

ANDRÉS OLLERO TASSARA

CABE AÚN HOY SER IUSNATURALISTA



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

Año LXIX - Número 94 - Curso académico 2016-2017
Madrid, 2017

CABE AÚN HOY SER IUSNATURALISTA

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

Soy consciente de que el título elegido deja flotando la duda sobre si no hubiera sido más acertada una versión interrogativa. En efecto a ella recurrí cuando abordé por vez primera la cuestión. Fue en la Argentina meridional, invitado por los profesores de filosofía del derecho de ese país, que tuvieron a bien invitar a un ponente extranjero en correspondencia con las líneas doctrinales allí más relevantes. Mientras Michele Taruffo enlazaba con la familia analítica, a mí me correspondía hacerlo con la iusnaturalista; lo que inevitablemente me llevó a preguntarme si en realidad yo era iusnaturalista**.

Si por ser *iusnaturalista* se entendiera conocer exhaustivamente un conjunto de premisas canónicamente establecidas para poder ser considerado tal, como antesala de un concienzudo esfuerzo por poder encajar en ellas mis trabajos de decenios, he de afirmar con toda claridad que jamás me he propuesto tan hercúleo objetivo. Me parece por ello exigible no ocultar lo que ha dejado – de modo reiterado – escrito un autor, conocido precisamente por mostrarse buen conocedor de tales cánones; lo demostró elaborando un exigente *ranking* de quiénes en España merecen o no ser considerados paladines de lo que ciertos expertos han dado en llamar el *derecho natural hispánico*¹.

* Sesión del día 18 de octubre de 2016

** *¿Soy en realidad iusnaturalista?*, en “Verdad, justicia y derecho”, XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, Casa de la Cultura de Ushuaia (Argentina), 1.X.2015.

Este trabajo tuvo como punto de arranque la ponencia presentada en las XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho sobre *Verdad, justicia y derecho*, celebradas en Ushuaia el 1 de octubre de 2015.

¹ Estanislao CANTERO NUÑEZ *Panorama del derecho natural en España*, en “El derecho natural hispánico: pasado y presente”. Actas de las II Jornadas Hispánicas del Derecho Natural, Córdoba (España), 14 a 19 de Septiembre de 1998. Córdoba, Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, 2001.

Identifica a tal doctrina como *realista*, sin mayores miedos a vulnerar patentes norteamericanas o escandinavas. Mi fracaso debo considerarlo notorio al verme clasificado solo como exponente de una mera “concepción cuasi realista”. Esto me habría llevado a perpetrar “una desnaturalización del iusnaturalismo”, movido al parecer “por el deseo de llegar a un entendimiento con los autores positivistas”. En consecuencia, me habría atrevido a proponer “un replanteamiento del derecho natural”, que apuntaría a un triple objetivo: “considerarlo como un conjunto de exigencias a contrastar en un diálogo abierto, plantear como parte de su contenido esencial el respeto a las reglas del juego democrático y no entenderlo como un código acabado que pueda oponerse al derecho vigente”²; por mi parte, nada que objetar...

1. ÉTICA, DERECHO Y MORAL

Más que rebatir o aceptar tales críticas, prefiero — por considerarlo más positivo — repasar algunos aspectos que me dificultan sentirme cómodo si se me encuadra en determinados marcos iusnaturalistas.

Comenzaré por aludir a la problemática articulación de ética, derecho y moral. Soy consciente de que se trata de términos nada unívocos. Debo pues precisar en qué sentido los suscribo, sin trivializar como meras disquisiciones terminológicas las implicaciones doctrinales que uno u otro manejo de los mismos puede llevar inevitablemente consigo³.

Entiendo por propuestas *éticas* las exigencias de conducta —implícitamente derivadas de una determinada antropología— que los seres humanos deben suscribir para satisfacer determinados objetivos axiológicos. Dentro de ellas me parece obligado —dada mi condición de jurista— distinguir cuidadosamente las exigencias morales, que apuntan con intenciones *maximalistas* al logro de un nivel óptimo dentro de la jerarquía axiológica suscrita, y las exigencias *jurídicas*, que se satisfacen con el respeto a un mínimo *ético*-, mínimo pero a la vez *indispensable* para posibilitar una convivencia que merezca ser considerada humana.

² E. CANTERO NUÑEZ *Panorama del derecho natural en España* (cit. nt, 1): 716 y 724; literalmente reiterado en *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*, Madrid, Fundación Matritense del Notariado. 2000, pág. 708. Remite, en ambos casos a mi trabajo *El problema del derecho natural: bases para un coloquio*, en “Interpretación del derecho y positivismo legalista”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982: 196-197.

³ Inflexiblemente normativas me parecen las amables críticas que a mi versión dirige Benito DE CASTRO CID en *¿Es posible la desmoralización del derecho? Comentarios tangenciales a la propuesta de A. Ollero*, en “Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al Profesor Andrés Ollero” Madrid, Congreso de los Diputados. Universidad Rey Juan Carlos, 2015:19-45.

Este planteamiento me lleva a rechazar la idea –me temo que ampliamente mayoritaria, dentro y fuera del iusnaturalismo– que invita a entender el derecho como un mero instrumento coactivo, destinado a garantizar el cumplimiento de las exigencias morales de mayor relevancia⁴. Considero, por el contrario, que –dado su carácter de imperativo mínimo– las exigencias de una *vida justa* han de considerarse lógicamente previas a las maximalistas aspiraciones morales derivadas de uno u otro concepto de *vida buena*⁵. Insistir en lo contrario desvirtuaría por demás el encuadre en la *moral* de la justicia como virtud; es decir, como hábito de comportamiento subjetivo que lleva a dar cada uno algo previo: su *derecho*. No imagino a un moralista discerniendo el alcance de los derechos de unos u otros; operación propia, por el contrario, del jurista.

Por otra parte, el derecho entendido como mera máquina de coerción al servicio de la moral llevaría paradójicamente a negarla, dada la problemática relevancia moral de las conductas realizadas bajo coacción. Asunto distinto es que sea el carácter *indispensable* del mínimo ético impuesto por el derecho lo que genere una obligación moral de cumplimiento. Eso podría incluso llevar a sugerir que, propiamente hablando, no habría obligaciones jurídicas⁶, sino un mero dilema racio-instrumental; optar entre el cumplimiento de la norma o arriesgarse a asumir el –más o menos previsible– impacto efectivo de la sanción. La obligación propiamente dicha derivaría de la relevancia moral generada por el carácter más o menos éticamente indispensable de la norma jurídica en cuestión.

Lo curioso es que este obligado deslindamiento entre derecho y moral, con la primacía lógica del primero, que parecería llevarme a suscribir una vieja y elemental exigencia positivista, se ve hoy abandonada por positivistas más o menos *incluyentes*. Han pasado de considerar que el juez ha de aplicar la ley y que solo ésta ha de considerarse derecho positivo, a reconocer que la proverbial insuficiencia reguladora de la norma obliga al juez a echar mano de

⁴ He ejemplificado esta postura en un autor tan unánimemente considerado iusnaturalista como Johannes Messner: en *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada*; junto a J.A. GARCÍA AMADO Y C. HERMIDA DEL LLANO en el libro del mismo título, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012: 11-51. Accesible, como el resto de los capítulos o artículos del autor, entre las publicaciones recogidas en www.amdresollero.es.

