Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022), *45*
e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676

Entrevista a Liborio Hierro

Interview to Liborio Hierro

Manuel Atienza

Autor:
Manuel Atienza
Universidad de Alicante, España
manuel.atienza@ua.es
https://orcid.org/0000-0001-6569-1402

Citar como:
Atienza, (Manuel 2022). Entrevista a Liborio Hierro. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, *45*, pp. 631-673. https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.24

Licencia:
Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional.



© Manuel Atienza

Manuel Atienza: *Me gusta empezar estas entrevistas recabando del entrevistado algunos datos autobiográficos. Sé que estudiaste Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, hacia la mitad de los años sesenta, que te interesaste en seguida por la filosofía del Derecho y que en ello jugaron un papel destacado Gregorio Peces-Barba y Elías Díaz; que ejerciste la abogacía en los años 70; y que tuviste también una militancia política (en el partido socialista) desde fechas muy tempranas. ¿Pero podrías darnos más detalles sobre todo eso? ¿Y qué te llevó a estudiar Derecho? ¿Qué recuerdos tienes de la universidad de entonces? ¿Cuáles fueron tus primeras influencias en esos años de formación?*

Liborio Hierro: Entiendo que me preguntas por las primeras influencias en mi formación universitaria o, para los que finalmente hemos terminado trabajando en la universidad, lo que podríamos llamar «formación intelectual». Creo, sin embargo, que mi formación intelectual empezó, por suerte, antes de llegar a la universidad y ello se debió a dos afortunadas circunstancias. Tuve la inmensa fortuna de estudiar desde los ocho años en el Instituto Ramiro de Maeztu de Madrid. Era –dicen– la herencia del «instituto modelo» concebido conforme a los ideales de la Institución Libre de Enseñanza. A pesar de la Guerra civil y de la consecuente dictadura algo se conservaba vigente en aquella herencia. Buena parte de los catedráticos tenían, allí y entonces, un nivel académico tanto en la docencia como en la investigación más propio de una universidad que de un colegio. Aprendí mucho latín con Don Antonio Magariños que, aunque haya llegado a ser más recordado como fundador del club Estudiantes, era el alma del Instituto al

tiempo que un reputado latinista y un excelente profesor; aprendí también mucho griego con Don Luis Ortiz Muñoz; me enseñaron literatura Don Jaime Oliver Asín y Don Enrique Navarro Ramos; me aficioné a la filosofía con un extraño personaje, el padre Manuel Mindán Manero, un sacerdote orteguiano, algo poco común en aquella época, y un excelente profesor poco apreciado por los alumnos. La segunda circunstancia afortunada fue la influencia de mi hermano José. José Hierro –un destacado filósofo del lenguaje– es ocho años mayor que yo; por aquellos años en que yo cursaba el bachillerato superior él ya había terminado la carrera de derecho, preparaba su tesis doctoral sobre el derecho en Ortega y se había pasado con armas y bagajes a la filosofía cuya licenciatura terminó en un tiempo breve para continuar becado en Oxford y Cambridge. Mi hermano me aficionó a la lectura y me introdujo en la filosofía hasta el punto de que al acabar el bachillerato con su curso «pre-universitario» yo había leído mucho de Ortega, bastante de Unamuno, algo de Aranguren, y –dadas mis inclinaciones religiosas de entonces– casi todo de Teilhard de Chardin.

Pensaba estudiar lenguas clásicas así que cuando terminé el preuniversitario y mi padre me preguntó –solemnemente ante toda la familia– «¿y ahora qué piensas estudiar?», le respondí «lenguas clásicas»; él, sin alterar el gesto, dictaminó: «Una gran idea. En cuanto acabes derecho, estudiarás lenguas clásicas». Como mi padre era persona de buen juicio y notable autoridad, estimé que no era oportuno iniciar una discusión y fue así como empecé a estudiar derecho mientras recaudaba unas pesetas dando clases particulares de latín y griego a estudiantes de bachillerato. Nunca, nunca después, me he arrepentido de aquella decisión… de mi padre. Así que esto también resultó ser una suerte. Así nació mi vocación por el derecho.

Estudié la carrera de derecho en la Universidad Complutense entre 1963 y 1968. Fueron años de mucha actividad y de mucha agitación. Me gustó el derecho desde el primer momento, aunque el primer curso fue bastante plano y la asignatura de Derecho Natural –en la que insólitamente utilizábamos como manual un libro titulado Los griegos y el derecho natural– hubiera sido decepcionante si no fuese porque en la cátedra de Luis Legaz, uno de cuyos adjuntos y autor de aquel libro era nuestro profesor, tuvimos también ocasión de participar en las clases prácticas y los seminarios impartidos por Luis García San Miguel y mi propio hermano. Recuerdo, en los siguientes años, algunos profesores magníficos: Federico de Castro (Derecho Civil), que era la negación misma de la pedagogía pero sus clases resultaban espectaculares conferencias; Sánchez-Agesta (Derecho Político y Derecho Constitucional), que tenía la generosidad de hacernos estudiar el manual de Jiménez de Parga; Hernández Gil (Derecho Civil), que combinaba magistralmente la amenidad oratoria con la profundidad conceptual; Rubio García Mina (Derecho Mercantil), un franquista radical obsesionado con llevar la contraria a Garrigues pero, al mismo tiempo, un profesor magistral que sólo explicaba cada año un tema monográfico delegando en su adjunto la tarea semanal de avanzar en el programa que, inexplicablemente, había que estudiar por el manual de Garrigues. No puedo extenderme más, pero cabe subrayar que entre los adjuntos y los ayudantes había también grandes profesores. Aunque durante esos años seguí leyendo las aportaciones

filosóficas y políticas que estaban más o menos de moda (Marx, Sartre, Marcuse, Lévi-Strauss, Althusser…) el derecho me interesó siempre mucho. Cuando, en el quinto curso, me correspondió estudiar la asignatura de filosofía del derecho en la cátedra de Joaquín Ruiz Giménez, tuve la impresión de que mi suerte estaba echada: se me ofrecía un trébol perfecto formado por la filosofía, el derecho y la actividad política. Ruiz Giménez no era un gran filósofo, ni lo pretendía, pero era un gran profesor, ameno y sugerente; era además un jurista practicante, un abogado en ejercicio; y era, finalmente, una destacada figura política: procedente del régimen franquista había sido muy joven embajador en el Vaticano, luego ministro de educación –cargo en el que había iniciado una clara tendencia liberalizadora– y, finalmente, una referencia indiscutible de la oposición al régimen desde la fundación, en 1963, de la revista Cuadernos para el Diálogo, una actividad con la que, como enseguida te contaré, ya tenía yo contacto. En el ámbito académico tenía –como tú señalas en tu pregunta– dos destacados adjuntos, Elías Díaz y Gregorio Peces Barba.

Me preguntas también por la militancia política. Empezó pronto y en mi caso, muy similar al de muchos otros estudiantes en aquellos años, estaba estrechamente vinculada a nuestra militancia religiosa. Pertenecía a una organización católica de estudiantes con una militante orientación posconciliar; entre nuestros ideales estaba lo que entonces se denominaba «compromiso temporal» consistente en el deber de participar en actividades encaminadas a alcanzar una sociedad más justa. No es extraño, pues, que en el primer curso de la carrera entrase, de la mano de Oscar Alzaga, a formar parte de las juventudes demócrata-cristianas, una organización política entonces clandestina con muy escasa implantación. Me convenció muy poco de tal modo que al año siguiente la abandoné para dedicar mi actividad al Sindicato Democrático de Estudiantes (SDEUM) que era una forma de utilizar las estructuras legales de representación estudiantil para la acción política contra el régimen. En el tercer curso pude dejar las clases de latín y griego al encontrar un trabajo ocasional y parcial en Cuadernos para el Diálogo. Como antes te decía, se había fundado en 1963 y ya funcionaba tanto la revista como la editorial; mi modesto trabajo consistía en ayudar a José María Riaza a fomentar y mantener el contacto con los círculos de seguidores de la revista en las provincias lo que, como es fácil comprender, tenía un objetivo más político que mercantil.

Al terminar la carrera permanecí primero como becario y después como ayudante en la cátedra de Ruiz Giménez y, como tú mismo señalas, empecé a ejercer la abogacía. La ejercí durante catorce años, desde enero de 1969 hasta diciembre de 1982, primero en el despacho de Pablo Castellanos y luego, desde 1977, en mi propio despacho que formé con dos compañeros. Durante todo ese tiempo mi dedicación a la universidad fue, por tanto, a tiempo parcial, lo que entonces se denominaba dedicación plena. En octubre de 1971 ingresé en el Partido Socialista Obrero Español y en la Unión General de Trabajadores; desde entonces tuve que compaginar las actividades profesionales con la actividad política que la clandestinidad hacía un tanto complicada. En la Universidad mis primeros trabajos estuvieron más vinculados a Gregorio Peces Barba y centrados en los derechos humanos de donde procede la publicación, en 1973, del libro Textos

básicos sobre derechos humanos y la beca de la Fundación Juan March que disfrutamos entre 1973 y 1975 Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y yo para iniciar una historia de los derechos humanos. Sin embargo, el momento decisivo fue el comienzo del cuso 1972-1973, cuando Elías Díaz es llamado a la Universidad Autónoma de Madrid por Aurelio Menéndez, el primer decano de su Facultad de Derecho. Con él fuimos inicialmente Francisco Laporta, Virgilio Zapatero, Ángel Zaragoza y yo. Te digo que fue decisivo en nuestra carrera académica pues las condiciones fueron ahora muy distintas. Tuvimos todos, junto a unas mejores condiciones laborales y una razonable perspectiva de estabilidad, nuestros propios grupos de docencia y la asignatura Derecho Natural, en el primer curso, fue sustituida por la de Teoría del Derecho. Nuestro programa, influido claramente por la Sociología y Filosofía del Derecho de Elías Díaz, de 1971, se apoyaba básicamente en Kelsen, Hart y Bobbio.

Quiero terminar este largo recordatorio explicando cómo abordé mi tesis doctoral. Elías había formado un excelente seminario centrado en la recuperación de la filosofía política y jurídica marginada por la dictadura. De allí salieron las primeras tesis doctorales sobre el pensamiento filosófico jurídico español anterior a la «depuración» (Emilio Lamo de Espinosa sobre Julián Besteiro, Francisco J. Laporta sobre Adolfo Posada y Virgilio Zapatero sobre Fernando De los Ríos). Elías, que en esos mismos años publica su libro sobre el krausismo español, me animó a realizar mi tesis sobre los iusnaturalistas españoles que a principios del siglo XX habían mantenido posturas filosóficas más abiertas y habían difundido la doctrina social católica iniciada por la encíclica Rerum Novarum. Para alguna de las sesiones del seminario tuve que preparar mi intervención y trabajé sobre el que me parecía más interesante y representativo de aquellos, Alfredo Mendizábal Villalba. Era un zaragozano que fue catedrático de Derecho Natural en Oviedo; perseguido primero por los revolucionarios de octubre y depurado después por los golpistas de abril en 1937, marchó al exilio y enseñó en Estados Unidos. No obstante, el tema no me interesaba mucho y enseguida lo abandoné. En aquellos primeros años de la década de los setenta los filósofos que me influyeron más intensamente fueron Bertrand Russell y Karl R. Popper al tiempo que la preparación de las clases de Teoría del Derecho en la Autónoma me llevó, como antes te decía, a manejar básicamente a Kelsen, Hart y Bobbio. Tanto Kelsen como Hart se habían ocupado de debatir la obra de Ross ya en 1959 y en el notable debate sobre el positivismo que entre 1965 y 1966 tuvo lugar en Italia, protagonizado por Bobbio y Scarpelli, Alf Ross y el realismo escandinavo se convierten en una referencia ineludible. Mientras en esa década los realistas escandinavos eran bastante conocidos en Italia, particularmente por las aportaciones de Giovanni Tarello, Enrico Pattaro y Silvana Castignone, en España las referencias eran escasas y generalmente indirectas a pesar de la publicación en 1961 de la impresionante conferencia que Ross había impartido en Argentina el año anterior: El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho Natural. La posición de Ross frente al iusnaturalismo y al positivismo kelseniano me parecía muy sugerente y probablemente despejó cualquier otra duda la visita que Francisco Laporta y yo hicimos a la Facultad de Derecho de la Universidad de Oslo en 1974 donde conocimos

al profesor Torstein Eckhoff, un brillante constitucionalista estrechamente vinculado al realismo escandinavo con una atrayente personalidad académica y política que ese mismo año había publicado su Justice. Its determinants in social interaction, obra que ha estado presente en todos mis posteriores trabajos sobre teoría de la justicia. En ese contexto y en ese mismo año tomé la decisión de hacer la tesis doctoral sobre el realismo jurídico escandinavo, tesis que presenté en 1979 y se publicó en 1981.

Cuando leí la tesis decidí volver a los derechos humanos con la pretensión de ubicarlos, más allá de la mera retórica política, en una teoría del derecho metodológicamente analítica y sustantivamente realista. En 1981 publiqué en la revista Sistema un artículo titulado Derechos humanos y necesidades humanas. Problemas de un concepto. Me parece que ahí es donde inicié una carrera académica merecedora de tal nombre –si es que lo merece– pero que pronto se vio interrumpida por el compromiso político. En diciembre de 1982 me incorporé como Subsecretario de Justicia al primer gobierno socialista tras la transición. Pensé que mi compromiso sería para dos o tres años, pero finalmente se prolongó a toda una década.

Manuel Atienza: *Parémonos entonces un momento en tu tesis de doctorado, y en el tema del realismo jurídico. Tu libro se publicó en 1981, pero más recientemente ha aparecido una nueva edición, en 2009, «revisada y abreviada». Me gustaría plantearte algunas cosas al respecto. La primera es que nos señalaras, obviamente de manera muy sintética, cuál es, en tu opinión, la principal aportación de esos autores (particularmente, de Alf Ross) a la teoría del Derecho. También, y dado que tú te centras en el realismo jurídico escandinavo, que nos dijeras algo sobre sus similitudes y diferencias con el americano. Antes has indicado que la concepción de Ross (y la del realismo jurídico en general), se presenta como una alternativa frente al iusnaturalismo y el positivismo jurídico (el kelseniano). ¿Ha constituido, en tu opinión, una alternativa exitosa? Hoy en día no es frecuente, me parece, encontrar a un teórico del Derecho que se autodefina como realista. ¿Pero cómo deberíamos interpretar ese dato? ¿En el sentido que señalaba un autor estadounidense hacia mitad de los años 50 del siglo pasado: hoy ya, de alguna manera, «todos somos realistas», hemos incorporado mucho de lo que ellos plantearon, de manera que ha dejado de constituir una seña de identidad? ¿Qué queda, en definitiva, del realismo para la cultura jurídica? ¿Y de qué manera ha influido el realismo en tu filosofía del Derecho?*

Liborio Hierro: Si no me equivoco me planteas ahora cinco preguntas encadenadas. A la primera: creo que la principal aportación del realismo escandinavo a la teoría del derecho es precisamente lo que, en aquellos años, más me llamó la atención y me motivó a dedicar a su estudio mi tesis doctoral y consiste en su crítica al positivismo dogmático o formalista que les permitía proponerse como una alternativa a la confrontación iusnaturalismo-positivismo. Esta crítica se formulaba desde una perspectiva empirista y se centraba en que el positivismo formalista, culminado en la teoría pura de Kelsen, asumía la teoría de la voluntad como origen de las normas jurídicas y sólo se diferenciaba del iusnaturalismo porque la voluntad de Dios era ahora sustituida por

la voluntad del estado. Esta crítica había sido formulada por Hägerström y tuvo más desarrollo en Olivecrona, mientras que en Ross se extendió a la noción de validez. Todos ellos sostienen que la concepción voluntarista del derecho hace que iusnaturalismo y positivismo compartan una misma concepción sobre la existencia de las normas jurídicas que consistiría en su «validez» entendida como su fuerza obligatoria. El positivismo dominante era considerado por ello como un cripto-iusnaturalismo o cuasi-positivismo que, como el iusnaturalismo, implicaba una concepción metafísica del derecho. Un estudio científico del derecho, un positivismo jurídico auténtico, tenía que ocuparse del derecho como hecho. Ello les lleva a concluir que el elemento característico de las normas jurídicas es la organización del uso de la fuerza y que una ciencia realista del derecho ha de ocuparse del derecho vigente, eficaz, es decir de las normas efectivamente aplicadas por los tribunales y funcionarios. No debo extenderme más pero cabe recordar que Kelsen, frente a estas críticas, reivindicó la teoría pura como teoría realista por el carácter necesariamente eficaz de la norma fundamental para poder tener ese carácter normativo que sólo así se proyecta a todo el ordenamiento jurídico.

