

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ESCEPTICISMO MORAL¹

Constitutional Justice and moral skeptic

Recepción: Agosto 20 de 2013
Aceptación: Septiembre 19 de 2013

Manuel Atienza Rodríguez

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid, España
Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, España
Coordinador del Grupo de Investigación "Filosofía del Derecho"
manuel.atienza@ua.es

Palabras clave

Justicia constitucional, escepticismo moral, sentencia, Tribunal Constitucional Español y filosofía

Key words

Constitutional justice, moral sheptic, judgement, Spanish Constitucional Court and philosophy

Pp. 13-27

Resumen

En la tarea de impartir justicia, los jueces constitucionales argumentan con objetivismo ético, sin dejar por ello de analizar los argumentos de manera racional, tienen el enorme privilegio de contribuir moralmente a la lucha contra la injusticia.

1. Conferencia pronunciada en el Primer Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional, celebrado en Santo Domingo (República Dominicana) los días 29 a 31 de enero de 2013.

Abstract

In the task of administrating justice, the constitutional judges argue with ethical objectivism, without living aside the racional reasoning, so they have the great privilege to morally contribute to the fight against injustice.

Nuestro mundo, el mundo en el que vivimos (el único que existe), es profundamente injusto. Lo es visto desde Europa; digamos, desde un país como España: sobre todo, tras varios años de crisis –no solo económica- que han contribuido, entre otras cosas, a que se incrementen mucho las desigualdades sociales empezando, claro está, por las desigualdades en cuanto al ingreso. Y el mundo es aún mucho más injusto contemplado desde Latinoamérica que, como muchos estudios muestran, es la región del mundo en la que existen mayores desigualdades económicas y sociales.

La anterior afirmación, “el mundo es injusto”, parecerá, yo creo, obvia a muchos de los oyentes. Quizás a otros les resulte discutible porque piensen que la justicia no es algo que tenga que ver centralmente con la igualdad, o porque consideren que la igualdad debería verse de manera distinta a la sugerida por mis palabras. Y como entre el público habrá sin duda filósofos del Derecho o, en todo caso, personas con formación en teoría moral, estoy seguro de que más de uno estará pensando ya que esta manera de empezar mi conferencia, tan expeditiva, tendría, como mínimo, que ser precisada. Si se le diera –a esa imaginaria persona- la oportunidad de hacerlo, me pediría probablemente que aclarara qué quiero decir exactamente con las palabras “el mundo es injusto”. ¿Tiene esa afirmación la pretensión de ser verdadera, o todo lo que he pretendido con ella ha sido excitar los sentimientos del auditorio en una cierta dirección? Y –proseguiría el crítico- si yo dijera que mis palabras pretenden ser verdaderas, ¿cuál es el tipo de realidad que las haría verdaderas?, ¿cuáles los “hechos morales” a los que pudiera acudir para mostrarlo y que pudieran volver mis afirmaciones del comienzo semejantes a estas otras: “el mundo tiene hoy más de 7.000 millones de habitantes”, o “la República Dominicana está situada en una isla del Caribe; la misma en la que se halla también la República de Haití”?

Bueno, a un interlocutor semejante, lo que yo le replicaría sería que mis afirmaciones, con las que empezaba la conferencia, pretendían ser (y creo que lo son) correctas. Cuando digo “correctas” no quiero decir exactamente verdaderas, pues me doy cuenta, claro, de que no tienen la misma naturaleza que las de los ejemplos que se acaban de poner o, en general, que las afirmaciones características de las ciencias, de las ciencias empíricas. No hay, en efecto, hechos morales, pero eso no quiere decir que el discurso moral no pueda pretender ser objetivo. Simplemente, la objetividad significa aquí algo distinto, aunque análogo, a lo que supone la pretensión de verdad en los enunciados descriptivos. Objetividad significa que a favor de esos enunciados pueden darse razones concluyentes; que cabe, en relación con los mismos, una argumentación racional; y que, por lo tanto, nuestros enunciados morales pueden resultar fundados o infundados (o más o menos fundados o infundados), de manera semejante, pero no idéntica, a como los enunciados

científicos o, en general, los enunciados descriptivos, pueden calificarse como verdaderos o falsos (o como más o menos verdaderos o falsos).

Como seguramente ustedes saben, mi profesión es la de profesor de filosofía del Derecho (en una universidad española, la de Alicante), y eso ha hecho que en los últimos tiempos me haya embarcado con frecuencia, tanto con estudiantes como con profesores, en discusiones semejantes a la que acabo de imaginar. Y digo “discusión”, porque las cosas no suelen quedarse sin más en el estadio en el que acabo –provisionalmente- de dejarlas. A lo anterior, muchos estudiantes (por no decir la mayoría) suelen objetar que, en cualquier caso, lo que quiera que se diga sobre la justicia no puede pasar de tener un significado relativo y subjetivo. Justicia sería, en definitiva, lo que cada uno entiende por tal. Es verdad –seguirían argumentando- que, por las razones que sean, se produce una amplia coincidencia en nuestras opiniones morales (al menos, entre las de quienes pertenecen a una misma cultura) pero, si no fuera así, es decir, frente al que discrepara (por ejemplo, frente a la afirmación referida a la injusticia del mundo), no cabría esgrimir ninguna razón que este último tuviera que aceptar como tendría que hacerlo, sigamos con el ejemplo, si pusiera en duda la verdad de afirmaciones como “el mundo tiene hoy más de 7.000 millones de habitantes” o “la República Dominicana está situada en una isla en el Mar Caribe”.

