

PRÓLOGO

Esta obra del Doctor Santamaría Ibeas presenta un interés especial tanto por el tema sobre el que versa como por el punto de vista desde el que se analiza. Es un estudio de los valores superiores de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con la formación y la perspectiva intelectual de un filósofo del Derecho. El tema, además de la exhaustiva información que proporciona sobre la postura del Tribunal Constitucional ante la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, permite una vez más constatar la posibilidad de un análisis positivista sobre los valores y los principios, aunque materialmente eso obligue a introducir correcciones sobre el positivismo estatalista clásico.

Tengo la impresión de que es imprescindible revisar en la Filosofía del Derecho algunas categorías del pensamiento que se han venido utilizando para el estudio del fenómeno jurídico. En concreto, la aparición con fuerza en el panorama de la cultura política y jurídica de los valores y los principios frente a la categoría de la ley omnipresente desde el tránsito a la modernidad ha avivado desde una nueva perspectiva las permanentes y reiteradas resurrecciones de la idea del Derecho Natural. Por otra parte, el desarrollo del constitucionalismo a lo largo de los siglos XIX y sobre todo XX, con la incorporación a las Constituciones de contenidos materiales, como valores, principios y sobre todo derechos, ha propiciado también una tendencia a arrinconar a la ley en favor de una Constitución interpretada por los jueces. Es la corriente que Carl Schmitt adelantó, del paso del Estado parlamentario representativo al Estado jurisdiccional. También aquí el problema se ha planteado con un perfil iusnaturalista, aunque postmoderno, superador de los valores políticos y jurídicos creados por la modernidad. Por otra parte, el mantenimiento de la distinción ilustrada formulada inicialmente por Tomasio, de la separación entre Derecho y moral, que es una exigencia a mi juicio ineludible del pensamiento positivista, pasa también por una revisión profunda del uso del término moral y de la afirmación de que el elemento identificador del positivismo es la necesaria separación conceptual entre Derecho y moral.

Estas reflexiones críticas que estamos apuntando afectan y se refieren al acervo intelectual del que se nutre el pensamiento iusnaturalista, pero un esfuerzo de la razón es imprescindible también en el núcleo intelectual del positivismo estatalista clásico.

No es posible, a la altura de finales del siglo XX, mantener la identificación del Derecho con la ley, ni la afirmación de que el juez sólo debe ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley. Tampoco es sostenible la tesis de la teoría pura del Derecho, expresión más perfilada del positivismo clásico, de que se puede obtener un concepto del Derecho prescindiendo de una justicia y de un substrato social. Es una imposible definición desde la validez, sin la justicia ni la eficacia. Es encerrar al positivismo en un *ghetto* formalista, sin criterios materiales de justicia, y sin criterios reales de arraigo social o de medios sociales de implantación. Finalmente, la teoría de la subsunción para explicar la aplicación de la norma general al caso concreto es demasiado simple y demasiado primaria y no abarca las operaciones mucho más complejas que la interpretación jurídica requiere hoy, donde se sopesan y ponderan argumentos sobre principios y sobre normas.

En estos años para el positivismo "*mala tempora currunt*", y entre muchos sectores y desde muchas perspectiva, unas más respetables que otras, se extiende la idea de que es una ideología muerta y sin futuro. No coincido con esas tesis y estas líneas quieren ser ese apunte de una Filosofía del Derecho que acepta críticas al positivismo pero que reflexionando sobre las aportaciones iusnaturalistas o anti-iusnaturalistas considera que es posible una reformulación y actualización del positivismo, manteniendo lo esencial. En el tiempo, estas breves reflexiones para el prólogo de este libro de Javier Santamaría coinciden con mi lectura del pequeño pero muy sustancioso libro del Profesor Prieto Sanchís "Constitucionalismo y positivismo" (Ed. Fontamara, Mexico, 1997), donde considera que el positivismo puede sobrevivir al Constitucionalismo de los principios, aunque no el modelo positivista clásico identificador del Derecho con la ley, producto del soberano.

