

DERECHO Y CONVIVENCIA POLÍTICA

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla Alsina*

Nuestro Presidente sugirió este verano que las sucesivas disertaciones semanales trataran de inscribirse en un tema “transversal” —decía— de forma que, con independencia del interés y valor propios de cada una, tuvieran orientación convergente de la que se siguiera un enriquecimiento de los trabajos académicos. El Presidente proponía para este curso, como tema de referencia, “la crisis de valores y la convivencia democrática en la sociedad actual”.

Atento a tal sugerencia, he tratado de que esta intervención fuera el resultado sintético de una meditación inicial sobre los presupuestos y supuestos de la convivencia democrática y sobre la función legitimadora y ordenadora del Derecho. Soy consciente de que no puedo ahora esbozar más que una exposición preliminar; daré cuenta de ella en la confianza de que ocasiones habrá para ulteriores y pertinentes desarrollos.

En cualquier caso, me interesa anticipar que, aun siendo como he dicho preliminar, esta comunicación aspira a mostrar ya un consistente engarce entre la tópica consideración de la sociabilidad humana y la articulación jurídica de la convivencia, por una parte, y el despliegue, por otra, de las relaciones humanas bajo la tutela y prescripción del derecho ordenado a la realización de la libertad y a la plenitud de la persona; libertad y plenitud que se hacen hábito, no ya —o no sólo— por derivación de las grandes proclamaciones, sino por el cotidiano ejercicio de la autonomía de la voluntad. Pretendo mostrar así la íntima imbricación entre Derecho público y Derecho privado y, particularmente, el relevante e insustituible papel

* Sesión del día 14 de diciembre de 2010.

de éste —del Derecho privado— en la resonancia y efectividad de aquél —el Derecho público, en general, y el ordenamiento constitucional, en particular—.

1.

Cada persona se hace presente en la vida colectiva, según haya sido su propio proceso de maduración, tanto en la conciencia de su dignidad cuanto en la de su pertenencia a una realidad comunitaria que, respetando su individualidad, la complementa.

Lo mismo si se parte de la consideración del hombre como miembro de la sociedad que si se discurre a partir de la sociedad en la que el hombre se integra, la convivencia se construye asumiendo y superando un fondo subyacente de conflictividad. Cualquiera advierte en su diaria experiencia la justeza de esta aseveración. Hasta en los núcleos más reducidos, en los de adscripción voluntaria y en los fundados en vínculos entrañables y afectivos, las relaciones interpersonales sólo se traban y desenvuelven en armonía cuando la voluntad común de vivir juntos - de convivir- señorea los hábitos y orienta los esfuerzos cooperativos frente a los problemas y las dificultades.

Lo que así ocurre en las comunidades más elementales, respecto de las que el hombre acepta con naturalidad su inmediata pertenencia a ellas, se agudiza al insertarse en ámbitos de sucesiva amplitud y complejidad, en los que libra una íntima pugna entre su inclinación a afirmar la propia individualidad y su tendencia a aceptar los requerimientos de la solidaridad. Esa pugna en la conciencia del hombre, sostenida por su capacidad de autoafirmación y su necesidad de comunicación, desnuda la raíz de las tensiones en que florece o se marchita la convivencia; los términos en que se resuelve, no sólo perfilan caracteres personales, sino que, caso de admitir una ponderada generalización, permiten concebir arquetipos de grupos identificados por su asentamiento territorial, por su historia y cultura, por su comunidad de creencias y de usos, por su estratificación social o por su homogeneidad de vocación o complementariedad de oficio y profesión; permiten, por lo mismo, descubrir el alma de los pueblos y explicar el grado de estabilidad de su convivencia.

2.

