

La Constitución: entre el normativismo y la axiología *

Por ANDRES OLLERO TASSARA

Granada

SUMARIO: 1. ¿Qué son los valores superiores?—2. ¿Son normas?—3. Entre la moral y el derecho.—4. Derecho: ¿substancia o juicio de valor?—5. Valores, principios y normas.—6. Crítica ética del positivismo jurídico.—7. La fundamentación de los valores: dos modelos.—8. El papel del consenso.—9. Iusnaturalismos despóticos y democráticos.—10. El contenido del artículo 1.1 de la Constitución.

1. Preguntarse qué *son* los valores resulta paradójico, ya que los fenomenólogos, que dieron carta de naturaleza a una ética axiológica, entendían que los valores no *son*, sino que tienen otra peculiar condición: *valen*. Sin embargo, ni el arraigo de dicha filosofía en nuestro ámbito cultural, ni las propias afirmaciones de los que propusieron la fórmula en el trámite constituyente (2) llevan a pensar que haya sido dicha filosofía, y sus coherentes implicaciones, la que haya quedado canonizada en tan relevante texto. Nos encontramos, pues, ante un término cuyo real significado habrá que buscar por vías distintas a las del rigor filosófico.

Dos pistas encontramos en el trabajo que hemos tomado como pretexto para estas reflexiones: «son los cuatro faros que guían, explican o interpretan la *voluntad* del legislador constituyente»; «la positivación de los *contenidos éticos* o de justicia que el Poder *pretende* realizar a

* Las presentes reflexiones, expuestas en las XI Jornadas organizadas por el Servicio Jurídico del Estado, plantean —fieles a su carácter de «comunicación»— un diálogo con los planteamientos del ponente. La existencia de un amplio estudio previo del mismo autor (1), que refleja sus posiciones básicas, facilitó nuestra tarea. No faltan en ella discrepancias, que implican un doble homenaje: a un texto, que no merece pasar inadvertido, y a su autor, cuyo talante le lleva más al aprecio de la serena crítica que al de la muda adulación.

Con posterioridad se han introducido sólo cuatro notas adicionales, relativas a alusiones del ponente en su exposición oral.

(1) G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Madrid, 1984 (en adelante citados como *VS*).

(2) No se suscribía la «ética material de valores» de SCHELER o HARTMANN, ni las versiones peculiares de ORTEGA o RECASÉNS (*VS*, págs. 106 y 51).

través del Derecho» (3). Aún nos sale al encuentro una tercera afirmación, que parece matizar las anteriores: «los valores superiores tienen carácter *normativo*. No son un consejo, un ideal, una orientación, sino que son obligatorios para todos los destinatarios de las normas» (4).

2. Si entendemos que nuestra conducta debe ser éticamente «valiosa», de lo que reconozcamos como «valores» éticos derivarán de inmediato consecuencias «normativas», al erigirse en deseable norma de nuestra conducta. La «norma» no sería sino el instrumento de formulación del «valor». Pero, de nuevo, la expresión utilizada parece llevar consigo una carga adicional, que evoca el profundo problema filosófico-jurídico de la relación entre derecho y moral. Decir que los valores tienen carácter «normativo» parece significar que son «derecho» vinculante y no mera exhortación moral; es más, que no serían simples criterios interpretativos sino derecho directamente aplicable.

Hemos abandonado, pues, el ámbito doctrinal de la «axiología» en sentido estricto, con eventual consuelo de más de un jurista, poco amigo de «peligrosas jerarquizaciones axiológicas» (5). Entramos, por el contrario, de lleno en el no menos apasionante campo del «normativismo» teórico-jurídico (5a).

Las teorías que consideran el derecho como norma han encontrado una doble versión dentro del campo marcado por las exigencias de la metodología positivista: el «realismo» (en sus vertientes escandinava y americana), que entiende la norma sociológicamente, como repetición de hechos, y las teorías del ordenamiento, que entienden la norma como esquema formal de contenido aleatorio (con la kelseniana teoría pura como arquetipo). Intentar insuflar en las segundas elementos éticos teóricamente relevantes no parece fácil, a no ser que se abandona el ámbito de la teoría del conocimiento positivista. En la medida en que a todo lo que no sea «positivista» se le considere «iusnaturalista», nos adentramos en otro complejo bosque filosófico-jurídico.

(3) VS, págs. 17 y 13. Nuestros subrayados marcan la inevitable tensión razón-voluntad, presente en toda fundamentación ética, como tendremos ocasión de reflejar más abajo.

(4) VS, pág. 42.

(5) Arquetípicos al respecto los votos particulares de F. TOMAS y VALIENTE y F. RUBIO LLORENTE, discrepando de la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, relativa al recurso previo contra el proyecto de ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos («Boletín Jurisprudencia Constitucional» de 1985 (49), págs. 538 y 541).

(5a) La crítica al «normativismo» cuestiona una teoría que pretende explicar acabadamente el derecho como si fuera un sistema de normas. Esto no lleva necesariamente a un planteamiento «judicialista». El «judicialismo» sería, en todo caso, la alternativa al «legalismo», pero es perfectamente compatible con el «normativismo», como se observa expresivamente en Kelsen. Tampoco la crítica al sistema conduce, como alternativa obligada, a asumir las perspectivas de la «tópica jurídica». Los planteamientos de la hermenéutica existencial —de más enjundia filosófica— llevaron, por otra parte, a profundizar en los atisbos más positivos del manifiesto de T. Viehweg. Al respecto el antiguo trabajo de F. WIEACKER, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, en «Festschrift J. Zepos», Atenas, 1973, t. I, págs. 391-415, que marca ya ese influjo.

