

CAPÍTULO XX

ESPAÑA: LÍMITES DEL NORMATIVISMO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE IGUALDAD*

Por ANDRÉS OLLERO

Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, España

§ 1. *Introducción: solo es derecho el derecho positivo.* — El tema propuesto nos recuerda el escenario, forzadamente dualista, en el que tozudamente se representó, durante más de un siglo, la interminable polémica entre derecho natural y positivismo jurídico. Hace más de treinta años que, desde la filosofía jurídica alemana¹, se nos animara ya lúcidamente a superar este enfoque tan poco fructífero.

Cómodamente instalado en ese dualismo, el positivismo jurídico daba por terminado el debate, en sus primeros compases, al dictaminar con rotundidad: “solo es derecho el derecho positivo”. El pretendido derecho natural, que desvinculaba de la positividad su propia existencia, se veía así fácilmente expulsado de la ciencia jurídica racional hacia las tinieblas exteriores de la irracionalidad.

No acabo de entender por qué un iusnaturalista no puede admitir que “solo es derecho el derecho positivo”. Me parece una

* Una versión notablemente reducida de este trabajo se presentó el 16 de mayo de 1998 como ponencia al IV Europa-Forum, sobre *Recht-Gerechtigkeit-Menschenrechte. Werte und Normen des demokratischen Verfassungsstaats, organizado por la Katholische Sozialwissenschaftliche Zentralstelle en Estrasburgo*, con el título “Zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus-zur Frage der Begründung der Rechtsordnung”.

¹ KAUFMANN, A., *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*, “Juristenzeitung”, 1975, n.º 30, ps. 337 y ss., cuya traducción española tuve ocasión de publicar en “Anales de la Cátedra Francisco Suárez”, Granada, 1977, n.º 17, ps. 351 a 362.

obviedad admitir que no “existe” otro conocido. ARISTÓTELES, al menos, no parece tener mayor noticia de la existencia de ese “otro” derecho; parecía preocuparle por qué obligaban los diversos contenidos del único derecho en vigor.

Solo porque el único derecho existente es el derecho positivo puede resultar preocupante el positivismo jurídico; de existir otro derecho ajeno a él, podríamos optar por acogernos a su amparo y asunto concluido. En los años del franquismo circulaba por mi país un chiste que ponía en solfa aquella divisa falangista que caracterizaba a España como “una, grande y libre”. La pregunta “¿sabes por qué España es una?” encontraba como respuesta: “porque, si hubiera dos, todos nos iríamos a la otra”. Una realidad que, a fin de cuentas, no dejó de experimentarse por aquellos tiempos en Alemania, mientras no se acabó haciendo físicamente imposible. El problema que nos ocupa surge precisamente porque, siendo cierto que “solo es derecho el derecho positivo”, no tenemos otro al que emigrar.

Por otra parte, el dualismo favorecía también al positivismo jurídico, precisamente por presentar al derecho natural como “otro”; es decir, como un ordenamiento condenado a refugiarse en un “uso alternativo” tan rechazable para un jurista como lo fuera el de inspiración marxista de los años setenta. El iusnaturalismo resultaba así triplemente sospechoso.

a) Como científicamente irracional, frente a la racionalidad de la ciencia jurídica que tenía como objeto al derecho positivo.

b) Como éticamente etéreo, al vincularse a una siempre discutible justicia, que sumía al ciudadano en la incertidumbre; mientras, el positivismo jurídico optaba por una seguridad que garantizaba al ciudadano a qué atenerse.

c) Como políticamente ilegítimo, al verse obligado a circular por vías diversas de los poderes legítimamente constituidos: siempre propuesto a espaldas del legislador, ocasionalmente introducido de contrabando por el juez (*contra legem*) y no admitiendo como última instancia interpretativa al Tribunal Constitucional sino, si acaso, a una Conferencia Episcopal obligada por exigencias del guión a añorar predemocráticas alianzas entre el Altar y el Trono.

Esta triple sospecha se corresponde simétricamente por el triple aliento (teórico-científico, ético y político) que anima a la opción positivista por entender el derecho como un sistema de normas puestas. Gracias a ello el derecho se veía delimitado con precisión suficiente como para poder ser objeto de un conocimiento científico, es decir, racional. Se disponía también de un instrumento capaz de garantizar seguridad a los ciudadanos, fueran cua-

les fueran sus ideales de justicia. Se establecía, por último, la frontera entre la norma ya creada y la de posible creación (*lata y ferenda*), deslindando así el legítimo ámbito de juego de los creativos legisladores y el de los obligadamente pasivos aplicadores del derecho.

Consolidado tal dualismo, seguir hablando de derecho natural equivalía a optar por el martirio. No en vano vivimos un momento histórico en el que se considera tan políticamente incorrecto demostrar el mínimo asomo de tibieza en la defensa de los derechos humanos, como académicamente incorrecto sugerir que pueda haber de verdad una naturaleza humana capaz de brindarles fundamento más allá de lo retórico.

Quizá por mi poca afición al martirio, hace ya tiempo que di por bueno que “solo es derecho el derecho positivo”; espero no visitar el infierno por ello. Bien es verdad que lo hice tomando la cuidadosa precaución de reservarme el derecho —no poco positivo para mí— de formular de inmediato alguna inocente pregunta. Por ejemplo: ¿cómo diferenciar el derecho positivo del que no lo es? Si se me responde, en pura ortodoxia positivista, que derecho positivo es el derecho puesto, aún me quedaría otra por formular: ¿quién, cómo y cuándo lo pone?