Paso a la segunda cuestión: similitudes y diferencia entre el realismo jurídico escandinavo y el realismo jurídico norteamericano. Algunos de los autores que se han ocupado del tema –como Wolfgang Friedmann o John D. Finch– sostienen que la similitud entre ambas escuelas no es relevante y que la común denominación como «realistas» es una coincidencia puramente verbal; otros –como Giovanni Tarello, Giuseppe Lumia, Enrico Pattaro o yo mismo– han destacado tanto los presupuestos filosóficos comunes como las similitudes en el tratamiento de temas centrales de la teoría del derecho. Efectivamente ambas comparten la atención a problemas como la relación entre la validez de las leyes y su aplicación efectiva, la relación entre el derecho y la fuerza o el análisis de la función creadora de los jueces. En su libro Legal Realism. American and Scandinavian, publicado en 1997, Michael Martin afirma el común contexto social y político que, en las primeras décadas del siglo XX, dio lugar a la aparición de ambos movimientos y subraya que, para ambos, «el empirismo y las ciencias sociales representaron la liberación del dogmatismo» y que ambos pretendieron «describir y reformar el derecho sin idealizarlo». En su momento traté de explicar que, en efecto, ambos movimientos fueron consecuencia de lo que se pudo denominar revuelta antimetafísica en la filosofía y revuelta anti-formalista en la teoría del derecho que, como señaló Julius Stone, «maduró antes en la jurisprudencia que en las ciencias sociales».

La tercera cuestión que me planteas es la que se refiere al éxito o el fracaso de la pretensión realista de convertirse en una alternativa en la confrontación iusnaturalismo-positivismo. Yo diría que, utilizando términos escénicos, fue un rotundo éxito porque supo abandonar a tiempo el escenario. Me explico: los autores más representativos del realismo jurídico escandinavo partían de un estricto empirismo anti-metafísico proyectado por Axel Hägerström sobre la filosofía práctica, la filosofía moral y la filosofía del derecho, y se proponían una doble tarea: la crítica del positivismo dogmático dominante en el pensamiento jurídico occidental a principios del siglo XX y la construcción de una ciencia empírica del derecho. Varias veces he sostenido que tuvieron éxito en su primera

tarea y no lo tuvieron en la segunda. Esto no quiere decir que el resultado fuese nulo; su éxito en la crítica fue lo que les convirtió en una inexcusable referencia para el desarrollo del positivismo en el siglo XX: la crítica de la teoría de la voluntad, la introducción del análisis de los conceptos jurídicos a partir de su carácter instrumental, la explicación institucional del derecho, la definición de las normas jurídicas por su pertenencia al sistema, la introducción de los criterios de corrección o incorrección como propios de los conceptos y proposiciones científico jurídicos, etc. son aportaciones críticas frente al positivismo formalista tradicional que provocaron con éxito su revisión, incluso en su formulación kelseniana, y abrieron así el paso al normativismo analítico. Sin embargo, su empeño central en construir una ciencia empírica del derecho entendida como un sistema de proposiciones verificables empíricamente y, por ello, referentes a algún conjunto de hechos psicosociales, fracasó y ha perdido todo interés.

En mi libro distinguí tres etapas en el realismo jurídico escandinavo: la de su formación bajo la influencia de Hägerström que llega hasta la segunda guerra mundial, la que transcurre entre el fin de la guerra y 1965 y la posterior a 1965. En la segunda de ellas el realismo escandinavo, como Ross subrayó de forma explícita, trata de acercarse al pensamiento anglosajón y, al hacerlo, asume abiertamente la orientación de la filosofía analítica como se pone de relieve en la atención que desde entonces prestan al lenguaje jurídico, atención que culmina en 1968 cuando Ross publica Directives and Norms. Tanto Olivecrona como Ross afirmaron que, más allá de algunos malentendidos, su concepción sobre la existencia de los sistemas jurídicos era básicamente coincidente con la de Hart. Creo que, en efecto, a partir de 1965 el realismo escandinavo se había incorporado a lo que podemos denominar normativismo analítico y el normativismo analítico (Hart, Bobbio, Nino, Tarello y tantos otros) había incorporado las críticas realistas al positivismo dogmático.

Si estoy en lo cierto esto nos conduce inmediatamente a la cuarta cuestión. ¿Ha muerto el realismo? ¿Qué herencia ha dejado para la cultura jurídica? Haces referencia expresa a lo que William Twinning afirmó en su libro Karl Llewellyn and the Realist Movement (1973): «el realismo ha muerto; ahora todos somos realistas». También yo he sostenido en varias ocasiones que, en mi opinión, el realismo había muerto; sin embargo en una ocasión –precisamente el 6 de junio de 2005, en mi conferencia «Invitación al realismo» en la Universidad de Alicante en lo que todavía era el «Título de especialista en argumentación jurídica» que dio origen al actual Máster– terminé diciendo: «Siempre que se me ha requerido en los últimos años para opinar sobre el realismo me ha parecido necesario concluir de este modo –el realismo ha muerto– en aras del rigor académico o simplemente del respeto a la verdad. Sin embargo, debo confesar que, en lo más profundo de mi vocación como jurista, desearía que el realismo resucitara». Esto requiere alguna explicación.

Aparentemente queda viva una escuela o corriente que se auto-reclama realista: se trata del realismo jurídico genovés, heredero de Giovanni Tarello, con una extensa erudición sobre el realismo jurídico protagonizada por Silvana Castignone y encabezado ahora por Riccardo Guastini y Paolo Comanducci. En un excelente trabajo sobre

esta escuela Mauro Barberis argumentó sólidamente que debían abandonar esa denominación en la misma medida en que habían ido abandonando sus tesis más típicas y concluía que «el nombre 'realismo jurídico' parece pertenecer a otra época». En mi réplica al trabajo de Barberis, publicada en el mismo libro,[1] yo le daba la razón. Esto ocurría en 2011. Recibí entonces una larga carta de Isabel Fanlo en la que me sugería lo siguiente: «Si por realismo jurídico entendemos sus dos versiones históricas (el norteamericano y el escandinavo), tienes toda la razón al decir que esas versiones, en muchos (aunque no todos), de sus aspectos, ya han sido hoy superadas… Pero… el realismo tarelliano, según yo creo, denota no solamente una tesis metodológica (ya capturada, en efecto, por el positivismo metodológico) y una teoría escéptica de la interpretación (hoy muy revisada por Guastini y por los demás discípulos de Tarello) sino algo más: un modelo práctico de ciencia jurídica que, en mi opinión, no logra ser capturado por el debate iuspositivista contemporáneo. Me refiero a una manera de mirar el derecho como fenómeno social, comprometida no solo con el análisis conceptual, sino también con la crítica a las tendencias formalistas todavía muy difundidas en la manera de concebir y enseñar el derecho… una ciencia interesada en el análisis meta-jurisprudencial y en estudios sobre la sociología de las profesiones legales y que, más en general, se muestra abierta… a las ciencias sociales, en una perspectiva tanto de historia de la cultura jurídica, como de investigaciones empíricas o de análisis de las políticas públicas… mi modesta opinión es que hoy en día, por lo menos en Italia, hay más razones para revitalizar el realismo tarelliano… que para decretar que aquella afortunada etapa de la historia de la cultura jurídica 'genovesa' se acabó irremediablemente».

Me pareció que ella también tenía razón. Por eso, tres años después, en un artículo publicado en *Analisi e Diritto* con el título El realismo jurídico: ¿ciencia o cultura? sostuve que bajo el punto de vista que me había sugerido Isabel Fanlo el realismo ya no se presentaba como una concepción del derecho alternativa a la concepción iusnaturalista y a la concepción positivista, ni en el aspecto epistemológico ni en el aspecto ontológico, sino como una actitud realista en el estudio y en la enseñanza del derecho y que, así entendido, resultaba perfectamente compatible con cualquiera de aquellas concepciones. Concluía entonces que si bien el realismo entendido como una concepción del derecho y del conocimiento del derecho alternativa al iusnaturalismo y al positivismo ha muerto aunque dejando una importante herencia, deberíamos sin embargo aceptar esa invitación al realismo jurídico como programa de investigación y enseñanza del derecho. Es decir, no como un programa de ciencia jurídica con su propia ontología, su propia metodología y su propia epistemología sino solo como un programa de cultura jurídica. Lo que, sigo pensando, no es poco.

Y llegamos así a la quinta y última de tus preguntas. ¿De qué manera ha influido el realismo en mi filosofía del derecho? Se me ocurre que ya está contestada en los

1. Se trata del libro *El realismo jurídico genovés*, editado por Jordi Ferrer y Giovanni B. Ratti, Madrid, Marcial Pons, 2011.

párrafos anteriores. Definió en los primeros momentos mi formación mostrándome los puntos débiles del positivismo dogmático y el enorme interés de las características del movimiento realista formuladas por Llewellyn, saneando así mi admiración por Kelsen y haciéndome ver la riqueza del normativismo en las propuestas de Hart, Bobbio y de los propios realistas escandinavos en su madurez. Quiero pensar que siempre he sido realista en ese aspecto del realismo entendido como cultura jurídica y creo que eso ha influido en los problemas que me han atraído: el concepto de los derechos humanos como derechos subjetivos morales, los derechos de los niños, la dimensión moral del positivismo jurídico, la comparación entre derechos liberales y derechos sociales, la deontología profesional de jueces y de abogados, la posición de la eficiencia en una teoría de la justicia, la eficacia de las normas jurídicas, la dimensión de los derechos humanos como derechos universales… en todos estos temas he intentado utilizar el análisis conceptual para desvelar y resolver problemas reales. He intentado, al menos, huir de todo formalismo conceptual para comprender y mejorar la realidad. O sea, he intentado ser realista.

Manuel Atienza: *Permíteme que te haga dos nuevas preguntas en relación con el realismo jurídico; y que supongo que, en este caso, darán lugar a dos respuestas breves. La primera se refiere a tu afirmación de que el proyecto realista de construir una ciencia empírica del Derecho fue un fracaso y ha perdido todo interés. ¿Pero qué dirías en relación con lo que ahora se llama «Jurisprudencia naturalizada» que parece perseguir los mismos objetivos que el realismo de otra época, sólo que ahora apoyándose en el nuevo paradigma de las ciencias cognitivas? ¿Te parece que está destinado también al fracaso? Y la segunda cuestión se refiere a la postura de Isabel Fanlo y que tú pareces haber hecho tuya. O sea, yo creo que es muy cierto que una actitud realista en relación con el estudio y la enseñanza del Derecho es siempre algo sumamente positivo. ¿Pero crees que es el caso del llamado «realismo genovés»? O sea, ¿te parece que puede ser una actitud realista la de construir una teoría del Derecho que elimina todo aspecto normativo? ¿Se puede dar cuenta de la realidad del Derecho si se prescinde de los elementos de carácter valorativo; o, mejor dicho, si los valores –los enunciados que incluyen términos valorativos– se consideran como ingredientes no susceptibles de un tratamiento racional; o, para decirlo todavía de manera más precisa, si se piensa que en relación con los valores sólo son posibles razonamientos de carácter instrumental o lógico? ¿Cuál es tu opinión al respecto?*

Liborio Hierro: Me preguntas en primer lugar si –en mi opinión– está destinada al fracaso la llamada «jurisprudencia naturalizada». Creo que sí. Recurrir a la indudable autoridad e influencia de Willard Van Orman Quine para resucitar el realismo jurídico en su versión más ortodoxa es lo que hizo Brian Leiter en 2007 en su libro Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy. Quine había puesto de moda el naturalismo en la epistemología en un trabajo publicado en 1969 con el título de Epistemology Naturalized y probablemente tenía toda la razón al afirmar que la epistemología filosófica debía convertirse en una rama de la psicología.

En la filosofía y en las ciencias sociales siempre habíamos hablado de empirismo con idéntico sentido y el mismo Leiter reconoce que el ahora llamado naturalismo había estado presente en la teoría general del derecho (Jurisprudence) en el realismo jurídico escandinavo y en el realismo jurídico americano e incluso en Hart. Creo que Leiter pretendía recuperar el realismo como metodología científica para el estudio del derecho porque sólo así se pueden sostener, según él, afirmaciones con valor de verdad y capaces de predecir lo que van a decidir los tribunales. Es algo que ha terminado por llamarse Attitudinal Model como opuesto al Legal Model y que básicamente sostiene que los jueces deciden por sus actitudes ideológicas y no por razones normativas como la autoridad de los precedentes o de las normas legisladas. Es curioso que esas pretensiones hayan dado lugar a la aparición del denominado New Legal Realism que –como señala Núñez Vaquero en un interesante artículo sobre los modelos de ciencia jurídica realista publicado hace unos años en la revista DOXA[2]– «parece encontrarse en disposición de combinar el conocimiento tradicional de los juristas acerca de los enunciados normativos y doctrinas sobre el derecho, con las explicaciones causales del Attitudinal Model». Para responder a tu pregunta sin alargarme ahora más afirmaría dos cosas. La primera es que, repitiendo la cita que antes he recogido de Julius Stone, tengo la impresión de que en la filosofía del derecho «maduró antes» que en otras ciencias sociales el reconocimiento de los límites de la(s) llamada(s) ciencia(s) del derecho, ya se trate de la teoría general o de las dogmáticas particulares de cada rama, y la aceptación del terreno reservado a los conocimientos propiamente científicos, ya sean la historia del derecho, la sociología del derecho, la antropología jurídica o la psicología jurídica. Al fin y al cabo las pretensiones empiristas de Alf Ross no le impidieron reservar un papel protagonista a lo que él denominó «política jurídica» y todos los demás venían denominando dogmática jurídica, teoría general del derecho o Jurisprudence. La segunda es que el necesario y útil progreso de las ciencias empíricas en el ámbito del derecho no afecta para nada al papel, el objetivo y el método de aquel conjunto de las llamadas ciencias del derecho que, ya desde Von Kirchmann, sabemos que no constituye exactamente una ciencia, pero –citando de nuevo a Núñez Vaquero– se refiere «a aquello que hacen, o deberían hacer, los estudiosos del derecho positivo. Es decir, el método, la actividad y/o el resultado que ocupa labor de quienes se dedican a la investigación jurídica». Creo, por tanto, que los intentos de resucitar el realismo o el naturalismo para sustituir a la tradicional teoría general del derecho o General Jurisprudence será un fracaso; ello no obstante, su aportación al desarrollo de los conocimientos empíricos sobre el derecho, su evolución o su influencia sobre las conductas de las autoridades y de las personas, es decir a la historia, la antropología, la sociología o la psicología del derecho han de ser bienvenidos y debieran ocupar un lugar en la formación de los juristas.

2. Álvaro Núñez Vaquero, «Ciencia jurídica realista: modelos y justificación», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 (2012), pp. 717-747.

Me preguntas, en segundo lugar, si sería una actitud realista la de construir una teoría del derecho eliminando todo aspecto normativo y valorativo. Y añades que si ello sería posible considerando los valores como ingredientes no susceptibles de un tratamiento racional. Sí y no, respectivamente. Una actitud realista radical que entienda que el conocimiento científico del derecho ha de limitarse a enunciados empíricamente verificables sobre los comportamientos de los jueces y/o de los destinatarios de las normas jurídicas podría construir una teoría del derecho ausente de aserciones normativas y valorativas, lo que Hart denominó el punto de vista externo; sería una historia del derecho pasado o una sociología del derecho actual aunque, en todo caso, tendría que dar cuenta de lo que los participantes entienden por obligatoriedad de las normas pues, de no hacerlo, no tendría capacidad explicativa alguna. Sin embargo no podría sustituir –y repetiré lo que acabo de citar– el método, la actividad y el resultado que nos ocupa a quienes trabajamos sobre el derecho como un orden normativo, esto es: para quienes estamos siendo participantes en un determinado orden normativo, en un sistema jurídico, y que lo consideramos y estudiamos bajo el punto de vista interno. Una teoría pura del derecho aparentemente ausente de aspectos valorativos aunque no de aspectos normativos es, como mil veces se ha dicho, una teoría del derecho sumamente útil pero sumamente impura. Una teoría del derecho, una Jurisprudence, sea general o sea particular, no puede obviamente prescindir del aspecto normativo y no puede dejar de ser ella misma normativa en cuanto trata de comprender, interpretar e incluso promover el alcance de la aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico y, por eso mismo, tampoco puede prescindir de los valores que subyacen a las nomas y a los fundamentos de ese ordenamiento ya sea para implementarlos ya sea para restringirlos o incluso para criticarlos y modificarlos. Esto exige, por supuesto, un tratamiento racional o razonable de los valores aunque no implica –en mi opinión– la necesidad de considerar los valores como propiedades objetivas externas de las acciones, las normas o las instituciones sobre las que pudiéramos alcanzar un conocimiento sometido a la evaluación verdadero/falso.