La presencia de los «valores superiores» en nuestra Constitución aspira, al parecer, a abordar este intento. Tendrían el carácter de normas que «establecen criterios materiales», cerrando el paso a construcciones arbitrarias sobre la «norma material superior» del ordenamiento (6).

Intentar hacer compatible este planteamiento con la teoría kelseniana, ejemplo modélico de normativismo respetuoso con la metodología positivista, es imposible, como tendremos ocasión de señalar. No podemos considerar al artículo 1.1 de nuestra Constitución como una «norma básica», en sentido kelseniano. En primer lugar porque, para Kelsen, la norma básica no es una norma positiva y dicho artículo sí debe ser considerado como tal (7). En segundo lugar, porque entiende que una norma básica con contenido ético, capaz de condicionar en razón del mismo el de otras sucesivas, daría paso a un sistema «estático», propio de concepciones morales o iusnaturalistas; mientras que lo característico del ordenamiento jurídico sería su «dinamismo»: el hecho de que sus normas son válidas no en razón del contenido sino de la existencia de una *conexión formal*, que confiere a un arbitrario acto de voluntad alcance normativo, sea cual sea su contenido ético (8).

Entender a los «valores superiores» como norma material básica de nuestra Constitución supondría considerarlos portadores del germen del que derivarían los *contenidos* del resto de las normas del ordenamiento; su validez derivaría de dicha sintonía, hasta el punto de poder ser consideradas inválidas si se opusieran a ella: un sistema «estático», en suma. Ni qué decir tiene que, en estas circunstancias, el cambio de dicha norma básica llevaría consigo el cambio radical de la Constitución y, con ella, de todo el ordenamiento (9).

¿En qué se traduciría la dimensión «normativa» de los valores superiores? Fieles a la pirámide normativa, habría que entender que se «limita al arbitrio judicial en la búsqueda de los valores implícitos en la Constitución» (10). La libertad, a la hora de ir «construyendo» la teoría de la justicia que acompaña al ordenamiento se vería, pues, condicionada. Cabría, sin embargo, apuntar que dichos valores no ofrecen cobertura suficiente para fundamentar una decisión (11); se trata-

(6) VS, págs. 56 y 68.

(7) Ambas afirmaciones, aparentemente contradictorias, en VS, págs. 94 y 106.

(8) Si se convierte al artículo 1.1 en «norma básica» de una «Constitución material» no «se matiza el rígido formalismo kelseniano» (VS, pág. 55), sino que se lo niega tan radical como acertadamente. La distinción entre sistema «estático» y «dinámico» es, sin duda, insostenible; pero no es posible considerar que «los valores superiores como contenidos materiales de la Constitución son compatibles con el formalismo kelseniano» (pag. 70) sin negar al propio Kelsen la prerrogativa de decidir qué posturas merecen tal adjetivo.

(9) Precisamente esto explica la práctica imposibilidad de su reforma (VS, pág. 104).

(10) VS, pág. 68. Con poco éxito, al parecer, a juzgar por lo indicado en la nota 5. El propio Kelsen aporta clara respuesta sobre el particular, dada su concepción de la «cosa juzgada»: el Tribunal Constitucional, en su papel de Rey-Midas, habría modificado para este caso el artículo 1.1 de la Constitución. Cfr. también VS, pág. 72.

(11) Así lo apunta L. PRIETO SANCHÍS (VS, pág. 88). Es obvio que eso afecta al «carácter normativo de los valores», pero ello no hace sino poner a prueba el normati-

ría de una norma tan «abierta» que apenas excluiría posibilidad alguna, por lo que, más bien, haría constitucional tanto una decisión como la contraria (11a).

Resulta, pues, dudosa la «aplicabilidad» jurídica de los valores superiores. Esto tiene consecuencias trágicas si se suscribe un «normativismo» jurídico, que sólo considera como derecho las normas «aplicables». Si, por el contrario, se relativiza la «aplicabilidad» de toda norma, la situación de los valores superiores respecto a cualquier otra marca una simple diferencia de grado (mayor o menor apertura) y no de naturaleza (jurídica/no jurídica). Cabría, no obstante, acogerse a otra afirmación: «de su situación en la Constitución se desprende que estamos ante una auténtica norma jurídica» (12), trasladándonos a una nueva tesis: todo lo incluido en la Constitución es «normativo» y por ende (para los normativistas) jurídico.

3. Una primera fuente de fisura de la opción normativista será precisamente la relación entre contenidos éticos o «morales» y derecho. La teoría del conocimiento «positivista» obliga a delimitar objetos de estudio racional perfectamente identificables. La consecuencia será el «positivismo jurídico», que considera que sólo reuniría tal carácter el derecho positivo o puesto. La ética o la moral quedarían situadas en el campo vago e indefinible de lo emocional o, al menos, en un ámbito decididamente metajurídico. De ahí el continuo empeño por decantar el derecho que «positivamente» es respecto al que éticamente «debería» ser. La norma jurídica «pondría» en situación de ser directamente aplicados unos valores determinados, a los que cabría calificar de «moralidad legalizada». Este sería el ámbito del derecho. Al margen de él quedarían las consideraciones relativas al derecho deseable, que sería el propio de la «política jurídica» o incluso, si su tratamiento racional se considera posible, de una «ciencia de la legislación». La norma jurídica positiva marca, en todo caso, la neta frontera entre «ser» y «deber ser», indispensable para el positivismo jurídico.

