

III

AGRADECIMENTO DO DOUTOR

José Meilàn Gil

1. Mis primeras palabras han de ser de agradecimiento a esta Universidad por la distinción que me ha otorgado; por su magnanimidad, leal a la grandeza de espíritu e incluso la audacia que anima la epopeya descrita en el poema emblemático de este país cuyo nombre ha adoptado la institución que nos acoge.

Agradecimiento también al Profesor Doutor Freitas do Amaral, cuya *laudatio* se explica desde la amistad, tejida desde hace años, a la que correspondo y por eso disculpo. No son vidas paralelas, pero en común tenemos ser universitarios que, como otros colegas, hemos dedicado algún tiempo a servir la *res pública*. Con el sentido de responsabilidad de contribuir al asentamiento y consolidación de la democracia y el riesgo de abandonar el horaciano abrigo del puerto académico para empeñarse en decisiones que comprometen un prestigio intelectual que no se limita al análisis lúcido de lo que se observa, ni a la explicación de lo que sucedió. En ese sentido, y desde una perspectiva general, el académico presta al político rigor, que podría recordar “a verdade núa e pura” de Camoens. No es preciso desprenderse de los hábitos intelectuales al faenar en el mar no siempre tranquilo de la política y ese hábito, lealmente servido, hace también fácil el apartamiento, más o menos transitorio, de las responsabilidades públicas.

Agradecimiento por lo que esta distinción pueda servir para testimoniar las relaciones académicas entre Portugal y España, que la pertenencia a la Unión Europea ha dado más impulso. Ámbito europeo de encuentro, libremente elegido, no uniformador de historias singulares, pero convergentes desde hondas tradiciones seculares. En ese sentido me es grato recordar que por el Tratado de Lisboa se elevó la Carta de los derechos fundamentales de la Unión al nivel de tratado. Una apuesta por el humanismo merecedora de elogio.

Un agradecimiento que responde a algo tan personal como son las raíces de mi procedencia. Galicia, es fundamentalmente atlántica, situación geográfica determinante en la historia de Portugal. Pertenece al mismo huso horario

natural, aunque por la decisión administrativa Galicia se encuentre incorporada al que podría llamarse mediterráneo.

No es solo la cercanía física. Hace años tuve oportunidad de ver aquí el original del Cancionero de Ajuda. Un origen común, desde el latín vulgarizado, después diversificado, que ha conducido a una lengua propia en Galicia que aproxima y en ocasiones equivoca. En una de las Cantigas, el trovador declama: “Quantos aquí d’Espanha son, todos perderon o dormir, con gran sabor que an de s’ír..” y no continuó.

Hay, por tanto, en este acto que agradezco, algo que encuentra explicación en el sentimiento. La razón no es el único modo de conocer y no es cuestión de profundizar. En alguna ocasión he podido expresar la proximidad afectiva al relacionar el “Qué din os rumores” del himno gallego, la “queixume dos pinhos” do noso Pondal con “É a fala dos pinhais... É o som presente desse futuro” do Pessoa. No se trata ahora de revivir nada de la historia de lo que un líder intelectual del galleguismo político denominó “la indecisión amorosa” de Galicia o lo que ha quedado reflejado en un refrán popular de este país.

Fue una realidad, de la que no es ajeno el sentimiento, lo que llevó a la Universidad de A Coruña, aquí representada y que también agradezco, señalar a Portugal como uno de los puntos de referencia de su cartografía institucional en dos sesiones análogas a la de hoy.

2. La intervención del Doctor “honoris causa” es un género oratorio singular. Bastaría con mostrar el agradecimiento por la honra que se otorga. Entiendo que sería impropio una disertación sobre un tema puntual de la concreta especialidad científica en la que el nuevo Doctor ha desarrollado su actividad académica, dada la composición de la presente audiencia que agradezco.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, quizá no sea incongruente desarrollar la protocolaria intervención en este acto, cuya solemnidad manifiesta la vestidura, a partir de los dos elementos que han servido de justificación para la distinción otorgada y a la amigable argumentación realizada. De un lado, la institución universitaria y de otro el Derecho, como experiencia vivida y convicciones e inquietudes compartidas, “partilladas”.

3. Constituye una afirmación, pacíficamente admitida, que la Universidad es la “institución europea” por excelencia. Como “fundamento del edificio de la Europa” fue reconocido solemnemente por el Parlamento europeo, no solo por su dimensión cultural, sino también como pieza clave para contribuir al “bienestar económico y social”. He tenido ocasión de repetirlo ante diferentes auditorios. Pienso que convendría recordarlo. Si la Universidad tiene que ver con el conocimiento es lógico reflexionar sobre esta institución a la que es propio su búsqueda, adquisición y transmisión, de acuerdo con la trilogía que figura en las paredes de la Facultad de Derecho de Viena: investigar, enseñar, aprender.

Un rápido vuelo del pensamiento hacia atrás permite constatar que la historia de la Universidad ha sido azarosa. Los problemas unas veces provienen de su interior - no es la ocasión de hurgar en ellos - y en otras ocasiones proceden de fuera de la institución como consecuencia de su relación continua con la sociedad y los poderes públicos. Ese fugaz recordatorio deja como impresión que la Universidad es una institución en perpetuo estado de crisis; pero, al mismo tiempo, aporta el dato reconfortante de que ha sobrevivido a cambios profundos a lo largo de muchos siglos, conservando los caracteres que permiten su identificación. Esa pervivencia implica una notable aptitud para adaptarse a la evolución de las variables circunstancias, que induce al optimismo y, a la vez, constituye un estímulo para reflexionar hasta qué punto cumple con su misión en cada momento histórico.