Sobre el realismo genovés, como antes te indiqué, creo que tenía razón Mauro Barberis cuando proponía que debiera abandonar esa calificación pues había abandonado casi totalmente los elementos iniciales que le caracterizaban, la epistemología empirista, el emotivismo ético y el escepticismo interpretativo. La reivindicación de Isabel Fanlo, que me parece muy razonable y que hice mía, se refiere a lo que podríamos llamar una cultura jurídica realista; probablemente es ese el sentido en que Twinning dijo que finalmente todos eran allí, en los Estados Unidos, realistas. Y me parece que aquí, en la Europa continental, queda todavía mucho de formalismo en la educación de los juristas y en la aplicación del derecho y mucho de hermetismo en las convencionalmente llamadas ciencias del derecho; por eso –te decía antes– deberíamos aceptar esa invitación al realismo jurídico como programa de investigación y enseñanza del derecho.

Manuel Atienza: *Como antes nos has dicho, la década de los ochenta fue una especie de paréntesis (paréntesis político) entre lo que podemos considerar como tus dos etapas*

iusfilosóficas. La primera no se circunscribe al tema del realismo jurídico; también te ocupaste bastante, como recordabas en la primera contestación, de los derechos humanos, lo que en aquel momento era una temática sorprendentemente novedosa. Pero sobre eso quiero que hablemos más adelante. Ahora me gustaría que nos dijeras algo sobre tu experiencia en la política activa, como subsecretario del Ministerio de Justicia, y también, un poco antes, de tu participación en la época de la transición. Para precisar más las cosas. Sé que tienes una opinión básicamente positiva de lo que supuso la transición española, ¿pero, cómo puede entenderse entonces el juicio tan negativo sobre esa época que hoy tiene tanta gente que se considera de izquierdas? ¿Es muy distinta la cultura política de nuestros días (particularmente en España) y la que tú viviste en primera persona en los años 80? ¿Qué crees que habría que cambiar de la Constitución del 78? ¿Está justificada la opinión tan negativa que suele tenerse –me parece que no sólo en nuestro país– de la práctica política y de los políticos? ¿Qué te ha aportado en positivo (y quizás, en qué te ha perjudicado) tu dedicación política a tu trabajo iusfilosófico? Y tu formación como teórico del Derecho, ¿te ha facilitado en algo las cosas durante tu desempeño político? ¿Recomendarías a un filósofo del Derecho el paso por la política? En fin, no me resisto a hacerte una pregunta que interesará sobre todo a los lectores españoles pero que quizás tenga un alcance más general. En tu época de subsecretario en el Ministerio de Justicia es cuando se cambió el sistema de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, y ese es un cambio que fue entonces –y sigue siéndolo hoy– muy discutido. ¿Crees que fue un acierto? ¿Qué piensas sobre ese órgano que existe hoy prácticamente –con ese nombre o alguno por el estilo– prácticamente en todos los sistemas judiciales de los Estados constitucionales?

Liborio Hierro: Dividiré la respuesta en tres bloques, si te parece bien. El primero sobre mi experiencia en la política. El segundo sobre la transición y la anti-transición que ahora vivimos, lo que incluye la vigencia y la reforma de la Constitución. El tercero sobre el Consejo General del Poder Judicial.

Como te dije, había ingresado en el Partido Socialista Obrero Español y en la Unión General de Trabajadores en 1971. Nuestra actividad en aquellos últimos años del franquismo estaba orientada a debilitar el régimen y a conseguir espacios de libertad en las publicaciones, en los medios de comunicación, en las organizaciones profesionales y en los centros de trabajo; iniciada la transición el objetivo era alcanzar la mayor presencia e influencia posible en todos esos ámbitos. Tuve alguna responsabilidad orgánica en la UGT durante los años setenta pero en los años de la transición no tenía ya ninguna y mi militancia política se limitaba a mantener esa presencia activa en la Universidad y en el Colegio de Abogados. Tras la aprobación de la Ley de Reforma Política Gregorio Peces Barba organizó un grupo de trabajo para elaborar las posiciones del PSOE sobre la futura Constitución y formé parte de él.

Tengo, efectivamente, una opinión muy positiva sobre lo que fue la transición política en España. No puedo sino repetir lo que ya he manifestado recientemente en alguna que otra entrevista que tú conoces. A diferencia de lo que ocurrió en Portugal en 1974 en que la Revolución de los claveles fue un cambio pacífico pero protagonizado por el

ejército, en España el ejército estaba mucho más sólidamente vinculado al régimen y el régimen perduró hasta la muerte natural del dictador. La salida sólo podía ser una ruptura inevitablemente violenta o una reforma profunda pero pactada. Y esto es lo que ocurrió. La extraordinaria habilidad del nuevo Rey y del presidente Suárez coincidió con la madurez política de los dos dirigentes de la izquierda, Felipe González en el Partido Socialista Obrero Español y Santiago Carrillo en el Partido Comunista de España, y de los representantes del nacionalismo, sobre todo los del nacionalismo catalán encabezados por Josep Tarradellas. Ello hizo posible un gran acuerdo que incluyó la autodisolución de las instituciones franquistas y la aprobación de la Constitución de 1978, un texto en conjunto homólogo a la Constitución italiana de 1947, a la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o a la Constitución portuguesa de 1976. La Constitución de 1978 supuso la plena normalización del sistema político español en el conjunto de los países europeos. Mi impresión es que la mayoría de la gente está orgullosa de la transición y de la Constitución de 1978 y que son pocos, aunque influyentes, los que la ponen en cuestión. Me parece que, además del natural desgaste de los dos partidos mayoritarios que se habían alternado en el gobierno, la crisis económica de 2008 fue el contexto que generó el movimiento del 15-M del que nació un nuevo partido político, Podemos, que se declara comunista y actúa en connivencia con el Partido Comunista que, desde hace décadas, se venía presentando electoralmente como Izquierda Unida. Ambos asumieron como objetivo, en aquel contexto, deslegitimar la transición y poner fin a lo que denominaron el «régimen del 78». Aunque inicialmente el nuevo partido tuvo un llamativo resultado electoral, en las últimas convocatorias perdieron mucho apoyo; ello no obstante, su inesperada presencia en el Gobierno y su influencia en ciertos medios de comunicación ha alimentado ese juicio negativo al que te refieres.

Ciertamente la cultura política es hoy bastante distinta a la de aquellos años. Creo que básicamente por tres razones. En primer lugar por la profesionalización de la política; los partidos políticos se han profesionalizado y una gran parte de los aparatos que los controlan están en manos de personas cuya única profesión es la actividad política; hay una impresión generalizada de que, como consecuencia de ello, el nivel intelectual y moral de los dirigentes políticos se ha degradado y los debates parlamentarios son una evidente y escandalosa prueba de ello. En segundo lugar, por la radicalización; las consecuencias de la crisis del 2008 de las que antes hablaba han dado lugar a una mayor presencia de una izquierda radical que además de deslegitimizar la transición y el régimen constitucional nacido de ella, se ha unido a la estrategia política seguida por el independentismo catalán, que se ha situado al margen de la legalidad constitucional como ya hizo durante la Segunda República; esta radicalización de la izquierda y su apoyo al independentismo –que, dicho sea de paso, de izquierda tiene más bien poco– ha generado a su vez el despegue de un nuevo partido radical en la derecha, Vox. Y, para cerrar el cuadro, el Partido Popular, acosado por las resoluciones judiciales sobre numerosos casos de corrupción y por la competencia de Vox, ha optado por radicalizar su forma de hacer oposición. La tercera razón es el papel que desempeñan ahora los medios de comunicación; las innumerables tertulias y las redes sociales han convertido

a muchos periodistas en actores políticos y a muchos políticos en meros vendedores de imagen, lo que se traduce en un nefasto predominio del populismo.

Creo firmemente que nuestra Constitución de 1978 fue una gran conquista; en este marco constitucional ni la derecha más reaccionaria ni la izquierda más revolucionaria podría soslayar, si alcanzara el gobierno, el carácter democrático y el carácter social que ella establece. Para modificarlo en uno u otro sentido tendrían que promover un profundo cambio constitucional, lo que la propia rigidez constitucional hace prácticamente imposible, o bien tendrían que romper violentamente el régimen constitucional vigente lo que, hoy por hoy, no parece viable en nuestro horizonte político y, desde luego, no resulta –en mi opinión– nada deseable. Todo ello no obstante va siendo hora de que nuestra Constitución admita algunas reformas. Me parece que la más necesaria sería la de definir y distribuir las competencias del Estado y las de las Comunidades Autónomas para terminar con el complicado sistema que establecen los artículos 148 a 150, lo que viene alimentando una inacabable, y a veces justificada, reivindicación de traspasos desde el Estado a las Comunidades y que también sirve con demasiada frecuencia para ofrecer buenos argumentos a los partidos nacionalistas. Algunas otras reformas son también convenientes, aunque no tengan tanta urgencia; me refiero a la preeminencia del varón sobre la mujer en la sucesión de la Corona, las funciones del Senado o la formulación de algunos derechos sociales. Y también sería probablemente necesario suavizar la extrema rigidez que la propia Constitución establece para algunas de estas reformas.

En los años de dedicación exclusiva a la actividad política mi formación jurídica resultó –me parece– un instrumento fundamental y creo que también lo fue mi experiencia inicial como abogado. En el Ministerio de Justicia compartí mucho trabajo dedicado al desarrollo legislativo de la Constitución unido a una intensa tarea de gestión y negociación con sindicatos y asociaciones ya que por aquel entonces el Ministerio asumía toda la gestión de inversiones y recursos humanos tanto en el ámbito judicial de todo el país como en las instituciones penitenciarias que en aquellos años eran competencia de aquel Ministerio. Mi trabajo académico quedó interrumpido y nunca traté de compatibilizarlo; sólo participé en una ocasión en las XI Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, invitado por Luis García-San Miguel entonces Decano de la Facultad de Derecho en la Universidad de Alcalá donde se celebraba la reunión, con un trabajo titulado Libertad y responsabilidad penal que se publicó en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales en 1989. Lo que sí hice fue reanudar la publicación del Anuario de Filosofía del Derecho que llevaba años interrumpida y cuyo editor era el Ministerio de Justicia, como lo era de los Anuarios de Derecho Penal, de Derecho Civil y de Historia del Derecho. Fue aquella, por cierto, una experiencia un tanto absurda y dolorosa que motivó mi baja en la asociación que creo se llamaba Sociedad Española de Filosofía del Derecho, a la que nunca luego me reincorporé así como mi decisión de no publicar nunca en el Anuario; pero de todo ello prefiero no acordarme. Lo cierto es que los años de actividad política no contribuyeron nada a mi actividad en la filosofía del derecho de modo que cuando en 1992 me reincorporé a la Universidad tenía un par de cosas claras:

que no quería volver a ejercer la profesión de abogado, no porque no me gustase sino porque no quería seguir trabajando catorce horas diarias, y que no sabía nada, o casi nada, de nuestra disciplina; así que me reincorporé a la Facultad y me puse a estudiar.

No creo, para terminar esta pregunta, que la condición de filósofo del derecho sea una ventaja ni un inconveniente para dedicarse a la actividad política ni creo que la actividad política sea una ventaja ni un inconveniente para dedicarse a la filosofía del derecho; si creo, sin embargo, que es difícil hacer las dos cosas a la vez con buenos resultados. Posiblemente es más fácil combinar la actividad jurídica profesional con la actividad académica en las disciplinas de derecho positivo –podríamos decir que en esos casos la práctica profesional es o puede ser la dimensión clínica del estudio del derecho– pero es más difícil conciliar cualquier práctica profesional con la filosofía del derecho aunque no es imposible. Sin embargo, es muy conveniente que quien se dedica a la filosofía del derecho tenga una buena formación jurídica y una cierta experiencia en la práctica del derecho. Bobbio señaló, creo que con toda razón, que la mejor filosofía del derecho era la elaborada por juristas.

El proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que elaboramos y negociamos hasta la saciedad con el Consejo General del Poder Judicial y con Alianza Popular no contenía ningún cambio importante, por lo que yo recuerdo, en el sistema de designación de los vocales del Consejo. Quiero decir que se mantenía la elección por los propios miembros de la judicatura de los doce provenientes de la carrera judicial. Parecía obvio que la Constitución indicaba ese sistema al distinguir entre los ocho juristas elegidos, por mayoría de tres quintos, cuatro por el Congreso y cuatro por el Senado entre abogados y juristas, y los doce de extracción judicial. Lo cierto es que, a pesar de las negociaciones y los acuerdos obtenidos, la reacción del Consejo General del Poder Judicial bajo la presidencia de Federico Carlos Sainz de Robles ante el Proyecto de Ley Orgánica fue durísima y muy coordinada con la posición de Alianza Popular. El Consejo reclamaba más competencias políticas y administrativas; recuerdo que reclamaba la gestión de los presupuestos judiciales, la gestión del Centro de Estudios Judiciales y, con ello, del acceso a la carrera judicial, la gestión del personal auxiliar, etc. Y recuerdo que su reacción ante lo que no concedimos fue muy dura. Incluso se alegó públicamente que el Consejo no había informado el Proyecto de Ley sino el Anteproyecto lo cual, decían, privaba de validez al propio Proyecto. En ese contexto se produce la enmienda Bandrés que encontró enseguida el apoyo del portavoz del PSOE en la Comisión de Justicia del Congreso, Pablo Castellano. La enmienda simplemente daba al traste con la elección corporativa de los doce vocales de extracción judicial atribuyendo su elección al Congreso y al Senado con la misma mayoría de tres quintos requerida para los ocho vocales extrajudiciales. No niego que fue un tanto sorprendente. Se alegó por Bandrés y muchos otros que era una fórmula más democrática y, aunque no recuerdo voces críticas en el Partido ni en el Gobierno, algunos, yo mismo entre ellos, tuvimos algún reparo. Por tres razones: porque parecía una interpretación muy forzada del párrafo 3 del artículo 122 de la Constitución, porque podría politizar en exceso al Consejo General del Poder Judicial y, finalmente, porque podía dar apoyo a su pretensión de

mayores competencias políticas y administrativas. Alianza Popular presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la ley por defectos de procedimiento y contra algunos artículos concretos, ente ellos el de la forma de elección de los vocales de procedencia judicial. La sentencia 108/1986, de 29 de julio, siendo ponente el profesor Ángel Latorre, desestimó el recurso en todos sus motivos. Pero es muy importante recordar lo que señaló:

«Que esta finalidad se alcanza más fácilmente atribuyendo a los propios Jueces y Magistrados la facultad de elegir a doce de los miembros del CGPJ es cosa que ofrece poca duda; pero ni cabe ignorar el riesgo, también expresado por algunos miembros de las Cortes que aprobaron la Constitución, de que el procedimiento electoral traspase al seno de la Carrera Judicial las divisiones ideológicas existentes en la sociedad (con lo que el efecto conseguido sería distinto del perseguido) ni, sobre todo, puede afirmarse que tal finalidad se vea absolutamente negada al adoptarse otro procedimiento y, en especial, el de atribuir también a las Cortes la facultad de propuesta de los miembros del Consejo procedentes del Cuerpo de Jueces y Magistrados, máxime cuando la Ley adopta ciertas cautelas, como es la de exigir una mayoría calificada de tres quintos en cada Cámara (art. 112.3 LOPJ). Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial. La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la Norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. Ocurriendo así en el presente caso, pues el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución y no impone necesariamente actuaciones contrarias a ella, procede declarar que ese precepto no es contrario a la Constitución».

Perdóname esta larga cita pero me parece fundamental porque, además de correcta y sensata, resulta ser profética. Ha habido dos reformas importantes del procedimiento de elección de los doce vocales de procedencia judicial. Las dos realizadas por el Partido Popular: la primera en 2001, gobernando el presidente Aznar, y la segunda en 2013, gobernando el presidente Rajoy. En las dos se ha tratado de dar satisfacción a las demandas de la corporación judicial y, manteniendo la decisión por dos quintos en manos de las cámaras, se ha establecido un procedimiento previo de selección de candidatos a propuesta de los jueces y magistrados o de las asociaciones judiciales, candidatos sobre los que las cámaras han de formular su elección. Un procedimiento como el actualmente vigente, que trata de equilibrar la decisión parlamentaria con una previa

propuesta corporativa controlada por el Consejo General del Poder Judicial no me parece una mala solución a pesar de que sigo creyendo que es una interpretación forzada del precepto constitucional pues claramente el artículo 122 de la Constitución piensa en la elección parlamentaria de ocho juristas no judiciales y en otra forma de elección de los doce procedentes de la carrera judicial y, como hemos dicho desde hace siglos en la comunidad jurídica, donde la ley no distingue no debemos distinguir y donde la ley distingue debemos distinguir. Pero admito que esta discrepancia se ve atenuada por un sistema que, como el actual, trata de equilibrar la decisión parlamentaria con la propuesta corporativa.