Pero además, ese punto de vista (relativista o “no-cognoscitivista”: no cabe conocimiento acerca de la justicia) que, como digo, es usual encontrar entre los estudiantes, cuenta también con el respaldo de algunos de los mayores cultivadores de la filosofía del Derecho en el siglo pasado. Cuando afloran este tipo de discusiones, los filósofos del Derecho solemos referirnos a las palabras de Kelsen en su conocido libro “Qué es justicia”: la justicia –escribió allí, hacia el final del mismo; por tanto, como conclusión de todos sus análisis- es un ideal irracional. O a las palabras todavía más radicales de Alf Ross en “Sobre el Derecho y la justicia”: invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa; el que, en una discusión, apela a la justicia está abandonando el territorio de la discusión racional para adentrarse en el de las emociones irracionales.

En mi opinión, ese es uno de los errores teóricos más graves en los que ha incurrido una buena parte de los filósofos del Derecho y un error que afecta también a no pocos juristas, incluidos –me temo- jueces constitucionales: el escepticismo moral o valorativo, el considerar que no se puede construir un discurso moral con pretensiones de objetividad. Muchos juristas piensan, además, que el Derecho –y el razonamiento jurídico- debe estar rigurosamente separado de la moral, de manera que la discusión anterior no pasaría de ser, en el mejor de los casos, un ejercicio intelectual, un pasatiempo de filósofos, más o menos estimulante o divertido, pero sin ninguna consecuencia para la práctica jurídica. Pero eso, creo, hace que su error sea doble, y doblemente grave. El jurista –por ejemplo, el juez o magistrado constitucional- que piensa de esta manera no puede dar sentido a su práctica: no puede motivar en sentido estricto sus decisiones porque su argumentación presupone necesariamente premisas morales, esto es, premisas que –si es un escéptico moral- tendría que considerar injustificadas (o, si se quiere, no susceptibles de justificación).

Voy a traer a colación en seguida un par de ejemplos que me permitirán- espero- justificar mis afirmaciones, pero antes deseo aclarar cuál es el sentido del “objetivismo moral” que, como decía, constituye, en mi opinión, un requisito necesario para dar sentido al Derecho y a nuestro trabajo como juristas. La idea fundamental es que un objetivista moral no es (o no es necesariamente) un “realista” moral, o sea, no tiene por qué pensar que existen lo que Dworkin ha llamado los “morons”, o sea, las partículas de que estaría compuesta la realidad moral, que serían equivalentes a los átomos o las moléculas en el mundo físico. Lo que sostiene el objetivista es la posibilidad de dar razones, razones objetivas, a favor de los enunciados morales que él considera fundados. Y que ser objetivista no es lo mismo que ser un “absolutista” moral. El absolutista moral (la Iglesia católica, en el mundo latino, es la institución que representa, por antonomasia, el absolutismo moral) no sólo afirma tener razón en cuanto a los juicios morales que sostiene, sino que pretende que sus razones son absolutas, que no pueden ser derrotadas por ninguna otra razón; para ello, como sabemos, lo que hace la Iglesia es convertir en dogmas los puntos de partida, las premisas de las que arranca el razonamiento que se sitúan, así, más allá de la razón, en el territorio (inexpugnable para la razón) de la fe. El objetivista moral, por el contrario, está abierto a los argumentos, a la discusión racional: pretende que lo que sostiene (sus juicios morales reflexivos) es (o son) correcto(s), pero está dispuesto a dejarse convencer –a modificar su juicio- por la fuerza del mejor argumento. Absolutismo y objetivismo moral son pues, en este sentido, posturas antitéticas.

Antes he dicho que me he visto muchas veces envuelto en discusiones de este tipo. Hace algunos años escribí un pequeño texto que era en cierto modo una contestación al de mi colega y amigo Riccardo Guastini y que, si me lo permiten, voy a leer para ilustrar lo anterior. Lo titulé “Cuento de Navidad” y se lo dediqué (en la navidad de 2007) a Riccardo Guastini “con afecto y admiración”.

PEQUEÑO DIÁLOGO (CASI UN MONÓLOGO, EN REALIDAD) ENTRE UN OBJETIVISTA (O) Y UN NO-COGNOSCITIVISTA (NC):

NC: A tu juicio, los principios y/o los juicios morales tienen valor de verdad: ¿no es cierto?