Procurando que la frondosidad de las ramas no impida ver el bosque, podría resumirse que la Universidad se justifica por la procura del conocimiento, no de cualquier manera, sino como comunidad. "Ayuntamiento de maestros et escolares...con voluntad et con entendimiento de aprender los saberes" se dice en la muy repetida expresión contenida en la Partida Segunda del Rey castellano Alfonso X el Sabio. Comunidad, que propicia el diálogo en todas las direcciones.

La Universidad nació con vocación de universalidad, por su proyección geográfica, por la aspiración de los conocimientos, como se ha constatado a lo largo de su historia. No existe contraposición entre las llamadas "dos culturas", los saberes aparentemente inútiles y los confesadamente útiles. Si estos fueron haciéndose un hueco en la originaria institución académica, el extraordinario desarrollo de las ciencias experimentales podría colocarles en una posición prominente hasta el punto de invadir el campo propio de los saberes, decía, aparentemente inútiles. Ha habido también un avance científico en el conocimiento que podría denominarse humanístico, en el reconocimiento de los derechos y la dignidad de las personas.

La coexistencia de los saberes, en la expresión clásica, no implica identidad en el modo de adquirirlos. Lo que se exige en todos los ámbitos es el rigor de la investigación, sin saltos en el razonamiento, sin cambios inadvertidos del método que la ha guiado y que puede suponer un abuso del prestigio científico justamente adquirido. No solo es científico el conocimiento que se obtiene mediante la experimentación. Al final, para una explicación del origen que pretende vislumbrarse desde los descubrimientos de la física, de la biología o del estudio de la naturaleza, se acude a una argumentación que los rebasa, propia de los saberes aparentemente inútiles. La *verification*, en la que hace descansarse la certeza del conocimiento, desde el punto semántico deudor de una tradición, revela que la verdad es la última referencia. No es cuestión de renunciar a la pasión por perseguirla al tener autoconciencia de la limitación de lo logrado. Será el positivo escalón sobre los que pueden seguir construyendo quienes vengan detrás.

La Universidad es un ámbito de libertad. La libertad es creadora, defiende de inclinaciones autoritarias, hace posible el juicio crítico, propicia el diálogo,

que está en el origen de la institución –“*las cuestiones disputatae*”- permite el pluralismo, hace viables acuerdos, cada vez más necesarios en nuestro mundo globalizado con un desarrollo científico y tecnológico asombroso, “espantoso”.

Institucionalmente la libertad de la Universidad es autonomía en todos sus aspectos, también el financiero. Desde ella ha de vivirse la solidaridad. Es al mismo tiempo estímulo de una concurrencia leal para el mejor servicio del interés general. Nacida la Universidad de un acto del Poder, eclesiástico o civil, resulta comprensible que su historia esté marcada por una aspiración de independencia, como “libertad de cátedra” o “libertad científica” respecto del poder político, también del sindical y podría añadirse de su ocupación por los partidos políticos.

Para mantener una distancia prudente permítanme que tome como pretexto algo puntual de la historia alemana. Fichte, Rector de la Universidad de Berlín, en sus conocidos “Discursos a la nación alemana”, llegará a sustentar que el Estado no será un medio para la realización de los derechos de los ciudadanos, sino para la actualización de los considerados como irrenunciables de la nación, concebida como sujeto colectivo natural. En ese contexto intelectual, la Universidad se liga dialécticamente al Estado, dado que este justifica su actividad en una “educación nacional” que se impone necesariamente. En “Diálogos patrióticos” la realización del patriota se consigue solo mediante la ciencia, que se hará ante todo en su propia nación. Una de sus últimas conclusiones es que “solo el alemán puede desear aquella (realización) porque en su patria ya apareció la ciencia; sólo en alemán podrá realmente pensarse”. La inmanencia entre Universidad y Estado llega así a su más alto grado de paroxismo.

La Universidad Libre de Berlín, situada a escasa distancia de la Universidad de Humboldt y Fichte, próxima a la Puerta de Brandeburgo, fue la respuesta occidental al grito por la libertad pronunciado por un estudiante de la vieja Universidad de Berlín. Se dirigió al cortejo académico en la inauguración del curso con una frase del idealizado Don Carlos de Schiller; “Señor dadle libertad al pensamiento”. ¿Quién teme, quién puede temer la libertad? No se supo más de aquel audaz estudiante, cuando un muro dividía entonces la ciudad.

Reflexionar sobre la Universidad y su misión es tarea que se plantea alguna vez a todos los que estamos insertos en ella. No es cuestión, y menos ocasión, de formular paradigmas, pero con su benevolencia mostraré mi preferencia por alguna de las tesis de Newman en su *The idea of University* que tiene relación con lo anteriormente expuesto. La educación “liberal”, en el sentido que desarrolla a continuación, constituye “un hábito de la mente que dura toda la vida y sus atributos son la libertad, la equidad, la moderación, la sabiduría”. Consiste en “llevar las cosas hasta sus mismos principios”. Permitiría una adaptación a cualquier situación, cuyo dominio específico se adquiriría “*on the spot*”, y que el graduado universitario se encuentre “*at home in any society*”, muy apropiado para nuestro mundo globalizado. En ese sentido siempre he pensado que lo fundamental es transmitir un modo de abordar la búsqueda del conocimiento científico, un método, una actitud. Es quizá la ligazón más consistente entre

maestros y discípulos y también la más conforme con la libertad, que rechaza la imposición doctrinal, los dogmas de escuela.

