



“MORALIDAD” COMO LÍMITE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

José Antonio Santos

Abstract: The first part of this paper is a brief introduction to the topic. Next, the second part reviews the limits of the freedom of speech in the case “A Ver” of Constitutional Court of Spain; analysis of the consideration that is an excuse for the development of the underlying subject: the relationship between law and morality. The third part explains the argumentative structure of an inclusive natural law theory and an inclusive legal positivism. The purpose is to describe the different fundamentals and point out the similar conclusions. Finally, it describes the consequences of this constitutional and philosophical analysis for the future of the law and morality.

Key words: freedom of speech; law; morality; natural law theory; legal positivism.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se cumplen veinticinco años desde la aparición de la primera sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC), si se echa la vista atrás, se observa con satisfacción un trabajo bien hecho. Muchos son los problemas jurídico-constitucionales

* Este trabajo ha contado con la ayuda prestada por el Ministerio de Educación y Ciencia al proyecto (SEJ2004-05009/JURI) sobre “Los derechos humanos en la sociedad de la comunicación”, cuyo investigador principal es Andrés Ollero Tassara.

que se han planteado y no menos, aunque cueste creerlo a los profanos en derecho, los filosófico-jurídicos.

Por esta razón acudimos a la jurisprudencia constitucional; en concreto, a la sentencia 62/1982, de 15 de octubre sobre la publicación del libro “A Ver” destinado a la educación sexual de los niños, aunque siempre a través de sus padres o tutores. El objetivo es abordar los límites que cabe establecer a la libertad de expresión; problemática que sirve de excusa para el tratamiento de la cuestión subyacente: la conexión entre derecho y moral. Al final procederemos a realizar una visión comparativa de la similitud, en cuanto a las conclusiones, entre un determinado tipo de iusnaturalismo moderado y otro de positivismo “inclusivo”.

2. DE NECESIDADES Y RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

Una de las preguntas que, implícitamente, encierra este rótulo es en qué medida influye la moral en el derecho. Dependiendo de las delimitaciones conceptuales previas que se hagan, éstas van a encauzar, en un sentido u otro, el desarrollo posterior de este trabajo.

Primeramente, es preciso acotar de modo somero –aunque ya se sabe que cualquier delimitación es susceptible de ser mejorable– qué se entiende por moral. Es posible distinguir una moral individual que es la propia de cada individuo; pero si cada uno tiene su criterio moral, existen a la vez unos juicios morales hegemónicos que suelen ser llamados moral social positiva. Cuestión aneja a esto, es el planteamiento de si existe una moral universal que viene a ser la dimensión práctica de la verdad; esto es, distinguir lo bueno de lo malo, lo sumamente injusto de lo meramente tolerable...

En el supuesto de que quepa conocer la moral universal seríamos cognotivistas, con la consiguiente posibilidad de acceder a

los devenires del ser y el deber ser. En caso contrario, no cabría un conocimiento objetivo de la realidad y nos considerarían no cognitivistas. Si se aboga por la segunda, nos instalamos en un relativismo 'fuerte' o absoluto que conlleva grandes dosis de emotivismo. Señala una postura metaética que niega el conocimiento racional de la razón práctica, lo que hace inviable la entrada en juego de la prudencia. Esto conduce, indefectiblemente, a una ética sentimental, que es la que está de moda en una parte importante de la sociedad, dependiente de las emociones de cada uno. Partiendo del planteamiento mencionado se está en condiciones de elevar los deseos a la categoría de derechos, siempre que cuenten con un consenso más o menos generalizado. Desde una óptica divergente se plantea un problema gnoseológico; esto es, el intento de remisión a elementos objetivos que propicien establecer determinadas conductas como razonables o no. Vaya por delante que la presente sentencia se decanta más hacia esta última posición, que es a la cual nos adherimos.

El derecho como conjunto de exigencias que afectan a la convivencia social se perfila con notas características que lo diferencian de la moral. La moral se refiere a un "máximo ético" que variará en función de la concepción de lo bueno que se tenga, ya sea eudemonista (buscando la felicidad), utilitarista (persiguiendo la utilidad), etc. Por otra parte, es destacable como el derecho siempre lleva consigo un componente utópico, más allá de los tópicos vigentes, que persigue como objetivo encontrar la solución justa. El derecho a diferencia de la moral no es meliorativo, sino más bien preventivo. Aspira a ajustar el juego de modo que cada uno se pueda organizar como quiera; a diferencia de la moral, que presenta una querencia maximalista, cuya pretensión es hacer a los individuos mejores.

En este sentido, es plausible el recurso de amparo resuelto, en relación al caso de la editorial que publicó el libro titulado "A Ver", a raíz del cual se plantea el conflicto de la "moralidad" como límite al ejercicio de la libertad de expresión.

