

Capítulo quinto	
EL DERECHO A LO TORCIDO	63
I. Los principios fundamentales del “buenismo” jurídico . . .	64
II. El doble lenguaje del “buenismo” en la teoría jurídica . . .	68
III. “Buenismo”: algo más que una estrategia política oportunista	70
IV. El derecho a lo recto como alternativa al “buenismo jurídico”.	71

CAPÍTULO QUINTO

EL DERECHO A LO TORCIDO

La filantrópica generosidad a la hora de conceder derechos figura sin duda entre las características más sobresalientes de una actitud “buenista”. Dicho sea lo de conceder con toda intención, porque es precisamente la ausencia de todo fundamento objetivo lo que hace rebosar de generosa benevolencia a una operación aparentemente inocua.

En mis años de parlamentario tuve ocasión de formar parte de la subcomisión encargada de estudiar la problemática de las llamadas parejas de hecho, ante la que comparecieron expertos del más variado signo, así como representantes de asociaciones de gays y lesbianas. Llevado de mí —felizmente— nunca abandonada deformación profesional, no perdí la ocasión de preguntar a uno de ellos qué entendía por “tener derecho” a algo; toda su intervención había girado en torno a reivindicaciones de ese tipo... Su respuesta rebosó “buenismo”: tener derecho es desear algo y lograr un consenso social al respecto. Logrado está, al parecer.

El decisivo consenso no parece interesarse mucho por fundamentos objetivos o menos aún por teorías de la justicia. Cuando se pregunta si los homosexuales tienen derecho a contraer matrimonio, la respuesta resulta ejemplarmente ortodoxa: si se quieren...; o sea, si lo desean, por qué no. En el ámbito académico la cuestión no es tan clara. El discurso de los derechos viene girando de modo decisivo, especialmente en el entorno anglosajón, sobre los paradójicamente llamados “derechos morales”. Sólo si se cuenta con una sólida razón moral podríamos considerar existente un derecho digno de protección frente a los poderes públicos; lo demás serán meras concesiones del poderoso, que tendrían más de ventaja coyuntural que de derecho propiamente dicho.

De ahí arranca el provocativo debate sobre si cabría hablar de un *right to do wrong*, o sea de un derecho a equivocarse, a lo equivocado, a hacer

el mal, o incluso en español —dado el inequívoco juego de palabras al que se acude— un “derecho a lo torcido”.¹

El “buenismo” marcha de la mano del relativismo.² No es nueva la afirmación de que admitir que nada es verdad ni mentira, sobre todo a la hora de hacer uso del poder, sería una exigencia obligada para frenar toda tentación autoritaria.³ En consecuencia, descartar la posibilidad de tener derecho a lo equivocado supone admitir que existe un criterio de verdad, así como rechazar el derecho al mal sólo sería concebible recurriendo a una concepción del bien.

I. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL “BUENISMO” JURÍDICO

Una respuesta afirmativa a la cuestión nos ayudaría a identificar los elementos básicos del “buenismo” jurídico. Sin pretensiones de exhaustividad:

- 1) Prohibido prohibir.
- 2) Tendremos, en todo caso, derecho a todo lo no prohibido.
- 3) No cabe imponer las propias convicciones a los demás.
- 4) La tolerancia nos exige un máximo reconocimiento de derechos, en lucha contra toda discriminación.
- 5) Toda desigualdad implica discriminación.
- 6) Derechos gratuitos.

¹ Ya en 1981 abre el debate el artículo de J. Waldron, *A Right to Do Wrong*, con referencias bibliográficas a R. Dworkin, J. Raz, etcétera; incluido más tarde en su libro *Liberal Rights*, Cambridge, 1993. Con posterioridad asumirá su tesis A. Marmor en “On the Limits of Rights”, *Law and Philosophy*, 1997, 16, pp. 4 y ss.

² V. Puig Mas, tras señalar cómo “contribuye a favorecer la causa del «dialoguismo» la privatización de valores que está viviendo la sociedad española”, señala que “llevada a su extremo, la concepción «dialoguista» tiene algo de relativismo” (*Estrategias del buenismo*, ponencia introductoria a este mismo Seminario). F. Portero apuntará al respecto en ponencia posterior que “el bien y el mal existen. No todo es relativo” (*Buenismo y alianza de civilizaciones*).

