

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial. Número especial I: Derechos Humanos

Peces-Barba Martínez, Gregorio

Ministro de Justicia. Profesor de Filosofía del Derecho

CONFERENCIA DE APERTURA

Conferencias y discursos

Serie: *Derechos Humanos*

VOCES:

ÍNDICE

TEXTO

Quando el Consejo General del Poder Judicial me invitó a intervenir en la inauguración de estas jornadas o de este Curso, acepté inmediatamente. Primero, por el interés que para mí tenía el tema y, en segundo lugar, como expresión del afecto, del respeto y de la consideración que tengo a este órgano, que es la expresión del Poder judicial, el órgano de dirección del Poder Judicial y que felizmente, a mi juicio, ha aumentado sus relaciones con las Cortes Generales a través de la extensión de su legitimación democrática con la elección de todos los miembros por el Parlamento. Yo, hoy, voy a hacer una intervención que es más propia de un profesor de Filosofía del Derecho, porque en el tema que yo planteo, «valores superiores y derechos fundamentales», me parece que estoy intentando reflexionar sobre algunos puntos centrales del pensamiento y de la cultura jurídica contemporánea; es un planteamiento teórico, es un planteamiento doctrinal, que ofrezco a un auditorio formado principalmente por juristas, incluso yo diría, por ser más preciso, por operadores jurídicos; y son las reflexiones de un profesor de Filosofía del Derecho con la intención, como digo, de llamar la atención sobre la enorme incidencia que en la cultura jurídica y política ha tenido, desde muchos puntos de vista, la aparición de estos conceptos -derechos fundamentales- y también en nuestra Constitución que los complementa -valores superiores-. Y creo que aunque he hecho una argumentación o hago una argumentación en un plano teórico, muchos elementos son susceptibles de la reelaboración que ustedes pueden hacer por supuesto todo lo crítica que sea, tiene alguna incidencia en la realidad práctica y en la aplicación del derecho.

El tema de los derechos fundamentales se presta muchas veces a una aproximación retórica o en otros

casos ideológizada, lo cual en la lucha por los derechos humanos prácticos es bueno, pero me parece que también es necesario hacer a veces otro tipo de punto de vista que es el que yo intento hacer hoy, más distanciado y más doctrinal.

La elección del tema la he realizado por la importancia que tiene, a mi juicio, en el ámbito de la producción judicial del derecho, tema del que me he ocupado últimamente y que me parece que es un tema sumamente importante, siempre que seamos capaces de integrarlo, naturalmente, junto con la producción legal del derecho. Aunque tiene también, no solamente por ser importante para la argumentación judicial, importancia por sí mismo en el problema de la legitimidad y de la obediencia al derecho.

Los Jueces se encuentran en la resolución de los casos que se les someten, con un ordenamiento jurídico que deben aplicar y con una idea de justicia que puede o no coincidir con las normas de ese ordenamiento. En el modelo de todas las actuaciones, argumentaciones y decisiones que se toman por el Juez hasta llegar al fallo, que es uno de los temas más actuales y más vivos en la teoría del derecho, creo que la problemática que les propongo puede tener alguna pequeña utilidad. Y también me parece que si otra consecuencia fundamental de la dialéctica «derecho positivo-modelo de derecho justo» es la de la obediencia o desobediencia al derecho, la del posible conflicto entre la obligación jurídica y la obligación moral, las conclusiones a las que se pueda llegar desde el punto de vista de los valores superiores y de los derechos fundamentales tal como los plantea nuestra Constitución son igualmente útiles. Y finalmente en esta pequeña introducción, es indudable su impacto en la reflexión sobre la legitimidad de los sistemas políticos y sobre la justicia de los ordenamientos jurídicos. Este es un ciclo sobre derechos fundamentales que en las intervenciones posteriores va a plantear una serie de problemas muy prácticos y muy concretos, enormemente importantes por supuesto, pero yo he querido hacer de esta conferencia inaugural una especie de contrapeso para entrar en lo que me parece que es hoy el núcleo central de la reflexión desde la teoría del derecho y desde la teoría de la justicia.