Pero esta no es la cuestión. La cuestión es que los partidos políticos vienen haciendo caso omiso de aquella clara advertencia del Tribunal Constitucional y su acuerdo, cuando lo hay, es repartirse los puestos en cuotas proporcionales a su representación parlamentaria consiguiendo que, a ojos del público, los vocales del Consejo aparezcan como delegados del partido que los nombró y estos vocales, a su vez, tiendan a repartirse los cargos judiciales que tienen que nombrar en función de esas mismas cuotas, consiguiendo que los puestos judiciales más importantes aparezcan de nuevo como delegados de una o de otra corriente ideológica. Esto es lo lamentable. Pero de esto no tienen la culpa los jueces y magistrados, tienen la culpa los dirigentes políticos. Y quiero añadir: ni la Constitución ni las leyes dicen que la renovación de los magistrados del Tribunal Constitucional, de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, del Defensor del Pueblo y de otras instituciones sean competencia de los líderes de los partidos mayoritarios. Dicen qué instituciones deberían nombrarlos y obviamente es una obligación democrática que lo hagan, obligación que deberían cumplir los diputados y senadores, cuando les corresponde a ellos, y cuyo cumplimiento les debería ser exigido por las respectivas presidencias de las Cámaras. El secuestro de la decisión por los dirigentes de un partido, esté en el gobierno o esté en la oposición, es una especie de prevaricación política por omisión, un abuso de derecho y una lamentable aportación a la vida democrática, como lo es también que en esos nombramientos los partidos adopten el sistema de repartirse los puestos por cuotas y que sus diputados y senadores obedezcan la disciplina partidaria en lugar de cumplir con el deber que tienen legalmente encomendado.

Y, si me lo permites, querría añadir algo más: me parece obvio que todo esto que estamos comentando, las designaciones por cuotas y la continua identificación en los medios de las autoridades judiciales y de los propios jueces y magistrados como conservadores o progresistas, genera en los ciudadanos la imagen de una justicia dependiente del poder político. Y lo curioso es que esto dista mucho de la realidad. En las decisiones judiciales se puede constatar, con muy pocas excepciones, una gran independencia. En los casos más llamativos para la opinión pública, los casos de corrupción política, en nuestro país se ha juzgado y condenado a personalidades políticas de la derecha y de la izquierda, incluyendo presidentes autonómicos, ministros, secretarios de estado, directores generales, alcaldes y concejales; incluso la propia judicatura ha juzgado, condenado y expulsado de la carrera a algún que otro magistrado destacado por su orientación

ideológica tanto hacia la izquierda como hacia la derecha. En conjunto, la actuación de los jueces y tribunales es muchísimo más independiente de lo que la manipulación partidista del Consejo General del Poder Judicial parece aparentar. Afortunadamente para nosotros la mujer del César es mucho más honesta de lo que parece; y desgraciadamente para nosotros no lo parece lo suficiente.

Manuel Atienza: *Antes de entrar en lo que cabe calificar como tu etapa de madurez como filósofo del Derecho, quiero plantearte una cuestión que quizás sí que pueda merecer por tu parte –a diferencia de lo ocurrido con las anteriores– una respuesta breve. ¿Qué novedades encontraste en la universidad española, después de una década dedicado a la política y, como nos acabas de decir, sin apenas contacto con la vida académica? ¿Cómo había cambiado, en particular, el panorama de los estudios iusfilosóficos? ¿Cuál te parece que ha sido la evolución de la universidad en estos últimos años? ¿Qué opinión tienes ahora –y qué opinión tenías en el momento de su implantación– del llamado «Plan Bolonia»? ¿Recomendarías que sirviera de inspiración, por ejemplo, a las universidades latinoamericanas? ¿Y qué nos dices de tu experiencia como «autoridad académica», puesto que en una época fuiste decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid? ¿Debería considerarse, por cierto, como un mérito –como ocurre ahora en España– el desempeño de puestos de gestión universitaria para optar a los puestos de profesor titular o de catedrático? ¿Está, en definitiva, bien orientada en tu opinión la universidad española?*

Liborio Hierro: Inicialmente, a principios de los años 70, nuestra Facultad había tenido un plan de estudios experimental con tres cursos comunes y dos de especialización con tres ramas –Derecho Privado, Derecho Público y Derecho de la Empresa– que, además, incorporaba asignaturas optativas. Aunque todos, profesores y alumnos, estábamos satisfechos con sus resultados, en el curso 1974-1975 nos vimos obligados a volver al Plan 1953. Me reincorporé, tras diez años de ausencia, en la primavera de 1992 y afortunadamente al año siguiente se implantó un nuevo plan de estudios reduciendo la licenciatura a cuatro años e introduciendo las asignaturas optativas y el Practicum. La implantación de este nuevo plan se llevó a cabo no sólo con diligencia sino con un claro entusiasmo, como si implicase recuperar aquel proyecto inicial, por lo que tuve la suerte de que mi reincorporación coincidiera con un cambio muy positivo. Por lo demás, la Universidad Autónoma de Madrid gozaba por entonces de muy buen ambiente y bastantes recursos. En el ámbito de nuestra disciplina me pareció, como antes te dije, que yo había perdido bastante información y que se había avanzado mucho. La revista DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho –que es una excelente obra vuestra– había aparecido en 1984 y era ya entonces un claro testimonio del tremendo avance que se había producido tanto en la investigación como en la proyección internacional de la filosofía del derecho española. Lo que entonces me pareció más llamativo era la enorme influencia de Ronald Dworkin y, consecuentemente, el creciente distanciamiento del positivismo metodológico.

Creo que la universidad española vivió dos décadas brillantes desde la Ley de Reforma Universitaria de 1983 que estableció una notable autonomía para las universidades, mejoró las condiciones del profesorado y organizó los departamentos como estructura básica de la investigación y la docencia. En 1985 el mecanismo de la idoneidad permitió una regularización masiva de los profesores no numerarios que se habían acumulado en la década anterior. La autonomía de las universidades y su capacidad para nombrar dos de los cinco miembros en los tribunales de las oposiciones del profesorado fomentaron, sin embargo, una clara y cada vez más acusada endogamia. La Ley de Ordenación Universitaria de 2001 y su posterior reforma en 2007, con la introducción del Plan Bolonia, no han puesto fin a esa deriva endogámica.

Sobre el Plan Bolonia creo que conviene distinguir su efecto sobre la organización de los títulos universitarios, su efecto sobre la carrera académica y su efecto sobre la docencia.

El conjunto de reformas heterogéneas que se situaron bajo el paraguas de «Bolonia» implicó una extraña mezcla del sistema napoleónico de títulos oficiales protegidos con el sistema anglosajón de títulos académicos no protegidos así como una extraña mezcla de títulos universitarios cortos y generalistas como los «bachelors» norteamericanos –que ni están orientados a una profesión determinada ni tienen un perfil científico especializado– con títulos oficiales aparentemente profesionales. La consecuencia es que mantenemos como «grados» las antiguas licenciaturas, enseñanzas con orientación profesional o científicamente especializadas (psicología, biología, matemáticas, derecho, economía, etc.) pero recortando su duración para asimilarlas a aquellos breves grados norteamericanos y presuntamente satisfacer necesidades del mercado. El resultado es que seguimos generando un alto número de graduados en disciplinas específicas (derecho, biología, economía, sociología, etc.) cuyos grados académicos son insuficientes para acceder al mercado de trabajo correspondiente y que han de orientarse a una formación posgraduada en los correspondientes másteres. De este modo la idea de títulos universitarios cortos al servicio de las necesidades del mercado resulta ser sencillamente un engaño con consecuencias funestas: unas licenciaturas científicamente devaluadas que no otorgan licencia alguna y una variada y encarecida oferta de másteres de perfiles no siempre claros.

La carrera académica se ha convertido en una subida al calvario. Los jóvenes que han conseguido hacer un grado y un posgrado (hoy el máster es requisito para hacer un doctorado) y terminar su tesis doctoral han de empezar por ser acreditados para cualquier posible expectativa de trabajo académico. Hay acreditación para ser ayudante doctor, acreditación para ser contratado doctor, acreditación para ser profesor titular y acreditación para ser catedrático. Ninguna de ellas garantiza el correspondiente puesto docente pero es requisito necesario para poder obtenerlo. Las acreditaciones se obtienen por un sistema prácticamente secreto, sin concurrencia con otros candidatos a una plaza definida y sin que los informes de los expertos se hagan públicos ni determinen la decisión de la correspondiente agencia acreditadora, que puede ser estatal o autonómica. El resultado, en este aspecto, es que antes o después todos los candidatos se acreditan y,

una vez acreditados, las universidades hacen la correspondiente selección que la propia universidad controla (habitualmente ni siquiera la universidad sino cada departamento o área de conocimiento en que la plaza se ubica), selección que de forma prácticamente inexorable recae en el candidato doméstico. Es generalmente sabido que este sistema ha consolidado una endogamia que hoy es prácticamente endémica. En general cada candidato a la carrera académica termina haciéndola en la universidad donde estudió y cada universidad forma su claustro de profesores con sus propios alumnos. A pesar de la inmensa burocratización que supone el sistema de acreditaciones el resultado es una competencia a la baja que ha sustituido el antiguo poder de las escuelas científicas a nivel de todo el país, lo que a veces planteaba alguna arbitrariedad en la selección, por el poder de las escuelas locales, que da lugar a una especie de arbitrariedad institucionalizada. Lo peor de todo es que antes aquellos fallos del sistema eran públicos mientras que hoy son prácticamente secretos.

Por lo que respecta a la docencia mi impresión y mi experiencia son, por el contrario, totalmente favorables. La disminución de las clases pomposamente llamadas «magistrales» y la introducción de seminarios con muchos menos alumnos me permitieron un contacto mucho más directo con los alumnos, un incremento sustancial de las lecturas que utilicé como material básico para cada sesión semanal y que, al mismo tiempo, me permitía una cierta evaluación continuada de los alumnos mediante sencillos tests. Los alumnos, en general, respondieron muy bien y alcanzaron un nivel de interés y de conocimientos como nunca hubiera podido soñar. En este aspecto, sólo en este aspecto, soy un entusiasta defensor del Plan Bolonia.

Mi etapa como Decano fue, en primer lugar, un inesperado honor. Nuestra Facultad –como bien sabes– tenía muy alta consideración en las encuestas de calidad y permanecía entonces vigente una costumbre originaria según la cual a las elecciones a decano se presentaba sólo un candidato o una candidata que había obtenido previamente un consenso mayoritario entre sus colegas. Es difícil, si no imposible, explicar cómo se explicitaba ese consenso pero lo cierto es que así venía ocurriendo de forma reiterada una y otra vez; la votación se celebraba luego formalmente, con la participación de todos los estamentos universitarios, y el candidato o candidata venía obteniendo siempre un apoyo mayoritario con muy pequeñas variaciones. Otra costumbre era que ningún decano se presentaba a un segundo mandato, aun cuando las normas reglamentarias se lo permitiesen. Quiero decir, por tanto, que no me presenté a decano por mi propia voluntad sino porque me lo propusieron y, desde luego, que me pareció un gran honor. El mandato no fue difícil; en nuestra Facultad cuando se estableció, en 1983, la estructuración departamental de las universidades, optamos por una racionalización atenta sólo a criterios académicos y –contra lo que fue la práctica más común de maximizar el número de departamentos en función del número de profesores reglamentariamente requerido– la estructura se limitó a sólo dos departamentos que, años después, se amplió a tres: el Departamento de Derecho Privado, Social y Económico; el Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica; y, desde 1993, el Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales. Me parece que aquella doble costumbre y esta

sencilla estructura departamental habían dotado a nuestra Facultad de una gran estabilidad institucional aun conviviendo en ella grupos e incluso escuelas con distinta orientación científica y con distinta sensibilidad ideológica y, sobra decirlo, hacían bastante fácil la función del Decano.

Para terminar, no creo que la experiencia en la gestión constituya, en ningún caso, un mérito científico ni un mérito docente que son –en mi opinión– los que han de tenerse en cuenta para elegir a los profesores en cualquier nivel. Pero al mismo tiempo creo que la elección democrática de los cargos académicos con amplias facultades de gestión resulta muy discutible. Si yo fuera el responsable último de una universidad buscaría a los mejores investigadores para investigar y dirigir la investigación, a los mejores docentes para enseñar y dirigir la docencia y a los mejores gestores para gestionar los recursos.

Manuel Atienza: *Uno de los temas que más te ha preocupado en tu etapa de madurez iusfilosófica es el de la eficiencia. En torno a esa noción giran tus trabajos sobre el análisis económico del Derecho o los destinados a mostrar las conexiones existentes entre eficiencia, justicia e igualdad; de hecho, uno de tus libros, publicado en 2002 (y que recogía varios artículos de los años 90), se titula precisamente así: «Justicia, igualdad y eficiencia». ¿Podrías ofrecernos una síntesis de lo que defiendes ahí? En particular, ¿en qué se diferencia tu postura sobre la eficiencia (la maximización de la riqueza) de las defendidas por Posner, por Calabresi y por Dworkin? ¿Qué sentido hay que darle a tu afirmación de que la eficiencia es un componente de la justicia? ¿De qué manera pueden hacerse compatibles los principios de eficiencia y de igualdad? ¿Cómo entiendes la igualdad? Y, yendo a una cuestión que no tratas en ese libro, pero que tiene que ver con la igualdad (con la manera de entender la igualdad en la Constitución): En los años 90 tuvimos un debate a propósito de la existencia o no de casos trágicos en el Derecho, porque tú negabas que pudiera hablarse de casos trágicos, por ejemplo, a propósito del posible conflicto que pudiera plantearse entre los principios de igualdad y de dignidad humana, en relación con un juez que se viese obligado a dictar una orden de expulsión de un inmigrante ilegal. Si estoy en lo cierto, lo que tú sostenías es que ese juez (suponiendo que hacía una aplicación adecuada de la ley: la ley de extranjería le obligaba a tomar esa decisión de expulsión) no atentaría ni contra el principio de igualdad ni contra la dignidad de esa persona. Cabría hablar –decías– de una experiencia trágica, pero no de carácter jurídico sino moral. ¿Sigues pensando así?*

Liborio Hierro: En el prólogo del libro que mencionas explico el motivo que, precisamente en el momento de mi reincorporación a la universidad, me llevó a ocuparme de la eficiencia. Fue la presidencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, que desempeñé durante dos años, lo que me obligó a estudiar el principio de eficiencia que es fundamental para entender el derecho antitrust. Comprobé al mismo tiempo que ese principio, en las dos últimas décadas del siglo XX, se había incorporado de forma expansiva tanto a la teoría como a la práctica jurídica en la escuela denominada «Análisis Económico del Derecho» dando lugar también a debates relevantes para la filosofía del

derecho. Mi interés se centraba en la relación de la eficiencia con los derechos humanos y particularmente con la igualdad, siguiendo un camino iniciado –como allí señalé– por la rotunda crítica de Ronald Dworkin tanto al enfoque de Richard Posner como al de Guido Calabresi.

En síntesis: llegué a la conclusión de que la eficiencia, entendida sencillamente como la maximización de la riqueza, es un ingrediente de la justicia porque la satisfacción de los derechos humanos, cuando incluimos los derechos sociales, requiere eficiencia y, al mismo tiempo, la eficiencia –es decir, el crecimiento de la riqueza– va desplazando continuamente hacia un nuevo nivel el derecho a la igualdad. Esta síntesis implica que comparto plenamente la rotunda crítica de Dworkin al enfoque de Posner y sus seguidores, que básicamente venían considerando la maximización de la riqueza como el valor social por excelencia y, en consecuencia, el principio fundamental para orientar la creación y la aplicación del derecho. Pero también implica, sin embargo, que no comparto la crítica de Dworkin al enfoque de Calabresi, que básicamente sugería la necesidad de ubicar la maximización de la riqueza y su distribución en una teoría de la justicia y eso es precisamente lo que traté de hacer en los trabajos que finalmente integraron ese libro.