La “moralidad” se entiende como conformidad de una acción o acto con los preceptos de la moral. El TC, en este caso, tiene la labor de fundamentar si la ‘moralidad’ puede servir de límite a la libertad de expresión; pero advierte que “la admisión de la moral pública como límite ha de rodearse de la garantías necesarias para evitar que bajo un concepto ético, juridificado en cuanto es necesario un *mínimum ético* para la vida social, se produzca una limitación injustificada de derechos fundamentales y libertades públicas, que tiene un valor central en el sistema jurídico”¹ plasmado en el artículo 10 de la Constitución Española (en adelante CE). Los magistrados valorarán, a través del juicio de ponderación, teniendo en cuenta los preceptos constitucionales, los métodos de interpretación y la concepción de la justicia que cada uno suscriba. Es su labor alzarse frente a situaciones que provoquen injusticia, priven de libertad, impliquen inmoralidad, falta de veracidad, desigualdad, inseguridad, etc. De tal modo que reiteradas veces entrarán en conflicto unos y otros, circunstancia que imposibilitará que el juez actúe como un autómatas.

Aquí se ponderará el principio de “moralidad”, de relevancia neta y paradójicamente jurídica, y el derecho a la libertad de expresión, limitándolo, según el caso, con el fin de garantizar otros derechos. Para ello, hay que partir del artículo 20.4 de la CE², enmarcado en un precepto más amplio como es el del artículo 10.1 CE. Con afirmación nada desdeñable, el Fiscal habla en la presente sentencia de la inexistencia de derechos absolutos, “sino coexistentes con los derechos de los demás que también han de ser respetados”³. El artículo 20.4 CE es preciso ponerlo en conexión

1. STC 62/1982, Fundamento Jurídico 3º (en adelante FJ).

2. Reza así: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos contenidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

3. STC 62/1982, Antecedente de hecho 8º.

con el artículo 53.1 CE que establece su desarrollo por ley, siempre que se respete el contenido esencial, de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 20 CE. El TC tendrá muy en cuenta las diferentes normas internacionales por la obligada observancia del artículo 10.2 CE, según el cual los preceptos constitucionales se interpretan de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ y demás acuerdos y tratados internacionales, que sean aplicables, ratificados por España⁵.

El contenido del artículo 53.1 CE no se agota en su enunciado, ya que de éste se desprende que los derechos fundamentales de derechos humanos incipientemente 'positivizados' – tienen contenidos objetivos; se les reconoce un núcleo duro –un mínimo ético– que está por encima de mayorías sociales o parlamentarias coyunturales. Incluye pues aquellas exigencias mínimas que posibilitan que seamos más libres, al promover una convivencia social pacífica, en la que existan los menos conflictos posibles. La respuesta, en torno a cuáles son las exigencias mínimas de una convivencia humana, reviste siempre un marcado carácter de juicio moral⁶; siendo éste llevado a cabo por el juez constitucional, al delimitar el contenido esencial de los diferentes derechos funda-

4. Es interesante lo que dice en su artículo 29. 2: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática".

5. Como botón de muestra son destacables los siguientes preceptos: el artículo 19. 3 b (protección de la moral pública) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y el artículo 10 (protección de la moral) del Convenio de Roma de 4 noviembre de 1950.

6. En lo que sigue se tiene particularmente presente el trabajo de Andrés OLLERO, "Deontología jurídica y derechos humanos", en AA.VV., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, 2 vols., Quaderna Editorial, Murcia, 2003, vol. I, pp. 53-72.

mentales. Por otra parte, ese juicio moral se caracteriza por un componente antropológico que remite a una concepción coexistencial del hombre y, por ende, también de la justicia.

Es interesante destacar que el derecho persigue la solución ajustada a un problema surgido de las relaciones sociales. Para ello, utilizará principios considerados pre-legales que no significa que sean pre-jurídicos. El positivismo legalista considera que los principios son jurídicos por vía de la “positividad instantánea”, negando su condición de pre-legalidad que es la que los hace anteriores a las normas. Como si sólo a partir de un determinado momento algo fuese o dejara de ser positivo. Es una situación exigida por la seguridad jurídica y la legitimidad política que parte de que la ley tiene validez cuando se publica y termina cuando se deroga. Para un iusnaturalista moderado los principios son ya jurídicos antes de la CE; es decir, contienen un mínimo ético que hace referencia al ajustamiento de las relaciones humanas que permiten una convivencia mejor y que va a ser entendido como un proceso.

De esta fundamentación jurídica se puede concluir que la “moralidad” pública puede ser un límite que afecte al contenido esencial de la libertad de expresión. Queda patente cómo la moral se ocupa de los principios rectores de la conducta humana y no menos importante es la relación que se establece con el derecho: ese entronque ético que se divide en la problemática entre derecho y moral, la cual no acontece de manera circunstancial. No podemos hacer todo lo que nos venga en gana, ni siquiera, amparándonos en normas jurídicas, al entrar éstas en colisión con otras. El derecho es relacional en la medida que facilita, posibilita y garantiza la coexistencia, la existencia de unas personas con otras, por lo que no puede entenderse desde una óptica individualista. Postula unos planteamientos de justicia, dado que procede a un ajustamiento de libertad e igualdad entendida objetivamente, para hacer posible un *coexistir* con los demás, un *convivir* con los demás.

