

1

IGUALDAD, PROPORCIONALIDAD E IMPERIO JUDICIAL*

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO

SUMARIO

- I. DAR A CADA UNO LO SUYO: LA ESENCIA DEL IUSMORALISMO.
- II. LA UTILIDAD DE LA LEY Y LOS MÁRGENES DE TOLERANCIA.
- III. LA INJUSTICIA ES DESPROPORCIÓN, PUES DESPROPORCIONADO ES TRATAR DIFERENTE LO QUE MERECE LO MISMO Y TRATAR IGUAL LO QUE MERECE DISTINTO TRATO. O DE CÓMO LOS JUECES ENCONTRARON LA PIEDRA FILOSOFAL.
 - 1. Los tribunales derrotan la igualación legal.
 - 2. Los tribunales derrotan la diferenciación legal.
- IV. LA GRAN CUESTIÓN DE FONDO; O DE CÓMO SE TRANSFORMA EL SISTEMA CONSTITUCIONAL POR ENTERO.
- V. BIBLIOGRAFÍA.

I. DAR A CADA UNO LO SUYO: LA ESENCIA DEL IUSMORALISMO

Justicia es dar a cada uno lo suyo¹. Esta es la más repetida e importante fórmula de la justicia, tal como se contiene en nuestra tradición moral y como aparece en la Filosofía del Derecho bajo variadas vestiduras.

*. El presente trabajo se inserta en el proyecto de investigación «Derecho correcto. Criterios de corrección de la práctica jurídica» (PID2023-146061NB-I00), Financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación (España).

1. La fórmula aparece en *De officiis* I, 15 y en *De legibus* 1, 6 19, de Cicerón. En el *Corpus Iuris Civilis* justinianeo, en las Instituciones, se lee que *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum*

Dos son las preguntas inevitables: en qué situaciones o ámbitos de la vida social opera esa idea de justicia y cómo se determina qué es lo justo para cada uno, a efectos de aplicarla concretamente. Luego habrá que plantear qué relación hay entre la justicia, así entendida, y el Derecho.

Sobre lo primero. Alguien puede no tener lo que en justicia le corresponde o bien porque la otra persona se apoderó de lo que era suyo o no le da lo que suyo ha de ser. Lo que uno tiene de menos otro lo tendrá de más y la injusticia se da en lo que respectivamente y **por** relación al otro cada uno tiene, sea, por tanto, de menos o de más. Este es el campo de la que desde Aristóteles se conoce como justicia conmutativa y de la justicia correctiva².

También puede suceder que alguien se encuentre en una situación social en la que tiene menos o más de lo que ha de pertenecerle por relación al grupo social en su conjunto y ya no respecto de tales o cuales sujetos concretos. Entonces estamos en el ámbito de la justicia distributiva, según la división aristotélica. Vamos ahora con el modo de determinar lo que cada uno ha de tener para que sea justo lo que tiene, para que sea lo que en justicia le corresponde.

Lo primero que se requiere para que esta idea de justicia juegue con sentido es que haya un orden objetivo, un patrón de medida ajeno a lo que cada uno tiene subjetivamente por justo para sí o para los otros. Si lo justo es dar a cada uno lo suyo y lo que de cada uno haya ser lo marca la mera opinión del que recibe o del que reparte, habrá potencialmente tantas variantes de lo justo como subjetividades compitan. Yo puedo pensar que el justo salario que debo a aquel trabajador mío es de mil, él puede estimar que es de dos mil y cualquier espectador llamado a juzgar también podrá creer que ese salario debería ser de mil setecientos para ser el justo. Así pues, esta teoría de la justicia como dar a cada uno lo suyo presupone alguna forma de objetivismo y de cognitivismo moral, de manera que lo que como justo se da por sentado sea lo justo en sí u objetivamente justo y que eso que objetivamente sea lo justo resulte también cognoscible para los sujetos, pues de nada serviría postular que ahí afuera, en alguna parte del mundo, preexiste o está determinado el metro con el que se mide la justicia de cada relación, pero que no son accesibles al ser humano los resultados de aplicarlo, los resultados de tal medida objetiva.

non laedere, suum cuique tribuere y de Ulpiano figura en el Digesto 1,10 que «*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*». Para una relación de textos romanos en que aparece la fórmula, véase Torrent, Armando, «El concepto de iustitia en los juristas romanos», *Revista Internacional de Derecho Romano*, 20, 2018, pp. 93-94.

Tomás de Aquino definía la justicia como «el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho» (Suma Teológica, II-IIa, q. 58, a. 1). Y luego explica que «se dice que es suyo — de cada persona — lo que se le debe según igualdad de proporción, y, por consiguiente, el acto propio de la justicia no es otra cosa que dar a cada uno lo suyo» (II-II, q. 58, a. 11).

2. Entre muchos autores muy representativos del recurso a la idea de justicia correctiva como base del Derecho o de partes de él, empezando por el Derecho de daños, merece ser mencionado Ernest J. WEINRIB. Véase, por ejemplo, su artículo «The Gains and Losses of Corrective Justice», *Duke Law Journal*, 44, 1994, pp. 277-297.

Dónde habite el patrón objetivo de la justicia y cómo se conozca son cuestiones que han recibido respuestas bien diferentes en el debate ético y metaético de todos los tiempos. Quienes piensan que la medida de lo justo es parte del orden exterior del mundo, como parte de ese orden son los árboles o el alma, se llaman realistas morales. El realismo moral es naturalista cuando mantiene que en la naturaleza misma se halla grabado, asentado o de cualquier forma presente el orden de lo justo, de lo que en justicia es debido en las relaciones humanas y sociales. La tradición iusnaturalista más clásica se sitúa seguramente en este espacio teórico del realismo naturalista, pues postula que hay una parte de la naturaleza misma del ser humano que se compone de normas y que, aun siendo inmaterial, es igualmente natural y forma parte del mundo en el más pleno sentido, de la misma manera que, para esta tradición, cada ser humano tiene un alma inmortal, que existe con la misma o más contundencia que el cuerpo mismo de cada uno, la parte física de cada persona.

Hay también un realismo no naturalista, para el cual los valores morales, y la justicia entre ellos, tienen una existencia cierta, pero en un plano no natural, equiparable o análogo al de la naturaleza misma, sino en un plano moral, puramente intelectual. Si para el realismo naturalista la naturaleza es dual, para el realismo no naturalista el mundo se divide en natural e ideal, en el sentido de que las ideas configuran algún tipo de realidad independiente, autónoma. Dicen siempre los expertos que máximo representante de ese realismo moral no naturalista es G.E. Moore, con la idea del bien que expuso en su *Principia Ethica*. Como explica Michael Ridge, por referencia a Moore, el no naturalismo asume la tesis metafísica de que las propiedades morales existen y no son idénticas con o reducibles a ninguna propiedad natural, en cualquier sentido relevante de «natural»³. Por eso la moral no puede ser objeto de ninguna ciencia natural, de ninguna que estudie la naturaleza, ni pueden las explicaciones morales pretenderse explicaciones científicas.

Para el realismo moral, ese orden «real» del mundo justo, sea natural o no, es cognoscible mediante una razón en relación directa con la naturaleza, tal vez porque juntas surgieron naturaleza y razón en la obra divina, o mediante una intuición que da acceso a los conocimientos de un orden que no es natural ni, por tanto, sensorialmente cognoscible, sino que se nos ha de manifestar y se nos manifiesta por otras vías del saber.

Frente al realismo moral, en esas sus dos variantes principales, existe un objetivismo moral no realista. Su tesis central vendría a ser que lo que sea lo justo no está predeterminado en ningún orden natural o ideal del mundo ni tiene por tanto nada de inmutable sino que será establecido con objetividad por una razón que en cada lugar y momento opere con los elementos accesibles en su «mundo de la vida» o en su marco epistémico y cultural, pero que sea capaz de construir verdades universalmente válidas en ese tiempo, a base de desprenderse de todo prejuicio y

3. RIDGE, M., «Moral Non-Naturalism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/moral-non-naturalism/>>.

de toda parcialidad y de desenvolverse en lo que de común tiene la razón para todos los humanos y en lo que todos pueden con ella ver cuando la parcialidad de sus intereses no deforma la objetividad de sus juicios. La variedad más importante de este objetivismo no realista es, hoy en día, el constructivismo ético, que tiene, entre los filósofos generales, sus expresiones más altas en John Rawls y Jürgen Habermas y entre los iusfilósofos cuenta con sus mejores exponentes en Robert Alexy, Carlos Santiago Nino o Manuel Atienza.

Aquí la vía para un conocimiento de lo objetivamente justo que es, a la vez, establecimiento de lo objetivamente justo, es una argumentación o actividad dialógica desarrollada bajo condiciones ideales; condiciones ideales que operan como modelo contrafáctico frente al que se ponen a prueba las disquisiciones que en verdad sólo pueden ocurrir y ocurren en la cabeza del sujeto o del número limitado de sujetos que se aplican a la solución de dilemas morales, también llamados problemas de razón práctica.

Por supuesto que dentro de cada una de esas clases de objetivismo moral hay múltiples variantes. No es este lugar para el intento de presentar un catálogo completo, sino que el breve esquema anterior nada más que pretende apoyar dos ideas que aquí resultarán centrales.

