

### CAPÍTULO III

## EL SENTIDO DE LA TOLERANCIA EN EL CONTEXTO DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Nadie discute el importante papel desempeñado por la teoría y la práctica de la tolerancia en el desarrollo de la ideología y las instituciones liberales;<sup>418</sup> sin embargo, sí que se cuestiona que sea adecuado rendir culto público a la tolerancia en las sociedades democrático-liberales de hoy, en las que la libertad, la igualdad y el respeto por el pluralismo social y político cuentan como valores fundamentales del orden jurídico-político y la vida ciudadana. Como se examinó en el capítulo anterior, este cuestionamiento se dirige, frecuentemente contra una concepción de la tolerancia vinculada a la promoción de ámbitos negativos de libertad, en favor de propuestas de reformulación del concepto de tolerancia, que lo asimilan a una disposición positiva respecto a las formas de vida e identidades colectivas minoritarias, una disposición que es entendida como interés por aquellas identidades, o bien como reconocimiento público de su valor distintivo.<sup>419</sup> Pero también encontramos otra crítica más radical, que más que redefinir la tolerancia para adecuarla a las condiciones sociopolíticas de las democracias constitucionales, busca que se declare el anacronismo público de la tolerancia en ellas, salvo casos contados.

Arguye la citada crítica que los valores básicos del Estado social y democrático de derecho son escasamente compatibles con dos presupuestos de la tolerancia, entendida según el grueso de su práctica histórica y de los análisis filosóficos del concepto: por una parte, con que la tolerancia se dirige a actos *prima facie* reprobables, hasta el punto de considerarlos merecedores de prohibición o de algún tipo de traba, y por otra, con que es requisito de la tolerancia una situación de competencia adecuada para prohibir, obstaculi-

<sup>418</sup> La redacción de este capítulo se ha beneficiado de discusiones con David (Fco.) Sánchez-La Fuente y Manuel Arias. El profesor de derecho constitucional, Rafael Naranjo, leyó un borrador del trabajo y me apuntó algunos extremos confusos que apreciaba. Confío en haber sabido aprovechar los consejos de todos ellos.

<sup>419</sup> Sobre estos asuntos, véase *supra* cap. II § I, 2, B y C.

zar, sancionar o interferir el acto que se desapruueba.<sup>420</sup> Los dos componentes de la crítica se encuentran ligados, ya que la posibilidad de hablar públicamente de la práctica de la tolerancia en el Estado democrático de derecho se niega, porque presuponiendo la tolerancia a una intolerancia previa, “a nadie le cabe arrogarse la legitimidad para reprobar públicamente creencias y prácticas con las que no está de acuerdo, cuando la libertad, la igualdad y el pluralismo son principios básicos del orden político reconocidos como tales por el derecho”. La tolerancia estaría, así, supuestamente fuera de lugar en el Estado de derecho, porque en este régimen solo del derecho puede emanar un poder legítimo, tanto para controlar las conductas como para establecer su valor público.

Este capítulo se va a ocupar de examinar esta crítica, que si en principio tiene que ver con un debate muy específico de la filosofía jurídica y política, se apoya y se refuerza en concepciones de la razón pública que gozan de gran predicamento. Más concretamente, el capítulo se va a centrar en la supuesta oposición entre la tolerancia, por un lado, y las normas sobre principios básicos del orden jurídico-político y derechos fundamentales, por otro.

El objetivo es determinar si hay lugar para tolerancia en el ámbito jurídico de una sociedad democrático liberal y qué puede significar la tolerancia como principio interpretativo y de aplicación del derecho. Si se llegara a demostrar que la tolerancia es compatible con —e incluso un presupuesto de— que los ciudadanos dispongan de espacios de libertad protegidos jurídicamente, quedaría en cuestión la idea ilustrada de que la tolerancia es un concepto ominoso en tanto que presupone una relación de sujeción.<sup>421</sup>

La crítica de la tolerancia en la línea de Paine o Kant ha sido recuperada por el filósofo Javier De Lucas, planteando que allí, donde existen ámbitos de libertad reconocidos jurídicamente, hablar de tolerancia es ignorar el estatuto de derecho adquirido. Adelanto que, a pesar de sus bondades, esta crítica no me parece del todo aceptable.<sup>422</sup> Según se expondrá, a pesar del momento de verdad que aprehende el juicio de De Lucas, este no se halla en consonancia con la conexión que el discurso jurídico mantiene respecto a las lógicas del discurso teórico y práctico en general, y con las evidencias de desacuerdos razonables en la interpretación y aplicación del derecho.

A mayor abundamiento, de una concepción del derecho y los derechos, que incorpore las evidencias de lo flexible de su estructura y contenidos, se desprende una visión de la realidad política, que concuerda mejor con la

<sup>420</sup> Véase *supra* cap. II § II, 2 y 3.

<sup>421</sup> Véase *supra* cap. I § III, 2, B.

<sup>422</sup> De Lucas (1992: 118); (1996: 158).

posibilidad de actualizar el principio de soberanía popular, prescindiendo al máximo de hipóstasis. En este sentido, en las páginas siguientes se afronta la tensión existente entre liberalismo y democracia, extrayendo conclusiones favorables a la necesidad de apellidar la democracia, si quiere ser viable como republicana, democracia republicana compatible con, y también correctora de, un segundo apellido que bien pudiera ser el de kantiana.<sup>423</sup>

En el fondo se trata de una disputa de familia, pues la tesis de la irrelevancia de la tolerancia en el contexto del Estado democrático de derecho, al igual que la discrepante que aquí expongo, se orienta a acuñar un lenguaje político inclusivo para una época en la que la idea de pluralismo aglutina mucho afán de emancipación. En el modelo terminológico de inclusividad que De Lucas defiende, acuso, sin embargo, una semilla de disgregación social: es el coste de la fijeza jurídica con la que se pretende proteger la irreversibilidad de la integración. Ese tributo se lo puede ahorrar uno con no renunciar al legado de renovación moral y de reflexividad sobre los límites de la inclusión, que es propio de la historia de la tolerancia. Creo que es una preciosa herencia esta, cuya valía explica que el concepto de tolerancia siga asociado al de una práctica y valor altamente apreciables, y sobre cuya base puede asentarse una noción estipulativa de tolerancia como tolerancia dianoética, sin necesidad de violentar el contenido semántico tradicional del término.<sup>424</sup>

¿Conlleva la propuesta que aquí se sostiene asumir un alto grado de inseguridad, incompatible con el tipo de vertebración jurídica de la que, sin duda, no puede prescindirse en una sociedad moderna? Yo diría, más bien, que lo que se propugna en este capítulo es fijar en términos razonablemente modestos nuestras expectativas respecto al derecho como mecanismo de integración social. Por tanto, esta es una apuesta congruente con la evolución de la teoría del derecho y del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial. En este sentido, este es un pensamiento en el que la crítica del positivismo legalista aparece acompañada de una reflexión sobre la relevancia de las convenciones sociales, los juicios morales, la comunidad de intérpretes y la estructura y las reglas generales de la argumentación para la interpretación y la aplicación del derecho.<sup>425</sup> O, lo que es lo mismo, reivindicar el lugar que corresponde a una virtud cívica, como la tolerancia en

<sup>423</sup> Una sustanciosa elaboración del republicanismo kantiano la ofrece Habermas (1998a: especialmente cap. 5o.). En la obra citada hallamos, sin embargo, cierta desconsideración del componente republicano a favor del kantiano y, con ello, cierta inconsistencia, según ha criticado certeramente Vallespín (1997: 219 y ss.).

<sup>424</sup> Véase *supra* cap. II § I, 2, B.

<sup>425</sup> Véase al respecto, Atienza (1991); Prieto Sanchís (1987: cap. II). Las cuestiones citadas son centrales en la revisión de la teoría general del derecho elaborada por Nino (1994).

el contexto de la práctica jurídica, que está en consonancia con una noción del derecho nada marginal en la actualidad, que lo presenta como una realidad no clausurada de antemano, y cuya interpretación, lejos de poder seguir identificándose con el descubrimiento de verdades objetivas sitas en el ordenamiento, se encuentra asociada a una serie de juicios de valor, que, en una medida considerable, el derecho no puede regular.

La tesis que se defiende a continuación se ubica también en la estela del pensamiento sobre la tolerancia de Hobbes y, en parte, de Locke, en cuanto se justifica la tolerancia sobre la base de las limitaciones del derecho para controlar el fuero interno de los ciudadanos. No obstante, a diferencia de tales concepciones clásicas de la tolerancia, se entenderá que esta no se agota en un no hacer: la faceta de omisión debe vincularse a la obtención de un pronunciamiento (en lo que nos interesa, acerca del sentido de las normas jurídicas) que provenga del compromiso o del consenso, según se haga derivar la tolerancia del pluralismo o de un racionalismo dialógico, como el que se defendió en el anterior capítulo. La tolerancia relevante en el campo jurídico es, pues, de tipo activo o positivo.

Es momento ya de comenzar el desarrollo argumental de las ideas esbozadas. A tal efecto, en el siguiente epígrafe se expondrá la tensión existente entre la legitimidad democrático liberal y la tolerancia. En el segundo epígrafe se analiza la práctica incompatibilidad de la tolerancia con el derecho interpretado sistemáticamente, y la distinta conclusión a la que se llega tras advertir la centralidad de la argumentación jurídica en la interpretación y aplicación del derecho, así como lo imprescindible que es la tolerancia para que tal argumentación llegue a buen fin. En el tercer epígrafe se destaca la relevancia que tienen los juicios de valor no reglados jurídicamente en la interpretación del sentido de los derechos fundamentales, especialmente en lo tocante a los conflictos derivados de la diversidad de identidades grupales. A la luz de esta relevancia, se defiende la oportunidad de articular estos conflictos en un lenguaje de la tolerancia antes que de los derechos, y también de remitir la solución de estos conflictos a foros no judiciales. Cabe decir que este lenguaje y este foro son más fieles a la posibilidad de tratar estos problemas con la flexibilidad necesaria.