La doble respuesta positivista más cotizada solventaba ambas preguntas con el recurso a esta curiosa ecuación: derecho = positivo = norma = ley. Así pues, el derecho positivo (no hay “otro”) sería norma puesta por el legislador.

Durante años se intentó descalificar este planteamiento desde una perspectiva ética. Si admitiéramos esa cuádruple identidad, sobre la humanidad lloverían todo tipo de males, de los que la experiencia nazi habría servido como elocuente ensayo general. El derecho natural habría vencido en Nüremberg; pero a costa de quedar revestido de un aire entre moralizante y dantesco; o sea, típico de quien —Gustav Radbruch, p. ej.— tras haber visitado el infierno, llama a la conversión. Puestas así las cosas, bastaría exhibir carnet de incrédulo y dar por archivado al averno entre los mitos irracionales para poder tomarse la cuestión con mucha más tranquilidad de conciencia.

Quizá resulte más positivo aplazar esa perspectiva ética y animarse a abordar al positivismo jurídico desde un punto de vista meramente racional. El problema no radicaría en que se puedan derivar males sin cuento de la identificación derecho = positivo = norma = ley; consiste, mucho antes, en que cualquier parecido entre ese planteamiento y la realidad del derecho es pura coincidencia; porque, simplemente, lo que afirma no es verdad.

No veo ninguna necesidad de emigrar a “otro” ordenamiento jurídico para poner a prueba la inviabilidad del que se nos propone. Me ha bastado repasar, como vengo haciendo hace cierto tiempo², la jurisprudencia constitucional española sobre discriminación por razón de sexo.

§ 2. *Los límites del normativismo jurídico a la luz de la jurisprudencia constitucional española sobre igualdad.* — La Constitución española, norma por excelencia del derecho positivo de mi país, caracterizada —a fuer de jurídica— como “ley de leyes”, afirma en su art. 14 que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Dicho precepto no hace sino expresar, de manera más netamente positivada, el contenido del art. 1.1 con que da comienzo dicho texto constitucional: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Estas serían, pues, las primeras líneas del derecho positivo español; el único que en realidad allí existe. Valiéndome de mi comfortable situación de filósofo del derecho académicamente correcto y poco ávido de martirio, aprovecho para preguntar de nuevo: ¿podríamos considerar como propiamente *jurídicos* a estos *valores* superiores que presiden un *ordenamiento* al que, por definición, sí debemos considerar tal?

Hablar, en serio, de *valores* del ordenamiento jurídico supone reconocer que hay valores que —ellos mismos, y no sólo las normas que los recogen— son propiamente jurídicos. Si mantenemos la obligada letanía —derecho = positivo = norma = ley— la respuesta resulta, sin embargo, inevitablemente negativa: nada hay prelegal, prenормativo ni prepositivo a lo que podamos considerar “jurídico”.

Solo el propio ordenamiento, concebido —desde luego— como *sistema* de normas puestas, puede aportar el criterio identificador y demarcador de lo que es o no derecho. Únicamente cuando son defectuosas, precisarían las leyes (normas puestas, por antonomasia) el complemento de unos principios, que solo así —por esa vía tasada— se verían ocasionalmente convertidos en jurídicos. Al

² Por ejemplo, en *Una laboriosa liberación jurídica: la discriminación por razón de sexo*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, 1997.

margen de ello, cualquier otra referencia axiológica sería tan superflua y peligrosa³ como ajena a la realidad del derecho.

Volvamos a ejercer nuestro positivo derecho a preguntar: los dos preceptos que he citado ¿son en realidad auténticas “normas” jurídicas? No es posible dar una respuesta, por la simple razón de que se nos pueden estar formulando dos preguntas bien distintas. Si revisten las características estructurales exigidas para cumplir el triple objetivo que el normativismo se fijaba o si —como toda norma que se precie, en cuanto expresión arquetípica del derecho positivo— tienen capacidad vinculante *proprio vigore*.

Reducir los citados preceptos a meros principios equivaldría, para el positivismo normativista, a negarles carácter jurídico, excepto que recurramos a la estrategia de considerar a los principios como una exótica variante de las normas. Salvaríamos así su juridicidad, aunque inevitablemente a costa de inutilizar toda identificación estructural, de modo que en adelante ya no se sepa qué es una norma y qué no lo es. La circularidad resultante sería obvia: mantendremos que solo las normas son derecho *proprio vigore*, aunque teniendo buen cuidado en considerar como norma —sea cual sea su estructura formal— todo lo que debe ser reconocido como derecho *proprio vigore*.

Al final nos quedaremos ya sin saber qué es una norma y rebrotará una insolente pregunta: ¿quién, cómo y cuándo “pone” estas novedosas normas antes consideradas principios? Como modesto legislador, miembro del español Congreso de los Diputados que fui, no creo pueda permitirme tales lujos.

Veamos qué nos depara la jurisprudencia aludida. La igualdad, como *valor superior* del ordenamiento, nos aparece con la capacidad vinculante propia de toda *norma* constitucional, sin que ello le impida operar a la vez como *principio*. Sería, pues, caprichoso establecer un dilema entre unas y otros, considerando a las normas como integrantes del ordenamiento jurídico y reduciendo a los principios a música celestial.