Pese a la abundante literatura y a las excelentes aportaciones de la Filosofía del Derecho, creo que existen todavía una serie de ideas comúnmente aceptadas, no sometidas a un análisis crítico, de las que se parte como postulados indiscutibles en la reflexión sobre los actuales problemas de la Filosofía jurídica. Vamos a identificar algunos de ellos, introduciendo dimensiones de inseguridad o de perplejidad, frente a esa condición de puntos de apoyo indiscutibles, que se dan por sentado sin duda alguna.

La presencia de los valores, de los principios y de los derechos se entiende por una gran parte de la doctrina como una reafirmación del carácter iusnaturalista del fenómeno jurídico, y se distingue entre estos principios, previos al poder y a la ley, y las reglas producto del Derecho creado desde el poder, es decir, la ley. No me parece la única respuesta posible, y desde luego no me parece la respuesta correcta.

Los valores, los principios y los derechos son expresión de la moralidad propia del Derecho, de la moralidad jurídica que más tarde identificaremos, pero no son Derecho si no se incorporan al sistema jurídico por las puertas por las que entra esa moralidad en el Derecho: el Derecho legal y el Derecho judicial. Por tanto, no es evidente la contradicción entre principios y reglas, ni es necesaria la aproximación iusnaturalista de que existe Derecho al margen de lo que Hart llama la regla de reconocimiento y yo la norma fundante básica de identificación de normas. Por el contrario, aparece en la realidad que los principios, los valores y derechos no son Derecho válido si un operador jurídico competente no los reconoce como tal. No se imponen a la colectividad desde su verdad, desde la racionalidad, sino que los imponen los operadores jurídicos desde su autoridad. Por eso, principios y normas no se contraponen como expresión los primeros de la verdad y los segundos de la autoridad o de la voluntad de la autoridad, para ser más exactos. Ambos, principios y reglas, sólo son relevantes para el Derecho como Derecho, cuando la voluntad normativa, a través de los operadores jurídicamente habilitados los incorpora al sistema. Ambos son pues normas, aunque con contenidos y efectos diferentes en su acción en el mecanismo del Derecho. Así, se puede hablar de normas principio y de normas regla. No veo que esta posible interpretación ponga en entredicho el valor de una aproximación positivista.

La contraposición entre ley y Constitución, entre Estado legal, normalmente conocido como Estado de Derecho, y Estado Constitucional, con transformaciones importantes sobre el papel de los jueces y sobre el valor autónomo de los principios, es también una hipótesis que se da por sentada sin pruebas para justificar una visión postmoderna, "mitte", dirá el gran constitucionalista italiano Gustavo Zagrebelsky, del Derecho¹. Pero no creo que se pueda dar esto por sentado con tanta seguridad, ni como consecuencia que se utilice como carga de profundidad contra el positivismo. Se puede entender que no hay ruptura, sino continuidad, entre el Estado de Derecho y el Estado Constitucional. Es más, se puede entender que desde el principio Estado de Derecho es Estado Constitucional, y que la presentación enfrentada o al menos de sucesión en el tiempo es una artificiosa construcción de sectores de la doctrina que se alejan de los datos históricos, como el artículo 16 de la Declaración de 1789, para arrimar la realidad a sus particulares puntos de vista. Lo que sí existe es una transformación interna del papel de los operadores jurídicos, legales y judiciales, pero el aumento del poder de los jueces no es un argumento contra el positivismo, sino contra alguna de sus formulaciones históricas. Los jueces no obtienen su autoridad de su razón, ni de las verdades que descubren o que crean con su argumentación, no son expresiones de racionalidad, sino que los efectos de sus fallos derivan de la habilitación de competencia por medio de la Constitución y de la ley.