## I. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICO-LIBERAL Y TOLERANCIA PARADÓJICA

Lo supuestamente anacrónico que sería, en general, la tolerancia en el contexto de un Estado democrático de derecho se ha justificado, en parte, sobre la base de la vigencia pública del valor de la pluralidad. Para entender

esta crítica hay que partir de que, ciertamente, no se tolera aquello que se promueve, aprueba o cuya razón de existir se acepta, pero tampoco lo que nos resulta indiferente. Según capta la segunda circunstancia o requisito de la tolerancia, la idea de tolerancia “anda siempre acompañada de la idea de mal”, pues allí donde no encontramos nada indeseable, no hay lugar a hablar de ella. Hablar de tolerancia es hablar de que un agente se sobrepone a la inclinación a intervenir contra la realización de un acto que lesiona alguna de sus convicciones.<sup>426</sup>

En los orígenes históricos de la tolerancia era evidente, y nada problemático, el compromiso del Estado con un credo determinado, el cual constituía una pieza clave de la legitimidad política, por lo que la legalidad de cultos divergentes del oficial era algo solo tolerado.<sup>427</sup> Tiempo después, cuando John Stuart Mill escribiera *Sobre la libertad*, la legitimidad democrática parece presentarse naturalmente desconectada de la protección de la libertad individual y avalando la revancha de las clases hasta entonces excluidas de la política o las veleidades de unas masas iletradas. En estas circunstancias, también era lógico que se demandara tolerancia a la mayoría, homogénea en sus comunes intereses materiales o su gregario seguimiento de las convenciones.<sup>428</sup>

No obstante —destaca con razón la opinión contraria a reconocer un lugar notable a la tolerancia en las democracias liberales contemporáneas—, las cosas han cambiado y ya no se acepta que pueda sufrirse desconsideración pública en razón de creencias religiosas, clase social o ideal de vida, pues estas características no son relevantes para la pertenencia de pleno derecho en la sociedad política. El lenguaje de la legitimidad no es hoy en día el de la teología política en ninguna medida, y tampoco es el de una democracia condensa en la que la consolidación del gobierno por mayoría sea el principal objetivo. Por el contrario, el nuestro sería un lenguaje de los derechos y el problema principal sería el de la articulación de la diversidad de identidades colectivas.<sup>429</sup> En este contexto, filósofos como De Lucas plantean que no hay lugar para que públicamente se tolere lo que ya ha sido reconocido derecho, pues tal cosa no puede ser valorada como un mal en ninguna circunstancia sin ignorar los estatutos de bien jurídico o dignidad ciudadana alcanzados.<sup>430</sup>

<sup>426</sup> Véase *supra* cap. II § II, 2.

<sup>427</sup> Véase *supra* cap. I § I, 2, A.

<sup>428</sup> Véase *supra* cap. I § III, 2, C.

<sup>429</sup> De Lucas (1996).

<sup>430</sup> De Lucas (1992: 118), (1996: 158). En el mismo sentido, aunque atendiendo a la legislación positiva de las sociedades democráticas, Comanducci (1997: 188-190) entiende que en una sociedad en la que todos sus miembros tienen reconocidos la posesión de derechos fundamentales no existen problemas de tolerancia, sino de conflicto de derechos. También Tomás y Valiente (1996: 246 y ss.) mantiene que donde hay derechos queda menos espacio para la

Según el citado autor, una vez institucionalizados constitucionalmente el pluralismo, la igualdad y las libertades, la tolerancia pierde prácticamente todo su sentido en cuanto principio público. Por ello, se estima erróneo describir el orden jurídico-político de las democracias liberales contemporáneas a partir del valor de la tolerancia y, sobre todo, apelar a ella prescriptivamente. Tal cosa equivaldría a “rebajar los derechos”, pues la tolerancia “no puede ser hoy proclamad[a] como un objetivo a alcanzar sin retroceder en el estatuto obtenido para las conductas en relación con las cuales se reclama su beneficio”.<sup>431</sup>

El planteamiento de De Lucas apunta a una resolución sensata de la denominada “paradoja del censor tolerante”; esto es, a eludir la contraintuitiva conclusión de que se es más tolerante cuantos más prejuicios se tengan, por irracionales o inmorales que sean, siempre que nos abstengamos de trasladar nuestra repulsa a oposición práctica. Esta paradoja se hace cargo de una preocupación que no puede ser desatendida, y es la de que ampliar mucho la definición de la tolerancia moralmente meritoria supone reforzar tipos de desprecio inaceptables y reproducir formas injustificables de marginación simbólica. En este sentido, ¿sería correcto, por ejemplo, considerar al racista visceral un ejemplo de tolerancia en tanto no toma ninguna medida contra la llegada de vecinos de otra raza a su bloque de apartamentos? La estrategia que han desarrollado teóricos como John Horton, Joseph Raz o Glen Newey para eludir la citada paradoja es exigir como condición de la tolerancia que no baste que una persona no intervenga contra algo que ella en particular desprecia, sino que la reprobación inicial sea valiosa, justificable o, al menos, razonable.<sup>432</sup> Pero ¿qué significa esto?, ¿qué punto de vista cuenta como sinóptico a los efectos de emitir el juicio de razonabilidad de las objeciones iniciales?

De Lucas piensa que los comportamientos aceptables, según los valores fundamentales de la organización de la democracia pluralista, no pueden ser objeto de reprobación razonable y, por ende, tampoco cabe calificar de tolerancia la superación de una actitud negativa frente a aquellos. Según parece decir este autor, la irrazonabilidad de la reprobación proviene tanto del reconocimiento jurídico como del reconocimiento público más general de los valores, si bien pone el acento en la protección jurídica de estos. En

tolerancia, porque no hay lugar a una consideración peyorativa de la heterodoxia o a la concesión graciosa de la libertad; sin embargo, admite que sería posible una nueva concepción de tal práctica adecuada a la nueva situación, “como respeto recíproco entre hombres iguales en derechos y libertades, pero que no se gustan” (*ibidem*: 249).

<sup>431</sup> De Lucas (1992: 118, 123 y 124), (1996: 154).

<sup>432</sup> Véase *supra* cap. II § II, 2, especialmente nota 402.

este capítulo, el interés se centrará en el ámbito jurídico, conforme se ha anunciado. Es de esperar, en todo caso, que si la supuesta irrelevancia jurídica de la tolerancia es adecuadamente contestada, con mayor motivo pueda defenderse su lugar en el contexto de la razón pública democrática. Al fin y al cabo, la esfera de la razón pública es menos autorreferencial y en ella el establecimiento de valores, aun cuando orientados informalmente por el derecho no se encuentra rígidamente reglado. Pero ¿qué grado de autorreferencialidad es razonable atribuir al derecho? Pienso que esta es una pregunta importante de cara a determinar el lugar que corresponde a la tolerancia en la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas.

## II. SISTEMA JURÍDICO, ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y TOLERANCIA *DIANOÉTICA*

### 1. *El derecho como sistema*

Desde un punto de vista jurídico es, en principio, sostenible que solo lo que contraviene el ordenamiento puede estimarse como un “mal” por parte de los poderes públicos, los cuales no pueden tolerarlo de ningún modo al ser su competencia coextensiva de lo dispuesto por el derecho. Una vez identificado el Estado con el sistema jurídico, solo el amparo de una norma convierte en aceptable la violación de otra. Así, puede que existan situaciones antijurídicas a primera vista y que resulten no serlo tras un nuevo examen del derecho vigente. Pero esto no implica la existencia de conflictos para el sistema jurídico en su conjunto, pues tanto el criterio de lo admisible como el de poder público los provee el derecho mismo, al cual dota de integración la Constitución, que, en este sentido, debiera evitar incluir normas excesivamente vagas.<sup>433</sup> El paradigma predominante en la interpretación y la aplicación del derecho concibe al ordenamiento como una realidad positiva “en su principal parte determinada”.<sup>434</sup> En consonancia con esta noción, la estructura jurídica del Estado de derecho es entendida como un sistema de “normas dato”, de cuya aplicación resultan una serie de “normas resultado” con un valor dado por el sistema de fuentes.<sup>435</sup> Todo ello bajo el supuesto de que existe un pronunciamiento cierto del derecho en relación con las conductas jurídicamente relevantes en un momento dado, aunque este no sea *prima facie* evidente.

<sup>433</sup> Kelsen (1988: 143).

<sup>434</sup> Estévez Araujo (1994: 51-55; 66-69); Häberle (1978b: 59 y ss.).

<sup>435</sup> Sobre dos nociones de la seguridad jurídica establecidas en torno a los conceptos de “norma dato” y “norma resultado”, véase Pérez Luño (1991: 100).

Las consecuencias prácticas de las anteriores consideraciones quedan patentes, por ejemplo, cuando un operador jurídico público se enfrenta a un acto de desobediencia civil. Jurídicamente hablando, el Estado no dispone de la opción entre tolerar o castigar al desobediente civil en razón de que su acto se encamine o no a la protección de un bien colectivo; en este sentido, deberá ser castigado si no puede beneficiarse de la protección de las normas de derechos fundamentales, de las normas que regulan las causas legales de justificación de las conductas infractoras —como la legítima defensa, el estado de necesidad o el ejercicio legítimo de un derecho—, o si no cabe mostrar la inconstitucionalidad de la norma contra la que se dirige la desobediencia. La posibilidad de un indulto total o parcial a los desobedientes civiles tampoco es expresión de tolerancia con arreglo a una interpretación del Estado de derecho como sistema de normas, pues la dimensión jurídica relevante de cara al juicio de legitimidad depende de si se concedió con arreglo a derecho.<sup>436</sup>

En otro orden de cosas, cuando los ciudadanos se abstienen de ejercer la competencia jurídica de la que disponen para prohibir actos a otros ciudadanos —esto es, la competencia derivada de los derechos subjetivos o de la activación de una respuesta pública ante una conducta antijurídica—, resulta irrelevante para el derecho si ello estuvo motivado por un acto de tolerancia: en este caso, la intencionalidad de la acción solo es trascendente en términos jurídicos, en lo que respecta a la ausencia de vicios de la voluntad de los particulares, o en cuanto a que no se produzca una instrumentación ilícita de las normas que protegen el interés público.

## 2. *Los juicios implicados en la interpretación de las normas*

El punto de vista del Estado de derecho como sistema jurídico es muy valioso, pues se orienta prioritariamente al control de coherencia del ordenamiento, el cual es un bien a proteger en tanto que también lo es la seguridad jurídica: sin esta se disipan las virtudes del derecho como protector de la capacidad de autogobierno y medio de integración de una sociedad pluralista en la que la obediencia al derecho no responde directamente a que este exprese una particular forma comunal de vida. Pero como pone de manifiesto el abundante cuerpo de doctrina jurídica existente, no hay algo parecido a una interpretación definitiva del sistema jurídico. Si este hecho puede tener algo que ver con la falta de esmero del legislador o de los autores de la Constitución, en absoluto se reduce a ello.

<sup>436</sup> Ugartemendia Eceizabarrena (1999).



