

**Manuel Atienza**

*Podemos hacer más*

*Otra forma de pensar el Derecho*

PASOS PERDIDOS



Diseño de cubierta: Editorial Pasos Perdidos  
Imagen de cubierta: © Juan Genovés, *El abrazo*, 1976,  
VEGAP, Madrid, 2013.

Procedencia de las imágenes: Banco de imágenes de VEGAP  
Maquetación: Jacinto Martín [www.elviajero.org](http://www.elviajero.org)

© Manuel Atienza Rodríguez, 2013

© de esta edición, 2013, Editorial Pasos Perdidos S.L.

ISBN: 978-84-941162-2-3

Depósito legal: M-27952-2013

Impreso por Gami

*A Los Luises (Luisa Juanatey y Luis Risco),  
que concibieron la idea de este libro.*

Cualquier formato de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede hacerse con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.



## PRÓLOGO

### Otra forma de pensar el Derecho

Este libro no pretende ser una obra de introducción al Derecho o de divulgación jurídica, aunque supongo que algo de Derecho podrá aprenderse con su lectura. Su objetivo es otro: pretende convencer al lector de la importancia —de la necesidad— de pensar el Derecho de una forma que quizás (antes de la lectura del libro) no era la suya; y pretende también —aun que pueda parecer presuntuoso— facilitar las cosas a quienes piensan que podemos hacer más para mejorar un mundo que —ocioso es decirlo— aparece como manifestamente mejorable a los ojos de quien quiere ver. Pero empecemos por el principio.

A menudo, la idea que sobre el Derecho tienen quienes no son juristas profesionales se corresponde con lo que, en la jerga de los juristas (o de los juristas teóricos), suele llamarse formalismo, formalismo jurídico.

No es nada fácil, por cierto, precisar lo que haya de entenderse por formalismo pero, a los efectos



que aquí interesan, podría caracterizarse como una manera de pensar el Derecho —una concepción del Derecho— que lo reduce a un fenómeno autoritativo, esto es, el Derecho consistiría únicamente en una serie de preceptos establecidos por la autoridad y que tienden a plasmarse en ciertos textos; conocer el Derecho se reduciría, por lo tanto, a conocer lo que esos textos dicen; y lo que esos textos dicen no puede ser otra cosa que lo que sus autores han pretendido transmitir por medio de un lenguaje que ha de ser interpretado de acuerdo con el sentido usual de las palabras y, en todo caso, tratando de captar la voluntad de su autor.

En ocasiones, es posible que ese significado textual entre en contradicción con las opiniones que, sobre lo justo, puedan tener quienes están encargados de utilizar esos textos —de aplicar el Derecho— para resolver los casos litigiosos, o quienes se sirven de esos textos para perseguir diversos propósitos: entre otros, lograr que un órgano de aplicación decida un caso de una determinada manera. Pero, en tales supuestos, lo que el formalismo vendría a decir es que esas pretensiones de hacer justicia (o de hacer avanzar ciertos intereses sociales e individuales) no pueden ir más allá de lo que el Derecho —entendido de la manera que se ha dicho— permite. Expresado de otra manera, la tarea de crear Derecho (de plasmar en normas jurídicas ideas sobre la justicia) corresponde en exclusiva a los órganos legisladores (entendida la expresión en un sentido amplio) que, en una democracia, serían precisamente los órganos que reflejan directa o indirectamente la voluntad popular, y no a los jueces (en general, a los órganos aplicadores), cuya

función es la de asegurar que ese Derecho previamente establecido se aplique correctamente (en forma previsible) a los casos que han de resolver. O todavía de otra forma: el valor que ha de presidir la legislación es la justicia (como quiera que haya de entenderse la expresión), mientras que la jurisdicción ha de guiarse por el valor de la certeza, de la seguridad, lo cual, por otro lado, no impediría que se pueda hablar con sentido de «administración de justicia» para referirse a las tareas desempeñadas por el aparato judicial, puesto que el componente más básico de la justicia sería, precisamente, la seguridad, el saber a qué atenerse.