El valor superior de la igualdad revestirá estructura normativa (no muy acabada, sin duda) no solo en el citado art. 14, que

³ Respecto a estas “peligrosas jerarquizaciones axiológicas” ponía en guardia el punto 4º del voto particular del magistrado F. Tomás y Valiente a la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 53/1985 del 11 de abril, que declaró inconstitucional el primer proyecto socialista de ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos (“Boletín de Jurisprudencia Constitucional —en adelante BJC—, 1985, nº 49, p. 538). Sobre el particular, ver el epígrafe “La vida: ¿derecho o valor?” de nuestro libro *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución*, Rialp, Madrid, 1994, ps. 29 a 31.

veta toda futura discriminación, sino también en el art. 9.2. Este, más atento a desarraigar las desigualdades ya existentes, impone a los poderes públicos el cometido de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas”, así como “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”⁴.

Tendríamos, pues, *dos normas*. Garantizadora de la igualdad futura la una, reequilibradora de la desigualdad heredada la otra; pasivamente vigilante de todo intento discriminatorio, la primera, activamente comprometida en la eliminación de las discriminaciones arraigadas, la segunda.

Pero la capacidad expansiva de la igualdad como valor superior no acaba ahí, sino que se diversificará a través de *tres principios* diversos.

Las normas preconstitucionales españolas dejan como herencia el principio inspirador de un *protectorado paternalista*, celosamente empeñado en que las mujeres puedan seguir disfrutando (?) de su preciada desigualdad. “Lejos de ver en la actividad laboral de la mujer, libremente elegida, un medio de expresión y desarrollo de su propia condición humana”, tal ambicioso principio “se proclamaba como un objetivo del Estado ‘liberar’ a la mujer casada ‘del taller y de la fábrica’”⁵.

Rechazada la constitucionalidad de tan generosa protección, otro principio animará sin embargo a mantener dichas normas en la medida en que puedan cumplir un papel *compensador* del pasado maltrato. Lo lógico sería que este segundo principio operara a través del activo art. 9.2, pero una circunstancia adicional llevará a que sea el pasivo art. 14 su campo de juego. La razón es bien simple: solo los arts. 14 a 30 de la Constitución española gozan de la reforzada protección del recurso de amparo, del que se ve en consecuencia privado el artículo 9°.

Una interpretación ortodoxa, desde el punto de vista del positivismo normativista, llevaría a concluir que el constituyente quiso que la dimensión no discriminatoria de la igualdad gozara de esa privilegiada protección procesal, mientras la activa erradicación de desigualdades quedaba en mera exhortación a los pode-

⁴ Sobre el papel de la igualdad en la Constitución española hemos tratado ya en “Principio de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución”, en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, ps. 271 a 296. También en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

⁵ STC, 241/1988, del 19 de diciembre, F.5, *BJC*, 1989, n° 93, p. 48.

res públicos. Al Tribunal Constitucional español parece importarle más la justicia que lo académicamente correcto y opta por dictaminar que “la virtualidad del art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad” sino que impone también “la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas”; lo que obligará a analizar cada medida “desde una perspectiva más compleja”⁶.

Al desmarcarse del positivismo normativista está proyectando sobre la realidad una determinada teoría de la justicia. A nadie se le oculta, por cierto, que la previsión del art. 14 reviste el corte garantista propio de los llamados derechos “civiles y políticos”, que vetan a los poderes públicos toda intervención desequilibradora. Por el contrario, el art. 9.2 contempla unos derechos-prestación, en línea con los llamados “económicos, sociales y culturales”. Así pues, la apuntada perspectiva teórica “normativista” empujaba a asumir una operación de notable alcance político, al ofrecer más vías de positivación a los objetivos del clásico estado liberal de derecho que a los del novedoso estado social y democrático de derecho que la propia Constitución española suscribe.

Bien pronto una mera tarea compensadora, que no llega a promover condiciones ni remover obstáculos para hacer más efectiva la igualdad, resultará corta. Circulando normativamente –por la razón ya expuesta– por el mismo art. 14, entrará en juego un tercer principio que anima a la *acción positiva*. Como consecuencia, se rechazará la continuidad –con intención compensadora– de determinadas medidas protectoras, por entender que paralizarían la entrada en juego de esa dimensión activa.

De ahí derivaría la necesidad de “eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo o la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones”⁷.

La igualdad se convertirá, a la vez, en prueba fehaciente de la existencia de principios *jurídicos prelegales*⁸, capaces incluso de derogar normas.

⁶ STC, 19/1989, del 31 de enero, F.4, *BJC*, 1989, n° 94, p. 303.

⁷ STC, 229/1992, del 14 de diciembre, F.4, *BJC*, 1993, n° 141, p. 90.

⁸ Lo resaltamos ya en los primeros compases de la refundamentación constitucional del ordenamiento jurídico español: *Droit naturel et “jurisprudence de principes” (avec référence à la Constitution espagnole de 1978)*, “Weltkongress für Rechts-und Sozialphilosophie”, Basel, 1979, en *Contemporary Conceptions of Law*, “Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie” (Supplementa), vol. I, parte 1, ps. 629 a 639; luego en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, ps. 199 a 210.

Solo forzadamente cabría considerar como una norma positiva peculiar al valor superior de la igualdad, al operar activando *resortes hermenéuticos* (como lo razonable o lo proporcional). Estos remiten más a una implícita teoría de la justicia, que pugna por positivarse por vía de juicios de valor, que a la aplicación técnica de un texto normativo de contenido explícitamente puesto.

Ya el mismo concepto de “discriminación”, que no resulta explícitamente definido en la sucinta estructura normativa del art. 14, obliga a una interpretación integradora. Solo habría discriminación cuando “la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable”⁹. Lo que resta por aclarar es dónde encontraremos “puestos” los criterios capaces de cargar de razón a dicho trato desigual, sobre los que la norma guarda silencio.