Si se reconoce a los valores superiores como «normas» (para poder seguir considerándolos «jurídico-positivos») resulta inevitable privar a la norma de esa función de dique impermeabilizante respecto a contenidos no jurídicos que el positivismo le atribuía. Los valores superiores se sitúan «entre el derecho positivo» (y su «moral legalizada») y una «moralidad crítica». Su contenido «no se agota en su perspectiva normativa —(léase “jurídica”)— sino que excede de la misma y hunde sus raíces en el campo de la moralidad». Allí enlazan con esa «moralidad crítica» que les presiona, marcando «un *indirizzo* político del

vismo que se pretendía sostener, rechazar este u otros planteamientos (VS, págs. 76-84) con el argumento de que niegan a los valores carácter normativo llevaría a una fundamentación circular, en la que la tesis se inmuniza a toda crítica.

(11a) Esto confiere un peculiar alcance a las posturas que consideran que el legislador, a diferencia del juez, no está obligado a motivar sus opciones. Aparte de que la figura de la «Exposición de Motivos» hace —retóricamente al menos— discutible el planteamiento, esto acentuaría en tal medida la presunción de legitimidad del desarrollo legislativo de la Constitución, que convertiría a ésta en papel mojado.

(12) VS, pág. 89.

ordenamiento» hacia una «progresiva positivación» de los valores. La «moralidad crítica» iría pues siendo «legalizada», y no sólo por el legislador, sino también por el juez, ya que todo este proceso resalta «la dificultad de separar creación e interpretación del derecho» (13), que era otra de las benéficas consecuencias de la consideración de la norma positiva como dique impermeable.

Al final de todo este proceso puede quedar claro que los valores superiores son auténticas normas, aunque sólo a condición de que renunciemos a tener tan claro qué sea una norma. El nítido perfil que le atribuyó el positivismo jurídico se ha abandonado, con lo cual sin duda hemos ganado en «realismo»: nos hemos acercado más a lo que el derecho «realmente» es.

4. El positivismo jurídico se limitó a replantear, negando la metafísica, una determinada ontología que entendía el derecho como sustancia, o incluso como «cosa». La única diferencia radicaría en que dejaría de ser cosa metafísicamente supuesta para convertirse en cosa «físicamente» puesta. A ello se añadía un factor secularizador nada desdeñable: las suposiciones iusnaturalistas se habrían movido en el ámbito de las exigencias de una moralidad religiosa, mientras la positivación marcaba las opciones morales fruto de la soberanía política. En resumen, se sustituyen unas normas por otras, pero el derecho sigue teniendo idéntica contextura. El enredo de la polémica consolidó este círculo vicioso, alimentado por no pocos teólogos moralistas bastante alejados de la práctica jurídica.

La perspectiva cambia radicalmente si se pone en duda que el derecho sea una sustancia, siquiera positiva; algo que mana de una «fuente», que se «aplica» a la realidad, cuya ausencia produce una «laguna», etc. Puede que el derecho sea realmente una dimensión de la *actividad* humana: la que se esfuerza por lograr el *ajustamiento* de sus *relaciones de convivencia*. No sería, por tanto, una cosa, que pueda o no tenerse disponible, que se aplique o deje de aplicarse, sino una tarea que sólo a su final permitirá disponer de una «cosa justa», o al menos (dada la falibilidad humana) de la «cosa juzgada» (14).

El «normativismo» en el derecho toma la parte por el todo, como ocurriría en cualquier otra actividad humana. Es indudable que la creación artística tiene sus cánones, que permiten distinguirla de la arbitrariedad caprichosa; pero pretender concebirla como mera «aplicación» de normas previas es el mejor modo de condenarse a no llegar a disponer de «cosa estética» alguna.

El derecho es, ante todo, juicio de valor. Una actividad humana que, inevitablemente se refiere a *valores* (más o menos «superiores») a cuya luz ajustar relaciones. Problema subsiguiente, y no precisamen-

(13) VS, págs. 14, 36, 41, 89 y 102.

(14) Ilustrativos al respecto los más recientes trabajos de A. KAUFMANN. De especial interés, por referirse al problema afín de los «contenidos esenciales» de los derechos humanos: *Ueber den «Wesensgehalt» der Grund-und Menschenrechte*, «Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie», 1984 (LXX-3), págs. 384-398, especialmente los apartados III y V.

te secundario, es cómo lograr un ajustamiento de esas relaciones, con lo que lleva consigo de respeto a los puntos de referencia que la constituyen (si niego al otro, dejo de «relacionarme» con él) y de simetría en el trato. Es obvio que la dimensión subjetiva que todo juicio de valor lleva consigo supone un riesgo de desajustamiento. Para paliarlo (no cabe eliminarlo del todo sin eliminar al sujeto, condenándonos a perder el juicio) es necesaria una doble cautela. Por una parte, transparentar al máximo (abriéndola a la crítica) la fundamentación del juicio de valor: los *principios* en que se apoya. Por otra, contar con esquemas de referencia (textuales o, al menos, lingüísticos) que condicionen la formulación de los juicios, permitan prever su alcance y abran cauces a su revisión posterior; funciones todas ellas encomendadas a las *normas*, escritas o no (14a).