⁵ Este carácter previo de lo justo sobre lo bueno puede suscribirse desde perspectivas muy variadas: “Rawls parecía emprender una delimitación de las concepciones políticas de justicia de ‘doctrinas amplias’ desde la premisa, compartida también por mí, de la preeminencia de lo justo sobre el bien”. J. HABERMAS *Mundo de la vida, política y religión*, Madrid, Trotta, 2015: 244.

⁶ Valga como ejemplo el más prestigiado positivista español: “Obligación parece implicar la exigencia de un esquema de conducta, con carácter absoluto y no meramente alternativo, basado en la conciencia individual. Por tanto, en sentido estricto, no hay ‘obligación’ de obedecer al derecho”, ya que “su heteronomía y coactividad le impiden crear auténticas obligaciones”. “El derecho no es un orden normativo con validez propia, revestido además de poder; es esencialmente poder”. El derecho “no consiste en una obligación ética”. “Mientras que no haya fundamento ético para obedecer el derecho sí lo hay para desobedecerlo”. F. GONZÁLEZ VICÉN *La obediencia al derecho*, en “Estudios de filosofía del derecho” La Laguna, Universidad, 1979: 385-388.

elementos no propiamente jurídicos –sino morales (?) o políticos– para resolver casos de peculiar dificultad⁷.

Es cierto que esta –para mí obligada– distinción entre derecho y moral parece acercarme a posturas de mayor impronta positivista; no sé si se me debería considerar un *iusnaturalista inclusivo*... El escaso relieve que a dicho deslinde se concede en los clásicos defensores de la llamada *ley natural*, me alejaría por el contrario del iusnaturalismo, manejado no pocas veces por teólogos morales sin particulares preocupaciones jurídicas⁸. No es menos cierto, sin embargo, que mi planteamiento parte de una concepción problemáticamente centrada en la *positividad* del derecho; no me costaría gran trabajo admitir que solo es derecho el derecho positivo⁹, pero siempre que antes alguien que lo suscriba me identifique quién y cómo lo convierte en tal.

En su dimensión normativa el alcance de lo jurídico resulta no pocas veces más bien *negativo*, cabe, por ejemplo, constatarlo en la idea kelseniana del control de constitucionalidad como “legislación negativa”¹⁰. No deja en efecto de resultar significativo que las sentencias del Tribunal Constitucional español rehúyan declarar la *constitucionalidad* de una norma o acto, con el riesgo de sugerir que solo lo serían estos; optan más bien por limitarse a dictaminar su *no inconstitucionalidad*. Similar sesgo se aprecia en el juego del principio de mínima intervención penal, o en el de irretroactividad de las normas (especialmente las consideradas –por restrictivas– odiosas).

Resulta sin embargo obvio que mi planteamiento trasluce esa neta distinción entre *derecho* y *ley* característica de las constituciones europeas de la segunda mitad del siglo XX; con incidencia literal en la Ley Fundamental alemana¹¹, y tangencial en el artículo 103.1 de la Constitución española¹² (en adelante CE). Esa juridicidad metalegal resulta más bien excluyente del concepto positivista del derecho, mientras despierta claras resonancias iusnaturalistas de las que habré de ocuparme...

⁷ Sirvanos de ejemplo Ronald Dworkin: “El positivismo resulta insuficiente, no tiene nada que decir, cuando la cuestión se vuelve difícil, o interesante”. Para los casos polémicos “lo que se precisa es que los jueces ejerzan su discreción, y dado que la ley se ha agotado, el ejercicio de la misma debe constituir una decisión legislativa tomada con la justificación de la moralidad política o de un criterio político”, Ronald Dworkin *Positivismo y derecho, en los modelos vigentes de aplicación del derecho. ¿Está en crisis la administración de justicia?*, transcripción de la conferencia que el autor desarrolló el 30 de noviembre de 1992 en el Consejo General del Poder Judicial español, dentro del ciclo sobre “¿La crisis del derecho y sus alternativas”, p. 3.

⁸ Lo que no excluye que la proyección de planteamientos actuales sobre alguno de sus más destacados expositores revele un notable conocimiento de los aspectos jurídicos; al respecto mi trabajo *Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino*, en “Atti del Congresso internazionale Tommaso d'Aquino nel suo VII centenario” Napoli, Edizioni Dominicane Italiane, 1978, t. 8: 319-327; incluido luego en el libro *Interpretación del derecho y positivismo legalista* (cit. nt. 2): 43-53.

⁹ Así he titulado el capítulo segundo de *El derecho en teoría* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007: 39-57.

¹⁰ Hans Kelsen: “La anulación de una ley es una función legislativa o, por decirlo así, un acto de legislación negativa”, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1969, traducción de E. García Maynez, p. 208.

¹¹ Artículo 20, 3: “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”. Comentario arquetípico al respecto: Arthur KAUFMANN *Gesetz und Recht*, en “Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag” Frankfurt am Main, Klostermann, 1962: 357-397.

Valga como ejemplo de la tendencia a malentender la relación entre derecho y moral las reticencias a reconocer un derecho fundamental a la objeción de conciencia, piedra de toque –a mi juicio– de la madurez democrática de un ordenamiento jurídico. La Carta Europea de Derechos Fundamentales no duda en incluirlo como tal en el segundo epígrafe de su artículo 10, que se ocupa de la “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. No faltan sin embargo los que pretenden restarle tal condición malinterpretando su texto: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. Pretenden hacer depender su existencia de la entrada en juego de una *interpositio legislatoris*; lo que más bien obligaría a descartar su inclusión entre los derechos fundamentales.

La doctrina del Tribunal Constitucional español fue desde 1982 clara al respecto: “puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español¹³, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión ‘la Ley regulará’, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para ‘regular’ el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia¹⁴. El vértigo que produce tal reconocimiento no ha amainado; lo demuestra la reciente sentencia del Tribunal Constitucional español que otorga amparo a un farmacéutico que se negó por motivos de conciencia a disponer en su oficina de la llamada píldora del día después, por sus eventuales efectos abortivos¹⁵.

Considero que el citado vértigo – ante el riesgo de relativizar el principio de legalidad– no es sino consecuencia de malentender tal derecho; como si fuera el resultado de un conflicto entre derecho y moral, en beneficio de esta. Estimo, por el contrario, que se trata de un conflicto estrictamente jurídico, entre el concepto mayoritario del mínimo ético indispensable – característico de lo jurídico – que se ha visto plasmado en el texto legal, y el concepto mino-

¹² “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

¹³ Explícitamente en el artículo 30 CE, relativo a la objeción al hoy ya inexistente servicio militar obligatorio; implícitamente –interpreto– en el aludido artículo 16.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 15/1982, de 25 de junio, Fundamento Jurídico (en adelante FJ) 6. La posterior 53/1985, de 11 de abril, que declaró inconstitucional el primer intento de despenalización del aborto en determinados supuestos, reitera en su FJ 14: “por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia, que existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales”.