Yo no diría que esa manera de pensar el Derecho sea exactamente falsa sino, más bien, que es insuficiente, que trasluce una concepción excesivamente pobre del Derecho que no permite entender cómo funciona el complejo aparato jurídico que caracteriza a nuestras sociedades, y —lo que es más importante— que dificulta enormemente que el Derecho (o cierto tipo de Derecho: el del Estado constitucional) pueda desplegar adecuadamente una función de transformación social. Esta última no es, por cierto, la única —ni la principal— función del Derecho (no se trata de idealizar nuestras prácticas jurídicas), pero lo que sí me parece crucial es darse cuenta de que, en el tipo de sociedades en las que vivimos, no es posible concebir ningún proyecto de emancipación humana (con independencia de su carácter más o menos modesto o ambicioso) al margen del Derecho. Lo cual, a su vez, tendría que llevarnos a pensar el Derecho de una manera más profunda (insisto, no exactamente más idealizada) de lo que es usual encontrar entre los publicistas, los



científicos, los filósofos, el público culto... y también entre los propios juristas.

Para dar una idea más exacta, o más viva, de lo que quiero decir, voy a poner tres ejemplos tomados de lecturas de estos últimos días (mejor: semanas) y que reflejan, desde diversas perspectivas, esa manera devaluada de pensar el Derecho.

El primero lo proporciona un artículo de Alex Grijelmo publicado en *El País* (de 21 de julio de 2013) con el título de «El significado de las palabras. Cuando la verdad jurídica difiere de la verdad semántica». Se refiere con ello a la polémica suscitada con ocasión de que se publicara la noticia de que el actual presidente del Tribunal Constitucional español aparecía en una lista de donantes y afiliados del Partido Popular en una fecha en la que ya era magistrado del tribunal. En esencia, a Grijelmo le parece incomprensible que, siendo los miembros del Tribunal Constitucional «magistrados», a los mismos no se les apliquen los mismos criterios establecidos para los «jueces y magistrados» que, según un artículo de la Constitución (el 127), «no podrán desempeñar otros cargos públicos ni pertenecer a partidos políticos». Dicho de manera escueta: lo que vale para el todo (jueces y magistrados), tendría que valer para cada una de las partes (magistrados); el significado de las palabras en el Derecho tendría que ser el mismo que en la vida ordinaria. He aquí algunos párrafos significativos de su manera de pensar el Derecho: «De tal modo, si una ley obligase a conservar los árboles de una zona, eso incluiría también a los sauces que se encontraran en ella. Pero si se refiriese a los sauces quedarían excluidos los endrinos». «La verdad jurídica de las palabras difiere

a veces de su verdad semántica y etimológica, y de cómo las entiende la sociedad. Eso suele generar disgusto y derivar en controversia; pero, sobre todo, alimenta la desconfianza». «Nos ahorraríamos situaciones como estas si las palabras significaran en el derecho lo que todos creemos que significan en la vida».

Ahora bien, yo creo que Grijelmo puede muy bien tener razón al pedir la dimisión del presidente del TTC (y al criticar una nota publicada por ese órgano justificando en cierto modo la negativa de su presidente a dimitir), pero sus argumentos —su concepción del Derecho y de la interpretación jurídica— no tienen, ni mucho menos, la fuerza que él supone. El ejemplo de los árboles dista de resultar obvio: pudiera muy bien ocurrir que en la obligación de conservar los árboles hubiese que hacer alguna excepción con alguna de sus especies si resultara que —pongamos por caso— las raíces de cierto tipo de árbol ocasionasen daños importantes no fácilmente remediables; y que la obligación de conservar los «sauces» hubiera que (estuviera justificado) extenderla a los endrinos si —sigamos suponiendo— este último tipo de árbol no existía en la zona en el momento en que se estableció aquella obligación pero presenta características esencialmente semejantes a las de los sauces. Precisamente, hay un ejemplo que suele ponerse para explicar el uso del argumento por analogía en el Derecho y que parece oportuno traer aquí a colación (pues es análogo al usado por Grijelmo). Se trata del siguiente supuesto: En una estación de tren de Centroeuropa hay un cartel que reproduce un artículo del reglamento de ferrocarriles: «prohibido entrar con perros al an-