¹ Vid. la edición italiana *Il Diritto mitte. Logge, diritti, giustizia*, Torino, Giulio Einaudi ed., S. p. a., 1992; y una edición castellana de Marina Gascón con un epílogo mío en la primera edición. Al prepararse la segunda edición castellana el editor, Sr. Sierra, de editorial Trotta, me envió una carta notificándome que en esa segunda edición prescindiría de mi epílogo. De todas formas, creo que sigue siendo útil para conocer mi opinión crítica sobre el pensamiento del constitucionalismo que representa la obra de Gustavo Zagrebelsky.

Por otra parte, los principios o los valores si están en la Constitución son ya Derecho positivo y siguen sin necesitar la imposible operación de escalar el cielo. Además, los jueces no son los únicos intérpretes de los principios y de los valores. El legislador los interpreta en cada ley que aprueba, entre las distintas posibilidades políticas que se ofrecen. Incluso la propia Constitución otorga competencia en el artículo 53.1 a la ley, y en exclusiva, para desarrollar los derechos y las libertades reconocidas en la Constitución. Los jueces interpretan jurídicamente los principios, los valores y los derechos, y especialmente el Tribunal Constitucional, al valorar las aplicaciones de la Constitución por la ley, en los casos difíciles, de textura abierta, o de penumbra. En ningún caso el Tribunal Constitucional, ni ningún otro tribunal, pueden sustituir al legislativo y al ejecutivo en la interpretación política, ni en la toma de decisiones dentro de la Constitución. Por otra parte, se puede sostener con firmeza que esas decisiones de los Tribunales no son en última instancia decisiones de racionalidad, sino de voluntad. La decisión por mayoría, y el voto particular del juez o magistrado en minoría, son la expresión de este perfil decisionista de las resoluciones judiciales. No se generan, en esta dinámica, argumentos fuertes antipositivistas.

Finalmente, la actual situación del pensamiento jurídico no impide, a mi juicio, mantener la distinción ilustrada, que arranca de Tomasio, entre Derecho y moral, aunque exige matizar mucho el sentido y los perfiles de la misma. Moral no es término unívoco. En Tomasio y todos los autores que le siguieron la distinción se utilizaba como instrumento intelectual para evitar que la ética autoritaria de una Iglesia se pretendiese imponer a toda una sociedad, y para que el Derecho no fuera utilizado como brazo armado de la imposición de esa fé. En definitiva, es un argumento de la tolerancia. De esa situación histórica, sólo en ese sentido, se puede decir que no existe una identificación conceptual entre Derecho y moral. Afirmar que el positivismo heredero de la Ilustración parte de que no existe una vinculación necesaria entre Derecho y moral sólo se puede entender si se tiene en mente la dimensión histórica y se interpreta moral como la concepción del bien o la filosofía comprensiva de una Iglesia o de una confesión o de una escuela filosófica. Cualquier otro sentido de moral, o al menos algún otro sentido de moral, es no sólo compatible, sino también necesario para entender el concepto de Derecho. En ese otro concepto existe una identificación entre Derecho y moral, y el positivismo jurídico no podría identificarse, dada esa definición de moral, por la incompatibilidad entre esos dos conceptos.

Es necesario, para entender el problema, distinguir entre ética pública y ética privada, como he venido haciendo a partir de mi discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1993. La ética privada, la ética individual, la que conduce por el camino del bien, de la salvación, de la virtud o de la felicidad, es la moral concernida por la separación ilustrada, es la que propugna una Iglesia o una confesión para sus creyentes, o una filosofía o ideología para los suyos. Eso es lo que no se puede incorporar como ideal de justicia de un sistema jurídico, para convertir a los destinatarios de sus normas en creyentes de esa Iglesia. El principio del positivismo jurídico, que coincide con el ideal de una concepción política laica, debe ser formulado hoy de la

siguiente forma: no existe una identificación conceptual entre Derecho y ética privada.