La idea de preceptos jurídicos capaces de regular la totalidad de los supuestos de hecho posibles es simplemente borgiana. Normalmente, si una disposición jurídica incide o no sobre un fenómeno, o las consecuencias precisas de tal incidencia, siempre va a ser objeto de interpretación y, por ello, es posible que hallemos desacuerdos al respecto, que deben relacionarse con que la interpretación de las normas jurídicas depende de una serie de juicios referidos tanto a la determinación de hechos como de valores, cuya adopción el derecho no puede regular exhaustivamente. De esta manera, la interpretación jurídica implica, para empezar, un juicio constatativo de la prescripción o prescripciones contenidas en las normas jurídicas, lo cual conlleva, a su vez, a asignar el sentido semántico, gramatical y pragmático al enunciado de una norma, con la eventualidad de tener que fijar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua, o delimitar la aplicabilidad de una expresión real o potencialmente vaga.

Estas operaciones hermenéuticas requieren de criterios normativos, entre ellos hallamos las pautas de interpretación de las normas y las reglas sobre el peso a reconocer a tales pautas en caso de contradicción: si el sentido otorgado históricamente por el legislador a un precepto difiere del sentido común o técnico del lenguaje, ¿qué lectura debe hacerse? Igualmente, la determinación del sentido semántico, gramatical o pragmático implica otras prescripciones, entre estas existen reglas como las siguientes: que no pueden entenderse las normas de un mismo sistema jurídico de modo que ellas aparezcan como mutuamente contradictorias; de manera que no agregue nada al sistema jurídico; como si no tuvieran el efecto de distinguir con precisión entre diversas situaciones; dejando de abarcar situaciones que deben ser resueltas; etcétera. También existen reglas que avalan la justificación de operaciones no estrictamente lógicas, como el método de “inducción jurídica”, mediante el cual se inducen principios de normas para extender las soluciones dadas por las normas a casos no contemplados por estas.

Además de fijar el sentido semántico, gramatical y pragmático de las prescripciones contenidas en las normas, la interpretación del derecho implica extraer consecuencias lógicas de esas normas para los casos en cuestión. En algunos casos, esta tarea supone afrontar lagunas, contradicciones y redundancias, cuya resolución remite a máximas —como la prioridad de la ley superior, de la posterior o de la especial—, las cuales a la hora de ser aplicadas pueden entrar en contradicción mutua forzando a decidir al intérprete: así, una ley especial puede ser, por ejemplo, anterior a una ley general. La subsunción del caso individual en la norma, por último, requiere tanto de una nueva derivación de implicaciones lógicas referidas esta vez al caso individual como del establecimiento de los hechos sobre los cuales ha de recaer la

regulación jurídica. Tal elucidación de los hechos encierra, a su vez, dos tipos de juicios: por un lado, los juicios empírico formales, como son los juicios de evidencia empíricos, los pragmáticos acerca del sentido de las conductas y las inferencias lógicas requeridas tanto para la emisión de esos juicios como para construir una narración coherente de los hechos, y por otro lado, los juicios normativos. A estos últimos hace referencia el añejo debate acerca de la inextricable presencia de valores en la investigación social, el más reciente sobre la trascendencia de los criterios de estilo que presiden el relato de los hechos que fundamentan las resoluciones judiciales y, más concretamente, las diferentes concepciones jurídicas de la realidad relevante, como son las diferentes teorías penales de la causalidad.<sup>437</sup>

Los ordenamientos, ya sea directamente, o bien a través del peso decisivo atribuido a la jurisprudencia, incorporan algún tipo de regulación de las distintas facetas de la interpretación referidas, y la observación de esta regulación constituye un requisito de validez de los juicios interpretativos y de aplicación. Pero tales normas son objetos de interpretación y aplicación susceptibles de presentar indeterminaciones que no pueden salvarse mediante una sencilla operación autorreferencial. En este sentido, pensemos en las evidentes limitaciones a estos efectos de la casuística o de los pronunciamientos necesariamente indeterminados sobre el contenido material de las operaciones interpretativas, o en las dificultades para interpretar la voluntad auténtica del legislador cuando en una exposición de motivos apela a diversos valores de los que puede derivarse una distinta interpretación de las normas, o en la existencia de narraciones dispares sobre los orígenes históricos de una norma; a lo que debe añadirse la indefinición que resulta de la pluralidad de precedentes o del valor solo relativo de estos.

La apertura a la interpretación será todavía mayor en lo que toca a los preceptos que protegen los valores fundamentales del régimen político, dada la abstracción que necesariamente caracteriza a las normas constitucionales de una sociedad pluralista y democrática, y que tiene que ver con que tales normas deben procurar atraer la adhesión a lo largo del tiempo de la diversidad de creencias existente y no hipotecar excesivamente la capacidad del *demos* de autodeterminarse en cada momento. Con relación a estas normas de derechos fundamentales, la interpretación puede acarrear, junto a las tareas antes referidas, la emisión, incluso, de juicios morales-universales y de juicios de conformidad con la forma de vida particular de los miembros de la comunidad jurídica, cuando se trata de fijar el sentido con-

<sup>437</sup> En la descripción general de los juicios implicados en la interpretación jurídica, he seguido a Nino (1994: cap. 3o.). Acerca de la interpretación de las evidencias de hecho, véase Calvo González (1993).

creto de ciertos pronunciamientos como puede ser el reconocimiento del derecho a la vida, a la intimidad o a la propia imagen.<sup>438</sup> En el contexto del Estado social, los juicios pragmáticos acerca de la realización de las prescripciones contenidas en las normas de derechos fundamentales pueden ser particularmente complejos. Frente a lo acaecido en el Estado liberal, en el Estado social la violencia física deja de entenderse como la única fuente de amenazas para la libertad, para contar también como tales las desigualdades económicas, de consideración social y hasta de capacidad física. Ello implica que la protección jurídico-constitucional de la libertad ya no puede entenderse exclusivamente como delimitación de una esfera libre de la acción de terceros, en especial la esfera libre del agente dotado del monopolio legítimo de la coacción (el Estado). Por el contrario, los derechos fundamentales también van a presentarse como potestades de los ciudadanos para exigir a los poderes públicos el control de fuerzas sociales y desequilibrios naturales, que se oponen a la realización de los fines de las personas; un control al que, por lo demás, las Constituciones obligan a los poderes públicos en diversos sentidos (planificación económica, promoción de la cultura y el deporte, remoción de los obstáculos al libre desarrollo de la personalidad, etcétera) de modo general. Además, esto conduce a dotar a las normas reguladoras de tales derechos de un componente de “principio”:<sup>439</sup> frente a las reglas que incluyen la especificación de las condiciones de su aplicación —condiciones que representan rasgos típicos de situaciones—, los principios se presentan con una pretensión de validez inespecífica, o solo restringidos en cuanto a su ámbito de aplicación por condiciones muy generales y, en todo caso, necesitadas de interpretación. En cuanto se admiten los principios así entendidos como ingredientes “normales” del discurso jurídico, y se admite que cabe una justificación superior de la aplicación de una norma efectuada a la luz de principios, se tornan ficticios tanto el carácter cerrado del sistema jurídico como la irresolubilidad de los conflictos entre reglas.<sup>440</sup>

### 3. *El discurso argumentativo como trama de la interpretación jurídica*

#### A. *El discurso argumentativo como modelo del discurso jurídico*

El panorama recién expuesto nos da razón de en qué medida la realidad de la interpretación y la aplicación del derecho no es aprehendida por

<sup>438</sup> Atienza (1991: 238).

<sup>439</sup> Zagrebelsky (1995: cap. 5o.); Habermas (1998a: 317-326); Estévez Araujo (1994: 109-112).

<sup>440</sup> Habermas (1998a: 278 y 279). La definición de principio jurídico es de Dworkin (1984).

la concepción del derecho como un sistema completo de disposiciones del que puede derivarse la solución de todos los problemas relevantes. Ello particularmente en lo que se refiere a las normas reguladoras de los derechos fundamentales, las cuales son, por cierto, mayormente involucradas en aquellos conflictos sociales relacionados con la tolerancia. Las normas dato y el sistema de fuentes ofrecen criterios para determinar la solución correcta de un problema jurídico. Pero “el valor que debemos otorgar finalmente a esos preceptos viene dado por la fuerza de convicción de una argumentación que incluye consideraciones normativas de carácter jurídico y otras de índole más general”.

La propia estructura de la práctica forense se hace eco de la dependencia que la interpretación y la aplicación del derecho mantienen respecto del discurso argumentativo. Las opciones ofrecidas a cada una de las partes para proponer la interpretación más adecuada al caso, la necesidad de justificar las resoluciones administrativas y judiciales, y las posibilidades de recurso y revisión de estas, tienen el sentido de evitar la arbitrariedad de las decisiones judiciales, al vincularlas a la justificación argumentada más correcta disponible. Lo mismo ocurre con la pauta de legitimidad de la interpretación y la aplicación pública del derecho: aun cuando la legitimidad de las decisiones administrativas, judiciales y del tribunal constitucional provenga en parte de un factor “inmediatamente” decisionista, que hace buena la decisión en la medida en que proviene de la autoridad competente,<sup>441</sup> los factores de verdad fáctica y adecuación interpretativa presiden el discurso modélico de aplicación.

Así pues, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas aparecen ligadas a un proceso de comunicación entre los operadores jurídicos, que “en el contexto de un juego de lenguaje definido por el derecho positivo” se encamina idealmente al establecimiento de proposiciones normativas con arreglo a la fuerza del mejor argumento. Puesto que la validez de un discurso interpretativo o de aplicación de las normas jurídicas supone que tal discurso esté en consonancia con los contenidos materiales y procedimentales dispuestos por aquellas, la racionalidad en conjunto de este discurso dependerá en buena medida de la que quepa predicar del tramo de derecho positivo interpretado o aplicado. Normalmente se parte de la presunción de validez de las normas que deben interpretarse o aplicarse, tanto materiales como de procedimiento. De manera que lo que con más frecuencia resulta problemá-

<sup>441</sup> Decimos “inmediatamente”, porque la potestad jurídica decisoria de los referidos órganos públicos también está sancionada por el procedimiento democrático, mediante el cual han sido designados quienes ocupan tales cargos y/o las normas reguladoras de su designación, al igual que por la validez de tales procedimientos y normas.

tico, además de ser objeto de discusión, es la descripción del estado de cosas existente, o la posibilidad o alcance de la aplicabilidad de las normas a ese estado de cosas, o bien ambas cuestiones.

