

# ¿JUECES CRÍTICOS O INGENIEROS SOCIALES?

**Andrés Ollero Tassara**

Catedrático de Filosofía del Derecho.  
Universidad Rey Carlos

## ¿JUECES CRÍTICOS O INGENIEROS SOCIALES?

**SUMARIO:** I. OBEDEZCAMOS A LA REALIDAD SOCIAL PARA DOMINARLA. II. LA QUERENCIA NORMATIVA DE LA SOCIOLOGÍA: TEORÍA Y CRÍTICA SOCIAL. III. EL DERECHO COMO HECHO: AUDACIA Y RIESGO DEL EMPIRISMO. IV. DE LA «NATURALEZA DE LAS COSAS» A LA «REALIDAD SOCIAL» COMO CRITERIO INTERPRETATIVO. V. ENTRE LOS TÓPICOS Y LA UTOPIA. VI. APELACIÓN PROGRESISTA A LO POLÍTICAMENTE CORRECTO. VII. INSUFICIENCIA DE LOS POSITIVISMOS JURÍDICOS AL EXPLICAR EL DERECHO.

Al abordar la interpretación de las normas jurídicas, la alusión al criterio *sociológico* se ha convertido en tópico obligado. Ello nos invita a ocuparnos de la relación entre el derecho (incluido su manejo racional, más o menos científico) y la sociología, así como las alusiones a la *realidad social* como ingrediente hermenéutico; cuestiones todas ellas que hemos tenido ocasión de tratar con mayor amplitud no hace mucho (1).

---

(1) En *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 77-94.

Hablar de derecho y sociología obliga a replantear la correlación entre *ciencia y poder*, típica de una *actitud manipuladora* y transformadora de la realidad, que caracteriza a la ciencia moderna de matriz positivista. Quedó atrás la actitud receptiva cuasicontemplativa del que aspiraba a ser testigo de la epifanía de la verdad. Habría que partir de un conocimiento de los hechos, que permita descubrir las leyes que los regulan. Sólo así –apoyándose en la *obediencia* al resultado de ese conocimiento– cabría vencer a esa misma realidad, manejándola de modo que nos resulte más útil.

## I. OBEDEZCAMOS A LA REALIDAD SOCIAL PARA DOMINARLA

La primera exigencia sería enfrentarnos a un objeto real. Hay que evitar que el culto idolátrico a prejuicios inconscientemente asumidos nos lo desfiguren. Ello obliga a ponerse en guardia respecto al influjo de la propia tribu. La ciencia social va a nacer así marcada por la *crítica de la ideología*. Se desconfía ante la posibilidad de que los intereses en juego puedan nublar el conocimiento racional de la realidad.

Se aspira a contar con una razón purificada de prejuicios. Subyace, inconfesadamente, una filosofía «progresista» de la historia, que no ve en la herencia del pasado sino una perturbadora irracionalidad. Ello llevará a BACON a precavernos también de los «ídolos de la caverna» surgidos de «la educación y comercio con otros, o a consecuencia de la lectura de libros o de la autoridad de aquéllos que cada uno respeta y admira» (2). Pero de poco serviría enfrentarnos a un objeto real, con una razón desembarazada de prejuicios, si el lenguaje en el que plasamos el resultado de nuestro esfuerzo lo desvirtúa o confunde. Ciencia y análisis del lenguaje deberán darse la mano. La razón humana, subyugada por tanto ídolo, se habría mostrado particu-

---

(2) Francis BACON, *Novum Organum*, Aforismo XLII del libro 1.º (Buenos Aires, Losada, 1961 (2.ª), pág. 85).

larmente incapaz de dominar esa realidad social a la que el derecho pertenecería. De ahí la indisimulada condena de la previa filosofía social y jurídica, que habría de verse, por fin, sustituida por una ciencia racional.

Ciencia social, crítica de la ideología y análisis del lenguaje se convierten en compañeros de viaje, a la búsqueda de un objeto real fruto de un conocimiento empírico. No se trata sólo de lograr la elaboración teórica de una ciencia del derecho, que otorgue a sus cultivadores patente de racionalidad desmarcándolos de la alquimia o la superchería. El intento es más ambicioso: se trata de que la actividad jurídica misma se convierta en científica y técnica, lo que obligaría a sustituir al torpe repetidor de tópicos, ensartados con palabras de incierto alcance, por un riguroso y fiable ingeniero social.