Una, que todas las variantes del objetivismo moral pueden suscribir la idea de que justicia es dar a cada uno lo suyo, si bien serán distintas las maneras en que cada tipo de objetivismo presente la ontología de la justicia y las condiciones epistémicas y metodológicas para el acceso a sus contenidos. Esa diversidad en lo ontológico y lo epistemológico, importantísima, no impide, sin embargo, que en el fondo todos los objetivistas se acojan a la idea de que lo que sea justo que cada uno tenga o a cada uno se le dé no puede depender ni de la voluntad de ningún sujeto o grupo en particular ni del azar ni de lo que disponga ninguna norma originada en puras decisiones políticas. Lo justo es lo que es y se conoce como se conoce, y por eso lo justo no se puede reducir ni a intereses de unos ni a poder de otros ni a designio ninguno que no sea el de la pura razón liberada de pasiones, de intereses y de prejuicios o sesgos, aun cuando esto, al menos para los constructivistas, sólo se pueda lograr paso a paso y dentro de los horizontes que cada cultura y tiempo aportan al saber.

La otra idea aquí importante es que no cabe ser iusmoralista y, en consecuencia, negar la separación conceptual entre Derecho y moral, sin ser, al menos en un grado mínimo, objetivista moral, sea en la versión que sea de las que sucintamente acabamos de repasar. Un objetivista moral podrá ser iuspositivista si sencillamente asume que la justicia en el contenido de las normas jurídicas no es tenida entre las propiedades por las que socialmente se reconoce el Derecho como Derecho, razón por la cual podemos con sentido decir que las muy oprobiosas normas del Derecho de familia del franquismo eran normas jurídicas o que lo son a día de hoy las de los de algunos países musulmanes que privan de derechos básicos a las mujeres o, por decir otro ejemplo, las de los Estados de EEUU que ponen la de muerte como pena para ciertos delitos.

Yo puedo creer firmemente que algunas de mis convicciones morales atinentes a la injusticia de la pena de muerte o a lo inicuo de la diversidad de derechos y poderes entre mujeres y hombres en la sociedad toda o en el seno de las familias no son meras opiniones mías, sino juicios susceptibles de ser fundados como verdaderos en algún sentido muy relevante de la palabra verdad, pero eso de ninguna manera me fuerza intelectualmente y en aras de la coherencia a negar la condición de Derecho a normas como las que he citado y que tan objetiva y demostrablemente injustas me parecen, si soy objetivista.

Lo que sí resulta de todo punto incoherente es ser iusmoralista, afirmar que no hay separación conceptual entre Derecho y moral y que algún grado de compatibilidad del contenido de las normas del Derecho con las de la moral ha de darse para que tales normas sean propiamente jurídicas, y sostener que la moral que así se erige en una más de las propiedades definitorias de lo genuinamente jurídico tiene los contenidos que cada cual quiera darle o los que cada ciudadano o cada juez tengan para sí como los correctos o preferibles. No, mientras el iusmoralista no venga a asumir que aquí y ahora rigen para nosotros tantos sistemas jurídicos como ideas de lo justo haya entre nosotros, tendrá que escapar de todo relativismo y subjetivismo y habrá de ser y saberse objetivista moral: la moral que es propiedad ineludible de lo jurídico solo puede ser la moral objetivamente correcta, la moral verdadera. Y lo que esa moral correcta o verdadera determine ha de ser cognoscible, particularmente para los jueces, pues por sus manos pasa la decisión última sobre qué es lo suyo de cada uno y el examen de si lo que la ley a cada uno en cada caso da es lo que en justicia a cada uno corresponde.

II. LA UTILIDAD DE LA LEY Y LOS MÁRGENES DE TOLERANCIA

Los iusmoralismos contemporáneos pueden también clasificarse en razón del papel que otorguen a la ley general y abstracta como parte del Derecho y como guía de la decisión judicial. Las posturas van desde el antilegalismo de Michel Villey⁴ hasta la considerable deferencia que a lo legal e institucional conceden autores como Robert Alexy, Manuel Atienza o Juan Ruiz Manero, pasando por las matizadas y no siempre claras consideraciones de John Finnis.

Para el común de los iusmoralistas actuales la ley positiva merece grados altos de consideración teórica y práctica por variados motivos que se combinan:

4. «En verdad, no veo procedimiento más aberrante que atar la conducta del juez o de los justiciables a ese falso mundo de normas de conducta generales, abstractas, irreales, ilusorias, forjadas por el racionalismo. Su cumpliría con un buen servicio eliminándolas del discurso jurídico» (Villey, M., *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020, p. 99. El texto original es de 1973). «[E]l derecho permanece siendo un arte volcado hacia lo concreto. Su objetivo es llegar a encontrar soluciones judiciales (el mejor reparto de bienes y cargas) posibles, adaptadas a las singularidades de cada caso» (*ibid.*, pp. 103-104).

a) Por su legitimación democrática, allí donde hay tal, legitimación que la convierte no en mero reflejo de una voluntad basada en la fuerza, sino en producto de la deliberación social en un contexto de libertades garantizadas y de derechos sociales al menos mínimamente asegurados. Esta idea de deferencia con el legislador democrático, cuya legitimidad ha de pesar en toda ponderación y contar ahí como un principio más, y de los importantes, está claramente presente en Robert Alexy, por ejemplo.

b) Porque también hay iusmoralistas que piensan que el desorden puede ser fuente de las injusticias mayores y por eso reconocen que hasta la ley injusta puede servir a algún grado de seguridad jurídica y que la injusticia más terrible se daría allí donde ninguna pauta jurídica rigiera y todas las relaciones humanas se dependieran solamente de las pasiones y la fuerza. Esta es una idea bien presente en John Finnis.

c) Porque muchas de las cosas que con el Derecho positivo se gobiernan no son moralmente relevantes o son moralmente neutras, aunque sí es moralmente imprescindible que la ley ponga orden también en esas cosas⁵. Que en un país los coches hayan de circular por el margen derecho o izquierdo de la calzada resulta igual de justo, pero algún orden hay que sentar en eso si se quiere evitar la injusticia y el dolor de los accidentes, por lo que será moralmente bueno que haya una ley y que se respete, ya mande lo uno o ya mande lo otro.

d) Porque las determinaciones de la ley natural o de la justicia objetiva o los dictámenes de la razón práctica o son sólo generales y necesitan de desarrollo más preciso en la norma legislada⁶, o su conocimiento sólo es cierto y claro en lo más esencial, pero indeterminado o dudoso en sus contornos o alcances precisos⁷, por

5. Así escribe Georges Kalinowski: «Pero hay también acciones (...) que son justas porque son prescriptas por la ley positiva. Dejando de lado el caso de las leyes divinas positivas, que se encuentran fuera de nuestro tema, corresponde al hombre, en este tipo de acciones, determinar lo que es justo. Lo hace porque la ley natural le confiere esta delegación de poder legislativo en virtud de la cual él promulga la ley humana. No solamente extrae, pues, de la ley natural las conclusiones que se imponen en razón de la situación en la cual legisla, sino que completa dicha ley determinándola» (...). Este poder real e indiscutible de determinar lo justo positivo lo ejerce el hombre de manera libre y autónoma, pero no de un modo absoluto sino limitado y relativo sólo a lo moralmente neutro. Equivale esto a decir que no se puede legislar contra la naturaleza, es decir, contra la razón, por ser su naturaleza precisamente la de un animal racional» (Kalinowski, G., *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, pp. 77-78).

6. Como escribía Victor Cathrein, la razón natural exige «que haya un determinado orden y procedimiento penal; que para ciertos delitos haya también determinadas penas. Igualmente es necesario que los miembros de la sociedad colaboren a la conservación del todo mediante contribuciones, impuestos, prestaciones personales, etc. Pero lo que en cada caso es necesario, según las exigencias del momento, cómo y cuándo y dónde y por quién han de ser prestadas, no está determinado por la ley moral natural, sino que es misión del poder político competente» (Cathrein, V., *Filosofía del Derecho. El Derecho natural y el positivo*, Reus, Madrid, 1958, p. 200).

7. Es lo que Robert Alexy denomina el problema del conocimiento. Se refiere a que puede haber en muchos temas posiciones contrapuestas discursivamente defendibles y respecto de las cuales

lo que se habrá de estar a lo que determine la legalidad que no contravenga esas esencias últimas de lo justo.

Esa utilidad de la ley positiva se relaciona obviamente con los márgenes de tolerancia para su posible contenido injusto. Los autores más radicalmente antinormativistas o con querencias más premodernas abominan de la ley general y abstracta, porque la tienen por estructuralmente inidónea para prescribir el trato justo para cada uno en cada caso⁸, pero los ismoralistas menos reñidos con los valores propios del Derecho moderno tratan de marcar umbrales laxos a la injusticia que determina la invalidez o la inaplicabilidad de una norma formalmente jurídica. Baste citar la famosa «fórmula Radbruch», el modo en que configura Alexy su curiosa tesis sobre la pretensión de corrección del Derecho, la prudencia y los matices con que Finnis descarta la ley inicua o los peculiares vaivenes de la derrotabilidad de las normas jurídicas en autores como Atienza o Ruiz Manero.