dén de pasajeros». En una ocasión, alguien trató de entrar con un oso y se suscitó la cuestión de si se le aplicaba o no la prohibición. Pues bien, como parece obvio, la manera de solucionar el caso (de interpretar la norma), si uno no es un formalista recalcitrante, tendría que ser más o menos como sigue: es cierto que un oso no es un perro y, por tanto, si se interpretara literalmente el artículo, la prohibición no le alcanzaría; pero parece razonable pensar que si no le alcanza explícitamente es porque al dictar la norma lo que se tuvo en cuenta fueron los casos que podríamos llamar ordinarios: la gente que ingresa al andén con animales lo hace comúnmente con perros, no con osos; ahora bien, el propósito último de la norma —su razón subyacente— no puede ser otro que el de evitar molestias a los pasajeros, y parece obvio que los osos las ocasionan en un grado aún mayor que los perros; de manera que hay que entender (por analogía o *a fortiori*) que la prohibición se refiere a todos los animales molestos y, por tanto, también a los osos. ¿Y no podría ocurrir algo parecido con los endrinos, esto es, que dadas ciertas circunstancias, estuviera justificado establecer una excepción que —de alguna forma— podría entenderse implícita en la norma?

Por lo demás, la teoría del significado que Grijelmo parece suscribir en su artículo resulta más bien ingenua desde un punto de vista lingüístico (el significado de una palabra puede muy bien diferir de su sentido etimológico y, en todo caso, no parece que pueda establecerse haciendo abstracción del contexto), y su concepción *literalista* de la interpretación jurídica es francamente cuestionable: la práctica jurídica difiere (en cuanto a los fines y

valores que trata de alcanzar) de otras prácticas sociales y, por ello, la manera de entender la interpretación jurídica difiere también de la forma como la entendemos —de la forma como interpretamos— en la vida ordinaria; por ejemplo, en el contexto de una conversación. Dicho de manera muy rápida —y siguiendo una idea de Dworkin—, cuando en una conversación interpretamos lo que el otro nos está diciendo lo que procuramos, simplemente, es tratar de captar su intención, de entender lo que quiere decirnos. Pero esto no es así en otro tipo de situaciones, de prácticas sociales. Cuando interpretamos tal pasaje del Quijote, no pretendemos simplemente captar qué es lo que Cervantes tenía en mente al escribirlo; vamos —o podemos, o debemos, ir— mucho más allá de lo que habrían sido las intenciones del genial escritor; aunque sea una exageración, puede venir bien aquí recordar lo que decía Unamuno al respecto: que Cervantes no había entendido en absoluto al personaje que había creado. Pues bien, aunque el Derecho no sea exactamente como la literatura, la tarea de interpretar un material jurídico podría asemejarse, en algunos casos, más a lo que ocurre con una pieza literaria que con un fragmento de conversación. En las páginas que siguen a estas de presentación el lector podrá encontrar algunos ejemplos que muestran, me parece, que las palabras de la ley no siempre deben ser interpretadas en su sentido literal pues, si así se hiciera, se malograrían los fines y valores que también (además de los textos) forman parte del Derecho.

Y, en fin, por paradójico que pueda parecer, resulta que esa misma concepción de la interpretación (*literalista*, formalista) que defiende Grijelmo



es la que había esgrimido también el presidente del TC (y los miembros del mismo, en la nota a la que se hizo alusión). La Constitución, en su artículo 159, dice exactamente que «la condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible... con el desempeño de funciones directivas en un partido político», de manera que —interpretado literalmente— el artículo deja fuera la simple militancia. O sea que, me parece a mí, la manera de criticar con fundamento lo que Grijelmo quiere criticar no se basa en sostener que las expresiones contenidas en los textos jurídicos deban entenderse de la misma manera como se entenderían en la vida ordinaria (por ejemplo, puede ser razonable —a efectos de establecer incompatibilidades— hacer una diferencia entre los magistrados del Tribunal Constitucional y los de la justicia ordinaria), sino más bien en ir más allá del *literalismo* y preguntarse cuáles son los fines y los valores que razonablemente ha de suponerse tratan de proteger las normas que regulan las causas de incompatibilidad para los jueces de uno u otro tipo.