O: No exactamente. No creo que tengan el mismo valor de verdad que los principios o los juicios científicos o que las afirmaciones del tipo de “en Alicante tenemos ahora –el 19 de diciembre de 2007 a las 15:10- 14.5 grados de temperatura”. Pero lo que sí que creo es que son principios y juicios fundamentables objetivamente. O, mejor dicho, que unos están objetivamente fundamentados y otros no. Que existen criterios, criterios racionales, para considerar a unos como correctos y a otros como incorrectos.

NC: ¿Eres favorable a la tortura?

O: ¡Naturalmente que no!

NC: Yo sí. Por lo tanto, tú y yo tenemos principios morales (al menos en parte) distintos, de los que se siguen juicios morales también distintos.

O: Si eso es lo que piensas sobre la tortura, entonces, así es.

NC: Sin embargo, tú sostienes que los principios y los juicios morales pueden ser verdaderos o falsos.

O: Como ya te he dicho, no pienso exactamente eso, sino que los principios y los juicios morales pueden o no estar objetivamente fundamentados; pueden ser correctos o incorrectos; digamos, correcto e incorrecto sería el equivalente en el terreno moral (entendida la expresión en sentido amplio) a verdadero y falso en el campo de la ciencia (entendido este último término también en un sentido amplio)

NC: Bueno pero, en todo caso, ¿consideras posible que tus principios puedan ser falsos o incorrectos?

O: No. O, dicho con más precisión: Si pensara que son falsos, no serían mis principios. Aunque, naturalmente (y al igual que ocurre en la ciencia), aunque piense que son correctos, estoy abierto a cualquier argumento, esto es, estoy dispuesto a discutir sobre ellos (por ejemplo contigo) y a cambiar de opinión si me dieras argumentos sólidos para ello. Aunque, para ser sincero, no me parece que esto pudiera ocurrir en relación con la tortura.

NC: La verdad es una. Por lo tanto, si tus principios son verdaderos o correctos, entonces los míos son falsos o incorrectos.

O: En efecto, así es.

NC: Por lo tanto, tú deseas imponerme también a mí tus principios en cuanto verdaderos o correctos: con la persuasión y también con la fuerza si es necesario.

O: Bueno. Tenemos que precisar lo que debe entenderse por “imponer”. Dado que la tolerancia es uno de los principios morales que yo considero objetivamente fundados, no estaría siempre justificado imponer a alguien la obligación de hacer o dejar de hacer algo, simplemente por razones morales. Pero la tolerancia bien entendida no significa, naturalmente, que nunca se pueda imponer algo a alguien. En relación con el ejemplo que has puesto, yo creo que no estaría justificado prohibir, por ejemplo, la difusión de un artículo de opinión favorable a la tortura (aunque en algún caso extremo pudiera estarlo). Pero está perfectamente justificado que la tortura (la acción de torturar a otro) esté tipificada en nuestros códigos como

delito. Y si alguien pensara otra cosa, esto es, que la tortura está bien, que no hay por qué prohibirla o castigarla, entonces, efectivamente, estaría justificado (moralmente justificado) “imponérsela”: también para él es un delito y, en consecuencia, debe ser castigado si realizara actos de ese tipo.

NC: En realidad, como habrás imaginado, yo no soy partidario de la tortura. Había puesto el ejemplo a efectos dialécticos. Naturalmente, mi punto de vista sobre la tortura es enteramente similar al tuyo. Pero lo que no acabo de ver es por qué hablar de principios verdaderos y falsos (o correctos e incorrectos) y no, simplemente, de principios mejores o peores.

O: Verás. Es posible que en las discusiones acerca del objetivismo moral haya ciertos desacuerdos que son, más que otra cosa, de palabras. Yo te diría que, en algún sentido de esas expresiones, “mejor” y “peor” puede traducir más o menos lo que yo entiendo por “correcto” e “incorrecto”. Lo esencial, en mi opinión, es aceptar que acerca de las cuestiones morales cabe una discusión racional; no exactamente igual a las de carácter científico, pero racional; esto es, que hay criterios objetivos y que, por ejemplo, cuando tú dices que la tortura es peor que el comportamiento que consiste en no torturar o que cuando yo afirmo que la tortura es moralmente mala y que no puede justificarse una norma que permita la tortura, nuestros juicios no son meras proclamaciones de deseos o manifestaciones de emociones.

NC: Lo que dices me da que pensar. No estoy convencido, pero probablemente sea más difícil de lo que yo pensaba refutar el objetivismo ético. Voy a aprovechar estas vacaciones de navidad para seguir pensando sobre el asunto.

O. Yo haré lo mismo. Hay algo raro en todo esto. Yo diría que los objetivistas en materia de moral cometen (o cometemos) algún error (algún error retórico), pues no puede ser que resulte tan difícil hacer ver a los demás algo que, en el fondo, es bastante trivial.

