vida está muy «achuchá».

Los devaneos académicos e intelectuales de aquellas gentes los han estudiado a fondo colegas como Benjamín Rivaya, con mucho rigor, sin duda, pero puede que también con un alto grado de bonhomía. Y, por cierto, cuando se insinuó crítica seria a alguno, llovieron chuzos de punta porque era «de los nuestros». El caso es que la historia resulta curiosa, se mire por donde se mire. Veamos, pues, brevemente.

Entre los que en España permanecieron tras la victoria del golpe militar, unos eran de los nuestros y otros no. Entre los nuestros estaban los de nuestra escuela, que siempre fueron demócratas en su fuero interno, aunque hicieran tantas concesiones al régimen u ocuparan tantos altos cargos con indudable disgusto personal, más que nada para suavizar la dictadora

¹ Por supuesto, muy bien formados estaban también algunos de los que se marcharon al exilio, como Luis Recaséns Siches.

e ir preparando la transición con décadas de margen. Así que de los nuestros los había iusnaturalistas tomistas, apasionados con la teoría del caudillaje, existencialistas católicos, tradicionalistas feudales, personalistas... y un iuspositivista. Puede que por ahí hallemos explicación para dos hechos curiosamente entrelazados: en España nunca se dio una delimitación clara de escuelas iusfilosóficas propiamente dichas, siempre fue sumamente débil el iuspositivismo y siempre terminamos por volver al origen: al iusnaturalismo, aunque tenga ahora otros nombres y ya no vaya con capa española, sino con aires desenfadados y en varios idiomas.

El desajuste mental siempre nos ha acompañado, porque, allá por la década de los cuarenta, había, sí, alguien con el estilo de un iuspositivista, don Felipe González Vicén, pero era un iuspositivista que no se había marchado al exilio y que había conseguido su cátedra canaria al principio de cuando aquello. Así que ya no pudimos decir que los buenos son los iuspositivistas y que estaban todos exiliados, si bien siempre se puede acudir a esa tentadora figura del exilio interior. Y resultará que, al acercarse la transición a la democracia porque se muere el dictador, nuestros iusfilósofos están hechos un lío. Iusnaturalistas no quieren ser, porque el iusnaturalismo fue la iusfilosofía oficial del franquismo. Pero los maestros de nuestra escuela, nuestros abuelos académicos, tal vez fueron iusnaturalistas y franquistas, con lo que habrá que diferenciar entre un iusnaturalismo malo (el de otras escuelas) y uno no tan criticable, el de nuestros ancestros universitarios. Ser iuspositivista está complicado por falta de antecedentes doctrinales patrios, pues iuspositivista era solo don Felipe y, para colmo, no tuvo discípulos.

¿Solución? Un benemérito eclecticismo y bastante renuencia a criticar cualquier doctrina, por si un padre de la escuela había anidado allá. Campo fértil para trialismos y tridimensionalidades, que haya en el derecho y su teoría un poco de todo y que disfrute cada cual su espacio en paz y en gracia de Dios.

Pero, cuidado, quedaron también los irredentos, los duros de la iusfilosofía autoritaria, aquellos que añoraban un glorioso pasado imperial y que soñaban con escudos y blasones, armaduras y siervos, y que hasta de la Universidad supieron hacer, a ratos, lugar para la pleitesía humillante y reino de la más descarada arbitrariedad. Dicen que Calígula nombró senador a Incitatus y puede que no fuera a la zaga algún jefe de filas haciendo catedráticos. Pero el líder murió en plena transición y sus huestes se disgregaron entre la melancolía, los cargos académicos o el *dolce far niente*.

Más allá de las peripecias de unos y otros, creo que una hipótesis razonable se nos impone: fue en el franquismo donde se gestó la irrelevancia

presuntuosa de la filosofía del derecho como disciplina académica, irrelevancia presuntuosa que en buena parte todavía persiste.

La enseñanza del derecho es cuestión muy misteriosa. Ya insinué antes que la división es casi completa entre una dogmática jurídica sin teoría ni gusto por los fundamentos, entrenada en la memorización y enfangada en las citas a pie de página, y una filosofía del derecho cultivada por los que ni saben filosofía ni quieren aprender derecho. Pero, en honor a la verdad, se imponen unas más matizadas consideraciones.

En el franquismo, aquel iusnaturalismo, en el mejor de los casos, y aquel obtuso tradicionalismo, en los casos de mayor cerrilidad, vivía completamente de espaldas a cualquier saber o labor que pudiera llamarse teoría *del* o filosofía *del* derecho. A los que enseñaban y memorizaban leyes les estaba prácticamente prohibido pensar y a los que supuestamente les tocaba pensar les estaba vetado saber de leyes. Eso producía dogmáticas sin razón ni razones y iusfilosofía sin el ius o encelada con derechos imaginarios. Seguramente tal división contra natura era sumamente funcional para la dictadura, pues se fabricaban jueces, fiscales o abogados de muy limitadas capacidades reflexivas y críticas y convencidos todos de que el derecho cae del cielo en forma de conceptos, valores, ideas eternas o mandatos trascendentes que hay que asumir como llegan, igual que con resignación aceptamos las secuelas de la edad o la calvicie.

Pero vamos con las excepciones. Busquemos, entre los años cincuenta y los setenta, qué profesores de derecho publicaron libros de teoría jurídica que pudieran tener alguna utilidad práctica o ayudar al jurista intelectualmente inquieto o, más concretamente, dónde se ocupó alguien de cuestiones como la interpretación del derecho o la teoría de la decisión judicial. Y, sorpresa, no van a ser, casi nunca, los filósofos del derecho, sino algunos de los más inquietos e ilustrados cultivadores de otras disciplinas jurídicas. Pensemos en lo que al respecto hicieron autores como Puig Brutau, Latorre, García de Enterría, Villar Palasí o Luis Díez-Picazo, entre otros pocos. O en que los verdaderos manuales de teoría del derecho estaban en algunas partes generales de Derecho civil, de Derecho administrativo o de Derecho penal. Y digo estaban, porque me temo que la crisis de ahora, de la que pronto hablaré, también se está llevando por delante lo poco que quedaba y, entre ello, esas meritorias partes generales de algunas materias.