El segundo ejemplo me lo ha sugerido la lectura de un libro de Humberto Maturana, un conocido científico (biólogo) y epistemólogo, que elaboró en los años setenta el concepto de *autopoiesis*, con el que trataba de dar cuenta de la organización de los sistemas vivos como redes cerradas de autoproducción de los componentes que los constituyen. La noción causó verdadero furor en el ámbito de muchas ciencias sociales y fue utilizada también en el Derecho (por Niklas Luhmann), precisamente para defender una concepción formalista bastante extrema, según la cual, el Derecho sería un sistema *autopoietico*, un sistema que se autorregula y autorreprodu-

ce al margen, en cierto modo, del sistema social. Su función fundamental sería la de proveer de seguridad (la seguridad jurídica es prácticamente el único valor jurídico que Luhmann considera) y ello exigiría, a su vez, contar con mecanismos que permitan reducir la complejidad social. Precisamente, una de las formas de reducir esa complejidad (de lograr seguridad) sería que los jueces se limitaran a aplicar las normas jurídicas formalmente válidas, sin entrar a considerar las consecuencias de sus decisiones o si las mismas son o no justas. Si actuasen de otro modo —entendiendo Luhmann y, con él, los muchos teóricos de la *autopoiesis*— el sistema se desintegraría.

Pues bien, el libro al que me refero<sup>1</sup> es notablemente abstruso y está dedicado a defender tesis en mi opinión completamente inaceptables, pero que parecen seguir teniendo un gran atractivo para muchos científicos (sobre todo, creo, científicos sociales) y filósofos. Lo que ahí se defiende, en esencia, es que no existe una realidad objetiva, externa a nosotros, sino que la realidad es una construcción del observador; tiene, pues, un carácter «constitutivo». Un observador —nos dice Maturana— «no tiene base operacional para hacer afirmaciones acerca de objetos, entidades o relaciones, como si ellos existieran independientemente de lo que él o ella hace» (p. 23). Por ello, quienes pretenden que existe una realidad objetiva (entidades independientes de lo que el observador hace), no estarían planteando otra cosa que una demanda de obediencia, esto es, estarían tratando de imponer a otros sus puntos de

1. Humberto Maturana, *La objetividad. Un argumento para obligar*, J.C. Sáez editor, Santiago de Chile, 2011.



vista: de ahí el título del libro. Las consecuencias que se derivan de esos presupuestos son, como cabía esperar, letales para las nociones de racionalidad y de objetividad, tal y como usualmente las entendemos. Así, por ejemplo, Maturana piensa que «las explicaciones científicas no explican un mundo independiente, ellas explican la experiencia del observador, y éste es el mundo que él o ella vive» (p. 38); que «toda afirmación que un observador hace es válida en algún dominio de realidad, y ninguno es intrínsecamente falso» (p. 29); que «no podemos forzar a nadie a través de la razón para aceptar como racionalmente válido un argumento que él o ella no ha aceptado todavía implícitamente como válido» (p. 48); etcétera.

En fin, el caso es que en la ontología-epistemología de Maturana también el Derecho ocupa un lugar, pero un lugar claramente subalterno. Los «sistemas legales», según él, se crean para regular la coexistencia en «comunidades no-sociales», lo que quiere decir, comunidades fundadas «en una emoción diferente del amor, la[s] cual[es] constitutivamente no incluye[n] al otro en el dominio de aceptación mutua de los participantes [para Maturana, el amor significa aceptación mutua]». Y esto, en su opinión, es posible «porque en un sistema legal la sinceridad no importa; se requiere solo la conducta de aceptación mutua expresada en nuestro cumplimiento de la ley» (p. 111). El Derecho se basaría entonces, en cierto modo, en una falta de interés por el otro que caracteriza a la «coexistencia no-social»: «no tenemos que justificar nuestra falta de interés por esos otros con los cuales tenemos coexistencias no-sociales, porque esa carencia de interés es constitutiva de la coexistencia no-so-

cial» (p. 117). Todo lo cual parece llevar en definitiva (aunque la oscuridad de la prosa no permita hacer juicios muy categóricos) a situar al Derecho en una región próxima a la de la «vida inauténtica» a la que lo relegaron muchos filósofos existencialistas: «permaneceremos humanos solo mientras nuestra operación en el amor y la ética sean las bases operacionales de nuestra coexistencia como animales lenguajeadores [sic: Maturana piensa que no somos seres racionales, sino «seres lenguajeadores» y que «fuera del lenguaje nada (ninguna cosa) existe porque la existencia está ligada a nuestras distinciones en el lenguaje», p. 119]. En verdad, vivir en la negación de la *consensualidad*, del amor y de la ética, como el fundamento de nuestros distintos modos de coexistencia, constituye la negación de la humanidad.» (p. 124).