No quisiera terminar este boceto de elogio de la Universidad sin aludir a la capacidad de transmitir valores con los que se conforma la personal comprensión del mundo en que nos toca vivir. La Universidad se justifica por la búsqueda de los “porqué”, como tarea previa a la indagación de “los para qué del” conocimiento. En último término, mantiene despierta la “sensibilidad por la verdad” aunque no la agote.

4. Desde esa perspectiva entiendo también el Derecho. No se trata tanto de definir el Derecho de un modo excluyente, como de definirse ante el Derecho. Existe una larga tradición de la que somos deudores y responsables. No resulta difícil admitir la formulación de Celso, *ius* como *ars boni et aequi*, como arte y ciencia de lo justo. Y, sin embargo, de una u otra manera, por orientaciones ideológicas diferentes, se ha llegado a excluir la referencia a lo justo, o se sustituye por la eficiencia o se subordina a ella. Lo justo pertenecería a un ámbito ajeno al Derecho, que ha de ser purificado de toda manifestación ética. Para el autor de la “Teoría pura del Derecho” lo justo se situaría en lo que debe ser (*sollen*) frente a lo que es (*sein*), positividad o pura normatividad, separados por un muro, aunque al final de su vida el jurista austriaco, afincado en América, hubo de reconocer que el muro no es infranqueable.

La identificación de derecho y justicia no sería una tendencia jurídica. La justicia sería un ideal irracional, inaccesible al conocimiento; su existencia solo podría ser revelada por un orden positivo. No es del caso profundizar en el desarrollo y consecuencias de tal aproximación teórica. El “dar a cada uno lo suyo”, que se repite desde el Derecho romano en la cultura occidental, sería una fórmula vacía.

Ciertamente la pureza del Derecho puede entenderse sin confundirlo con la ética, pero no resulta fácil sin contar con ella, como la realidad confirma. Existe consenso en considerar que la crisis económico-financiera, que todavía no ha sido superada, tuvo su causa en comportamientos de carácter ético. En ese sentido, gurús prestigiados de la economía han señalado como causa de la crisis financiera a la codicia, la *vana cobiça* del viejo del Restelo, “*mísera sorte, extranha condição*”. La corrupción que ha hecho perder la confianza de los ciudadanos en la política y sus representantes tiene también un innegable sentido ético. Su impacto es real y no es preciso señalar situaciones

El Derecho no es ni puede ser ajeno a esos fenómenos, aunque no sea el único remedio. Para no ceñirme a lo punitivo, una regulación adecuada de la contratación pública, por citar un terreno de mi especialidad, puede minorar ese cáncer de la vida pública. Sin afán moralizante, las Directivas europeas sobre contratos públicos, para hacer real un mercado común en favor de la concurrencia, que requiere una igualdad efectiva entre los licitadores, han impedido las modificaciones de los contratos que de hecho la burlan; uno de los nichos de corrupción en que intervienen la Administración pública y particulares.

El propio Derecho positivo, en el que se ha pretendido encerrar el Derecho, contiene formulaciones cuyo cabal entendimiento no puede conseguirse sin referencia a una concepción ética, llámese el buen padre de familia, moral pública, honor. Son paradigmas o arquetipos o estándares que, insertos en un *sein*, se incardinan en un *sollen*. Lo que es bueno se entenderá de modo distinto, pero la raíz permanece y no se puede eludir porque es Derecho positivo a aplicar, sin el contrasentido de convertir esas expresiones, que constituyen una referencia objetiva de actuación, en metáforas o alegorías.

Pueden sustituirse expresiones de trasfondo ético por otras que resulten aparentemente neutrales, por ejemplo, bien común, por intereses generales. En todo caso, existirá una ponderación calificativa de lo que se entienda por esas expresiones, que permiten registrar avances y retrocesos en la realidad social a considerar. Entender buena administración solo como administración eficiente, no parece que suponga un enriquecimiento del Derecho. Si bien es verdad que la expresión ciertamente no deja de ser una alegoría. La jurisprudencia de Luxemburgo se ha preocupado de aclarar que se trata de un atractivo denominador genérico de los concretos derechos fundamentales que cobija.

No es cuestión de empeñarse en una guerra terminológica. Por el contrario, para un entendimiento científico, habrá que esforzarse en utilizar los términos en congruencia con lo que se espera de lo que ellos expresan. No es lo mismo establecer la eficiencia como arquetipo general de comportamientos como los anteriormente citados, que para calcular la retribución que deben recibir las empresas dedicadas a la distribución de energía eléctrica en un concreto mercado.

De alguna manera el jurista no se siente completamente satisfecho con la positividad de las normas. Hace tiempo que se ha superado el mito de la ley, como expresión primordial del Derecho, en buena parte un alegato contra el absolutismo regio, aunque siga siendo frecuente hablar del “imperio de la ley”. Lo que se considera como Derecho positivo no es ajeno a su circunstancia histórico-cultural, que no supone una ruptura total con sus precedentes, aunque sea exponente de una revolución. Sin relacionarlo con esa circunstancia no resulta satisfactoriamente comprensible. Por eso me he atrevido a transmitir a los alumnos que incluso el Derecho administrativo es un fenómeno cultural. No me entretendré en razonarlo; sirva como muestra que conquistas del Derecho como la reserva de ley, fueron más bien la de los *beati posidentes*, de la burguesía liberal, que garantizaba su propiedad y su libertad en un Parlamento al que se accedía mediante un sistema electoral restringido.