En conclusión, salvo en los círculos más excéntricos del llamado realismo clásico, siempre de la mano de un conservadurismo grande y de un iusnaturalismo que de la ley natural misma quieren hacer la base para la justicia del caso concreto y para un modelo de juez que aplique la equidad con ánimo de recomponer de continuo el debido orden de la Creación, dando a cada uno lo suyo que en verdad es lo que

no se puede conocer con certeza cuál es la respuesta única objetivamente correcta, por lo que hace falta descender al derecho positivo para concretar en una regulación común lo que la razón presenta como opciones alternativas razonables. Cfr. Alexy, ALEXY, R., «Los principales elementos de mi filosofía del Derecho», en: ALEXY, R., *La doble naturaleza del Derecho*, Trotta, Madrid, 2016, p. 35, traducción de D. Oliver-Lalana. Sobre la concepción de Alexy acerca de la única respuesta correcta en Derecho, que habría que presuponer como idea regulativa, aunque por razones epistémicas no sea muchas veces cognoscible, véase ALEXY, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en ALEXY, R., *La doble naturaleza del Derecho*, cit., p. 24, traducción de Manuel Atienza.

A aquel «problema del conocimiento» añade Alexy otros dos: el de la ejecución y el de la organización. «El problema de la ejecución surge porque la mera conciencia de la corrección de una norma no garantiza su observancia. Y si algunos pueden vulnerar una norma sin correr ningún riesgo, ya no se puede exigir a nadie más que la cumpla. Esto hace que sea necesaria la conexión entre el derecho y la coerción, por cuanto esta es un elemento decisivo de la eficacia social. Por último, el problema de la organización resulta del hecho de que numerosas exigencias morales y objetivos deseables no se pueden cumplir o alcanzar suficientemente tan solo mediante acciones individuales y cooperación espontánea (...). Así pues, la tesis de la doble naturaleza conduce primero hasta la idealidad, en forma de corrección y discurso, y después hasta la facticidad, en forma de legalidad y eficacia» (ALEXY, R., «Los principales elementos de mi filosofía del Derecho», cit., p. 35).

8. Así, Villey se acoge expresamente a la definición del Derecho propia de la que denomina época clásica y que describe así: «El derecho es lo *justo*: *dikaion* (término griego que traducimos por derecho), *id quod justum est*, según el Digesto, I.1.6, que repetirán los glosadores e incluso Santo Tomás, estudiando, en su momento, los sentidos de la palabra *ius* (...), retoma parecidamente la fórmula. Es decir: la solución justa, la buena solución jurídica que debe ser buscada para cada caso, que debe ser exactamente adaptada a cada situación litigiosa. Esos antiguos sistemas jurídicos son casuistas. El derecho no es identificado con las *normas* abstractas y generales, surgidas del cerebro del legislador o de algún espíritu humano; sino la *solución* concreta que será encontrada encada caso» (VILLEY, M., *Métodos, fuentes y lenguaje jurídicos*, cit., p. 43. El texto original es de 1966).

Dios para él dispuso, la mayor parte de los iusmoralistas contemporáneos hacen de la norma legislada regla y de su debida inaplicación excepción. Radbruch diría que sólo la norma aberrantemente injusta pierde para el juez su obligatoriedad jurídica y deja de vincularlo. Alexy mantiene que cuando un principio se pondera frente a una regla, lucha en verdad contra dos principios, el que a la regla subyace dándole su sentido pleno en el marco de la razón práctica general y el principio democrático o de deferencia con el legislador legítimo. Atienza y Ruiz Manero defienden que lo que vuelve derrotable una norma jurídica es la concurrencia de un principio que se incruste en su supuesto de hecho a modo de justificación de una excepción para el caso no expresamente tasada antes en el sistema jurídico, debiendo recurrirse a la ponderación para ver si para el caso vence la regla o el principio que la excepciona y que en tal caso jurídicamente la derrota.

Con todo y con eso, creo que no es equivocado decir que todos los iusmoralistas se acogen de un modo otro a la vieja tesis de que justicia es dar a cada uno lo suyo, si bien la mayoría de los de hoy agregarán de inmediato que la ley sólo merece ser derrotada cuando es grande la desproporción entre lo que ella para el sujeto prescribe y lo que en justicia a cada uno le ha de corresponder. Y es ahí donde comparan los dos recursos teóricos a través de los que sutilmente este iusmoralismo de nuestro tiempo hace prevalecer la supremacía de la moral sobre la soberanía de la ley: el *principio de igualdad* y el *principio de proporcionalidad*. De eso vamos a hablar enseguida y ahí radica la tesis principal de este trabajo.

Antes conviene resaltar que cuando se asocia el Derecho con la justicia como dar a cada uno lo suyo, se resalta que son las circunstancias del caso concreto las que ofrecen la pauta de la decisión justa y, como tal, propiamente jurídica de cada caso. Por eso la ley, según los iusmoralismos, debe ser de vez en cuando corregida o «derrotada» en el razonamiento práctico del juez, ya que la ley general y abstracta por definición es ciega al detalle y a la circunstancia concreta que determina el merecimiento de cada parte en un litigio. La ley apunta soluciones generales, orienta en la dirección debida cuando no es ella misma, la ley, inválida por injusta en sí, pero por encima de la ley está esa justicia que manda adecuar la solución jurídica última a los pormenores del caso. La vía por la que el juez puede captar y aplicar esas determinaciones circunstanciales de cada caso, como pauta para establecer lo justo, es la virtud de la prudencia, en unos, o el método de la ponderación⁹, en otros.

9. Según Rodolfo Luis Vigo, «A las teorías de la argumentación y a los neo constitucionalistas que como Alexy se inspira en Kant, no les resulta fácil conectar racionalmente sus propuestas a las contingentes circunstancias, aun cuando podemos encontrar atisbos de ellas en la razón ponderativa de los principios» (VIGO, R. L., «La interpretación o argumentación jurídica como saber jurídico-prudencial-retórico», *Quid iuris*, 22, 2013 —pp. 15-28—, p. 20). Y más adelante insiste en que «hoy el Estado de derecho constitucional requiere de una fuerte apuesta a la razón práctica, y en ese esfuerzo pueden ser funcionales tanto las posturas no positivistas de neoconstitucionalistas como Robert Alexy, como las adscriptas al realismo jurídico clásico. Precisamente un buen ejemplo de esa sintonía, lo es la conexión entre el trabajo del jurista-juez con la vieja prudencia, o sea con una razón práctica idónea para dar respuestas justas y concretas en los casos en que es requerida» (*ibid.*, p. 27).

Oigamos a Georges Kalinowski:

«[E]l intelecto puede estar más o menos dispuesto, por medio de una disposición que se adquiere, y que se pierde también si no se continúa manteniéndola y desarrollándola a «percibir» los valores, como puede estar más o menos dispuesto para el cumplimiento de sus otras operaciones cognoscitivas. La disposición en cuestión es la «prudencia». El hombre que la posee en un grado eminente (...) se convierte, como dice el Estagirita, en el criterio viviente del bien y del mal»¹⁰.

Una cita más. Dice Rodolfo Vigo que

«El conocimiento jurídico, siendo constitutivamente práctico, no tiene por objeto la contemplación de una esencia inteligible, sino que su finalidad es dirigir o valorar con mayor o menor precisión y rectitud a la conducta en la que aparece comprometida la justicia. Dicho saber ofrece distintos grados: filosófico, científico y prudencial; precisamente a este último le compete el determinar y/o poner en existencia a la concreta, contingente e histórica conducta jurídica. El objeto terminal de la gnoseología jurídica es siempre una decisión a tomar en una circunstancia concreta, y es responsabilidad del nivel prudencial el procurar aquí y ahora la realización de la operación que dé o no le quite al otro lo suyo; a tales fines tiene que indicar cuál es ella y que llevaría a cabo. El momento “determinador” o “creador” de lo que les corresponde a los individuos, grupos o a toda la sociedad política pasa por la prudencia jurídica como su matriz más específica. Pero esta autonomía propia de la perspectiva prudencial no implica desvincularla de los restantes planos del saber jurídico, pues éste constituye una unidad, y así la decisión prudencial encontrará un auxilio imprescindible en la ciencia y en la filosofía jurídica para lograr su mayor solidez, coherencia y corrección. La ciencia jurídica y la filosofía jurídica colaboran, aunque sin sustituir el momento específico de la conducta jurídica cuya definición e imperio corresponde a la prudencia»¹¹.

Que el derecho se componga de normas jurídico-positivas es idea que queda difuminada ante la insistencia en que es la práctica humana de dar a cada uno lo suyo. De nuevo Rodolfo L. Vigo:

«El derecho, en definitiva, consiste esencialmente en esas acciones exteriores propiamente humanas, referidas a otro, bajo la razón de debido por igualdad»¹². El ius-

10. Kalinowski, G., *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*, cit., p. 89.

11. VIGO, R. L., «La interpretación o argumentación jurídica como saber jurídico-prudencial-retórico», cit. p. 18.

12. VIGO R. L., «La ley natural y la ciudad», *Prudentia iuris*, 72, 2011 —pp. 157-195—, p. 176. Tiene larga tradición esta idea. Escribía esto Álvaro D’Ors en 1963: «Naturalmente, la prudencia es una virtud cardinal, como la justicia. Y una virtud cardinal para discernir lo agible; esto es, que aconseja la conducta buena y desaconseja la mala. Cuando esta virtud se aplica a la conducta que hemos identificado como jurídica, es decir, cuando hablamos de *prudentia iuris*, nos encontramos con el discernimiento de lo agible jurídico. Como quiera que hemos dicho que la conducta primordialmente jurídica es la conducta del que juzga, podemos concluir que la prudencia jurídica es, ante todo, la prudencia del juez. La justicia y la prudencia se enlazan así como virtudes capitales de la función

moralismo de hoy considera que toda ley positiva es ocasionalmente derrotable por la justicia y que por justicia se entiende la proporción debida en lo que cada parte en un litigio tiene o recibe. Cuando lo que a cada uno da la ley, según sus términos generales, no desentona de su merecimiento concreto, de lo que con justicia es lo suyo, entonces se aplica la solución legal. Cuando, en los temas que importan al debido orden del mundo, hay desproporción entre lo legalmente debido y lo que en justicia se debe a cada parte, impera la justicia sobre la ley, que será derrotada aun cuando no sea contraria al *ius* la solución que la derrote, pues en lo que el Derecho en esencia es, la justicia está por encima de la ley positiva.