La noticia del estreno en Latinoamérica (en Chile) de la ópera de Benjamin Britten *Billy Budd* me da ocasión para poner un último ejemplo de esa forma devaluada de pensar el Derecho. La reflexiva y poética narración de Herman Melville en la que se inspira la ópera es precisamente uno de los textos emblemáticos de un movimiento, una aproximación al Derecho, que desde hace algunas décadas se denomina *Derecho y literatura*. Por si el lector no lo conoce, en ese relato Melville nos presenta la figura de un joven marinero, Billy Budd, que encarna de una manera que podríamos llamar primigenia las virtudes de bondad e ingenuidad humanas. Pues bien, Billy Budd, que había sido reclutado por la fuerza para servir en la marina de su majestad británica, es acusado injustamente por un suboficial (Claggart, representativo a su vez de una de las formas de maldad humana: la que causa la envidia) de estar pre-



parando algún tipo de rebelión a bordo del buque; la acción tiene lugar en 1797, poco tiempo después de que, como consecuencia del nuevo clima ideológico creado por la revolución francesa, hubiesen ocurrido diversos motines en barcos de la marina de guerra británica. La tartamudez le impide a Billy replicar a las acusaciones que Claggart le formula ante el capitán del barco (Vere: este último es presentado por Melville en términos sumamente encomiásticos: como un modelo de integridad humana) y Billy, incapaz de contener su rabia, le lanza un puñetazo al suboficial que había levantado contra él ese falso testimonio, con tan mala suerte que le produce la muerte de manera instantánea. El capitán se siente consternado por lo sucedido, pero considera que su obligación es convocar de inmediato un consejo de guerra. En el mismo, su actuación (como único testigo del incidente, pero también como superior jerárquico de los miembros del tribunal) es decisiva para que el resultado sea la condena a muerte del marinero, ejecutada pocas horas después. Instantes antes de ser colgado del mástil, Billy Budd pronuncia estas palabras: «¡Dios bendiga al capitán Vere!», las cuales son repetidas —como en una especie de eco que traduce un sentimiento de solidaridad, de comunión con el marinero— por toda la tripulación.

La obra de Melville, dejando a un lado sus extraordinarias cualidades literarias, presenta con gran dramatismo un tipo de dilema moral (la opción entre aplicar estrictamente el Derecho o satisfacer los requerimientos de la justicia) que explica, como antes decía, el interés que ha suscitado entre quienes piensan que las obras literarias ofrecen buenos ejemplos para profundizar en las cuestio-

nes de fondo del Derecho. Se trata de un caso extremo de decisión formalista y, quizás para acentuar ese aspecto, Melville, como decía, presenta al autor fundamental de la decisión, al capitán Vere, como alguien que actúa según principios y no para obtener alguna ventaja personal. Pero no deja de resultar también de interés que el narrador envuelva en cierto misterio las motivaciones que habrían llevado al capitán a tomar la decisión que tomó. En varios momentos se hace referencia a la necesidad de que la tripulación se dé cuenta de que la ley se va a aplicar con todo su rigor; la ejecución de Billy Budd sería así una manera de mantener la disciplina a bordo y de cortar de raíz cualquier intento de amotinamiento. Pero, en realidad, en el relato solo hay un débil indicio de semejante riesgo; se trataría, por lo tanto, más bien de un peligro abstracto. Mientras que sí aparecen otros elementos —que el narrador subraya— que le habrían permitido al capitán evitar actuar de una manera tan injusta. Podría haber mantenido detenido al marinero por unos días y esperado así a que hubiese sido el almirante de la flota el que hubiese juzgado el caso: aunque a ello podría replicarse que el carácter íntegro del capitán era incompatible con esa estrategia de «desplazamiento de la responsabilidad». O podría haber buscado algún tipo de atenuante que hubiese permitido al menos eludir la pena capital: es lo que hubiesen deseado los oficiales que integraban el tribunal. Y, en fin, aunque en la obra no se plantea, el capitán Vere podría haber simplemente mentido (aunque eso también habría sido incompatible con su personalidad, ¡hasta con su nombre!) y evitado con ello una decisión tan injusta.