Así, como norma general, el juego argumentativo a resolver mediante la fuerza del mejor razonamiento no abarca la elucidación de juicios relativos a la conformidad con normas morales universalizables, la concordancia con los valores comunitarios o la adecuación pragmática, que son propios del discurso político.<sup>442</sup> Esta regla general se exceptúa, sin embargo, cuando el derecho reenvía a convenciones sociales para ser interpretado o aplicado en aquellos supuestos de interpretación jurídica desarrollada en el contexto de la producción normativa o la jurisprudencia constitucional. En estas últimas circunstancias, el intérprete del derecho puede tener que formular un juicio moral-universal y/o ético-particular,<sup>443</sup> además de pragmático, para dotar de sentido concreto a una norma que reconoce genéricamente un derecho fundamental, ya sea con fines de desarrollo legislativo, o bien con objeto de controlar tal desarrollo. Cabe decir que el valor del discurso interpretativo mismo estará también en función de la corrección de tales juicios.

### *B. Objeciones a una concepción dialógica del discurso interpretativo y de aplicación de las normas jurídicas*

El presentar la interpretación y la aplicación jurídicas como un fenómeno regido por la lógica del diálogo ha de hacer frente a, al menos, tres objeciones.

En primer lugar, la estructura del derecho moderno es la de un cuerpo de normas que no se justifica por cumplir con una religión, tradición, visión del bien o filosofía comprensiva, y a la que, por ello, resulta indiferente el fuero interno de las personas. Esto conlleva a que los ciudadanos dispongan de libertad de arbitrio en tanto no infrinjan los preceptos jurídicos, lo cual incluye la posibilidad de relacionarse con aquellos estratégicamente; sin embargo, la interpretación y la aplicación del derecho que producen las instituciones públicas es del todo ajena a esta aproximación estratégica, salvo perversiones para las que el ordenamiento debe prever una respuesta correctora. Además, el referente de toda interpretación del derecho es esta actividad pública identificada con la mejor argumentación jurídica, que corresponde producir a las autoridades, en particular a los tribunales de justicia, como muestra del valor reconocido a la jurisprudencia por la práctica

<sup>442</sup> Habermas (1998a: 305-307; 172 y ss.).

<sup>443</sup> Sobre el concepto de lo ético, por contraposición a lo moral-universal, véase *supra* cap. II, nota 372.

forense. Tal cosa supone que un discurso interpretativo que no implique de algún modo un juicio imparcial desde el punto de vista de la autoridad pública carecerá de valor, pues no podrá ser aceptado por la autoridad pública encargada de asignar el derecho.<sup>444</sup>

En segundo lugar, hay que considerar aquellas prácticas (como la producción de normas y la resolución de conflictos a través de la negociación o mediación) en las que se reconoce públicamente el juego estratégico en las tareas de interpretación y de aplicación del derecho. Tal reconocimiento público lo es también jurídico en lo que toca a las organizaciones de intereses que, por ejemplo, concretan las condiciones laborales en un convenio colectivo. Respecto a la actividad de los partidos políticos, la legitimidad franca o simple tolerancia de la acción estratégica es una cuestión ligada a la concepción que se tenga de la democracia: una teoría elitista o modelo pluralista-competitivo de esta asumirá como incuestionable la dimensión estratégica, mientras que una visión republicana o dialógica solo admitirá como legítima la racionalidad estratégica en el marco de la prioridad de mecanismos que la orienten al logro del bien común o al consenso racional, respectivamente. Desde este último punto de vista racional-consensual de la legitimidad democrática, la aceptabilidad de la interpretación o la aplicación negociada del derecho viene dada por la equitativa situación de la que (no solo jurídica, sino también políticamente) se provee a quienes participan en las negociaciones. Pero, en todo caso, la validez de las operaciones jurídicas derivada de la comunicación estratégica estará sujeta a que el acuerdo fáctico, tanto acerca de la descripción de los hechos como acerca de las normas pertinentes, sea admisible desde el punto de vista de un juez, que vela imparcialmente por la integridad del ordenamiento, lo cual supone que ni la negociación ni la mediación dirigidas a concertar algún tipo de regulación jurídica pueden zafarse de la interpretación y la aplicación conforme con lo que resultaría de una comunicación regida por la regla del mejor argumento y orientada a determinar la interpretación del derecho adecuada a un caso, en el contexto de un juego de un lenguaje definido por el derecho positivo.

Por último, a partir de una comprensión de los principios jurídicos como generadores de “criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas”, y de la importancia de estos en el derecho contemporáneo, se ha postulado la obsolescencia de seguir vinculando el razonamiento jurídico con el horizonte de una sola respuesta del ordenamiento para cada caso. La justificación de este planteamiento se apoya básicamente, por un lado, en la hegemonía de la que goza la Constitución

<sup>444</sup> Alexy (1983).

en la estructura jurídica de los Estados del bienestar; y por otro, en la configuración de tal Constitución en las sociedades pluralistas: esta se presenta en la forma de un “compromiso de posibilidades”, más que de “un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política”. Lo inestable de las relaciones entre actores políticos identificados con diversos intereses, valores o comprensiones de estos tendría su correlato en la variabilidad del significado de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico. En este sentido, el contenido de tales principios y las relaciones entre estos puede que sean esbozados por las declaraciones constitucionales, pero su alcance concreto cambiaría según la evolución de las ideas y los equilibrios alcanzados.

Según esta tesis mantenida por Zagrebelsky, quien concibe al derecho en la sociedad democrático-liberal contemporánea como dúctil, salvo excepciones, los principios jurídicos básicos no se hallarían ordenados jerárquicamente: otra cosa sería incompatible con la constitución material pluralista de las sociedades contemporáneas. Resultaría ilusorio pensar en una síntesis conceptual que fijara “de una vez por todas las relaciones entre las partes, degradándolas a simples elementos constitutivos de una realidad conceptual que las englobe con absoluta fijeza”.<sup>445</sup> Las circunstancias actuales exigirían, más que una ciencia del derecho construida según demostraciones *more geométrico* a imagen y semejanza de las disciplinas lógico-formales, la práctica de la *Jurisprudencia*; es decir, de “un conocimiento racional material del derecho orientado a los contenidos, y presidida por el criterio de lo más a lo menos oportuno, de lo menos a lo más adecuado y productivo”; un conocimiento que tenga como presupuesto que no quepa pensar en una ponderación de los principios perfectamente formalizada.

La identificación de los principios jurídicos con valores, que practican los tribunales constitucionales alemán o español, pertenecería a ese enfoque del derecho como *Jurisprudencia*, pues supone reconocer a tales principios la disponibilidad para ser ponderados a fin de conciliarlos. Por ello, según Zagrebelsky, la virtualidad para ser relativizados es lo que convierte a los principios en herramientas de integración social especialmente adecuadas para una época de pluralismo; esto es, para una época en la cual el horizonte de la supervivencia del mundo debe primar sobre el de la realización de los propios proyectos. La razonabilidad, el espíritu de “adaptación” en orden a evitar conflictos adoptando soluciones que satisfagan lo más posible a todos, sería el criterio rector de la mencionada *Jurisprudencia*, lo cual implica que una actitud abierta a la composición y al arreglo debe ser considerada como

<sup>445</sup> Zagrebelsky (1995: 10, 15-18 y 122-126).



el elemento fundamental de la interpretación y de la aplicación jurídicas.<sup>446</sup> Esta actitud ensalzada por Zagrebelsky bien podría denominarse tolerancia.

En esta posición del derecho dúctil referida pueden distinguirse dos argumentos: uno es el relativo a la aptitud del pluralismo filosófico como ideal regulativo de nuestras relaciones jurídicas y políticas, el cual ya ha sido discutido y habrá de serlo más posteriormente,<sup>447</sup> y otro es el que postula tratar a los principios jurídicos como valores, de manera que su significado no se haga depender de la práctica de argumentar orientada a la determinación de la respuesta válida. Acerca de esto último, Habermas parece ir más lejos aún que Zagrebelsky; dice aquel que al pretender los valores una preferibilidad particular y no la universal de las reglas, el proceso de posponer unos valores a otros “se efectúa, bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado”, pero, en cualquier caso, escapando “a todo rigor conceptual y lógico”. Por ello, en caso de una colisión entre normas la tarea consistiría en “hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda *mejor* a la situación de aplicación”, de manera que pudiera establecerse entre la norma que venga al caso y las que quedan en segundo plano “una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en conjunto”.<sup>448</sup>

La definición de Habermas de la labor pertinente en caso de conflicto de normas es, desde luego, correcta; pero en absoluto acredita la supuesta contraposición entre normas y valores que él mismo postula, más bien lo contrario. Con su estipulación del proceder en caso de conflicto, Habermas vincula el objetivo de establecer la norma que venga al caso con la tarea de hallar no simplemente la norma adecuada, sino la mejor, la más adecuada, algo que eventualmente implica la ponderación de valores. En este sentido, la supuesta oposición entre normas y valores, de la cual se derivaría la ineptitud de los valores como referentes de la interpretación jurídica, es difícil de sostener cuando consideramos lo siguiente: toda norma implica una obligación (*ob-ligare*, una ligazón con lo externo), esta obligación un deber, un débito de acción, y este deber una falta de acciones debidas, la extrema escasez de las cuales, hasta el punto de la ausencia, convierte en valiosas.<sup>449</sup> Tal valor puede circunscribirse a las opiniones de ciertos grupos particulares —a la concep-

<sup>446</sup> *Ibidem*: 15-18, 122-126 y 147.

<sup>447</sup> Véase *infra* § II, 5, y las referencias que allí se indican.

<sup>448</sup> Habermas (1998a: 332 y 333). El énfasis es mío. La crítica de Habermas a la práctica por el Tribunal Constitucional alemán de la jurisprudencia de valores se halla en *ibidem*: 326 y ss.

<sup>449</sup> Aranguren (1990: 234 y ss.).



ción que una comunidad tenga del significado de “protección del medio ambiente”, por ejemplo—, pero también puede presentarse como objeto de acuerdo universal—como sería el valor de la sustentabilidad ecológica u otros valores abstractos, como la justicia o la libertad—. En este último caso, los valores aspiran a un estatuto epistemológico semejante al de los hechos.

Lo anterior nos revela cómo los valores tornan inteligible la demanda de acción en que las normas prescriptivas de obligaciones y deberes consisten. No podría ser de otra forma, pues la justificación argumental, en términos generales, se realiza sobre la base de unos valores, siendo parte fundamental del sentido de una proposición el valor que entraña.<sup>450</sup> Todo ello conlleva a que acudir a la ponderación de valores para esclarecer el alcance de una norma obligatoria que concurre con otra u otras a regular un supuesto de hecho sea correcto, y de ningún modo extraño al entendimiento racional. El que se emprenda o no la ponderación es ya una cuestión a dirimir con arreglo al principio filosófico de economía, de forma que la necesidad de realizar juicios pragmáticos de ese nivel de abstracción dependerá de que, con otras operaciones más sencillas y menos especulativas, no sea posible resolver el conflicto de normas de que se trate.