³ “La cuestión decisiva es si se cree en un valor y, consiguientemente, en una verdad y una realidad absolutas, o si se piensa que al conocimiento humano no son accesibles más que valores, verdades y realidades relativas”. “Esta pugna de concepciones metafísicas es paralela a la antítesis de actitudes políticas: a la concepción metafísico-absolutista del mundo se ordena la actitud autocrática, así como la democracia corresponde a la concepción científica del universo, al relativismo crítico” (Kelsen, H., “Forma de Estado y filosofía”, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1934, p. 154).

Arrancando de este punto de partida, cualquier intento de plantear una alternativa al “buenismo” jurídico nos introduce por mares procelosos. Explorémoslos someramente.

1. La prohibición de prohibir nos llevaría a un anarquismo, de no pocas posibilidades lúdicas,⁴ pero dudosamente compatible con una convivencia social ordenada. Descartado un compartido concepto de “vida buena”, sólo un cálculo consecuencialista justificaría prohibiciones coyunturales. El problema inmediato —común a todo intento de recurrir a la racionalidad del mercado— será la posible existencia de “externalidades”; o sea, factores que de modo no siempre consciente quedan excluidos del cálculo. En lo que al derecho se refiere, son manifestaciones típicas de esta “invisibilidad” la existencia de costes sociales (por ejemplo, medioambientales) no contemplados; o la reducción —típica de todo rechazo del “paternalismo”— a un análisis de las conductas de alcance individual, sin prever posibles efectos colaterales con repercusión colectiva: así ocurre con la admisión del consumo de drogas, basada en el respeto a la autonomía, generando posteriores problemas de salud pública o seguridad ciudadana; o con la despenalización de la eutanasia y la posterior proliferación de dicha práctica sin que llegue a constar el consentimiento expreso del afectado.⁵

2. El convencimiento de que tenemos derecho a todo lo no prohibido se apoya en un concepto “buenista” que identifica un derecho con el mero *agere licere* o actuar lícito. Ello explica la generalizada creencia de que en España existe un derecho al aborto, cuando en teoría el aborto continúa constituyendo una conducta delictiva, sin perjuicio de que en determinadas circunstancias resulte exenta de sanción penal. Similar creencia se puso de relieve cuando los terroristas del GRAPO en huelga de hambre esgrimieron un presunto derecho a la muerte, para rechazar que pudieran ser alimentados por la administración penitenciaria una vez perdida la conciencia. El Tribunal

⁴ “Una sociedad liberal ideal es una sociedad que no tiene propósito aparte de la libertad, no tiene meta alguna aparte de la complacencia en ver cómo se producen tales enfrentamientos y aceptar el resultado. No tiene otro propósito que el de hacerles a los poetas y a los revolucionarios la vida más fácil, mientras ve que ellos le hacen la vida más difícil a los demás sólo por medio de palabras, y no por medio de hechos.” “Si cuidamos de la libertad política, la verdad y el bien se cuidarán de sí mismos” (Rorty, R., *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991, pp. 79 y 102).

⁵ A ello nos hemos referido en “La invisibilidad del otro. Eutanasia a debate”, *Revista Cortes Generales*, 2002, 57, pp. 37-62. El “buenismo” aconsejaría evitar la autocita en aras de una falsa modestia; preferimos, en ésta y otras ocasiones, remitir a trabajos donde el eventualmente interesado pueda encontrar un más detenido tratamiento de la cuestión.

Constitucional dictaminó en bien conocidas sentencias⁶ que tener derecho a algo implica bastante más; en concreto, la posibilidad de recurrir a los poderes públicos para eliminar los obstáculos que se opusieran a su ejercicio. Para ello sería preciso contar con justo título relativo a la finalidad perseguida por la acción no prohibida; en resumen, cada cual es muy libre de dejarse morir, pero no de generar en otros un deber, como el que obligaría a las autoridades penitenciarias a no evitarlo cuando se pretende hacerlo precisamente para poner freno al ejercicio de sus legítimas prerrogativas. Esta exigencia de un justo título como fundamento de todo derecho rompe obviamente con el relativismo “buenista”.