Estas últimas reflexiones pueden servir, me parece, para darse cuenta de que la justificación que suele esgrimirse para tomar en contextos jurídicos decisiones formalistas: «no había otra opción que actuar así», suele ser simplemente una falsa justificación. Casi siempre existen otras opciones, otras maneras de salir de presuntos dilemas éticos, con un menor coste en términos de sacrificios de derechos individuales. El uso (el abuso) con que en los últimos tiempos se está apelando a exigencias de seguridad para justificar recortes en las libertades de los individuos es un buen ejemplo de esto. Y, en todo caso, en el contexto del funcionamiento más o menos normal de un Estado de Derecho (*Billy Budd* plantea una situación excepcional, pero todavía bien presente en el mundo contemporáneo: cuando las normas que se aplican son las de un código militar), los juristas tienen casi siempre a su disposición recursos ofrecidos por el propio sistema jurídico (claro está, si no se piensa el Derecho en términos puramente formalistas) para evitar esas consecuencias injustas. Algo de esto es lo que el lector podrá encontrar en los sucesivos capítulos de este libro.

De todas formas —conviene insistir en ello—, las apelaciones al formalismo no son —o no necesitarían— absurdas y los valores que se dicen buscar con esa manera de pensar el Derecho (la seguridad, la igualdad ante la ley, etc.) no son, ni mucho menos, despreciables. Son, si se quiere, valores «fríos», como a veces se les ha llamado,<sup>2</sup> pero que

resultan indispensables para poder gozar de otros valores más «cálidos»: los afectos, el amor, la amistad. Lo criticable del formalismo jurídico radica en su unilateralidad, en no darse cuenta de que el Derecho no puede verse *exclusivamente* en términos autoritativos aunque, por supuesto, el Derecho sea en muy buena medida (y a diferencia de lo que ocurre con la moral) una práctica basada en criterios de autoridad. Por eso, es posible encontrar buenos argumentos a favor del formalismo, pero argumentos que habría que calificar de parciales.

Un ejemplo de esto último es un artículo aparecido también en *El País* de las últimas semanas (el 8 de julio de 2013) y escrito en este caso por un abogado, José María Sora. En *¿Reglas o principios?* lo que sostiene es que existen dos maneras de regular jurídicamente la conducta: mediante reglas, esto es, pautas específicas establecidas por el legislador y que el juez tendría que limitarse a «aplicar» al caso concreto («subsumiendo» el caso en el supuesto de hecho de la norma); o mediante principios y valores, lo que —en opinión del autor del artículo— conduce inevitablemente al activismo judicial, esto es, a que los jueces tiendan a «corregir las normas vigentes para satisfacer valores superiores como la justicia, la igualdad, etc»: en lugar de subsumir, lo que ellos harían sería ponderar (principios o valores). Ahora bien, dado que los jueces, en su opinión, no tienen —no pueden tener— un acceso a la justicia al margen de lo que el legislador democrático haya establecido, Sora piensa que el modelo de los principios (que, según él, está muy presente en la práctica actual de los jueces españoles) lleva también a la inseguridad y a la incoherencia: «la autonomía solo

2. Vid. Claudio Magris, *Literatura y derecho. Ante la ley*, prólogo de F. Savater, trad. de M. T. Meneses, Sexto Piso, México/Madrid, 2008.



puede realizarse —concluye Sora— en un mundo de reglas previsibles y ciertas».

Desde luego, el autor tiene razón en que la presencia de valores y principios en el Derecho tiene ciertos riesgos: es efectivamente más simple (y el resultado es más previsible) cuando se subsume un caso bajo una regla que cuando, además, hay que ponderar principios: por ejemplo, para resolver que, dadas determinadas circunstancias —imaginemos, las del caso Billy Budd—, las razones de justicia sustantiva prevalecen sobre las basadas en la seguridad, en la previsibilidad del resultado. Pero parecería bastante absurdo pensar que, solo por ello, deberíamos prescindir de los principios y de los valores. Sería algo así como si, en la medicina, para evitar los riesgos que supone la cirugía, decidiéramos usar exclusivamente medicamentos más o menos seguros y suprimir los quirófanos. Sin embargo, me temo que a algo así es a lo que lleva el planteamiento del autor del artículo. Pues dado que la Constitución española (como cualquier otra) contiene un elevado número de principios (igualdad ante la ley, dignidad, libertad de expresión, etc.) y que estos tienen (inevitablemente) una amplia incidencia en todo el ordenamiento jurídico, ¿habría entonces que reformar drásticamente el texto constitucional para eliminar esa fuente de incertidumbre? ¿Pero de qué principios habría que prescindir? ¿No será más bien que, en los sistemas jurídicos del Estado constitucional, los jueces (y los juristas en general) no están realmente abocados a elegir entre reglas o principios, sino más bien a conjugar reglas y principios y, por ello, a pensar el Derecho de una forma que no puede ser ya la del formalismo jurídico?