¹⁵ STC 145/2015, de 25 de junio. Tanto su texto como los votos particulares discrepantes de los Magistrados Adela Asua Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré dejan entrever la polémica subyacente; mi voto particular concurrente repasa la azarosa trayectoria del reconocimiento de este derecho por el Tribunal Constitucional español.

ritario esgrimido por el objetor¹⁶. A este derecho fundamental se le aplica –por supuesto– como a todos los demás, el reiterado dictamen del Tribunal: “no hay derechos ilimitados”¹⁷. Esto implica la necesidad de una *ponderación*, que tenga en cuenta otros derechos o bienes constitucionales en juego; así continúa aun hoy ilustrándolo el propio artículo 30 CE, en lo relativo al ya inexistente servicio militar obligatorio.

2. MENOS IUSNATURALISTA QUE ALGÚN “NO POSITIVISTA”

La actitud ante la *ley injusta* ha solido convertirse en piedra de toque de la ortodoxia iusnaturalista. Me temo que de nuevo *no doy* la talla. Para empezar, observo un doble fenómeno. Cuando se menciona la palabra *conciencia* parece producirse un curioso automatismo, que nos trasladaría de inmediato al ámbito de la *moral*; como si no existiera una conciencia *jurídica*. Por el contrario, soy tan original que cuando tan frecuentemente oigo exclamar *no hay derecho* no me siento emplazado ante inmoralidad alguna sino ante una rechazable antijuridicidad. En consecuencia, no entiendo por ley injusta la que se opone a la moral (no sabría muy bien de cuáles de sus exigencias estaríamos hablando), sino a la norma que desajusta relaciones sociales en perjuicio de derechos o bienes jurídicos tan mínimos como indispensables. A Gustav Radbruch, en plena resaca tras el Holocausto, le bastaron cinco minutos¹⁸ para acertar a definir a la causante del desastre: una antijuridicidad legal (*gesetzliches Unrecht*).

Para colmo, no me animo a identificarme como no positivista, como si temiera verme identificado con el iusnaturalismo, ni he decidido suscribir a estas alturas la llamada *fórmula de Radbruch*, resucitada tras la caída del muro berlinés. No comparto su afirmación de que “cuando los derechos humanos son arbitrariamente conculcados, carecen tales leyes de validez, el pueblo no está obligado a obedecerlas y los juristas deben tener el coraje de negarles el carácter de derecho”. Me parece un digno discurso moral, pero tales normas son –por supuesto– derecho, un pésimo derecho; salvo que un Tribunal Constitucional (y no un jurista de a pie) le niegue tal carácter. Defiendo sin duda el derecho fundamental a la objeción de conciencia, pero en modo alguno el pre-

¹⁶ En el fondo, desde su rechazo del iusnaturalismo, G. ZAGREBELSKY suscribirá una afirmación similar: “Antígona no es pues el choque entre la ley y la libertad de conciencia, sino el conflicto entre dos leyes, una proclamada por el decreto de Creonte y otra reflejada, pero no creada, en la conciencia de Antígona”, *Il diritto di Antigone e la legge di Creonte* en “La legge sovrana: nomos basileus” Milano, Bur, 2006: 35.

¹⁷ Por ejemplo, ya en ja temprana STC 11/3981. FJ 7: “Ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados”.

¹⁸ G. RADBRUCH *Cinco minutos de filosofía del derecho*, recogido en “Relativismo y derecho”, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992: 71-74.

sunto deber (si acaso sería moral, pero nunca jurídico) de tener el coraje de practicar la desobediencia civil¹⁹. Siendo –por motivos metajurídicos– muy de alabar tal coraje, no acabo de entender por qué un joven vopo, que cumplía su función de aleatorio verdugo, hubiera de ejercer tal deber ante el nada corajudo silencio de sus conciudadanos²⁰. Tampoco se me ocurre imaginar que pueda sancionarse jurídicamente la renuncia a convertirse en objeto de conciencia, o a ejercer cualesquiera otros muchos derechos.

3. UN FUNDAMENTO ANTROPOLÓGICO COMÚN

Desde mi punto de vista, moral y derecho –plena y eficazmente positivado o no– tienen un común fundamento antropológico; una determinada concepción del ser humano y de sus relaciones sociales, con un sesgo maximalista o minimalista respectivamente. Ello excluye por tanto la idea de que es la maximalista moral la que sirve de fundamento al minimalista derecho. Más bien éste último reclama verse incluido –siquiera indirectamente– en cualquier planteamiento moral que se precie; a ello obliga la relevancia de su capacidad de ajustar una convivencia pacífica, que condicionará la realización práctica de cualquier maximalista concepto de vida buena.

Quizá la notable incidencia histórica del contenido del decálogo bíblico haya influido en esa querencia a convertir a la moral en fundamento de lo jurídico, en vez de en su virtuosa consecuencia; extremo este último que me empuja a suscribir mi discutible iusnaturalismo. Pocas dudas me suscita admitir que amar a Dios sobre todas las cosas, e incluso al prójimo como a uno mismo, implica un obvio maximalismo moral. Sin embargo no matar, no robar o no mentir son exigencias jurídicas mínimas, aun siendo claramente relevantes también para la satisfacción de aquellos maximalismos. Solo una visión clerical ha llevado con frecuencia a escindir tal engranaje, invitando a considerar que la excelsa virtud de la caridad podría paradójicamente *justificar* una presunta superación de la justicia. Entre las lamentables consecuencias que de ello han derivado basta con recordar las secuelas de ciertos casos de pedofilia; se pretendieron solventar con supuestas medidas caritativas, que en realidad encubrían vulneraciones de la más elemental justicia.

Esta común fundamentación antropológica de las exigencias éticas (sean jurídicas o morales) no es exclusiva de planteamientos iusnaturalistas; es

¹⁹ Me he permitido aludir a esta distinción en mi ya citado (en nt. 15) voto particular a la STC 145/2015, de 25 de junio.

²⁰ Al respecto mi crítica –en *El derecho en teoría* (cit. nt. 9), págs. 222-228– a R. ALEXY *La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*, en “La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)”, Buenos Aires, La Ley, 2004

fácil reconocer su presencia, quizá inconsciente, en autores alejados de dicha doctrina. Así ocurriría con John Rawls, que descarta que su propuesta constructivista de exigencias de *razón pública*, fruto de un consenso entrecruzado de doctrinas *comprehensivas*, guarde parentesco con la ley natural²¹. Ello no le impide, sin embargo, reconocer que “una concepción de la justicia para una sociedad democrática presupone una teoría de la naturaleza humana”²².

El mismo Ronald Dworkin, que ha soportado con más flema las sospechas de iusnaturalismo, resulta otro claro ejemplo. Esto explica que haya muchos – entre los que me cuento – que se identifican notablemente con muchos aspectos de su teoría del derecho, siendo a la vez conscientes de que la fundamentación antropológica individualista de no pocos de sus correlatos prácticos interrumpe dicha sintonía.