La consideración de la sociedad como el entramado de relaciones de un conjunto de personas, la articulación de esas relaciones en un marco institucional y la ordenación de los fenómenos de poder aúnan el proceso de integración social y el de organización política. El hombre es la referencia, en su individualidad y en su

proyección comunitaria; el respeto de una y otra permite una convivencia estable y ennoblecedora; el descompensado sacrificio de una u otra neutraliza cualquier posibilidad de auténtica convivencia, pues no hay tal cuando la organización política se asienta en la aniquilación de la personalidad por un poder despótico o en la falta de cohesión social a impulsos de un individualismo anarquizante e insolidario.

El Derecho —y otros puntos de vista (el teológico, el filosófico, el moral...) son distintos del que adopto— ofrece respuesta a una necesidad de ordenación de la convivencia. Su real vigencia se asocia a un fondo común de convicciones y a la coercibilidad de sus prescripciones. Es este un sentido elemental del Derecho que revela su función con inicial —y provisional— independencia de sus contenidos.

Toda convivencia necesita un principio de ordenación traducido en reglas y en juicios de conducta; en esa necesidad radica el fundamento primario y, por tanto, universal del Derecho; el Derecho es esencialmente vivo y está sujeto a una permanente evolución; en esa evolución del Derecho —general o propia de comunidades determinadas— la sucesión de concepciones se vincula a la de las ideas en conexión e interdependencia con la de valores y convicciones sociales. En definitiva, aparece como Derecho lo que como tal se tiene y acepta por la comunidad atendiendo a fundamentos de legitimidad que mudan y se suceden.

El conjunto de normas rectoras de las relaciones interpersonales y del modo de convivencia, por ajurídicas que puedan ser consideradas desde ulteriores o distintos estadios culturales, representan, en fase germinal o desarrollada, el Derecho de la correspondiente comunidad. Máxime cuando tales reglas tienen vigencia comprobada y expresan un poso de tradición en que se funda la propia conciencia social.

La racionalización de las cuestiones relativas al poder, por las vigorosas —y en su momento osadas— aportaciones de mentes cimeras del pensamiento, ha orientado y acompañado un proceso en el que creencias, virtudes cívicas y títulos de legitimidad han sido vigorosos en su tiempo, aunque fueran ulteriormente dislocados y removidos.

La aceptación por una comunidad de que puede erigirse en su legítimo rector quien ha acreditado mayor fuerza y valentía o superior sabiduría y prudencia, el reconocimiento de que es legítimo gobernante quien, a través de ritos sacrales de investidura, aparece como vicario o encarnación de un dios en el que se cree, la atribución convenida del poder a quien logra mayor respaldo popular en unas elecciones son otros tantos títulos de legitimidad que, aun coexistentes con disidencias en el pensamiento o en la acción, evidencian, como rasgo común, que su eficacia se vincula a convicciones sociales generalizadas, en las que la propia legitimidad se asienta, sea trascendente o inmanente la raíz de tales convicciones.

3.

El artículo 1.1 de nuestra Constitución de 1978, en versión técnico-normativa, dispone que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”. Esta formulación, de indudable fuerza identificadora respecto del contenido primario de la voluntad constituyente, apela de consuno a una realidad doctrinal y dogmática —también empírica— ya decantada y a un coherente desarrollo prescriptivo en el que su significado y sus exigencias se despliegan en el texto constitucional. Uno y otro punto de vista se conjugan para evidenciar la virtud y para fijar el alcance de una declaración normativa inicial de tal porte y hondura.

La proyección hacia la efectividad de los valores superiores del ordenamiento jurídico es referible a la acción de todos los poderes públicos y revela la significación misma del Estado de Derecho en cuanto garantizador de derechos y libertades y asegurador de una convivencia aceptada y respetada por la comunidad. La consecución del bienestar y la realización de la justicia han de ser coonestadas, para que la convivencia sea pacífica y humana, con la salvaguarda de un clima de auténtica libertad, en el que germinen y florezcan las grandes libertades públicas, desde luego, pero también las pequeñas y cotidianas libertades civiles. Ningún político —y por supuesto ningún jurista— puede claudicar ni perder la fe en que es posible organizar la sociedad de forma que el bienestar del mayor número se obtenga sin vulnerar los derechos de los ciudadanos, teniendo presente que, cualesquiera que sean las pretensiones encubiertas por algunas autoidentificaciones, es lo cierto que, si los poderes públicos desconocen aquellos derechos o no afrontan la modificación de las estructuras para facilitar su ejercicio, no se corresponden con auténticos Estados de Derecho, aunque hayan establecido la supremacía formal de la Ley, hayan conseguido brillantes éxitos materiales y sea más o menos tranquila la vida de la comunidad.