5. Desde este prisma la relación entre *principios* y *normas* se dramatiza. Sólo para el «normativismo» resulta incómoda la referencia a principios, por entenderlos como material pre-normativo, inmaduro o embrionario, más propio de declaraciones que de proposiciones vinculantes. Es lógico que el normativista se pregunte con zozobra si reconociendo a los valores superiores contenido normativo, estamos ascendiendo a los principios a una dimensión normativa o estamos rebajando los preceptos a la débil condición de principios (15).

Ahondando en la actividad jurídica es fácil detectar que no es mero resultado de la «aplicación» de normas, ya que éstas juegan animadas por criterios de valoración o principios (16) que las hacen o no entrar en juego, las jerarquizan, e interpretan su tenor lingüístico para adecuarlo a este juego. La distinción principio-norma deja, pues, de marcar la frontera entre lo no-jurídico o lo pre-jurídico y el derecho, y pasa a deslindar dos elementos animadores, mutuamente imprescindibles, de toda actividad jurídica. El principio sin norma lleva a un casuismo arbitrario, imprevisible e irrevisable (16a), que acabaría por convertirse en norma particular ajena a todo sistema. La norma sin principios no puede actuar; el normativista se condena a dejar, voluntariamente o no, sus principios en la penumbra, ahorrándose su fundamentación y sustrayéndolos a toda crítica.

Se ha puesto de relieve, a nuestro modo de ver con acierto, que las normas —como esquemas de referencia— no son susceptibles de juego simultáneo. Debe «aplicarse» una (si no, habrá «laguna») y no más de una (porque, de no complementarse jerarquizadamente, surgirá la «antinomía»). Los principios, por el contrario, están destinados

(14a) Nuestra relativización del «normativismo», que considera que el derecho es sólo un conjunto de normas, no nos lleva a suscribir un «anti-normativismo», que desconozca el papel relevante de las normas en la realidad jurídica.

(15) La preocupación de F. GARRIDO FALLA a estos efectos resulta rechazada (VS, pág. 84) mediante el proceso circular apuntado en la nota 11.

(16) Interesante al respecto el ya antiguo (1956) libro de J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, 1961.

(16a) La conciencia de esta realidad lleva en la práctica al carácter vinculante del precedente judicial, y a los teóricos de la «tópica» a admitir la necesidad de una «tópica de segundo grado».

a confluir en un juego simultáneo que obliga a ponderar su respectivo alcance (17).

Los valores funcionan primordialmente como «principios», sin que su entrada en juego excluya la de otros con los que están llamados a complementarse. El problema jurídico no radicará tanto en un forzoso dilema entre libertad o igualdad como en el modo de lograr un ajustamiento de las exigencias de una y otra. Los valores, recogidos en un texto adecuado, funcionarán como «normas» en la medida en que su formulación permita fundamentar en ellos decisiones, hacerlas previsibles o dar paso a su posterior revisión. Si, por la apertura de su formulación, todo ello no es posible, funcionarán como «principios», sin ser menos jurídicos por ello. Nada impedirá, como consecuencia, que entren en juego simultáneamente, de modo complementario o mediante una reduplicación concretizadora (18). De ahí el acierto del Tribunal Constitucional al considerar que deberá dictaminarse derogación cuando «exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios (sic) plasmados en la Constitución» (19).

Esta función ambivalente de los valores —como principios o como normas (según el grado de concreción de los supuestos de hecho que acompañen su formulación)— explica la peculiar relación entre «moralidad legalizada» y «moralidad crítica». El intento de deslindar los valores «puestos» de los aún no positivados no resulta fácil. Se viene abajo la concepción estática de la «positividad» que suscribe el positivismo jurídico (20). No hay dique impermeable entre valores positivados y por positivizar, entre derecho y «política jurídica»; hay un proceso dinámico de «positivación», referido siempre a valores, que sólo termina convencionalmente —en aras de la seguridad jurídica— con la «cosa juzgada». La interpretación de una ley (imprescindible para mantenerla «positivamente» viva) supone discernir y criticar en qué medida encajan en su texto los juicios de valor que —en diálogo con la realidad a la que pretendemos «aplicarla»— proponen una solución ajustada. La frontera entre moralidad «legalizada» y «crítica» se hace meramente conceptual por la historicidad de la norma.

(17) Al respecto R. M. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984, págs. 72 y sigs. La crítica de G. PECES-BARBA deriva de entender que los principios —por no ser normas— no son derecho. Desde esta perspectiva, caracterizar a los valores superiores como principios supondría negar, o rebajar, su condición jurídica (pág. 36).

(18) Así ocurre con los principios rectores de la política social y económica como concretizadores de la igualdad (VS, pág. 40), y —añadiríamos, en coherencia con lo que se afirmará al final del texto— de la libertad, la justicia y el pluralismo político.

(19) Valores y principios aparecen así identificados (VS, pág. 124) sin necesidad de considerarlos «normas».

(20) Al respecto, nuestra contribución al XII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica (Atenas, 1985); *Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht*, en *Formalismus und Phänomenologie im Rechtsdenken der Gegenwart*, Berlín, 1987, págs. 135-140. Pensamos que G. PECES-BARBA capta acertadamente este proceso de positivación, aunque —por fidelidad a su normativismo— afirme que existen dimensiones de esa moralidad «que no tienen contenido normativo» (léase: cuya positivación jurídica —por vía legal o judicial— no se ha consumado) y «realizan una función crítica» (VS, pág. 42).