II

Bueno, han pasado más de cinco años y, como era previsible, Riccardo Guastini no se ha convertido al objetivismo ético, sino que sigue siendo un no-cognoscitivista (un escéptico) en materia moral, como también lo es, por ejemplo, Luigi Ferrajoli, y muchos otros colegas iusfilósofos como, sin ir más lejos (puesto que está aquí, en este mismo salón), Juan Antonio García Amado. Sin embargo, yo no estoy tampoco solo en la defensa de estas posiciones: Carlos Nino, el más importante iusfilósofo de Latinoamérica en toda su historia - como alguien ha dicho con razón-, también sostuvo ese tipo de concepción de la moral, al igual que Dworkin y, en general, lo que podría llamarse el constitucionalismo postpositivista. En efecto, en los últimos tiempos, el debate entre el objetivismo y el escepticismo moral forma parte de la discusión en torno al constitucionalismo, a las diversas maneras de entender el constitucionalismo. Para decirlo de una manera suma-

ria: los positivistas (sean o no partidarios del paradigma constitucionalista) son, por lo general, escépticos morales, lo que les lleva a ver también con mucha prevención el rol de los principios en el razonamiento jurídico y a ser críticos de la ponderación; mientras que los no positivistas (o postpositivistas: defensores del constitucionalismo en cuanto concepción que se sitúa en el nivel de la Teoría General del Derecho, no en el marco estricto del Derecho Constitucional) somos, por lo general, objetivistas éticos; conscientes de los riesgos que supone la utilización de los principios en el razonamiento jurídico (judicial), pero también de que los principios juegan un papel prominente (y necesario) en la justificación judicial (sobre todo en las cortes constitucionales); y defensores de la idea de que la ponderación es un método que puede usarse conforme a parámetros de racionalidad, de racionalidad práctica, aunque, naturalmente, eso no quiere decir que siempre se haga así.

Y voy ya a los ejemplos de argumentación constitucional (de argumentación efectuada por tribunales constitucionales) que me permitirán ilustrar la tesis de que el razonamiento justificativo judicial (no solo el de los tribunales constitucionales) tiene necesariamente un componente moral, lo que no impide que pueda ser analizado y evaluado con criterios de racionalidad.

El primero es un caso reciente del Tribunal Constitucional español que dio lugar a una sentencia (198/2012 de 6 de noviembre) en la que la mayoría (hubo tres votos disidentes y uno concurrente) declaró la constitucionalidad de una reforma del Código Civil, de 2005, que abría el matrimonio a las personas del mismo sexo: lo que se ha llamado el matrimonio homosexual. La narración del caso y la motivación de la sentencia pueden sintetizarse como sigue.

La reforma del Código Civil había consistido esencialmente en añadir en el art. 44 el siguiente texto: “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Aunque quienes plantearon el recurso de inconstitucionalidad –una serie de diputados del Partido Popular- esgrimieron muchas causas de inconstitucionalidad, el tribunal (yo creo que con toda razón) entendió que el motivo principal (y en el que de alguna manera se subsumían todos los otros) era que la reforma del Código Civil entraba en contradicción con lo que establece el art. 32. 1, de la Constitución Española: “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. En una motivación (como suele suceder siempre en el caso de nuestros tribunales) excesivamente amplia (la sentencia ocupa 60 páginas y los votos disidentes y concurrente otras 30) y un poco farragosa, el Tribunal argumentó así. El que la nueva ley vulnera o no ese artículo constitucional depende de si el mismo contradice la “garantía institucional” del matrimonio, o bien el “derecho” a contraer matrimonio; se arranca, pues, con una distinción entre dos aspectos o dimensiones que pueden encontrarse en el matrimonio: en cuanto institución y en cuanto derecho. Ahora bien, la nueva regulación no desfigura la institución matrimonial, por estas dos razones: 1) la esencia de la institución radica en el afecto mutuo entre los contrayentes, junto con las notas

de libertad e igualdad, y no en la característica -tradicional, pero no esencial- de que los contrayentes sean personas de distinto sexo; y 2) el artículo 32.1 debe interpretarse según un canon de “interpretación evolutiva” que tenga en cuenta lo que la sentencia llama la “cultura jurídica”; y esa cultura jurídica mostraría una tendencia en diversos países de nuestro entorno a admitir esa modalidad de matrimonio, al tiempo que, en el caso español, diversas encuestas de opinión ponen de manifiesto la existencia de una mayoría de la población que aprueba la nueva modalidad de matrimonio, mayoría que es todavía más amplia si lo que se considera es el segmento de población más joven. Y el cambio no afecta tampoco al “contenido esencial” del derecho a contraer matrimonio. No afecta a ese derecho cuando se considera en su dimensión objetiva, por las mismas razones por las que el cambio no dañaba al matrimonio en cuanto institución. Y tampoco en la dimensión subjetiva puesto que, como parece obvio, la nueva regulación no supone para las personas heterosexuales ninguna limitación en cuanto a su derecho a contraer matrimonio.

El otro caso al que me refería es una sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia (815/99) relativa a la fijación del salario mínimo. El problema era el siguiente.