Se da por hecho que el gremio no se prestará a colaborar. «Pienso luego existo fue el argumento de Descartes, existo luego no tengo necesidad de pensar es el argumento de los juristas»; al menos así lo ve BENTHAM, que no parece muy dispuesto a mirar hacia otro lado: «A la gloriosa incertidumbre de la ley ha sido durante mucho tiempo el brindis de los abogados ingleses». Como los abogados ven peligrar su continuidad en el oficio, siempre que algunos aspiraron a algún progreso «los letrados fueron en general los mayores enemigos suyos; moviéndolos incessantemente su particular a oponerse al establecimiento de un sistema claro y preciso, uniforme y cierto, por la misma razón que los obreros se oponen a la invención de las máquinas que abrevian el trabajo, y hacen menos caras las manos» (3).

Los juristas no parecen tampoco para COMTE un colectivo reciclable. No tendría, para él, mucho sentido esperar que quienes de la mano de la *metafísica* embaucaron a la sociedad, se conviertan a una *física social* capaz de hacerla progresar. Juristas y

---

(3) Jeremy BENTHAM, *Tratados sobre la organización judicial y la codificación*, Sección sexta, Madrid, Establecimiento Central, 1843, tomo II, pág. 103, y *Tratado de los sofismas políticos*, París, Smith, 1824, t. I, 3, págs. 45-46.

metafísicos, que se habrían repartido el poder durante esa oscura época de transición entre la mitología y la ciencia positiva, constituyen inevitablemente especies a extinguir. La sociedad industrial exigiría un nuevo tipo de jurista; bien distinto del oportunismo del legista o de la frívola elocuencia del *abogado*. Junto al arquetípico científico del futuro –el filósofo positivo– surge un nuevo ciudadano paradigmático: el *ingeniero* (4).

Por lo que se ve, el primer contacto entre *derecho* y *sociología*, cuando ésta aún se halla en la cuna, dista de ser idílico. El derecho habría venido siendo un fenómeno social metafísico e individualista, propio de un estadio de civilización transitorio. Los juristas se habrían limitado a cumplir históricamente una efímera tarea de puente entre el mundo de la vieja metafísica y el del naciente progreso científico.

## II. LA QUERENCIA NORMATIVA DE LA SOCIOLOGÍA: TEORÍA Y CRÍTICA SOCIAL

El afán por regir la realidad social sin molestarse antes en conocerla racionalmente cerraba toda posibilidad de avance. Hacía falta, en consecuencia, un saber fundamentalmente descriptivo, que nos brindara las claves de la realidad social tal cual es. Sólo esto permitiría una inteligente reelaboración de su dinámica propia, capaz de hacerla progresar.

Este punto de partida tropezará con una doble fuente de críticas. Si la realidad social, por radicalmente injusta, fuera inviable como punto de partida, qué sentido podría tener perder el tiempo en describirla. Más que describir racionalmente sus irracionalidades habría que aprestarse a desmontarlas con urgencia. La *crítica de la ideología* se traslada a la sociedad misma, sin

---

(4) Auguste COMTE, *Cours de philosophie positive* lecc. 55, París, Anthropos, 1969, t. V, pág. 447; *Système de politique positive ou Traité de Sociologie*, Apéndice general, 3.<sup>a</sup> parte, t. X, pág. 70.

limitarse a cuestionar los modelos empleados hasta ahora para conocerla.

Marx, inquieto ante la crítica de Feuerbach, que considera puramente contemplativa, propondrá una ciencia social abiertamente normativa. Una mera descripción encerraría una imperdonable complicidad con los explotadores. No tiene mucho sentido postular *ingenieros* para que mantengan en marcha una máquina de dominación; necesitamos *revolucionarios*. Más tarde, en la nueva sociedad postrevolucionaria –eliminada ya toda dominación, al haber desaparecido la división en clases– podrán los ingenieros hacerse cargo de la administración de las cosas. Hasta entonces la única ciencia imaginable será un *socialismo científico*, que adiestre para una praxis inaplazable: llevar a cabo la revolución.

La Escuela de Frankfurt, heredera de este reto, opondrá a la complicidad contemplativa del positivismo una ciencia social entendida como *teoría crítica*. A juicio del HABERMAS de aquellos años, sus conocimientos habrían de verse dirigidos por un decidido *interés emancipador* (5). La sociología positivista descriptiva habría de ceder el paso a una ciencia social indisimuladamente normativa, que no dejará de repercutir sobre el papel que en la sociedad deba cumplir el Derecho. Más que seguir aspirando a ejercer una función conformadora de la sociedad, será el modelo social perseguido el que reforme al Derecho, haciéndolo actuar en función de su logro. La pasiva descripción de la sociología positivista no haría sino perpetuar, legitimándolo implícitamente, el Derecho positivo en vigor. A ello habría venido colaborando el positivismo jurídico, diseñando unos modelos de interpretación destinados a mecanizar técnicamente la aplicación de sus normas. Se garantizaba así que el anhelo de dominación política no se viera desvirtuado.