Esta comparación entre el derecho positivo y el modelo de derecho justo es, como decía, un punto central de la argumentación judicial y ha recorrido en la cultura jurídica a lo largo de la historia una intensa cantidad, o ha tenido una intensa cantidad de vicisitudes. No sería exagerado decir que su núcleo central, el núcleo central de la historia de la cultura jurídica y política está formado precisamente por esa relación entre el derecho positivo y el modelo del derecho justo. Hasta muy recientemente los esfuerzos que se han hecho, los esfuerzos teóricos, para relacionar ambos -derecho positivo y modelo de derecho justo-, no han permitido un encuentro fructífero que les vinculase manteniendo la integridad de cada uno de ellos; han sido como dos líneas paralelas que no han coincidido nunca en profundidad; cuando se ha producido el encuentro, si lo vemos desde el punto de vista material, desde el punto de vista de los contenidos de ambas realidades, una de ellas, la fuerte en ese caso, ha integrado a la otra haciéndola depender, en su propia existencia, de la existencia de los contenidos materiales que podemos llamar principales; los contenidos materiales secundarios se han reducido así, y sólo cuentan en comparación con los primeros. Durante la mayor parte de la historia y hasta el mundo moderno, el modelo de derecho justo con la denominación de derecho natural ha sido la realidad principal, mientras que el derecho positivo era la materia secundaria; es lo que se ha llamado el reduccionismo «ius naturalista». En este modelo el derecho positivo dependía en su realidad de su adecuación con los contenidos materiales del derecho justo, la validez en el sentido kelseniano se identificaba con la justicia. A partir del tránsito a la modernidad en los siglos XVI y siguientes se generan las condiciones que llevarán a la inversión de la relación. No es éste el momento de estudiar las causas, sino de señalar las consecuencias y los efectos en lo que a nuestra argumentación puede interesar. Con la potenciación de una nueva forma de poder político que pretende el monopolio en el uso de la fuerza legítima como expresión del soberano, el derecho positivo asumirá el protagonismo en la relación y poco a poco se convertirá en materia principal. El iusnaturalismo moderno desde GROCIO en adelante preparaba con sus planteamientos esa inversión del polo principal al explicar el origen de la

sociedad y del Estado por medio del contrato y al establecer como primera tarea del poder político, que surge como consecuencia, la creación de normas por el poder legislativo.

En HOBBS, la principal y casi única función del derecho natural en la sociedad constituida y gobernada por el leviatán será legitimar al derecho positivo y a partir de ahí se dará el salto al reduccionismo positivista, que considera derecho justo a todo aquel derecho positivo promulgado en forma por el legislador. Aquí es la justicia la que se identifica con la validez. Cuando los jueces se atienen a estos dos modelos reduccionistas, es evidente que no desarrollan su argumentación para llegar a su fallo a través de la tensión derecho positivo, modelo de derecho justo. En el primer caso, establecen el derecho natural aplicable, lo que es reducir el derecho al conjunto de creencias de ese juez o a la corriente imperante sobre los valores en la sociedad de su tiempo, con el consiguiente daño a la seguridad jurídica de unos comportamientos previsibles para apoyarse en normas generales y abstractas. En el segundo, aplican casi como autómatas el derecho positivo, llegando en los casos extremos del formalismo ético, a partir de HOBBS, a identificar el derecho que aplican con el derecho justo. Algunos modelos actuales como los de RADWOOD o de DWORKIN, por ejemplo, prolongan el problema con otra fórmula, a mi juicio igualmente discutible, no todo el derecho es un sistema de normas, sino que, para DWORKIN, como es sabido, en él coexisten las normas y los principios. Es verdad que supone un paso adelante, puesto que incluye a los principios en el marco del derecho positivo del sistema; pero es igualmente cierto que, en definitiva, quedan al criterio del Juez. No parece que haya diferencia con la aplicación por los Jueces del derecho natural en otro tema. Me parece que la seguridad jurídica sigue sufriendo igualmente. Ante este callejón sin salida algunos ponen en entredicho, con escepticismo, el valor de todas las normas, tanto las del derecho natural como las del derecho positivo, e incluso creo ponen en entredicho los principios de DWORKIN. El centro de atención será la acción de los jueces; lo importante es predecir lo que harán los jueces en un caso concreto, HOLMES, por ejemplo, o el realismo norteamericano; o el momento de la resolución eficaz del caso en la aplicación del derecho por los jueces con el realismo escandinavo. En ambos casos pierde importancia la tensión entre derecho natural y modelo de derecho justo para la argumentación judicial. El tema de los valores superiores y de los derechos fundamentales, tal como se concreta en nuestra Constitución, es el resultado de un proceso en la cultura jurídica moderna que cristalizará en una nueva posibilidad de consideración de la relación entre el derecho positivo y el modelo de derecho justo, sobre el que todavía, a mi juicio, no se ha reflexionado lo suficiente. Sin duda, tiene también repercusiones en el proceso de producción, aplicación del derecho y en el sentido de la decisión judicial. Parece que por primera vez puede ser posible un encuentro entre el derecho positivo y el modelo del derecho justo sin que exista una materia principal y una subordinada que conduzca necesariamente al reduccionismo. Veremos con qué límites, pero sin duda estamos ante una perspectiva que puede ser fructífera, tanto para la teoría del derecho como para la teoría de la justicia, que permite una conexión entre ambas «teoría del derecho y teoría de la justicia», en el contexto de una relación entre el derecho positivo y el modelo del derecho justo.