Queda en todo caso constancia de su actitud ante las citadas sospechas: “hay una etiqueta particularmente maldita: nadie quiere ser llamado iusnaturalista. El iusnaturalismo insiste en que el ser del Derecho depende de alguna forma de lo que el Derecho debe ser. Esta afirmación parece metafísica o al menos vagamente religiosa. En cualquier caso parece decididamente incorrecta. Por tanto, si alguna teoría del Derecho se muestra como iusnaturalista, puede excusarse a la gente que no le preste mayor atención. En los últimos años, hemos intentado defender una teoría acerca de cómo los jueces deben decidir los casos. Algunos críticos (aunque no todos) la consideran iusnaturalista y, por esa razón, la rechazan”. Acabará concediendo – provocando en mí un nuevo distanciamiento: “sí toda teoría que determina que el contenido del Derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría iusnaturalista, entonces soy culpable de iusnaturalismo”²³.

Ya he resaltado que no suscribiría esa conexión moral-derecho. De lo que tengo escasas dudas es que el único modo de determinar el derecho que es será interpretar la propuesta de *deber ser* que contiene.

²¹ "Dado el hecho del pluralismo razonable, los ciudadanos no pueden ponerse de acuerdo en torno de ninguna autoridad moral, ya sea un texto sagrado o una institución. Ni pueden llegar a un acuerdo respecto del orden de los valores morales, o respecto de los dictados de lo que algunos consideran como la ley natural". Ante su sospecha de que "Habermas piensa que en *mi concepción* las libertades de los modernos *son un tipo de ley natural*", subraya *que su planteamiento* de la "justicia como equidad es, sin embargo, una concepción política de la justicia, y aun cuando sea una concepción moral, no es una instancia de una doctrina de derecho natural. Ni afirma ni niega tal concepción", J. RAWLS *El liberalismo político* Barcelona, Crítica, 1996: 128 y 112-113 y 166-167. No deja tampoco de resaltar que su liberalismo político admite "las ideas católicas sobre el bien común y la solidaridad cuando se expresan en términos de valores políticos". *Una revisión de la idea de razón*, en "El derecho de gentes y Una revisión de la idea de razón pública" Barcelona, Paidós, 2001: 166-267.

²² J. RAWLS *El liberalismo político* (cit. nt. 21), pág. 384.

²³ R. DWORKIN *Retorno al Derecho «Natural»*, en Jerónimo BETEGÓN y Juan RAMÓN DE PÁRAMO *Derecho y Moral*, Barcelona, Ariel, 1990: 23. De estas afinidades y distanciamientos ya me he ocupado: *En diálogo con Dworkin: moralidad política y derecho natural* "Anuario de Filosofía jurídica y Social" (Buenos Aires) 2013 (33): 149-169.

4. ALCANCE DE LOS DERECHOS Y RAZÓN PRÁCTICA

Dworkin suscribe en efecto un planteamiento ético cognitivista, que tiene su fundamento en una peculiar concepción del hombre y de sus relaciones sociales; lo cual constituye —a mi modo de ver— la clave de cualquier punto de partida iusnaturalista. Su antropología es sin embargo notablemente individualista, aunque circule por la vía indirecta de la no discriminación. En consecuencia, fiel a la tradición anglosajona, será partidario de admitir pocos derechos y *en serio*²⁴. Su desarrollo estaría encomendado al poder legislativo y serían a la vez judicialmente operativos como *principios*, quedando así al abrigo de cualquier intento de limitarlos mediante el influjo de *políticas* impulsadas desde el poder ejecutivo por razones de oportunidad o eficacia.

Esa prioridad de un dinamismo principialista sobre las posibilidades aseguradoras del normativismo se ha visto con frecuencia acompañada de sospechas de iusnaturalismo. Así ha ocurrido, al ponerse en cuestión la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley²⁵; se apuntó que “el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas”. No en vano “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 fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional”²⁶. No deja de resultar llamativo que el iusnaturalismo, tantas veces criticado por ahistórico, aparezca ahora expresando con mayor fidelidad la historicidad del derecho, que suele escapar a los defensores del legalismo.

No me parece, en consecuencia, adecuado entender que el proceso de positivación de los derechos lleve consigo el establecimiento de límites destinados a recortar su contenido. Tampoco comparto la supuesta existencia de *conflictos* de derechos²⁷, derivada de un normativismo que ignora esa dimensión principial que protagoniza el dinamismo jurídico. La proyección sobre un caso de los principios que han de ser objeto de ponderación no cercena parcialmente sus contenidos, sino que los delimita. Cuando en mi infancia me

²⁴ Cfr. R. DWORKIN *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

²⁵ Al respecto *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (*Cuadernos y debates* n.º 163), 2005 (2ª edición aumentada, y actualizada).

²⁶ Todo ello sería consecuencia de que “la igualdad es igualdad en la ley positiva y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas. Por ello, no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las normas en cuestión a un principio general de derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los principios, cosa que a quien esto escribe le parece perfecta en términos valorativos, pero no como aplicación del artículo 14 de la Constitución”. Voto particular del Magistrado L. Díez Picazo a la temprana STC 34/1981, de 10 de noviembre.

²⁷ Me expresé al respecto: *La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal* “La Ley” 11.XII.1998 (XIX-4691): 1-4. Encontró eco en la Sentencia 161/2015, de 17 de marzo, de la Sala de lo Penal, Sección 1ª, del Tribunal Supremo español, caso asedio al Parlamento de Cataluña, 5 C).

enseñaron que España limita al norte con el mar Cantábrico, no se me ocurrió pensar que parte del solar patrio hubiera perecido ahogado bajo sus aguas; entendí que el mar delimitaba en el mapa la silueta de su pleno contenido. El Tribunal Constitucional español, al consolidar su doctrina de que la libertad de expresión no encierra un presunto derecho al insulto²⁸, no coarta una libertad antes ilimitada, sino que delimita hermenéuticamente su alcance, negándose a considerar que incluya la conducta de quien en realidad se ha extralimitado²⁹.

Es la ponderación hermenéutica de los derechos en juego la que acaba delimitando el contenido de ambos. Se trata de una operación de la razón práctica que sirve de vehículo al cognitivismo ético ya apuntado. No entiendo que su versión iusnaturalista resulte menos fiable que la realizada teniendo exquisito cuidado en no incurrir en tal presunto desafuero. Si analizo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español sobre las vías para establecer el auténtico “contenido esencial”³⁰ de un derecho, encuentro más bien motivo para suscribir la irónica afirmación de que los juristas se dividen en dos grupos: iusnaturalistas conscientes e inconscientes; puestos a asumir riesgos, prefiero hacerlo conscientemente.

En efecto una de sus primeras sentencias, la STC 11/1981, de 8 de abril, aborda en su FJ 8 dos caminos “para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de ‘contenido esencial’, que en el art. 53 ele la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales”. El primero acude “a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho”. Pues de *naturaleza* se nos habla, no sé si se logra espantar el riesgo de iusnaturalismo aclarando que se trata de “establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”. Sorprendente me parecería dar por bueno que se trata de una unanimidad sin fundamento *in re...*

Siempre he tendido a considerar las exigencias de derecho natural como lógicamente *previas* a su plasmación positivada. El fenómeno no parece ser insólito; volvamos a la sentencia: “Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho pre-

²⁸ STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4.