El Estado de Derecho llegó a considerarse en sede doctrinal alemana desde un punto de vista milenarista como la culminación de las etapas del Estado; algo así como “el fin de la historia” propuesto en nuestros días. Las notas de social y democrático, que se le han añadido, los procesos de integración de los Estados nacionales en instancias más amplias y el fenómeno de la globalización evidencian que queda mucho camino por andar. Siempre es posible aspirar a la realización de un ideal de justicia, desde el propio Derecho, sin marginarlo: un

inagotable “dar a cada uno lo suyo”, también lo que pertenece al conjunto, cada vez es más amplio, desde lo local a lo global. La dignidad de la persona es una referencia permanente y estímulo para ese esfuerzo.

La historia ofrece muestras muy concretas de que no siempre se avanza hacia la realización de la justicia. Se constata en la utilización consciente del derecho positivo en contra del ideal de justicia, que son los derechos que pertenecen a la persona por su naturaleza de tal, o con la interpretación que se hace de ese ideal como un “deber ser” impuesto bajo engañosos títulos: “pro salute populi”, “razón de Estado”, “Volksgenossen”, “orden público”, “seguridad nacional”, “garantía institucional”. De todo ha habido.

No resulta difícil admitir que *ubi societas, ibi ius*, que la organización de la convivencia, llámese como se quiera a lo largo de la historia, está regida por el Derecho. Pero la sociedad cambia y también es innegable que la respuesta del Derecho como realización de la justicia ha dejado insatisfacciones. Es la “lucha por el Derecho”, como lucha contra la injusticia. Una lapidaria propuesta de Ihering que implica conquista, mas también defensa.

Aunque los dos términos permanecen a lo largo de la historia, que en último término tiene a la persona como protagonista inexcusable, la respuesta del Derecho ha de adecuarse al más real y efectivo reconocimiento de su dignidad en una convivencia pacífica que lo haga posible, sin que discriminación alguna lo impida.

La llamada pureza del Derecho, para no contaminarse con una “ley natural” que se entiende como una imposición metajurídica, puede llegar, y ha llegado, a imponer otro orden natural, que corresponde a una antropología metajurídica propia que se presenta como superación de lo que venía siendo aceptado en una larga tradición cultural. Hoy no podría ya exhibirse la única limitación que se adjudicaba al Parlamento británico para expresar la amplitud de su poder.

El Derecho no es lecho de Procusto, impermeable a los cambios que se producen en las sociedades. Sus destinatarios tienen, sin embargo, un algo común que permanece y no sería científico ignorarlo. El Derecho, que es *ars*, pero también *techné*, ha de regular los hechos sociales de manera ajustada o congruente a los mismos. Desde este punto de vista puede defenderse que lo considerado mayoritariamente como natural en un sistema democrático, sobre todo si esa mayoría es notoriamente amplia, para no utilizar otros criterios, no debe ser regulado de un modo idéntico con lo que es minoritario. Es comprensible y de fácil aceptación que un Estado democrático de Derecho proporcione garantía a las minorías; pero sería un contrasentido que la posición jurídica de estas suplantase a la mayoría. Otra cosa es cómo se forme la mayoría.

De fácil aceptación es que propiedad y posesión no tengan una regulación jurídica idéntica, aunque presenten aspectos comunes o incluso se superpongan. Más difícil es la aceptación cuando se trata de asuntos que responden a concepciones antropológicas distintas, a las que el desarrollo de la ciencia proporciona verosimilitud. Las soluciones uniformadoras desde la técnica del

Derecho, aceptando la regla del juego de no tener en cuenta la justicia, entiendo que son más rudimentarias y en ocasiones pueden ser contrarias a la Constitución aceptada como regla general de la convivencia cívica.

La historia, y por desgracia también el presente, revela extremos a que puede llevar la consideración puramente instrumental del Derecho. Lo expuso, con clarividencia dialéctica Benedicto XVI, también profesor universitario, en un notable discurso en el Reichstag. Recordó a los parlamentarios, compatriotas suyos, la experiencia vivida del nazismo: “cómo el poder se separó del derecho, se enfrentó contra él; cómo se pisoteó el derecho, de manera que el Estado se convirtió en el instrumento para la destrucción del derecho” según sus palabras. En “Historia de un alemán. Memorias 1914-1939”, se describe el proceso seguido. Cómo desde la legalidad formal va imponiéndose el nazismo en el campo abonado por las consecuencias de la primera guerra mundial y las secuelas que dejó.

No es un libro de historia, sino como se indica en el título, un relato autobiográfico. Su autor, Sebastián Haffter, un muchacho ario de tradición republicana burguesa, hijo de un alto funcionario formado en la disciplina de la burocracia prusiana, tenía 25 años cuando Hitler fue proclamado Canciller, y era pasante en el Tribunal Cameral de Berlín. Para lo que ahora interesa, describe cómo se fue destruyendo el Derecho. Los nazis se iban apoderando del poder, imponiendo la fuerza, sembrando el terror por los comandos de la SA y de las SS. En el Tribunal, sin embargo, seguía aplicándose el Derecho todavía vigente. Poco tardó para que esa aparente normalidad legal cambiase radicalmente. Se había empezado por el boicot a los comercios y actividades de los judíos. Se invitó a los magistrados judíos del tribunal a que lo abandonaran; se los sustituyó por jóvenes jueces municipales nazis que empezaron a discutir las opiniones de los magistrados “no afectos al régimen”. Si estos citaban tal o cual artículo del Código civil o de la ley de procedimiento judicial se les hacía callar con el eslogan de que había que interpretarlos de acuerdo con el espíritu del nuevo momento político, “la concienciación germánica”. Ese fue el principio; no es necesario recordar a donde se llegó.