---

(5) Jürgen HABERMAS *Erkenntnis und Interesse* Frankfurt, Suhrkamp, 1968, pág. 261.

La teoría crítica de la sociedad descubre el juego *ideológicamente* falseador que cumplen las formas jurídicas, sólo útiles para dar apariencia de legitimidad a la explotación del proletario. Reclama en consecuencia el concurso de una praxis jurídica más preocupada por transformar las normas jurídicas que por interpretarlas. Aprovechará para ello el obvio margen de discrecionalidad que aquellos mecanismos, supuestamente técnicos, encubrían. El nuevo saber jurídico, fruto de la ciencia social emancipadora, adiestrará al jurista en un *uso alternativo del derecho* (6) capaz de utilizar en beneficio de los explotados lo que venía siendo instrumental de dominación de los explotadores. Ello serviría como vía provisional, a la espera de una sociedad ya libre de dominación en la que tanto el Derecho como el Estado, perdida ya toda finalidad, terminarían por resultar superfluos.

La teoría crítica como ciencia social encontrará su principal aliado en un *juez crítico* capaz de elegir, entre las diversas posibilidades de concretización del Derecho, la más favorable a la emancipación. El derecho no tendrá ya por finalidad hacer una justicia vocacionalmente ideológica y tergiversadora, sino eliminar las más obvias injusticias, a duras penas disimuladas bajo la faramalla formalista de la liturgia jurídica.

Ciencia social y filosofía de la historia se estrechan indisolublemente en este empeño. Se hace pues inviable la tópica invitación a tomar del marxismo sólo el método, como si fuera separable del recorrido práctico prefijado por su *filosofía de la historia*. No se trata ya, como en COMTE, de liberarnos reformistamente de la ignorancia para llegar al saber científico-positivo, sino de emancipar de la esclavitud a los expropiados, liberándolos de toda propiedad. No es concebible otro *método* marxista que ver la realidad con las gafas filosófico-históricas del materialismo dialéctico.

---

(6) Por aquellos años: N.M. LÓPEZ CALERA, M. SAAVEDRA y P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Sobre el uso alternativo del Derecho* Valencia, Fernando Torres, 1978.

El marxismo entendía la teoría como praxis, como verdad por hacer. MERLEAU-PONTY dará su propia versión: «la verdad, el todo, están allí desde el principio, pero como tarea a cumplir, y por tanto no están aún allí» (7). No es pues de extrañar que la demolición del muro berlinés, fruto real de la dialéctica de la historia acabara llevando al marxismo al panteón de teorías ilustres. Aun sin descartar eventuales resurrecciones, deja como legado la sospecha de que no solo él, sino también otras propuestas de ciencia social, pueden acabar encubriendo –bajo seráficos replanteamientos metodológicos de presunta relevancia descriptiva– toda una filosofía de la historia (8). Las dotará de una irrefrenable querencia normativa su convicción de ser dueña del secreto para aspirar a un progreso libre de trabas.

### III. EL DERECHO COMO HECHO: AUDACIA Y RIESGO DEL EMPIRISMO

Un intento particularmente significativo de dar paso a una teoría jurídica que considere al derecho como parte de la realidad social es el de los *realistas escandinavos*. Sus propuestas resultan de interés; a la hora de hacer balance de los resultados de este punto de partida, y a la de calibrar el posible juego práctico de su opción metodológica en favor de un cientificismo empirista.

El punto de arranque metodológico los sitúa dentro de los deudores de una teoría positivista del conocimiento, que identifica racionalidad y ciencia; así como de una teoría de la ciencia vinculada a la metodología empirista. Difieren, sin embargo, de KELSEN al proyectar esta opción inicial sobre una posible ontología jurídica.

---

(7) Maurice MERLEAU-PONTY, «Partout et nulle part», incluido en *Signes* Paris, Gallimard, 1960, pág. 161.

(8) Así lo apunté en «La imposible inocencia de las propuestas metodológicas» y «El funcionalismo como ideología tecnocrática», en *Derechos humanos y metodología jurídica* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 15-25 y 89-98.

Para la teoría pura el derecho será ante todo deber y proposición normativa, mientras que los hechos sociales serían objeto de una disciplina sociológica ajena y paralela a la teoría del Derecho; para los escandinavos resultará obligado contemplar el Derecho como un conjunto de *hechos* sociales. Entienden primariamente por *normas* unas regularidades fácticas de conducta, sin perjuicio de su posterior intento de detectar en ellas relevancia jurídica.