III. TRANSITAMOS

Llegó la transición a la democracia en España, se redactó, se aprobó y entró en vigor la Constitución, las facultades de derecho cobraron nueva vida o nuevo sentido y la filosofía del derecho deja de oler a rancio, o eso parecía. Enumeremos algún detalle de aquellos nuevos tiempos iusfilosóficos.

Para empezar, en muchos lugares la iusfilosofía dejó de estar dominada por los viejos iusnaturalistas y por afines a la dictadura. Alcanzaron en la década de los setenta sus cátedras profesores que plantaron cara a los viejos mandamases o que los abandonaron para apoyar la renovación. Con eso llegó también la apertura a nuevos temas y la recepción de doctrinas y teorías que hasta poco antes se tenían por perniciosas para la juventud y erradas sobre lo jurídico. Llegan ecos de muchos países y se toma conciencia de algunos detalles significativos: que el derecho no es expresión de esencias intemporales de ningún tipo, que además de su validez y de su justicia importa su legitimidad democrática, que también conviene estudiarlo con las herramientas de las ciencias sociales, y particularmente de la sociología del derecho, que los sistemas jurídicos actuales son mucho más complejos e intrincados de lo que indicaban las viejas concepciones sobre las fuentes del derecho. También se toma nota de un dato poco menos que revolucionario: que el tan denostado iuspositivismo, tenido por poco menos que demoniaco, inhumano e insensible, a tenor de las enseñanzas de los tiempos de la dictadura, era abrazado por autores extranjeros que, al tiempo, habían escrito y estaban escribiendo las mejores obras sobre la democracia y sobre los derechos. Porque, oh sorpresa, resulta que Kelsen había sido demócrata y positivista, y que lo mismo era el caso de Hart, de Bobbio, de Treves... o de aquel joven Ferrajoli que, por entonces, apuntaba hacia el uso alternativo del derecho. Descubrimiento que iba parejo con la conciencia creciente de que no había habido iuspositivistas entre los justificadores de Hitler, de Mussolini, de Franco y de tantas tiranías en Latinoamérica. Es más, son tiempos en que a España van llegando jóvenes profesores que escapan de dictaduras americanas en las que no es precisamente el iuspositivismo la doctrina favorita.

También la Constitución misma fue toda una conmoción académica. Donde antes había Derecho político, pasó a estar el Derecho constitucional, y el Derecho natural fue desplazado por la teoría y la filosofía del derecho. El sistema jurídico empieza a tener una seria jerarquía entre sus nor-

mas, la validez de las normas ya no se fía a la justicia, sino a procedimientos ciertos de control de constitucionalidad y de legalidad, los derechos de las personas ahora no dependen de invocaciones a valores inmarcesibles, sino que tienen al fin anclaje constitucional preciso y garantía procesal.

Todas las disciplinas jurídicas se actualizan y todos los manuales se reescriben para ubicar en la Constitución los derechos y los principios correspondientes. Los procesalistas sitúan en la Constitución las bases del debido proceso; los laboralistas hallan en la Constitución también los soportes para los derechos individuales de los trabajadores y para los derechos colectivos, como los de sindicación o huelga; los civilistas se replantean la relación entre los derechos constitucionales de cada persona y las viejas estructuras de instituciones como el matrimonio, la familia, la filiación, la propiedad privada y hasta la herencia. Por supuesto, los penalistas reconfiguran sus esquemas con los arts. 24 y 25 de la Constitución, los administrativistas refuerzan con el texto constitucional nociones tan básicas como la de servicio público, responsabilidad patrimonial de la Administración, principio de legalidad, interés público, expropiación forzosa, etc., etc. Todos buscan en la Constitución el fundamento para una más sólida configuración y un más cabal funcionamiento de su rama de lo jurídico, y ahí es donde los tributaristas se topan con el principio de progresividad, los mercantilistas con los derechos individuales y colectivos de las empresas y los empresarios o, por supuesto, los internacionalistas encuentran al fin organizado, en los arts. 93 y siguientes y 11 y siguientes del texto constitucional, tanto los mecanismos de relación entre normas nacionales e internacionales, como las vías para combinar la aplicación de los derechos de una u otra fuente.

Entre los iusfilósofos, los hubo que abrieron certeramente camino para integrar la Constitución y los derechos fundamentales en reflexiones bien útiles para cualquier jurista, combinando los viejos saberes filosóficos con la nueva normatividad jurídico-positiva. Es el caso destacado, entre otros seguramente, de Antonio-Enrique Pérez Luño o de Luis Prieto Sanchís. Pero me atrevo a mantener que ese enfoque innovador y tan conveniente para reasentar nuestra disciplina en las facultades de derecho no cuajó como hubiera sido de desear. Si desentrañamos los porqués entenderemos mejor en qué hemos ido a parar.

En primer lugar, está lo que podríamos llamar la deslocalización de los derechos humanos. Una parte muy considerable de los iusfilósofos toma los derechos humanos como eje de su investigación y docencia. Ese tema se convierte en el gran tema, pero con un serio problema de enfoque. Esos

derechos humanos que se estudian tanto tienen una naturaleza evanescente por imprecisa. En muchísimos de tales estudios falta rigor analítico y precisión jurídica. O, dicho de otra manera, resulta que la disquisición analítica fina sobre lo que tener un derecho signifique o sobre los fundamentos filosóficos profundos que los derechos humanos puedan tener se deja, supuestamente, en manos de los profesores de ética; y el contraste riguroso con la realidad de la aplicación jurídica práctica de los derechos, de sus garantías procesales y de su incardinación técnica en el sistema jurídico se cede a constitucionalistas e internacionalistas. O, todavía expresado de un tercer modo, parte considerable de esos iusfilósofos que escriben sobre los derechos humanos y los glosan con fruición no han querido o no han tenido tiempo para estudiar a fondo ni los debates filosófico-morales imprescindibles ni las regulaciones positivas y las resoluciones jurisprudenciales.