²⁹ Al respecto *La ponderación delimitadora de los derechos humanos; libertad informativa e intimidad personal* “La Ley” 11.XII.1998 (XIX-4691): 1-4; incluido luego en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007: 127-142. Accesible en <http://info5juridicas.unam.mx/libros/5/2381/32.pdf>

³⁰ Su repercusión constitucional queda resaltada en el artículo 53-1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el Artículo 161, 1 a)”.

existe conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta". Con tal punto de partida, "constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así". No parece fácil liberarse de lo natural...

El segundo camino invitaría a un análisis de "los intereses jurídicamente protegidos". Esto permitiría "hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte (sic) del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos". La referencia a una *parte* parece remitir a una hermenéutica normativista cosificadora de los derechos, por lo que no sorprenderá que estos acaben experimentando *limitaciones*: "se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

Se nos apunta finalmente que "los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por 'contenido esencial' de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios". Queda fuera de toda duda que tan compleja operación se aleja de los intentos de presentar la dinámica jurídica como la mera aplicación técnica de una norma. Aunque sin duda su dimensión hermenéutica se acentúa en el ámbito del control de constitucionalidad, no deja tampoco de estar presente en la tarea habitual de cualquier juez, de modo en ocasiones menos llamativo y por ello quizá con menores dosis de consciencia.

La presunta aplicación de una *ley* lleva siempre consigo notables dosis de interpretación, con la obligada referencia a exigencias derivadas del propio concepto del *derecho*. Más razonable que pretender evitar valoraciones sería procurar transparentarlas. Es lógico que —pueda o no ser considerado iusnaturalista quien juzga— este se considere movido en su razonamiento práctico por una pretensión de justicia; paralela a la pretensión de verdad que anima sus esfuerzos teóricos. No menos cierto es que —se considere a sí mismo como se considere— no quedará a cubierto de su posible falibilidad. La sospecha —no pocas veces temeraria— de que el iusnaturalista no podrá resistir lo que se ha calificado como celo por la verdad total³¹ puede alimentar un prejuicio descalificador, capaz incluso de justificar la renuncia a todo contraste.

³¹ "El celo de la verdad total nos tienta hacia una unidad, más amplia y más profunda, que no puede ser justificada por la razón pública", J. RAWLS *El liberalismo político* (cit. nt. 21): 73.

5. DERECHO NATURAL Y DEMOCRACIA

La sentencia citada contiene –en el mismo fundamento jurídico octavo– un párrafo más, que merece no ser degradado a mera cláusula de estilo: “Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. Puesto que no resulta razonable descartar en la praxis jurídica todo recurso a juicios de valor, qué actitud más sensata que el respeto a los procedimientos democráticos. Solo cabe aventurar un problema: ¿es ello compatible con un punto de partida iusnaturalista?

Bien que lo siento, pero la respuesta de mis celosos críticos es negativa. La mía –parafraseando a Ernst Bloch– les sonó a provocación: “la democracia, en suma, es en el estado actual de nuestra civilización la exigencia más indiscutida de la dignidad humana”; de modo que “no hay democracia posible sin derecho natural” ni “cabe derecho natural sin democracia”³². No se me ocurre razón alguna para someterme a la mayoría si se descartara que ello derive de las exigencias de autobediencia implícitas en algo tan inscrito en la naturaleza humana como la dignidad. Es más, tal razón será capaz de justificar tareas tan contramayoritarias como el control de constitucionalidad de las leyes³³, o el ya aludido reconocimiento del derecho fundamental a la objeción de conciencia. Igualmente, siendo la dignidad humana elemento indispensable de todo derecho natural que se precie, negar sus consecuencias equivaldría precisamente a vulnerar sus propias exigencias.

Hay sin embargo iusnaturalistas, quizá más ortodoxos que yo, que no lo tienen tan claro. Por lo que dicen, mi “iusnaturalismo débil procede de haber pretendido integrar en su seno una democracia, la democracia moderna, incompatible en sus fundamentos”³⁴. Al parecer mi error derivaría de un malentendimiento de la historicidad del derecho; dictamen que me preocupa particularmente, al significar que no habría aprovechado el magisterio que me brindó Arthur Kaufmann, tan acertado a la hora de abordar dicha cuestión³⁵.

Si antes he asumido la distinción entre derecho y ley, con más razón habré de hacer lo propio distinguiendo –en aras de la historicidad– entre ley natural y derecho natural³⁶. Se sugiere, no obstante, que yo habría incurrido en

³² *Derecho natural y jurisprudencia de principios (Con referencia a la Constitución española de 1978)*, “Contemporary Conceptions of Law” ARSP-Supplementa, vol.1 parte 1, y *Derecho natural y sociedad pluralista*, ponencia en Simposio “La experiencia europea” Guadalajara (Méjico) 1982; incluidos luego en “Interpretación del derecho y positivismo legalista” (cit. nt. 2): 210, 230 y 232.

³³ Cfr. R. DWORKIN *La lectura moral y la premisa mayoritarista*, en “Democracia deliberativa y derechos humanos”, Barcelona, Gedisa, 2004: 101-139.

³⁴ E. CANTERO NÚÑEZ *Panorama del derecho natural en España* (cit. nt. 1): 723.

³⁵ A. KAUFMANN *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, Mohr, 1957: 25-26.

³⁶ *Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino* (cit. nt. 8), incluido en “Interpretación del derecho y positivismo legalista” (cit. nt. 2): 48.

un equívoco respecto a la historicidad humana, porque, “al menos, lo más fundamental –sí no se considera demasiado incorrecta esta expresión– del núcleo esencial de cada derecho humano no pertenece a la historicidad, al menos en algunos de ellos, como por ejemplo la vida en el caso del aborto. Luego, por lo menos, algunas cuestiones han de quedar excluidas de un consenso sobre su positivación. Esas cuestiones tienen que ser reconocidas como previas al consenso y no ser objeto del mismo”³⁷.

Ya me he pronunciado sobre el carácter pre-positivo de las exigencias jurídiconaturales, en un plano lógico; su vocación a verse positivadas, sin embargo, las inserta ya en una inevitable historicidad, que –por ontológica– no implica relativismo sino reclamo de delimitación hermenéutica. Una exigencia de derecho natural no positivada, más que derecho previo, sería –dada su provisional ahistoricidad– realidad jurídicamente deficiente. También una democracia ideal se revelará más fácilmente aproblemática que una democracia real; que es con la que al fin y al cabo habremos de conformarnos, tras haber agotado nuestras posibilidades de mejorarla. Lo que no me parecería muy realista sería limitarnos a rendir culto a una democracia o a un derecho natural meramente ideales³⁸; que es a lo que parece que se nos invita.

Mi condena, sin embargo, parece inapelable: no acabo de “hacer la distinción entre ambas democracias; ello supondría decir, con toda claridad, que la democracia vigente, la democracia moderna no es democracia”³⁹. Tan cierto como que un derecho natural aún no positivado puede rebosar riquezas *esenciales*, pero la ausencia de positivación lo dejaría varado en la más frustrante *inexistencia*.