Para el TC la libertad de expresión no es ilimitada, no puede concebir que la libertad se convierta en libertinaje; es decir, que

todo ejercicio antisocial del derecho daría lugar a un abuso de derecho. Quien abusa de su derecho a expresarse libremente está dañando a otro y actúa de forma arbitraria respecto a la utilización de su derecho. De esta fundamentación queda patente la "moralidad" como criterio delimitador de la validez de lo publicado, porque se entiende que va en contra de las "buenas costumbres", cuyo significado se hace ininteligible sin tener en cuenta el contenido jurídico que encierran. Aceptación que no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que para su entendimiento remite a una "moralidad" positiva que es lo que la sociedad considera que es justo y que, por tanto, es racionalmente cognoscible. Sin ir más lejos, en el ámbito civil, se encuentra otro concepto jurídico indeterminado: el de buena fe, que sirve de límite al ejercicio de los derechos subjetivos.

La "moralidad" sirve, en esta ocasión, para limitar el ejercicio de la libertad de expresión; pero el TC deja claro que no se trata de una moral confesional, sino de una moral generalizada. De ahí que señale: "Que las palabras y las fotografías del libro, aunque procaces e impúdicas muchas de ellas especialmente las aludidas en el resultando de hechos probados, *ofensivas para la moral sexual más generalizada*, para las *buenas costumbres* e incluso para la *decencia pública*, teniendo en cuenta la velada insinuación que se emplea, al socaire de una *pretendida educación sexual*"⁷. Bien es verdad que no se la considera de la gravedad escandalosa que en un principio se quería atribuir al libro "A Ver", sino más bien la de menor entidad que recogía en su momento el Código Penal de 1973 en su artículo 566.5. De este párrafo se desprende una moral social objetivada, al ser constatable de manera sociológica, por su trascendencia para terceros y, esencialmente, por afectar a menores; incluso en casos en que se ofenda levemente a la moral, las buenas costumbres o a la decencia pública, lo que imposibili-

7. STC 62/1982, FJ 3°. La cursiva es nuestra.

ta su calificación de delito de escándalo público quedando reducido a una falta de imprenta.

En base a lo anterior se pone en marcha la maquinaria del derecho, aquel conjunto de elementos que cobran sentido cuando se relacionan entre sí: valores vividos, principios y derechos. Es necesario poner de relieve que el derecho es asunto más de contenido que de continente. Las sentencias deben aplicar los valores constitucionales, puestos en relación con principios y derechos. En cuanto a los valores no han de considerarse como algo subjetivo, sino como un conjunto de objetividades susceptibles de general aceptación. El TC juega, a la vez, con elementos valorativos que emergen de la realidad social; con el *deber*, en ocasiones, de cambiarla. Invita a preguntarse a los ciudadanos: cómo se ha venido haciendo y qué se debe hacer. Todo ello no deja de encerrar un conflicto entre contenidos *tópicos* y exigencias *utópicas*. De esta cuestión se desprende que lo importante será no tanto lo que dice la Constitución, sino la interpretación válida que el TC haga de los preceptos constitucionales. En este sentido, deja claro varios de los elementos de valoración que va a tener en cuenta en su razonamiento, tal y como se desprende de la siguiente afirmación: “Considerando que el Tribunal ha examinado exhaustivamente la obra, los pormenores que rodearon su publicación y difusión, las traducciones que de ella se han hecho, las críticas favorables y adversas que ha merecido” (...), “la denuncia de que fue objeto por parte de varias Asociaciones así como la evolución del pensamiento, convicciones y actitud que ha experimentado el cuerpo social, en orden a la sexualidad y a las publicaciones eróticas y pornográficas, en íntima relación, con las nociones imperantes sobre la decencia, el decoro público y las normas éticas del contorno social”⁸. Esto no hace sino demostrar que las decisiones judiciales se justifican siempre a través de un razonamiento jurí-

dico; sin perjuicio de que, en determinados momentos, tenga a la vez un fundamento moral.

A través del juicio de ponderación el TC hace prevalecer unas exigencias jurídicas, que se identifican con ayuda de la moral social positiva, frente a la libertad de expresión regulada en el artículo 20 de la CE. Para ello, el TC acude a la sentencia de 7 de diciembre de 1976 (caso Handyside) del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante TEDH), que señala cómo la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática. No obstante, es preciso tener en cuenta el artículo 10.2 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que pone de relieve que las restricciones a este derecho han de estar previstas por la ley; y debe tratarse además de medidas que, en una sociedad democrática, sean necesarias para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden y prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o, en general, la protección de los derechos y las libertades de los demás.