El modelo iusnaturalista es un modelo donde el sistema se construye sobre la base de la deducción de las normas a partir de una norma fundamental de tipo material, mientras que en el modelo positivista más conocido, que es el kelseniano, el sistema se construye sobre la base de una norma fundamental formal que establece la obediencia a las normas creadas por los poderes con independencia del contenido que esas normas tengan. En el primer caso, una norma es válida si se deduce en su contenido del contenido de una norma superior, y en el segundo lo es si se produce por el poder que tenga competencia para ello de acuerdo con el procedimiento preestablecido.

KELSEN en la teoría pura del derecho, lo recuerdan ustedes, son dos textos famosos, llamará al primero «sistema estático» y al segundo «sistema dinámico». Para él, el sistema estático es aquel ordenamiento cuyas normas valen, dice textualmente KELSEN, es decir, la conducta determinada por ellas es vista como debida, por su contenido, en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo

contenido, el contenido de las normas que constituyen el orden, admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal. El sistema dinámico por su parte se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora, o lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden, sustentado en esa norma fundante básica.

Como es sabido, para K.ELSEN, el orden jurídico es un orden dinámico y esa conclusión dificulta, sin duda, la conexión del derecho con la justicia, es decir, con los contenidos materiales de las normas y hace indudablemente difícil la comparación, y no digamos la integración del derecho positivo y del modelo del derecho justo la validez, es decir la identidad del derecho como tal, aquí se desentiende de la justicia. En el modelo estático, el de la ética o el del derecho natural, la validez por los contenidos se desentiende del poder y de la coacción, que llevan a la eficacia como aplicación práctica de la validez y se centra en la racionalidad de esos contenidos materiales deducidos de la norma fundamental material. Aquí, la validez de lo que se desentiende es de la eficacia; en un caso es autosuficiente y no necesita de la justicia; en el segundo lo es también y no necesita de la eficacia.

Para los problemas que al principio apuntábamos, para el razonamiento judicial, para la justificación de la obediencia y para la legitimidad, ambos tipos de planteamiento presentan graves dificultades. ¿De la evolución de la cultura jurídica se puede deducir una vía de integración que permita entender el derecho válido, conectado al mismo tiempo con la justicia y con la eficacia? ¿El proceso en que desembocan los derechos fundamentales y en nuestra Constitución los valores superiores, puede conducir a una idea de sistema que integre lo que K.ELSEN llamaba «lo dinámico con lo estático», «los contenidos con la forma», que permita en algún sentido integrar el modelo del derecho justo en el derecho positivo y que fundamente y justifique la legitimidad y la obediencia? Dentro de la idea de sistema de ordenamiento, probablemente sea un camino razonable. La otra alternativa es renunciar al sistema -y se está haciendo por algunos autores contemporáneos- y volver de alguna manera al derecho medieval, al de la justicia del caso concreto, a la búsqueda de lo que es justo en cada supuesto. Me parece que por ahí se orientan los defensores del juez todo poderoso que se olvida del derecho legal cuando ambos -derecho legal y derecho judicial- tienen encaje y son compatibles desde el ordenamiento. Cuando los textos constitucionales, por ejemplo, empiezan a integrar contenidos materiales, lo que los constitucionalistas llaman la parte dogmática, cuando a través del proceso de positivación, los derechos fundamentales dejan de ser un espíritu sin fuerza para convertirse en una fuerza con espíritu, podemos vislumbrar la posibilidad de superar el aislamiento de la validez sin justicia o de la validez sin eficacia. Estamos ante normas producidas por los poderes competentes y por el procedimiento adecuado que, además, incluyen como contenido modelos de derecho justo.