Por su parte, la ética pública, sinónimo de la vieja idea de justicia, es la moral del Derecho, que no propugna conductas tendentes a la salvación, a la virtud o al bien, sino que señala criterios, a través de los valores, los principios y los derechos, de organización de las instituciones, de orientación de las normas de la vida social, de regulación de los derechos de los ciudadanos y de los grupos, para que cada uno pueda desarrollar las líneas de su condición humana, de su dignidad, entre las cuales está el libre ejercicio de su ética privada. En este sentido se dice que todo Derecho tiene una referencia a valores o supone un punto de vista sobre la justicia. Eusebio Fernández, director de la tesis que desemboca en esta publicación que prologo, dice que "el Derecho es estructuralmente moral porque todo ordenamiento jurídico representa un punto de vista sobre la justicia"². Esta afirmación, que comparto, y que ha de entenderse referida a la ética pública es compatible con la afirmación positivista de que el Derecho es conceptualmente separado y distinto de la moral como ética privada. Tampoco por este camino de la moralidad del Derecho, de sus contenidos materiales incorporados a la Constitución se asesta ningún golpe mortal al positivismo. Creo que resiste con fortuna la embestida de los que cantaban victoria con un presunto entierro del positivismo.

Pero el positivismo no puede presentarse ni identificarse, como hemos dicho, por los viejos dogmas de un perfil inicial en el siglo XIX, ni siquiera por la admirada construcción intelectual kelseniana de la teoría pura, que el propio Kelsen repudió en los últimos años de su vida como un signo más de su honestidad intelectual. Si el Derecho no se identifica con la ley, porque el Derecho judicial es una indudable fuente del Derecho, si el concepto del Derecho tiene unos contenidos necesarios de ética pública y es inseparable de la realidad social que organiza, si la teoría de la subsunción ha sido sustituida por criterios más complejos de interpretación y de argumentación, hay que perfilar los criterios que distinguen hoy a una posición positivista. El viejo iusnaturalismo de las mil caras renace hoy bajo otras formas, que se contraponen al modelo que sólo apunto en estas líneas, y que necesitará una mayor reflexión en un Curso de Filosofía del Derecho, que estoy perfilando con los Profesores Ansuátegui y Sauca.

El importante y exhaustivo libro de Javier Santamaría es una buena y propicia ocasión para adelantar esos criterios. Así, el positivismo hoy se detecta porque coincide que detrás de toda norma, principio o regla existe siempre una voluntad, lo que supone afirmar la relación necesaria entre Derecho y poder; porque la moralidad pública, que es componente necesario del fenómeno jurídico, no es directamente Derecho por ser moralidad, sino porque se incorpora al sistema jurídico por las vías establecidas de los operadores habilitados por la norma fundante básica de identificación de normas. Es

² Vid. Eusebio Fernández, "Ética, Derecho y Política. ¿El Derecho positivo debe basarse en una ética?" *Documentación social*, n° 83, p. 60.

además, previamente, ética política asumida por el poder, hecho fundante básico del Derecho. De esta forma, frente a la tesis de la única respuesta correcta, el positivismo se identifica por la pluralidad de respuestas posibles a los casos difíciles, dentro del sistema es la tesis de la discrecionalidad de los jueces.

Tengo la impresión de que la aproximación positivista del tema que acabo de formular tiene posibilidades de futuro, y que deberán sus enterradores actuar con más prudencia. No es prudente vender la piel del oso antes de su muerte. Esta obra de Javier Santamaría es un signo de la buena salud del positivismo, capaz de renovarse y de situarse a la altura del fin de siglo. Ya están lejos las populistas y confusas acusaciones de que el positivismo debilitaba la moralidad del poder, y de que era responsable de la llegada de los totalitarismos. Esa "*reductio ad hitlerum*" del positivismo, que era además falsa históricamente, no la defiende hoy ningún iusnaturalista decente. Era producto de aproximaciones metafísicas y de conversiones de mala conciencia. No se debe hoy sentir remordimientos ni solicitar perdón por analizar el Derecho desde un punto de vista positivista. Al contrario, me parece la mejor perspectiva de análisis, si es autocrítica y capaz de entender los cambios de la cultura jurídica, necesariamente histórica.

Gregorio Peces-Barba Martínez.