¿Resultado? Un género ensayístico, de agradable lectura, reconfortante para las ideologías de buen corazón, con ocasionales aciertos estilísticos al rememorar algunos datos históricos, pero que, a fin de cuentas, no es ni chicha ni limoná, como coloquialmente se dice. Ni una innovación conceptual, ni una profundización en ningún problema práctico real, ni una confrontación sistemática con la jurisprudencia pertinente, solo —o casi— discurso amable, bienintencionado y con hermosos destellos de optimismo ilustrado. E, insisto, no es porque el tema no amerite tratamiento consistente y profundo, sino porque se tornó la salida más fácil para cuanto colega quería escribir algo que no se pudiera criticar apenas, que lo ubicara entre la gente de bien y que no exigiera ni gran empeño metodológico ni conocimientos técnicos difíciles ni mayor esfuerzo que el de embalsamar obviedades. Con alguna que otra excepción, cómo no. Pero pocas.

Sabemos que los constitucionalistas, procesalistas, penalistas, civilistas, administrativistas, tributaristas, laboralistas, mercantilistas *e tutti quanti* andaban a la caza de ideas, conceptos y fundamentos para amarrar más sólidamente sus materias al sistema constitucional y a los derechos fundamentales, pero si iban a buscar en la abundantísima producción iusfilosófica sobre derechos humanos, apenas daban con más que generalidades y abstracciones que lo mismo valían para un roto que para un descosido, pero que en concreto no le servían a ninguno para nada; o apenas.

Hay buena literatura sobre cuestiones relacionadas con derechos fundamentales escrita por civilistas, administrativistas, laboralistas, penalistas, etc., pero aquí sugiero a algún joven investigador que ponga manos a la obra sobre un buen tema: ¿cuántos iusfilósofos o cuántas de sus obras se citan en esos dignos escritos de nuestros mejores expertos en las distin-

tas ramas de lo jurídico? Aventuro mi respuesta, a modo de hipótesis: casi nada; y menos todavía si descontamos las citas por amistad de pasillos, compañerismo de facultad u otras cercanías personales. Y, si así es o así se confirmara, nos golpea otra vez la insidiosa pregunta: ¿para quién diantre escribimos los iusfilósofos? O peor aun: ¿para qué o para quién escribimos cuando escribimos sobre lo mismo diciendo lo mismo en los mismos foros y ante los mismos y bien magros auditorios?

Me permito insinuar una investigación más, de esas que nadie hará, pero que tanto nos enseñarían. Consigamos los títulos de los proyectos de investigación propuestos por iusfilósofos en las convocatorias públicas de los últimos treinta o cuarenta años. Saquemos el listado de temas año a año y veamos la evolución. Adelanto mis hipótesis sobre los eventuales resultados. Veríamos seguramente que más de la mitad tratan de derechos humanos y que las modas van cambiando de quinquenio en quinquenio, como por oleadas. Hubo un tiempo en que eran docenas los proyectos en curso sobre derechos humanos y globalización, vinieron luego los derechos medioambientales, explotaron de pronto los derechos de las mujeres en relación con las políticas de género, los derechos de los inmigrantes y los derechos de las personas con orientación sexual no estándar, por así decir. De ahí pasamos a los derechos de las personas con discapacidad y últimamente transitamos a los derechos que pondrá en peligro la inteligencia artificial. El colmo de la perversidad investigadora sería que, además de levantar actas de modas y corrientes, se revisara un poquito qué efecto tuvieron o qué perdura de los escritos que de tales proyectos surgieron.

Tal vez lo peor que le puede pasar a quien escribe un libro o un artículo sea que, cuando otro lo toma y ve el título, reaccione con esto: ya sé lo que va a decir y puedo anticipar de pe a pa las conclusiones. Y no porque conozca la dilatada obra del autor y esté al tanto de sus tesis y de las líneas generales de su pensamiento, sino meramente porque se sabe que es iusfilósofo o que es de tal o cual universidad y pertenece a esta o la otra escuela. Es cuando la escritura supuestamente científica se vuelve salmodia redundante, sonambulismo monotemático o rito de reafirmación para que nadie dude de que el autor forma parte de la recta grey.

Por otro lado, el iusmoralismo retornó pronto y con nuevos bríos. El iuspositivismo no arraiga fácilmente en España y tampoco somos muy dados a las lealtades constitucionales ni a las formas más limpias del Estado de derecho.

Como es de todos sabido, a los iuspositivistas y a los antipositivistas los separan dos tesis emparentadas. Una es la tesis de la separación conceptual

entre derecho y moral y la otra es la tesis de las fuentes sociales de todo derecho. La segunda proclama que ningún derecho ni parte alguna de lo jurídico cae del cielo ni mora en las profundidades del cosmos ni mana del alma humana, sino que todo lo jurídico es producto social contingente, coyuntural y tan defectuoso como defectos tenga la estructura social que lo produce. O sea, que no hay derecho natural, ni derecho ideal amamantado por sempiternos valores ni metafísica jurídica que valga. Es curioso lo mucho que de la vieja religiosidad repunta en los iusmoralistas sin corbata de hoy en día, pues así como el dogma religioso dice que el ser humano, en su integridad, se compone de cuerpo y alma, de esa parte material pasajera y mortal y del elemento espiritual imperecedero, así nuestros iusfilósofos iusmoralistas abrazan el dualismo metafísico al repetir con celo que el derecho consta de un derecho positivo de validez relativa, mutable, pedestre, prosaico y bastante inicuo por lo general, y de una moral verdadera que es el camino y la luz, la fuente de la suprema inspiración para los jueces serios, el ideal cuyo descubrimiento detallado alienta a tantos profesores más dados al cenobio que al pleito, más ocupados con los clásicos griegos que con el Boletín Oficial del Estado.