Dworkin llega a admitir que la riqueza social es ingrediente de un valor social porque el incremento de la riqueza hace posible reducir la pobreza y, a nivel individual, capacita para disfrutar de una vida más valiosa y más feliz pero insiste en que la justicia consiste en una distribución igualitaria. Me parecía que no era una explicación suficiente y propuse una comparación entre dos sociedades, una pobre en recursos y otra rica en recursos, que tuvieran una idéntica distribución. En la segunda incluso los más pobres podrían disponer de alimento, vivienda, educación, sanidad y cultura mientras que en la primera una gran mayoría, incluyendo a los más beneficiados por la distribución, apenas tendrían recursos para subsistir. Si no entendemos la justicia sólo como el procedimiento de tratar a todas las personas como iguales sino también como la exigencia de satisfacer sus derechos, y si entendemos los derechos como las necesidades para desenvolverse como agente moral, entonces la eficiencia es un ingrediente –por utilizar la terminología del propio Dworkin– necesario de la justicia. Una sociedad que optimiza sus recursos y los distribuye con criterios igualitarios satisface mejor las necesidades de las personas, sus derechos, y en consecuencia no es sólo una sociedad más rica sino también una sociedad más justa. Esa era mi primera conclusión, que sigo considerando correcta: la eficiencia es un componente de la justicia, necesario aunque no suficiente. Esto implica, a su vez, que –como defiende Calabresi– las transacciones y los ajustes no se suscitan entre eficiencia y justicia sino entre eficiencia y distribución.

La conclusión final de aquel trabajo era que una teoría de la justicia no puede limitarse a cuestiones de procedimiento, como parece derivarse de la influencia de Rawls y se pone de manifiesto en autores como Brian Barry o Thomas Nagel, sino que tiene que ocuparse de la producción y distribución de los bienes y recursos que permiten a los seres humanos desenvolverse como agentes morales y eso incluye establecer cuál es el nivel de igualdad en la satisfacción de necesidades que la justicia exige. Ahora bien,

puesto que las necesidades crecen en la medida en que crecen los bienes y los recursos (sea en alimentación, en vivienda, en educación, en sanidad o en cultura y ocio) resulta imposible establecer un nivel mínimo de igualdad de carácter fijo por lo que la justicia exige una igualdad –la entendamos como igualdad de consideración y respeto (Dworkin) o como igualdad en los bienes primarios que incluyen las bases sociales del respeto de sí mismo (Rawls)– que se ve constantemente empujada hacia la posición de los más aventajados y requiere, por ello, los incrementos que sean posibles de la riqueza social (eficiencia) y movimientos redistributivos constantes (igualdad).

No recuerdo bien el debate al que te refieres pero creo efectivamente que un juez que, aplicando adecuadamente una ley cuya inconstitucionalidad no pueda poner en duda mediante el procedimiento previsto, tiene que tomar una decisión como la expulsión de un inmigrante ilegal, confirmar el despido procedente de una trabajadora que es madre soltera de dos niños o acordar el lanzamiento de un inquilino en situación de desempleo por impago de la renta, se está enfrentando a decisiones moralmente difíciles o trágicas pero jurídicamente correctas –si, por hipótesis, lo son– y por ello él no atenta, con su decisión, a la igualdad ni a la dignidad de las personas afectadas. Eventualmente cabría decir que la ley que aplica debiera ser reformada para impedir esas situaciones o que otras normas legales debieran aprobarse para, en tales casos, proteger a los afectados pero no puede ser el juez, en cada caso concreto, el que decida si se aplica o no se aplica una ley –seguimos, por hipótesis, hablando de leyes cuya constitucionalidad no quepa poner en duda– pues, de ser así, la legislación y todo el complejo aparato al que denominamos como «estado de derecho» sobraría y retornaríamos a la justicia del cadí o a las fazañas y albedríos. Ese dilema moral del juez se suscita en muchas otras profesiones; valgan como ejemplos el abogado que tiene que defender a un criminal y debe conseguir y consigue su absolución por defectos meramente formales en la instrucción de la causa o el médico que tiene que optar en una situación de triaje entre el agresor o su víctima y se ve obligado a hacerlo por el primero. Ese tipo de dilema está moralmente resuelto –en mi opinión– por la deontología profesional aunque, desde luego, no deje de suponer una experiencia trágica.

Manuel Atienza: *Luego te haré alguna pregunta sobre deontología profesional, pero ahora me gustaría que pasáramos del tema de la eficiencia al de la eficacia. En el año 2003 publicaste un libro titulado «La eficacia de las normas jurídicas» que, obviamente, tiene mucho que ver con lo que antes comentabas sobre la influencia del realismo jurídico en tu obra. En ese libro, además de insistir en la importancia de prestar una mayor atención, por parte de la teoría del Derecho y las dogmáticas jurídicas, a la dimensión de la eficacia, analizas ese concepto desde tres perspectivas: la eficacia como cumplimiento, como aplicación y como éxito de las normas. ¿Podrías aclararnos un poco esos tres –o esos cuatro– conceptos? ¿Qué relación existe entre validez y eficacia de las normas, o sea, cómo planteas tú esa relación? ¿Cómo debe entenderse el principio de que la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento? Y, yendo a un tema quizás más concreto, ¿qué entiendes por normas perversas?,*

¿en qué consisten sus efectos negativos?, ¿de qué manera se conecta esa problemática con la de la anomia?

Liborio Hierro: Hay, sin duda, una influencia del realismo en mi atención a la eficacia de las normas pero también hay una influencia anterior, la de Elías Díaz que ya en su libro de 1971 había defendido, siguiendo a Norberto Bobbio, la necesidad de estudiar el derecho en tres niveles de la normatividad, la validez, la eficacia y la justificación, que respectivamente corresponderían a la ciencia del derecho, la sociología del derecho y la filosofía del derecho. Puso Elías un especial énfasis en la sociología del derecho por su habitual ausencia en los planes de estudio hasta el punto de titular aquel libro como Sociología y Filosofía del Derecho –el orden de los términos no era inocente– y dedicar la tercera parte del libro a la historia, concepto y temas de esa sociología. Todo ello no obstante, la sociología del derecho siguió ausente en nuestros planes de estudio y casi ausente en el interés de los juristas académicos. Me parece que la convicción generalizada era y sigue siendo que la sociología del derecho es algo muy interesante pero, en cuanto es una especialidad de la sociología y no de la ciencia ni de la filosofía jurídica, de ella deben ocuparse los sociólogos y debe ser estudiada en las facultades de sociología. No comparto, desde luego, esa división del trabajo; creo, por el contrario, que –con palabras de Neil MacCormick y Ota Weinberger que cito al final del libro– ««la ciencia jurídica sin consideración de la realidad social –que corresponde al aspecto existencial de la norma– resulta inconcebible […] el jurista tiene que plantearse también cuestiones que se refieren a la existencia social del Derecho, su forma de operar en la sociedad y las relaciones entre el Derecho y la sociedad […] todas éstas son cuestiones propias de juristas». Intenté, por eso, abordar una modesta teoría de la eficacia de las normas jurídicas.

Como bien dices, el análisis del concepto me llevó desde el principio a distinguir tres o cuatro sentidos en que hablamos de la eficacia de una norma jurídica. Dejando aparte otros dos sentidos que son propios de las disciplinas jurídicas –el de la eficacia como vigencia o entrada en vigor de una norma y el de eficacia como efecto jurídico o eficacia constitutiva– en el aspecto externo o sociológico podemos distinguir entre la eficacia como cumplimiento, como aplicación, como éxito e incluso como eficiencia. Decimos, en primer lugar, que una norma es eficaz cuando la conducta prescrita por la norma y la conducta seguida por sus destinatarios se corresponden; ahora bien, esta correspondencia puede producirse no como consecuencia de la propia norma jurídica sino por la obediencia a una norma moral o religiosa o por una mera costumbre. Distinto es el caso cuando la norma jurídica es la razón o parte de las razones de la conducta de sus destinatarios, en cuyo caso podemos hablar de cumplimiento u obediencia. Por eso propongo denominar «correspondencia» a ese primer sentido de la eficacia y distinguir dentro de la correspondencia entre la mera coincidencia y el cumplimiento. A partir de ahí estudié los posibles motivos del cumplimiento distinguiendo cinco: el temor a la sanción, la utilidad, el respeto al orden, el respeto a la autoridad y la adhesión al contenido de la propia norma. La eficacia como aplicación es sencillamente la

decisión de un órgano de adjudicación de las normas jurídicas encaminada a forzar el cumplimiento de la norma por su destinatario cuando ha sido incumplida, o a imponerle la sanción prevista cuando no es posible forzar el cumplimiento. La eficacia como éxito tiene un sentido diferente: se trata de que la norma jurídica sirva para alcanzar el estado de cosas que su autor se propone. Para calibrar la eficacia o ineficacia de una norma en este sentido es necesario conocer el estado de cosas previo, el propósito o propósitos del autor de la norma, la eficacia de la norma como cumplimiento o –en su defecto– como aplicación, y el estado de cosas resultante. Finalmente cabe hablar de la eficacia como eficiencia no tanto en el sentido de maximización de la riqueza –del que hemos hablado antes en relación con el análisis económico– sino en el sentido más corriente y meramente instrumental, es decir: si la norma en cuestión, su cumplimiento y su eventual aplicación, es un medio menos costoso en recursos, tiempo y ausencia de efectos colaterales negativos, que otros medios legítimos que permitieran alcanzar el mismo resultado (como campañas publicitarias u otros incentivos a la conducta que se desea obtener).

Creo que es en este punto donde conviene hacer referencia a las normas perversas. Me referí a ellas siguiendo las investigaciones de José M. Fernández Dols, catedrático de Psicología Social en la Universidad Autónoma de Madrid, que me había hecho en cierto modo partícipe de ellas invitándome a formar parte de algunos tribunales de tesis doctorales que trataban sobre ese tema. El concepto de norma perversa que utiliza en esas investigaciones, básicamente empíricas, es claro y sencillo: una norma perversa es una norma jurídica generalmente incumplida y generalmente inaplicada que eventualmente se aplica. Esas investigaciones vienen a demostrar que cuando esta perversión se produce genera cuatro efectos: el destinatario lo experimenta como arbitrariedad; la autoridad que aplica la norma lo experimenta con cierta desmoralización al ser consciente de que actúa de forma discrecional porque podría seguir sin aplicarla; el sistema normativo sufre, principalmente en las normas más cercanas a la norma perversa (por ejemplo, las reguladoras del tráfico de vehículos), un efecto contagio; y, finalmente, el grupo social tiende a solidarizarse con el incumplidor y en contra de la autoridad. Si entendemos como anomia no sólo la ausencia de norma sino la degradación de su función regulativa por su incongruencia o por su ineficacia, las normas perversas son claramente un supuesto muy relevante de anomia.

Creo que en la teoría del derecho disponemos de tres respuestas a la relación entre validez y eficacia. La primera sería la de Kelsen para quien la validez es la forma de existencia de las normas pero, sorprendentemente, la eficacia resulta ser condición de la validez –una condición sine qua non pero no una condición per quam, en sus propias palabras– de tal modo que la desuetudo priva de validez a la norma. La segunda sería la de Ross para quien la eficacia es la forma de existencia de las normas y la validez, en cuanto sentimiento de su obligatoriedad, es condición de la eficacia. La tercera es la de Hart para quien validez y eficacia son dos propiedades independientes de las normas. Hasta aquí creo que la razón la tiene Hart y, parafraseándole, diría que esto es una elemental doctrina. Distinta cuestión es la relación de la eficacia con la existencia de

un sistema jurídico. Resulta obvio que la existencia de un sistema jurídico depende de su eficacia pero si entendiéramos, como algunos han propuesto, que la eficacia del sistema depende de la eficacia general de sus normas caeríamos en un razonamiento circular: la existencia de un sistema jurídico depende de la eficacia general de sus normas cuya existencia depende de la eficacia general del sistema al que pertenecen. Creo que, siguiendo a Hart, podemos superar esta circularidad formulando lo que se ha denominado «principio de eficacia» de otro modo: la existencia de un sistema jurídico depende de la eficacia de su(s) regla(s) de reconocimiento y la existencia de las normas jurídicas depende de la existencia del sistema al que pertenecen.

El epílogo de aquel libro trataba, como indica tu pregunta, sobre el alcance y justificación del viejo principio de que la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento; un breve epílogo que, con algunas modificaciones, he presentado luego en diversas reuniones y se ha publicado en varias versiones. El motivo de aquel epílogo era que en el primer capítulo del libro incluyo un recorrido histórico sobre las tres decisiones que la codificación estableció en favor de la ley –en el sentido de disposición o norma jurídica formulada expresamente por la autoridad– y en contra de la costumbre, lo que podríamos leer como la preeminencia de la validez sobre la eficacia: la costumbre contra legem no es fuente de derecho y, por ello, no deroga a la ley; la costumbre negativa o desuso tampoco deroga a la ley; y, finalmente, la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento. Mientras en el resto del libro había tratado los aspectos teóricos de las relaciones entre validez y eficacia, quedaba pendiente alguna referencia al principio de ignorancia que, sin embargo, había sido objeto de muchas discusiones y de diferentes explicaciones y matices para acabar siendo tildado por Joaquín Costa como «la más grande tiranía». El análisis del alcance de ese principio en el derecho actual, una vez que distinguimos entre las sanciones restitutivas y las sanciones represivas, distinguimos entre las acciones mala in se y las acciones mala prohibita, y tenemos en cuenta la evolución del error de prohibición en el derecho sancionador, lleva a la conclusión de que el principio en cuestión tiene un alcance muy residual que, a fin de cuentas, se limita a imponer la obligación de restituir los daños sobre el incumplidor-ignorante y no sobre el cumplidor (conocedor o, quizá también, ignorante) en los casos de responsabilidad civil y a soportar una sanción atenuada en uno o dos grados en casos de incumplimiento de normas represivas cuando concurre el error o ignorancia vencible. Mi conclusión era que se trataba de un modesto precio a pagar por vivir bajo el imperio de las leyes.

Manuel Atienza: *La referencia que acabas de hacer al imperio «de las leyes» me lleva, de una manera que podría calificarse de «natural», a formularte alguna pregunta sobre uno de los conceptos de los que te has ocupado en varias ocasiones: el del imperio de la ley, como componente del Estado de Derecho. Hace algunos años te manifestaste en contra de lo sostenido por Laporta, en el sentido de que, para él, el imperio de la ley sería un imperativo ético con independencia de su origen democrático, mientras que tú postulabas que, para atribuirle ese valor, la «ley» debía entenderse como expresión de la voluntad popular, debía tratarse de una ley democrática. ¿Cómo ha evolucionado esa polémica –si se puede llamar*

así: ya sé que tenéis concepciones del Derecho muy afines– que, si mal no recuerdo, suponía también que él defendía una visión del Estado de Derecho más formalista (o menos sustantivista) que la tuya? Otra cosa. En un texto reciente (incluido en un libro en homenaje a Luis Prieto) señalabas que, en tu opinión, los dos grandes principios de la ética judicial (la independencia y la imparcialidad) debían verse como corolarios del imperio de la ley y no como el resultado de una «ética aplicada». ¿Podrías aclararnos lo que quieres decir con ello? O, quizás más exactamente, ¿contra qué o contra quienes va esa afirmación tuya? Y en fin, dado que has escrito también en varias ocasiones sobre temas de ética o deontología profesional, ¿podrías indicarnos sintéticamente cómo concibes tú la ética de los profesionales del Derecho, en particular, la de los jueces?

Liborio Hierro: Lo que sostuve y sostengo es que el imperio de la ley es una noción con valor ético y, por ello, un valioso ideal político-jurídico. En ello coincido plenamente con Laporta que lo considera «un complejo imperativo moral dirigido al sistema jurídico».[3] Me separaba yo de Laporta en un solo aunque importante aspecto: para él, el imperio de la ley como imperativo ético se limita a determinados criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas con independencia de su origen democrático.[4] Por mi parte, siendo en esto fiel a la tesis de Elías Díaz, defendía y defiendo la conveniencia de mantener asociado el principio democrático al imperativo ético del imperio de la ley; insisto: no a su definición sino a su virtualidad como imperativo moral. Creo que, propiamente hablando, no hubo polémica alguna porque ni él ha debatido nunca la cuestión en estos términos ni mi discrepancia es demasiado profunda. Como ya señalé en otra ocasión, esta diferencia es sólo de oportunidad ya que ni Laporta ha negado el principio democrático ni yo niego que su versión del imperio de la ley constituya también –aunque en mi opinión en un sentido más débil– un imperativo ético. Lo que pienso es que la interpretación fuerte que, como hace Elías Díaz, introduce en la noción misma de imperio de la ley el elemento democrático, resulta necesaria, precisamente bajo el punto de vista ético, para dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley o, en caso contrario, para justificar moralmente su desobediencia. Para ello es necesario que la ley sea expresión de la propia autonomía de los sujetos a los que se aplica y, por ello, legitimada por su aprobación, requisito que sólo puede satisfacerse concibiendo a la ley como expresión mediata o inmediata de la voluntad general. Añadí entonces –y sigo pensando– que esta interpretación fuerte es más oportuna porque la interpretación débil pone de relieve la superioridad moral de la legalidad frente a la arbitrariedad, lo cual no parece estar hoy en cuestión, mientras que la interpretación fuerte pone de relieve la superioridad moral de la voluntad general –la democracia– frente a cualquier forma de autoritarismo –tiranía u oligarquía– lo que todavía está desgraciadamente en cuestión.