Trasladan a la vez su opción por el conocimiento empírico al ámbito del *lenguaje*, procediendo a una tarea analítica que contrasta en cada término jurídico la existencia o no existencia de un referente fáctico real. Luchan así contra lo que consideran fabulaciones ajenas a la realidad social. Pretenden «pasar de los sonidos a las cosas», mediante un análisis del lenguaje ordinario que sirve a la vez de terapia antimetafísica. Su empirismo prestará igualmente particular atención a las conductas fácticas en las que se plasma la actividad jurídica (9). Resalta así un componente netamente *behaviorista*, que tiene menos que ver con la ética que con la etología.

Es obvio que desde este punto de partida no cabrá considerar existente una *positividad instantánea*; el despliegue de lo jurídico aparece acertadamente como un *proceso de positivación*. La identificación del derecho con la ley se rechaza, por otra parte, descartando una presunta *voluntad del legislador*, única capaz de fijar con precisión cuándo comenzaría y cesaría de existir el Derecho positivo. Ello moverá a OLIVECRONA a proponer un «adiós al *Derecho positivo*», sugiriendo que «el adjetivo *positivo* es completamente superfluo; y podría ser desorientador, porque está relacionado con la idea de que el derecho es *puesto* en el sentido de expresión de la voluntad de un legislador». El positivismo jurídico que lo sacraliza no se verá menos afectado, al estimarse «altamente difícil decir qué autores del periodo posterior a 1920

---

(9) De los «realistas» escandinavos me ocupé en «Un realismo a medias: el empirismo escandinavo», *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso) 1984 (25) págs. 83-126.

merecerían el honorífico título de «positivistas». Su número sería ciertamente muy restringido» (10). La constatación de la existencia de claros resabios metafísicos en su trasfondo voluntarista le llevará a abandonar dignamente tan prestigiado club.

Pretenden analizar el Derecho desde la perspectiva de un *observador externo*; como quien constata las regularidades perceptibles en la conducta de los protagonistas de un juego, con el ajedrez como ejemplo. El problema surgirá a la hora de resolver si es derecho lo que de hecho el juez tiene por norma decidir, o si lo propio del juez será decidir con arreglo a derecho; entendiendo por tal lo fijado por una norma que le viene previamente dada. Para romper esta circularidad aludirán en clave funcionalista al dinamismo propio de una «máquina del Derecho», capaz de generar fuerza legitimada. El Derecho permitirá encauzar la energía procedente del influjo que produce en la vida social el posible recurso a la fuerza institucionalizada, de un modo no muy diferente a cómo una central eléctrica aprovecha la fuerza de la corriente fluvial.

Todo ello da paso a una nueva perspectiva sobre lo jurídico, de indudable interés, al resaltar la estrecha conexión entre *vigencia fáctica* y *validez* de las normas; así como el papel que cumple en la primera el que tales normas se vean o no acogidas como legítimas. Esto último ocurriría como por arte de magia, sin que quepa ninguna explicación racional de causa y efecto. Al final queda pues flotando una paradójica realidad. La *máquina* del derecho funciona gracias a que la gente no sabe cómo funciona. Si todos los ciudadanos fueran tan *realistas* como para negarse a vincular lo jurídico con esos elementos ético-materiales, presuntamente mágicos, y se limitaran a comportarse con arreglo a evidencias empíricas, el flujo de la corriente social legitimadora de las normas se paralizaría y la máquina acabaría trabajando en el vacío.

---

(10) Karl OLIVECRONA, en la segunda edición de «El derecho como hecho subtítuloada en español», *La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1980, págs. 78 y 58.

Estamos pues ante una máquina que funciona gracias a que se ignora su funcionamiento. El derecho resulta eficaz gracias a que los que estiman que es algo más que una máquina le siguen ayudando a funcionar. Lo más eficaz para que el Derecho funcione será que nadie se dé por enterado de cómo realmente funciona. Al final habría pues que admitir que la máquina jurídica está cumpliendo una clara función *ideológica*: facilitar un recurso real o potencial a la fuerza, disfrazado con elementos no empíricos que favorecen una obediencia desinteresada. Ésta al hacer innecesario que la máquina haya de recurrir realmente a la fuerza, la pone a salvo de un previsible desgaste autodestructor. OLIVECRONA no descarta tal conclusión, pero se negará a hacer suya en coherencia con ello una crítica de la ideología equiparable a la marxista. Tuvo siempre muy clara la utilidad de tan sofisticado mecanismo, ya que «es una conquista notable de la civilización occidental el haber sujetado realmente a la fuerza estatal de modo tal que no puede ser utilizada» sino «conforme a normas jurídicas», «bajo el control de jueces independientes del gobierno». Quizá «nos hemos acostumbrado a tener por segura esta situación», pero es más bien «casi un milagro. Es el resultado de una labor secular; un aparato de relojería del tipo más fino e intrincado. Reconstruirlo, una vez destruido, no sería tarea fácil» (11).