Por su lado, la tesis iuspositivista de la separación conceptual entre derecho y moral no dice, para nada, que no haya relaciones variadísimas entre la moral y el derecho en cada sociedad y momento, sino que afirma meramente que entre las propiedades definitorias del derecho no está la moral o justicia de sus contenidos. En otras palabras, que cuando reconocemos que una norma es jurídica y como tal y nada más que como tal vincula, entre las propiedades definitorias de tal norma como jurídica no se halla el que su contenido sea justo o que no pueda ser muy injusto. De ahí que con naturalidad pueda cualquiera afirmar que, en tiempos de Franco, era norma de derecho la del Código Civil que no permitía a la esposa disponer de sus propiedades inmobiliarias si no era con autorización del marido, o la del Código Penal que tipificaba el delito de adulterio, pero solo para la esposa y nunca para el varón. O por eso podemos hablar de las normas *jurídicas* que regulaban la esclavitud en Roma o de las normas *jurídicas* que hoy, en algunos países islámicos, no permiten que la mujer pueda estudiar en la universidad o ir sola al médico o que autorizan su lapidación por infidelidad conyugal.

Pero los antipositivistas no lo ven así y señalan, todos, que como derecho propiamente no obliga ninguna norma que mande o permita hacer lo gravemente injusto. Por ejemplo, unos antipositivistas mantienen que no es en verdad jurídica la norma que permite a la mujer libremente abortar

dentro de las primeras catorce semanas de gestación y otros antipositivistas sostienen que no es o no sería auténtico derecho la norma que lo prohibiera. Todos coinciden, por tanto, en que no puede depender la juridicidad de las normas que se pretenden jurídicas o que formalmente lo son de las convicciones morales de cada uno, de las de los antiabortistas o las de los proabortistas, sino que esa moral que está por encima del derecho positivo y que condiciona tanto la validez general como la aplicabilidad en cada caso de sus normas, ha de ser la moral objetivamente correcta. Así que la moral objetivamente correcta es parte constitutiva y superior de todo sistema jurídico y, en consecuencia, de entre los que opinan radicalmente distinto sobre la justicia o moralidad de la norma permisiva o prohibitiva del aborto voluntario, unos estarán completamente errados y otros tendrán razón, con lo que harán muy mal los jueces en enmendar o inaplicar la ley cuando choque con la moral de aquellos, pero estarán objetivamente obligados de derrotarla o excepcionarla cuando se enfrente a lo que de la justicia piensen los segundos. Pero, de entre todos los que opinan que la moral está por encima del derecho positivo y que al mismo tiempo consideran que es la suya personal la que objetivamente rige a tal efecto, por ser la objetivamente correcta y no mera preferencia suya, ¿quiénes son los que están en lo cierto y quienes los que radicalmente se equivocan? No se sabe, aunque cada uno de tales sí está bien convencido de que es él mismo quien tiene razón. El narcisismo tiene ahí un buen filón.

Otro experimento interesante propongo, este a modo de peculiar trabajo de campo. Invítese a unos cuantos antipositivistas de pelaje doctrinal diverso, más allá de esa común convicción de que la moral objetivamente correcta es parte constitutiva y más alta del derecho, de todo ordenamiento jurídico que de verdad lo sea. Tráiganse dos realistas clásicos de Navarra, dos principalistas de Kiel, dos postpositivistas alicantinos y algún neoconstitucionalista latinoamericano. Presentemos ante ellos la regulación positiva vigente en cuestiones como aborto, tratamiento de embriones humanos, gestación subrogada, prohibición del burka, modelos legales de matrimonio o de familia... Así hasta diez cuestiones. Y que cada uno marque cuáles de tales normas valen porque son derecho positivo no injusto y cuáles no valen como derecho real, debido a lo injusto de su contenido. El resultado lo adelanto con certeza: discreparán por completo. Con lo que volvemos a la cuestión: si la moral correcta es la parte más alta e importante de cualquier ordenamiento jurídico, si esos antipositivistas son, consecuentemente, objetivistas morales y piensan que sí existe y es cognoscible, mediante la razón apoyada en un buen método, la respuesta moral

objetivamente correcta para cada caso, y si cada uno de ellos aplica honestamente ese método para extraer la verdad moral trasladable al derecho como suprema ley, ¿por qué discrepan tantísimo y cómo evitamos las consecuencias peores de sus desacuerdos? Pues porque nadie pondera para perder, sencillamente; y porque nadie que tenga unas sólidas convicciones personales las va a cambiar después de haber ponderado como Dios o Alexy mandan.

Para tal diversidad de puntos de vista morales pretendidamente correctos hay solución en nuestras constituciones y la entenderemos fácil si las tomamos en serio: que, de entre todos los que tienen su muy elaborada, honesta y convencida idea sobre lo justo, se impongan, a efectos de crear derecho, los que son mayoría. Es decir, que todos ejerciten sus derechos fundamentales y en particular sus derechos políticos y que desde las cámaras parlamentarias debidamente constituidas se legisle sin que los que por esta vez perdieron puedan gritar a los jueces que inapliquen las normas de los más porque son objetivamente las menos justas. Se llama democracia eso. Se llama legitimación democrática del derecho. Y para eso está la democracia y por eso el correspondiente Estado se llama Estado constitucional y democrático de derecho: para que nadie se ampare en la prevalencia de su moral, como moral mejor, para hacer de su toga un sayo y saltarse a la torera el derecho de todos. Porque, en estos estados constitucionales nuestros, y mientras nos duren, la moral es de cada uno, pero el derecho es de todos. Y dentro de la Constitución, de sus libertades y del pluralismo que ampara, caben muchas morales diferentes, muchas convicciones distintas sobre lo bueno y lo malo y lo justo e injusto, y ninguna moral, la de nadie es superior a otra o puede ser privilegiada por ser la más correcta, la más cercana a Dios o la más grata a tales y cuales intereses.