3. Bajo la pretensión, impecable desde lo políticamente correcto, de que no cabe imponer convicciones a los demás, latería el convencimiento de que la convivencia social puede desarrollarse permitiendo a cada cual que actúe con arreglo a su buen saber y entender. Dejando de nuevo al margen floridos escenarios anarcoides, resulta obvio que el derecho (muy especialmente el penal) existe para que quien está convencido de que el logro de sus ideales políticos justifica la eliminación del adversario, o la generación de terror en la sociedad, sea eficazmente disuadido; o para el que considera poco convincente no poder apropiarse de bienes a su alcance, cuando las circunstancias lo favorecen, se abstenga de robar. El problema consistirá más bien en decidir qué prohibiciones podrán imponerse, qué concepto del bien común o de la vida buena podrían justificarlas y a través de qué procedimientos podremos llegar a identificarlo.

4. El intento de convertir la tolerancia en virtud de un modo más “positivo” lleva a considerar rechazable un elemento presente en todos sus grandes teorizadores, desde Locke o Voltaire a Popper o Marcuse: la tolerancia sólo cabe ejercerla frente a un comportamiento rechazable o a una opinión equivocada.⁷ Lo contrario lleva a borrar la frontera entre pretender que la conducta u opinión sea tolerada (por vía de objeción de conciencia, por ejemplo) y la existencia de un derecho a realizarla o exponerla; ello nos llevaría paradójicamente a una convivencia regulada por exhortaciones morales y no por preceptos jurídicos. La tolerancia se mueve fuera del marco de la justicia, por eso no es de extrañar que su confusión tenga

⁶ Las STC. 120 y 137/1990 y la 11/1991, de las que me he ocupado en *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución*, Madrid, Rialp, 1994.

⁷ Sobre el particular, con mayor amplitud, “Tolerancia y verdad”, *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Pamplona, Eunsa, 2005, pp. 71-112.

también efectos perversos similares a los que surgen cuando se confunden justicia y caridad: se plantean como gestos de tolerancia (por ejemplo, respecto a los inmigrantes legales), lo que no sería sino obligado reconocimiento de un derecho. Una vez más, la existencia de un justo título marcaría la frontera entre uno y otro campo, quedando el ámbito de la tolerancia vinculado al posible respeto de que en todo caso sería merecedor el autor de la conducta rechazable.

5. Resulta obvio que no toda desigualdad implica discriminación. Nuestro Tribunal Constitucional sólo reconoce su existencia cuando se trate de desigualdades de faltas de “fundamento objetivo y razonable”,⁸ lo que pone de nuevo en cuestión al relativismo “buenista”, que habría de negar posible fundamento a cualquier desigualdad.

6. Por debajo de la orgía de derechos propia del “buenismo” late la convicción de que los derechos son gratuitos, hasta en tres acepciones.

La primera, ya analizada, brotaría de su falta de fundamento objetivo; bastaría una generalizada actitud indiferente, por parte de quienes no son conscientes de en qué medida la conducta en cuestión puede llegar a afectarles, para contar con el consenso oportuno para cualquier deseo arbitrario, por no fundado.

La segunda lleva a ignorar que todo derecho genera un deber, por lo que acaba siendo gravoso para otro; de ahí que despenalizar la eutanasia implique incluir el deber de cooperar al suicidio entre los ingredientes de la praxis médica, con la consiguiente regulación de la objeción de conciencia precisamente como excepción a tan obvio deber.