Una ley de 1996 estableció una Comisión tripartita formada por representantes del Gobierno, de los empleadores y de los trabajadores para fijar cada año, de manera consensuada, el salario mínimo. Sin embargo, si no se alcanzaba ese consenso en cierta fecha, un artículo señalaba que «el Gobierno lo determinará [el salario mínimo] teniendo en cuenta como parámetros la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto (PIB) y el índice de precios al consumidor (IPC)». Unos años después, una ciudadana interpone una demanda de inconstitucionalidad por considerar que la aplicación de ese artículo, al permitir que el aumento del salario mínimo fuese en un porcentaje inferior a la inflación del año anterior, llevaba a una pérdida de poder adquisitivo del salario mínimo legal lo que, en su opinión, iba en contra de diversos artículos de la Constitución. El Tribunal, por amplísima mayoría, resolvió que la norma era constitucional, pero que la misma debía interpretarse en el sentido de que el salario fijado nunca podría ser inferior al porcentaje del IPC del año que expiraba. Se basó para ello en diversos artículos de la Constitución colombiana que consagran la protección constitucional del trabajo (art. 25), la necesidad de mantener una remuneración mínima vital y móvil (art. 53), la función social de la empresa (art. 333) y el objetivo constitucional de «asegurar que todas las personas, en particular las de menos ingresos, tengan acceso a los bienes y servicios básicos» (art. 334).

La argumentación de la sentencia es algo dispersa, pero el núcleo de la misma parece contenerse en los siguientes fragmentos:

“Ahora bien, no goza el Gobierno en esta hipótesis de una facultad discrecional y menos todavía arbitraria. Está sujeto a unos límites que la misma norma legal introduce y que

esta Corte juzga exequibles [constitucionales], siempre que se les tenga en cuenta a todos y de manera armónica y razonable, agregando a ellos y dando preferencia a los postulados que inspiran el Ordenamiento Constitucional. En otros términos, la constitucionalidad del precepto surge de la confluencia de esos criterios legales, ninguno de los cuales puede prevalecer sobre los otros ni ser aplicado de manera excluyente respecto de los demás, con los criterios constitucionales propios del Estado Social de Derecho, la especial protección al trabajo y la remuneración mínima vital y móvil a la que tienen derecho los trabajadores; todo lo cual significa que la motivación del decreto que el Gobierno expida los deberá contemplar en su totalidad y considerando la prevalencia que tienen los criterios constitucionalmente enunciados. Además, el Ejecutivo, al dictar la pertinente normatividad debe tener en cuenta que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones (art. 333 CP) y que la dirección general de la economía, a cargo del Estado, y la intervención estatal en la misma, por mandato de la ley, buscan, entre otros objetivos, el de racionalizarla para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y, de manera especial, el de asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

Ahora bien, la demanda que ha dado lugar al presente proceso recae específicamente sobre uno de tales criterios, el de la meta de inflación del siguiente año, o inflación esperada, fijada por el Banco de la República. La Corte halla que los argumentos de la accionante son razonables y ceñidos a la Constitución, y muy particularmente al concepto mismo del Estado Social de Derecho (Preámbulo y art. 1) y a la protección especial que, en la Carta, merece el trabajo (arts. 1, 25 y 53), pero no deduce de ellos la inconstitucionalidad de los vocablos impugnados sino la necesidad de su interpretación conforme a la Carta Política. En efecto, la Corte considera que, si el indicado parámetro de la meta de inflación proyectada para el año siguiente fuese el único que ha de considerar el Gobierno para motivar su decisión supletoria sobre salario mínimo, la norma sería inconstitucional, como lo sostiene la actora, ya que implicaría una orden legal impartida al Gobierno para disminuir periódicamente, en términos reales, el salario de los trabajadores colombianos. Es un hecho notorio el de que, en nuestro medio, los anuales reajustes salariales son rápidamente desbordados por el real y efectivo aumento del costo de vida, lo que ocasiona que cada vez sea menor la capacidad de compra de los bienes y servicios básicos, indispensables para el sostenimiento de los trabajadores y de sus familias. El artículo 25 de la Constitución expresa que el trabajo es un derecho y una obligación social y que goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. [...]

Así las cosas, vulneraría la Constitución una disposición legal que obligara al Gobierno a plasmar los aumentos periódicos del salario mínimo sobre la única base de la inflación calculada, prevista o programada para el siguiente año, con olvido de la inflación real que ha tenido lugar en el año precedente y que efectivamente ha afectado los ingresos de los trabajadores.

Más aún, la Corte coincide con lo expuesto por el Procurador General de la Nación en el sentido de que el Gobierno, en la hipótesis de la norma, debe ponderar los factores contenidos en ella, pero que, en todo caso el reajuste salarial ello por cuanto, como el Ministerio Público lo dice, el Gobierno está obligado a velar por que el salario mantenga su poder adquisitivo, de tal forma que garantice el mínimo vital y móvil a los trabajadores y a quienes de ellos dependen. De lo contrario, vulnera el artículo 53 de la Constitución.”