Todo ello deja un regusto a despotismo ilustrado. El Derecho seguirá siendo lo que sólo los *realistas* saben que es, a condición de que los demás no lleguen a darse por enterados. Un posible triunfo práctico de la desmitificadora propuesta realista arruinaría el futuro de dicha teoría, ya que sólo puede continuar siendo válida mientras no sea tomada suficientemente en serio.

Este curioso resultado pone de relieve los límites reales de la opción por el empirismo. Observa la realidad a través de su angosto ojo de cerradura metodológico, dando por sentado que

---

(11) Karl OLIVECRONA, «El Derecho como hecho», incluido en *El hecho del Derecho* Buenos Aires, Losada, 1956, pág. 240.

no existe lo que a través de ella no quepa observar. ¿Qué ocurre si en realidad sí que existe? Inevitablemente se estará dando paso a una visión parcial de lo real que condena a la caricatura. La autosuficiencia de la perspectiva empirista proyectada sobre el Derecho asume riesgos tan excesivos como el del que se autoconvenciera de que el único idioma existente es el suyo. Si contemplara una película de humor en un idioma extranjero habría de atribuir a la magia las inexplicables reacciones de jolgorio producidas entre el público. Bastaría con que admitiera, siquiera como hipótesis, la existencia de otras lenguas capaces de transmitir significados, e intentara familiarizarse con ellas, para que se animara a proceder a una razonable desmitificación. Rechazar la metafísica es una opción sin duda respetable; no parece tan claro que la realidad se muestre muy decidida a compartirla, lo que puede convertir en problemático más de un intento de monopolizar el realismo.

#### IV. DE LA «NATURALEZA DE LAS COSAS» A LA «REALIDAD SOCIAL» COMO CRITERIO INTERPRETATIVO

El riesgo de que se produzca una conversión de lo presuntamente descriptivo en inconfesadamente normativo, incurriendo así en un injustificado paso del ser al deber ser, no se da sólo en el ámbito de la metodología. Quedó atrás la remisión de más de un código europeo al *Derecho natural* como fuente supletoria ante posibles insuficiencias de la ley positiva. Tal papel acabarían cumpliéndolo los llamados *principios generales del Derecho*. Es obvio que con la remisión al Derecho natural no se nos reenviaba a una legalidad paralela, no menos genérica que la positiva, sino a unas posibles exigencias *naturales* previsiblemente emergentes entre las circunstancias del caso concreto, que dejaban en evidencia la insuficiencia de la ley.

La crítica al positivismo jurídico en la posguerra mundial alienta una búsqueda de puntos de referencia ético-materiales.

Se intenta evitar, a la vez, toda abstracción ahistórica o una fundamentación que remitiera a excesivas profundidades metafísicas. Historicidad y fenomenología acaban así dándose la mano en la figura de la *naturaleza de las cosas*, particularmente vigente en la doctrina alemana (*Natur der Sache*) siguiendo la huella del segundo RADBRUCH (12). Se trataba sin duda de un intento de recuperar los planteamientos iusnaturalistas, en clave más jurídica que la de las tópicas teorizaciones moralistas sobre la ley natural. Pero su ulterior fundamentación fenomenológica no fue suficiente para poner tal teoría a salvo del rechazo a la metafísica característico de la segunda mitad del siglo XX.

Ello explica que el título preliminar del Código Civil español, en su reforma de 1973, apele –dentro de una abigarrada gama de criterios de interpretación de las normas– a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». Veamos:

«Art. 3.1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.»

Es obvia la dimensión histórica latente en esa referencia al *tiempo*; pero no lo es menos que sirve de acompañamiento a la dimensión implícitamente substantiva que se atribuye a la *realidad social*. Entender esta segunda referencia desde una perspectiva sociológico-descriptiva no tendría ningún sentido. Toda norma jurídica tiene como finalidad conformar la realidad social, por lo que sería un tanto pintoresco interpretarla de modo tal que se limitara a reduplicarla. Si, por el contrario, eliminamos de la cita-

---

(12) Gustav RADBRUCH, «La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento», incluido en *Relativismo y Derecho*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1992, págs. 53-70.

da *realidad* toda dimensión normativa, no podría cumplir la función de todo criterio interpretativo: orientar sobre cómo la norma *debe ser* entendida.