El juez normalmente procede de manera muy restrictiva en estos casos, al no aceptar, en varias ocasiones injerencias del Estado en relación con la libertad de expresión. Ésta según el TC –siguiendo al TEDH– no es válida sólo para exponer ideas⁹ “consideradas como inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática”¹⁰. En este sentido, el TEDH exige que la restricción deba ser proporcionada al fin legítimo perseguido. Así,

9. Es preferible hablar de ideas más que de informaciones –término que utiliza el TC en la sentencia aludida–, ya que puede inducir a equívoco en relación al desarrollo de la libertad de información y el derecho a la intimidad.

10. STC 62/1982, FJ 4º.

haciéndose eco de este criterio jurisprudencial, nuestro más alto Tribunal, cuando inclina la balanza, de un lado y no del otro, sopesa la proporcionalidad o no de las consecuencias de llevar a efecto determinada fundamentación¹¹. En este sentido, realiza un juicio de medio a fin; es decir, si los medios adoptados son proporcionales a la finalidad perseguida que es la salvaguardia de esa 'moralidad' jurídicamente relevante; con especial referencia a la protección de la juventud y de la infancia. Así el TC, en este caso, fundamenta la proporcionalidad de las penas en base a las circunstancias de que "los destinatarios" de la publicación "son menores –aunque no lo sean exclusivamente–" y "son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto", por lo que "el ataque a la moral pública, y por supuesto a la debida protección a la juventud y a la infancia cobra una intensidad superior"¹².

Después de esto, y para continuar con la línea argumental expuesta anteriormente, es necesario plantear dos posibles maneras de entender el derecho. Así es destacable la postura del positivismo más clásico que establece que el derecho es tal independientemente de su contenido, por lo que el derecho positivo estaría determinado sólo por su forma. Por el mero hecho de serlo es considerado válido; con tal de que haya seguido los procedimientos legalmente admitidos. Pero, por otro lado, se está negando la racionalidad práctica; esto es, que entre en juego una operación racional, de la razón, más allá de un mero acto de voluntad. En cambio, el iusnaturalismo moderado encuentra la clave en la finalidad que se persigue: la solución del problema. Para ello, postula una concepción material, a través de la cual dilucida si el contenido de la norma es racional o razonable. Llegado el caso, si la ley fuera injusta estaría justificada la no obligación moral de

11. La presente sentencia sería la primera de una doctrina consolidada en cuanto al principio de proporcionalidad, cfr. SSTC 66/1985, FJ 1º; 19/1988, FJ 8º; 85/1992, FJ 5º; 50/1995, FJ 7º; 55/1996, FJ 3º; 66/1995, FJ 4º y 5º.

12. STC 62/1982, FJ 4º.

cumplirla, entrando en juego la cuestión de la desobediencia civil, practicada, frente a determinados actos, tanto en el Estado democrático de derecho como en los regímenes totalitarios por vía del derecho de resistencia.

Tras los planteamientos anteriormente expuestos quedan claras algunas notas características: dentro del positivismo, en cualquiera de sus versiones, el derecho es más bien producto de la voluntad y del poder; su fundamento radica en la autonomía. En cambio, en el iusnaturalismo moderado tendrá origen en la dignidad humana; no será voluntarista sino cognotivista, por lo que la razón práctica prevalece frente a la voluntad. Por el contrario, en el positivismo voluntarista el derecho es puesto por el poder; deja de ser un saber, sobre una realidad objetiva que alguien estaría en condiciones de conocer, y se convierte en un mandato (imperativo) del legislador; una declaración de voluntad, que obedecemos en razón de quien manda. Si seguimos la concepción moral no cognotivista nos inclinamos hacia una postura individualista, en la que lo decisivo es la autonomía de la voluntad.

Desde hace tiempo impera en la sociedad española una ética bastante sentimental, en la que poco interesa la verdad (objetiva) y que conduce a un relativismo en sentido fuerte. Ello puede ser debido a un 'descreimiento'; es decir, a una falta de creencias no tanto en una religión, que es lo que podría venir a la cabeza con esta acepción, sino más bien como una ausencia de todo firme asentimiento y conformidad con algo. En general todos necesitamos algo en lo que creer: en los amigos, la familia, la justicia, nuestros maestros, las instituciones jurídicas, políticas, económicas, etc. Otro tema será el grado y la intermitencia con que se crea en cada una de ellas.

En contraposición a este enfoque está el planteamiento gnoseológico que se ocupa de la aproximación al conocimiento de la verdad. Si existe un consenso intersubjetivo en la sociedad sobre un determinado asunto, bien puede ser un síntoma de verdad que no hace sino acercarnos a una realidad objetiva; a una verdad in-

tersubjetiva que viene a ser una verdad compartida. Ante la imposibilidad de un conocimiento objetivo absoluto se perseguirá, por lo menos, que no sea demasiado subjetivo. De ahí la colegialidad de los jueces, ya sea desde un primer momento o posteriormente cuando se recurre la sentencia, lo que posibilita la existencia de un consenso entre magistrados.