Privilegiar la moral correcta frente a la ley de todos, democráticamente legitimada, es discriminatorio, es elitista y es soezmente antidemocrático e inconstitucional a más no poder. Y con un aditamento aún más preocupante, el de que al fin y al cabo la moral que prevalecerá será la personal de los que integran los más altos tribunales. Pasamos así del Estado de derecho al Estado de los jueces y el soberano ya no es quien la Constitución dice, el pueblo, sino que la soberanía se trasvasa al Poder Judicial. Eso sí, en cuanto los partidos dominantes captan la jugada, se encargan de que sean vasallos suyos y serviciales con su secretario general los que alcancen las más altas responsabilidades judiciales, y ahí tenemos campante y sonriente al nuevo déspota, el líder carismático, la gloria bendita; o sea, hemos vuelto al franquismo por la puerta de atrás, usando la constitución misma

como escalera y dándole una patada al llegar a lo alto. Ya casi estamos ahí, en lo más alto de la infamia jurídica y política.

Pero, más allá de diagnósticos o de melancólicas terapias, vayamos a la etiología y preguntémonos cómo llegamos a semejante degradación del pensamiento jurídico y constitucional y cuánta culpa tendremos los iusfilósofos. Y los iusfilósofos somos, algunos y parcialmente, también culpables de otra sorprendente novedad: la constitución no era lo que parecía y el contenido de la constitución no está principalmente en lo que dice la constitución. O de cómo la metafísica se apodera también de la norma constitucional.

Todo viene de la tesis que, allá por 1958, proclamaron el constitucionalista Günter Dürig, por un lado, y el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso Lüth, la tesis de que la Constitución alemana es «un orden objetivo de valores» y que esos valores tienen efecto irradiador². Ahí tiene sus raíces el neoconstitucionalismo y ahí se encuentra el origen de constitucionalismo principialista que se sintetiza, en Alemania, en la escuela de Kiel, la de Robert Alexy, escuela que inspira muy de cerca el autodenominado postpositivismo de la escuela de Alicante, la de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero.

Aquel originario quiebro hacia una axiología constitucional metafísica es históricamente muy curioso. Alemania se había dado, en el 49, la Ley Fundamental de Bonn y no existía en la época texto constitucional más claro y rotundo a la hora de amparar los derechos fundamentales y la democracia y de describir y resguardar las estructuras del Estado constitucional, democrático y social de derecho. Pero, entonces, ¿por qué en lugar de concentrarse en la interpretación y el refinamiento de aquel texto constitucional por vía de jurisprudencia y doctrina, se impondrá un constitucionalismo preocupado por hacer ver que el contenido más auténtico y puro de la constitución no está en su texto o sus interpretaciones posibles, sino en un entramado de valores morales presuntamente objetivo y entendidos al modo muy conservador de la teoría material de los valores de Max Scheler o Nicolai Hartmann?

Lo primero que hay que traer a colación es que aquel constitucionalismo alemán de posguerra era radicalmente conservador, con contadísimas excepciones. Es bien conocido el árbol genealógico académico de los cons-

² Se expone esa historia en J. A. GARCÍA AMADO, «Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores», en F. MANTILLA ESPINOSA (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008, pp. 24-69. Se puede consultar en ese texto en «Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores», disponible en <https://www.academia.edu/34473401>.

titucionalistas alemanes y se sabe que prácticamente todos descienden de Smend o de Schmitt. Por supuesto, Kelsen no volverá a ser citado o considerado en serio y sin mentiras, entre los constitucionalistas alemanes, hasta la tesis doctoral de Horst Dreier, presentada en la Universidad de Hannover en 1985 y publicada en 1986³. Así tenemos una constitución muy democrática, liberal y social, avanzadísima para su tiempo⁴, en manos de un constitucionalismo conservador y en un Estado regido por un partido demócrata-cristiano infestado de antiguos nazis o simpatizantes del nazismo. La preocupación obsesiva era que pudiera ganar las elecciones generales el partido socialista⁵, que pusiera en marcha reformas legales contrarias al modo tradicional o conservador de entender instituciones como la familia o la propiedad privada y que tal legislación pudiera ser considerada acorde con la constitución por no oponerse a lo que se lee o se puede genuinamente interpretar en su articulado.

¿Solución? Un verdadero derroche de creatividad jurídica, como fue el afirmar que el verdadero contenido de la constitución no es el que podemos entender de su texto, sino aquel orden objetivo de valores irradiadores que ya no podemos captar con técnicas interpretativas o manejos hermenéuticos, sino mediante un razonamiento directamente moral y sobre la base de la mentada teoría material de los valores.

Recuérdese cómo afirmó Günter Dürig que el contenido de la Ley Fundamental de Bonn sería el mismo si en ella no hubiera más que aquella frase primera del párrafo 1, donde se dice que «La dignidad de la persona es intocable». Si, a partir de esa mención del valor de la dignidad humana como eje de la constitución, ya en verdad está de más o es prescindible todo lo otro que en la constitución se lee, es porque la constitución ya no está en el texto constitucional, sino en otra parte, y ya no se desvela su contenido leyendo el texto e interpretándolo con la mejor técnica jurídica posible, sino mediante el ejercicio de una razón moral o razón práctica que no atiende ni a semánticas ni a voluntades del poder constituyente y que, por tanto, extrae de los valores supuestamente objetivos lo que la

³ H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 1986, 2.ª ed., 1990. Sobre los años de silencio sobre Kelsen y su reconsideración a partir de los años ochenta, *vid.* muy especialmente O. LEPSIUS, «El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del Derecho político de la República Federal», *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 22 (2024), pp. 27-65.