Sea como fuere, no hay, desde luego, nada de lo que avergonzarse por el simple hecho de operar en el contexto de una práctica autoritativa o de mostrar adhesión a la misma. Todo depende del tipo de práctica de que se trate. Es cierto que en todas las utopías construidas por los filósofos (desde la *República* de Platón) el Derecho no está presente, no hay lugar para él en esos modelos de sociedad perfecta. Y, como a veces se ha señalado,<sup>3</sup> los padres fundadores de la sociología, Saint-Simon, Comte y Marx, manifestaron también una actitud hostil o, por lo menos, displicente hacia el Derecho: tanto en la sociedad industrial de Saint-Simon como en el estadio científico o positivo de la sociedad de Comte como en la sociedad comunista de Marx, el Derecho, o bien ha dejado de existir, o bien ha pasado a desempeñar un papel relativamente modesto. Pero lo que esto muestra es, me parece a mí, la persistencia de una concepción devaluada y equivocada del Derecho (de su importancia en el todo social) que, por lo demás, no puede decirse que haya producido muy buenas consecuencias. Mientras los seres humanos estemos constituidos como lo estamos y las sociedades tengan el grado de complejidad que han alcanzado (y de la que no podrán ya prescindir salvo catástrofe ecológica o de alguna otra naturaleza) necesitaremos de normas establecidas por autoridades y respaldadas por la coacción. El Derecho bien entendido tendría que servir precisamente para poner límites al poder de esas autoridades (y conviene recordar que cuando el poder se ejerce fuera de cau-

3. Vid. Renato Treves, *La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de M. Atienza, M.J. Añón y J.A. Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1988.



ces jurídicos —sobre todo, si estos son los del Derecho del Estado constitucional— suele ser mucho más amenazador) y para encauzarlo hacia la maximización de los valores de igualdad, libertad y dignidad, en los que se basan nuestras constituciones. Ya sé, claro está, que no siempre es así; es más, que, por razones que cabría calificar de estructurales, no puede ser así: por adecuada que sea nuestra manera de pensar el Derecho y de actuar en él, no podemos aspirar más que a un logro bastante limitado de esos grandes valores. Pero eso no puede servir tampoco de excusa para dejar de tenerlos como el ideal regulativo del Derecho. El jurista, como todos los ciudadanos, debe tratar de lograr que las promesas contenidas en la Constitución se cumplan... aunque sepa que eso no podrá tener lugar exclusivamente a través del Derecho e incluso que no podrá hacerse sin cambios importantes en el sistema jurídico, incluida en ocasiones la propia Constitución.

De manera que el Derecho de los Estados constitucionales es, por así decirlo, una realidad bastante ambigua. O, mejor dicho, no es exactamente una realidad que forme parte del mundo externo, algo que está ahí fuera (un sistema de normas), sino que, más bien, es una realidad dinámica, una práctica en la que se participa (en la que todos participamos), dotada de una extraordinaria ductilidad (aunque, naturalmente, no carente de límites), y que resulta esencial tanto en los procesos de explotación como en los de emancipación social. De lo que se trata entonces es de ver qué es lo que cabe hacer para potenciar este segundo aspecto o, si se prefiere decirlo en términos negativos, para reducir la injusticia en el mundo. Y la tesis de este libro es que para ello nece-

sitamos superar el formalismo, necesitamos pensar el Derecho de otra manera.

Los seis ensayos que integran los capítulos que siguen pretenden contribuir precisamente a esa tarea. Han sido escritos entre 2006 y 2013, pero el orden en el que aparecen en el libro no es el cronológico, sino el que me ha parecido podría resultar más conveniente para el lector que, de todas formas, podría elegir cualquier otro orden sin mayores problemas.