No es, pues, de fácil cumplimiento la actitud que suele prescribirse al Tribunal Constitucional, por más que su fundamento político sea intachable: debe preservar los valores constitucionales sin interferir la «soberanía parlamentaria»; sería fácil si nos encontráramos ante normas con un detallado supuesto de hecho, capaces de cribar los juicios de valor pertinentes. No ocurre así con los valores superiores, por lo que tal afirmación queda reducida a una llamada a la autolimitación. Tampoco su desarrollo legal y judicial se produce «sólo subsidiariamente», como podría insinuar la pirámide normativa. El juez no sólo ha de intervenir valorando cuando la ley no lo ha hecho («laguna»), sino siempre. La ley sólo puede considerarse «derecho positivo» en cuanto ofrece un horizonte de previsión capaz de conformar, positivamente, las expectativas de los ciudadanos. Pero tanto la concreción de ese horizonte como, más aún, la solución ajustada de un caso concreto, obligará al juez a formular juicios de valor, contrastándolos con el texto normativo. Sólo así podrá ajustar las relaciones implicadas, estableciendo a la vez autorizadamente el «sentido» auténtico del texto normativo al respecto. Por muy deseable que resulte poner freno a imaginativas construcciones judiciales, basadas en jerarquizaciones axiológicas, sería demasiado optimista afirmar que quien juzga «encuentra» ya los valores en la Constitución, por lo que ya sólo le restaría «defenderlos y preservarlos» (21).

6. La apelación a los valores superiores enlaza, como ya se ha advertido, con la tendencia generalizada a la crítica del positivismo jurídico, que madura desde perspectivas metodológicas a principios de siglo y se consolida por motivos éticos en la posguerra. El rechazo de la pretensión de justicia (y obligada obediencia) de una norma por el mero hecho de ser puesta encuentra eco en esta concepción del orden constitucional como entramado de valores condicionantes de la legitimidad, y aún la validez, de un precepto. A la vez, este abandono del positivismo obliga a buscar una fundamentación de estos valores y de su juego práctico. Como consecuencia, se hace inevitable establecer su relación con los planteamientos iusnaturalistas (22). ¿Cabe obviar este tozudo dilema?

Un primer intento consistiría en rectificar, desde dentro, el positivismo jurídico. Nos parece que si, como parece coherente, se respeta la teoría del conocimiento positivista, se trata de un empeño de cumplimiento imposible. Así ocurre cuando se intenta replantear la teoría kelseniana, prestándole contenido ético-material. Su fundamentación se convierte en un problema insoslayable.

La propuesta que se nos hace es entender que la «Constitución material», que se deriva de los valores superiores, es perfectamente compatible con la «Constitución formal» de cuño normativista. El artícu-

(21) Las referencias entrecomilladas pueden encontrarse en *VS*, págs. 44, 70 y 125.

(22) La «originalidad» de la Constitución Española radicaría en su capacidad para «superar la vía muerta y el reduccionismo de la polémica iusnaturalismo-positivismo» (*VS*, pág. 107); esto conferiría a su artículo 1.1 importancia «para todo el pensamiento jurídico contemporáneo» (pág. 101).

lo 1 (valores superiores y soberanía) sería su «norma básica», sin menoscabo de su carácter de «derecho positivo» (23). En todo caso, es preciso preguntarse por el fundamento de dichos valores y de su posible desarrollo. No es fácil entender cómo los operadores jurídicos podrían construir, a partir de ellos, los contenidos materiales del ordenamiento basándose en una mera conexión formal: una norma de producción de normas que les daría competencia para ello (24). No habría que exagerar nada para admitir que tales contenidos «tienen autoridad porque una norma del sistema habilita a unos órganos para esa construcción, y no por sus propios contenidos materiales» (25). Lo contrario nos llevaría, dentro del esquema kelseniano, a un sistema «estático» propio del más rígido iusnaturalismo.

Tampoco encontraríamos la solución apetecida recurriendo a la simple yuxtaposición de una «Constitución formal», que establecería *quién manda y cómo se manda*, y otra «material», que ofrecería «respuesta a la pregunta *¿qué se manda?*», remitiendo a los valores superiores (26). Así no se complementa el sistema kelseniano, de ejemplar coherencia positivista, sino que se lo niega radicalmente; porque su aportación específica consiste en identificar el «cómo» con el «qué», ante la imposibilidad de ocuparse racionalmente del segundo. Como se apuntó más arriba, una norma será válida por cómo ha sido creada, sean cuales sean los valores que asuma. Tanto éstos como los que haya marginado son expresión de actos arbitrarios de voluntad, que sólo por una conexión formal cobran el «sentido» de norma jurídica válida, sin mérito alguno de sus contenidos.

De ahí que, para Kelsen, tampoco tendría sentido admitir que los operadores jurídicos «naturalmente pueden equivocarse en la interpretación de los valores» (27). La equivocación remite a un dilema verdadero-falso que, para un kelseniano, nada tendría que ver con los valores ni con las normas que los recogen. Como éstos se mueven en el campo de la voluntad, y no en el de la razón científica (concebida en el marco metodológico del positivismo), pueden ser válidos o inválidos, pero nunca verdaderos o falsos, acertados o equivocados.

7. Lo que sí nos parece acertado es el rechazo de lo que sería la consecuencia coherente de un punto de partida positivista: entender los valores superiores como «expresión de una concurrencia de voluntades que los crea». Nos encontraríamos ante «un criterio puramente formal»: «lo que decide la mayoría», aunque —eso sí— «a condición de no preguntar las razones del acuerdo», porque entonces «ya no habrá coincidencia». «La consecuencia de esa posición es que la mayoría puede decidir lo que quiera» (28).