Para llegar a ese punto, la cultura jurídica y política ha superado el idealismo y ha partido del análisis de la realidad y de la historia del mundo moderno. Eso ha supuesto poner de relieve el valor y la importancia del poder en la producción del derecho, desconsiderado tanto desde el iusnaturalismo como desde el planteamiento kelseniano de la norma hipotética fundamental. Sólo el último K.ELSEN, el de la teoría general de las normas, el K.ELSEN póstumo, reconocerá que detrás de toda norma hay una voluntad. Todo derecho es producto de un poder que fundamenta al mismo tiempo su validez y su eficacia. Si no se acepta este inexorable origen se equivocará cualquier reflexión sobre el modelo del derecho justo. Por eso el análisis del concepto de poder tendrá un puesto central, tanto en la teoría del derecho como en la teoría de la justicia. Pero como por otra parte es muy difícil distinguir en un ordenamiento moderno entre producción y aplicación del derecho, el proceso que vincula al poder con la producción del derecho se prolonga en su aplicación. No será tampoco posible la aplicación sin que el poder esté presente.

Conviene con todo lo dicho hasta ahora concretar que el concepto de poder, que es adecuado, a mi juicio, para la buena comprensión del fenómeno jurídico, es un concepto amplio que refleja lo que sucede

en la realidad. Así el poder no son sólo las instituciones del Estado, los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, los restantes poderes públicos locales o autonómicos, sino también los que detentan la fuerza al servicio de estos poderes, los operadores jurídicos y funcionarios en general y los ciudadanos en cuanto participan en la formación de los poderes y en el normal funcionamiento de la maquinaria jurídica en sus diversos niveles. Este concepto amplio de poder permite concluir que se debe matizar también la vieja distinción entre autor o productor del derecho y destinatario del mismo, y así se puede comprender la repercusión que estas reflexiones de teoría del derecho tienen en la teoría de la justicia y en la justificación de la obediencia al derecho.

Es más razonable considerar justo un derecho en cuya producción se ha participado en alguna manera, que se siente más propio y, consiguientemente, que se tiende a obedecer más fácilmente.

Cuando HART habla de regla de reconocimiento, como cito textualmente, «... la que suministra criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema» y la sitúa en prácticas sociales, en la manera en que las reglas primarias de obligación son identificadas por Tribunales, funcionarios, súbditos o consejeros, es decir, cuando lo identifica con la aceptación compartida de las reglas, está planteando, desde otro punto de vista, esta misma idea del poder. Es el uso de la norma y el hecho de la aceptación, una expresión del poder, entendido tan ampliamente como aquí lo hacemos. Con todo, creo que es más claro el planteamiento que yo les propongo, un poder así entendido como instituciones, poderes, operadores jurídicos y ciudadanos que crean el derecho e instituciones, poderes, operadores y ciudadanos que usan y aplican el derecho y al usarlo lo aceptan, es el hecho fundante básico, es decir, el fundamento de la validez y de la eficacia de las normas.

No se puede hoy, y quiero llegar al núcleo del tema, construir ningún modelo de derecho justo que prescindiera de esta realidad. El derecho sólo lo es, si se sitúa bajo el amparo de ese hecho fundante básico; al margen podrán existir criterios normativos, es decir, puntos de vista que podrían servir para regular una situación si se incorporan a derecho; o valores, o principios éticos, pero nada de eso es el derecho en plenitud si no forma parte del ordenamiento apoyado por el hecho fundante básico. El derecho justo hoy, por consiguiente, tiene que pasar por estas coordenadas, y ser así primero derecho con las características del derecho positivo; sólo en el derecho positivo se puede hablar de derecho justo, aunque los criterios de justicia, los valores y los principios éticos, expresión de la racionalidad, trascienden a lo jurídico. Evidentemente el modelo de poder legítimo y de derecho justo que se genera en el mundo moderno desde la perspectiva democrática con los valores de libertad y de igualdad y con los derechos fundamentales como desarrollo de esos valores, se forma en el ámbito filosófico, ético y político, pero sólo se completará cuando el poder lo convierta en derecho positivo.

De todo lo dicho se puede sacar, a mi juicio, dos conclusiones. Primera: el primer nivel de un derecho justo pasa porque el hecho fundante básico, es decir, el poder, sea un poder legítimo, lo que hoy es idéntico a decir «un poder democrático». Segundo: la vocación y la plenitud de los ideales de justicia, de los principios morales y de los valores, es realizarse en el derecho positivo; la moralidad crítica pretende siempre convertirse en moralidad legalizada e integrarse en el derecho positivo. No podemos detenernos, naturalmente, en los múltiples factores históricos, económicos, sociales, políticos y culturales que contribuyen a la aparición de la concepción democrática y que exigirían no una conferencia, sino un curso; sin embargo, se puede decir que se trata de una realidad en la que se producen diversos momentos, con plurales aportaciones, a veces con esfuerzos ingentes, con sacrificios y con resistencia de los que podrían ver afectados sus intereses.