No resulta exagerado, ni parcial sostener que el nazismo subvirtió el Derecho, entendido desde la justicia. No pretendo sostener que fuese la consecuencia inexorable de una ilustrada concepción del Estado como “realización de la idea moral o ética”, pero sin ese campo de cultivo idealista hubiera sido más difícil que hubiese germinado. Y es que, a veces formulaciones teóricas doctrinales terminan sirviendo a lo contrario de lo que pretendían. En la célebre disputa en los primeros treinta del pasado siglo entre Kelsen y Carl Schmitt, éste propuso al Führer como defensor de la Constitución por considerarlo un órgano independiente del partidismo político. No es necesario decir quién terminó siéndolo.

Si se ha hecho mención a hechos del pasado, sobre los que resulta fácil el consenso es para reflexionar, con brevedad, sobre el presente. Quizá suene como algo superado la conocida afirmación de Bismark, en confrontación formal con el Estado de Derecho: *Macht gehet for Recht*, “El Poder va por delante del Derecho”

y, sin embargo, constato haberla escuchado en el debate constituyente referida al Tribunal constitucional, la alternativa defendida por Kelsen.

La lucha por el Derecho y su defensa desde el mismo Derecho sigue siendo una tarea necesaria. Ha pasado a ser Derecho aplicable lo que no era permitido, según las propias reglas del Derecho positivo y, lo que es más criticable, de la Constitución. El cambio social ha sido el argumento y en ocasiones sin que haya pasado el mínimo tiempo para corroborarlo y justificarlo con la tesis doctrinal de la normatividad de lo fáctico. La ley se independiza de sus autores ha llegado a decirse en relación con la Constitución; se independizaría de un modo autónomo de los constituyentes que la aprobaron. No habría necesidad de que el Tribunal constitucional se manifestase sobre la legitimidad del cambio.

La argumentación forma parte del razonamiento jurídico. El campo de juego viene marcado por la Constitución y a él habrá de atenerse para que exista un diálogo auténtico, sin necesidad de apelar a concepciones antropológicas que se sitúen en el campo del *sollen*. Unos ejemplos serán suficientes.

Desde hace muchos años, el Código civil español, con comprobada influencia del portugués, dice que las normas se interpretarán “según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, además de otros criterios. Se trata de la aplicación, no de la creación de la norma. Supuestos, como los mencionados con anterioridad, en los que el legislador hace depender la consecuencia prevista en la norma de un concepto que necesita ser precisado o determinado para que la norma pueda ser aplicada. Conviene tener en cuenta que se refiere a relaciones entre particulares.

La precisión, o determinación, requiere la necesaria consideración de la realidad social que, a veces por sí sola, da contenido al concepto. La realidad social determina la consecuencia jurídica prevista en la norma de cuya aplicación se trata. En qué consiste hoy ser un buen padre de familia cuando la institución ha dejado de ser homogénea. En todo caso, se trata de interpretación de una norma para su aplicación.

El problema que se plantea en la actualidad va más allá, en cuanto la interpretación se convierte en creación de una norma por quien no está habilitado para ello. Ocurre eso cuando el Tribunal Constitucional en España o la Corte Suprema en EEUU se convierten de intérprete en legislador o lo que es más sorprendente en constituyente, siendo un poder constituido. La especulación científica y la argumentación jurídica tienen en ello una influencia evidente, que permiten el diálogo en el mismo terreno.

El debate se ha sostenido en los EEUU entre dos posiciones respecto de cómo ha de interpretarse la Constitución americana. Según unos, el fallecido Scalia era un referencia, se trata de interpretarla como la entendieron los padres fundadores, de acuerdo con precisas convicciones en un tiempo y una sociedad que no coincide con la actual. Se trata de ir al origen y deducir a partir de él cómo se puede entender en el momento actual. Para otros, se trata de entender la Constitución como algo vivo, *living Constitution*, que evoluciona, ella misma,

al ritmo de la sociedad; en definitiva una ambigua interpretación evolutiva. La cuestión no es de poca importancia cuando se trata de derechos fundamentales.