⁴ Sobre su génesis y el papel determinante que jugó el jurista socialdemócrata Carlo Schmid puede verse el reciente libro de F. SOSA WAGNER, *Carlo Schmid. Padre de la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Marcial Pons, 2025.

⁵ Que, por cierto, abandonó el marxismo en 1959, en el Congreso de Bad Godesberg.

constitución manda, permite o prohíbe. Si la propia constitución dispone algo contrario a la moral objetiva, estaremos ante una norma constitucional inconstitucional; es decir, ante una norma que está en el texto constitucional pero que no forma parte de la constitución material o sustantiva, de la constitución moral. Y si de los valores objetivos la razón saca algún precepto que en el texto constitucional el constituyente no haya puesto, no importa, pues será contenido constitucional igualmente y podremos decir que ahí despunta un principio constitucional implícito. Pues, como décadas después explicitará perfectamente Robert Alexy, los principios constitucionales son la expresión deóntica de los valores⁶. Ni más ni menos. El prodigio es notable, pues la constitución deja de ser norma de la que fluye contenido prescriptivo y se vuelve norma sin más contenido sólido que el que se le imputa desde el razonamiento moral. Así que el poder constituyente ya no lo tiene el que redacta la constitución, sino el supremo imputador moral de turno.

El viejo iusnaturalismo católico cambiará de táctica. Hasta la primera mitad de los años sesenta había habido en Alemania un patente renacer del iusnaturalismo, pero sobreviene un giro interesante. Van decayendo las publicaciones de tal cariz, porque los mismos fines se pueden alcanzar ahora con una base menos expuesta y sin necesidad de expresa profesión de fe católica. Ahora bastará acogerse a esa idea de que son los valores, en sí objetivos y dependientes de la mera razón y no de fe alguna, los que conforman la cúspide del sistema jurídico e impregnan decisivamente la verdadera constitución, que ya no es la norma jurídica formalmente vigente más alta, sino la verdad moral hecha derecho. Como el propio Dürig había escrito, ya no hace falta echar mano del Derecho natural, pues sus contenidos son ahora, por arte de birlibirloque, la esencia misma de la constitución positiva, que no es positiva por estar jurídicamente positivada (promulgada, publicada...), sino porque es el modo en que se hace carne de derecho la moral objetiva, la moral verdadera, aquellos valores morales objetivos mágicamente traspuestos en suprema fuente del derecho, alfa y omega, principio y fin de todo lo jurídicamente posible. Porque no se olvide a dónde se iba, a dónde se quería llegar: a que el control de constitucionalidad de la ley no fuera control de compatibilidad entre lo que la ley dice y lo que dice la constitución, sino control de que sea la ley conciliable con los mandatos metafísicamente emanados de los

⁶ Vid. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, E. Garzón Valdés (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 139 y ss.

valores morales objetivos. Mano de santo; tómese la expresión en su más literal y exacto sentido.

Es muy curiosa la historia. Así como en las viejas películas se decía lo de *cherchez la femme*, ahora se podría indicar *cherchez la religion*. El iusnaturalismo de católicos como Dürig hace mutis por el foro, porque ha dado con una solución transversal y no expresamente confesional. Para entender el siguiente paso hay que pensar en el constitucionalismo luterano.

Existe una fuerte tradición iusnaturalista católica, pero apenas hay una protestante. El conservadurismo político o jurídico de raíz protestante⁷ no había seguido ese cauce y eran filosóficamente más oscuras sus proclamas o retóricamente más difíciles de expresar. Buen ejemplo lo tenemos en la obra del muy influyente constitucionalista Rudolf Smend, imbuido de su profunda fe luterana y que jamás apela al derecho natural ni cosa que se le parezca. Pero con el gran descubrimiento, originariamente «católico», de que la constitución es un orden objetivo de valores se puede producir al fin la integración del conservadurismo constitucional católico y del luterano bajo un ropaje teórico que borre la huella de la fe y que presente el designio político de fondo como muy objetivo estudio de la esencia «material» y objetiva de la constitución, desde una razón práctica que ya no se disputará como la de estos o aquellos, sino como supremo atributo de los humanos. Decían los viejos iusnaturalistas que la ley natural estaba grabada en lo esencial y más puro de la naturaleza humana; ahora se explica que la razón práctica es común a todos los humanos y vía compartida que a todos permite saber lo correcto y hacerlo debidamente.

Es así como una parte del constitucionalismo alemán transita del iusnaturalismo católico al principialismo supuestamente aconfesional del luterano Alexy, y es ese el camino por el que, en nueva pirueta histórica bien divertida, ese mismo constitucionalismo se convertirá en neoconstitucionalismo y será tenido como el no va más del progresismo constitucional. Ni en Troya funcionó tan bien la añagaza.

Alexy usa su famosa «tesis del caso especial»⁸ para trasladar a la aplicabilidad de la norma positiva lo que el viejo iusnaturalismo situaba como validez de la norma positiva. El iusnaturalismo mantenía que una norma positiva cuyo contenido sea incompatible con la ley natural no es norma jurídica

⁷ Me refiero a las ideas conservadoras, de inspiración religiosa, en temas tales como la familia, el matrimonio, la filiación, la propiedad, la herencia...