El Tribunal vendrá de nuevo en nuestra ayuda. “La existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la *finalidad y efectos* de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de *proporcionalidad* entre los medios empleados y la finalidad perseguida”¹⁰.

No muy distinta será la situación cuando el Tribunal, obligado a calibrar el complicado juego protección-compensación-acción positiva, se plantee si una u otra medida conservan aún su “razón de ser”. Ni las opiniones coyunturalmente dominantes, ni la propia voluntad de la presunta víctima de la discriminación, le parecerán criterio adecuado.

El ámbito hospitalario aportó un caso aún más elocuente. Los residuos del protectorado paternalista habían llevado a que todas las horas de trabajo dominical de las enfermeras fueran retribuidas como “extraordinarias”, mientras a los enfermeros solo se les retribuían como tales las que excedían de su horario habitual en los días laborales. El órgano judicial que aborda el caso, sin llegar a considerarlas discriminatorias, considera que “tales medidas deben ser sometidas a revisión para derogarlas si es que carecen de *actualidad*”.

El Tribunal no deja de reaccionar escandalizado: “el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse ‘actualidad’, sino su conformidad con la Constitución”¹¹. Esta –tomemos nota– parece contar con peculiares razones, no identificables necesariamente con las opiniones mayoritarias.

⁹ STC, 34/1981, del 10 de noviembre, F.3, B, *BJC*, 1981, n° 7, p. 513.

¹⁰ STC, 34/1981, del 10 de noviembre, F.3, C, *ibídem*. Los destacados son del original.

¹¹ STC, 81/1982, de 21 de diciembre, F.2, *BJC*, 1983, n° 21, p. 71.

Al fin y al cabo también el “contenido esencial” de los derechos y libertades, al que se refiere su art. 53.1, se sitúa por encima de la opinión coyuntural de los ciudadanos y de las no menos transitorias mayorías parlamentarias. Por eso podrá servir de referencia a la hora de defender —contra cualquier mayoritaria tentación opresora— a las minorías de turno, que suelen ser siempre las discriminadas. Nada más absurdo, en efecto, que pretender que sean los *tópicos* de actualidad los que sirvan de fundamento a una *utopía* liberadora, como la de los derechos humanos¹².

§ 3. *Razón de ser y principios jurídicos.* — La reiterada alusión a la existencia o inexistencia de una *razón de ser* opera como una nueva versión diacrónica de ese “fundamento objetivo y razonable” capaz de ayudarnos a distinguir entre una discriminación y una mera e irrelevante desigualdad.

Nuestra actividad jurídica —o sea, el derecho real— mantiene una vieja querencia a vincularse con la razón¹³. Así como las tareas del Ejecutivo nos situarían en el ámbito de la voluntad política, se supone que los textos legales son racionales, o por lo menos cabe adivinar en ellos una *ratio*. Tanto los procesos judiciales como las resoluciones que van jalonando su desarrollo adoptan el formato de un discurso argumental, en el que las partes y el juez van aportando sus razones.

Podría admitirse pacíficamente, suscribiendo la dimensión más extremadamente débil de lo teleológico, que lo jurídico siempre tiene una *razón*; al fin y al cabo nadie hace nada sin algún motivo. Resulta, no obstante, indisimulable que se afirma bastante más cuando se le atribuye una *razón de ser*. Se está reconociendo implícitamente que, más allá de todo *relativismo*, hay razones y razones; más cercanas unas que otras a la realidad de las cosas, o sea —para entendernos— a la del derecho.

La Ordenanza de Seguros dio ocasión de dejar sentado que ni siquiera la voluntad del afectado puede suplantar las exigencias constitucionales. Ofrecía al personal femenino, al contraer matrimonio, la posibilidad de rescindir su contrato y optar por una indemnización, por la que la recurrente opta sin vacilación.

¹² A ello nos hemos referido en *Los derechos humanos entre el tópico y la utopía*, “Persona y Derecho”, 1990, n.º 22, ps. 159 a 179; incluido en versión francesa en *Droit “positif” et droits de l’homme*, Bière, Bordeaux, 1997, ps. 125 a 141.

¹³ Ello nos ha llevado a preguntarnos *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.

El Tribunal prefiere cerciorarse de que la medida, presuntamente protectora de la mujer, “no haya perdido su *razón de ser*”, como habría ocurrido con las que, por “perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados”, “consolidan la situación discriminatoria contra la que se reacciona”. El hecho de que la propia víctima pueda “desear su aplicación” resultaría irrelevante, ya que “el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento”, que somete en la práctica “a las mujeres a un régimen promocional de la terminación del contrato que derechamente conduce a su expulsión del mercado de trabajo”¹⁴.

Nada tiene de extraño que hacer que hasta tres principios jurídicos —expresivos todos ellos del no menos jurídico valor superior de la igualdad— circulen a través de una misma norma jurídica, dado el estrechamiento provocado por las previsiones de amparo constitucional, sea bastante más de lo que un positivismo normativista consecuente puede soportar.

Convencernos de que, al relacionar razonablemente fines y efectos, lo que estamos haciendo es limitarnos a *aplicar* una *norma* ya *puesta* exigiría una notable fe normativista y positivista. Más bien parece que estamos manejando *principios*, para poder *positivar interpretativamente* las exigencias derivadas de un *valor*.