Emplazarnos a seguir una moral determinada implica la obligación de compartir determinadas convicciones; cosa que no se podría tolerar. Pero tampoco se puede aceptar la situación inversa: decir que esa convicción no debe ser impuesta y, al final, se nos acabe imponiendo la de los otros que encima son minoría. El problema es que, en ocasiones, el consenso aparece tergiversado según el escapatate que nos pongan delante.

La finalidad perseguida por el TC en esta sentencia –y en general en todas– no es decirnos sólo cómo se comportan las normas o los ciudadanos, sino cómo se deben comportar. Está haciendo continuamente, en el momento de dictar sentencia, juicios de deber ser y no meramente descriptivos; lo que le hace en no pocas ocasiones ir en contra de las mayorías coyunturales y del gobierno de turno.

Dado que la libertad de expresión no es ilimitada –al igual que el resto de libertades reguladas en el artículo 20 de la CE–, cuando entra en colisión con otros derechos, principios y valores jurídicos, el juez no puede limitarse a la mera aplicación de un silogismo: premisa mayor (norma), premisa menor (supuesto de hecho) y conclusión (consecuencia jurídica)¹³. En realidad, no es algo meramente descriptivo; el juez constitucional está creando derecho al desarrollar el contenido esencial de la libertad de ex-

13. Ilustrativa al respecto es la STC 62/1982, FJ 5º en la que se reconoce el “margen de apreciación que corresponde al arbitrio judicial”; al igual que se admite un “principio de libre valoración”, a través del cual los Tribunales van ponderar libremente, en cuanto a su alcance y trascendencia, los distintos elementos de prueba, FJ 6º.

presión. Partirá de antemano de unas construcciones mentales que actúan como prejuicios a la hora de ponderar; de ahí que no sea siempre igual la solución adoptada por un juez más liberal que por otro que sea más igualitarista; los dos van a poder dar soluciones diferentes para casos iguales. Sirva de ejemplo, al respecto, en nuestro TC español cómo más de un voto particular, que en principio era sólo criterio minoritario, con el paso del tiempo se convierte en el razonamiento mayoritario a seguir en el futuro.

Para un juez aséptico a contenidos morales en sus construcciones mentales sería imposible llegar a una sentencia justa, a pesar de tener en cuenta los preceptos constitucionales y los distintos métodos de interpretación. No consideramos que la relación entre derecho y moral pueda darse de manera circunstancial, sino que aparece con más frecuencia de lo que creemos; en particular, en la jurisprudencia de los dos altos tribunales: el Constitucional y el Supremo. La presente sentencia no hace sino servir de ejemplo de que la moral y el derecho tienen una conexión. Por ello, una de las notas distintivas clásicas entre derecho y moral, como es aquella de que éste se ocupa de lo público y aquella de lo privado, aparece como una respuesta poco acertada. Esto es así, dado que la única manera de establecer si una cosa es pública o privada es a través de una teoría de la justicia que, en el fondo, depende de una teoría moral; cuando pretendemos establecer lo justo frente a lo injusto. Cuando decimos que algo es justo se está realizando un juicio de valor, que es a la vez moral y jurídico. De tal manera que el no matar, no practicar la tortura o no vulnerar el concepto de 'moralidad' son conductas reprochables desde el punto de vista moral pero también desde una óptica estrictamente jurídica, que es la que nos interesa a los juristas. Si no se encontrasen tipificadas en determinados preceptos jurídicos (reguladas en el Código Penal y en normas internacionales), quedaríamos en una situación de desamparo que nos instalaría por debajo del umbral del mínimo ético, al que anteriormente se hizo referencia.

3. ACERCANDO POSTURAS

El filósofo del derecho tiene que ser un observador crítico de la realidad jurídico-social, a la vez que un crítico del derecho vigente, de la letra escrita.

Todo observador serio se siente, actualmente, en la obligación de replantear las fronteras entre derecho y moral surgidas a raíz de la crisis imperante en cuanto a su separación tajante. Desde hace un tiempo se plantea un positivismo jurídico “inclusivo” que intenta suavizar esta separación, al establecer una relación circunstancial entre derecho y moral. Bien es verdad que no admite que exista una conexión necesaria con exigencias morales determinadas. Esto implicaría –desde la óptica positivista– establecer que norma jurídica sería sólo la norma justa. En respuesta a esta aseveración surge desde un iusnaturalismo moderado y coherente una postura que no se interesa tanto por la viabilidad del aforismo *la ley sumamente injusta no es ley*, que niega naturaleza jurídica a la ley injusta, sino que más bien le interesa si nos encontramos ante un derecho mejor o peor. Admite, sin embargo, que la relación no sea meramente circunstancial, sin perjuicio de que resulte difícil establecer, con claridad, cuándo una exigencia es sólo moral o también jurídica.