Interesa detenerse en ello a propósito de una Sentencia del Tribunal Constitucional español de 2012, que servirá para contrastar las afirmaciones que se han hecho con anterioridad sobre el *sein* y el *sollen*, las contradicciones entre los magistrados que conformaron la mayoría y la importación deficiente de la tesis evolutiva. De entrada, a diferencia de lo que sucede en EEUU, la distancia temporal entre el momento de dictar la sentencia y la aprobación de la Constitución es, obviamente, mucho mayor. No existe la dificultad de deducir, o de inducir, de la Constitución, a causa de esa distancia, cómo ha de entenderse. El Tribunal reconoció de un modo unánime lo que debatieron y aprobaron los constituyentes en 1978, entre los que me encuentro. No tenían, por tanto, que esforzarse en indagar lo que realmente decidieron y, puedo añadir, que solo con un voto en contra respecto del asunto planteado. El Tribunal, se inclina por “la lectura evolutiva de la Constitución” que “se proyecta en la categoría de la garantía institucional”, tesis que se desarrolla diciendo que “la cultura jurídica no se construye desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino también contribuye a su configuración la observación de la realidad social y jurídica más relevante, sin que eso -merece la pena subrayarlo para lo que se expondrá - signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico o a las opiniones de la doctrina jurídica”

Esa posición que no fue mayoritaria, por la existencia de votos particulares en contra de la constitucionalidad de la ley objeto del recurso y por el de otro magistrado que la rechazó, aunque terminó votando a favor, cuyo testimonio es especialmente ilustrativo por la crítica contundente realizada contra esa manera de interpretar.

Además de calificar la alusión a la cultura jurídica como sociologismo jurídico, recuerda que no puede relativizarse la cultura jurídica y la conciencia social existente en el momento de aprobarse la norma cuando el propio Tribunal las ha reconocido. En definitiva, “mediante la interpretación evolutiva -concluye su desacuerdo - “no puede hacerse decir a la norma lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución sino que se cambia eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello”.

Por qué, no obstante su crítica, ese magistrado catedrático de Derecho constitucional votó a favor de la sentencia. Lo dice de una manera clara: “Si se tratase de un precepto constitucional que no estableciese una garantía institucional, frente a su tenor literal, a su indudable significado originario y a su entendimiento reiterado por el Tribunal constitucional, hubiera sido muy difícil no declararlo inconstitucional”. Vale la pena detenerse en esta afirmación porque la denominada garantía institucional resulta ser la clave del razonamiento.

No se trata de realizar una interpretación evolutiva de la Constitución, que consiste en “adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan” sino de interpretar la Constitución

de acuerdo, se dice, con el concepto “generalmente acuñado de garantía constitucional que sí puede evolucionar.

Antes de desvelar ese aparente galimatías o *charada* para los no expertos en la materia, conviene reproducir términos anteriormente citados. En el supuesto de la interpretación evolutiva la norma no llama al ser (*sein*) para dotarse de eficacia, porque como deber ser (*sollen*) es perfecta; el intérprete va adaptando su sentido con el límite de respetar el tenor literal de la norma, porque entonces “no se interpreta la Constitución sino que se la cambia”, como se ha recordado. Por el contrario, en la garantía institucional “la misma norma llama al ser para configurar su deber ser”. Como puede deducirse, desde los mismos principios de la pureza del Derecho, acaba saltándose el muro entre el ser y el deber ser, que se consideraba insalvable para mantener la pureza del Derecho.

Pero qué es la “garantía institucional” que tiene el poder taumatúrgico de convertir una ley en constitucional que sin esa garantía sería inconstitucional. Se trata de una categoría de origen doctrinal, impulsada por Carl Schmitt, un jurista tan ilustre como discutido y ciertamente poco recomendable para la mayoría del Tribunal que acordó la referida sentencia. En autocita de la STC 32/1981 de 28 de julio el Tribunal recuerda que con ella se garantiza la “preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”. No es momento para su análisis. Bastará recordar su origen y finalidad. Fue ideada para fortalecer los derechos fundamentales en la Constitución de Weimar, que carecían de la fuerza que hoy tienen en la Ley fundamental de Bonn. La garantía institucional, en declive en Alemania, se asumió por el Tribunal constitucional español en favor de la autonomía local que no es configurada en la Constitución española como un derecho fundamental y, por tanto, los Municipios (autarquías) no tenían acceso al Tribunal constitucional para su defensa.

En definitiva, esa categoría doctrinal pudo emplearse para proporcionar a un derecho fundamental más garantías o paliar las consecuencias negativas de su no reconocimiento constitucional; pero no es justificable que se utilice para debilitarlo o modificarlo sin el procedimiento establecido en la Constitución, que obliga también al Tribunal constitucional. Los derechos fundamentales no precisan de la garantía institucional para su defensa. Y aun concediendo que derechos fundamentales y garantía institucional “no son categorías jurídicas incompatibles”, el mismo Tribunal constitucional ha debido reconocer que “es mucho mayor el poder conformador de las normas que regulan la institución si estamos ante una garantía institucional y no ante un derecho fundamental” (STC 26/1987) en relación con la autonomía universitaria.

5. Los derechos fundamentales constituyen un ámbito adecuado para el diálogo. Vinculan a todos los poderes del Estado; su contenido esencial ha de ser respetado por el legislador. Esas formulaciones se introducen en la ley Fundamental de Bonn de la que son deudoras las Constituciones de Portugal y

de España, aceptación europea de lo que fue el fundamento de la americana. Para expresar el giro copernicano que supuso en la trayectoria alemana del Derecho público y subrayar el cambio entre Weimar y Bonn se ha dicho a modo de sentencia, que suelo recordar: “antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales” (Krüger). Por eso, entiendo que deben ser no solo defendidos, sino que deben extraerse de ellos la máxima virtualidad, además de garantizar que sean reales y efectivos.

No debería enfrentarse derecho fundamental y valor. Sin adentrarse en la exposición de la base filosófica, metajurídica, de los valores, cuyo descubrimiento produjo alborozo científico, Ortega y Gasset fue una referencia en España, bastará recordar que, desde el Derecho trató de evitarse caer en un nuevo positivismo, reconociéndolos como una suerte de supraconstitucionalidad.