3. Francisco Laporta, «Imperio de la Ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 15-16, Vol. 1, pp. 133-145, (1994), p. 134.
4. Francisco Laporta, ibídem, pp. 142-144.

Si no te parece mal voy a invertir las respuestas a las dos últimas cuestiones ya que –me parece– la respuesta a la segunda hará más comprensible la respuesta a la primera.

Para ubicar mi respuesta sin extenderme en exceso empezaré por recordar una idea diametralmente opuesta a la que yo sostengo. Nuestro buen amigo y respetado colega Aulis Aarnio ha sostenido lo siguiente: «Mi tesis principal es que de facto no hay una ética profesional particular de los juristas (ni de ninguna otra profesión) más allá o por encima de los principios éticos que obligan a todo el mundo».[5] Intuyo que la consecuencia de esta afirmación es que no hay nada que pueda denominarse específicamente «ética profesional» o «deontología profesional». Por mi parte sostengo lo que, al menos aparentemente, parece lo contrario aunque –me atrevo a decir– mi opinión no se refiere al «más allá o por encima» sino al «más acá o por debajo».

Me explico: ejercer una profesión es asumir el correspondiente rol y asumir el conjunto de obligaciones y derechos que se derivan de él. Cierto es que una gran parte estos derechos y obligaciones no son específicos. Que un profesional no deba mentir a un cliente o no deba injuriar a un colega no tiene nada de específico; como ya escribí en otras ocasiones, tampoco se debe mentir a un familiar ni injuriar a un vecino; que deba realizar su trabajo con diligencia y honestidad es algo que moralmente se le puede exigir a cualquier tipo de profesional, a un comerciante o a cualquier trabajador. Hasta aquí, por tanto, no habría nada específico. Otros derechos y obligaciones pueden considerarse específicos en el sentido de que sólo corresponden al que ejerce una cierta profesión pero se derivan, por conclusión o por determinación sin mayor problema, de normas morales de carácter general; su carácter específico estriba simplemente en que el que no ejerce esa profesión no se encuentra en la ocasión de aplicación de la norma (por ejemplo, si afirmamos que el médico tiene el deber moral de actualizar sus conocimientos médicos y el abogado sus conocimientos jurídicos). Los problemas interesantes aparecen cuando comprobamos que, en muchos o algunos casos, el rol profesional requiere y justifica conductas que son contrarias a las normas morales generales y que ello es lo que ha generado ciertas costumbres, normas morales o normas jurídicas peculiares: cuando el profesional tiene el derecho o la obligación, en virtud de su rol, de hacer algo que en circunstancias normales está prohibido o cuando tiene prohibido hacer algo, en virtud de su rol, que en circunstancias normales está permitido o incluso es obligatorio. Nos encontramos, entonces, ante derechos y obligaciones excepcionales, en el estricto sentido de que constituyen excepciones a la aplicación de normas morales de carácter general. Su justificación sólo puede encontrarse en que sean conductas cuya realización sea condición necesaria para el desempeño de una función profesional justificada y que no viole un bien de mayor importancia que la propia función profesional. Como ya argumenté hace tiempo al discutir esta cuestión, creo que la justificación moral de estas excepciones implica satisfacer tres condiciones: que la función profesional de la que se derivan esos derechos y obligaciones excepcionales esté justificada (condición de la

5. Aulius Aarnio, «Lawyers Professional Ethics-Do They Exist?», *Ratio Iuris*, vol. 14, pp. 1-9 (2001); p. 2.

finalidad); que la conducta excepcionalmente prohibida, obligatoria o permitida, sea una conducta instrumentalmente necesaria para cumplir la función profesional (condición de la necesidad) –la cual se desdobla en que sea instrumentalmente adecuada para cumplir la función (condición de la adecuación) y que no exista una conducta alternativa y conforme con las normas morales generales que satisfaga en los mismos términos el cumplimiento de la función (condición de la ausencia de alternativa–); y, finalmente, que la conducta excepcionalmente prohibida, obligatoria o permitida no implique la violación de una regla o principio de una mayor peso moral que los que son servidos por la función profesional. En mi opinión la deontología debiera ser una disciplina fundamental en la formación del jurista pero bien entendido que la deontología no propone los ideales de vida de un profesional sino que se limita a establecer qué es lo que, bajo el punto de vista moral, las normas sociales y jurídicas reguladoras de la profesión deben imponer, es decir: lo que los miembros de un determinado grupo profesional deben hacer y no deben hacer cuando ejercen esa profesión.

En varias ocasiones he tratado de aplicar estas ideas a las profesiones jurídicas.

Lo primero que me ha llamado la atención es que en la configuración institucional de las profesiones jurídicas propia del estado de derecho se generan dos roles profesionales no sólo diferentes sino contrapuestos. A pesar de las diferencias entre la cultura jurídica anglosajona y la continental o romano-canónica ambas han terminado por adoptar el sistema «adversarial» o contencioso en la aplicación de las normas jurídicas y es esta estructura la que da lugar a dos roles que no sólo son distintos sino contrapuestos. Si adoptamos una clasificación funcional de las profesiones jurídicas –que me parece la más relevante desde un punto de vista deontológico si, como he indicado, lo peculiar de la deontología deriva del rol que se desempeña y el rol deriva de la organización institucional de la función– entonces lo que resulta peculiar en las profesiones jurídicas es que, en ellas, no sólo se da cabida a dos o más funciones técnicamente diferentes –como lo pueden ser la del médico y la del enfermero, o la del profesor y la del inspector educativo, o la del arquitecto y la del encargado de obra– sino básicamente a dos funciones contradictorias entre sí: la que se encamina a optimizar los intereses del cliente dentro del marco de posibilidades legales y la que se encamina a obtener la aplicación de la ley sea cual sea la índole de los intereses afectados.

Este peculiar marco de toma de decisiones supone una de estas dos cosas: o bien que el ordenamiento jurídico no predetermina una única respuesta correcta a cada conflicto planteado o bien que la respuesta correcta (admitido que la haya) sólo puede alcanzarse mediante un procedimiento discursivo. En cualquiera de ambas hipótesis explicativas el sistema contencioso supone que en los niveles de creación y aplicación preventiva de normas el sistema ofrece muchas posibilidades alternativas lo que da lugar a que unos profesionales (abogados, consultores fiscales, etc.) asuman la función de optimizar los intereses del cliente dentro de las posibilidades legales mientras otros profesionales asumen la función de vigilantes al homologar, registrar o validar los actos de los particulares (notarios, registradores, inspectores, etc.), y a que, en el nivel de la formalización y resolución de conflictos jurídicos, ese carácter contencioso se radicalice

mediante un procedimiento de decisión basado en una discusión contradictoria y aquí es donde se manifiesta más descarnadamente la contradicción entre los dos roles.

De un lado, el rol básico del abogado como la parcialidad y el servicio al cliente, lo cual –dicho sea de paso– no requiere suscribir un modelo exclusivamente contractual con ausencia de toda regulación del acceso a la profesión, del contenido de los contratos profesionales o de las obligaciones del abogado ante el tribunal y ante sus colegas, pero sí requiere aproximar el modelo del experto al modelo contractual y someter a revisión las múltiples normas supuestamente deontológicas que simplemente sirven para mantener ventajas corporativas en un mercado poco simétrico respecto a la información disponible por los ofertantes del servicio y por sus demandantes. De otro lado, el rol del juez cuya función típica se desempeña en el momento de resolver un conflicto jurídicamente formalizado y que, no sorprendentemente, es cabalmente el contrario al del abogado: la imparcialidad. El modelo de juez que satisface este rol es el de un juez profesional, modelo que se apoya, de un lado, en la vinculación a la ley y, del otro, en la imparcialidad en el proceso.

Concretaré algo más pero, antes de hacerlo, permíteme que me proteja de un aspecto formal de tu pregunta. Me dices: «¿contra qué o contra quienes va esa afirmación tuya?» En la anterior pregunta también decías que hace algunos años me había manifestado «en contra de lo sostenido por Laporta». Da así la impresión de que soy un polemista lo que, desde luego, está muy lejos de mi intención y mucho más lejos de mi capacidad. Naturalmente cuando uno sostiene una idea, una tesis o una explicación de cualquier cosa, concepto o argumento, se contrapone inevitablemente a cualquier idea distinta, cualquier tesis alternativa o cualquier otra explicación, pero eso no quiere decir que esté «contra» nadie, salvo que sea un escolástico militante, lo que quiero creer que nunca he sido. Soy consciente, sin embargo, de que tu pregunta, así planteada, está motivada porque en el trabajo en homenaje a Luis Prieto al que haces referencia argumenté una contraposición entre la concepción del constitucionalismo post-positivista y la concepción del constitucionalismo positivista de la función judicial y sus respectivas consecuencias deontológicas. Varios colegas muy cercanos se sintieron malinterpretados por la forma en que tracé esta distinción y es probable que yo haya simplificado las diferencias entre ambas concepciones.

Ello no obstante, me sigue pareciendo correcto afirmar que una extendida corriente del constitucionalismo post-positivista se caracteriza por sostener tres tesis: (a) que las constituciones contemporáneas incluyen explícita o implícitamente principios morales de carácter objetivo; (b) que el carácter normativo supremo de estas constituciones supone que las normas inferiores, las leyes y los reglamentos, sólo son jurídicamente válidas si satisfacen aquellos principios morales, y (c) que la argumentación jurídica, típicamente la que tiene que hacer el juez para decidir aplicando el derecho a la solución de un conflicto, es una argumentación moral lineal que desciende desde el correspondiente valor o principio moral objetivo incorporado a la constitución hasta la decisión del conflicto, decisión que necesariamente será, por ello, una decisión conforme con el derecho y moralmente correcta. El constitucionalismo positivista –que suscribo– se

caracteriza, por el contrario, por sostener estas tres tesis: (a) que las constituciones contemporáneas, que han afirmado con éxito su carácter normativo son, como es obvio, el nivel superior de la ley como fuente de derecho y que su contenido moral es contingente y puede coincidir o no coincidir con criterios morales razonables y hacerlo en mayor o menor grado pero que su autoridad moral, política y jurídica procede básicamente de su legitimación democrática; (b) que las leyes aprobadas por el parlamento como representante ordinario de la voluntad general comparten con la constitución, a la que están jerárquicamente subordinadas, esa misma legitimidad democrática y es eso lo que las dota de una especial autoridad moral, política y jurídica; y (c) que, consecuentemente, el imperio de ley como fuente del derecho que los jueces están encargados de aplicar para resolver conflictos da lugar, necesariamente, a una argumentación que es un caso especial de argumentación práctica precisamente porque los jueces están sometidos a ese imperio de la ley y ese rol social que define su función puede suscitar serios problemas morales que dan sentido a una específica deontología profesional. Si esta conclusión es –como creo– correcta entonces el imperio de la ley resulta ser el imperativo moral específico de la función judicial. El profesional de la jurisdicción asume, por su rol profesional, una meta-norma moral (como la denominó Ernesto Garzón) que justifica su obligación de decidir conforme a los principios morales del sistema jurídico cuya jurisdicción ejerce y conforme a las normas jurídicas de cualquier rango que desarrollan y concretan aquellos principios, salvo que pueda considerarlas inválidas por contradecir normas de rango superior o, si se trata de normas con rango de ley, pueda suscitar una cuestión de inconstitucionalidad. De este modo, el imperio de la ley es algo más que una prescripción técnica; es un principio moral que el juez debe internalizar moralmente, es decir: hacer suyo. Y de ello se deriva que la independencia y la imparcialidad –que, he argumentado, no son dos virtudes morales de carácter general– sean la consecuencia, para los profesionales de la jurisdicción, de una ética deontológica. Esperamos de los jueces una actitud de neutralidad en el conflicto y una fidelidad a las normas que han de aplicarse. Esto es lo que Alf Ross denominó «conciencia jurídica formal» y consiste en que el juez en sus decisiones, y sean cuales sean sus propias ideas o principios sobre las propias normas que aplica, tiene que aparecer como esa «boca que pronuncia las palabras de la ley» antes que como expresión de cualquier opción parcial, sea por convicción, sea por simpatía o sea por interés.

Manuel Atienza: *Es posible que yo tenga una mayor propensión que tú hacia la polémica. Pero mi intención de que sigamos hablando sobre el positivismo jurídico (o de que enfrentemos ahora esa cuestión directamente y no de manera simplemente tangencial como ha ocurrido en relación con varias de las anteriores preguntas) obedece fundamentalmente a un deseo de comprensión. Yo tengo la firme convicción, desde hace ya bastante tiempo, de que el positivismo jurídico, en cualquiera de sus versiones, es una concepción del Derecho incompatible con lo que solemos llamar «constitucionalismo» (entendido como hecho, como el conjunto de cambios que han tenido lugar en nuestros ordenamientos jurídicos y que han modificado el objeto de estudio de la teoría del Derecho y de las dogmáticas jurídicas), de*

la misma manera (o de manera análoga) a lo que sucedió con el iusnaturalismo en relación con el Derecho moderno: dejó de ser una concepción funcional del Derecho a partir de un cierto momento histórico. Y de ahí mi extrañeza al encontrarme con que filósofos del Derecho que mantienen posiciones bastante semejantes a las mías en muchísimos aspectos, sin embargo, sigan calificándose a sí mismos como positivistas jurídicos. Por supuesto, yo estoy de acuerdo contigo en que el imperio de la ley tiene una sustancia ética y también, por ejemplo, en cómo resolver los problemas de deontología profesional a los que antes te referías: lo que planteas, en definitiva, no es otra cosa que una ponderación, una ponderación entre principios que chocan entre sí a propósito de un cierto caso, lo que requiere establecer una prioridad considerando una serie de elementos que vienen a ser los mismos que uno puede encontrar, digamos, en la famosa concepción de Alexy (necesidad, idoneidad, proporcionalidad en sentido estricto). Y estoy de acuerdo también en que la argumentación moral que, necesariamente, lleva a cabo un juez al justificar su decisión no puede ser «una argumentación moral lineal». Pero es que esto último, el que los principios jurídicos sean simplemente principios morales y que el juez pueda –o deba– actuar, a la hora de motivar sus decisiones, como si fuera un argumentador moral sin más, no lo ha sostenido ningún postpositivsta, o no positivista, digamos, respetable. Puede encontrarse en obras teóricas o en sentencias de los llamados «neoconstitucionalistas», pero, para entendernos, nada tiene que ver con lo sostenido por autores como Dworkin, Alexy, Nino o el último MacCormick. Si vamos a lo que parece ser la principal seña de identidad del positivismo jurídico, la distinción metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral, yo encuentro estos dos problemas en tu posición (problemas para que puedas seguir considerándote iuspositivista). Uno es que, en diversos lugares has mostrado que la identificación del Derecho o el razonamiento judicial no permite (al menos en los Derechos del constitucionalismo) hacer esa distinción. O sea, la moral para ti no está exclusivamente fuera del Derecho, sino que forma parte en algún sentido de la práctica jurídica. De ahí una afirmación como la siguiente: «una decisión judicial siempre requiere una justificación moral aunque esta justificación puede ser de primer grado (la decisión me parece moralmente correcta) o de segundo grado (la decisión me parece moralmente incorrecta, pero está moralmente justificado adoptarla)». Creo que viene a ser en el fondo lo mismo que sostuvo al respecto Nino, lo que le llevó a enfrentarse con los positivistas de entonces (y de ahora) y que a mí me ha parecido siempre un punto esencial para entender el razonamiento judicial (él lo consideraba como la cuestión más importante de la filosofía jurídica): las razones jurídicas por sí solas no tienen fuerza justificativa. El segundo problema es la afirmación que hacías al final de tu anterior respuesta al señalar que «el contenido moral» de nuestras constituciones es «contingente» y que puede coincidir o no «con criterios morales razonables». Es, como sabemos, la forma que ha encontrado el llamado «positivismo incluyente» de sortear el problema: la conexión entre el Derecho y la moral no tendría un carácter necesario. Pero, sinceramente, me parece una forma –casi diría una argucia– para salir del paso completamente insatisfactoria: se parece a lo del «Derecho natural de contenido variable» y otros mecanismos ad hoc por el estilo para salvar una tesis que ha dejado de ser defendible. Cuando señalas que el contenido moral de nuestras constituciones es contingente, ¿quieres decir con ello que, por ejemplo, seguiríamos pensando que,

en España, tendríamos una constitución si, imaginemos, no contuviese un principio como el de dignidad humana, el de igualdad ante la ley, el de libertad de expresión, etcétera, etcétera? Parece obvio que no y que la defensa del constitucionalismo (aunque se trate de lo que tú llamas un «constitucionalismo débil») es incompatible con pensar precisamente eso. Pero entonces, ¿qué hay que entender por «contingente»? ¿Y qué más da que uno pueda concebir –y cuando digo «concebir» no quiero significar que sean sólo construcciones de la imaginación– ordenamientos jurídicos en los que esos principios estén totalmente ausentes? Por supuesto que en nuestras constituciones y en nuestras leyes no todo lo establecido autoritativamente (o lo decidido por un juez) es conforme con la moral, ¿pero por qué están (estáis) los positivistas jurídicos tan empeñados en insistir en que sólo si se es positivista uno puede hacer afirmaciones del tipo de «la norma N es jurídica pero es injusta»? A mí me parece obvio que no es así, y que ninguno de los anteriores autores no positivistas identifican el Derecho con la moral, esto es, tienen ningún tipo de imposibilidad para hacer afirmaciones como la anterior, o sea, para criticar el Derecho positivo en términos morales.