En el ámbito español nos pueden servir de referencia de ambas actitudes el pensamiento jurídico-filosófico de Andrés Ollero y de Luis Prieto, exponentes de las corrientes doctrinales antes mencionadas, que parecen, partiendo de planteamientos ideológicos diferentes, llegar sorprendentemente a varias conclusiones similares. Elegimos estos dos autores, buenos conocedores de los desarrollos constitucionales, con el objetivo de plasmar a partir de una filosofía jurídica constructiva los resultados a los que ambos llegan, dejando a un lado determinadas disquisiciones que encierran sus planteamientos, a todas luces divergentes.

Al positivismo teórico se le han ido cayendo parte de sus elementos originarios. El derecho ya no es un sistema pleno, ni tam-

poco el intérprete puede actuar como un autómatas que subsume el caso en la norma, siendo sustituida la subsunción por el juicio de ponderación¹⁴. La realidad es que las decisiones jurídicas implican un juicio de valor, en el que la actividad jurídica se concretará –según Prieto– a la luz de “la asunción de un denso contenido sustantivo compuesto por valores, por principios de justicia y, sobre todo, por derechos fundamentales”¹⁵. Argumento al que Ollero no pondría objeción alguna y que podría completar diciendo: “La dogmática jurídica –y el legalismo que le sirve de base– se descubren como insuficientes cuando la práctica refleja indubitablemente una primacía de estos principios jurídicos, incompatible con esa función subsidiaria que se les pretendía atribuir. Toda aplicación de *normas* se realiza gracias al juego de *principios*; ellos son los que hacen hablar al texto, en la medida en que no son meros productos de elaboración lógica sino puntos de vista valorativos de la realidad social que activan su pre-comprensión”¹⁶. Estos principios valorativos de la conducta social sirven para li-

14. L. PRIETO, “Las garantías de los derechos fundamentales”, en *La Constitución Española de 1978. 20 años de democracia*, Madrid, Congreso de los Diputados y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 332. Más extensamente, cfr. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5 (2001), pp. 215-222. Número monográfico titulado *Derecho y proceso* (ed. de Juan Damián Moreno).

15. *Las garantías de los derechos fundamentales* (citado en nota 14), p. 328. En este sentido, el TC no escatima líneas en recordar que también “las normas preconstitucionales han de interpretarse de conformidad con la CE por lo que cualquiera que fuera el concepto de moral que tomara en consideración el legislador anterior, es lo cierto que con posterioridad hay que partir de los principios, valores y derechos consagrados en la misma”, STC 62/1982, FJ 3°.

16. Cfr. *¿Tiene razón el derecho? Entre método político y voluntad científica*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, p. 226; también queda clara la referencia a los principios y a los juicios de valor en pp. 179, 227, 329, 362-366, 409, 467, 468, 474, 485 y 486. Conclusiones de este tipo son patentes en L. PRIETO, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 38, 39, 42, 43, 46, 49, 50 y 65.

mitar una discrecionalidad, en sentido débil, que no equivaldría a arbitrariedad, con el fin de superar la tesis del positivismo legalista. Los principios remiten a derechos humanos y a exigencias de justicia reconocidas en la convivencia social, que representan la conexión entre el derecho natural y el positivo.

Más que hablar de la dicotomía entre derecho natural y derecho positivo, el debate se plantea entre razón práctica y no cognitivismo; es decir, si cabe un conocimiento racional de lo justo, que diferencie la ética racional de la meramente sentimental. De tal manera que un iusnaturalista moderado consideraría “que de la *naturaleza* del hombre derivan exigencias éticas, en la práctica racionalmente cognoscibles. En la medida en que dichas exigencias no apuntan al logro de la máxima perfección personal imaginable, sino al imperioso respeto de un mínimo ético sin el que la convivencia dejaría de ser *humana*, se trata sin duda de exigencias jurídicas y no tan sólo propiamente morales. La consecuencia es obvia: sin necesidad de plagiar a Radbruch, habría de preguntarme cómo puedo reconocer carácter jurídico a normas de contenido antijurídico. La respuesta podría ser: de la misma manera que no renuncio a reconocer como persona humana, y a respetar en consecuencia, a quien se comporta inhumanamente; sin perjuicio de hacer todo lo posible por mejorar la situación”¹⁷. Aunque el término no cognotivista, como seña de identidad propia del positivismo más clásico, puede entrar en contradicción con la afirmación de un positivista “inclusivo” como Prieto: “Me interesa destacar que, si bien no es corriente, el positivismo jurídico resulta compatible con los mayores excesos cognoscitivistas y objetivistas en materia de moralidad”¹⁸. Quizá aquí subyace la admisión de una cierta ética objetiva que posibilita un entronque

17. A. OLLERO, “Derecho positivo y derecho natural, todavía...”, en *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad Aquilafuente, 2006, p. 910.

18. *Constitucionalismo y positivismo* (citado en nota 16), p. 91.

de la moral con el derecho, circunstancia que posibilita otra de las coincidencias entre el iusnaturalismo renovado y el positivismo inclusivo; el acercamiento de este último al cognitivismo ético, en contraposición al positivismo jurídico más clásico.