⁸ Que reza así: el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general. *Vid.* R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, M. Atienza e I. Espejo (trads.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 34.

de verdad ni como tal obliga nunca. Ahora, vía Alexy, la estrategia se hace mucho más sutil, pues ya no importa tanto si la norma, en su contenido, es justa o injusta⁹, cuanto que el juez nunca aplique una norma, incluso una plenamente constitucional y válida, que no provea para el caso que se juzga la solución más justa posible, vistas todas las cosas. Eso es lo que prescribe la tesis del caso especial, que el juez primero observe qué determina la norma positiva que al caso venga y que luego vea si no hay tensión entre tal solución jurídico-positiva y la solución que apoye para el mismo caso algún principio de aquellos que son la expresión deóntica de los valores y que son, todos, constitucionales por definición, tanto si los acoge como si los contradice el texto constitucional. Y si hay una norma positiva que para el caso ofrece al juez solución y aparece un principio que en ese mismo caso avala la solución contraria, al juez le toca ponderar, siendo por definición la ponderación el modo en que se solventan los dilemas morales. Porque, a la postre, en eso termina convirtiendo todo caso el constitucionalismo principialista, en un dilema moral en el que uno de los cuernos está dado por lo que diga la norma positiva, si la hay, y el otro depende de lo que proponga el principio útil para derrotar dicha norma positiva cuando su solución no nos guste.

Ese modo de reconvertir la constitución positiva en rehén y víctima de la moral tenida por objetivamente correcta y dicha forma de replantear todo problema jurídico o constitucional como problema principalmente moral o moral en última instancia hicieron furor en Latinoamérica, pero con una peculiaridad que ya antes insinué. Pues en Latinoamérica se ignoraron por completo tanto la raíz religiosa o cuasi-iusnaturalista como, sobre todo, el sello conservador de ese constitucionalismo metafísico. Bajo la denominación de neoconstitucionalismo, pasó a ser considerado como el culmen del pensamiento jurídico amparador de los derechos humanos y liberador de los pueblos. Olvidando, para empezar, que una doctrina, como la de Kiel o la de Alicante, que parte de que todas las normas jurídicas son por definición derrotables, mal protegerá los derechos fundamentales, derrotables igualmente, porque lo son las normas constitucionales que los recogen o los garantizan.

De por qué en el mundo iberoamericano ese constitucionalismo fue presentado como progresista y favorable a los más desfavorecidos podría-

⁹ Eso, en el planteamiento de Alexy, afecta al grado en que la norma como tal satisface la pretensión de corrección (moral) que es propia y constitutiva del derecho y de cualquier otra normatividad. Críticamente al respecto, J. A. GARCÍA AMADO, «Sobre la idea de pretensión de corrección en R. Alexy. Consideraciones críticas», *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 7 (2014), pp. 6-40.

mos insinuar respuestas. Fue en las universidades más elitistas y caras, que son las que surten de magistradas los tribunales constitucionales, donde se instauró el lema archirrepetido de que ya no estamos en el Estado de la legalidad, sino en el de la constitucionalidad, que lo constitucional se nutre de los principios nacidos naturalmente de los valores objetivos y que el dictamen de esos principios para cada caso se averigua mediante una ponderación pretendidamente objetiva y posiblemente arbitraria.

¿Por qué a las viejas clases y familias dominantes en América Latina les interesó de pronto el judicialismo? Supongo que porque de ellas provenían los jueces de los más altos tribunales. ¿Por qué quisieron debilitar el valor jurídico de la ley democráticamente legitimada? Probablemente por lo mismo que forjaron el invento aquellos alemanes conservadores de los años sesenta del pasado siglo, porque un pueblo legislando en un sistema democrático constitucionalmente garantizado y procedimentalmente limpio es un peligro grande para el orden establecido, para las viejas jerarquías y para los rancios esquemas de dominación política, ideológica y social. Fingieron que empoderaban al pueblo al proclamar que sus derechos quedaban mucho mejor protegidos fiándolos al juez antes que al legislador, arraigándolos en normas derrotables al peso en vez de atornillándolos a una legislación bien firme y con todas las garantías fijadas en normas invulnerables y no judicialmente excepcionables. Nada más lampedusianamente perverso, nada más funcionalmente exitoso. Al final del cuento, ni tuvieron esas ciudadanías más derechos ni mejor asegurados, ni disminuyó la pobreza o prosperó la justicia social ni se depuraron los procesos democráticos ni se abrió cauce ninguno para que el pueblo gobernara su propio destino a través de las herramientas que las constituciones en sus textos les brindan. Pero el éxito de semejante estratagema pseudoteórica fue completo: nada cambió en las viejas estructuras de poder social, económico o político y siguen mandando los mismos, aunque ya a veces sea valiéndose de políticos populistas y supuestamente izquierdistas que no son más que marionetas ansiosas por igualarse a «los de arriba» en dinero, sexo, lujo o acceso a los estupefacientes de más calidad. Tragedia y farsa, la conocida combinación.

Ese neoconstitucionalismo alcanza su apogeo cuando completa el giro e incluye sus mismos postulados en los propios textos constitucionales, particularmente los del llamado constitucionalismo bolivariano, última manera, y muy cruel, de vender espejos a los nativos. Vimos que, en Alemania, el juego consistía en separar el texto de la constitución, redactado al modo del constitucionalismo convencional, de la esencia de la constitu-

ción, compuesta por una moral tan evanescente como presuntamente cierta. Pero, seguramente porque en el fondo no entendían de sutilezas jurídicas ni filosóficas, los españoles que dirigieron o asesoraron la redacción de las nuevas constituciones incorporaron al texto mismo aquellas metafísicas y el resultado es espectacular: el propio tenor de la constitución se convierte en un recetario de fórmulas esotéricas, en un manifiesto mucho más propagandístico que regulativo, en un misal para feligreses ingenuos y pueblos impotentes. Los resultados a la vista están y no seré yo quien caiga aquí en la innecesaria crueldad de recordarlos en detalle.

¿Y en España? Los iusfilósofos más optimistas dieron también aquí con la piedra filosofal, el método para lograr que sus personales preferencias morales y políticas pudieran ser imputadas a la constitución como obvia manifestación de su contenido profundo. Nadie pondera para perder, pero cuando ponderan algunos iusfilósofos, la victoria es por goleada, pues, se miren por donde se miren y se pesen donde se pesen, sus principios siempre acaban siendo los mismos que los de la constitución y los pesajes personales son expuestos como más que evidente expresión del orden objetivo de los valores constitucionales. Hemos pasado de la constitución de todos a la constitución de cada uno, y tonto el que no tenga la suya para hacerla bailar al ritmo del test de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, el muy picante reguetón jurídico de estos tiempos.