En el contexto de la elucidación del significado que una comunidad jurídica particular otorga a disposiciones emanadas de ella, el papel correspondiente a la reflexión moral en torno a valores universales será el modesto, pero llegado el punto fundamental de determinar límites semánticos irrebables del sentido de las normas; sin embargo, sí hay un tipo de reflexión axiológica que por excelencia se presenta vinculado a la interpretación jurídica, esta es la elucidación de las compresiones éticas particulares de ciertos valores por tal comunidad. Aunque, claro está, tratándose de interpretación del derecho, los valores a considerar con prioridad son los plasmados jurídicamente; por ejemplo, en principios jurídicos, exposiciones de motivos, la lectura sistemática del ordenamiento, los antecedentes jurisprudenciales, etcétera. Esta delimitación del universo del discurso relativo a los valores, al igual que del discurso científico o hermenéutico, “no resta racionalidad a la empresa de interpretar y aplicar el derecho: solo delimita su ámbito, condicionado por el derecho vigente”.

#### *4. La tolerancia como presupuesto del entendimiento práctico-jurídico*

El derecho regula el proceso de comunicación entre los operadores jurídicos tendente a interpretar y aplicar el ordenamiento por las instituciones

<sup>450</sup> Perelman (1989: 131-135).

públicas. Las garantías procedimentales procuran asegurar tanto la simetría entre las partes en los procesos como la libertad y la imparcialidad de las autoridades encargadas de dirimir los conflictos adjudicando una respuesta jurídica. Ello, junto con la obligación de los tribunales de conocer el derecho vigente y su potestad de controlar la admisión de las pruebas y practicarlas de oficio, busca limitar el impacto de la orientación estratégica de las partes en el proceso, de forma que pueda llegarse a recopilar la información necesaria para reconstruir y enjuiciar los hechos adecuadamente.<sup>451</sup>

A favor de la protección jurídica de los intereses públicos y como expresión del autogobierno en el ámbito jurídico, se permite cooperar en la interpretación y la aplicación del derecho a ciudadanos en cuanto tales, ya sea través de sus representantes políticos (así el recurso de inconstitucionalidad), o bien directamente (caso del jurado, los trámites de inspección pública o la acusación popular, por ejemplo). Pero por bueno que sea el mecanismo establecido para la selección de los miembros del jurado, no puede garantizarse que los prejuicios no hagan acto de presencia a la hora de interpretar los hechos que les son sometidos. Igualmente, ni el sistema procesal de los recursos ni el correccional de las sanciones pueden impedir que el apego de un juez por la doctrina que particularmente mantiene, o por la dominante, interfieran en la posibilidad de que el derecho se interprete y aplique conforme a la fuerza del mejor argumento. Este tipo de contingencias afectan de manera más importante —porque hablamos de más personas y de controles menos rigurosos implicados— a la interpretación y a la aplicación de las normas jurídicas asociadas al funcionamiento cotidiano de la administración (pensemos en la gran cantidad de supuestos del ejercicio de la potestad discrecional de esta).

En resumidas cuentas, como una manifestación más del viejo problema de la vigilancia de los custodios, nos encontramos con que el derecho no puede procurar por sí mismo el tipo de comunicación que requiere para su interpretación y su aplicación. El dominio de la arbitrariedad también depende de la disposición de los operadores jurídicos para sobreponerse al rechazo que pueda causarles cualquier desafío a las propias ideas o intereses y para comprender los puntos de vista ajenos. En esta disposición dianoética se ha llegado a entender actualmente que también consiste la tolerancia, según se expuso en el capítulo anterior.<sup>452</sup>

Según se ha indicado, en el contexto de la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas, los modos y los términos de la comunicación se encuentran circunscritos por el derecho positivo. La racionalidad del tramo de

<sup>451</sup> Habermas (1998a: 307-309).

<sup>452</sup> Véase *supra* cap. II § I, 3, B y D.

derecho interpretado está normalmente fuera de discusión, de manera que solo han de afrontarse tres tipos de asuntos: la descripción del estado de cosas existente; la posibilidad o alcance de la aplicabilidad de las normas a ese estado de cosas, o ambas cuestiones a un tiempo. Sobre estos tres temas versan las pretensiones de verdad o corrección que componen los discursos jurídicos interpretativos y de aplicación, y a ellos se circunscribe el juego argumentativo a resolver mediante la fuerza del mejor argumento. Puesto que lo que está en juego es la activación del poder público coercitivo, a la hora de aplicar el derecho o de interpretarlo para su ejecución pública es razonable que la responsabilidad de conocer las posiciones ajenas no se haga depender simplemente de las motivaciones de ciudadanos y de autoridades: la preservación del derecho como vehículo de vertebración social y autogobierno exige proteger su integridad y su eficacia, por lo cual las exigencias de moralidad se trasladan, de entrada, a la regulación de la actividad interpretativa pública, la organización de los procedimientos de aplicación y, en última instancia, a la legítima imposición coercitiva de las normas.

Pero las cautelas referidas no aseguran un completo control sobre el fuero interno, ámbito final de la adopción de decisiones. Por eso, las garantías procesales y, en general, que se asegure la apertura de la interpretación y la aplicación del derecho a todos los interesados no pueden sustituir la tolerancia conforme a lo dicho; aun menos sustituible es la tolerancia cuando la interpretación jurídica se desenvuelve en las fronteras de lo político: procedimientos como las mayorías cualificadas (que promueven jurídicamente el pluralismo ideológico) tienen un alcance muy limitado.

En los supuestos de control constitucional de las normas se llegan a hacer precisos, incluso, juicios morales o relativos al significado auténtico de los valores particulares compartidos por la comunidad jurídica. Lo mismo ocurre con aquellos discursos jurídicos para cuya elaboración el intérprete cuenta con una amplísima discrecionalidad; por ejemplo, los que desarrollan las disposiciones constitucionales relativas a la competencia del Estado y los derechos fundamentales. Todos estos son asuntos en los que las concepciones existenciales, personales o de grupo se encuentran comprometidas especialmente. Además, ello requerirá una disposición más fuerte hacia la tolerancia que la normalmente necesaria para emitir los juicios constatativos de las prescripciones incorporadas en las normas, elegir los criterios relevantes para su interpretación, o asignar el sentido semántico, gramatical y pragmático a su enunciado. Hablo de tolerancia y me refiero a la de los operadores jurídicos implicados, en particular a la de los operadores públicos. Aunque el contexto intelectual y de autoridad provisto por la instituciones educativas, judiciales y hasta mediáticas condicionan la actividad de los intérpretes singulares ante un caso dado, ligar la validez de la interpretación y la aplicación

del derecho a la fuerza del mejor argumento conlleva, en estos asuntos más que en cualesquier otros, hacerlo también con la tolerancia.

Podría decirse que apelar aquí a la actividad legislativa como espacio de interpretación jurídica es muy forzado. No lo han visto así, sin embargo, los filósofos del derecho, quienes han echado en falta que no se considere normalmente la fase legislativa, incluso la prelegislativa, por parte de las teorías de la argumentación jurídica, cuando la validez de las propuestas legislativas también depende de su coherencia con el resto del ordenamiento, y ahí están los recursos de inconstitucionalidad o los conflictos de competencia para demostrarlo.<sup>453</sup>

Por otra parte, la improcedencia de la tolerancia en un Estado de derecho se afirma sobre la base de que la igualdad de los ciudadanos se encuentra reconocida y protegida por diversos derechos subjetivos, que la vinculan al pluralismo. Pero la concreción de estos derechos depende sobremanera de la tolerancia, según se ha expuesto: una tolerancia que debe manifestarse, antes que en ningún otro foro jurídico, en el de la representación más fiel de la soberanía popular que se encuentra en el parlamento; en su defecto, por parte de una representación, teóricamente técnica, de segundo grado, de tal soberanía popular como es la de la jurisprudencia constitucional.<sup>454</sup>

##### 5. *Dos modelos de tolerancia dianoética y su proyección sobre la interpretación y aplicación del derecho*

Líneas arriba se expuso una posición acerca del carácter del derecho contemporáneo, que implicaba una cierta justificación de la tolerancia.<sup>455</sup> Tal justificación hacía radicar la tolerancia en el pluralismo de valores, en el hecho de que existe una pluralidad de valores, algunos de ellos irreconciliables entre sí. Este pluralismo tendría que ver con que las necesidades humanas implican demandas en conflicto y, por ello, solo podrían ser satisfechas en formas de vida a menudo incompatibles, por un lado, que, al igual que las concepciones del bien rivales, se hallan vinculadas bien a matrices éticas diversas, y por otro, a diferentes comprensiones del significado de unos mismos valores. Esto último sería lo propio de las sociedades liberales caracterizadas por un consenso axiológico muy superficial, pero moralmente pluralistas en lo fundamental.<sup>456</sup>

<sup>453</sup> Atienza (1991: 237 y 238).

<sup>454</sup> Sobre cómo la efectividad de los derechos depende de la tolerancia, véase *infra* § III, 3.

<sup>455</sup> Véase *supra* § II, 3, B (tercera objeción).

<sup>456</sup> Sobre el pluralismo filosófico como justificación de la tolerancia, según John Gray, véase *supra* cap. I § I, 2, E —para una exposición más general—, e *infra* cap. V y cap. VIII § V, 3, A —para más detalles y evaluación—.

Según lo expuesto, en esta situación de irreductibilidad de los valores a uno o unos pocos comunes, solo la tolerancia haría posible la cooperación social por medio del derecho, una tolerancia entendida como composición y arreglo, como ajuste prudencial o estratégico de puntos de vista no susceptibles de síntesis en otro u otros más abarcentes. La estructura dúctil del derecho, la preponderancia de los principios jurídicos que configura el ordenamiento como estructuralmente abierto a la evolución de las ideas y de los compromisos, ofrecería un amplio espacio para esta tolerancia. La interpretación y la aplicación del derecho dependerían de esta disposición antes que de cualquier otra.

Sin embargo, la consistencia del pluralismo filosófico, no menos que una justificación de la tolerancia sobre bases pluralistas, es muy discutible. En cuanto a lo primero, la radical e irreductible diversidad de concepciones de la vida buena, que el pluralismo adopta como presupuesto, pasa por alto la capacidad de integración social que ha demostrado el ideario liberal democrático en las sociedades modernas. Ciertamente, la vigencia del liberalismo no supone el final de los conflictos políticos; pero la aceptación del ideario liberal democrático constituye una especie de *lingua franca*, a través de la cual puede lograrse un acuerdo sobre las cuestiones disputadas, un acuerdo que no solo se entienda como una componenda por los afectados, sino como parte de un orden social obligatorio por legítimo, incluso cuando algunos de los partícipes de tal acuerdo no hayan visto satisfechas sus pretensiones.