Lo que cambia es la vía por la que se haga valer, con pretensión intensa de verdad o racionalidad, esa solución jurídica que trasciende lo legal. La horquilla de propuestas va de la mera invocación de una prudencia judicial «naturalmente» guiada, a la operación denominada ponderación de principios y que tiene su fase culminante en el test de proporcionalidad en sentido estricto, que viene a ser la versión luterana y, por tanto, no tomista, de la debida proporción de la tradición iusnaturalista.

Leamos de nuevo a Georges Kalinowski. Insiste en que aplicar el Derecho es por encima de todo «decir lo justo», en que «decir el derecho, en otros términos, decir lo justo, no es otra cosa (...) que decir el bien»¹³ y en que la persona encargada de aplicar el Derecho «debe determinar qué es bueno y qué es malo considerando una determinada situación concreta»¹⁴, y añade:

«Debemos decir que el juez (u otro «sujeto de derecho») que aplica el derecho, efectúa un doble juicio deductivo. En efecto, por un lado, infiere —por medio del silogismo prudencial— la solución justa del caso que se presenta. Del otro, deduce de la regla jurídica que parece imponérsele, con la ayuda del silogismo de aplicación del derecho (...) la conclusión buscada. Después, compara las dos soluciones. Si ellas concuerdan, el juez (...) redacta su sentencia y los fundamentos de aquella, puesto que los ha encontrado en un solo paso. Si ellas difieren, procurará encontrar los fundamentos para la sentencia a la que ya ha adherido. Ahora bien, como el silogismo de aplicación del derecho, el silogismo prudencial es una inferencia deductiva»¹⁵.

Son muy evidentes las analogías entre estas tesis del iusnaturalista Kalinowski y la que Robert Alexy llama «tesis del caso» especial, según la cual el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general. La tesis de Alexy fuerza a ese doble análisis, a cotejar la solución que para el caso se deriva de la norma jurídico-positiva y el que ofrece la moral o razón práctica general, que busca lo correcto *all things considered*. Lo que añade Alexy es que pergeña el ins-

juzgadora: por la primera se inclina el juez a juzgar bien y por la segunda averigua qué debe juzgar en cada caso para juzgar bien» (D'ORS, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1963, pp. 114-115).

13. Kalinowski, G., *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*, cit., p. 136.

14. *Ibid.* p. 138.

15. *Ibid.*, p. 139.

trumento metodológico para ese cotejo, que es la ponderación. Y concluye también que el resultado de la ponderación se expresa en una regla para el caso, pero con pretensiones de universalización para todos los casos iguales, regla del caso que se aplica subsuntivamente. Lo mismo mantiene Atienza. Ahí es donde se aprecia que estructuralmente los iusnaturalistas del «realismo clásico» y de inspiración aristotélica y tomista y los principialistas de hoy comparten el esqueleto doctrinal, aunque discrepen en la fuente y los contenidos de la moral que como correcta proponen para que el juez la haga valer sobre el Derecho, incluso el Derecho formalmente constitucional y políticamente legítimo.

III. LA INJUSTICIA ES DESPROPORCIÓN, PUES DESPROPORCIONADO ES TRATAR DIFERENTE LO QUE MERECE LO MISMO Y TRATAR IGUAL LO QUE MERECE DISTINTO TRATO. O DE CÓMO LOS JUECES ENCONTRARON LA PIEDRA FILOSOFAL

Todo Derecho mínimamente complejo y funcional necesita un cuerpo amplio de normas generales y abstractas. Una norma es general cuando no hace acepción de personas concretas, sino que regula la conducta de conjuntos genéricos de personas definidas por ciertas propiedades que no son individualizadoras. Una norma es abstracta cuando no hace acepción de acciones concretas, sino que regula conductas abstractamente definidas. Así, la norma del Código Penal español, artículo 138, que establece que «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años» es general, porque se aplica a cualquier persona que mate, no específica o se refiere particularmente al homicidio cometido por Fulano o por Mengano, y es abstracta porque se aplica a cualquier acto homicida consumado y no específicamente y con trato peculiar a este o aquel preciso acto de matar.

Lo peculiar del Derecho moderno, y muy especialmente del llamado Estado constitucional y democrático de Derecho, es que el juez queda vinculado al Derecho y no a ningún otro poder y, por tanto, ya que propiamente no administra Justicia en nombre de nadie, de ningún lado le viene la autorización para saltarse la ley¹⁶,

16. Puede haber aquí una evolución interesante. En sistemas premodernos o en el Estado absoluto, se decía a menudo que el juez administra justicia en nombre del rey y sometido al rey por encima de norma alguna. El Estado de Derecho termina con tal idea, pero el iusmoralismo busca mantener una idea equivalente, pero de un modo mucho más abstracto. Ahora se dice que el juez no está sometido a la voluntad de un monarca que es puesto por Dios o cuya supremacía política es de algún modo natural, pero se insiste en que por encima de la ley positiva y democráticamente legitimada, el juez está sometido a un orden abstracto de justicia, justicia que unas veces se expresa en esa especie de iusnaturalismo concreto del llamado realismo clásico y otras veces se manifiesta como orden moral vigente en alguna esfera ideal del ser y que se hace concreto para cada caso mediante la ponderación entre principios que no son antinómicos, sino que por sí se ordenan y acomodan coherentemente, tal como se comprueba en la ponderación, ponderación que toma en consideración tanto el peso abstracto de los principios como su concreto peso a la luz de las cir-

aun cuando en su conciencia pueda tenerla por injusta y estimar que no da a tal o cual justiciable lo que en justicia merece.

Esa atadura del juez a la ley no lo es a una ley cualquiera, sino a la democráticamente legitimada. El juez de un Estado constitucional como el español no es rehén de una norma que pueda tener cualquier contenido y cualquier grado de legitimidad política. Los límites del contenido posible de las normas infraconstitucionales los pone la Constitución y se aseguran mediante el sistema de control de constitucionalidad constitucionalmente dispuesto. Y los límites al poder que a través de la ley se expresa los marca el sistema democrático, con sus libertades como base de la deliberación política y sus derechos políticos como cauce para la representación política del poder legislativo.

Importa mucho lo siguiente. Una norma general y abstracta puede ser inconstitucional por discriminatoria y, como tal, puede ser declarada nula por quien sea competente para el control abstracto de constitucionalidad o puede ser inaplicable por el juez allá donde existe control difuso de constitucionalidad y no solo control abstracto. Si tal no cupiera, normas como la del artículo 14 de la Constitución española perderían toda relevancia práctica y serían impotentes ante la ley que, por ejemplo, permita que cobren sueldos inferiores las personas de cierto sexo u orientación sexual o los de una u otra raza, a igual trabajo. Pero aquí, por el momento, no estamos cuestionando ningún tipo de control de constitucionalidad de la ley que iguale o diferencie grupos de personas, sino que me refiero a aquellos razonamientos judiciales que dan por sentado que en sus términos generales la norma positiva en cuestión no tiene tacha de constitucionalidad, pese a lo cual se excepciona su aplicación en el caso concreto, alegando que se hace por imperativo, para el caso, del principio de igualdad o del principio de proporcionalidad.

cunstances exactas de cada caso. La fórmula del peso de Alexy es la más extrema expresión de ese armonicismo metafísico que, de la mano de una epistemología aparentemente ingenua, pero en el fondo primitiva, permite pensar que, aunque el Derecho positivo sea de mil maneras defectuoso (por injusto, por antinómico, por lagunoso, por indeterminado...), el Derecho en su conjunto, e integrando en su mismo concepto la justicia del dar a cada uno lo suyo, es perfecto y muy ciertamente cognoscible. Posiblemente uno de los responsables de esa transición hacia una metafísica jurídica tan extrema como *naïf*, Ronald Dworkin, nunca imaginó que su doctrina serviría de plataforma para el auge de un iusmoralismo siempre reaccionario, que viste galas analíticas y se llena la boca de derechos humanos... derrotables.

El gozne de esa transición o síntesis entre el Derecho del más allá o ideal y el Derecho que positivamente regula lo conforman los principios, en su versión alexiana, definidos como expresión deóntica de los valores. Esos principios habrían colonizado las constituciones actuales, transformando su naturaleza de positiva en suprapositiva y erigiéndose en la vía por la que los jueces hasta pueden estar constitucionalmente obligados, según se dice, a fallar en contra de lo que en la norma constitucional positiva figura escrito. Esto es así porque si todas las normas constitucionales son o reglas o principios, según Alexy y los neoconstitucionalistas variados, vergonzantes o no, y si cualquier principio tanto puede derrotar a o ser derrotado por otro principio o por una regla, entonces todas las normas constitucionales son derrotables por principios vía ponderación. Hágase, pues, la luz y dese a cada cual lo suyo según el orden supremamente debido, que no será, por definición, ningún orden puesto por voluntad humana real y tangible.