III

Ambas sentencias son de alguna manera polémicas y alguien podría decir que lo son por razones estrictamente jurídicas. La del Tribunal constitucional español, porque el Tribunal habría utilizado mal los cánones de interpretación establecidos. O sea, el criterio de la “evolución histórica” no podría usarse para ir en contra de lo que el criterio literal, sistemático o histórico (en el sentido de lo que quiso decir el constituyente cuando estableció esa norma: el art. 32.1) parecen avalar. Pero, claro, para solucionar lo que en realidad es un problema de contradicción entre los criterios de interpretación (y que se plantea cada vez que hay una dificultad interpretativa) necesitamos recurrir a un metacriterio y esto, a su vez, solo puede proporcionárnoslo una teoría de la interpretación (de la interpretación constitucional) que no puede existir sin una filosofía moral y política que permita dar cuenta de la Constitución (y del resto del ordenamiento). Recordemos, por ejemplo, la contraposición que efectuó Dworkin entre teorías intencionalistas y constructivistas de la interpretación y su posición (en mi opinión, plenamente convincente) a favor de esta segunda manera de entender la interpretación jurídica. Expuesto de una manera un poco libre: interpretar consiste en adscribir a un enunciado (dentro de los límites fijados por los materiales jurídicos: interpretar no es inventar) el significado que maximice el valor de la práctica (el Derecho es una práctica cuyo sentido es la realización de ciertos valores) en la que ese enunciado se inserta. O, dicho de otra forma, la mejor interpretación (aquella, pues, por la que tendría que optar el intérprete) es la que (sin vulnerar el elemento autoritativo del Derecho) nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales, entendidos de acuerdo con una determinada filosofía moral y política: la que mejor permita dar cuenta de nuestras constituciones (o de cada una de ellas).

El Tribunal Constitucional Español no hace en su (larga) argumentación ninguna referencia a consideraciones morales. O, mejor dicho, hay una simple (y no del todo clara: pues no se sabe con precisión cuál es el peso que otorga a ese argumento) apelación a la moral social, a la aceptación del “matrimonio homosexual” por parte de la opinión pública. Pero eso, obviamente, no puede ser una razón decisiva: las razones de moral social no serían válidas si contradijeran las provenientes de una moral justificada. Y esa timidez del Tribunal para entrar en consideraciones morales (algo característico del tribunal español –de los tribunales españoles– que, sin embargo, contrasta con lo que puede encontrarse en muchas sentencias de cortes constitucionales latinoamericanas, por ejemplo, la colombiana) puede tener que ver, por cierto, con un importante aspecto de la fundamentación

de la sentencia, en relación con el cual el Partido Popular Español (ya se ha dicho que esa fue la instancia que planteó el recurso) ha preferido hacerse el sordo. Pues en la sentencia se dice varias veces que la nueva regulación del matrimonio es constitucional, como lo era también la anterior; es decir, impedir el matrimonio a personas del mismo sexo no afectaría tampoco al contenido esencial de ningún derecho fundamental, de manera que no se entiende por qué el Partido Popular, puesto que tiene poder para ello, no ha decidido cambiar de nuevo la ley y volver a la exclusividad del matrimonio heterosexual. Por otro lado, lo sostenido por el Tribunal Constitucional español lleva de manera natural a preguntarse (a preguntar al Tribunal), en primer lugar, por qué esto es así (por qué resulta constitucionalmente posible tanto una como otra regulación), y, en segundo lugar, a retarle a que nos diga cómo es posible justificar esa tesis (o pretender hacerlo) sin embarcarse en un razonamiento de tipo moral. Resumiendo: La pretensión del Tribunal Constitucional Español (o de cualquier otro) de motivar sus decisiones al margen de la moral es un intento vano y contraproducente; no prescinde en realidad de la moral sino que, simplemente, enmascara las premisas morales que, de esta forma, usa sin tener que justificarlas.

Por lo que se refiere a la sentencia de la Corte Colombiana sobre el salario mínimo, es posible que muchos piensen también que las críticas que pueden dirigirse a la misma tienen un carácter simplemente jurídico: la Corte habría incurrido en activismo judicial al invadir competencias que no le competen a ella, sino al poder ejecutivo. Pero aquí nos encontramos con una situación enteramente análoga a la anterior. ¿Qué criterios son los que se utilizan para definir lo que significa “activismo”? ¿Podría hacerse al margen de una teoría del Derecho y prescindiendo de cualquier consideración moral y política? Quienes defienden, por ejemplo, posiciones muy críticas con el activismo judicial (pienso en trabajos recientes de Francisco Laporta o en la obra completa de Luigi Ferrajoli), ¿acaso no lo hacen esgrimiendo valores morales y políticos? En su libro sobre el imperio de la ley, Laporta ha puesto de manifiesto con singular viveza que el valor de la seguridad jurídica que se vincula con el formalismo (o con cierta forma de entender el formalismo) y que le lleva a defender la necesidad de utilizar argumentos literalistas en el Derecho se basa, en último término, en el valor de la autonomía personal: los individuos no podrían trazarse planes de vida si no pudieran prever con cierta facilidad de qué manera los jueces van a interpretar las normas jurídicas. O sea, la discusión sobre cuáles son los límites entre el formalismo y el activismo, entre el Scila y el Caribdis por el que tiene que transcurrir la interpretación judicial, es una discusión que necesariamente apela a valores morales y políticos. Para decirlo parafraseando a Dworkin, el juez es también un filósofo del Derecho, y un tipo de iusfilósofo cuya tarea no es solo descriptiva y conceptual, sino también normativa. ¿Puede entenderse una decisión como la de la Corte Constitucional Colombiana a propósito del salario mínimo al margen de una teoría de la justicia?