(23) VS, págs. 91 y 92. Ya hemos señalado cómo en Kelsen la norma básica de un sistema dinámico no puede ser una norma puesta. Por otra parte, lo ya indicado sobre la «positividad» jurídica nos llevaría a cuestionar el alcance de la segunda afirmación.

(24) VS, pág. 71.

(25) VS, pág. 72.

(26) VS, pág. 93.

(27) VS, pág. 72.

(28) Suscribimos plenamente estas afirmaciones de VS, págs. 109-110.

Esto nos sitúa de lleno frente al problema de la posible fundamentación de los valores. A nuestro modo de ver, y de modo forzosamente simplificado, sólo caben dos modelos básicos. El que llamaremos «modelo A» entiende que tienen un fundamento real: que existe una realidad valiosa en sí misma, de la que derivan unas exigencias para la actividad humana, capaz de dictaminar que es más o menos correcta (más o menos estética o, en nuestro caso, más o menos justa). En segundo lugar, considera que cabe un conocimiento racional (más o menos problemático, eso es otro asunto) de dicha realidad. En el que llamaremos «modelo B» se rechaza la existencia de realidad alguna valiosa. El valor no es una característica real, que quepa conocer racionalmente, sino que expresa simplemente una opción de la voluntad. Atribuir a algo determinado valor no es describir una de sus propiedades (bello o justo), sino, más bien, describir cuál es nuestra actitud al respecto (me gusta, lo quiero). Cabría incluso otra modalidad que anticipara el segundo factor; existan o no realidades valiosas, la razón no puede conocerlas, por lo que —teóricamente— hay que extender sobre ellas un pudoroso «ignoramus» y —prácticamente— no deben afectar a nuestra conducta social, sin perjuicio de que le demos desahogo en el ámbito de las aficiones o manías.

Los dos modelos son decisivos —e ineliminables— a la hora de entender el alcance de un recurso capaz de lograr refrendo unánime, aunque —eso sí— a condición, precisamente, de que no se profundice en su fundamento: la existencia de un consenso suficiente en un momento histórico determinado (29).

Dentro del «modelo A» cabe entender que es posible un conocimiento racional exhaustivo y cierto de los fundamentos de un sistema ético o jurídico y de cada uno de sus desarrollos particulares. Así lo pensaba el iusnaturalismo racionalista, confiando en la capacidad de nuestra razón especulativa para descubrir los principios metafísicos rectores de la realidad y para derivar con rigor lógico sus consecuencias; así lo pensaba también el utilitarismo, confiando en la capacidad de nuestra razón empírica para adueñarse de los resortes básicos de una realidad meramente física.

8. Ni uno ni otro atribuían al consenso papel positivo alguno; más que ayuda o complemento sería fuente de perturbaciones. Lo decisivo, en el primer caso, es que el derecho racional se positivara, convirtiéndose de Tratado en Código, y que se contara con un método racional y científico que haría superflua —y por ende ilegítima— toda interpretación. También el utilitarismo benthamiano apunta a un Código basado en constataciones empíricas, y no en consensos históricos, que más bien podrían empujar al culto supersticioso a unos «ídolos»

(29) Referencias abundantes en *VS*. Como símbolo de una «cultura jurídica democrática» (pág. 54); como intento de explicación de que los valores «no se justifican, sino que se asumen» (pág. 96), lo que parece situarse en nuestro «modelo B»; como expresivo de una fundamentación «contractualista» de los valores, basada en el «acuerdo mayoritario» (pág. 107); como «fundamento ético-racional relativo a un momento histórico concreto» (pág. 114).

justamente rechazados por el iconoclasta Bacon. Esas versiones del «modelo A», no llevan al consenso, sino al despotismo ilustrado.

Caben, sin embargo, planteamientos que, compartiendo los dos elementos básicos del «modelo A», den al segundo un alcance muy diverso. Reconociendo la existencia de una realidad de la que obtener directrices éticas, no se considera posible obtener de modo científico (racionalista o empirista) las conclusiones precisas para cada caso concreto. Se resalta, por el contrario, el carácter problemático y el dinamismo histórico de esas implicaciones prácticas. Se abandona, como consecuencia, el campo de las certezas teóricas «aplicables» a la práctica, para adentrarse en un ámbito más cercano a la experiencia cotidiana del derecho y a la teoría de la prudencia, elaborada ya por el pagano Aristóteles. Al no contarse con certezas es prudente recurrir al consejo, para que lo intersubjetivo palíe en lo posible un ineliminable subjetivismo. La existencia de consenso histórico (que a algo se le dé igual valor aquí que en Persia) es prudente considerarlo como un síntoma (nunca como un fundamento). Es más, será también prudente articular vías procedimentales que propicien la transparencia argumental, el consenso intersubjetivo, la igualdad de trato y la revisión crítica.

Dentro del «modelo B» el consenso no será nunca síntoma de verdad, ni vía procedimental por la que acercarse a ella, porque —como ya vimos— la verdad no tiene nada que ver con la práctica, por ser ésta el escenario de la voluntad y no de la razón. Hablar de consenso significa aprestarse a cubrir un inevitable vacío racional logrando un compromiso de voluntades. Se aspira a querer juntos, ya que no hay realidad alguna a la que acercarnos en mutua ayuda.