6. PLURALISMO Y CONSENSO

El cotidiano esfuerzo democrático ha de verse acompañado de dos factores. Por un lado la aceptación del pluralismo, reconocido en su dimensión política por el primer artículo de la Constitución española entre los “valores superiores del ordenamiento jurídico”. Por otro, el recurso al consenso como

³⁷ E. CANTERO NÚÑEZ *Panorama del derecho natural en España* (cit. nt. 1): 723, nota 179.

³⁸ Tal sería mi respuesta a la conclusión de la crítica: “esa antropología que exige y en la que se basa Ollero, si no es rechazada por su democracia ideal, si lo es, desde luego, por la democracia real. Por eso nos parece que en su pensamiento aparece esa antinomia antes indicada, que, al mismo tiempo, es la que impide que lo concepuemos como autor integrante del realismo jurídico”. Se considera, en resumen, que mi “esfuerzo intelectual se ha dirigido, por una parte a considerar los derechos humanos como la expresión, hoy, del derecho natural; y por otra, a una refundación del mismo, que, en cierta medida, lo aproxima a su concepción clásica. Aunque hay un tema en el que sus premisas no concluyen, a nuestro juicio, con la debida lógica: la democracia moderna”, E. CANTERO NÚÑEZ *El concepto del derecho en la doctrina española* (cit. nt. 2): 132 y 127.

³⁹ E. CANTERO NÚÑEZ *Panorama del derecho natural en España* (cit. nt. 1): 720, nota 168.

aparente sucedáneo del viejo derecho natural. Ninguno de los dos conceptos es inocentemente neutro.

El pluralismo puede entenderse como obligado vehículo procedimental de una búsqueda intersubjetiva que aspira a captar performativamente el sentido de unas u otras exigencias jurídicas; es mi caso, al constatar un pluralismo gnoseológico, en el intento de encontrar la dimensión ética de una objetividad ontológica. Tal pluralismo, lejos de identificarse con la *voluntad* de la mayoría, sería la vía más adecuada para la decantación de una razón pública; de ahí la distinción entre *consenso* y mero *modus vivendi* planteada por Rawls⁴⁰. Nos encontraríamos, a fin de cuentas, intentando dar respuesta una vez más a una incesante pregunta: ¿tiene razón el derecho?⁴¹

Tanto en Rawls como en otros autores, el pluralismo cobra sin embargo una relevancia más substantiva que procedimental; más que vehículo sería obligado resultado. Una sociedad marcada por la mayoritaria vinculación a una de las alternativas en juego sería incompatible con la libertad⁴². A Dworkin no le entusiasma tal planteamiento: “El mecanismo de contrato social de Rawls está diseñado para aislar la moralidad política de supuestos y controversias éticas sobre la naturaleza de una buena vida. Mas en este libro la argumentación no hace uso de contrato social alguno: espera recabar el apoyo que sus afirmaciones políticas reclamen, no en un acuerdo”⁴³. Habermas, embargado por sus preocupaciones biojurídicas, parece sintonizar más con el primero⁴⁴.

Se entienda como se entienda, el consenso vinculado a este pluralismo no nos podrá servir de fundamento de los derechos humanos; sí se nos convierte, sin embargo, en una exigencia básica como piedra de toque a la hora de contrastar su proceso de positivización⁴⁵. Solo siendo conscientes de ello cabrá neutralizar la querencia premoderna que –como nos previene Giorgio Agamben– puede anidar hoy en la opinión publicada, tan condicionadora del pluralismo. “Uno de los resultados de nuestra investigación ha sido precisamente que la función de las aclamaciones y de la Gloria, en la forma moderna

⁴⁰ J. RAWLS *El liberalismo político* (cit. nt. 21): 179

⁴¹ Al respecto mi intento: *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, 2ª edición.

⁴² “Hay que abandonar la esperanza de una comunidad política si por tal comunidad política entendemos una sociedad política unida en la afirmación de la misma doctrina comprensiva. Esa posibilidad está excluida por el hecho del pluralismo razonable unido al rechazo del uso opresivo del poder estatal para vencerlo”, J. RAWLS *El liberalismo político* (cit. nt. 21): 178.

⁴³ R. DWORKIN *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003: 15.

⁴⁴ Ello le lleva a descartar “el argumento moral (y dudosamente jurídico-constitucional) de que el embrión goza ‘desde el comienzo’ de dignidad humana y absoluta protección”, porque “zanja el debate en el que hemos de avanzar, si queremos ponernos políticamente de acuerdo sobre estas cuestiones fundamentales con el obligado respeto jurídico constitucional a un pluralismo de concepciones del mundo”, J. HABERMAS *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, Paidós, 2002: 45.

⁴⁵ Al respecto mi trabajo *Consenso y disenso en la fundamentación de los derechos humanos*, incluido luego en “Derechos humanos y metodología jurídica”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989: 209.

de la opinión pública y del consenso, sigue estando todavía en el centro de los dispositivos políticos de las democracias contemporáneas. Si los media son tan importantes en las democracias modernas, no es sólo porque permiten el control y el gobierno de la opinión pública, sino también y en especial porque administran y dispensan la Gloria, el aspecto aclamativo y doxológico del poder que parecía haber desaparecido con la modernidad”⁴⁶. No se trata de gratuitas observaciones esotéricas⁴⁷.

7. LAICISMO: UN CONSENSO TRUCADO

“Después de la Segunda Guerra mundial, y hasta la formación de nuestra Ley Fundamental, la cuestión sobre los fundamentos de la legislación parecía clara; en el último medio siglo se dio un cambio dramático de la situación. La idea del derecho natural se considera hoy una doctrina católica más bien singular, sobre la que no vale la pena discutir fuera del ámbito católico, de modo que casi nos avergüenza hasta la sola mención del término”. Imagino que ni el iusnaturalista más ortodoxo podrá negar la condición de tal a Benedicto XVI, cuando se sincera el 22 de septiembre de 2011 en el Bundestag⁴⁸ ante los parlamentarios de su país natal.

Uno de los motivos de tan curioso fenómeno –aunque para mí no el más relevante– sería la presión de las actitudes laicistas, que proyectan una mirada inquisitorial hacia cualquier planteamiento en los que sea posible detectar una matriz religiosa, intentando enclaustrarlos en las catacumbas de lo privado. La Constitución española cuenta en su artículo 16 con un epígrafe segundo con frecuencia olvidado: “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. Recurriendo a lenguaje castizo podría traducirse: prohibido mentar a la madre (o matriz). La fórmula *no cabe imponer las propias convicciones* parece en esos ámbitos destinada solo a los creyentes, a los que en la práctica se acaba discriminando⁴⁹, mientras paradójicamente

⁴⁶ “Todo lo que durante un tiempo se mantuvo confinado en la esfera de la liturgia y de los ceremoniales se concentra ahora en los media y, a la vez, a través de ellos, se difunde y penetra en cada instante y en cada ámbito, tanto público como privado, de la sociedad. La democracia contemporánea es una democracia íntegramente fundada sobre la gloria, es decir, sobre la eficacia de la aclamación, multiplicada y diseminada por los media más allá de todo lo imaginable”. “El ‘government by consent’ y la comunicación social sobre la cual reposa en última instancia el consenso, remiten en realidad a las aclamaciones.”, G. AGAMBEN *El reino y la gloria. Para una genealogía teológica de la economía y del gobierno Homo sacer II, 2*, Valencia. Pre-textos, 2008: 14, 276 y 278.