No faltará un magistrado constitucional que señale que así “el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas”. Su coherente *positivismo* no parece capaz de digerir tal supuesto: “la referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad permite una inclinación hacia el *iusnaturalismo*, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva”. El problema radical seguirá siendo, no si esta propuesta es más o menos deseable, sino simplemente si es en realidad viable.

También el *normativismo* parece que se desencuaderna: a su juicio, “no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las *normas* en cuestión a un principio general del derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la

¹⁴ STC, 317/1994, de 28 de noviembre, F.2, 3 y 4, *BJC*, 1994, n° 164, p. 130. Los destacados son del original.

igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los *principios*¹⁵.

El *criterio teleológico* se nos desvela, una y otra vez, como el ingrediente *primario* de todo razonamiento jurídico. La inevitable fundamentación jurídica implica, más allá de la aplicación técnica de normas, evaluar la finalidad perseguida y la proporcionalidad de los medios destinados a su logro. Igualmente, cuando se dictamina la pérdida de “razón de ser” de una medida, se oculta bajo ese aparente juicio histórico una evaluación teleológica.

La justicia atribuida a los resultados previsibles ayudará a ponderar los tres principios que dan juego al art. 14. Ilustrativo resulta el debate sobre la constitucionalidad de unas “prestaciones en concepto de guardería”, previstas para “todas las trabajadoras, independientemente de su estado civil, con hijos menores de seis años”; pero solo para “los hombres viudos con hijos de esa edad”.

Si se la considerara como una medida protectora de la mujer, presumiéndole “una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares”, sería rechazable. Lo contrario ocurriría si se la considera *compensadora* de una desventaja indisimulable, si se “compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20,9 %) con la correspondiente de hombres casados (el 70,92 %)”. Resultaría esta vez justificado evitar “que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños”¹⁶.

El *activismo judicial* resulta, como consecuencia, obligado. Un *valor* superior, como el de la igualdad, capaz de alentar hasta *tres principios* de muy diverso juego, no se deja encerrar en el marco de una norma, por muy polisémico que sea su texto.

Se abandonará todo intento de *aplicación* avalorativa de *normas*, para adentrarnos en la inevitable *ponderación* de los *principios* en juego. Una misma medida se considerará o no constitucional —o sea, se reconocerá como derecho positivo o llegará a tacharse de negativo atropello— según el *juicio de valor* del que quepa interpretarla deudora.

Toda pasividad judicial resultará rechazable, a no ser que se pretendiera reducir el juego de la igualdad a la exclusión de discriminaciones futuras, cerrando los ojos ante la necesaria eliminación de desigualdades arraigadamente vigentes en la realidad so-

¹⁵ Voto particular del magistrado L. Díez-Picazo a la citada STC, 34/1981, del 10 de noviembre, *ibídem*, p. 516. Los destacados son del original.

¹⁶ STC, 128/1987, del 16 de julio, F.9 y 10, BJC, 1987, n^{os}. 76 y 77, ps. 1207 y 1208.

cial. Ello se pondrá de relieve tanto al interpretar las normas como al considerar o no probados los hechos.

Pocas situaciones condicionan de modo más profundo el acceso y la estabilidad de la mujer en el ámbito laboral que el embarazo. Lo ponen de relieve posibles propuestas –tan inconstitucionales como difícilmente sorteables– que condicionan el acceso a un puesto de trabajo al compromiso de la trabajadora de no quedar embarazada.

La carga de la prueba pasará ahora a desempeñar un papel decisivo. El Tribunal Constitucional no dudará en equiparar a un despido radicalmente nulo la mera negativa a prorrogar un contrato temporal ya finalizado a una embarazada¹⁷; en tales circunstancias el juez debería exigir al empleador una específica actividad probatoria¹⁸.

Valores, principios y normas acabarán con frecuencia combinados, y no solo por pura falta de precisión terminológica. Esta aparente heterogeneidad expresa en realidad un peculiar *sistema*, no compuesto solo de normas (como exige el *normativismo*), nítidamente puestas (como exigiría el *positivismo*), tras un transparente procedimiento legislativo (como exigiría el *legalismo*). Nos hallamos ante un “sistema” bien distinto en el que unos valores –que operarán siempre como *principios* motores del ordenamiento, lleguen o no a conformarse como *normas*– animarán ese proceso de *positivación* de una concepción de la *justicia* en el que –mediante un continuo esfuerzo de fundamentación– toda actividad jurídica consiste.

El positivismo normativista difícilmente podrá mostrarnos unas normas puestas capaces de indicar cuándo es necesaria una “acción positiva” contra la desigualdad previa, o cuándo hemos de estar más atentos a los posibles efectos perversos de un proteccionismo paternalista y cuándo a las ventajas de su mantenimiento con intención compensatoria. Suscribir el positivismo normativista no solo expone a imponer inconfesadas opciones éticas ajenas a todo debate, sino –sobre todo– condena a aceptar una mitología jurídica, que ignora la realidad.

¹⁷ STC, 173/1994, del 7 de junio, F.3 y 4, *BJC*, 1994, n° 159, p. 90.

¹⁸ Así ante el despido presuntamente disciplinario de una embarazada, el órgano judicial ha de “alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria por razón de sexo” (STC, 136/1996, del 23 de julio, F.6, *BJC*, 1996, n°s. 184 y 185, p. 91).

La utopía liberadora de la mujer puede ayudarnos a someter a crítica tópicos teórico-jurídicos que imponen un correctísimo doble lenguaje: se nos invita a hablar a todas horas de derechos humanos, pero aceptando que no podremos tomarnos en serio otro derecho que el que se haya visto reconocido por una ley; se niega que pueda existir algo así como un “derecho natural”, aunque se afirma sin sombra de duda la igualdad —“natural”, se supone— de derechos entre hombre y mujer.