Por último, la gratuidad de los derechos surge del convencimiento de que operan gratis. Ello explica que, mientras el debate sobre la posible despenalización del aborto fue entre nosotros particularmente tenso, no se haya cuestionado su financiación pública. Estas actitudes son típicas del ciudadano que considera que el dinero que gasta el Estado es siempre ajeno; postura facilitada por el carácter clandestino de la imposición indirecta, que lleva a buena parte de la población a no preocuparse de lo que se hace con un dinero que no es consciente de haber aportado. Esta falta de consciente referencia a la justicia distributiva se convierte fácilmente en invitación a la xenofobia cuando se rompe el espejismo. La lista de espera en la existencia

⁸ Véanse, por ejemplo, sus resoluciones sobre la desigualdad de trato a la mujer, que he tenido ocasión de estudiar en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

sanitaria recuerda que se administran recursos limitados y que no es posible ampliar su oferta sin que ello acabe afectando también a los que la demandan. Sería poco razonable sorprenderse luego del resultado de más de un referéndum celebrado en países donde Europa no se ve orlada por el “buenismo” rayano en la beatería propio de la circunstancia española.

II. EL DOBLE LENGUAJE DEL “BUENISMO” EN LA TEORÍA JURÍDICA

A la luz de estos principios es lógico que el “buenismo” deje su huella en la propia teoría jurídica. Su motor será paradójicamente el horror, no falto de motivos, ante la posibilidad de que alguien pretenda hacer uso del derecho para hacer buenos a los demás. Así ocurre cuando se defiende, para preservar una “ecología moral”, la prohibición jurídica del “vicio sexual no comercial” (fornicación o adulterio), apelando a que no existe “un principio estricto de justicia” que la excluya.⁹

Se postulará como alternativa una presunta neutralidad moral de las normas jurídicas, olvidando el sabio dictamen del torero senequista: lo que no puede ser no puede ser, y además es imposible. Al final nos encontraremos con que —como en el caso del imaginativo “matrimonio homosexual”— se recurre al derecho para suscitar una peculiar indulgencia plenaria por lo civil, con la esperanza de lograr así, al margen de todo objetivo propiamente jurídico, que la sociedad deje de considerar inmorales determinadas relaciones. Objetivo, por lo demás, de problemático cumplimiento. Sirva de prueba el vivo debate sobre si la llamada píldora pos-coital tiene o no efectos abortivos, del que sólo cabe deducir una clara conclusión: la sociedad sigue considerando inmoral el aborto, despenalizado o no.

Esta inconfesada utilización del derecho para modificar la moral social choca a su vez con la principal exigencia del “buenismo” teórico-jurídico: el rechazo de un iusnaturalismo, sospechoso de confesional, y la obligada opción por el positivismo jurídico como expresión suprema de lo académicamente correcto. Dar por bueno que sólo es derecho el derecho positivo no me parece que plantee tantos problemas como intentar ponerse de acuerdo sobre qué entenderemos por derecho puesto. La situación acaba rayando en la comicidad.

⁹ Cfr. por ejemplo George, R. P., *Para hacer mejores a los hombres*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002, p. 208.

El positivismo se presenta como una teoría meramente descriptiva del derecho, que es, renunciando a establecer normativamente cómo debe ser. Pero cuando analiza el comportamiento de los jueces no puede ocultar que han de acabar echando mano de elementos no jurídicamente “puestos”, a los que calificará de “morales”. Conclusión: el afán por limitarse a describir lo jurídico acaba describiendo cómo sus principales protagonistas las más de las veces no aplican derecho. Paradójica “descripción” de lo inexistente; más propia de una teoría dogmáticamente normativa, obligada a dar por hecho que los jueces con frecuencia no tienen más remedio que pasar de lo que ella misma ha decidido entender por derecho.

Las manifestaciones de esta forzada paradoja serán continuas en todos los que no se arriesguen a sustraerse a los imperativos del “buenismo” jurídico. Valgan dos anécdotas de hace menos de un mes.

Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, celebrado en Granada en la última semana de mayo de 2005; Robert Alexy resucita —con ocasión del juicio a los “vopos” que dieron muerte a alemanes orientales que intentaban saltar el muro— la llamada fórmula de Radbruch. Como es sabido, éste en plena posguerra archiva su relativismo y reconoce, tras la experiencia nazi, la posibilidad de una “antijuridicidad legal” y la existencia de un “derecho supralegal”. Alexy afirmará también ahora que “la injusticia extrema no es derecho”.¹⁰ Para más de uno de los participantes, su postura supera en iusnaturalismo a la de Tomás de Aquino; su autor sin embargo, para no desafiar al “buenismo” jurídico, la calificará modosamente de “no positivista”.