Cuando un juez, en un Estado constitucional y democrático de Derecho, se salta la ley para dar a uno lo suyo en justicia, no lo que la ley para él con carácter general prescribe, habremos de preguntarnos de dónde proviene la norma que sobre la legal se impone, cómo la conoce y a cuento de qué la hace valer por encima de la ley de todos y para todos que es la ley democráticamente legitimada. No me refiero al famoso problema contramayoritario presente en el control de constitucionalidad, sino al poder que el juez ejerce cuando inaplica la ley que viene al caso y al sujeto, aun cuando no tenga esa norma tacha de inconstitucionalidad ni defecto que en sus términos generales la invalide o la vuelva técnicamente inaplicable.

La contestación que a tales cuestiones el iusmoralismo brinda nos es conocida: hay una moral correcta, que para el Derecho se manifiesta como imperativo de justicia, y que condiciona la aplicabilidad de la ley positiva, porque es por sí esa moral parte necesaria, definitoria y superior de todo sistema jurídico. Así que cuando la ley fija con carácter general y abstracto una consecuencia jurídica para un sujeto genérico que realiza una conducta abstractamente definida, pero esa consecuencia jurídica diverge severamente de lo que para el caso de ese sujeto particular y su concreta conducta la justicia manda, habrá el juez de aplicar la justicia por encima de la ley y dar a esa persona lo suyo propio, en detrimento de lo que estaba legalmente determinado para el mismo caso, en cuanto caso general y abstractamente definido.

Cuando una norma es general y abstracta, iguala y diferencia al mismo tiempo. Tales normas tienen, en su presentación más común, una estructura de este tipo:

A todos los X, definidos por las propiedades $P^{x1} \dots P^{xn}$, que se encuentren en la circunstancia K, definida por las propiedades $P^{k1} \dots P^{kn}$, se les debe aplicar la consecuencia jurídica C (caracterizada por las propiedades $P^{C1} \dots P^{Cn}$).

Un ejemplo. Según el artículo 143 del Código Civil español, los cónyuges están obligados recíprocamente a darse alimentos¹⁷. Así que si dos personas están entre sí casadas y son, por tanto, cónyuges (según con las propiedades legalmente establecidas como definitorias del matrimonio), están obligados a prestarse alimentos (de acuerdo con las propiedades definitorias de lo que sean alimentos cualitativa y cuantitativamente).

Consideremos un dato normativo más, que aquí nos va a interesar. Según el artículo 143 del Código Civil, la obligación de alimentos¹⁸ rige tan solo entre cón-

17. El precepto reza así, en lo que a los cónyuges se refiere:

«Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1.º Los cónyuges».

18. Artículo 142 del Código Civil:

«Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

yuges y ascendientes y descendientes, con una regulación peculiar en el caso de los hermanos¹⁹.

Tenemos así dos datos muy relevantes y que se siguen con mucha claridad de esta regulación de la obligación de alimentos: que *siempre* hay obligación de alimentos entre los cónyuges, mientras lo sean porque el matrimonio no se ha disuelto; y que *solamente* hay derecho a alimentos, correlato de la obligación, entre cónyuges, ascendientes y descendientes y hermanos en ciertas situaciones particulares.

Ese carácter general de la regulación de los alimentos entre cónyuges puede chocar con estimaciones sobre justicia y merecimiento en algunos casos. Porque no olvidemos que el principio de justicia, que impone dar a cada uno lo suyo, juega de dos maneras simétricas: *vetando que se dé igual a los que merecen distinto y vetando que se dé distinto a los que merecen igual*. Según los esquemas que siempre aplica este iusmoralismo, *al tratar igual a los que merecen distinto trato se viola el principio de proporcionalidad y al tratar distinto a los que merecen trato igual se viola el principio de igualdad*.

Con la vista puesta en la igualación de lo diferente por obra de una norma, alguien puede pensar que no es justo que la obligación se mantenga entre cónyuges legalmente separados²⁰ o en los casos más particulares en que de la separación ha sido en algún sentido culpable o causante el cónyuge perceptor de los alimentos. El modo en que los tribunales podrían, si quisieran, romper esa igualación sería diciendo que implica un trato igual para quienes merecen distinto, pese a que formalmente son cónyuges unos y otros, y que por tanto es contrario al principio de proporcionalidad desconocer el diverso merecimiento de unos y otros. En otras palabras, que dar a cada uno lo suyo, como la justicia exige, implica no dar igual derecho al cónyuge no separado que al separado o al cónyuge no culpable de la separación que al que con su conducta la hubiera provocado.

Ahora veamos cómo puede jugar *el principio de igualdad como corrección a un trato legal diferente*. Recuérdese que aquí los iusmoralistas van a romper la diferencia de trato produciendo una equiparación que la ley excluye, al menos mientras que se considere que es cerrada la enumeración de los que tienen un cierto derecho. Así, vimos que la norma civil indica que derecho de alimentos hay entre cónyuges, ascendientes y descendientes y hermanos (bajo condiciones más especiales), con lo que a contrario sensu fácilmente se infiere que no tienen tal derecho de alimentos los primos, parientes por afinidad, amigos, socios, etc. ¿Pero qué sucede si alguien piensa que es injusto que el derecho de alimentos exista entre cónyuges, es decir,

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo».

19. Artículo 143, último párrafo: «Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación».

20. Aunque no divorciados, pues el divorcio extingue el matrimonio y, por tanto, desaparece la condición de cónyuges de esos que ahora ya no están casados.

entre los componentes de la pareja casada, y no entre los miembros de parejas no casadas pero sí unidas por vínculos emotivos similares y con planes de vida equiparables? Pues muy sencillo, bastará con dar a estos lo suyo, que ha de ser lo mismo que lo de los cónyuges.

En el discurrir de algún tribunal puede haber tentación de aplicar un razonamiento analógico, pero en buena técnica jurídica ello queda vedado por el carácter cerrado de la enumeración en el artículo 143 del Código Civil de los que tienen derecho de alimentos, carácter cerrado de la enumeración que habilita el razonamiento a contrario sensu y excluye tanto el razonamiento *a simile* como el razonamiento a fortiori, porque, evidentemente, si esa espita se abre, hoy dirá un juez que cómo no va a tener derechos de alimentos también la pareja en una unión de hecho, mañana otro fallará que por lo mismo no hay que excluir ese derecho para el sobrino al que no le queda más familia que esa tía que lo puede mantener, pero no quiere, pasado vendrá otro tribunal a decir que a cuento de qué no va a haber deber de alimentos del viudo respecto de su suegra que tanto ayudó al matrimonio antes de que se extinguiera por muerte de la esposa..., y así hasta el infinito.

La jurisprudencia española ha rechazado la aplicación analógica a las parejas no casadas de la normativa matrimonial sobre alimentos y pensión compensatoria²¹ y el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la normativa legal navarra que a efectos de pensión compensatoria equiparaba parejas casadas y no casadas²².

Lo que con este ejemplo se quería mostrar es la vía de entrada por la que un tribunal poseído por el afán de dar a cada uno lo suyo y convencido de que no lo hace la ley aplicable, *bien porque iguala lo desigual, bien porque diferencia lo igual*, puede imponer su ley frente a la ley y hacer de su voluntad norma suprema que se justifique aparentemente en nombre de la justicia objetivamente debida. No obstante, cuando en tales prácticas incurren los tribunales, raramente se encomiendan meramente a la justicia, sino que lo hacen invocando lo que podríamos llamar *principios intermedios*. Por tales entenderé aquí aquellos que operan como canal a través del que dar cierto revestimiento de juridicidad a la decisión que obvia la aplicación de la ley por tener por injustas sus igualaciones o sus diferenciaciones de trato.

1. Los tribunales derrotan la igualación legal

Vamos a examinar brevemente un primer ejemplo en el que el Tribunal Supremo español introduce una diferencia donde la ley no la señala, de manera tal que el Tribunal viene a derrotar la norma que abarca el caso bajo su supuesto y que expresamente no contempla excepción para hechos como los que se juzgan. Si el Tribunal

21. Véase la Sentencia 17/2018 de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

22. Véase la sentencia 93/2013 del Tribunal Constitucional.

en tal caso no echó mano del principio de proporcionalidad para tal fin, fue porque dispuso de otros principios que cumplen un papel que viene a ser equivalente, como sucedió aquí con el de retraso desleal como variante del principio de buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos.

Me estoy refiriendo a la sentencia 634/2018 de la Sala Civil del Tribunal Supremo, de fecha 14 de noviembre, que paso a resumir en lo que aquí nos importa.

En 1987 un matrimonio se separa y recae sentencia por la que el esposo debe pagar alimentos a la esposa y a las hijas. Él nunca paga cantidad alguna de tales alimentos ni se los reclama la esposa hasta veinticuatro años más tarde, en 2007, cuando ella insta procedimiento ejecutivo. La Audiencia Provincial de La Coruña declara caducada la acción ejecutiva, por lo que en 2011 la mujer insta proceso declarativo. Por cuestiones de plazos y prescripciones, reclama las cantidades que le corresponden desde 2002. El juzgado de primera instancia desestima la demanda. Recurrida su sentencia, la Audiencia Provincial de La Coruña lo condena a pagar la pensión alimenticia correspondiente al periodo de noviembre de 2002 a enero de 2015, haciendo ver, entre otras cosas, que la acción ejecutiva había interrumpido la prescripción de la acción personal. El hombre interpone recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo en la citada sentencia.