El valor ciertamente no es independiente del ser, de ahí su objetividad. Si no es, no vale; pero puede entenderse en sentido opuesto, el ser tiene sentido “mientras vale” y relativo, el valor lo es “para algo o para alguien”. No creo necesario explicitar a qué conclusiones puede llegarse por el perspectivismo de esa lógica si la vida, un derecho fundante de todos los demás, deja de tener valor. No hay por qué desechar el concepto de valor. No se entiende un sistema democrático sin valores. Por eso puede concluirse que los derechos fundamentales, derechos subjetivos y Derecho objetivo, son los valores de la democracia, que tienen como última referencia el canon universal de la dignidad.

En los derechos fundamentales, que podrían denominarse clásicos o liberales, la función del Estado es fundamentalmente garantista, asegurar su respeto, impedir su vulneración. Sucede que en algún ordenamiento, como el español, la educación se formula como un derecho fundamental; no se limita a reconocer la libertad de enseñanza. Tiene un carácter prestacional, al asumir que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita, o con mayor amplitud, al establecer que los poderes públicos garantizarán el derecho de todos a la educación y que ayudarán a los centros docentes que se creen en virtud de la libertad que se reconoce a las personas físicas y jurídicas. El derecho fundamental es de la persona. El Estado, debe realizar directamente las prestaciones necesarias, para hacer real y efectivos los derechos fundamentales, pero no suplantar a sus titulares. La actividad prestacional no desvirtúa la naturaleza de derecho fundamental, no lo convierte en un “servicio público objetivo” o simplemente en un servicio público más. Como tal derecho para su defensa ante los tribunales se reconoce un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, acceso al Tribunal constitucional.

Si se trae a colación esta referencia al ordenamiento español, no es para proponerlo como paradigma, sino para referirme al debate sobre la configuración jurídica de los derechos sociales. Su importancia en países que han seguido la orientación alemana se ha revelado en la presión política o jurisprudencial para convertirlos, al menos algunos de ellos, en la categoría de derechos

fundamentales, superando la denominada “cláusula del miedo”. El problema se ha agudizado con motivo de la crisis económica, con el objeto de garantizar que las prestaciones sociales no se vean limitadas, reflejando las dudas sobre la reversibilidad de los derechos sociales de los ciudadanos. La idea del derecho “al mínimo vital” es elocuente.

Que el carácter prestacional atribuido a los derechos sociales no parece definitivo para negar su condición de derechos fundamentales lo confirma la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en la que figuran, como tales, derechos sociales. Para todos, sin diferenciar, el artículo 52 establece que: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección los derechos y libertades de los demás”.

Como es usual en el Derecho comunitario, el contenido de la Carta constituye un mínimo obligatorio para todos los Estados miembros. En ese sentido ha de subrayarse que a todos los derechos fundamentales se aplica que su contenido esencial debe ser respetado por el legislador. Es en la amplitud para definir lo que sea ese contenido esencial donde pueden encontrarse las diferencias. En el caso de derechos fundamentales de carácter prestacional la ley dispone de un mayor ámbito de actuación para fijar el límite del contenido esencial. Se encuentran sometidos a condicionamientos de carácter económico que ha de asegurarse por leyes ordinarias, incluida la ley presupuestaria. El artículo 2,1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace referencia a ello aunque el texto “hasta el máximo de los recursos que se disponga” tiene un carácter dinámico, como expresión del principio de progresividad.

En la Carta no se impone un determinado procedimiento para la defensa judicial de los derechos. Por ello es posible, como sucede en el ordenamiento español, que no todos de los derechos fundamentales, reconocidos como tales en la Constitución, tengan la misma garantía judicial. Esa diferencia no es obstáculo para la ampliación del catálogo de derechos fundamentales. Habrá que garantizarlos; y aunque el Derecho no es solo garantía, sin garantía no hay Derecho. Los derechos sociales fundamentales formulación jurídica. Su contenido esencial podría garantizarse también a partir de las funciones, y en consecuencia, obligaciones del Estado que no son ya solo las del Estado liberal-burgués. Y es que el Derecho, que como he venido sosteniendo, no es indiferente al “deber ser”, tiene sus exigencias técnicas. Se trata de conseguir lo justo de un modo congruente. A ello obedece el esfuerzo científico por la construcción de categorías e instituciones jurídicas. Y por supuesto, la importancia de principios como razonabilidad, proporcionalidad o eficiencia, sostenibilidad por referirme algunos.

Las prestaciones sociales constituyen un test. Su sostenimiento y ampliación están en el centro de las preocupaciones ciudadanas en Europa. Han tenido que

ver en el éxito del Brexit y no son ajenas a actitudes sociales y políticas respecto de la inmigración. La superación de una concepción ideológica sustentadora de un monopolio del Estado en la materia, propio de Estados intervencionistas no democráticos y, en todo caso, la incapacidad financiera de Estados democráticos para atender al crecimiento incesante de beneficiarios explica la preocupación actual: cómo puede sostenerse el Estado de bienestar desde el Derecho.

La pregunta se formula en un escenario que refleja una tensión dialéctica deudora, en último término, de la contraposición entre lo público y lo privado que sigue latente en el discurso político. Una herencia hegeliana, que no suele reconocerse y corrobora que el *sollen* se inserta en el *sein* y lo domina. El Estado despliega la justicia y emana la moral. Se caracteriza por la razón, la unidad que da sentido y resuelve por integración superior los dispersos intereses particulares caracterizados por el beneficio. Las prestaciones sociales permiten reconsiderar esa contraposición.