El debate puede trasladarse al plano de la inclinación hacia el normativismo, en un caso, y hacia la razón práctica, en otro; pero –otra vez– no tanto entre iusnaturalismo y positivismo. Si se afirma que hay una razón práctica habría que dilucidar la cuestión de ¿qué elementos de justicia convertirían una pretensión mía en derecho? o, más bien, responder a la pregunta: ¿qué elementos tienen que estar necesariamente en el derecho? La respuesta entre estos dos autores es divergente, por lo que no se va a entrar en su análisis.

Parece, no obstante, que ambos se muestran contrarios a la tesis de la existencia de una única solución correcta para el caso; de ahí que dependiendo de la concepción de la justicia que tenga cada intérprete va a darse una solución u otra, pero que siempre tendrá que contar con una fundamentación objetiva y razonable. Este planteamiento –desde nuestro punto de vista– no deja de remitir a una justicia material. La discrecionalidad legislativa queda, en un segundo plano, respecto de la judicial; circunstancia que no significa arbitrariedad, “sino una peculiar *discrecionalidad*: la de la *prudencia*. Ésta se apoya en el respeto a la realidad jurídica subyacente y en el esfuerzo por determinar lo más posible su siempre problemático alcance”¹⁹. En un sentido similar, Prieto establece como crítica al positivismo metodológico, que él no defiende, la siguiente afirmación: “Existe una conexión necesaria o conceptual entre Derecho y moral, de manera que en la definición de aquél resulta inexcusable constatar la presencia de un elemen-

19. A. OLLERO, *¿Tiene razón el derecho?* (citado en nota 16), p. 467. Similares afirmaciones en un trabajo anterior: “La crisis del positivismo jurídico (Paradojas teóricas de una rutina práctica)”, *Persona y Derecho*, 28 (1993*), p. 248.

to de justicia y de obligatoriedad moral; justicia y obligatoriedad que, si bien ya no se exigen como requisitos de la existencia o validez de toda norma jurídica” (aunque con alguna excepción), “sí son, al menos, indispensables para la existencia del Derecho en su conjunto: sin un mínimo de justicia o de pretensión de corrección moral, sencillamente no es posible hablar de Derecho, sino acaso de la fuerza desnuda de una banda de malhechores. Como contrapartida, dado que el Derecho aparece como mínimamente justo, genera también una obligación moral de obediencia, siquiera *prima facie*”²⁰. Algo que parece no muy diferente –en cuanto a sus conclusiones– con lo que afirmaba Ollero años atrás: “La caracterización del derecho como *mínimo ético*” –aunque más abajo deja claro que es preferible hablar de *mínimo racional*– “no debe oscurecer su inserción en este proceso de búsqueda de la verdad práctica. El *ajustamiento* al que apunta, es, sin duda, menos exigente éticamente que la *fidelidad* moral; pero deducir de ahí que podía lograrse mediante mecanismos meramente formales, privados de contenido ético, sería un grave error. Sin controles formales no hay ajustamiento posible; pero con sólo ellos se produciría un ajustamiento aparente e irreal, logrado con frecuencia a costa del respeto a la humanidad, que es precisamente lo que justifica aquellos controles”. Para luego exponer que “la finalidad del derecho es, precisamente, lograr esta ‘materialización’ concreta de las exigencias formales y abstractas que componen el mínimo racional de la justicia”²¹. Esclarecedor, en este sentido, es el TC al calificar la moral pública como “mínimo ético acogido por el derecho”, con el que se pretenden “satisfacer las justas exigencias de la moral”²².

20. *Constitucionalismo y positivismo* (citado en nota 16), p. 71.

21. *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 108.

22. Para ambas afirmaciones cfr. STC 62/1982, FJ 4º, 6º y 3º; y FJ 2º y 3º, respectivamente.

Por tanto, la diferencia entre Ollero y Prieto es que uno defiende un "iusnaturalismo incluyente moderado" y el otro un "positivismo incluyente constructivo"; siendo patente que el modelo de iusnaturalista coherente tiene que estar cargado de metafísica y, en cambio, el modelo de positivista coherente tiene que ser anti-metafísico. Lo que en principio atisba divergencia, se torna –en los temas importantes– en notable convergencia. En definitiva, ambos pensadores no dejan de tener en común una ética objetiva propia a la hora de abordar los problemas jurídicos; aunque partiendo de esquemas diferentes, pero que buscan enlazar con un esqueleto común: la Constitución.

4. CONCLUSIONES

En este estudio se han intentado sentar las siguientes conclusiones:

1º El derecho tiene un entronque ético, por lo que derecho y moral no deben ser vistos como dos compartimentos estancos, sino más bien como esferas relacionales que se ayudan y complementan.