Como consecuencia, los mecanismos formales del consenso pierden sentido procedimental (no nos acercan a realidad alguna), para verse reducidos a una función ritual (31). La democracia deja de ser el sistema de realización práctica de una verdad, de la que la opinión de los ciudadanos es síntoma, para convertirse en una técnica de aprendizaje, que lleva al ciudadano a asumir acríticamente una actitud de consenso con los dictados del poder; se evita así el planteamiento de expectativas ciudadanas no solubles por el sistema, que llevarían a perturbar su funcionamiento.

La diversidad de modelos fundantes resulta decisiva cuando se afirma que los valores superiores «son expresión de la moralidad mayoritariamente aceptada en el ámbito cultural y en el momento histórico

(30) Al respecto, en diálogo con los planteamientos ético-consensuales de Ch. PERELMAN, nuestro trabajo *Consenso: ¿racionalidad o legitimación?*, «Anales Cátedra Francisco Suárez», 1983-1984 (23-24), págs. 163-182.

(31) Funcionalismo plasmado, con tanta frialdad como brillantez en los planteamientos sistémicos de N. LUHMANN, de los que nos hemos ocupado repetidamente: *Derecho y sociedad: dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, 1973; «Systemtheorie»: *¿filosofía del derecho o sociología jurídica?*, «ACFS», 1973 (13-1), págs. 147-177; *Die technokratische Funktion des Rechts in der Systemtheorie von Niklas Luhmann*, en *Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik*, Munich, 1976, págs. 131-140. *Cómo tomarse los derechos humanos con filosofía*, «Revista de Estudios Políticos», 1983 (33), págs. 119 y sigs.

en el que se sitúa nuestra Constitución»; su ratificación por referéndum sería la expresión de «un gran acuerdo social» (32). Fundados en el «modelo A», el consenso constitucional sería síntoma de acierto en la captación de unas realidades «previas» a las que el texto constitucional se remite. De ahí que su posterior desarrollo no deba apoyarse en ese consenso coyuntural sintomático, sino en las realidades que pretendía expresar. No falta apoyo a este planteamiento en la jurisprudencia constitucional. Problema distinto es que ese carácter «previo» haya que entenderlo en el marco del desarrollo histórico y prudencial al que ya nos hemos referido (33).

9. Sólo manteniéndose dentro del «modelo A» conserva nuestra Constitución los aspectos favorables que se atribuyen a su apelación a los valores; fuera de él, serían un simple rasgo retórico, aunque su posible rentabilidad funcional no resultara despreciable. ¿Implica esto que nuestra Constitución tenga un trasfondo «iusnaturalista»?

Teóricamente parece indudable, aunque la respuesta se restrinja a las versiones «democráticas» del «modelo A». Nos parece verlo confirmado cuando se admite que los valores superiores recogen «exigencias que consideramos imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna»; que «en última instancia la raíz es el hombre, como ser racional y libre» y que «esa condición humana, que no tiene ningún otro ser conocido, constituye su dignidad, lo que le hace valer»; que el acuerdo al que nos remitimos «no es, pues, arbitrario, sino que recoge una moralidad basada en la dignidad humana»; que ésta es «el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores», que son el camino para hacerla real y efectiva (34). Se reconoce, por tanto, que el hombre posee unas características permanentes valiosas, de las que se derivan exigencias capaces de condicionar el mero juego de las mayorías; por problemático que resulte su desarrollo concretizado, se debe aspirar siempre a preservar esas exigencias naturales, de cuyo alcance encontraremos síntomas orientativos en cada momento cultural.

Problema distinto a esta perspectiva de rigor teórico es cuál sea la carga histórica que en determinados países y coyunturas haya adquirido el término «iusnaturalismo». La simpatía o antipatía que ello produzca no debe nunca enturbiar el debate teórico. Paradójicamente, en el ambiente cultural de la oposición democrática al régimen pre-constitucional se funden, por comprensibles imperativos prácticos, dos elementos: defensa de los derechos humanos y rechazo del iusnaturalismo. La primera, para plantear el horizonte obligado de un nuevo or-

(32) VS, págs. 42 y 43.

(33) «La utilización del verbo “propugna” supone el esfuerzo por incorporar al ordenamiento jurídico esos valores superiores» (VS, pág. 53); lo que exige, a nuestro juicio, asumir su carácter «previo». Sólo refiriéndonos a versiones más despóticas que democráticas del «modelo A» resulta justo el rechazo del iusnaturalismo por apriorístico (pág. 27). Rechazar el empleo del término «principios» por considerarlo inseparable de esas versiones (págs. 51-52) nos parece históricamente discutible y teóricamente infundado.

(34) VS, págs. 110, 111, 112, 85 y 86.

den político; el segundo, como repulsa al secuestro de dicho término no sólo por el diseño político-cultural del régimen sino incluso por sectores integristas que llegaron a resultar estridentes en su seno. Es comprensible que todo ello haya alimentado «una firme creencia en la imposibilidad de un derecho natural», o incluso que su simple mención pueda «merecer a priori la desconfianza» (35). Pero, consumada la transición política y en plena marcha la jurídica, quizá haya llegado el momento de liberar al debate de emotividad terminológica para centrarse en la coherencia de los contenidos.

De ahí que —huyendo de palabras no santas, intentando no caer en la tentación y librándonos, en lo posible, del mal— hayamos recurrido a modelos identificados con la inocencia del abecedario. Nos será interesante referirnos, de nuevo, a ellos al enjuiciar la enumeración del tan comentado artículo 1.1 de nuestra Constitución.