Conferencia de clausura del curso sobre “Poder Judicial y jurisdicción en una sociedad global” el 9 de junio de 2005 en la madrileña sede del Consejo General del Poder Judicial. El penalista Winfried Hassemer, vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, diserta sobre “El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad”. Muestra su preocupación sobre la repercusión negativa sobre las garantías de derechos que derivan de la primacía de la seguridad ante la amenaza terrorista. La protección de datos personales, por ejemplo, puede convertirse en papel mojado.

¹⁰ Alexy, R., “Acuerdos y desacuerdos. Algunas observaciones introductorias”, *Derecho y justicia en una sociedad global*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada, mayo de 2005, p. 697.

La solución que propone cumplirá ejemplarmente las exigencias del “buenismo” jurídico. Es preciso admitir que existen exigencias jurídicas por encima de las puestas en la ley; invita incluso a no descartar la existencia de elementos inconstitucionales dentro de la propia Constitución. Eso sí, no suscribirá ninguna posible fundamentación objetiva de tales exigencias. O sea, que tenemos fundamento para dar por existente un derecho supra-positivo, a condición de que no pretendamos atribuirle fundamento. Nada nuevo bajo el sol “buenista”: la obligada renuncia a fundamentar los derechos fundamentales.

La alusión a Guantánamo no faltó en su exposición; pero dentro de su fórmula no había modo de afirmar que toda tortura es antijurídica en sí misma. La conclusión práctica del “buenismo” llevará inevitablemente a preguntar cómo cabe torturar sin vulnerar la Convención de Ginebra. Tampoco se podrá excluir coherentemente el turismo jurídico destinado a trasladar los interrogatorios de presuntos terroristas a países a cuya cultura es ajena la garantía de los derechos. Eso sí, se proclamará a la vez *urbi et orbi* el principio de “justicia universal”, que permitiría procesar desde nuestra Audiencia Nacional a quien el “buenismo” considere ejemplarizadamente oportuno.

III. “BUENISMO”: ALGO MÁS QUE UNA ESTRATEGIA POLÍTICA OPORTUNISTA

Es fácil dictaminar que el “buenismo” político encierra una estrategia política oportunista, capaz —al menos a corto plazo— de garantizar el mantenimiento del poder sin abordar los arduos problemas existentes; e incluso inventándose irresponsablemente algunos inexistentes, pero sin inmediatas consecuencias evaluables.

Considero sin embargo que sería poco inteligente y dudosamente honesto ignorar que, como todo timo, sólo funciona con la soterrada colaboración de sus víctimas. El éxito del “buenismo” político sería impensable sin el eficaz acompañamiento de una generalizada ética “buenista”, fiel reflejo del “pensamiento débil” y de sus complejos políticamente correctos.

De esa ética habría que considerar que participamos (sería poco “buenista” excluirme...) toda la buena gente, que demuestra su bondad renunciando a sugerir que pueda existir algo malo en sí, ya que ello nos exigiría perversamente fundamentar el bien.

Esta actitud explica el pudibundo “pos-iusnaturalismo” de los más exitosos intentos “buenistas” de regreso al bien común. Me refiero a la “justicia política” de John Rawls¹¹ o al “patriotismo constitucional” en su versión habermasiana. Se aspira a ofrecer una ética pública objetiva sin incurrir en fundamentaciones metafísicas. Al primero se le objetará que casualmente su propuesta acaba coincidiendo sospechosamente con la de la izquierda liberal estadounidense de la que era principal referente; al fin y al cabo, nada más lógico que considerar racional y obvio lo que uno mismo piensa... Lo de Habermas tiene mayor mérito. Se trata de defender unos valores constitucionales haciendo abstracción de la cultura hegemónica;¹² cómo pueda resolverse en tales circunstancias la polémica francesa sobre el velo islámico, o en qué pueden consistir los valores de nuestra Constitución desvinculados de nuestra propia cultura, es todo un misterio. Nadie ha garantizado no obstante que ser “buenista” exija sabiduría ni, menos aún, rigor.