Para lo que nos importa aquí, podemos decir que filosofía democrática y valores de libertad y de igualdad y derechos fundamentales son inseparables y no se pueden comprender los unos sin los otros. Así, si se tiene en cuenta lo que hemos afirmado con anterioridad, sólo un poder político democrático, un hecho fundante básico con esas características, puede incorporar al derecho positivo esos ideales de justi-

cia de los valores y de los derechos. Sin la voluntad de un poder que lleve en sus propias entrañas esas concepciones, el resultado jurídico será un ordenamiento desconocedor de ellos o, en su caso, los afirmará a efectos puramente retóricos, como ocurría en España con el Fuero de los españoles. El hecho fundante básico será expresión de una racionalidad que lo legitima, y al mismo tiempo, esa racionalidad se expresará por medio de esos valores y de esos derechos fundamentales en su vertiente jurídica. En efecto, una de las características del poder democrático es su juridificación, su sometimiento al derecho y su propia formulación como poder, se hará con la positivación de los valores y de los derechos fundamentales.

Los valores que se realizan a través de un poder democrático y consiguientemente de un ordenamiento jurídico en que funden su validez y su eficacia, son (y es sabido, me limito a recordarlos) los siguientes, de acuerdo con la fundamentación intersubjetiva del consenso mayoritario, en la cultura política y jurídica de nuestro tiempo: la libertad, que pretenderá la creación de ámbitos de autonomía para el libre desarrollo de la actividad de cada uno y la participación de todos en las diversas dimensiones del poder; el pluralismo, que pretenderá garantizar las diversas concepciones del mundo y de la vida, hacer posible su libre desarrollo e impedir la imposición por la fuerza de cualquiera de ellas, y la igualdad, que pretenderá garantizar a todos una igualdad formal ante la Ley y promover las condiciones y remover los obstáculos para hacer posible la satisfacción igualitaria de las necesidades básicas. Estos valores se desarrollarán, tanto como principios de organización, como derechos fundamentales del ordenamiento jurídico.

Hoy se puede decir, y nuestra Constitución es un ejemplo, que la preocupación metodológica kelseniana, de construir el ordenamiento sólo desde las formas, normas de producción, y normas de ejecución, no es posible por la incorporación al derecho positivo de las dimensiones materiales de los valores superiores y de los derechos fundamentales. Sin embargo, esta afirmación no supone en ningún caso excluir la Constitución formal ni su sustitución por la idea de Constitución material, como pretendió, por ejemplo, MORTATI en su obra *La Costituzione in senso materiale* y tampoco entender la Constitución material en el sentido de los elementos esenciales de la ideología del partido incorporados a la Constitución, como él la entendió en pleno apogeo del fascismo italiano. (No hay que olvidar que esta obra del MORTATI, que no es el MORTATI que hoy conocemos, del MORTATI de aquellos tiempos, está publicada por Jofré, en 1940.) Por el contrario, precisamente, la necesaria realidad de las dimensiones materiales exige más el mantenimiento de la Constitución formal si se quiere seguir viendo al derecho, y a mi juicio es imprescindible, como un sistema y como un ordenamiento. Voy a referirme, para centrar el tema en el núcleo que les pretendía exponer, a los dos aspectos, el aspecto de la Constitución formal y de la Constitución material en su relación con los valores superiores y con los derechos fundamentales.

Constitución formal, por consiguiente, valores superiores y derechos fundamentales.

La norma básica formal del ordenamiento supone la respuesta a dos preguntas que expresan una vez más la relación entre «poder y derecho» -quién manda y cómo se manda-. Lo esencial de la estructura formal del sistema jurídico se concreta en las soluciones que se dan al problema del poder en cuanto a quienes lo detentan y a cómo lo ejercen, lo que visto desde el punto de vista del derecho, supone saber qué órganos lo crean y con qué procedimiento lo hacen. La respuesta a cada pregunta se expresa en una serie de normas jurídicas, que en un sistema apoyado en un poder democrático, incorpora también valores superiores y derechos fundamentales como principios de organización y como inspiradores de la Constitución formal. No se puede, por consiguiente, y esto me parece muy importante, identificar a los valores superiores ni a los derechos fundamentales sólo con la Constitución material o con el ordenamiento en sentido material. La respuesta a la pregunta ¿quién manda?, tiene a su vez diversos escalones con dimensiones políticas. A este nivel se puede responder que manda el soberano, es decir, el pueblo, y esa primera respuesta la podemos encontrar en nuestra Constitución, en el artículo 1.2: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Inmediatamente se trata de saber qué órgano representa al poder soberano ante la dificultad, que no necesita justificación, me parece, del ejerci-