10. Para el «modelo B» el punto de partida inexcusable es la falta de referencia real del ámbito de los valores. Esta falta de fundamento ontológico lleva a suscribir un irracionalismo, que sitúa la ética en el ámbito de la mera emotividad. Desde esta perspectiva, el pluralismo político no es un valor con fundamento real, sino la consecuencia obligada de la falta de fundamento real de todos los valores. Hablar de «libertad, justicia e igualdad» o es un simple desahogo retórico —como dar un puñetazo sobre la mesa, dirá uno de los más conocidos exponentes del modelo (36)— o levanta acta de la voluntad concorde de ceñir a tales límites (más o menos definidos) la propia arbitrariedad; podríamos habernos comprometido a suscribir los contrarios sin mayor quebranto.

Para el «modelo A» el punto de partida es una determinada ontología, diversificándose según las posibilidades que se reconozcan al conocimiento humano. Cuando el despliegue de vinculaciones verdaderas se vincula a un sistema rígido, el pluralismo será más bien síntoma de error: ni el razonamiento «more geométrico» ni la «aritmética moral» se prestan a soluciones duales. Si, por el contrario, se considera que el ajustamiento de relaciones de conducta social es susceptible de tratamiento racional, pero en el ámbito problemático de lo prudencial, el pluralismo se convierte en valor con fundamento real (37), ya que

(35) VS, págs. 109 y 91. Esta presencia de los demonios familiares puede explicar la tendencia a rechazar determinados planteamientos teóricos con el simple argumento de que ello nos haría «caer» en el iusnaturalismo. Por haber conseguido evitarlo se alaba a la Constitución, así como por su presunto esfuerzo por evitar el «lenguaje iusnaturalista» (VS, págs. 24 y 52). Los valores superiores permitirían reconstruir «la teoría material de la justicia, sin necesidad de sostener posiciones iusnaturalistas» (pág. 101). Suponen el abandono de «la fundamentación del iusnaturalismo clásico y racionalista» (pág. 106), entre los que no parece haber diferencias dignas de mención. Se desaconseja la expresión «derechos morales», no tanto por ser ajena a nuestro ámbito doctrinal como por introducirnos «en la ambigüedad iusnaturalista» (pág. 100), etc.

(36) A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963, pág. 267.

(37) El fundamento del pluralismo no estaría, por tanto, en un relativismo ontológico (VS, pág. 165) sino gnoseológico. No derivaría de la convicción de que nada es verdad ni mentira, sino de la experimentada dificultad de conocer acabadamente las exigencias reales que deben condicionar nuestra conducta.

todo intento de desarrollo de los anteriores deberá respetarlo, huyendo de todo despotismo, sea su fundamento eterno o histórico. En tal sentido consideramos feliz que se le haya acogido en dicho artículo, cualesquiera que fuesen las azarosas vías por las que se le incluyera en su texto (38).

Cabe, por el contrario, echar en falta una alusión a la dignidad (corregida en el artículo 10), ya que se la considera fundamento de todos ellos. Libertad e igualdad son, sin duda, ingredientes de la justicia, pero no por ello resulta superflua su invocación (39), ya que matiza la necesidad de «ajustar» una y otra, evitando la querencia a un «uso alternativo» del ordenamiento constitucional. El pluralismo, fundado en las exigencias reales de la dignidad humana, lleva consigo una dimensión de la tolerancia (40) más sólida que la derivada del modelo anterior.

Pensamos, por tanto, que la presencia del pluralismo en el artículo 1.1 de la Constitución excluye toda consideración dogmática del desarrollo práctico de sus contenidos. Sin embargo, su conexión con los artículos sucesivos, que tiene como conclusión la referencia del 53.1 al «contenido esencial» de los derechos y libertades, remite al esfuerzo plural por lograr el desarrollo práctico de unas exigencias éticas con fundamento real.

El planteamiento kelseniano, exponente arquetípico de nuestro «modelo B», tuvo que vaciar de todo contenido a la geometría del iusnaturalismo racionalista, para superar su dogmatismo ético y su legalismo teórico-jurídico. La teoría kelseniana «purifica» la consideración racional del derecho de toda referencia ética, como único modo de salvaguardar el pluralismo político. Por otra parte, su normativismo corrige el legalismo en que desembocaba la proyección codificadora de las versiones dogmáticas de nuestro «modelo A».

La presencia de los valores superiores en nuestro ordenamiento constitucional aporta fundamento ético-material al pluralismo político. A la vez, resalta las insuficiencias de la teoría jurídica normativista, que hereda del legalismo una visión sustancialista y cosificada del derecho, incapaz de captar su dinamismo ético y su dimensión histórica.

(38) Cabría, quizá, atribuir su presencia a la cercana experiencia de la dictadura (VS, pág. 108), aunque la directa intervención de M. FRAGA en la propuesta (pág. 27) aporte un sesgo paradójico a la hipótesis. Pensamos que, en todo caso, añade a la libertad y la igualdad el complemento de cómo deben lograrse sus concreciones particulares; su ausencia del artículo 9.2 se ve, por otra parte, compensada por la alusión a «la participación de todos los ciudadanos en la vida política...». Posturas discrepantes de las de la pág. 119.

(39) Al respecto VS, págs. 119 y 148.

(40) Sólo entendiendo al derecho natural como un «modelo absoluto, idealista», cabe considerarlo opuesto «a los principios de tolerancia y libertad» (VS, pág. 144).