En fin, discúlpame por la extensión tan exageradamente larga de mi pregunta. Pero es un tema que me parece importante. Y espero que también te lo parezca a ti y se lo parezca al lector de Doxa.

Liborio Hierro: Te decía antes –al responder a tu quinta pregunta– que al reincorporarme a la Universidad en 1992, tras diez años de ausencia, lo que me pareció más llamativo era la enorme influencia de Ronald Dworkin y, consecuentemente, el creciente distanciamiento del positivismo metodológico de muchos autores que se habían (y os habíais) formado en el positivismo analítico. Este es el origen, creo, de la polémica a la que me invitas. En los conocidos capítulos segundo y tercero de su obra Los derechos en serio Dworkin reconstruyó la obra de Hart como un «modelo de las normas» al que contrapuso su modelo de los principios o, por mejor decir, de los derechos. Dworkin consideró que el modelo de las normas de Hart era el exponente más típico del positivismo contemporáneo y lo sometió a crítica. Ya entonces me pareció que Dworkin había tergiversado las tesis de Hart. Como indicó Genaro Carrió «al criticar al positivismo jurídico, Dworkin ha creado o inventado su blanco. La modalidad de positivismo jurídico contra la cual argumenta, no existe».[6] Me sigue pareciendo que el Postscript de Hart, dedicado prácticamente en exclusiva a responder a Dworkin, y la réplica del propio Dworkin, ambas de 1994, confirman las palabras de Carrió. Mi opinión es que la indiscutible, y para mi sorprendente, influencia de aquel postulado antipositivista de Dworkin se debe no tanto al rigor y al acierto de sus críticas al positivismo de Hart como a su poderosa convocatoria a un cambio de agenda en la teoría del Derecho, cambio cuyo anclaje fundamental se encontraba en la afirmación de que una teoría general del derecho debe ser a la vez conceptual y normativa, con lo que estoy totalmente de acuerdo. Desde aquel debate han transcurrido muchos años y me parece que en las propias filas positivistas –como escribí hace algunos años– se ha

6. Genaro R. Carrió, *Dworkin y el positivismo jurídico*, México, UNAM, 1981, p. 54.

ido generando una abultada polémica de «escuelas». Decía entonces que la polémica había tomado un cierto tinte «escolástico» porque parece que la cuestión relevante ya no era tanto cuáles son las relaciones del derecho con la moral, que carácter tienen y qué consecuencias teóricas y prácticas se derivan de ellas, sino qué respuestas a estas preguntas son admisibles en el club de los positivistas y en el de los post-positivistas y en qué secciones dividen a sus respectivos miembros. Así que, para continuar la respuesta, no me queda más remedio que remitirme al artículo que publiqué en el número 25 de DOXA en 2002[7], en el que escribí aquello y en el que, tras releerlo ahora pausadamente, me ratifico. En resumen: me sigue pareciendo lúcida y útil la distinción hecha por Bobbio entre el positivismo como modo de acercarse al estudio del derecho, el positivismo como teoría del derecho y el positivismo como ideología del derecho y, tomando esta distinción como referencia, coincido con Carrió cuando señaló que Hart no puede ser considerado positivista en el aspecto teórico ni en el aspecto ideológico en los que resultaría claramente un anti-positivista. Quienes suscribimos el positivismo metodológico –esto es, como modo de aproximarse al estudio del derecho– compartimos generalmente tres tesis: la tesis de las fuentes sociales, la tesis de la identificación objetiva y la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral. No me parece ni necesario ni conveniente desarrollar ahora estas tres tesis que son bien conocidas por nuestros colegas.

Me parece, sin embargo, oportuno insistir en un par de aspectos del debate. El primero es mi coincidencia con ese cambio de agenda en la teoría del Derecho que me parece ser el fundamento de la influencia de Dworkin porque, en efecto, lo que llamamos «ciencias» del derecho no son otra cosa que elaboraciones doctrinales sobre el derecho positivo hechas por participantes y dirigidas a participantes, y lo mismo ocurre con la teoría general del derecho e incluso con la teoría de la justicia que, aunque se construya desde el punto de vista de un observador crítico del ordenamiento jurídico, se dirige también a participantes. Un punto de vista externo, objetivo y neutral –un punto de vista científico en sentido propio– como puede ser el del antropólogo, el sociólogo o el historiador cuando se ocupan del derecho, es ajeno y muy distante del que corresponde a lo que denominamos ciencias del derecho, a la teoría general del derecho y a la filosofía del derecho. Ello no obstante, el punto de vista de un participante incluye necesariamente enunciados externos u observacionales, meramente descriptivos y, por ello, el positivismo como modo de aproximarse al estudio del derecho resulta necesario y adecuado para ese punto de vista pero no tanto con el objetivo de obtener una teoría pura, de «eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños» –en las conocidas palabras de Kelsen– sino, por el contrario, su objetivo es –en mi opinión– mantener un punto de vista moral frente al derecho positivo libre de determinaciones fácticas; en palabras de Hart: «orillar… el peligro de que el derecho

7. «¿Por qué ser positivista?», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n.º 25, 2002, pp. 263-302.

vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica».[8]

Y permíteme ahora que polemice contigo. Voy a aplicar las consideraciones anteriores al núcleo de tu pregunta. Coincidimos, como dices, en que el imperio de la ley tiene una sustancia ética; coincidimos, como también dices, en cómo resolver los problemas de deontología profesional y en que la moralidad de la argumentación de un juez al justificar su decisión no puede ser una argumentación moral lineal. ¿En qué discrepamos? Discrepamos, dices, en «lo que parece ser la principal seña de identidad del positivismo jurídico, la distinción metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral» y añades que no puedo considerarme positivista ya que «la moral para ti no está exclusivamente fuera del Derecho, sino que forma parte en algún sentido de la práctica jurídica». Por supuesto: tanto la moral positiva como algunos o muchos de los principios o valores de una moral crítica o esclarecida forman parte del derecho positivo y, en mayor o menor grado, siempre lo han hecho. Es prácticamente inconcebible un ordenamiento jurídico a-moral. Pero el grado de coincidencia de la moral con el derecho positivo es siempre contingente, más todavía si nos referimos a una moral crítica, esclarecida o racional. No veo en qué se parece esta afirmación a lo del derecho natural de contenido variable. Niegas que se pueda sostener, como yo entre otros muchos sostenemos, que el contenido moral de nuestras constituciones es contingente y, para fundamentar esta negación, me preguntas: «¿quieres decir con ello que, por ejemplo, seguiríamos pensando que, en España, tendríamos una constitución si, imaginemos, no contuviese un principio como el de dignidad humana, igualdad ante la ley, libertad de expresión, etcétera, etcétera? Parece obvio que no y que la defensa del constitucionalismo (aunque se trate de lo que tú llamas un 'constitucionalismo débil') –continúas diciendo– es incompatible con pensar precisamente eso» Respondo diciendo: si el tipo de norma o conjunto normativo que denominamos «constitución» fuese por definición una norma o conjunto de normas de jerarquía superior a la legislación y demás normas derivadas que hubiese de contener el principio de dignidad humana, igualdad ante la ley, libertad de expresión, etcétera, en los Estados Unidos de América no hubo cosa alguna que pudiéramos denominar «constitución» hasta, por lo menos, el 18 de diciembre de 1865 en que por fin se ratificó la decimotercera enmienda que supuso la efectiva y definitiva abolición de la esclavitud; o quizás hasta el 21 de mayo de 1920 en que por fin se ratificó la decimonovena enmienda aprobando el sufragio femenino. Los ejemplos podrían extenderse hasta la saciedad. ¿No son constituciones, no merecen ese nombre, las constituciones que no satisfacen plenamente las exigencias de la dignidad humana, las libertades y los derechos morales básicos de las personas? ¿Tenemos que afirmar algo así como Constitutio iniusta non est constitutio sed corruptio constitutionis? No encuentro ninguna ventaja teórica ni práctica en retornar a estas alturas a una especie de iusnaturalismo constitucional. La tesis de la separación me parece seguir

8. Herbert L. A. Hart, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 10.

siendo una elemental doctrina, como la calificó Hart, y ello con independencia de que los regímenes constitucionales actuales, en gran parte de los países, incorporen un mayor y mejor contenido moral que en otros tiempos. Ahora bien, si –como al final de tu pregunta dices– los autores no positivistas no identifican el derecho con la moral, ni tienen inconvenientes para afirmar que la constitución C o la norma constitucional NC son jurídicas aunque sean injustas, ni para criticar el derecho positivo en términos morales, entonces quiere decirse que suscriben esta elemental doctrina y nuestra discusión no pasa de ser una disputa verbal.

Concluyo. Aceptarás –espero– que no suscribo el positivismo como posición teórica y que nunca lo he hecho, como tampoco suscribo el positivismo como ideología; no creo que el ordenamiento jurídico sea siempre, ni siquiera con frecuencia, pleno y coherente, y creo que la interpretación y aplicación del derecho es una tarea complicada y no una mera deducción lógica, y creo que no hay, en muchos casos, una única respuesta correcta; no creo tampoco que el ordenamiento jurídico merezca siempre ni merezca todo él una obediencia moral. Sin embargo, como espero haber dejado claro, sigo sosteniendo las tesis básicas de lo que se suele denominar positivismo metodológico pero –repitiendo inevitablemente lo que escribí no hace mucho– creo que la relación entre el derecho y la moral es frecuente y extensa pero es contingente y no encuentro contradicción alguna en afirmar la separación conceptual –sólo conceptual– entre el derecho y la moral y pretender al mismo tiempo que el derecho realice ciertos ideales morales; no todos, por supuesto, pero sí algunos muy relevantes como son los que se expresan en los derechos humanos. En fin, deseo y defiendo un orden jurídico que traduzca mediante procedimientos democráticos esos valores en normas claras, estables y eficaces, a las que los jueces deben una especial lealtad. Creo que esta posición recibe ahora la etiqueta de «positivismo normativo»; no me parece muy convincente pero, si es así, la acepto de buen grado.

Manuel Atienza: *Discúlpame que siga en cierto modo con el tema del positivismo jurídico. Pero va estrechamente ligado con la pregunta que ahora quería hacerte, a propósito de los derechos humanos. Insisto en que un no positivista (un postpositivista) no tiene, naturalmente, ningún inconveniente en aceptar que sobre el Derecho pueden hacerse enunciados externos (típicamente, los de un sociólogo o un historiador) y que presuponen la separación entre el Derecho y la moral. Al igual que no creo que lo que esté en cuestión en esta discusión sea la posibilidad de afirmar que una norma es jurídica e inmoral al mismo tiempo. Tengo la impresión de que esto último no lo han negado, en realidad, ni siquiera iusnaturalistas como Tomás de Aquino; aunque desde luego no es este momento para entrar en esa cuestión. Lo que me parece fundamental es que el positivismo jurídico (también el positivismo metodológico) lleva a una teoría del Derecho empobrecida y alejada de las prácticas jurídicas. Pues se puede aceptar, en abstracto, que la relación entre el Derecho y la moral es contingente, pero eso sería precisamente en abstracto: no es así por lo que respecta a nuestros Derechos, los del Estado constitucional. Y yo no veo mucho sentido a la idea de construir una teoría del Derecho (particularmente si se acepta su carácter no meramente descriptivo, sino también*

normativo) que no tenga como centro fundamental de referencia la realidad de nuestros Derechos. Dicho de otra manera, si se es coherentemente positivista (como, por ejemplo, Kelsen), entonces los derechos humanos no pueden jugar el papel determinante que hoy tienen en nuestras prácticas jurídicas (me refiero a que la teoría no puede dar cuenta de ello; no a que un positivista adhiera o no a esa ideología). Pero este obviamente no es tu caso. Y cuando uno examina tu concepción de los derechos humanos (al igual que la de otros autores que se consideran a sí mismos también positivistas), lo que resulta es que tu aproximación parece más bien desmentir lo de la necesidad de separar metodológicamente el Derecho de la moral; o sea, tal y como tú lo entiendes habría que decir, me parece, que el concepto de derecho humano tiene una dimensión moral inesquivable. Cito un fragmento de tu libro de 2015 Los derechos humanos. Una concepción de la justicia: «Cuando afirmamos que algo debe hacerse porque tiene derecho a ello, queremos probablemente decir que es bueno hacerle tal cosa y que sería malo dejar de hacerlo. O sea, que se trata de una necesidad, interés o deseo de un sujeto ante la cual se obra bien si y sólo si se la satisface (…) tener un derecho es, jurídicamente hablando [pero el concepto jurídico presupone el moral], tener una necesidad que las normas del sistema jurídico exigen satisfacer en todo caso».

Bueno, dejando a un lado lo anterior, mi pregunta a propósito de los derechos humanos se puede concretar en estas dos subcuestiones. La primera: dado que, a lo largo de tu carrera académica, te has ocupado en diversas ocasiones de ese tema, ¿dirías que has partido siempre de la misma concepción, o hay algún cambio en tus planteamientos que pueda considerarse significativo? Y la segunda: ¿Cómo resumirías tu concepción sobre los derechos humanos? ¿Cuál dirías que es el núcleo fundamental de tu teoría?

Liborio Hierro: No me queda más remedio que empezar por formular algunos matices al preámbulo que antepones a esta pregunta. No he dicho antes que puedan hacer enunciados externos que presuponen la separación entre el derecho y la moral los meros observadores (un sociólogo o un historiador) –como tú aquí me recuerdas– sino que también los pueden y los tienen que hacer los participantes tanto si cultivan alguna de las llamadas «ciencias del derecho» (el derecho civil, el derecho mercantil, el derecho laboral, el derecho administrativo, etcétera), como si cultivan la teoría general del derecho o la filosofía del derecho pues son todos ellos participantes y observadores a un mismo tiempo, ya sean observadores entusiastas o sean observadores críticos. Quizás esto es justamente lo que nos separa: que tú –y en general los postpositivistas– sostenéis que quien hace teoría sobre el derecho de un estado constitucional actual no puede separar el derecho de la moral. Si es así, recaéis en una nueva especie de positivismo ético similar a la que profesaron los fetichistas de la ley. Si no es así, no hay desacuerdo alguno entre nosotros.

Dudo mucho, por otra parte, que nuestra posición lleve a una teoría empobrecida; habría que demostrarlo; y dudo más todavía que este alejada de la práctica jurídica que domina en los profesionales del derecho, abogados, fiscales, jueces y demás. Creo, más bien, que la versión que vosotros sostenéis está demasiado dominada por el modelo de práctica jurídica que siguen inevitablemente los tribunales constitucionales o supremos

en los que, por cierto, el activismo judicial ha estado siempre, para bien y para mal, más presente. Es obvio que quienes tienen que resolver conflictos entre principios y/o reglas constitucionales no tienen normas jerárquicamente superiores que aplicar a la solución del conflicto. No pueden –para decirlo claramente– recurrir a la subsunción del caso conflictivo en lo prescrito por otra norma. No les cabe sino ponderar los principios, explícitos o subyacentes, en las normas constitucionales. Ello no obstante, si el legislador ha realizado ya una ponderación determinada debieran –en mi opinión– mantener una fuerte deferencia hacia la ley, algo que puede enunciarse en un sencillo principio: donde la constitución admite cualquier margen de interpretación, cualquier alternativa racional es constitucional.