En el primero, *Constitucionalismo, globalización y Derecho*,<sup>4</sup> se analizan los dos fenómenos que más han contribuido en los últimos tiempos a cambiar la faz de nuestros sistemas jurídicos: el constitucionalismo y la globalización. Ambos son de signo relativamente opuesto, de manera que el problema fundamental que se plantea con ellos es el de si cabe pensar en algún tipo de ajuste entre ambos fenómenos o si, más bien, uno de ellos —presumiblemente, la globalización— acabará por imponerse sobre el otro.

El segundo, *Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión*,<sup>5</sup> está escrito con ocasión del conflicto surgido hace algunos años como consecuencia de la publicación en una revista danesa de unas caricaturas del profeta que provocaron reacciones de gran virulencia por parte de muchos creyentes en el Islam. Es, me parece, un buen ejemplo para examinar cómo puede entenderse la ponderación a propósito de un conflicto cada vez más pre-

4. En el libro colectivo *La globalización en el siglo XXI*, Federación de Cajas de Ahorro Vasco-Navarras, Vitoria, 2008.

5. En *El Notario del siglo XXI*, n.º 6, abril 2006; se publicó también en la *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 30, 2007.



sente en el mundo contemporáneo: entre la libertad de expresión y el respeto a las creencias religiosas, y para discutir acerca de cuál debiera ser la postura que, en un Estado laico, tendría que adoptar al respecto el Derecho.

*Justicia constitucional y escepticismo moral* reproduce una conferencia que tuvo lugar en Santo Domingo (República Dominicana), con ocasión de un congreso sobre justicia constitucional celebrado en enero de 2013. En el texto se subraya el importante (y necesario) papel que en las justificaciones judiciales (en particular, en las de los tribunales constitucionales) desempeña el razonamiento moral. Y se fustiga el escepticismo moral que subyace a los juristas empeñados en separar estrictamente el Derecho de la moral.

*Una lectura moral de la crisis*<sup>6</sup> es, como su título indica, un ensayo que pertenecería más bien al género de la filosofía moral que al de la reflexión jurídica. Pero precisamente trata de mostrar que el discurso moral está en la base de la exigencia de responsabilidades jurídicas o políticas. La racionalidad práctica (la que se dirige a contestar la pregunta de ¿qué debemos hacer?) tiene un carácter unitario, y la preeminencia de la moral es lo que garantiza esa unidad.

El problema de los desahucios, como es bien sabido, está en el centro de las preocupaciones ciudadanas en nuestro país desde el comienzo de la crisis. Los jueces, hasta hace muy poco, consideraron que ellos no podían jugar al respecto más que el papel de «cobradores del frac», de empleados de los bancos. Y lo que se trata de mostrar, en *Los desahucios, los*

*jueces y la idea del Derecho*,<sup>7</sup> es que esa incapacidad de la administración de justicia española para hacer justicia tiene bastante que ver con una manera muy formalista de pensar el Derecho.

Finalmente, *Dworkin, la eutanasia y la santidad de la vida* es un homenaje a la figura del gran iusfilósofo estadounidense, recientemente desaparecido. Él ha sido seguramente quien más ha contribuido en los últimos tiempos al desarrollo de una idea más amplia del Derecho (más amplia que la del positivismo jurídico), que se corresponde en buena medida con esa otra forma de pensar el Derecho que aquí estoy reivindicando. Su concepción del Derecho se pone a prueba a propósito de una cuestión cuya importancia es difícil de exagerar: cómo hay que entender el valor de la vida y, en consecuencia, cómo debe interpretarse el derecho a vivir y a morir.

Si he cumplido con los propósitos que me planteé en el momento de escribirlos, todos estos ensayos son razonablemente comprensibles y al menos de cierto interés para un lector lego en Derecho, pero que comprende la importancia de adentrarse en el tipo de racionalidad práctica que es la jurídica y que, de alguna manera, está situada entre la racionalidad científica y el sentido común. Pero, naturalmente, al lector le toca decidir sobre el grado de cumplimiento de esos propósitos. En particular, del que da título al libro: ¿Podemos hacer más?

Alicante, agosto de 2013

6. En *El Notario del siglo XXI*, nº 44, julio 2012.

7. En *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 37, junio de 2013.