cio directo de la soberanía, democracia directa, y ante la ineludible consecuencia de la democracia representativa. Aquí caben diversas soluciones, todas ellas democráticas, según la representación se identifique con el Parlamento o se distribuya entre éste y el Jefe del Estado, por ejemplo. En España, la identificación de ese órgano se produce en el artículo 66: «Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y por el Senado». Estamos ya mucho más en la dimensión jurídica del órgano que manda como expresión del soberano; es el Parlamento y lo hace a través de la ley, que adquirirá así su dimensión auténtica como norma jerárquicamente superior después de la Constitución. Desde este punto de vista es, a mi juicio, desde el que hay que entender la relación entre el derecho legal y el derecho judicial. No se trata de que el derecho judicial sustituya al derecho legal, sino que se inserta en este planteamiento que estoy haciendo. En esta relación, soberanía nacional y Cortes Generales, como representación de esa soberanía, entran en juego valores y derechos que acreditan así prácticamente su virtualidad en esa dimensión formal y no están ausentes los valores y los derechos de la dimensión formal. El valor libertad y el valor pluralismo están en la raíz misma de la organización del Parlamento, así como su desarrollo a través de derechos fundamentales, como el derecho a la participación política por medio de elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23 de la Constitución). Estos valores y estos derechos fundamentales inspiran las normas jurídicas sobre la formación de las Cámaras, el acceso al poder y sobre su renovación o cambio de poder que están en la propia Constitución o en otras Leyes como la Ley Electoral.

En otros niveles sucesivos y vinculados con los primeros está la identificación de otros órganos que mandan en relación con esa norma básica que responde en su primer grado de jerarquía a la pregunta ¿quién manda? Así, el Gobierno, en nuestra Constitución, artículo 97, o el Poder Judicial, artículo 117, entre otros, o los órganos de las Comunidades Autónomas, etcétera, artículo 147.2 en relación con los Estatutos de Autonomía, o el Tribunal Constitucional, artículo 161. En otras normas jurídicas se desciende en la respuesta a la pregunta de ¿quién manda? a niveles que alcanzan a órganos inferiores, a autoridades y a funcionarios. La segunda norma básica que completa lo que podemos llamar la norma básica formal, se produce con la respuesta a la pregunta ¿cómo se manda? En una sociedad democrática, la respuesta, como uno u otro matiz, es siempre, se manda a través del derecho; a esto responde el imperio de la ley, el *rule of law* anglosajón. En España, con la identificación del poder con el Estado de derecho, artículo 1.1, y con los principios a que se refiere el artículo 9.3, legalidad, jerarquía, normativa, seguridad jurídica, etc., se está dando también la misma respuesta. Esta idea del sometimiento al derecho como forma de organización de la convivencia es una dimensión también del valor libertad, en cuanto se piensa desde CICERON en una tradición que se mantiene hasta hoy que «hay que ser siervos de la Ley para poder ser libres» y también del valor igualdad, en tanto en cuanto el gobierno de la ley a través de las normas generales y abstractas y con destinatarios genéricos, que son los hombres, el *homo juridicus*, permite el tratamiento igual de todos y la aplicación a todos de procedimientos similares, de casos similares en la actuación de los jueces y de los demás operadores jurídicos. Asimismo existe un derecho al procedimiento, especialmente entre las garantías procesales, artículos 17, 24 y 25 de la Constitución, como derecho fundamental. También en esta dimensión de la Constitución formal están presentes valores y derechos fundamentales. Se confirma una vez más que las formas del derecho son expresión de valores y de derechos, que no son neutrales; las formas jurídicas apoyadas en el poder, hecho fundante básico democrático, realizan los valores a los que sirve la democracia incluso a través de sus formas.

Si nos aproximamos al tema más desde el ordenamiento jurídico, el desarrollo de esta respuesta sobre el papel del derecho, ¿cómo se manda?, se orienta hacia la idea de procedimiento. Así, como la respuesta al problema de ¿quién manda? llevaba a los órganos de creación y de aplicación del derecho, así en este caso, se plantea el tema del procedimiento para crear el derecho o para aplicarlo y podemos encontrar respuestas paralelas a las que se dan en relación con los órganos; órganos competentes y procedimientos