Parece obvio que se trata de reconocer, con una presunta apariencia *técnica*, que el texto legal cobra en realidad *sentido* cuando «se lo pone en correspondencia» (KAUFMANN) (13) con el caso concreto; de su contacto con él surgirían las exigencias de justicia capaces de estimular una lectura razonable de su letra. Se replantea con ello, ahora en una dimensión particularmente práctica y concreta, el ya examinado problema de la determinación de la justicia. Parece pues obligado volver a incidir desde esta perspectiva en la problemática relación entre lo jurídico y lo moral; así como sobre la latencia de elementos de deber ser en el contexto social, lo que desborda una dimensión meramente fáctica.

## V. ENTRE LOS TÓPICOS Y LA UTOPIA

Es preciso eludir el peligro de identificar el Derecho como mínimo ético con los tópicos socialmente ya asumidos. Puede también ocurrir lo contrario: que ese mínimo ético se vincule a una presunta *realidad social* que encierra más bien el diseño de una sociedad futura, suscrito *utópicamente* por una autoconvenida minoría. Si lo primero jugaría un papel abiertamente conservador, lo segundo sería el instrumento más eficaz para ejercer un despotismo ilustrado, autosatisfecho de su patente progresista.

---

(13) De Arthur KAUFMANN valdrá siempre la pena leer *Analogía y naturaleza de la cosa*, en alemán: Heidelberg, Decker-Müller, 1982 (2.<sup>a</sup>), o en español: Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976. Mayor indulgencia merece lo del «espacio jurídicamente libre», según expliqué en *El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho*. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur KAUFMANN, *Persona y Derecho*, 2002 (47), págs. 279-324.

La identificación de la *realidad social* con los tópicos en vigor favorecería un claro riesgo: que la búsqueda del *mínimo ético*, capaz de trazar la frontera entre lo jurídico y lo moral, entre lo justo y lo bueno, acabara desembocando en la imposición de una *ética mínima*: la dictada por el mínimo común denominador asumido por las diversas perspectivas morales en juego. Si por *realidad social* se entendiera el conjunto de exigencias éticas compartidas de hecho –a modo de denominador común– por todos los integrantes de la sociedad, no cabría en modo alguno identificarla con ese *mínimo ético* en que el derecho debe consistir.

Para empezar, conviene evitar la tendencia simplista a considerar como *realidad social* el mero reflejo cuantitativo de las conductas que en ella acaban resultando mayoritarias. Ello supondría dar vía libre a una presunta *fuerza normativa de lo fáctico*, ignorando que no todo uso social puede considerarse jurídicamente vinculante. Para que lo sea, resulta necesario que la mera reiteración de conductas se vea acompañada de una *opinio iuris*. A ésta habría que identificarla, por lo menos, con lo que la mayoría social considera que debe hacerse, y no con lo que realmente hace. Ignorar que en el ámbito social ambos aspectos pueden no coincidir –al igual que ocurre en la conducta individual– llevaría a consecuencias poco acertadas.

Puede producirse esta discrepancia entre conducta social fáctica y valores socialmente en vigor porque buena parte de los ciudadanos ejerza, por falta de exigencia ética o por autoatribuirse una presunta situación excepcional, una conducta que no dudarían en considerar en términos generales rechazable. Así puede ocurrir en casos de evasión fiscal o en otros fenómenos relacionados con la corrupción. Igualmente puede ocurrir a la inversa; por ejemplo, cuando colectivos médicos admiten la despenalización del aborto o de la eutanasia, aunque declaran a la vez su voluntad de objetar para no intervenir en tales casos.

Conductas sociales y valores dominantes, hechos y valoración que los mismos merecen, no siempre coinciden; ni en la conducta individual ni en su generalizada proyección social. Por otra

parte, asumir indebidamente una delimitación de las exigencias jurídicas que las identifique con los tópicos socialmente vigentes supondría, por ejemplo, que, a la hora de precisar el alcance de un texto constitucional, habría que remitirse a lo que la sociedad entiende hoy que dicho texto dice. El Tribunal Constitucional español no ha dejado de rechazar tal planteamiento, en problemas como la *discriminación por razón de sexo* (14). Con ello abre paso a una dimensión *utópica*, aún no compartida por una sociedad en la que de hecho predominan pautas machistas; asumidas no pocas veces, sin particular resistencia, incluso por buena parte de las mujeres.