§ 4. *La actividad jurídica como filosofía práctica orientada a discernir exigencias objetivas de justicia.* — El problema del positivismo normativista no es, a estas alturas, que nos obligue a limitarnos sobriamente a analizar el *ser* del derecho que es, renunciando a su utópico *deber ser*. Su problema es que cualquier parecido entre lo que dice que el derecho es y la realidad es pura coincidencia.

Es obvio, sin embargo, que las limitaciones de una teoría no convierten automáticamente en verdadera a su contraria. La actividad jurídica se nos muestra como el esfuerzo prudencial por hacer realidad una teoría de la *justicia*. Para ello los *valores* que la integran han de jerarquizarse en la práctica, a través de la ponderación de los *principios* en que se plasman.

Las *normas*, en que tanto esos valores como sus principios operativos cobran más concreta estructura, son tan limitadas como imprescindibles. No son ellas la “fuente” real de un derecho presuntamente puesto de una vez por todas. El derecho brota siempre de esa concepción de la justicia que inspira su progresivo proceso de positivación.

Las normas jurídicas, y muy especialmente las leyes, permiten ya en su proceso de elaboración adelantar un debate ético que permanecerá abierto. Posteriormente servirán como punto de referencia decisivo para su desarrollo y finalización. El juez deberá fundar en ellas su positivación del derecho, a ellas se referirán los recursos que discrepan de esa solución, y a ellas se remitirá la solución judicial firme con honores de cosa juzgada¹⁹.

Esta realidad no ha pasado inadvertida a más de un positivista, obligándolo a replantear inviables puntos de partida ini-

¹⁹ Al respecto, remito a mi estudio *Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos*, “Anuario de Filosofía del Derecho”, Madrid, 1994, n.º XI, ps. 91 a 103.

ciales. La apelación de HART a la “textura abierta”²⁰ de las normas, por ejemplo, no hace sino reconocer la inevitable animación del derecho por concepciones de la justicia.

No tendría por ello sentido plantear la discrepancia entre positivismo y iusnaturalismo como un dualismo jurídico, que nos obligara a optar entre dos ordenamientos jurídicos, uno real y otro deseable. Nos plantea, en realidad, la radical discrepancia entre dos teorías éticas: la que considera que hay contenidos éticos objetivos racionalmente cognoscibles y la que —al excluirlos— parece reducir todo debate ético a un duro conflicto de voluntades sin posible mediación racional.

El núcleo central del iusnaturalismo no puede radicar solo, a nuestro modo de ver, en la fácil constatación de la inviabilidad del positivismo, desbordado siempre por la “metalegalidad” de lo jurídico. Expresa la convicción de que contamos en ese ámbito metalegal con *exigencias objetivas de justicia* que reclaman positivación jurídica, por problemático que resulte su obligado descubrimiento. De ahí brotará una constante preocupación por evitar variantes desnaturalizadoras a la hora de positivizar ese derecho que —para bien o para mal— es el único existente.

Es preciso descartar, por contraria a la realidad, la idea de una “positividad instantánea”²¹, para reconocer que nos hallamos siempre abocados a un “proceso de positivación” de inevitable alcance ético. Cognotivismo y no cognotivismo reabrirían el auténtico dilema.

El primero nos recuerda que es decisiva la admisión de la existencia de unas reconocibles exigencias jurídicas objetivas. De lo contrario, se paralizaría la inevitable búsqueda que su proceso de positivación lleva consigo; porque tampoco disponemos de un derecho natural ya dado, listo para ser aplicado “alternativamente” al derecho positivo. Contamos con exigencias objetivas de justicia susceptibles de búsqueda, y capaces de ponernos a cubierto de una positivación jurídica *contra natura*.

La crítica positivista sobre la indudable problematicidad del simultáneo proceso de captación-conformación de estas exigencias pierde fuerza; pues, por problemático que resulte determinarlas prácticamente, no lo será más que conocer el efectivo alcance del derecho presuntamente “puesto”. Sin contar con ellas como pun-

²⁰ HART, H., *El concepto del derecho*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, ps. 159 y 167.

²¹ Al respecto, cfr. mi trabajo “Positividad jurídica e historicidad del derecho”, en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, ps. 181 a 194.

to de apoyo, su positivación se convertiría en expresión de una voluntad arbitraria, “ideológicamente” disfrazada de racional, pero sólo fácticamente describible o pronosticable. Si tal derecho se nos presenta como “objetivo”, será a condición de que no nos preguntemos sobre los reales contornos de tan misterioso objeto.

Nada, sin duda, más alejado de la *ciencia*²² que el conocimiento de un “objeto” que no pasa de ser un mero espejismo, hasta que una interpretación –¿arbitraria?²³– contribuye a definir sus auténticos perfiles. Toda *actividad jurídica* nos aparece en realidad como *filosofía práctica*, que capta y conforma a la vez –“determina”²⁴– esas exigencias objetivas de justicia, positivándolas existencialmente. Positivar el derecho –hacer justicia– es, pues, disponerse a conocer una verdad práctica, inevitablemente “por hacer”.