Por otra parte, aun cuando raramente el entendimiento se logre solo por la fuerza de las razones, y sea preciso acudir a la negociación o a la regla de la mayoría, lo importante es que exista un amplio reconocimiento público de que el sistema político, en general, puede garantizar que las reglas de la negociación o las posiciones ante la votación sean lo bastante equitativas. Aunque la misma noción de equidad no quepa definirla de modo incontrovertible en una sociedad pluralista, esto no quita para que en algún sentido crucial sí se halle determinada; por ejemplo, el del reconocimiento de iguales derechos políticos.

Además, para discriminar entre formas de vida que “merecen la pena vivirse” y otras que no, y evitar así que el *modus vivendi* postulado por el pluralismo dé lugar a un régimen cruel, se necesita entrar en un discurso que termine por implicar algo parecido a la evaluación de las relaciones sociales a la luz de lo aceptable por todos. Berlin o Gray pretenden que un concepto como el de “daño sistemático a los intereses humanos de los que depende cualquier tipo de vida *que merezca la pena vivirse*” es lo suficientemente unívoco

co como para no dar lugar a un debate filosófico; pero esto parece, cuando menos, discutible.<sup>457</sup>

En lo que toca a la justificación de la tolerancia a partir del pluralismo, es dudoso que la primera arraigue en una sociedad que responda a la descripción que el segundo hace de ella; esto es, donde las personas mantienen esquemas de valor divergentes, carentes de relación jerárquica y hasta mutuamente ofensivos. Si no hay valores comprensivos del resto, tampoco hay razón para que los partícipes de los distintos sistemas normativos subordinen sus convicciones con vistas a lograr objetivos comunes. Si ningún valor merece más consideración que otro, ¿por qué es mejor tolerar que dejar de hacerlo? Puede responderse que “para evitar la crueldad o la destrucción mutua, o para hacer posible la propia forma de vida y otras que merezcan la pena vivirse”. Pero esto implica la capacidad de relativizar el valor de la propia forma de vida a favor de un supervalor, de modo que el integrismo violento no parece estar dispuesto a hacer, por ejemplo. Esto nos devuelve a lo planteado en el párrafo anterior: ¿qué sentido exacto debemos dar al valor de evitar la crueldad, la destrucción mutua, o hacer posible la propia forma de vida y otras? ¿Hasta dónde debe llegar el minimalismo a la hora de definir estos valores, de modo que el pluralismo no se vea pervertido? Pienso que la respuesta a estas cuestiones remite a otro paradigma normativo, y ese es el dialógico, entendido conforme se defendió en el capítulo anterior.<sup>458</sup>

Con arreglo a una concepción de la interpretación y la aplicación del derecho en democracia como un entramado de discursos argumentativos, el espacio para la tolerancia también es notable, según se ha expuesto. Aunque una concepción del discurso jurídico lo considere un caso especial del discurso práctico, no puede contemplar tanta ductilidad para el derecho como la que le atribuyen quienes ven en aquel solo la expresión de un *modus vivendi* entre partícipes de formas de vida irreconciliables. Según se ha manifestado líneas arriba, la especialidad del discurso jurídico tiene mucho que ver con la necesidad de preservar la coherencia, en particular el componente determinante de esta coherencia que es la jerarquía normativa. Tal especialidad no afecta, sin embargo, a la relevancia de la tolerancia en la interpretación y la aplicación del derecho, más bien al contrario, ya que, conforme a lo expuesto, la realización de la coherencia y la jerarquía normativas mediante la interpretación y la aplicación del derecho requieren, además de ciertas

<sup>457</sup> Esta reflexión crítica del pluralismo se desarrolla más extensamente en *infra* cap. VIII § V, 3, A. Otras consideraciones críticas del pluralismo pueden hallarse en *infra* cap. V § II, 2.

<sup>458</sup> Una crítica al pluralismo en el mismo sentido, pero más extensa, se ofrece en *infra* cap. V § II, 3. En cuanto a la justificación dialógica de la tolerancia, lo que se refiere a continuación da por sentada la lectura de *supra* cap. II § I, 2, D.

garantías de procedimiento, de un sobreponerse a los prejuicios que eventualmente puedan oponérseles, un sobreponerse que bien cabe denominar “tolerancia”, y que se manifiesta particularmente cuando la interpretación jurídica conlleva la emisión de juicios morales o *éticos*.

El reconocimiento de un espacio para la tolerancia en el ámbito jurídico no resulta en absoluto problemático para quienes conciben la tolerancia como un principio de legitimidad o, más extensamente, como cualquier fórmula que permita combinar diferencia y coexistencia.<sup>459</sup> Entendida la tolerancia como principio que excluye que los fines del poder político vengan dados por convicciones *éticas* o religiosas particulares, el sistema liberal de derechos subjetivos debe considerarse una expresión de la tolerancia, y el Estado de derecho estaría regido por el principio de tolerancia. De hecho, ya se comentó en el capítulo anterior cómo la teoría constitucional estadounidense manejaba como sinónimos los términos “libertades”, “derechos” o “tolerancia” de pensamiento, expresión y acción. Además, en lo referente a la interpretación y la aplicación del derecho, el principio de tolerancia vendría a ser equivalente al principio *in dubio pro libertatis*.

Igualmente, el principio *in dubio pro libertatis* podría constituir una expresión jurídica de la tolerancia, entendida como cualquier fórmula que permita la coexistencia en una situación de diversidad social. Pero, además, otros principios tocantes a la interpretación y a la aplicación del derecho reflejarían la tolerancia, según este concepto de ella; por ejemplo, los principios regulativos de las competencias dentro de los Estados federales, como el principio de subsidiariedad. Eso sí, cada régimen de tolerancia tendría sus propios principios en este sentido, y estos podrían ser muy diferentes dependiendo del régimen. Conforme a lo indicado en el capítulo segundo, no considero especialmente adecuado este concepto tan amplio de tolerancia. Por lo demás, todo el debate acerca del lugar de la tolerancia en el Estado de derecho se centra en el concepto de tolerancia entendida como virtud.

### III. INDETERMINACIÓN JURÍDICA Y DEMOCRACIA; RESPONSABILIDAD Y TOLERANCIA

#### 1. *Los desacuerdos razonables como el ámbito jurídico propio de la tolerancia*

Frente a la defensa del lugar de la tolerancia en el ámbito jurídico que se ha planteado, cabría objetar el disvalor público de las actitudes despectivas finalmente superadas por la disposición a la tolerancia. Que un juez no preste la atención suficiente a los argumentos presentados por las partes o

<sup>459</sup> Véase *supra* cap. II § I, 3 y 4.



que no se ocupe bastante de conocer la doctrina que no sea de su agrado son actitudes reprobadas por el derecho, pues este exige imparcialidad y motivación de las resoluciones, y ello se entiende orientado a una interpretación correcta de las normas. De esta forma, la disposición a la tolerancia cognitiva de los operadores jurídicos estaría presupuesta por el derecho, de la misma forma que se les presume a aquellos las facultades de aprehender la realidad física e intencional, o de razonar normalmente. Por expresarlo en términos cercanos a Rawls, la disposición a la tolerancia de los operadores jurídicos formaría parte de la personalidad cívica (no psicológica) que el derecho de una sociedad liberal democrática atribuye a la generalidad de los ciudadanos y, en particular, a los encargados públicos de interpretar y aplicar las normas. En este sentido, a una persona, en tanto que miembro normal de una comunidad jurídica liberal democrática, se le entiende dotada de ciertas capacidades y cierta sensibilidad moral, que además incluye la tolerancia.<sup>460</sup> En el caso de un operador jurídico público, las expectativas son aún más exigentes en lo que toca no solo al conocimiento del derecho, sino también en cuanto a la prestancia a sobreponerse a las concepciones particulares de cada cual, de modo que las normas sean aplicadas con arreglo a lo que la comunidad jurídica de referencia considera razonable.

La idea anterior se ve avalada por la tesis de John Horton, de que haber superado prejuicios irrazonables es parte de lo que significa ser tolerante. Según esta tesis, poseer la virtud de la tolerancia presupone que normalmente no se adoptan juicios reprobatorios que no están en consonancia con los valores que imperan en una sociedad dada, y la tolerancia solo se manifiesta cuando a lo que se hace frente es a una intolerancia previa razonable, según esos mismos valores.<sup>461</sup> Solo que si aceptamos lo sostenido por De Lucas, tal manifestación de tolerancia “no podría producirse legítimamente en un contexto donde los juicios particulares de los operadores jurídicos acerca de las conductas y los valores protegidos por el derecho carecen de relevancia pública”.<sup>462</sup>

La posición de De Lucas —insistiré en lo ya dicho— estaría justificada en la medida en que pudiéramos concebir al derecho como un conjunto de proposiciones unívocas, mas no es siempre el caso. Verdaderamente, en todos los ámbitos jurídicos existen interpretaciones prácticamente unánimes del significado de muchos preceptos y otros que no se prestan a demasiada discusión. Podemos hablar, de hecho, de un núcleo jurídico cierto de los esta-

<sup>460</sup> Sobre esto, véase *infra* cap. VIII § I, 2 y 5; II, 2; III, 3, C.

<sup>461</sup> Véase *supra* cap. II § II, 2.

<sup>462</sup> Una excepción a este planteamiento general que admite De Lucas serían los casos de desobediencia civil, que después analizaré someramente.



tutos de ciudadanía de los países democráticos. En este sentido, hay aspectos nítidamente amparados e indiscutiblemente prohibidos por tales estatutos jurídicos. Pero también ocurre que los temas hoy más controvertidos, y respecto de los cuales se demanda habitualmente tolerancia —como los conflictos interculturales—, dan lugar a menudo a interpretaciones encontradas de las normas sobre derechos fundamentales. Esto lo hacen de modo que se generan desacuerdos que caben entenderlos como razonables entre los profesionales del derecho y los ciudadanos bien informados al respecto.