Vayamos a la pregunta. Por supuesto que la idea de los derechos humanos tiene una dimensión moral ineludible pero –como antes te dije– no encuentro contradicción alguna en afirmar la separación conceptual entre el derecho y la moral y pretender al mismo tiempo que el derecho realice ciertos ideales morales; básicamente algunos muy relevantes como son los que se expresan en los derechos humanos. Esta es una exigencia moral para el derecho positivo que se realiza en mayor o menor grado en los actuales sistemas constitucionales. No toda constitución contemporánea declara y protege todos los derechos humanos como debiera y hay que añadir: no basta la declaración formal en un texto constitucional para protegerlos adecuadamente. Seguimos hoy siendo testigos, y muchos son desafortunadas víctimas, de lo que Ferdinand Lasalle ya en 1862 denominó «constituciones de papel».

Creo que no ha habido ningún cambio significativo en mi concepción de los derechos humanos. Se ha ido construyendo poco a poco pero –me parece– sin cambios de orientación. Trataré de resumirla en seis pasos.

El primero es sobre el concepto. Terminada mi tesis doctoral me interesé enseguida por aclarar con metodología analítica el concepto de los derechos humanos sobre los que trabajaba entonces con Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández y que me parecía se mantenían, entre nosotros, en un universo ideológico atrayente pero mal definido. La bibliografía exterior ofrecía, sin embargo, una atención cada vez mayor a la teoría de los derechos humanos. En 1982 pude publicar un artículo en que presentaba la discusión que entonces se mantenía, discusión centrada en aplicar al concepto de derechos humanos la disyuntiva, ya antigua en la dogmática jurídica, entre la teoría de la voluntad o la teoría del interés. Me decanté por la teoría del interés (Neil MacCormick, Joel Feinberg) frente a la teoría de la voluntad que contaba con el autorizado respaldo de Hart. Me sorprende, tantos años después, que la última gran obra filosófica sobre los derechos humanos –On Human Rights de James Griffin, publicada en 2008– siga aferrada a la teoría de la voluntad.

Mi opinión es que lo que llamamos derechos humanos son el producto de una construcción ética, un invento, pero conceptualmente son «derechos subjetivos en sentido propio y estricto» –en palabras de Hugo Grocio que siempre me gusta evocar– aunque de carácter moral. Esto, que hace tiempo causó cierta perplejidad a autores tan destacados como Norberto Bobbio o Gregorio Peces-Barba, es fácil de explicar. Los

derechos subjetivos no son otra cosa que posiciones normativas favorables a su titular (libertades, pretensiones, potestades o inmunidades, siguiendo el esquema de Hohfeld) y, por ello, son posiciones que pueden establecerse en cualquier sistema de normas, sean las normas jurídicas (de las que han recibido en algunos idiomas su nombre de «derechos»), sea en las normas de un juego, sea en las normas morales. No hay, pues, contradicción ni ambigüedad alguna en hablar de derechos morales, como ya hizo con autoridad John Stuart Mill. Son, eso sí, derechos morales con una especial característica: que son condición necesaria para que una persona, un ser humano, pueda desenvolverse como agente moral en un contexto dado y, por ello, requieren su reconocimiento y protección en el ordenamiento jurídico.

El segundo es sobre el fundamento. Puesto que asumo una meta-ética no cognoscitivista, entiendo que el fundamento de los derechos humanos es la concepción moral de la persona como agente autónomo que resulta un requisito previo a toda argumentación moral y que es el fundamento necesario, suficiente y unitario de los derechos humanos cuando éstos son entendidos como las situaciones normativas que constituyen condición necesaria para que la persona se desenvuelva como agente moral en su contexto. Creo que en esto coincido con lo que Dworkin calificó como una difusa pero poderosa idea de la dignidad humana, con lo que Rawls terminó por aclarar que era el punto de partida de su teoría de la justicia como equidad, con Alexy y con tantos otros, aunque me satisface especialmente la forma en que lo enuncian Alan Gewirth o Ernst Tugendhat.

El tercero se refiere al sujeto –hoy en que tantos nuevos sujetos de derechos morales aparecen en el horizonte–. Creo que los derechos humanos se inventaron para proteger un ámbito de soberanía individual frente al poder físico o normativo de otros y que, con ello, vinieron a dar la mejor respuesta que conocemos a la definición romana de la justicia como voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho, de modo que los derechos humanos constituyen el contenido de una teoría de la justicia, teoría que no es moralmente neutra porque implica una determinada concepción de las personas como agentes morales, libres e iguales. He analizado el prejuicio de la especie para explicar y justificar por qué aceptamos como titulares de derechos humanos no sólo a los niños y a los disminuidos físicos o psíquicos, a lo largo de su evolución como personas morales, sino también a los infantes y a los incapaces absolutos. He recurrido a la teoría del interés para justificar esto, a lo que podemos denominar el lado positivo del prejuicio de la especie. Pero el prejuicio de la especie tiene también un lado negativo o excluyente que muchos ponen hoy en cuestión. Creo que cabe discutir si algunos animales han llegado o pueden llegar al mínimo grado de autoconciencia necesario como para considerarlos agentes morales y reconocerles derechos morales fundamentales de idéntico peso a los derechos humanos, pero me parece que no es ni necesario ni conveniente extender la titularidad de derechos morales de este tipo, fundamento de un orden justo, a ningún tipo de entidad individual o colectiva que no sea un agente moral o pertenezca a la misma especie que los agentes morales.

El cuarto trata del contenido. Entiendo que los derechos humanos se pueden reducir básicamente al derecho a la seguridad (las inmunidades que garantizan la integridad física y moral de la persona), la libertad (las libertades para desenvolverse como agente moral) y la igualdad (las pretensiones que permiten a cada persona humana acceder al bienestar y a las oportunidades de desenvolverse como persona en términos similares a los demás ya que cada una tiene el mismo valor moral que cualquier otra). De los muchos variados problemas que suscita la positivación de estos derechos morales en un ordenamiento jurídico dado creo que el más complicado es el que se refiere a la igualdad. Más allá de la igualdad formal ante la ley tenemos el desafío de satisfacer en términos igualitarios las necesidades mínimas, desde el aporte diario de calorías hasta el nivel de educación, y esas necesidades no son sólo naturales; son una construcción social que es función de las posibilidades de satisfacción en un contexto dado, es decir que cada uno experimenta como una necesidad básica aquello que, si hubiese sido tratado con igual consideración, hubiera podido llegar a alcanzar en su contexto. La conclusión es, entonces, que no es posible establecer un mínimo fijo como medida de la justa satisfacción de las necesidades del sujeto como agente moral, sino que este mínimo se ve arquimédicamente empujado hacia la posición de los que más han alcanzado y, entonces, la igualdad como derecho requiere movimientos redistributivos constantes. Esto significa que, en este renglón, los derechos o, más bien, su contenido se expande al mismo ritmo al que se expande la riqueza material y cultural de una sociedad, lo que nos remite a la eficiencia como elemento de la justicia sobre la que hemos hablado antes.

El quinto trata sobre la posición de los derechos humanos como derechos fundamentales. Dos son los aspectos que me parece debo subrayar. De un lado, el problema de la denominada objeción contra-mayoritaria, es decir la aparente contradicción entre una decisión legislativa sobre el alcance o contenido de un derecho fundamental y su control jurisdiccional que se resuelve por la decisión mayoritaria de un tribunal. La conclusión que sostengo es la que corresponde a lo que, lamentablemente, hemos dado en llamar «constitucionalismo débil» –formulada, entre nosotros, por Juan Carlos Bayón y seguida, entre otros, por Alfonso Ruiz Miguel o Pablo De Lora– y consiste en afirmar que, mientras que tanto los derechos como la democracia expresan principios sustantivos con un valor propio, la rigidez y el control judicial representan sólo valores instrumentales por lo que el diseño ideal debiera asumir que la última palabra, en las cuestiones controvertidas, tendría que ser la palabra de la mayoría.

De otro lado, mi análisis de las supuestas diferencias entre los denominados derechos individuales y los denominados derechos económico-sociales me ha llevado a negar que entre ellos, más allá de su diferente génesis histórica, existan diferencias estructurales que nos exijan tratarlos como dos categorías de derechos irreductiblemente distintas; diferencias que, además, suelen invocarse para contraponer una supuesta perfección de los derechos individuales frente a una supuesta imperfección de los derechos económico-sociales. Creo que esta concepción, por extendida que esté, sigue obedeciendo a los intereses y prejuicios que retrasaron la aparición histórica de los derechos sociales y que no resiste un análisis teórico libre de tales prejuicios. He subrayado que

el error se encuentra en el punto de partida, esto es: en la supuesta facilidad y eficacia inmediata de la protección jurisdiccional de los derechos individuales. Este punto de partida, que suele darse por evidente, parece insinuar que el juez no ha requerido la intervención del legislador para proteger los derechos individuales. Es difícil, si no imposible, concebir cómo podría llevarse a cabo una fácil e inmediata protección del derecho de propiedad, del derecho de sufragio, del derecho a la vida, de la libertad de expresión o del derecho al honor sin la mediación de la legislación civil, la legislación electoral, la legislación penal y la legislación procesal. La principal diferencia entre los derechos individuales y los derechos sociales no estriba, por tanto, en que los primeros no requieran la mediación del legislador y los segundos sí, sino en que la mediación legislativa para configurar los derechos individuales ya estaba, en buena medida, satisfecha en la tradición jurídica occidental (vida, propiedad, libertad de comercio, honor, etc.) y fue corregida y completada en el período de las revoluciones burguesas mientras que tal mediación legislativa para configurar los derechos sociales se inicia, básica y tímidamente, en el siglo XX y está todavía haciéndose.

Finalmente, el sexto. Tomé como pretexto un artículo poco comentado de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 28[9], para sostener que todas las personas tienen un derecho moral cuya satisfacción requiere un orden global nuevo y cuya satisfacción es también condición necesaria de la justicia global. Analicé lo que se han denominado injusticias globales (la guerra; el hambre y la extrema pobreza; y la degradación medioambiental) y en qué formas se abordan en la vigente estructura, internacional denominada «moralidad de los estados», para concluir que una efectiva universalización de los derechos humanos requiere un conjunto básico de normas de validez y eficacia universal que sirvan para asegurarlos por encima de la voluntad de cualquier estructura estatal, supraestatal o subestatal. Esta estructura normativa, dotada de una eficacia aplicativa razonablemente suficiente, resultaría la condición necesaria y suficiente para globalizar la satisfacción del derecho a la seguridad y del derecho a la libertad de todas las personas y, con más dificultades de implementación, el derecho a la igualdad.

Como sabes, todo esto es lo que se desarrolla en ese libro que publiqué justo en el año de mi jubilación y que, como en su prólogo relato, es el resultado de quince años enseñando y aprendiendo una asignatura optativa bajo el rótulo «Ética y derechos humanos». La conclusión es, según creo, que una teoría de los derechos humanos de ese tipo es la mejor, más sencilla y más completa concepción de la justicia de la que hoy disponemos.

Manuel Atienza: *Pues hemos llegado al final de la entrevista. Creo haberte preguntado sobre los temas más importantes de los que te has ocupado a lo largo de tu trayectoria iusfilosófica, pero como uno (un entrevistador) nunca puede estar seguro de no haberse dejado algo*

9. El artículo establece: «Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos»

relevante y, sobre todo, de haber enfocado bien sus preguntas, quiero hacerte una última que pudiera dar lugar a algo así como una cláusula de cierre por tu parte: ¿Cómo resumirías, en unas pocas palabras, lo que consideras que ha sido tu principal contribución a la filosofía del Derecho? Y ya puestos, ¿qué sugerencias –hablar de consejos quizás resulte excesivo en los tiempos que corren– crees que merecería la pena hacer a los filósofos del Derecho que están ahora iniciando su carrera? ¿Cómo ves, por cierto, el futuro de nuestra disciplina? ¿Qué papel debería jugar, en tu opinión, la filosofía del Derecho en el conjunto de los saberes jurídicos o no jurídicos? ¿Estamos, en definitiva, bien orientados?

Liborio Hierro: Tres preguntas me haces para terminar. La primera sobre mi «principal» aportación a la filosofía del derecho. Entiendo que mi principal aportación, si es que la hay, debiera responder al juicio de los demás, no al mío. Sí puedo decirte, sin embargo, cuál es la que más me ha costado hacer y cuál es la que más me ha satisfecho hacer. La que más esfuerzo (intelectual, se entiende) me ha costado es la que se refiere a la posición de la eficiencia en una teoría igualitaria de la justicia. Me enfrentaba allí a un problema entonces acuciante –y que, probablemente, lo es todavía hoy– ya que se libraba una discusión filosófica sobre los fundamentos de un neoliberalismo que había emergido con fuerza inusitada en el pensamiento económico, político y jurídico. Parecía fácil oponerle una crítica tan simple y radical como sus propias afirmaciones pero me parecía que algo no cuadraba; y eso es lo que trate de aclarar, siguiendo a Calabresi, y llegando a formular una conclusión sobre la posición de la eficiencia en una teoría igualitaria de la justicia. La que más me ha gustado hacer no me llevo tanto esfuerzo aunque me llevo más tiempo y es la que se contiene en mi último libro, una teoría de los derechos humanos como concepción de la justicia.

Pienso que la filosofía del derecho seguirá teniendo un papel protagonista en el conjunto de los saberes jurídicos. Casi todas las instituciones jurídicas, si no todas ellas, se han generado desde discutidos presupuestos filosóficos. Hablemos de la autoridad del soberano, de la patria potestad, de la propiedad privada, de la libertad de comercio, de los contratos, de las penas, de la administración de justicia… hablemos de cualquier institución jurídica y, en su origen y en su desarrollo, se han ido decantando decisiones morales convertidas en decisiones políticas y luego en instituciones jurídicas. Esto sigue hoy ocurriendo en los mismos términos: las formas de la familia, el tratamiento de la transexualidad, la donación o la venta de órganos, la eutanasia, la realización efectiva de derechos sociales básicos como la educación, la sanidad o la vivienda, la sostenibilidad medioambiental, las migraciones, la globalización de la economía, etcétera, etcétera, suscitan desafíos que el derecho positivo no puede resolver sino tras un debate moral que permita consensuar políticamente soluciones razonables y, por ello, la filosofía del derecho tiene un amplio campo de investigación, debate y construcción. Claro es que, para hacerlo, tiene que romper las fronteras artificiosas que la separan de la filosofía moral o la filosofía política. Si algo, ello no obstante, la puede caracterizar es precisamente el estar al mismo tiempo más vinculada a la teoría y la práctica de los juristas profesionales. El diseño vigente entre nosotros –me refiero a que sea una disciplina

con su propio «área de conocimiento»– tiene su ventaja y su inconveniente. La ventaja creo, estriba en mantener un amplio número de puestos de trabajo para quien quiere dedicarse principal o exclusivamente a ello y una inevitable cercanía con las ciencias particulares del derecho positivo; el inconveniente estriba en fomentar una actividad intelectual encerrada en sí misma con el riesgo, precisamente, de alejarse de esas ciencias particulares del derecho positivo.

No estamos necesariamente mal orientados si no nos desorientamos. Resulta difícil, por el riesgo de caer en la arrogancia, tanto dar consejos como hacer sugerencias pero lo asumiré ya que me lo pides. A los jóvenes filósofos del derecho les diría: huye de toda especulación metafísica; practica el análisis como método; no te afilies a ninguna escuela pero utiliza cualquier método o idea que cualquiera de ellas te ofrezca; analiza los problemas concretos a que nos enfrentamos y busca su solución desde un esquema teórico general en que puedas integrarla, si ello no te resulta posible ese esquema está equivocado; y no olvides nunca que la mejor filosofía del derecho la han hecho siempre los juristas aunque los verdaderos problemas jurídicos son siempre problemas morales. Y añadiría: esto te lo sugiere un profesor a quien siempre han tildado de positivista, una evidente prueba de que no debes preocuparte por las etiquetas.

Me queda tan solo expresarte a ti, Manuel Atienza, mi más profundo agradecimiento por haberme sometido a esta dura y larga entrevista. Me has hecho, con ello, un honor que nunca hubiera pensado merecer. Gracias.