Frente al rigor y expresividad de la fórmula en el primer contenido —y quizá por ello estelar— del acto constituyente de 1978, declinan purismos conceptuales y pruritos académicos. En la decisión de constituir un “Estado social y democrático de Derecho” convergen el principio político legitimador (democrático), el principio jurídico ordenador (Estado de Derecho) y el horizonte (social) hacia el que se dirige el originario impulso constituyente. Éste ha de actualizarse día a día por el exquisito ajuste en los comportamientos y el patente respeto en la acción política, no ya —o no sólo— a las reglas formales de la democracia, sino a los contenidos esenciales de un orden político reconocible como auténticamente democrático y a las que son clásicamente identificadas como virtudes cívicas.

Es un dato empíricamente verificable que, promulgada una Constitución, la concreta voluntad de sus autores puede desvanecerse o desviarse con el tiempo ante la complejidad de las relaciones políticas, la fuerza de los acontecimientos eco-

nómicos y el condicionamiento de valores y costumbres sociales en continua renovación. En la Constitución, más que en cualquier otra norma de derecho positivo, la llamada interpretación auténtica de las leyes es un recurso limitado (no obstante el vigor del ejemplar “originalismo” norteamericano), porque la voluntad inicial constituyente ha de atemperarse a la mudable realidad (la interpretación de las leyes con atención a las circunstancias del tiempo en que han de ser aplicadas es un principio que figura hoy incorporado al Título Preliminar, artículo 3, del Código Civil). De esta suerte, los repertorios jurisprudenciales de los órganos de justicia constitucional, en su esfuerzo por mantener la vigencia social de los preceptos y normas de la Constitución, son un fiel reflejo de las vías de desarrollo de la democracia. Y el desarrollo de la democracia se halla en la propia esencia de la democracia.

Por ello, cuando el artículo 1.1 de la Constitución española califica como “democrático” el Estado de Derecho que se constituye acoge sin reservas —y así hay que entenderlo— la convicción de que en nuestro tiempo sólo cabe hablar de Estado democrático por referencia a sistemas abiertos y dinámicos, que proponen como tarea permanentemente inacabada —tarea infinita, según la expresión de Kant— la búsqueda de la libertad y la igualdad.

Es posible, no obstante los esfuerzos de síntesis realizados para acuñar sus rasgos más característicos, que cualquier intento de reposar en la complaciente ensoñación de la democracia o en la confianza de que sus reglas se cumplen con cívica pulcritud sea inútil ante la dimensión planetaria de los problemas con que se enfrenta. Pero existen razones para confiar en el progreso de la democracia. En última instancia, ser demócrata implica creer en el hombre, en su inagotable capacidad de superación y en la supremacía de los valores espirituales como remedio de los problemas de la convivencia.

4.

En la tradición de la doctrina de los derechos fundamentales éstos no son sólo derechos subjetivos sino, al mismo tiempo, principios objetivos del orden constitucional.

Gustavo Zagrebelsky afirma que, en el tránsito del Estado de Derecho del siglo XIX al vigente Estado constitucional, los derechos ya no dependen de la ley sino de la Constitución: los derechos *ex lege* podían ser entendidos como reglas; los derechos *ex Constitutione* han de ser entendidos como principios, lo que conduce —dice— a aplicar razonamientos propios del derecho natural y nos aproxima al modelo norteamericano al elevar la función de los jueces a un rango igual o superior a la del propio legislador.