El mínimo ético en que el Derecho consiste marca un nivel de exigencias sin cuyo reconocimiento se considera que una convivencia propiamente humana resultaría imposible. Ello no implica evidentemente que tal nivel haya sido ya asumido por la sociedad, ni unánime ni siquiera mayoritariamente, hasta permitir dar por hecho que constituya un fáctico denominador común. Por muy poco maximalista que en el ámbito ético pretenda el derecho ser, es fácil imaginar que obligará a buena parte de la sociedad a reconocer más exigencias de justicia de las que hasta ahora ha asumido. Significativo al respecto será el juego práctico del art. 9.2 CE, encargado de hacer realidad el «Estado social y democrático de derecho», que se invoca en el art. 1.1 de la carta magna española. Se apoya en el convencimiento de que quedan no pocas condiciones que promover y no pocos obstáculos que remover para que la libertad y la igualdad de individuos y grupos sean reales y efectivas.

Cuando por *realidad social* se entiende las exigencias éticas que comprobadamente la sociedad ya ha hecho suyas, no cabe excluir que más de una sociedad, incluso desarrollada, se halle en bastantes aspectos aún bajo mínimos. El Derecho conservará

---

(14) De ello me ocupé en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

siempre una dimensión *promocional* (15) y utópica, que aspira a cotas de libertad e igualdad aun no garantizadas. Si el derecho tuviera sólo por finalidad consolidar la realidad social vigente, estaría destinado a desaparecer; en buena medida su existencia se justifica por la voluntad de cambiarla, logrando un mayor y mejor ajustamiento de las relaciones sociales.

## VI. APELACIÓN PROGRESISTA A LO POLÍTICAMENTE CORRECTO

Tampoco cabe identificar al *mínimo ético* con una *realidad social* a la que con frecuencia se invoca como fuente de progreso en las exigencias éticas socialmente vigentes. No pocas veces, en efecto, la alusión a la *realidad social* como fuente ética de exigencias jurídicas, no se plantea apelando a los tópicos en vigor sino para ahorrar la necesaria fundamentación a una propuesta *utópica* aún minoritaria. Resulta más cómodo darla por ya existente en la sociedad, descalificando como resistencia retardataria cualquier intento de cuestionarla. Esa realidad social, sólo presunta, acaba convirtiéndose en una autopositivada propuesta *lege ferenda*, expresiva de lo *políticamente correcto*. Facilita a una minoría, habitualmente bien situada en los medios de comunicación, el monopolio del horizonte utópico del ordenamiento jurídico. Revive así el despotismo ilustrado, que permitirá a la lúcida minoría que se muestra capaz de captar esa realidad social de obligado cumplimiento, imponer paternalistamente sus dictados a los demás, sin tomarse siquiera el trabajo de convencerlos de lo obligado del empeño.

No pocas veces esta actitud buscará apoyo en una *realidad social* que se ofrecería al derecho como benéfico ámbito *neutral* respecto a las controvertidas propuestas morales en juego. Se nos

---

(15) Al respecto Norberto BOBBIO, «Función promocional del Derecho», incluido en *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, págs. 367 y ss.

sugiere ahora que, en una *sociedad de riesgo*, donde resultaría inevitable afrontar problemas novedosos sobre los que aún no han llegado a consolidarse respuestas morales consistentes, sería obligado propiciar un curioso *espacio jurídicamente libre*. Se apoyaría en la problemática posibilidad de dar paso a un tipo de conductas que habría que considerar como no-prohibidas sin dejar por ello de estimarlas simultáneamente como no-permitidas; trabalenguas que KAUFMANN defendió con empeño digno de mejor causa.

Tan acrobática propuesta no desembocaría en una delegación de las responsabilidades del poder legislativo en el judicial, para que en contacto con la realidad social aventure tales juicios inevitablemente arriesgados; originaría, a lo peor, una pura *privatización*: se encomienda a los propios protagonistas del caso, por considerarlos ciudadanos adultos y responsables, la solución más oportuna; sin preguntarse quién pagará los trastos rotos. En esta tesitura la *invisibilidad del otro* puede acabar resultando aparatosa, dado el previsible condicionamiento de dichos protagonistas por sus propios intereses y circunstancias personales, que han de verse sometidos a obvia regulación pública cuando los valores en juego así lo exigen. Esta privatización acabaría, como veremos, afectando al concepto mismo de los derechos. Éstos, lejos de apoyarse en un título legitimador, fruto de un juicio de valor institucionalmente establecido, pasarían a convertirse en un mero deseo subjetivo que no encuentre particular resistencia en el ámbito de lo público. Se sustituiría así una fundamentada concepción de la *justicia* por el mero juego de oferta y demanda, dentro de un *mercado de los deseos* fácticamente no rechazados.

Parece por todo ello más razonable reconocer que la remisión a la «realidad social del tiempo en que la norma se aplica» no hace sino reconocer la entrada en juego de una soterrada *concepción de la justicia*. Es ella la que, desde el caso concreto, estimula una solución que ha de encontrar luego, en la generalidad del criterio interpretativo, la búsqueda fundamentación.