El Tribunal argumenta que la reclamación de la mujer supone un ejercicio de su derecho subjetivo contrario a la buena fe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1 del Código Civil («Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe»), particularmente porque hubo un «retraso desleal» por parte de la actora, retraso que dio lugar en el hombre a «una confianza legítima» en que las pensiones debidas no serían reclamadas nunca. Leamos esa parte de la sentencia:

«No cabe considerar que cumple con los requisitos de ejercicio del derecho conforme a las reglas de la buena fe la reclamación que se hace con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesario percibir la pensión alimenticia, cuando se acumulan cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago».

«Hay que tener en cuenta que, establecida la obligación de pago de la pensión en el año 1987, no se produce la primera reclamación hasta el año 2007 (Ejecución de Títulos Judiciales n.º 334/2007 del Juzgado de Primera Instancia de Muros), cuando ya habían transcurrido veinte años desde que se había dictado la sentencia de separación matrimonial. El decaimiento del derecho por su falta de uso no cabe predicarlo exclusivamente de los supuestos específicos en que la ley establece los oportunos plazos de prescripción o de caducidad en su exigencia, sino también en aquellos supuestos como el presente en que el derecho se ejercita de forma tan tardía que supone desconocimiento del mandato establecido en el artículo 7 del Código Civil».

En consecuencia, el Tribunal Supremo declara «extinguido el derecho de pensión establecido en la sentencia de 3 de noviembre de 1987».

Recapitemos. Los alimentos nunca se pagaron, ni una sola cantidad fue abonada por el hombre, la acción personal de la mujer para reclamarlos no está prescrita en lo que se refiere a las cantidades debidas desde 2002, consta en los hechos

del caso que la mujer acreedora llevó una vida humilde y trabajosa por la escasez de sus recursos y, sin embargo, el Tribunal Supremo dice que estamos ante un ejercicio de su derecho contrario a la buena fe, ya que incurrió en deslealtad con el deudor por el hecho de que, al no reclamar antes lo que podía reclamar en un amplio plazo, confió él en que nunca lo reclamaría, aunque dicho plazo de prescripción de la acción no hubiera transcurrido.

Propongo al lector que medite sobre si se aprecia o no tal mala fe y tal ejercicio desleal de su derecho por la mujer. Habrá quien crea que sí y habrá quien crea que no. El Tribunal Supremo opinó que sí concurría esa deslealtad y dicha mala fe, pero no en el hombre que jamás pagó nada, sino en la mujer por no reclamar más pronto lo que él le debía.

Sobre tal sentencia publicó un agudo comentario Esther Gómez Calle²³, en el que muestra que la sentencia se aparta de las exigencias que el propio Tribunal Supremo había sentado para que pudiera concluirse que hubo retraso desleal en el ejercicio de un derecho, como variante del ejercicio de derechos contrario a la buena fe, y eso porque una de las condiciones jurisprudencialmente puestas para el retraso desleal es la producción de una confianza legítima o razonable en la otra parte de que el titular del derecho no lo ejercitará, no bastando la mera inactividad, sino que han de concurrir «*actos, hechos, conductas que generen la referida confianza*»²⁴, lo cual no sucedió en el caso, pues la mujer nada hizo que indujera a pensar razonablemente que reclamaría más adelante o que no reclamaría nunca, dentro del plazo del que legalmente disponía para el ejercicio de su acción.

Como nos recuerda Gómez Calle, «De la descripción de los hechos que resulta de las sentencias de la AP y del TS solo se desprende que la mujer no reclamó nada en 20 años. No se da cuenta de ningún acto por su parte, más allá de su sola inactividad, que hubiera podido generar en el esposo la confianza de que ya no ejercitaría su derecho. En tales condiciones cabría sostener, como recuerda el mismo TS en varias de las sentencias antes citadas, que la esposa podía hacer valer su pretensión hasta el último momento hábil del plazo de prescripción y que *no podía considerarse que obrara de mala fe al ejercitar su derecho dentro de plazo sin haber llevado a cabo anteriormente actos que pudieran engendrar en el marido la confianza de que no lo actuaría. No puede considerarse un acto propio a los efectos que aquí interesan no reclamar el crédito*»²⁵.

¿Será que hay una prescripción ordinaria y algo así como una prescripción plus que excepciona la ordinaria? La prescripción legalmente establecida pone un plazo para ejercitar la acción, pero, al parecer, los tribunales pueden decir que el

23. Gómez Calle, E., «Reclamación de alimentos y retraso desleal. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5164)», *Anuario de Derecho Civil*, 73, 2020, pp. 341-373.

24. *Ibid.*, p. 358.

25. *Ibid.* pp. 362-363.

ejercicio de la acción dentro de ese plazo ya no es posible porque, al haber pasado un plazo cierto, pero menor que ese legalmente puesto, el deudor pudo pensar que la reclamación ya nunca acaecería, aunque legalmente seguía siendo posible; y todo ello sin que la acreedora realizara ninguna acción positiva que se pudiera interpretar como indicio cierto de que no reclamaría.

Evidentemente, lo que está condicionando la apreciación del Tribunal es una convicción sobre la justicia, su convicción sobre lo justo. Justicia es dar a cada uno lo suyo y legalmente la mujer del caso sigue teniendo derecho a reclamar lo que el otro no le pagó porque no le dio la gana y aunque a ella le hiciera buena falta, pero como pasó bastante tiempo, él ya contaba con que podía disponer de ese dinero y no lo guardó por si acaso y ahora la cantidad debida es elevada y le supondrá gran trastorno económico, y como podemos pensar que si ella hubiera estado más apurada, habría sido más diligente en el ejercicio de su acción, pues entonces no es justo que él tenga que pagar ahora y ella lo cobre.

El íter viene a ser el siguiente:

- (i) Hay una deuda que no tiene objeción legal
- (ii) Hay un plazo legalmente tasado para que el acreedor pueda ejercer válidamente su derecho.
- (iii) Hay un requisito general en el artículo 7.1 del Código Civil de que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Evidentemente, estamos ante una cláusula de contenido altamente indeterminado que necesita concreción jurisprudencial estable, pues, a falta de ella, estaríamos abocados al puro casuismo, a un ejercicio totalmente discrecional por parte de cada juez a la hora de decir que es de buena o de mala fe la reclamación que cada cual hace de su derecho en cada ocasión.
- (iv) El Tribunal Supremo desarrolla la doctrina requerida y entre los supuestos de ejercicio del derecho contrario a la buena fe pone el de retraso desleal.
- (v) El retraso desleal se erige en regla, a base de precisar el Tribunal Supremo los supuestos en que concurre, que son tres: omisión del ejercicio del derecho por parte de titular, transcurso de un tiempo suficientemente amplio, pero en todo caso más breve que el plazo de prescripción de la acción, y creación de una confianza legítima o razonable, en la otra parte, de que el titular del derecho no la ejercitará, confianza que ha de resultar razonablemente no de la mera omisión del titular del derecho, sino de algún tipo de acción, signo o gesto que induzca a ver en ese titular tal intención de «perdonar» la deuda.
- (vi) El Tribunal *excepciona tal regla excepcionadora*, de su alcance general. Es decir, decide que también hay retraso desleal, y, por tanto, ejercicio del derecho contrario a la buena fe, cuando no concurren las condiciones del retraso desleal que puso el propio Tribunal en jurisprudencia constante.

Así que tenemos *dos momentos en que una regulación general se rompe introduciendo una excepción para casos con determinada peculiaridad*. La primera

excepción es mediante la cláusula del artículo 7.1 del Código Civil; la segunda es cuando el Tribunal rompe para el caso las reglas por él creadas sobre los requisitos del retraso desleal.

La regla general es esta: Los derechos son exigibles y las obligaciones correlativas se cumplen, todo ello dentro de unos plazos procesalmente establecidos.

Ahora la excepción: los derechos no son exigibles cuando hay mala fe en su ejercicio o exigencia por parte del titular, lo que correlativamente implica que las obligaciones en cuestión quedan extinguidas.

Para evitar un casuismo desmedido, se convierte jurisprudencialmente en regla el requisito de la buena fe, tipificando en qué supuestos concurre mala fe del titular del derecho. Por ejemplo, se tipifica el supuesto de retraso desleal a base de fijar las tres condiciones que presupone tal «tipo» de ejercicio de mala fe de un derecho.

Pero llega un caso en que al Tribunal le parece injusto o contrario a la equidad el que el deudor tenga que pagar lo que legalmente debe, pero no concurren los requisitos del retraso desleal. ¿Solución? Decir que también hay retraso desleal en ese caso en que falta una de las condiciones del retraso desleal. Mano de santo. En nombre de la justicia introducimos *una diferenciación dentro de la diferenciación anterior* y consideramos que hay supuestos que se han de tratar como de retraso desleal, aunque no queden incluidos en el supuesto de hecho del retraso desleal. Ahí el retraso desleal juega como uno de esos que antes he llamado *principios intermedios*, pues a través de ellos se aplica el mandato de dar a cada uno lo suyo, pero *ocultando que se está aplicando la justicia del caso concreto, decidiendo en equidad*, y aparentando que se aplica una norma firme, una regla general y abstracta.

Y así potencialmente hasta el infinito. Las puertas quedan abiertas para el dar a cada uno lo suyo, receta de justicia que sólo con el casuismo es compatible, ya que lo suyo de cada uno no puede establecerse propiamente en abstracto, sino según (la valoración de) las circunstancias del caso concreto.