De ello infirió Konrad Hesse una premisa mayor, cual es la vinculación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los derechos fundamentales, y otra menor, formulada en términos de obligación negativa que tienen los poderes públicos de evitar injerencias en el ámbito que aquellos derechos protegen y, también, en términos de obligación positiva de llevar a cabo cuanto sirva para la efectividad de los derechos fundamentales. Como señaló Krüger, antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley; hoy las leyes sólo valen en cuanto respetan el ámbito de los derechos fundamentales. Es el plus que el principio de constitucionalidad añade al de legalidad y que se expresa en la fuerza normativa de la Constitución y en la primacía de los valores que presiden la organización de la convivencia.

Los derechos fundamentales, pues, no son ya únicamente derechos subjetivos de defensa frente al Estado, sino también principios objetivos que obligan al amparo de la libertad y al respeto por todos de las reglas de la convivencia.

Una buena Constitución ha de combinar, probablemente, la configuración de un orden prescriptivo *per se* y el diseño de un orden marco. Y esa combinación es posible si, en primer lugar, ordena y prohíbe algunas cosas; si, en segundo lugar, confía otras a la discrecionalidad de los poderes públicos y deja abiertos márgenes de opción para que pueda operar el pluralismo político y desenvolverse el pluralismo social; y si, en tercer lugar, decide aquellas cuestiones relativas a la titularidad y ejercicio del poder político que, por su significado capital para regir la vida en sociedad, pueden y deben ser decididas por la Constitución.

La Constitución no es, no ha sido y nunca deberá ser un ordenamiento total. Su lugar es, cuando más, el de cabecera de un ordenamiento jurídico que, subordinado a ella, no sólo despliega sus decisiones normativas sino que incorpora aquellas respecto de las que el contenido dispositivo de la Constitución deja libertad de configuración a los poderes públicos o preserva la autonomía de la voluntad de individuos, asociaciones u organizaciones. Respecto de la actuación de los poderes públicos, de los ciudadanos y de los grupos a los que se incorporan, ninguna Constitución tiene ni propósito ni posibilidad de erigirse en ordenamiento normativo de alcance total y rígido. Es una parte del ordenamiento, aunque todo él sea susceptible de valoración a partir de los parámetros constitucionales. Pero es que, además, tampoco el ordenamiento jurídico considerado en su globalidad supone una cobertura disciplinadora y prescriptiva de todo el acaecer social.

Hace unos años, en 1995, el admirable constitucionalista alemán, ya fallecido, Konrad Hesse mostraba cierto asombro ante lo que consideraba escaso e insuficiente tratamiento de la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho privado, en contraste, por lo demás, con la atención amplia y hasta rutinaria que se ha venido prestando a cuanto concierne a las relaciones entre Derecho público y Derecho privado.

Al compás de la evolución del concepto mismo de Constitución y de las transformaciones paralelas de la sociedad con cualificada significación en el movimiento postcodificador, se han ido apuntando y desarrollando tesis favorables a la progresivamente acentuada creencia de que los derechos fundamentales —en cuanto principios— operan de manera directa desde su formulación constitucional —y aun, a veces, desde su raíz preconstitucional (o metaconstitucional)— en las relaciones sociales y sin que su eficacia inmediata resulte condicionada por la intermediación del legislador. Y, aunque tal posición resulte cuidadosamente matizada y con caracterizados límites, no deja de ser indicativa de posiciones doctrinales deudoras de la teoría de los derechos fundamentales y de las exigentes derivaciones de la primacía de la Constitución. Frente a ellas, han resultado luminosas aportaciones de buen sentido jurídico las de quienes (Hesse, Smend, Wieacker o, entre nosotros, Díez Picazo) han anclado la teoría constitucional y la propia doctrina de los derechos fundamentales en la dignidad de la persona y en la libertad y en la responsabilidad tradicionalmente amparadas por el principio jurídico privado de la autonomía de la voluntad.