Mientras con mayor pulcritud se transparente el juicio de valor que todo ello lleva consigo, más abierta y razonable resultará la solución aportada.

## VII. INSUFICIENCIA DE LOS POSITIVISMOS JURÍDICOS AL EXPLICAR EL DERECHO

El intento positivista de trazar una línea impermeable entre ser y deber ser le obliga a optar por uno u otro polo, a la hora de encontrar respuesta a una arriesgada pregunta: qué es el derecho. KELSEN reconoció honestamente las limitaciones de su opción por el deber, al acabar admitiendo que la eficacia –radicada en el mundo del ser– no siendo fundamento de la validez –que radica en el mundo del deber– sí que se convertía en su condición necesaria, aunque no suficiente. ROSS acaba reconociendo, no menos coherentemente, los límites de su opción por los hechos empíricamente constatables. Asume que la legitimidad alimenta una obediencia «desinteresada», más allá del juego efectivo de la fuerza fáctica, por lo que a su vez condiciona decisivamente la validez del derecho.

El derecho, cuya realidad consiste en *ser un deber ser*, obliga a un planteamiento menos rígido del juego, que no frontera, entre uno y otro punto de referencia. En consecuencia no tiene mucho sentido plantear como dilema si está permitido al jurista llevar a cabo un discernimiento *crítico*, con la inevitable aportación subjetiva que ello comporta; o si su papel ortodoxo es el de comportarse como un *técnico*, que se limita a aplicar asépticamente lo que crearon los legitimados para ello.

La cuestión no es si la segunda alternativa es deseable, que quizá lo fuera desde la perspectiva de una garantía de la seguridad, sino si es simplemente viable. Cuando lo deseable no es posible, ignorarlo sólo lleva a fingir ideológicamente lo inexistente, lo que implica la más grave amenaza a la seguridad. Disfrazar de técnico al jurista puede ocultar su responsabilidad, o invi-

tarle a desempeñarla sin conciencia alguna del alcance ético y político de su aportación subjetiva.

Desde puntos de partida metodológicos afines a la sociología se ha reconocido esta realidad. Para ROSS hay pocas dudas a la hora de pronosticar que «el sueño corriente de que las ciencias sociales lleguen algún día a constituir una «ingeniería social» tenga que seguir siendo un sueño». Cuando –como ocurre con el derecho– nos movemos en el ámbito de la «decisión política», resulta indispensable el logro de «una resolución, no de una solución» de mero alcance técnico; «siempre habrá de dar un salto» (16), que a su juicio no podrá ser racional.

El discernimiento crítico no es una aleatoria actitud de algunos jueces, empeñados en convertirse en protagonistas de una tarea que se vería perturbada con tal intromisión; forma parte inevitable de toda actividad jurídica. Los jueces no se dividen entre los que optan por una tarea creativa y los que renuncian a ella, sino entre los que –por ser conscientes de su creatividad– se saben obligados a responder de ella y los que la ejercen inconsciente e irresponsablemente.

Esto no implica que la llamada *técnica* jurídica no cumpla papel alguno. Parte del propio sentido de responsabilidad indicado será buscar apoyo para las propias propuestas en los elementos de *fundamentación* que el ordenamiento ofrece; se evitará así que el inevitable *discernimiento* degeneren en arbitraria *discrecionalidad*. Pero el juez no será nunca un ingeniero, sino alguien que emite juicios de valor, que deberá fundamentar para hacerlos comprensibles y aceptables por los afectados. Pretender que quien ha de juzgar actúe como si hubiera perdido el juicio supondría hacer un flaco favor a la realidad social, que es la que acabaría sufriendo las consecuencias.

---

(16) Alf ROSS, *Sobre el derecho y la justicia* Buenos Aires, Eudeba, 1963, págs. 311 y 313.

# EL JUEZ Y LA CULTURA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

Tomo III

La función y los poderes  
del juez en una sociedad democrática

DIRECTORES

FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI  
Vocal del Consejo General del Poder Judicial

JAVIER MARTÍNEZ LÁZARO  
Vocal del Consejo General del Poder Judicial



**CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

**CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL**

*No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.*

© CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL  
C/ Marqués de la Ensenada, 8 - 28071 MADRID

ISBN: (o.c.) 978-84-92596-12-6  
ISBN: (T. III) 978-84-92596-15-7  
Depósito legal: M. 15.036 - 2009

Imprime: LERKO PRINT, S.A.  
Paseo de la Castellana, 121. 28046 Madrid