Vamos con un segundo ejemplo. Ahora veremos ver un caso en que el Tribunal Constitucional ataca una igualdad legal y lo hace sin echar mano del principio de igualdad.

En su sentencia 93/2013, el Tribunal Constitucional español decidió que era inconstitucional la ley de la Comunidad Foral de Navarra que equiparaba en numerosos aspectos los derechos y obligaciones de las parejas casadas y de las uniones de hecho que como tales estuvieran registradas o que pudiera probarse que eran tales. El fundamento de tal veredicto está en la incompatibilidad entre tales disposiciones igualadoras y el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, tal como aparece en el artículo 10.1 de la Constitución²⁶. Ello sería así porque el

26. Constitución española, artículo 10.1: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

carácter imperativo y no dispositivo de tales normas impide realizar su libre elección a las personas que ni quieren casarse ni quieren vivir en pareja estable bajo tales efectos igualadores que legalmente se les imponen²⁷.

Las normas que así se declaran inconstitucionales lo son porque igualan lo que debe mantenerse con trato jurídico diferenciado. ¿Por qué?

Cuando una ley diferencia el trato de dos grupos de personas, puede ser inconstitucional si tal diferencia cuenta como discriminatoria. Cuando lo que la norma hace es igualar en el trato, estamos en la situación opuesta. ¿Puede una igualación de trato jurídico tenerse por discriminación? Si aplicáramos al pie de la letra aquella idea de que lo que la justicia manda es tratar lo igual de modo igual y lo desigual como desigual, cabría sostener que por las dos vías puede haber discriminación, tanto al tratar desigualmente lo que merece trato igual, como al tratar igualmente lo que lo merece desigual. Pero la idea de discriminación solemos, en la teoría jurídica, asociarla a la posición del discriminado, que es el que resulta perjudicado en un trato diferente. Así, si por trabajo igual cobra sueldo inferior un hombre que una mujer, habrá discriminación porque el hombre es discriminado. Bajo tal óptica, puede parecer que no tiene sentido decir que existe discriminación entre dos que reciben el mismo trato; por ejemplo, los componentes de un matrimonio y los que forman una pareja no casada. Pero si la ley impone el mismo salario para el que trabaja un día al mes y para el que, en la misma tarea, trabaja veinte días al mes, ¿acaso no está discriminado el segundo?

Esta sentencia del Tribunal Constitucional que he mencionado anula la ley igualadora de los efectos jurídicos para unas y otras parejas, pero en ningún momento menciona el artículo 14 de la Constitución ni alude a vulneración alguna del principio constitucional de igualdad ante la ley. Así puestas las cosas, resultaría que en

27. «La clave para dar respuesta a esta impugnación global de la Ley Foral reside en determinar si los efectos en ella establecidos se imponen a los integrantes de la pareja estable prescindiendo de su voluntad de asumirlos, o si, por el contrario, se condicionan a su aceptación de forma voluntaria por ambos integrantes. Aunque es evidente que la propia existencia de la unión de hecho implica una voluntad de convivir, ésta no es suficiente para entender que se asumen los efectos jurídicos previstos por la Ley para las parejas estables. Ya hemos señalado anteriormente que la relación *more uxorio* se basa precisamente en una decisión libre de los convivientes de mantener una relación en común, no necesariamente formalizada jurídicamente, que, como regla de principio, excluye el estatus jurídico imperativo de derechos y obligaciones característicos de la institución matrimonial. Debemos analizar, por tanto, si las reglas contenidas en el articulado de la Ley Foral determinan que el régimen que en la misma se establece resulta imperativo para las parejas estables o, por el contrario, es de carácter meramente dispositivo, esto es, abierto a su asunción voluntaria por ambos integrantes de aquéllas» (fundamento noveno de la sentencia). Y resulta que ya «Los dos primeros supuestos—un año de convivencia o hijos en común— conducen a la atribución *ex lege* de la condición de pareja estable por la mera concurrencia de alguna de tales circunstancias, dando lugar a una calificación jurídica de determinadas situaciones de hecho, a la que se asociará la aplicación del contenido de derechos y obligaciones incluido en la regulación legal, prescindiendo de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley Foral. Lo cual es claro que no resulta respetuoso del derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 CE» (fundamento noveno).

la práctica solamente se contempla vulneración del artículo 14 CE, con su derecho a la igualdad ante la ley como no discriminación legal, cuando la ley trata diferente dos grupos que merecen el mismo trato, pero no cuando equipara el trato de dos grupos que se piensa que deben ser diferentemente tratados. De este modo, el derecho a la igualdad ante la ley sería autónomo, en cuanto que no necesita respaldo en ninguna otra norma o derecho constitucional para ser aplicado, mientras que un derecho de un grupo a no ser igualado a otro ni tendría su sustento en el artículo 14 ni sería autónomo, pues se habrá de acreditar que es vulnerado otro precepto constitucional, en especial otro derecho constitucional diferente del derecho a la igualdad ante la ley. De ese modo, tendríamos que no existe un derecho constitucional autónomo a la diferencia de trato, sino que solamente están vetados los tratos iguales que vulneren un derecho distinto del derecho a la igualdad.

Es lo que vemos en la sentencia en cuestión, donde la equiparación que la ley anulada hacía se consideró contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad, amparado por el artículo 10.1 de la Constitución.

Hay un momento, en el fundamento octavo, en el que en la sentencia se lee que sí cabe que la ley imponga límites a la libertad de los integrantes de la pareja, pero que ha de hacerse para tutelar derechos fundamentales, y que en tal caso tocaría ponderar el derecho así tutelado frente al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los que forman la pareja. En estos términos lo dice la sentencia, tras afirmar que «únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja»:

«La restricción referida lógicamente no opera respecto a medidas legales que tutelen derechos fundamentales de los dos o de alguno de los componentes de la pareja de hecho, supuesto en el que se deberán tomar en cuenta los criterios generales sobre la necesidad, adecuación y proporcionalidad de las medidas atendiendo a los intereses en juego, de manera que el sacrificio del libre desarrollo de la personalidad sea el estrictamente indispensable».

Es decir, puede haber algún tipo de confrontación o cuestión de límites recíprocos entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y algún otro derecho fundamental, pero en la sentencia queda tácitamente descartado que se dé una tal contienda entre derecho al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la igualdad ante la ley. ¿Por qué?

La ley autonómica que en parte se declara inconstitucional por la razón antedicha se llama, precisamente, *Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables*. Si tan ponderadores son nuestros tribunales, y también a ratos el Constitucional, ¿por qué no pondera lo que la ley en cuestión realiza de la igualdad, al dar el mismo trato en varios aspectos a las parejas casadas y no casadas, y lo que negativamente afecta al derecho al libre desarrollo de la personalidad?

Creo que la respuesta es tan sencilla como descorazonadora: porque todos los tribunales ponderan, sí, pero nada más que cuando les da la gana, porque les con-

viene. ¿Y cuándo les da la gana y les conviene? *Cuando quieren activar el principio de proporcionalidad como justificación de una diferencia de trato para lo que la ley iguala, con el argumento de que esa igualación implica desproporción, ya que supone dar a cada uno lo mismo allí donde lo justo consiste en tratar diferentemente.*

Lo cierto es que de mano no parecía fácil que se fuera a dejar en fuera de juego el principio de igualdad a la hora de enjuiciar esta ley, pues fácilmente cabría argumentar que lo que la ley hace es evitar discriminaciones entre parejas casadas y no casadas, al hacer que determinados efectos que pueden ser favorables para los miembros los tengan nada más que los que son cónyuges u no los que formen pareja estable de hecho. Pero el Tribunal no echa mano de ese recurso de la ponderación, porque entiende que basta señalar la infracción del derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE.

De este modo, vemos palmariamente que *los tribunales eligen métodos en función de sus cálculos argumentativos*, del modo en que les parezca caso a caso más sencillo articular el fundamento de su decisión. Unas veces marcan los contornos o el núcleo esencial de un derecho fundamental y razonan haciendo ver que ha de tenerse por inconstitucional toda norma que penetre en tan recinto nuclear, sea cual sea el principio o derecho que la justifique. Es lo que vemos aquí, pues no se mira el grado de afectación positiva que pueda seguirse de esta ley para el derecho a la igualdad como no discriminación legal y basta con decir que, sea mucho o poco tal beneficio para la igualdad entre las parejas de una clase u otra, el derecho a la libertad no tolera semejante injerencia.

Otras veces, cuando le parece a un tribunal que no son tan claros los límites infranqueables de un derecho y que no resulta tan fácil argumentarlos, opta por la ponderación y se dedica a atribuir grados de afectación positiva y negativa de los derechos en juego y hace balance con base en el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Me atrevo a suponer que tal habría sido la estrategia si hubiera querido el Tribunal, aquí, hacer que la ley resultara constitucional, en cuyo caso puede que hubiera indicado que el sacrificio de una porción de libertad de los que forman parejas de hecho quedaba constitucionalmente compensado por el bien que se derivaba para la interdicción constitucional de la discriminación, por obra del artículo 14 CE.

De este modo, ese derecho a la igualdad como no discriminación presente en el artículo 14 CE resulta que puede resultar limitado de dos maneras, a tenor de los usos y prácticas de nuestros tribunales: porque invade el contenido esencial de otro derecho o porque pierde ante otro derecho. Esto puede verse desde otra perspectiva complementaria: el derecho a la igualdad del artículo 14 CE gana cuando no vulnera el contenido esencial de otro derecho y cuando, aun limitando otro derecho incluso en su contenido principal, pesan más las razones de igualdad en el caso que las razones en favor de ese otro derecho negativamente afectado.