El aparente y quizá parcial desplazamiento del Derecho privado por las formulaciones iuspublicistas a partir de la expansiva teoría de los derechos fundamentales y de los apremios del interés público, expresa —como ha subrayado Franz Wieacker— un cambio de concepciones, desde una ética individual de la libertad y de la voluntad a una ética social de la responsabilidad solidaria, de modo que “la garantía de la existencia de los miembros de la comunidad jurídica y la defensa de los débiles logra también en el Derecho privado el mismo rango que la persecución de los intereses propios”. Se acentúa así la función del Derecho privado como —incluso más que antes— un “Derecho tuitivo, delimitador, que asegura contra el abuso y, con tal tarea, se acerca a los demás ámbitos jurídicos”. El Derecho civil, con su función de garantía de la personalidad, de su autodeterminación y su responsabilidad propia, ha sido, dijo Hesse, y debe seguir siéndolo —cabe añadir sin reservas— baluarte de la libertad.

Y es que la personalidad presupone un ámbito estrictamente “privado”, no público, no referido al Estado ni a una comunidad, un ámbito en el que cada uno pueda permanecer aislado, cerrado a la curiosidad pública de autoridades y medios de comunicación tan frecuentemente traducida en interferencia y manipulación. A él presta cobertura el derecho constitucional a la intimidad y al respeto de la privacidad.

El fundamento y los límites de la autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, se hallan en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y la personalidad con el objetivo, en origen y en orientación, de una aproximación igualadora de hecho y de derecho. Si faltara tal objetivo y la autonomía privada comportara la libertad de unos y el sometimiento de

otros (por imperio crudo e insensible de las criticadas leyes del mercado) no habría carriles de curso equilibrado y la regulación, la intervención estatal, devendría en remedio difícilmente objetable. Pero en la progresión del pensamiento y en la atemperación de los comportamientos sociales se percibe la raíz de una diferencia esencial entre el significado actual de la autonomía de la voluntad y el del siglo XIX, porque éste partía de una libertad y ofrecía una igualdad formales, de modo que su efectividad material no se alcanzaba —ni podía alcanzarse— solo por ejercicio de la autonomía privada, lo que derivó en recabar y esperar ayudas y prestaciones del sector público. Hoy es generalmente reconocido, empero, que la situación de libertad real no puede ser encomendada, sin más, a los poderes públicos ni confiarse a fallidas técnicas de planificación y regulación estatales.

De lo expuesto puede seguirse, con naturalidad, que, en un moderno ordenamiento jurídico integrado, la Constitución —y cualificadamente el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en su nivel normativo y en su rango de eficacia— resulta de decisiva importancia para el Derecho privado, del mismo modo que la adecuada conservación y desarrollo de éste son indispensables para el enraizamiento del orden constitucional.

La Constitución ha de garantizar la efectividad real de importantes instituciones jurídico-privadas que son expresión de la entraña de una comunidad social y trasunto de un haz de convenciones sociales rectoras de relaciones y constitutivas de categorías. La Constitución supone, así, y propicia una cierta concordancia objetiva entre el orden del Estado social de Derecho y el contenido del ordenamiento jurídico-privado.

Contrapunto no menos decisivo —conviene reiterarlo— es el que brinda el Derecho privado para la propia efectividad del orden constitucional y la relevancia material de los derechos fundamentales.

En consecuencia, creo, en primer lugar, que sin el Derecho privado no se posibilita el ejercicio en plenitud de los derechos fundamentales ni se llega a desvelar y fijar con autenticidad su sentido; y entiendo, en segundo lugar y ante todo, que el Derecho en el que se funda la protección de la personalidad y la autonomía privada tiene que formar parte, necesariamente, de las condiciones nucleares del orden constitucional.