El Estado, al asumir la obligación de hacer real y efectivo el bienestar es un Estado garante, lo que conlleva la realización directa de prestaciones y el reconocimiento de que desde la sociedad se contribuya libremente a esa realización. El Estado sin dejar de ser social se enriquece con la nota de democrático. Habría que hablar, como más de una vez he sostenido, de sistema: de salud, de educación, de asistencia social y dependencia. Al Estado corresponde garantizar que sea universal y de la mejor calidad, no ser necesariamente su exclusivo gestor. El principio de eficiencia obliga a optimizar los recursos públicos que, en definitiva, provienen de los ciudadanos.

La participación de la sociedad en este ámbito se constata en la existencia de numerosas organizaciones sin fines de lucro, bajo formas jurídicas distintas que se sitúan, para decirlo de un modo gráfico, entre el Estado y el mercado, lo que se ha denominado el "tercer sector": las promovidas por la Iglesia, ONGs, Fundaciones y, en general, multitud de iniciativas fruto de la libertad de asociación, que en muchos casos responden al principio de solidaridad que tiene precedentes históricos, antes de que el Estado hubiese asumido esos requerimientos sociales. Las prestaciones por dependencia son expresivas de la nueva realidad, que no se reconducen a un mero servicio público, ni limitan la participación de los particulares a la condición de concesionarios; ni tampoco son un complemento voluntario de las previstas en el sistema de Seguridad social.

6. *Ubi societas, ibi ius*, decía. Sucede que esa sociedad ahora se percibe como global. No es suficiente con el Derecho construido sobre los Estados. La referencia a la Humanidad daría pie para hablar de un Derecho global, como auténtico *ius commune totius orbis*, en otras palabras una "reformulación del Derecho". Exige poner el acento en la persona, más que en los Estados. Una confirmación de su centralidad, de los derechos fundamentales, de la preeminencia, en definitiva, de la dignidad humana. Es el nuevo reto. No existe una Constitución, un Poder

legislativo, un gobierno global parejo al de los Estados, ni siquiera al modo de la Unión Europea. Los entes con poder normativo son muy variados en cuanto a su naturaleza, pública e incluso privada (agencias de calificación de rating) que inciden en la vida de los ciudadanos, se imponen los Estados, pasan en no pocas ocasiones por encima de Parlamentos y Gobiernos (*backdoor rules*) y cuyas decisiones pueden constituir fundamento para decisiones judiciales.

No responden a los parámetros de los Estados configurados como de Derecho. No hay elecciones, no hay claridad en la selección de quienes los dirigen, ni para determinar inelegibilidades e incompatibilidades; no existe un cauce reglado de dación de cuentas, de accountability. Existen órganos de resolución de conflictos, pero no se aprecia quién y cómo puede exigirse responsabilidad a los titulares de aquellos por decisiones que hayan tomado. Es no sólo un déficit democrático tradicional que afecta a la designación de los titulares o rectores de los organismos, sino a contestar a la cuestión *¿quis custodiet custodes?*

Otro tanto ha de decirse sobre la inejecución en la práctica de resoluciones adversas a intereses de los Estados más fuertes -o de sus compañías a menudo multinacionales - cuando el vencedor en la resolución arbitral o cuasijudicial es uno más débil. El sistema actual de *retaliation* consistente en imponer restricciones comerciales al país ofensor, además de ser arcaico en el orden jurídico, es ineficaz como evidencia algún sonado y comentado asunto. Por eso se comprende que admirados colegas de Portugal hayan hablado de un constitucionalismo global como aspiración o como necesidad de superar.

El Derecho que podría denominarse global es una realidad fragmentaria que dista de constituir un ordenamiento coherente. Un tema al que me he aproximado y sobre el cual solo pretendo llamar la atención. El Derecho administrativo global, he sostenido, será de naturaleza fundamentalmente principal. Desde esa perspectiva los derechos humanos pueden suministrar un aporte significativo, en cuanto a su universalidad, en los que pueden subsumirse principios generales del Derecho o comunes a los procedimientos e instituciones jurídicas de los ordenamientos estatales. De esa manera en buena parte se ha ido construyendo el Derecho de la Unión Europea.

7. En síntesis, la incorporación del deber ser al ser, por decirlo de un modo deliberadamente dialéctico, responde a la realización de la justicia. Lo justo concierne al otro en una relación de igualdad, al que es miembro de una comunidad por razones de solidaridad, a los de generaciones futuras incluso para la sostenibilidad de la casa común a habitar. Es la convicción de un jurista que como universitario intenta a través del conocimiento orientarse al interrogante de la verdad, no superado por el neologismo posverdad (*post-truth*) que acaba de introducirse en el Oxford Dictionary.

8. Sin que pretenda imitar al Joyce de *Finnegan Wake*, más identificado con el T. S. Elliot de *East Coker*, *In my beginning is my end*, termino por donde empecé:

pidiendo excusas y agradeciendo la asistencia de todos Uds en este acto, a la Universidad Lusíada, al Conselho Científico y al Rector Magnífico professor doutor Alfonso D'Oliveira Martíns. Lo haré en portugués porque expresa mejor mi sentimiento.

Muito obrigado não é um final; é a expressão duma ligação. Pois, prezada audiência, fico muito obrigado.