preestablecidos son los dos puntos centrales en el ordenamiento formal que contestan en cada caso y a cada nivel a las preguntas ¿quién manda? y ¿cómo se manda? Las normas que crea el Parlamento, leyes, se hacen de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos 81 y siguientes de la Constitución y en otras normas como los Reglamentos de las Cámaras; las normas creadas por el poder ejecutivo, reglamentos u otras disposiciones, se hacen, se crearán con el procedimiento establecido en las Leyes de procedimiento administrativo, etcétera, y las normas creadas por el Poder Judicial, a través del procedimiento establecido en la Constitución, en las Leyes Orgánica del Poder Judicial, o de procedimiento, procedimiento Civil, Criminal, etc. Con la respuesta compleja y minuciosa a las preguntas ¿quién manda? y ¿cómo se manda?, se completa la Constitución formal, son la norma básica formal, e incluso algunos han pensado que con eso se agota el análisis del tema (y ése sería, por ejemplo, el análisis kelseniano del tema). Pero, a mi juicio, no se puede cabalmente llegar a esa conclusión.

Entramos en el tema, para terminar, de la Constitución material y de los valores superiores y los derechos fundamentales. Aunque ciertamente en el análisis de la Constitución formal se encuentran, como hemos visto, valores y derechos fundamentales, será con la aparición de la Constitución material cuando este tema se explicita en toda profundidad. No podemos entrar ahora a recordar el planteamiento de Karl Schmid en su obra sobre la legalidad y legitimidad, cuando anuncia la crisis que para el Estado legislativo parlamentario se producirá con la aparición de los contenidos materiales de las Constituciones, con la aparición de lo que él llama el legislador extraordinario *ratione materiae*, pero lo cierto es que la aparición de la Constitución material tiene una importancia grande en el tema que nos ocupa. Ya se puede hablar de Constitución material cuando se responde, no a la pregunta ¿quién manda? y ¿cómo se manda?, sino a la pregunta ¿qué se manda? Se está entrando en el tema y la respuesta será la norma básica material de la Constitución. Se trata de saber qué contenidos deben realizar las normas, qué valores, qué ideales éticos, qué derechos deben plasmar. Nuestra Constitución responde a eso de una manera fundamental en el artículo 1.1 y luego después en el título sobre los derechos fundamentales. No olviden ustedes que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Lo que se manda es precisamente la realización de esos valores o su desarrollo a través de los derechos fundamentales. Y aquí parece que volvemos de nuevo a los tipos de ordenamientos estáticos del derecho natural excluidos por KELSEN del orden de los ordenamientos jurídicos; sin embargo, la gran innovación consiste en que, en este caso, esos valores son derecho positivo y consiguientemente se pueden utilizar con ellos todos los procedimientos que para hacerlos eficaces tienen el derecho positivo.

Al principio de esta intervención evoqué la dificultad que se ha planteado históricamente para hacer compatible el derecho positivo, producto del poder, tal como aquí lo hemos dibujado y el modelo de derecho justo. Creo que esta vía de positivación de los derechos fundamentales que se afirma progresivamente en la cultura jurídica de las sociedades democráticas y también en la vía de positivación explícita del sistema de valores, como hace nuestra Constitución que hace esta positivación explícita, sin que sea necesario, como en el caso de la Ley fundamental de Bonn, que sea el Tribunal Constitucional Federal el que elabore el sistema de valores sobre el conjunto del ordenamiento jurídico, puede convertir a esta realidad en muy fructífera para superar esa incompatibilidad. Sin entrar a fondo en la discusión del fundamento de los valores, aunque naturalmente partiendo de un punto de vista que intente integrar en esa explicación los elementos racionales y los históricos. (También aquí me parece que el tema de nuestro tiempo, fundamento de los valores y de los derechos, es integrar razón e historia.) No se puede disminuir la importancia que supone también a esos efectos la positivación de los valores y de los derechos fundamentales, puesto que aporta, con la participación de los ciudadanos en la formación del poder y en las grandes decisiones constituyentes, un consenso y una fundamentación intersubjetiva de un enorme valor. A partir del artículo 1.1, que explícita los valores y su desarrollo a través de los derechos humanos, que son desa-

rollo fundamentalmente de los valores de libertad e igualdad, todo el ordenamiento jurídico en sus contenidos materiales debe desarrollar positivamente y en todo caso no infringir negativamente esos valores, que no son ya simples ideales, sino que forman parte del derecho positivo y que son la norma básica material. Todo este tema está lleno de matices, que sin duda no voy a ser capaz de explicitar en esta intervención. Sí hay que matizar que estos valores están positivizados y con norma, pero como norma abierta a la moralidad crítica están en permanente proceso de creación y ampliación y sus destinatarios son al mismo tiempo protagonistas con su esfuerzo y con su reflexión de ese consenso, de esa aceptación intersubjetiva que se amplía, que se corrige y que se concreta permanentemente.