⁴⁷ “Los compromisos cívicos, incluso entre ciudadanos no creyentes en muchos casos, conservaban algo del carácter edificante y aliviador de la participación en el culto dominical de una congregación” comenta J. HABERMAS, en diálogo sobre la religiosidad norteamericana *Mundo de la vida, política y religión* (cit. nt. 5): 100.

⁴⁸ Al respecto *Hacer entrar en razón al Estado de Derecho. Benedicto XVI aborda los fundamentos del Estado*, en “Estudios de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Homenaje a Alberto Montoro Ballesteros”, Murcia, Universidad, 2013: 445-455.

⁴⁹ Sobre el particular: *Clericalismo católico y nacional-laicismo*, “La Albolafia: revista de humanidades y cultura” 2015 (4): 91-100; incluido en “Laicismo: sociedad neutralizada”, e-book, Digital Reasons, 2014.

se presenta a los no creyentes como ajenos a toda matriz ideológica, cual hijos de madre desconocida.

No es que lo diga yo, sino alguien tan poco iusnaturalista como el propio Habermas, preocupado por determinadas derivas eugenésicas, que pronostica no se verán frenadas en Wall Street: “El Estado no puede desalentar a los creyentes y a las comunidades religiosas para que se abstengan de manifestarse como tales también de una manera política, pues no puede saber si, en caso contrario, la sociedad secular no se estaría desconectando y privando de importantes reservas”⁵⁰.

Tampoco Rawls justificaría un trato que discriminara a las doctrinas comprensivas de matriz religiosa respecto a las filosóficas o morales. Le parecerá lógico incluso que –en el intento de lograr del consenso de sus conciudadanos– los defensores de determinados planteamientos éticos o religiosos cuenten con “razones suficientes para considerar verdadera, o al menos altamente probable, esa concepción”. En consecuencia, no le suscitará problema alguno que la jerarquía de un credo despliegue en el ámbito público su magisterio: “Las ideas comprensivas, religiosas, filosóficas o morales que tengamos, todas son aceptadas libremente, políticamente hablando, pues dada la libertad de culto y la libertad de pensamiento, no puede decirse sino que nos imponemos esas doctrinas a nosotros mismos”⁵¹.

La laicidad no ha dejado de ser reconocida como invento cristiano⁵², lo que explica el estupor con que fue acogida su llamativa propuesta: “dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”. El Tribunal Constitucional español ha resaltado una “laicidad positiva”, que deja secundariamente en evidencia la funcionalidad negativa de la obsesión laicista por la *separación* entre poderes públicos y factor religioso. Considera hoy insuficiente un entendimiento de la libertad religiosa como derecho de la primera generación, limitada a una no injerencia de los poderes públicos; da paso, por el contrario, a una cooperación de alcance prestacional, que no implicaría *confusión* alguna⁵³. La libertad religiosa ha de considerarse tan socialmente positiva como tantos otros fenómenos culturales, sin que su práctica pueda conllevar ni discriminación ni obligatoriedad.

⁵⁰ J. HABERMAS *Mundo de la vida, política y religión* (cit. nt. 5):278; también *La religión en la esfera pública. Los presupuestos cognitivos para el 'uso público de la razón' de los ciudadanos religiosos y seculares*; en “Entre naturalismo y religión” Barcelona, Paidós, 2006: 138 y 155.

⁵¹ J. RAWLS *El liberalismo político* (cit. nt. 21), pág. 257.

⁵² “La secularización puede, así, ser entendida (es el caso de Gogarten) como una contribución específica de la fe cristiana, que por primera vez abre al hombre el mundo en su mundanidad e historicidad”, G. AGAMBEN *El reino y la gloria* (cit. nt. 46): 20.

⁵³ “El art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener ‘las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones’, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que ‘veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales’, STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.

Esta concepción de la laicidad, que evita demonizar —so capa de neutralidad— a las convicciones socialmente arraigadas, implica un reconocimiento de la autonomía de lo temporal que revive la aportación de Hugo Grocio, en una Europa marcada por guerras de religión. Apoyándose en una objetividad ética de raíz metafísica, planteó como campo de encuentro un derecho natural válido “*etiamsi daremus non esse Deum aut non curari ab eo negotia humana*”⁵⁴. Resulta discutible que la actual coyuntura postmetafísica invalide la relevancia secular de dicho planteamiento. Ello explica que, desde un punto de partida agnóstico, Marcello Pera planteara *Por qué debemos considerarnos cristianos*⁵⁵, proponiendo vivir “como si Dios existiese” (*velut si Deus daretur*).

Se apunta con ello a evitar el doble riesgo al que induce la inmersión de lo jurídico en la moral, como mero brazo armado de sus prescripciones capaz de brindarles arraigo social. Por una parte, invocar la moral suena con facilidad a opción subjetiva, con su inevitable secuela relativista; no en vano el consejo de obrar en conciencia tiende a entenderse como un cheque en blanco, partiendo de que todo el mundo es bueno⁵⁶. Por otra parte, el protagonismo de lo moral tiende a renviar a lo religioso, provocando el obligado rechazo laicista.

No tiene nada de sorprendente que este haya sido protagonizado por Gustavo Zagrebelsky: “Mediante una referencia libre a la famosa fórmula de Hugo Grocio, se ha dicho a los creyentes: si queréis construir un terreno común, es necesario que actuéis como si Dios no existiera; debéis por tanto poner en cuestión vuestras certezas. ¿Pero es lícito pretender tanto de ellos?” “No parece posible referir a Dios esta filosofía del como si (*als ob*), y menos entendida en sentido negativo (como si Dios no existiera), y es inimaginable que sean los creyentes los que apliquen tal filosofía, que para ellos es sólo una perversa ficción”⁵⁷. Pero, a su juicio, el “*aunque Dios no existiera*” “ha servido —y sirve— como argumento para extender las tesis nacidas de la fe para dotarlas de validez independientemente de la fe”. Ante “dos peligros opuestos: en el creyente el exceso de dogma; en el laico el exceso de duda”, “la doble y opuesta —pero convergente— degeneración está ante los ojos de cualquiera que no los quiera cerrar para no verla. Y a esta tarea están llamados —al mismo tiempo y con la misma responsabilidad hacia la convivencia democrática— tanto los laicos como los creyentes, unos y otros obligados a actuar ‘incluso si Dios no existe’”⁵⁸.

⁵⁴ H. GROCIO, *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, proleg. n. 11; “ciertamente estas cosas que llevamos dichas, tendrían algún lugar, aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios, o que no se cuida de las cosas humanas”, Madrid, Reus, 1925 (versión de J. Torrubiano) t. I: 12-13.