Aun cuando sea presupuesto del discurso jurídico que exista una única solución válida para cada caso, no es extraño que en la práctica resulte aceptable más de una respuesta jurídica para un mismo asunto. La consecuencia de que existan esas diversas respuestas aceptables es que una persona no deja de ser considerada un operador jurídico competente por el hecho de mantener una posición distinta a la mayoritaria. Esto es algo que evidencian claramente tanto la institución de los votos particulares de las sentencias como la diversidad de doctrina, que no es extraño encontrar sobre supuestos prácticamente iguales. Pues bien, entre estos planteamientos interpretativos que son apreciados como desacuerdos razonables, sí que la persona o la autoridad encargada de interpretar el derecho puede optar sin contravenir la normativa vigente. Aquí cabe que el operador jurídico cuestione razonablemente la protección brindada por el derecho a algunas conductas o la interpretación de algunos principios jurídicos.

Este ámbito jurídico de lo razonablemente objetable es cambiante según el momento y las comunidades de derecho. Pensemos, por ejemplo, en el reconocimiento de derechos privados y protecciones públicas a las parejas homosexuales. Esta cuestión era incierta en España antes de la ley que reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al amparo de leyes de algunos gobiernos autónomos se llegaba a reconocer, incluso, la adopción conjunta o del hijo de la pareja, y alguna normativa estatal ofrecía garantías análogas a las de los matrimonios sobre materias específicas, como arrendamientos urbanos o víctimas del terrorismo. Pero la situación era distinta en otros lugares del país. Además, podía hallarse jurisprudencia que había asimilado la situación de algunas parejas homosexuales a la de los matrimonios en materia civil y hasta de seguridad social, junto con otra que había negado tal paridad. Tras aprobarse en 2005 la ley que reconocía el matrimonio entre personas del mismo sexo, sus detractores cuestionaron la coherencia de la norma con el resto del ordenamiento y recurrieron ante el tribunal constitucional. La admisión a trámite de tal recurso puede considerarse un indicio de la razonabilidad de los desacuerdos en torno a la constitucionalidad de la referida ley; sin embargo, una vez reconocida por una mayoría considerable

la constitucionalidad de la norma por parte del Alto Tribunal (2012), queda allanado el camino para que el matrimonio homosexual adquiera naturaleza de cierto en términos legales. Ahora bien, para que eso ocurra será preciso que políticamente no se decida alterar el régimen matrimonial para las parejas del mismo género, dando lugar a una previsible nueva pugna en el ámbito jurídico sobre el derecho de los homosexuales a casarse. Que una institución resulte razonablemente objetable en términos jurídicos es indicativo de la falta de consenso social y político acerca de su persistencia, y viceversa.

En el caso citado, las reflexiones en torno al cual pueden extrapolarse a lo ocurrido en México a partir del 2009 o más recientemente en Francia, las discrepancias en torno a lo dispuesto por el ordenamiento no pueden explicarse solo como una consecuencia del error o la maldad, sino que se trata de discrepancias razonables, en el sentido antes mencionado.<sup>463</sup> Por ello, admitir que una conducta está amparada jurídicamente conllevará un ejercicio de tolerancia, si este juicio va en contra de las convicciones que una persona tiene acerca de cómo se debería regular un cierto asunto. Es también lo que ocurriría si una autoridad judicial acepta como buenas las argumentaciones aportadas por un grupo antidemocrático, cuyos objetivos no comparte en absoluto, porque las considera jurídicamente las más correctas, aunque fuera consciente de que podría haberse amparado en el derecho para justificar una decisión más conforme con sus propias convicciones;<sup>464</sup> sin embargo, la mayor trascendencia de contemplar un espacio para la tolerancia en el ámbito jurídico debe buscarse en lo que esto viene a negar: que es posible solventar los conflictos más agudos de las sociedades contemporáneas mediante la respuesta jurídica adecuada, que espera para ser descubierta por los expertos en derecho. Esta creencia no sería correcta, según lo dicho; por tanto, la inflación de lo jurídico, que se conoce como “judicialización de la política”, carecería de soporte normativo. De este asunto trata el siguiente apartado.

## 2. La tolerancia y el derecho a la diferencia

Las anteriores reflexiones pueden resultar útiles para establecer pautas normativas con las cuales afrontar lo que también De Lucas considera como

<sup>463</sup> El lector habrá advertido que el concepto de lo razonable que se maneja se inspira claramente en el liberalismo político de John Rawls. La cuestión del lugar de la tolerancia en el Estado de derecho, desde el punto de vista de este liberalismo político, se trata en *infra* cap. VIII § II, especialmente el apartado núm. 4. Allí se vuelve a emplear, para el análisis de la obra rawlsiana, el aparato conceptual que se desarrolla en este capítulo, y el lector podrá apreciar si se ve revalidado o no.

<sup>464</sup> Ejemplos de esto los tenemos en las actuaciones de los miembros del tribunal constitucional en relación con posiciones jurídicas sostenidas por partidos o movimientos filioctarras.

los desafíos más significativos de la tolerancia actualmente: las cuestiones relacionadas con la identidad de un grupo social.<sup>465</sup> Como para Galeotti, para De Lucas “las demandas de aceptación pública de las diferencias” son características de ciertos grupos —tardíamente llegados a la sociedad o que han sufrido opresión, ignorancia o discriminación—, las que dan lugar a los más genuinos desafíos contemporáneos para la convivencia. Según se vio, estos desafíos suponen el desbordamiento de la articulación liberal de las discrepancias entre diferentes concepciones del mundo, en dos sentidos: primero, el de expandir espacialmente el reconocimiento de las diferencias del ámbito privado al público, y segundo, el de ampliar el grado de aceptación de las diferencias, pasando de la indiferencia y la no interferencia a la aprobación y reconocimiento públicos.<sup>466</sup> La consecuencia es que una diversidad de grupos —internamente plurales, por su parte— presionan para que sus hábitos característicos tengan reflejo en las instituciones y en los estándares públicos, como la regulación de la jornada laboral, del matrimonio, de la indumentaria y usos estéticos exigibles a empleados y escolares, o la configuración de la libertad sexual e integridad física; incluso, se reclaman derechos especiales para algunas de las prácticas características de estos grupos: condiciones laborales extraordinarias para quienes trabajan al servicio de sectas religiosas; excepción de la escolarización obligatoria o de algunas actividades académicas para los miembros de ciertas comunidades religiosas; especiales ceremonias funerarias y formas de sacrificio de animales; consumo ritual de estupefacientes, o control de recursos por comunidades indígenas según normas tradicionales.<sup>467</sup>

Existe una tendencia a presentar las referidas demandas como derechos avalados por la interpretación más adecuada de las normas sobre derechos fundamentales. Esta práctica se ha ejercido de manera particular e intensa en Estados Unidos, favorecida por el control constitucional difuso que allí se practica. Además, vinculada a ella se ha prodigado la solución judicial a los conflictos relacionados con la pluralidad de identidades colectivas, un tipo de solución que es defendida como óptima por quienes contemplan con pesimismo la posibilidad de que los intereses minoritarios tengan otra opción en un contexto de comunicación política profunden-

<sup>465</sup> De Lucas (1996: 157).

<sup>466</sup> Galeotti (1997: 226 y 227). Véase *supra* cap. II § I, 2, C.

<sup>467</sup> Leader (1997) clasifica los “derechos a la tolerancia” como derechos de no interferencia, de garantía de acceso a las instituciones y estándares públicos, y derechos especiales. Parekh (1999) ofrece un catálogo de las principales prácticas minoritarias que han sido objeto de debate público en las sociedades liberales, así como de los principales argumentos esgrimidos en tales discusiones.

te irracional;<sup>468</sup> sin embargo, la cultura jurídica y política europea invita a resolver estos mismos asuntos de modo distinto: el marcado carácter social del modelo europeo de Estado; el peso que en este modelo tiene la idea de igualdad material e, institucionalmente, la administración, la jurisdicción constitucional concentrada, la mayor integración de los partidos políticos, la desconfianza frente a los *lobbies*; la tradición continental de los derechos naturales como fundamento de un orden social a construir —en vez de la anglosajona de los derechos ya actualizados en el funcionamiento normal de la sociedad civil—;<sup>469</sup> la codificación aparejada a esta tradición; etcétera. Todo esto promueve una articulación de las diferencias de grupo mediante normas generales, antes que un desarrollo judicial casuístico del principio de igual derecho a la libertad de creencias.

### 3. *Casi una conclusión: la tolerancia y el ideal democrático de justicia*

Sociología jurídica al margen, la respuesta a los conflictos derivados de la identidad colectiva —basada en la asignación judicial de espacios sociales— no parece la mejor por razones que tienen que ver con el olvido que conlleva de la dimensión institucional de las normas sobre derechos fundamentales. La más básica de estas razones es que judicializar la articulación de las diferencias —basadas en la identidad colectiva o de otro tipo— supone ignorar la mutua implicación e interdependencia existente entre derechos subjetivos y autodeterminación colectiva. En un contexto intelectual que no puede ser metafísico ni tradicional, como es el de las sociedades pluralistas contemporáneas, no cabe disociar la justificación de los derechos subjetivos de la función que estos cumplen en la constitución de la voluntad popular como voluntad de un sujeto socialmente descentrado y heterogéneo (pensemos en las libertades de información o en el derecho a la educación). Además, el contenido concreto de los derechos tampoco puede concebirse en ausencia de tal voluntad. Está claro que la integración social (solidaridad jurídicamente reglada) y los derechos subjetivos no se excluyen, sino que se implican en el Estado social, y esa claridad no es menor cuando pensamos en las relaciones entre soberanía popular y derechos fundamentales.<sup>470</sup>

Así las cosas, no debe dejarse de apreciar el carácter último y no óptimo de la atribución a instancias judiciales del desarrollo de las normas de derechos fundamentales en una sociedad plural donde la satisfacción de las demandas de unos colectivos puede ser incompatible con atender las de-

<sup>468</sup> Cohen (1992: 84).

<sup>469</sup> Habermas (1987: cap. II).

<sup>470</sup> Véase, en este sentido, Habermas (1998a: cap. III).

mandas o intereses de otros. Desde el punto de vista de la preservación de la coherencia del ordenamiento difícilmente cabe afrontarse una compleja diversidad, que no se deriva únicamente de minorías definidas por compartir culturas societales, sino que también proviene de las ideologías y las formas de vida tradicionales de una sociedad (incluidas aquellas para las que la solución liberal viene funcionando razonablemente), así como de las diversas apropiaciones reflexivas realizadas de las concepciones de la vida buena, mayoritarias o no. Esto determina, por ejemplo, que no solo vayamos a encontrar eventuales problemas entre las comunidades religiosas y un Estado laico, sino también hallaremos fragmentación en el seno de las diversas confesiones —pensemos en las organizaciones teológicas progresistas o las de mujeres musulmanas—, al igual que diferentes comprensiones del sentido de la laicidad representadas por las posiciones de diversos partidos políticos acerca del valor curricular de la enseñanza religiosa, por ejemplo.