IV

Confío en que se haya entendido bien lo que he estado diciendo hasta ahora. Creo que no es una impertinencia por mi parte hacer esta advertencia, teniendo en cuenta la profusión de malentendidos que tesis como las anteriores generan. Puedo decir que hablo con conocimiento de causa pero, desde luego, no pretendo incluirme en el grupo de los que entienden siempre bien lo que los otros han dicho o escrito. Quienes amamos las discusiones, y proclamamos el valor del diálogo racional, sabemos muy bien que una buena parte de cualquier discusión se va en tratar de aclarar malentendidos. Quiero por ello insistir aquí en que lo que he pretendido afirmar no es que el razonamiento judicial –el de un magistrado de un tribunal constitucional- sea simplemente un tipo de razonamiento moral, o que el juez pueda alegremente prescindir del tenor de las normas (de las contenidas en la constitución y en el resto del ordenamiento) y sustituirlas por principios morales de su propia cosecha.

El Derecho, como es obvio, es una práctica autoritativa (aunque no sea solo eso), lo cual plantea unos límites de los que no se puede salir sin abandonar el Derecho, esto es, sin pasar a jugar otro juego. El problema interpretativo del Tribunal Constitucional Español al que se ha hecho referencia tiene –podría decirse- la siguiente estructura lógica. Cuando la Constitución, en el art. 32.1, habla de “el hombre y la mujer”, ¿se puede -o se debe- entender que está implícita la expresión “entre sí”? A mí me parece indudable que si en la Constitución estuviera escrito ese “entre sí”, la argumentación para llegar a la conclusión a la que el Tribunal llegó tendría que haber sido muy distinta de la que fue, sin descartar tampoco la posibilidad de que esas dos palabras pudieran hacer imposible llegar a esa conclusión. Es cierto que se han sugerido argumentaciones alternativas a la del tribunal y que hubiesen obviado ese problema, pero son argumentaciones que no dejan de plantear problemas serios. Estoy pensando en un trabajo de Víctor Ferreres, publicado poco antes de que se diera a conocer la sentencia, y en el que, desarrollando algunas ideas que él cree encontrar en la obra de Francisco Tomás y Valiente (como seguramente saben, un prestigioso jurista español que fue presidente del Tribunal Constitucional y murió asesinado por ETA en su despacho en la Universidad), viene a sostener lo siguiente. A Ferreres le parece incontestable que el art. 32.1 debe leerse como conteniendo esa cláusula de “entre sí”, pero piensa que puede llegarse a la constitucionalidad del matrimonio homosexual estableciendo una especie de “jerarquía axiológica” entre las normas constitucionales, que permitiría resolver contradicciones internas como la que aquí surge: entre el artículo que permite casarse exclusivamente a personas de distinto sexo, por un lado, y, por otro lado, los artículos –de jerarquía superior al anterior- que prohíben discriminar por razón de sexo y que garantizan el libre desarrollo de la personalidad. Esa manera de argumentar tendría –cabe decir- la ventaja de que la apertura del matrimonio a los homosexuales (a las personas del mismo sexo) no solo sería posible, sino constitucionalmente necesaria. Pero queda abierta la cuestión de si eso no supone incurrir en activismo, desconocer el carácter autoritativo del Derecho del que antes hablaba.

Ahora bien, si pensáramos en una discusión de carácter simplemente moral a propósito del matrimonio homosexual, parece claro que las consideraciones anteriores (los problemas interpretativos que caracterizan la discusión en sede de justicia constitucional) no jugarían ningún papel, simplemente porque la moral (la moral justificada) a diferencia del Derecho no es una práctica autoritativa. El que el matrimonio homosexual sea o no una institución conforme con la moral no depende para nada de lo que diga o deje de decir un artículo de una constitución o de una ley, sino de los principios morales justificados que sean de aplicación a ese caso. El Derecho puede ser injusto –yo diría que lo es con cierta frecuencia, incluidos los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales- y las constituciones, en particular, pueden incluir normas carentes de justificación moral, o sea, normas injustas.