2º Existen una serie de principios y valores morales y jurídicos que imperan en la ética general, con independencia de su contenido, y no sólo en las éticas confesionales. Elementos todos ellos que remiten a una ética universal que representa la dimensión práctica de la verdad.

3º Los argumentos jurídicos son claves en la labor del juez y deben ser puestos en conjunción con la toma en consideración de los preceptos constitucionales; incluso, a riesgo de instalarse en contra de mayorías absolutas coyunturales. Además, estos preceptos tienen su fundamento en una realidad ético-material; es decir, en un humus ético-material de donde va nutriéndose la Constitución.

4º La asimetría de planteamientos entre el iusnaturalismo renovado y el positivismo constructivo alcanza, desde posturas ide-

ológicas contrapuestas, una simetría en varias de sus conclusiones. Estas dos corrientes consideran que el positivismo más clásico ha ido perdiendo varios de sus elementos iniciales, a la vez que evocan la existencia de técnicas argumentativas ajenas a la tradición del positivismo jurídico. El papel preponderante de la discrecionalidad no hace sino hacer inviable el orden jerárquico de las fuentes del derecho y la tesis de la única respuesta correcta para el caso.



SENTENCIA 62/1982, DE 15 DE OCTUBRE

Sala Primera: Manuel García-Pelayo y Alonso, Angel Latorre Segura, Manuel Díez de Velasco Vallejo, Gloria Begué Cantón, *Rafael Gómez-Ferrer Morant* (ponente) y Angel Escudero del Corral.

Fundamentos jurídicos:

3 (...).

Para determinar si el derecho a la libertad de expresión ha quedado o no vulnerado es preciso referirse a las siguientes cuestiones: En primer lugar, hay que examinar si el concepto de moral —que es el bien protegido por las resoluciones impugnadas— puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los Tribunales como límite para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; en segundo término, si la respuesta es afirmativa, será necesario precisar en qué medida la moral puede constituir un límite de tal libertad; por último, habrá que concretar si tal medida ha quedado o no superada en el caso planteado (...).

(...) la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el art. 20. Queda así planteada la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador, o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión. Problema que puede resolverse fácilmente a partir del art. 10.2 de la Constitución, dado que tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), para la protección de la moral pública [art. 19.3 b) Convenio de Nueva York], para la protección de la moral (art. 10 Convenio de Roma) (...).

En relación con este punto el recurrente plantea la cuestión de que el Código Penal refleja un concepto de moral que es la propia de la religión católica, y afirma que la jurisprudencia que interpreta su art. 431 se refiere a esta particular moral con rechazo de toda concepción pluralista (...).

(...) el Convenio de Roma prevé dos tipos de garantías para las restricciones a la libertad de expresión de que ahora se trata: En primer lugar, las medidas han de estar previstas en la Ley y tienen que ser "necesarias" en una socie-

dad democrática para la consecución de todas o alguna de las finalidades a que se refiere el art. 10, y por otra parte la aplicación de tales medidas no podrá efectuarse más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

4.

(...) la Sentencia del Tribunal Supremo aquí impugnada estima el único motivo de casación aducido por el Ministerio Fiscal, en base esencialmente al razonamiento contenido en su Considerando 2.º, el cual indica que, “el detenido estudio del resultando de hechos probados, unido al examen del libro que como cuerpo del delito se acompaña a las actuaciones practicadas en la primera instancia, llevan a la conclusión de que distan mucho de perseguir un criterio meramente educativo de índole sexual, aun cuando sean muchos los pasajes que así han de tildarse, algunos de ellos, incluso, elevados a un nivel científico que los despoja de todo carácter erótico, y por supuesto pornográfico; pero sí en cambio existen algunos en que bajo la máscara de aquella pseudoeducación inciden abiertamente en lo pornográfico; bastando que una publicación se tache de tal con un mínimo de ella, sin necesidad de estar toda ella, texto y reproducciones fotográficas, inmersas en ese concepto de la pornografía que, hoy por hoy, y pese a críticas tendenciosas y adversas, atentan al pudor y a las buenas costumbres en lo que de valores perennes e inmutables tienen en sí mismas, pese a la dificultad que a veces se encuentra en la delimitación de sus fronteras, circunstancias todas ellas que obligan a la estimación del único motivo del recurso articulado por el Ministerio Fiscal”.

La mera lectura del Considerando transcrito, en conexión con el recurso del Ministerio Fiscal, evidencia que la Sentencia rescindente del Tribunal Supremo se fundamenta en la finalidad de protección a la moral, con especial referencia a la protección de la juventud y de la infancia (...).

En conclusión, debemos afirmar que las resoluciones judiciales han observado la garantía exigida por el art. 18 del Convenio de Roma de que la aplicación de la medida sancionadora lo ha sido con la finalidad para la cual ha sido prevista.

Fallo:

Desestimar los recursos de amparo acumulados núms. 185/1980 y 402/1981, formulados en representación de don L. R. L. contra las resoluciones judiciales mencionadas en la parte correspondiente de esta Sentencia.