Considerando lo anterior, resulta claro que la interpretación y la aplicación de las normas de derechos fundamentales (en lo que afecta a las identidades colectivas, pero no exclusivamente con relación a ello) han de entenderse como un asunto público en el que deben participar el conjunto de los afectados, un asunto que, como cualquier otro supuesto de reglamentación en democracia, requiere de la tolerancia (dianoética) para lograr algún tipo de acuerdo, y para asegurar que la decisión finalmente adoptada sea lo suficientemente inclusiva y no cause el extrañamiento y rencor mutuo que pudiera provocar la solución judicial de los conflictos, según algunos estudios.

Tal interpretación de los derechos fundamentales presidida por la tolerancia supone renunciar a concebir las propias creencias y hábitos como merecedoras de una protección jurídica integral; por ello, implica una expectativa pública de que las personas concedan diversa importancia a las distintas representaciones y prácticas colectivas de las que participan, y que estén dispuestas a renunciar a la protección de las que no son centrales para el mantenimiento de su forma de vida, en cuanto esto sea necesario para llegar a establecer un sistema de derechos en una sociedad pluralista. También la interpretación de los derechos fundada en la tolerancia compromete a que ni la mayoría de la sociedad ni la de una comunidad particular dentro de esta dispongan de facultades para fijar sin más lo que sea central y lo que no en la forma de vida mayoritaria o particular, en cuanto relevante para su reconocimiento público;<sup>471</sup> por consiguiente, quedan excluidas aquellas interpretaciones de las normas sobre derechos fundamentales no susceptibles de una interpretación consensuada y, cuando no, negociada.

<sup>471</sup> Estas ideas se basan en el modelo de evaluación intercultural de valores de Parekh (1999).

En lo fundamental, nada de lo acabado de decir sería incompatible con la teoría kelseniana de la legislación. En este sentido, es cierto que estamos pensando en una pluralidad de operadores jurídicos que excede a los parlamentarios, pero también lo es que los diálogos y los compromisos mencionados deben confluir en, cuando no ser promovidos por, la instancia central de representación política.

Kelsen dice que dentro del margen de ambigüedad de las normas constitucionales, el legislador es soberano; esto podría traducirse en la jerga que he empleado, de que en los límites de lo tolerable no hay más sujeto que el pueblo, entendido en la manera descentrada que es propia de una sociedad diversa y compleja. Al efecto de asegurar esa soberanía del legislador, Kelsen postula que el tribunal constitucional se abstenga de gestionar el margen de ambigüedad de las disposiciones constitucionales, reconociendo a ese margen como un ámbito de discrecionalidad para el legislador. La indeterminación de las normas de derechos fundamentales que acompaña al Estado social impediría que en la práctica se pudiera controlar la discrecionalidad del legislador. Por ello, y en aras de asegurar la función de la Constitución como marco material situado fuera del alcance de la lucha política cotidiana, se han propuesto otros modelos constitucionales, entre los que señalaré dos que involucran muy claramente la tolerancia cognitiva en la interpretación y la aplicación del derecho.

Uno de los citados modelos es el que pudiera representar Rudolf Smend,<sup>472</sup> quien propone incluir los valores efectivamente vividos por la población como criterios sustantivos de interpretación de la Constitución. Esa remisión a los valores sociales significa que la posibilidad de una integración social no excluyente de las diferencias —es decir, del tipo de integración acorde con la democracia liberal— está en función de la tolerancia manifestada por el conjunto de la sociedad en la dinámica del establecimiento de valores.

El otro modelo, que asociaremos con Peter Häberle,<sup>473</sup> busca paliar la indeterminación de las normas de derechos fundamentales, identificando el contenido fundamental de la Constitución con los procedimientos democráticos —formales o informales, como la opinión pública— establecidos y garantizados por aquella para la adopción de decisiones colectivas. De esta manera, al tribunal constitucional correspondería velar por la efectiva participación del conjunto de las concepciones existentes en la esfera pública acerca de los valores, derechos, principios, etcétera, contenidos en el texto constitucional. Una misión que cumpliría tal órgano por la vía de declarar

<sup>472</sup> Smend (1985).

<sup>473</sup> Häberle (1978).

inconstitucional o instar al legislador a reconsiderar aquellas leyes producidas sin tomar en cuenta todos los puntos de vista públicamente manifestados.<sup>474</sup> Ello supone, en la práctica, que se eleve a rango de obligación jurídica la disposición del tribunal constitucional y de la mayoría parlamentaria a aproximarse y comprender la diversidad existente de interpretaciones de las normas constitucionales.

Tanto la concepción constitucional de Smend como la de Häberle incorporan, pues, la tolerancia como un componente básico de la interpretación y la aplicación de las normas fundamentales. Creo que ambas teorías, especialmente la de Häberle, contienen un momento de verdad importante, y es que en la democracia la interpretación del derecho, de cara a su aplicación, no puede dissociarse de la voluntad del *demos* concreto. También en este aspecto del autogobierno es importante reducir la dimensión hipostática, de ficción jurídica, de las disposiciones constitucionales y legales en las que se plasma la soberanía popular, y debe procurarse que esta se sustancie en poder efectivo.

En todo caso, no debiera olvidarse que la medida en que la interpretación y la aplicación de las normas sobre derechos fundamentales deba ser administrada por un órgano judicial o cuasijudicial, es indicativa de la falta de disposición para la tolerancia de los ciudadanos. Por obvio que esto resulte, parece ignorarse en nuestro imaginario político, ya que en absoluto existe consenso en experimentar como una falta de civismo la tendencia a remitir a órganos judiciales o cuasijudiciales, como el tribunal constitucional, la responsabilidad de llegar a acuerdos políticos. Esto se ha denunciado por intelectuales que certeramente ven en la judicialización de la política una manifestación de la agonía temporal de esta. Una conjura de, por un lado, gobiernos que eluden decisiones y postergan responder por su ineficacia o sus irregularidades, y por otro, débiles oposiciones que enjugan su impotencia en los tribunales.

Al final, la impresión es que se ha llegado a la sobrecarga política de la justicia. Asimismo, de que la misma intolerancia que condujo a sustituir la responsabilidad política por la que depuran los tribunales arriba a estos acompañando los asuntos remitidos: la lógica política en su primario formato binario de amigos y enemigos impregna nombramientos, destituciones y comportamientos de fiscales, jueces y miembros de sus órganos de gobierno. Relacionado con lo anterior, la deslegitimación, más o menos razonable, de jueces y fiscales se ha convertido en un argumento corriente del discurso político. Desde la perspectiva de la opinión pública, el resultado de introducir elementos predadores de tolerancia no autóctonos en un medio ya de por sí conservador en sus prácticas solo puede ser cierta pérdida de confianza en

<sup>474</sup> Estévez Araujo (1994: 61-70 y 139-143).



los vigilantes jurídicos del sistema. Tal pérdida de confianza bloquea, a su vez, en la ciudadanía el mecanismo de reproducción de la tolerancia, pues esta, en una democracia, se fundamenta en la expectativa de reciprocidad. Con ello se abona el campo para los predicadores populistas de soluciones al margen de la ley, pero también para un neohobesiano creyente en las posibilidades de un gobierno de la ley a pesar de los hombres.

Si el populismo no ha rentado más que disgustos, al liberalismo del miedo que hunde sus raíces en el atomismo mecanicista de Hobbes tenemos mucho que agradecerle:<sup>475</sup> la propia idea del Estado de derecho, una institución necesaria para una humanidad que no es angélica. En los derechos fundamentales sobre los que se asienta tal modelo de Estado se han institucionalizado importantes exigencias públicas de tolerancia. Estas expectativas de tolerancia aseguradas por el derecho liberan a la ciudadanía de la preocupación de quedar sujetas al Estado o a terceras personas en ámbitos que se entienden imprescindibles para el desarrollo personal y para la integración social de la que depende la reproducción normativa democrática del propio Estado.

Entre otras cosas, la forma jurídica moderna de protección de las libertades exime rendir cuentas públicas acerca del fuero interno, salvo en lo tocante a la autenticidad y a la veracidad de las declaraciones que afectan a terceros. Tal indiferencia por la intencionalidad con que se cumple el derecho explica que se haya podido interpretar que la psicología públicamente relevante es la psicología moral, *cívica*, que se desprende de los requerimientos del derecho positivo, y que, por consiguiente, las dificultades que puedan sufrirse para acceder a ese estatus cívico y actuar conforme a él no se tengan, por lo general, *more kantiano* en cuenta.<sup>476</sup>

Con arreglo a lo expuesto acerca de la interpretación de una misma norma o de las condiciones de las cuales depende su aplicación, es muy frecuente encontrar diversos criterios que son admitidos como razonables según los estándares de la comunidad de intérpretes de un ordenamiento. Esta diversidad de criterios configura el espacio propio para la tolerancia dentro del ámbito jurídico, y tiene que ver con la dependencia que la interpretación del derecho mantiene respecto al discurso argumentativo, referida tanto a consideraciones normativas de carácter jurídico como a otras de índole más general.

<sup>475</sup> Sobre este asunto, además de lo que aquí se dice, véase *supra* cap. I § I, 2, D.

<sup>476</sup> Dada la concurrencia de intención moral y acto moral que, según Kant, es característica de los actos morales, la superación de motivaciones no correctas moralmente sería una cuestión relacionada con la razón teórica, con el dominio de la naturaleza. Véase *supra* cap. I § III, 2, B.



Sea con fines de aplicación judicial, sea con fines de desarrollo normativo, en la medida en que la positivación de una de las interpretaciones consideradas razonables se encuentre de hecho a disposición del operador jurídico, y este se muestre verdaderamente abierto a reconsiderar su *opinio iuris* en vista de las razones que se le presenten, podemos hablar de que estamos ante un caso de tolerancia. La salud de la justicia democrática requiere que tal tolerancia sea apreciada como su pieza clave, y es que si en un cierto momento histórico se hizo evidente que la realización de los ideales de libertad e igualdad tenía sus mejores aliados en un “gobierno de leyes, no de hombres”, el sentido actual que corresponde a ese aserto es distinto. La complejidad de las democracias contemporáneas, su pluralismo y el gran volumen de intervención del Estado en el funcionamiento de ellas demandan un grado considerable de indeterminación de las normas, cuyo significado concreto en cada caso exige a los ciudadanos y a sus representantes la responsabilidad de sacrificar sus propias convicciones para alcanzar acuerdos o culminar negociaciones con éxito.