Si todo esto quedara en un capítulo más de la soberbia profesoral o de la petulancia de un constitucionalismo iusfilosófico o de una iusfilosofía constitucionalizada, resultaría tan simpático como intrascendente. Pero no. Porque la historia, y no solo en España, ha tenido varios capítulos y un final triste. Primero, esos iusfilósofos revestidos de innovadores constitucionalistas y que ocultaban sus tatuajes iusnaturalistas, convencieron a los jueces para que soltaran lastre legal, alegrándoles la vida con la canción de que eran sacerdotes de la justicia antes que criados de la legalidad o humildes sirvientes del pueblo soberano que legisla sin mayor esmero, porque ya se sabe cómo es la gente. Y comenzaron, claro, a hacer de las suyas las altas magistraturas judiciales y a controlar la constitucionalidad de cada norma desde una constitución que acabó siendo privada, personal, íntima, compuesta por sus propios principios y cuanto les quedara de valor. Es entonces cuando los más altos poderes políticos, desde los partidos dominantes hasta los gobiernos, se dan cuenta de que de poco vale lo que honesta o deshonestamente se ponga negro sobre blanco en la ley o hasta en la mismísima constitución, si no pasa por el aro de la constitu-

ción privada de los tribunales. Pero, albricias, perciben al mismo tiempo lo relevante de esta pregunta, que expreso parafraseando a un presidente del gobierno español: ¿quién nombra a los magistrados del Tribunal Constitucional, eh? ¿Quién los nombra? ¿Y a los consejeros del Consejo General del Poder Judicial? Y resulta que su elección depende del poder político de esos mismos grupos y partidos a los que el Tribunal Constitucional o las altas escalas de la jerarquía judicial ponen trabas desde sus constituciones personales. Así que muy simple la solución: elijamos a los nuestros para que, por muy personal que sea su constitución, nunca la usen para limitarnos a nosotros nuestra santa voluntad y nunca pierda una ponderación una norma nuestra y no ganen ni una los rivales. O, dicho de otra manera, si el derecho de verdad y la auténtica constitución tienen su cima y su máximo límite en la moral verdadera, hagamos que los que judicialmente cortan el bacalao estén convencidos de que la nuestra es la verdadera moral, a la vez que se creen que es también la suya, pues para eso los escogimos de entre los nuestros, carne de nuestra carne y orgullo de nuestro partido.

Como no creo que para tanto desastre quepa ya solución y no veo cómo acabar este escrito con una llamada a la esperanza o unas pautas metodológicas para recuperar el Estado constitucional de derecho tras la cabalgada de los constitucionalistas y los iusfilósofos tan recordados aquí, contaré una anécdota bien cierta.

Un día, no hace ni tres años, me llamaron de una entidad importante, da igual si pública o privada, para invitarme a un congreso en el que se discutía con magistrados de una de las salas del Tribunal Supremo. Me dijeron con suma amabilidad que les interesaban mis críticas al principialismo ponderador, ya que pretendían debatir fuerte con aquellos magistrados que les estaban machacando a golpe de principios cada día más inverosímiles y más opuestos a la legislación en vigor. Dije que sí, me preparé lo mejor que pude y llegó el día de vérmelas con lo más granado de esa magistratura enardecida. En nuestra discusión, ellos hablaban y hablaban de principios y yo hablaba y hablaba de principios, pero fui captando que no nos entendíamos ni poco ni mucho, era un diálogo de sordos. Así que comencé a interesarme por cuál era en concreto la idea de principios que ellos manejaban, si estaban más en la estela de Dworkin y en la senda de Alexy, si eran más de pensar los principios como mandatos de optimización, al alexiano estilo, o si los veían preferentemente como normas con el antecedente abierto y el consecuente cerrado, al modo de Atienza y Ruiz Manero. La situación no mejoró, más bien se fueron esos amigos agriando a medida que yo interrogaba con más precisión sobre el trasfondo de

la teoría de las normas asumida por sus señorías. En eso, se alzó uno la mano y recitó, irritado, la definición de principios de Federico de Castro y Bravo, creo que la definición que esa persona había en su día memorizado para presentarse al concurso para juez.

Me dio mucho que pensar y hasta encontré cierto alivio. A lo mejor no tienen tanta culpa los iusfilósofos o los constitucionalistas metafísicos, puede que sus tesis no rebasen los limitados y ruidosos círculos académicos y que en la práctica judicial del día a día simplemente hayan llegado ecos de que ancha es Castilla y allá van, en tromba, pero sin mala conciencia porque ya dijo Federico de Castro que hay unos principios y tal.

Unos meses después tuve una conferencia en una universidad amiga y muy principialista. Presenté un pequeño muestrario de sentencias desmesuradas, de distintas jurisdicciones, y dije a los colegas de aquella orden que por qué no aparcábamos un rato las divergencias teóricas y nos concentrábamos en unas reglas mínimas sobre lo que un juez puede hacer y lo que no, sobre lo que se puede presentar como un principio jurídico y hasta ser ponderado y lo que no cabe en cabeza humana que pueda ser decisivo. Me dijeron que no y algún colega apostilló que cuando un juez decide inaplicar la ley y dar prioridad a un principio, el que sea, es que algo ha visto y que esa sensibilidad hay que respetarla, porque siempre será mejor un juez así que uno formalista limitado por la legalidad.

La tristeza de aquel día todavía me dura. Por eso, también por eso, siento que apenas queda lugar para la esperanza. Pero si hubiera que concluir con una llamada, sé qué lema propondría: ¡volvamos al Derecho y salvemos el Estado de Derecho!