Lo incierto de la “determinación” positiva de tales exigencias jurídicas naturales se aminora cuando nos brindan una demarcación “negativa” del ámbito de lo inadmisibile. Será más fácil ponerse de acuerdo al detectar lo injusto que a la hora de perfilar detalladamente lo justo. Tal fenómeno se nos muestra, al igual que en la particular rotundidad de los preceptos “negativos” de la teología moral, en el planteamiento jurídico del control de constitucionalidad como “legislación negativa”.

No nos sirve ya la idea de que *la ley es la ley* (o sea, “el derecho es la ley”), ni la invitación a desarrollar una “ciencia jurídica” que no sería sino mera glosa de esa ley. Es preciso plantear la actividad jurídica como el esfuerzo por “dar razón” de una determinada solución ética a problemas de la convivencia social. Se trata de positivar exigencias jurídicas buscando para ellas respaldo entre el arsenal de “razones” (valores, principios, normas) que el ordenamiento jurídico nos ofrece.

En eso consiste el derecho como *saber hacer* prudencial, capaz de dar razón de una solución ajustada. La docencia jurídica ha de adiestrar en ese arte de encontrar puntos de apoyo para ajustar razonablemente la convivencia social.

²² Sobre pasados intentos de fundar un saber jurídico científico, remito a mi estudio *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlagendiskussion in Deutschland*, Rolf Gremer Verlag, Ebelsbach, 1978; en español *Derecho y sociedad. Dos reflexiones sobre la filosofía jurídica alemana actual*, Nacional, Madrid, 1973, con especial referencia a la *Systemtheorie*.

²³ Al respecto, véase *Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial*, “Poder Judicial”, Madrid, 1993, n.º 32, ps. 123 a 139.

²⁴ Sobre el particular, cfr. “Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino”, en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, ps. 43 a 53.

Este planteamiento devuelve a la *justicia* el puesto central en la dimensión práctica de la actividad jurídica, rescatándola de ese escepticismo relativista condenado a simularla, como ocurre en las incoherentes invocaciones no cognotivistas a los derechos humanos. Ello no implica, por otra parte, particular merma de la *seguridad*; pues nada más inseguro que verse a merced de conjuros de incierto alcance, sometidos a su vez a un continuo proceso de configuración retroactiva, como magistralmente constató el propio KELSEN²⁵.

El esfuerzo por evitar positivaciones jurídicas *contra natura* no supone dar paso a ninguna limitación de la soberanía de los poderes políticos, ni ignorar las consecuencias del proceso de secularización característico de las democracias pluralistas contemporáneas. Sospechas interesadas de este tipo contribuyen a la llamativa subsistencia práctica de un positivismo jurídico, que —como teoría jurídica— parece mantenerse como un muerto en pie²⁶.

Tanto histórica como doctrinalmente, la *democracia* moderna hunde sus raíces en los planteamientos de *cognotivismo* ético propios del iusnaturalismo. El intento de emparejar democracia y *relativismo* —cuando, como en KELSEN, es consecuente— llevaría a reducir a mera liturgia elementos hoy considerados como claves de todo Estado de Derecho: la vigencia de los derechos humanos de las minorías por encima de las leyes elaboradas por las mayorías, o la subordinación de la eficacia a la legitimidad en la actividad de los poderes del Estado.

El obligado respeto a sus mecanismos procedimentales deriva a su vez de una exigencia jurídico-natural, que excluye toda interpretación *contra legem* o toda tentación de “uso alternativo” de recetas de derecho natural²⁷. En todo caso, el mismo proceso de elaboración parlamentaria de las leyes brinda espacios para la proyección práctica de las exigencias jurídico-naturales²⁸. Queda

²⁵ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, Unam, México, 1979, p. 284.

²⁶ Al respecto, remito al artículo *La crisis del positivismo jurídico. Paradojas teóricas de una rutina práctica*, “Persona y Derecho”, 1993, n° 28, ps. 209 a 255; una versión abreviada en MASSINI CORREAS, C., (ed.), *El iusnaturalismo actual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, ps. 251 a 269.

²⁷ Parafraseando a E. BLOCH, hemos afirmado: “ninguna democracia sin derecho natural, ningún derecho natural sin democracia” (*Derecho natural y sociedad pluralista*, “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, Buenos Aires, 1983, n° 2, ps. 241 a 257, incluido en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Edersa, Madrid, 1982, ps. 219 a 233). También “Verdad y consenso democrático”, en *Estudios sobre la encíclica “Centesimus Annus”*, ed. por Aedos, F. Fernández, coord., Unión, Madrid, 1993, ps. 295 a 321.

²⁸ De ello nos hemos ocupado en “Convicciones personales y actividad legislativa”, en *Evangelium vitae e diritto*, Vaticana, Città del Vaticano, 1997, ps. 229

igualmente abierta, a través de la dimensión hermenéutica de la positivación del derecho, una ulterior determinación práctica de tales exigencias, como muestra la frecuente apelación judicial a la equidad, la naturaleza de la cosa, o las exigencias de la "realidad" social. Los eventuales dilemas de conciencia residuales, de no encontrar salida por la vía excepcional de la *objeción de conciencia*, habrían de sustanciarse asumiendo las sanciones legales tras ejercer la *desobediencia civil*.

Todas estas tareas se verán estimuladas por instancias merecedoras, para todos o parte de los ciudadanos, de autoridad a la hora de interpretar esas exigencias jurídicas naturales: confesiones religiosas, organizaciones no gubernamentales defensoras o fiscalizadoras de los derechos humanos, etcétera. Todas ellas cumplen un papel enriquecedor de la conciencia ética colectiva, del que no cabría prescindir en el imprescindible debate democrático.