IV. EL DERECHO A LO RECTO COMO ALTERNATIVA AL “BUENISMO JURÍDICO”

“Buenismos” aparte —obviamente, con perdón— habría que reconocer que no cabe convivir sin más cobijo que derechos sin fundamento, o sin otros que los emanados de la voluntad del que asume el poder. Entender los derechos como límites del poder, presunto eje central de la cultura jurídica

¹¹ Para J. Rawls, una “concepción política” contiene “principios sustantivos de justicia” y “orientaciones de indagación”; de ahí que “los valores políticos sean de dos tipos”: “los valores de la justicia política”, relacionados con la “estructura básica”, como la igualdad social o la reciprocidad económica, y “los valores del bien común”, “los valores de la razón pública”, que incluyen razonabilidad y civilidad (*El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, p. 259).

¹² “El *quid* del republicanismo consiste precisamente en que el proceso democrático asume también la garantía para los casos en que falle o no se produzca la integración social de una sociedad cada vez más diferenciada. En una sociedad pluralista en términos culturales y pluralista en términos de concepción del mundo, esa carga no debe ser desplazada del nivel de formación de la voluntad política y de la comunicación pública para hacerla recaer de nuevo sobre el sustrato aparentemente cuasi-natural de un pueblo supuestamente homogéneo. Sobre tal fachada lo único que se oculta es la voluntad de hegemonía de la cultura de la mayoría. Pero ésta he de separarse netamente de cualquier fusión con la cultura «política» compartida por «todos» los ciudadanos, si es que dentro de esa comunidad política han de poder coexistir y convivir con los mismos derechos otras formas de vida culturales, religiosas y étnicas” (Habermas, J., “¿Aprender de qué historia?”, *Más allá del Estado nacional*, Madrid, Trotta, 1997, p. 180).

desde la última posguerra, exige vincularlos a una teoría de la justicia; asunto distinto es que ésta la pueda tener alguien guardada en su caja fuerte o archivada en la sacristía.

Todo derecho implica un “ajustamiento”¹³ de relaciones. Éste sólo se consigue ponderando las exigencias del libre desarrollo de la personalidad con las derivadas del respeto al otro como un igual. Como repite sin cesar nuestro Tribunal Constitucional, no hay “derechos ilimitados”, por la simple razón de que ni la libertad ni la igualdad ilimitadas pueden ser jurídicas. Ni que decir tiene que ese ajustamiento de libertad e igualdad exige una laboriosa tarea; en ella consiste precisamente toda actividad jurídica, tanto por vía legal como judicial.

No hay derecho alguno sin un concepto de lo recto, que implica a su vez una concepción de la vida buena. El “buenismo” acaba inconfesadamente suscribiendo lo que —en términos informáticos— cabría calificar de concepto de vida buena “por defecto”. Apela a la neutralidad; pero no consigue superar la dudosa neutralidad del cero. Si lo coloca a la izquierda implica nulidad, lo que le permitirá neutralizar toda propuesta de vida buena alternativa; pero si para él mismo lo coloca a la derecha, multiplicará tácitamente un peculiar concepto de vida buena capaz de conceder generosamente incluso derecho a lo torcido. Como opera a corto plazo, nunca se sentirá responsable de las consecuencias.

La única alternativa real al “buenismo” es suscribir el coraje cívico suficiente para proponer una teoría de la justicia, basada en un razonado concepto de la vida buena, y ejercer la paciencia democrática suficiente para lograr argumentarla de modo convincente. Todo lo contrario a guarecerse en proclamas infundadas, para no arrostrar el terrible riesgo de ser tildado de fundamentalista.

¹³ J. Finnis, buscando la clave de lo jurídico, ha sugerido que “si se pudiera usar el adverbio «justamente» (*aright*) como sustantivo, se podría decir que su explicación primaria es acerca de «los justamentos» (*arights*), más que sobre los derechos (*rights*)” (*Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 235).