Me refiero, claro está, a un orden constitucional que no es el que describió Tocqueville como trasunto de la era de la igualdad (un conjunto de hombres que en absoluto han de cuidar ya de sí ni responder por sí mismos, porque una autoridad tan bienintencionada como poderosa priva incluso de pensar). Tampoco es el orden de la época de la Ilustración y del Derecho natural para el que, según Radbruch, fue escrito el Derecho privado y al que el Estado debe dejar tranquilo porque de su inte-

ligente egoísmo cabe esperar que por sí sólo utilizará la tranquilidad del modo más provechoso.

De lo que yo hablo —de lo que con pulcritud y tino habló Konrad Hesse— es del orden social propio de hombres de valor inalienable ligados al libre despliegue de su personalidad y, al mismo tiempo, a la comunidad y llamados por ello a colaborar responsablemente en la organización de la convivencia humana.

En palabras de Hesse, “el hombre como persona libre, autodeterminada y responsable solo puede existir donde el ordenamiento jurídico abre posibilidades para la autonomía del pensamiento y de la acción”. Justo ésta —añade Hesse— “es una, si no la esencial, función del Derecho privado que así aparece como condición fundamental del orden constitucional”.

5.

¿Cómo lo expuesto se inserta en la transversalidad sugerida y conecta con la actualidad?

La convivencia es posible cuando la conciencia de su necesidad se traduce en un conjunto de comportamientos cívicos presididos por hábitos virtuosos o asegurados por reglas de eficiencia compulsiva o disuasoria. Lo que la vida en comunidad requiere para la estabilidad del orden y para la orientación en pos de la felicidad compartida se funda en la libertad y en el respeto mutuo. Libertad y respeto son las primarias garantías presupuestas; el bien de los individuos y de la propia comunidad constituye el fruto en potencia y en acto de una convivencia social, organizada políticamente en su orden y regida por la razón y la razonabilidad del derecho.

Todos nosotros hemos sido participes, en un momento histórico concreto, del esfuerzo por situar nuestra convivencia en carriles de curso cómodo y común, con afanes de progreso y modernidad y con deliberada y firme voluntad de conjurar riesgos de los que teníamos amarga experiencia. Durante un cuarto de siglo, el final del siglo XX y los albores del XXI, hemos vivido en la creencia de que a impulso del esfuerzo y del civismo podíamos albergar la esperanza de un futuro prometedor.

Tras ese cuarto de siglo, aparecen minadas las bases de nuestra convivencia. Las características de la situación económica, sus graves desequilibrios y negras expectativas, las perplejidades generadas, han permitido esgrimir, exhibir y ahondar las regresivas aspiraciones de quienes aprovechan las más difíciles condiciones para reverdecer sus viejas reivindicaciones y desorientar o reorientar en su provecho el curso de la historia.

Los sondeos periódicos dan y vuelven a dar avisos desalentadores; el esfuerzo de educación cívica en los valores constitucionales y en sus promesas de futuro ha resultado claudicante y mal dirigido; las modas, las conductas de minorías activistas y de dirigentes sin convicción ni firmeza muestran la hosca faz de la libertad sin el solvente contrapunto del respeto recíproco y de la voluntad de hallar en el derecho, en su creación y en su cumplimiento, el cauce e instrumental necesario para pugnar por los proclamados valores superiores (la libertad, la justicia, la igualdad, el pluralismo político) y, en definitiva, aceptar como dato incontrovertible la legitimidad de un orden de convivencia articulado en el fecundo paradigma del Estado social y democrático de Derecho.

Viene al recuerdo la amarga reflexión del novelista que, con voz de lamento, detecta la oscura tendencia a transformar el ideal de libertad en ansia de satisfacciones sensuales, la exigencia moral en rechazo de la propia responsabilidad, los deberes sociales y políticos en vanas lucubraciones intelectuales y los nuevos mitos en ambiguo narcisismo y desquiciada codicia de dinero y de poder. Ahí está la raíz más honda de ciertos problemas con los que vivimos y con los que debiéramos negarnos a convivir.