Intentar cercenar su influjo, con descalificaciones maniqueas, invocaciones a lo procedimental o a la presunta neutralidad de lo público, contribuiría al empobrecimiento ético de la sociedad y, como consecuencia, a una merma de la capacidad de legitimación del propio ordenamiento jurídico²⁹.

El convencimiento de que la verdad debe siempre abrirse paso por la fuerza de sus razones marca, por otra parte, una clara frontera entre el *prudente cognotivismo* de quienes aspiran a captar las exigencias jurídicas objetivas de un derecho natural y el *voluntarismo fundamentalista* de quienes solo reconocen un derecho divino positivo. Ello convierte en caprichosa o malintencionada toda equiparación simplista entre la existencia de una autoridad magisterial libremente aceptada y su inevitable imposición autoritaria, que la convertiría en obligada enemiga de la tolerancia³⁰.

El problema es, pues, si podemos contar con unas *exigencias objetivas de justicia*, capaces de ponernos en guardia ante la posible positivación de un *derecho desnaturalizado*, o de brindar a nuestra tarea prudencial elementos de juicio para diseñar normas adecuadas o aportar soluciones ajustadas. En cualquier caso, *no cabrá disponer acabadamente de ellas*, al margen de la misma

a 248. También antes: "Expertos en humanidad. Convicciones religiosas y democracia pluralista", en *Estudios sobre la encíclica "Sollicitudo Rei Socialis"*, Unión, Madrid, 1990, ps. 120 a 140.

²⁹ Al respecto, remito a *Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls*, "Estudios Públicos", Santiago, 1998, n° 69, ps. 19 a 45.

³⁰ Sobre el particular, ver mi estudio *Tolerancia y verdad*, "Scripta Theologica". Pamplona. 1995. n° XXVII/3. septiembre-diciembre. ps. 885 a 920.

actividad positivadora (legislativa o judicial) en la que afloran; como tampoco la belleza existe realmente sino cuando se plasma en una concreta obra de arte.

Hay que dar, pues, paso a un *iusnaturalismo crítico*, que no atribuya al derecho natural lo que con todo acierto niega al derecho positivo: la posibilidad de ofrecerse como acabadamente “puesto”. Ha de animar, por el contrario, a buscar sus exigencias hasta encontrarlas, positivándolas del modo más ajustado posible al momento y circunstancia en que han de cobrar vida.

No existe, en efecto, una *positividad instantánea*, ni un “derecho positivo” en estado puro, porque lo jurídico consiste en un continuo proceso de positivación, sin otro final que el meramente convencional de la cosa juzgada. Pero tampoco existe una *naturalidad instantánea*, ni un “derecho natural” en estado puro, porque toda actividad jurídica ha de verse siempre acompañada por un continuo esfuerzo de fidelidad a las exigencias de la naturaleza humana, que estimulen críticamente ese mismo proceso de positivación.

De ahí que cuando se nos plantea un *dilema –alternativo y excluyente–* entre el derecho positivo y “otro” derecho natural se nos está invitando a una opción imposible *entre dos realidades ciertamente inexistentes*. Precisamente porque “solo es derecho el derecho positivo”, resulta ineludible –para todo jurista empeñado en garantizar y proteger las exigencias humanas básicas– la preocupación por evitar que el proceso de positivación de lo jurídico las margine hasta hacerlo degenerar *contra natura*, degradando inevitablemente la convivencia social.

El problema de la fundamentación del derecho no es solo una cuestión teórica que el positivismo no haya logrado erradicar; es, sobre todo, una continua necesidad práctica, pues sin ella no se da actividad jurídica alguna. El dilema no es fundamentar el derecho o renunciar a ello, sino fundamentarlo conscientemente y abiertos a la crítica, o hacerlo inconscientemente, condenándose a un cerrado dogmatismo.

RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS

(Coordinador)

Las razones del derecho natural

*Perspectivas teóricas y metodológicas
ante la crisis del positivismo
jurídico*

2ª edición, corregida, reestructurada y ampliada

Estudios realizados por los autores

JOÃO MAURÍCIO ADEODATO • SALVATORE AMATO
STÉPHAN BAUZON • FRANCESCO D'AGOSTINO
CHANTAL DELSOL • PAULO FERREIRA DA CUNHA
ROBERT P. GEORGE • ARTHUR KAUFMANN
CARLOS I. MASSINI CORREAS • BJARNE MELKEVIK
ANDRÉS OLLERO • RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS
JAVIER SALDAÑA SERRANO • PEDRO SERNA
EDUARDO SODERO • JEAN-MARC TRIGEAUD
STAMATIOS TZITZIS • RODOLFO L. VIGO
FRANCESCO VIOLA



Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

CUADRO DE BIENOS AIRES

Las razones del derecho natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico / coordinado por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas - 2º ed. - Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008.
483 ps.; 23 x 16 cm.

ISBN: 978-950-569-274-3

1. Derecho Natural. I. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, coord.
CDD 340.1



PREMIO ESTRELLA
DE PLATINO



WORLD QUALITY
COMMITMENT

Galardón otorgado a esta editorial



EDITORIAL ÁBACO DE RODOLFO DEPALMA S.R.L.

Viamonte 1336, 6º - Ciudad de Buenos Aires
www.abacoeditorial.com.ar

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I.S.B.N.: 978-950-569-274-3

Impreso en septiembre de 2008

Verlap S.A. Producciones Gráficas
Comandante Spurr 653, Avellaneda
(Prov. de Buenos Aires)

IMPRESO EN LA ARGENTINA