Una última referencia, antes de entrar en mi conclusión, al concepto y a la utilización por los operadores jurídicos de estas normas básicas, formales y materiales que responden a las preguntas ¿quién manda?, ¿cómo se manda? y ¿qué se manda? Estamos ante unas normas básicas que no son normas primarias, sino secundarias, son normas sobre normas, normas de organización y de producción de normas. Las dos primeras son normas secundarias formales y la última, norma secundaria material, eso supone a mi juicio lo siguiente: que son, en primer lugar, normas de identificación de normas, unas en cuanto a su forma y otras en cuanto a su contenido, lo que significa que de ellas se deduce la validez de las demás normas. Lo que añade la norma secundaria material, que es lo más innovador de la cultura jurídica contemporánea, al sistema clásico de identificación de normas es que ya no se produce esta identificación, sólo por la adecuación del órgano productor y del procedimiento de producción, sino también por criterios de contenido; esto significa que establece objetivos y límites sobre lo que se puede mandar, prohibir o permitir, es, como decía WITELMAN, derecho sobre derecho, es de nuevo volver a lo que pretendía el derecho natural. El derecho natural también pretendía ser derecho sobre derecho, pero fallaba la premisa mayor, porque no era realmente derecho. Ahora la norma básica material sí que es derecho sobre derecho y así se supera, me parece, en este sentido, algunos de los problemas que fomentaron la mayor crítica al derecho natural. Sus destinatarios son los que tienen que crear las demás normas o los que tienen que usarlas y proporcionan una guía sobre quiénes, con qué procedimiento y con qué contenidos deben usarse las normas o cómo y cuándo han de usarse las ya existentes, qué alcance debe dárseles, cómo combinarlas, cuándo otorgar preferencia a unas sobre otras, etc.; son así criterios formales o materiales para la creación e interpretación de otras normas que tienen en general gran interés para todos los operadores jurídicos, pero naturalmente, especialmente para todos los jueces; son normas, en tercer lugar, que incluyen o presuponen el sistema de valores superiores del ordenamiento, y el legislador, el juez y los restantes operadores tienen que prolongarlas y desarrollarlas en las demás normas; son, por fin, normas que expresan la legitimidad del sistema político y la justicia del ordenamiento Jurídico y en tanto en cuanto es así, de ellas centralmente se extraen las razones éticas para la obediencia al derecho.

Hoy, el tema de los valores y de los derechos fundamentales nos abre nuevamente el horizonte a la reflexión sobre el derecho justo, pero sin caer en los defectos de la aproximación naturalista. Cuando se quiere analizar con rigor el fenómeno del derecho partiendo del único derecho pleno que existe, que es el positivo, ya no se aparta necesariamente ni se excluye la dimensión ética. Los jueces y los operadores jurídicos no tienen, si quieren ser fieles a su vocación de justicia, que emprender por sí solos la imposible tarea de escalar el cielo. Los científicos del derecho no serán ya acusados necesariamente de hacer bellas y sólidas construcciones normativas como las cabezas de las fábulas de Fedro, que pueden ser muy hermosas pero carecen de sexo en la imputación que hacía KANT a la ciencia empírica del derecho. A todos se nos abren nuevas posibilidades con la positivación de los derechos fundamentales que arranca ya de más atrás y con la de los valores superiores como hace nuestra Constitución en su artículo 1.1. Los filósofos del derecho, los científicos y todos los operadores Jurídicos deben tener en cuenta esta realidad en la realización de sus funciones específicas.

Todo el acervo moral que se basa en la dignidad humana y que desde ella pretende construir la pleni-

tud de la condición humana tiene así un cauce que no es incompatible con la realidad del poder y del derecho. La libertad inicial, libertad psicológica que nos permite elegir, decir sí o decir no, y que es el punto de partida para construir la libertad moral, que es la expresión realizada de la dignidad del hombre, tiene así un cauce. Todo un depósito de ideas morales, de creencias y de filosofía política y jurídica, se condensa en la filosofía democrática que acabamos de exponer en síntesis desde su dimensión de la teoría del derecho y de la teoría de la justicia. Ciertamente que este acervo no se agota con los valores y con los derechos fundamentales que se propugnan desde el ordenamiento jurídico. La conciencia crítica, la moralidad no legalizada seguirá presionando en las fronteras del derecho para seguir avanzando en la lucha por una sociedad humana más justa. Todos los hombres, los operadores jurídicos y los ciudadanos somos los protagonistas de este hermoso y siempre abierto proceso que todos nosotros, pero especialmente los que tienen responsabilidad en la creación y en la aplicación del derecho, tenemos que realizar.