⁵⁵ Madrid, Encuentro, 2010.

⁵⁶ Al respecto *El derecho a lo torcido*, en “El fraude del buenismo”, Madrid, FAES, 2005: 63-78; incluido luego en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho* (cit. nt. 29): 63-72, accesible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5/2381/8.pdf>

⁵⁷ En diálogo con Carlos María Martini, G. ZAGREBELSKY *La idea de justicia y la experiencia de la injusticia*, en “La exigencia de justicia” Madrid, Trotta, 2006: 46.

⁵⁸ G. ZAGREBELSKY *Contra la ética de la verdad*, Madrid, Editorial Trotta, 2010: 126 y 130.

8. DERECHO NATURAL ¿ENFERMO POR SOBREDOSIS?

Pienso, sin embargo, que la marginación de la doctrina iusnaturalista no se debe tanto al avance del laicismo —que en más de un país es un planteamiento autoasumido por una mayoría católica⁵⁹— como al paradójico afán de algunos de sus presuntos defensores, empeñados en resaltar la dimensión sobrenatural del derecho natural.

En el fondo se reproduce el descabale ya advertido al plantear la relación entre el derecho y la moral. Por supuesto que será más fácil llegar a la felicidad, la utilidad o la santidad siendo fiel a las altas exigencias propias de cada código moral; pero pretender que sean ellas los que cumplan la función de garantizar el mínimo ético indispensable para mantener una convivencia digna del hombre suele llevar al disparate. No es menos cierto que la fe es una vía de conocimiento, que permite disponer de una concepción del mundo de mayor amplitud y profundidad. Proponer, sin embargo, que la vigencia social del derecho natural se apoye en una previa evangelización supondría suscribir un curioso concepto de lo *natural*; olvidando de paso hasta qué punto lo mejor puede convertirse en enemigo de lo bueno. En nuestras sociedades secularizadas la impronta religiosa de determinadas exigencias éticas, más que favorecer su cumplimiento, puede servir de acicate para que se vean combatidas; o acabar dado ocasión para que prospere una poco cívica renuncia de los creyentes a proponer sus propias convicciones a los demás.

La coherencia teórica del presunto apoyo teológico puede acabar desnaturalizando la imagen de las exigencias iusnaturalistas⁶⁰; lo que explicaría en mayor medida el certero diagnóstico del hoy Papa emérito. La aureola confesional acoplada al derecho natural puede convertirse en su principal enemigo, sin perjuicio del refuerzo que la presión laicista pueda aportar a dicho fenómeno.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

De lo expuesto es fácil derivar que suscribo un planteamiento *cognitivista* de la ética. En consecuencia, me considero en condiciones de conocer lo que debo hacer, tanto para respetar las exigencias del mínimo ético que el derecho me impone como para aspirar a acercarme a las exhortaciones maximalistas de la moral. Descarto pues que la ética sea una opción voluntarista, más vinculada a sentimientos o emociones que al juego de la razón.

⁵⁹ Al respecto *Un Estado laico. Libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009: 283-297.

⁶⁰ “El espacio propio de una acción de gobierno del mundo no es, por tanto, el —necesario— del *ordo ad Deum* y de las causas primeras, sino el —contingente— del *ordo ad invicem* y de las causas segundas”. “Dios, dejando a otros la ejecución de su ratio gubernamental, hace más perfecto su gobierno”, G. AGAMBEN *El reino y la gloria* (cit. nt. 46): 148 y 150.

No me considero muy original por suscribir el punto de partida de que el derecho tiene razón. Doy por hecho que eso mismo suscriben otros que – como yo – defienden un *Estado de Derecho*; aunque más de una vez lo desmientan en la práctica al traslucir que para ellos lo jurídico no es ese Estado de derecho sino el *derecho del Estado*. Para que el derecho esté en condiciones de hacer *entrar en razón al Estado* es preciso que no se convierta en mero instrumento de la *razón de Estado*; solo será algo distinto, si se funda en la naturaleza humana, sin perjuicio de que – para lograr plenitud y eficacia, como vimos a propósito de la objeción de conciencia – necesite verse positivado a través de las instituciones del Estado.

La captación de las exigencias jurídicas, más o menos positivadas, no operará por silogismos lógicos; implicará siempre la entrada en juego de la razón práctica, con un marcado protagonismo de lo teleológico. Se tratará de una operación racional, que remite a fundamentos objetivos y a la vez se despliega hermenéuticamente con una dimensión performativa. Solo el hacer justicia nos ayudará en la práctica a conocer lo justo. El resultado tenderá a generar una obligación moral de respeto, que – de resultar convincente – reforzará o descargará la sanción coactiva característica del derecho.

No gozo de suficiente sentido del humor como para hablar de derechos fundamentales, aclarando a la vez que no sería razonable atribuirles fundamento. Su positivación constitucional solo puede llevar a conocer la dimensión existencial de su contenido esencial en la medida en que remite a fundamentos reales previos⁶¹. La doctrina del tribunal constitucional de turno será una vía privilegiada para ir delimitando el alcance de tales derechos. A nadie puede extrañar el dicho según el cual el Estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar; gran riesgo que asume por amor a la libertad. No faltará, sin embargo, quien lo niegue tras criticar el positivismo jurídico⁶². Eso no impedirá por lo demás que también haya quien afirme – en defensa de su *patriotismo constitucional* – que “los ciudadanos hacen suyos los principios de la Constitución, no solo en su contenido abstracto, sino sobre todo en su significado concreto, dentro del contexto histórico de su respectiva historia nacional”⁶³.

⁶¹ Nos hallamos ante una elemental constatación hermenéutica. “La mayoría de los enunciados permanecerían opacos o ambiguos si el hablante no compartiera con el oyente unos conocimientos previos implícitos”, J. HABERMAS *Mundo de la vida, política y religión* (cit. nt. 5): 54.

⁶² G. ZAGREBELSKY *Sobre el dicho: ‘el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar. Este es el gran riesgo que se asume por amor a la libertad’* en “Entre la ética, la política y el derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba” Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2008, vol. 1: 1326.

⁶³ De ahí que haya que considerar “interés propio del Estado constitucional el cuidar la relación con todas las fuentes culturales de las que se alimenta la conciencia normativa y la solidaridad de los ciudadanos, J. HABERMAS *¿Fundamentos prepolíticos del estado democrático?*, en – con J. RATZINGER – “Dialéctica de la secularización. Sobre la razón y la religión”, Madrid, Encuentro, 2006: 34 y 43.

Discernir lo que es justo y contribuir a fijarlo positivamente es un modo de descubrir en la práctica jurídica las exigencias de un punto de partida antropológico. Si intentar contribuir con ello a transparentar ese debate que todo manejo del derecho lleva consigo no mereciera ser considerado iusnaturalista, es de temer que el derecho natural se acabe convirtiendo en un rótulo sin futuro. Mi convencimiento de lo contrario es lo que me ha llevado a titular afirmativamente mi ponencia: *cabe aún hoy ser iusnaturalista*.