Y ahora, el oyente que me haya seguido hasta aquí podría sentirse, con cierta razón, perplejo. ¿Es compatible –podría preguntarse- sostener, por un lado, que el razonamiento judicial es un razonamiento abierto hacia la moral –hacia la moral justificada, no exclusivamente hacia la moral social- y, por otro lado, que el Derecho (el Derecho interpretado conforme a esa argumentación que tiene en cuenta la moral) puede ser sin embargo, al menos en algunos casos, injusto? Pues bien, la respuesta es que sí, que el juez puede encontrarse, al menos de vez en cuando, ante situaciones trágicas, en las que es imposible hacer justicia y seguir el Derecho al mismo tiempo. Yo diría que no tiene además nada de extraño: lo extraño sería que el Derecho, que no es otra cosa que un subsistema de todo el sistema social (o –con las palabras de Savigny- la entera vida social contemplada desde un lado especial) pueda ser un reducto de justicia en un medio caracterizado por la injusticia extrema. Claro que alguien podría decir que en la tesitura de tener que seguir al Derecho o a la justicia, a la moral, lo que tendría que hacer el juez es tomar este último camino, rompiendo así el dilema en el que parecería encontrarse. Sin embargo, no es tampoco nada obvio que deba proceder así o, al menos, no lo es sin muchas matizaciones. Digamos que es más bien una falsa salida del dilema, simplemente porque seguir el Derecho (quizás salvo en casos extremos, lo que está considerando la famosa cláusula de Radbruch que, de todas formas, resuelve el dilema a base de negar uno de sus cuernos: “el Derecho extremadamente injusto –nos dice Radbruch- no es Derecho”) es también (o lo es muchas veces) un requerimiento de la justicia: la justicia no se mide solo a corto plazo y caso por caso, sino que contiene siempre una dimensión holista y de duración en el tiempo.

De todas formas, la experiencia o el sentimiento de lo trágico, que seguramente tendría que formar parte de una personalidad jurídica bien formado, no ha de ser excusa para que los jueces constitucionales dejen de cumplir su función esencial de defensa y promoción de los derechos fundamentales. Al contrario, ese sentimiento (que es un sentimiento de pesar ante la constatación de una injusticia a la que el juez no puede poner remedio) es en realidad una consecuencia de que el juez se esfuerza por hacer justicia, se toma en serio su trabajo evitando tanto el formalismo (quedarse en la letra de la ley sin ir hasta las razones subyacentes a las normas; por tanto, hasta los principios y valores del orde-

namiento) como el activismo (tomar decisiones que no caben en el Derecho, ni siquiera ampliamente entendido). Y su presupuesto no puede ser otro que el objetivismo moral, la idea de que la justicia no es –como Kelsen pensaba- un ideal irracional.

Y vuelvo con ello al punto con el que había comenzado esta conferencia. ¿Está justificada –es objetiva- la afirmación de que la desigualdad extrema es injusta, que a la gente no puede discriminársele por su orientación sexual, que todo el mundo tiene derecho a un mínimo vital o a que el salario mínimo, dadas determinadas condiciones sociales, no se reduzca por debajo del índice de precios al consumo? O sea, ¿poseen una justificación racional nuestras libertades y nuestros derechos sociales y no son, por lo tanto, simplemente, meras convenciones sociales o preferencias que los individuos manifiestan tener? Mi respuesta es que sí y que esas afirmaciones serían fácilmente justificables a partir de una filosofía moral como la de Habermas o la de Rawls. ¿Alguien podría poner en duda que a esas conclusiones es a las que llegarían necesariamente quienes discutieran siguiendo las reglas del discurso práctico racional? ¿Y no concordarían también con ello los seres de la posición originaria en el esquema de Rawls. ¿O acaso hay alguien que, en condiciones de imparcialidad (sin saber a qué país iba a pertenecer, en qué tipo de familia nacería, cuáles iban a ser sus dotes naturales...), estuviera dispuesto a acordar con los demás un tipo de organización social en la que, para poner un ejemplo del economista Paul Krugman, las dos o tres docenas de altos ejecutivos de Wall Street, ganaran más dinero que los aproximadamente 80.000 maestros que existen en Nueva York?

Lo anterior no quita, naturalmente, para que uno pueda entender que haya personas (por ejemplo, jueces constitucionales) que no estén para nada convencidos de la justificación del matrimonio entre personas del mismo sexo o de la decisión tomada por la Corte Constitucional Colombiana al poner un límite al Gobierno en la fijación del salario mínimo. Al fin y al cabo, no dejan de ser casos difíciles. Pero lo que sí me parece incontestable es que la mayoría de los casos que llegan a las cortes constitucionales tienen una respuesta justa y acomodada al Derecho, y que el juez puede encontrarla y justificarla –motivarla- adecuadamente si posee la actitud ética y la aptitud técnica exigibles para desempeñar su función. De manera que no me parece exagerado decir que los jueces constitucionales son privilegiados morales, personas que tienen, en el contexto de un mundo signado por la injusticia, la enorme fortuna moral de poder contribuir (casi diría que en mayor medida que ningún otro órgano o individuo) a la lucha contra la injusticia. Debemos envidiarles por ello, pero también espolearles para que no dejen de reparar una injusticia cuando les sea posible hacerlo. Supongo que es lo que podría llamarse una “sana envidia”, que es precisamente lo que yo –como simple profesor de Derecho- suelo sentir por los jueces constitucionales. ■

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE CONSULTA.

Atienza, M. (2009). Cuento de navidad. *Revista Analisi e diritto* No. 2009.

Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press.

Kelsen, H. (2008). *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Ariel.

Radbruch. G. (2005). *Introducción a la filosofía del derecho*, México: Fondo de cultura Económica.