¿Qué se sigue de lo anterior? Que la promiscuidad metodológica es fuente de una libertad judicial extrema. Llamo promiscuidad metodológica a la práctica judicial consistente en elegir a conveniencia entre métodos o modos de razonar ligados

a teorías del Derecho fuertemente incompatibles, pero cuyas diferencias se obvian precisamente para tomar de cada una lo que en cada caso más convenga al libre arbitrio judicial y a la posibilidad de hacer la justicia del caso concreto, elevada a supremo patrón de la decisión judicial.

La teoría de la ponderación va de la mano de unas doctrinas iusmoralistas de hoy que entienden que son derrotables todas las normas de Derecho, incluidas las iusfundamentales, y que hasta cuando el núcleo central de un derecho está en juego puede ser derrotada la correspondiente norma si son de más peso las razones en pro de la norma vencedora. Mientras que lo que esa teoría iusmoralista del Derecho y de los derechos rechaza es la tesis del constitucionalismo iuspositivista, según la que el contenido esencial de cada derecho fundamental conforma una esfera de intangibilidad cuya vulneración no puede ser justificada por razones de conveniencia atinentes a otros derechos o principios.

¿Qué ganan los tribunales con tal promiscuidad metodológica y semejante sincretismo teórico? Libertad para decidir a su albur y facilidad para fundamentar la opción que libérrimamente se tome, pues el caso se configura de la manera en que más fácil resulte argumentar la opción, sea como fruto de una ponderación, sea como resultado del respeto al núcleo duro de un derecho. Si en el caso en examen se hubiera querido dar por buena la constitucionalidad de la ley, probablemente se habría argumentado que ganaban, por su mayor peso, las razones a favor de la ley, en cuanto que la ley quería eliminar una discriminación legal entre parejas de diferente clase y puesto que no es justo que esa diferencia cuente como base de una desigualdad en el trato. Pero como optaron por declarar inconstitucional la ley analizada, se presentó la decisión como derivada del respeto mínimo debido al libre desarrollo de la personalidad. Eso sí, advirtiendo que si ese derecho hubiera colisionado con otro, habría sido necesario ponderar y dando por sentado que no había conflicto ninguno entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos que se emparejan y su derecho a no ser discriminados por el modo en que se emparejen. Lo que muestra también algo que vengo repitiendo: que los conflictos entre derechos constitucionales no existen y que son los tribunales los que, según les interese, montan los casos como de conflictos de derecho o de otro modo, sin tales conflictos y sencillamente mediante ajustes entre sus interpretaciones.

2. Los tribunales derrotan la diferenciación legal

Repasaremos ahora *cómo es judicialmente inaplicada a la ley que diferencia, pero sin alegar discriminación que la invalide*; o sea, invocando otros principios, como el de protección de la familia. El ejemplo nos lo brida la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, 1305/2023, de 23 de octubre²⁸.

28. Una versión de esta parte fue publicada en el blog *Almacén de Derecho*, bajo el título «*Killing me softly with his song*». O de cómo el Estado de Derecho muere por sobredosis de principios».

Reitero que toda norma jurídica general y abstracta necesariamente iguala y diferencia al mismo tiempo. Veámoslo con un sencillo ejemplo. El artículo 386.1 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, establece que la jubilación por edad de los Jueces y Magistrados es forzosa y será a los setenta años (con la salvedad contemplada en el segundo párrafo de ese apartado y de la presente en el apartado 2 de ese mismo artículo). Esa norma *igual*a, a efectos de jubilación, a todos los jueces y magistrados de setenta años y no toma en cuenta circunstancias particulares de unos u otros, como puedan ser su estado de salud en general, los años de servicio, el número de hijos que tengan, si recibieron o no sanciones durante su desempeño profesional, si son hombres o mujeres o si se adscriben o no a calificaciones sexuales binarias, si al alcanzar esa edad pertenecen a uno u otro tribunal o juzgado, si accedieron a la carrera judicial por unas u otras vías, etc., etc.

Esa misma norma *diferencia*, pues para todos los jueces y magistrados impone un tratamiento diferente del de otros grupos profesionales, como los funcionarios de clases pasivas, que tienen su jubilación forzosa a los sesenta y cinco años, según el artículo 67.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

Toda norma general y abstracta puede ser atacada por lo que iguala o por lo que diferencia. Así, se puede argumentar que no es justo que la ley, a efectos de edad de jubilación forzosa, trate igual a los jueces de setenta años que están en plena forma física y mental y a los que sufren achaques propios de la edad, a los que tienen hijos o nietos a su cargo y a los que están libres de cargas familiares, etc. Y se puede igualmente alegar que no es justo que sea diferente la edad de jubilación forzosa para los jueces y para otros funcionarios públicos con muy altas responsabilidades también. Pero, por lo común, el ataque no se hará aduciendo sencillamente lo injusto de la equiparación o de la diferenciación, sino que se echará mano de otros argumentos. Lo habitual es que la igualdad sea cuestionada con base en el principio de proporcionalidad y se tenga, por tanto, como desproporcionada; y que la diferenciación de trato se cuestione como contraria a la igualdad.

Ahora bien, hay en eso último un matiz muy importante. Si la diferencia de trato se considera discriminatoria por contraria al principio de igualdad, *lo procedente sería considerar que la norma diferenciadora es inconstitucional* y tendrían los jueces que así lo enfoquen que plantear la cuestión de inconstitucionalidad o que aplicar a rajatabla la norma diferenciadora en cuestión si ya ha sido calificada como constitucional por el Tribunal Constitucional. ¿Solución? Combatir la diferenciación haciendo ver que no es propiamente discriminatoria por contraria al artículo 14 CE, pero sí opuesta a otro principio constitucional. Con esa argucia dialéctica *consiguen los tribunales inaplicar normas legales que diferencian de modo no contrario al principio de igualdad y hacen esos tribunales que la distinción legalmente sentada y constitucionalmente admisible quede en papel mojado*. Allí donde la ley trata diferentemente, los jueces imponen una normatividad igualadora, siempre con base en un principio que se trae a colación para cargarse lo que la norma manda y derrotarla, y haciendo como si hubiera vencido el Derecho de verdad, que es el que fluye de los principios.

Veamos esto último con el ejemplo una sentencia particularmente clara al efecto, la 1305/2023 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La Ley 40/2003 de Protección a las Familias Numerosas dice en su artículo 2.1 que «A los efectos de esta ley, se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes», y en el apartado 3 de ese mismo artículo 2 leemos que «A los efectos de esta ley, se consideran ascendientes al padre, a la madre o a ambos conjuntamente cuando exista vínculo conyugal y, en su caso, al cónyuge de uno de ellos».

Queda claro que, a tenor de tal norma, cuentan como ascendientes beneficiarios el padre y la madre si están casados, pero no cuentan el padre y la madre como ascendientes beneficiarios, ambos, si no están casados, en cuyo caso sólo será beneficiario el que lo solicite, no su pareja y aunque sea progenitor biológico de los hijos. Es el tratamiento general que la ley prevé, y no contempla situaciones como la de la pareja de hecho formalmente inscrita como tal en cualquiera de los registros al efecto existentes o que a otros efectos legales sirvan.

En el caso que la sentencia resuelve, una pareja de hecho, hombre y mujer, tenían tres hijos comunes. El padre solicitó el título de familia numerosa y le fue concedido, figurando como beneficiarios él y los tres hijos, pero no la madre, pues no estaban casados el padre y la madre, aunque sí inscritos en el registro de parejas de hecho.

La madre reclamó ser incluida como beneficiaria y le fue denegada tal solicitud, con base en la norma hace un momento citada. Apeló judicialmente y se le dio la razón en primera y segunda instancia. La Junta de Andalucía recurrió en casación y el Tribunal Supremo, en esta sentencia que comentamos, ratificó las sentencias anteriores y extendió el derecho a esa madre no casada.

Los argumentos del Tribunal Supremo, en esta sentencia, son los siguientes:

1) La Ley de Protección a las Familias Numerosas «entronca con el artículo 39.1 de la Constitución que manda a los poderes públicos asegurar la protección social, económica y jurídica de las familias». En opinión del Tribunal, no ha de importar si el vínculo entre los progenitores es conyugal o no, pues el principio protector de la familia ha de imperar tanto en un caso como en otro. «El vínculo conyugal se justifica como garantía formal de que hay una convivencia familiar estable e indefinida en el tiempo», pero también «hay garantía formal de la realidad de una convivencia more uxorio tratándose de convivientes que no desean contraer matrimonio», siempre y cuando que estén inscritos en un registro de uniones de hecho.

El legislador quiso distinguir, pero el Tribunal no admite la distinción, porque la estima opuesta al principio constitucional de protección de las familias, pese a lo cual se dirá también que la norma no es inconstitucional.

Tengamos en cuenta que no estamos hablando de que se niegue la condición de familia numerosa a esa familia del caso, sino de que no se incluye como beneficiaria a la madre, aunque sí al padre y a los otros tres hijos. Podría pensarse que

estamos ante una discriminación entre progenitores casados y no casados, pero eso conduciría a poner en solfa la constitucionalidad de la norma en cuestión. Así que el Tribunal hace un razonamiento distinto, *sin base en el principio de igualdad* y con apoyo en el principio de protección de la familia.

El hilo argumental de la sentencia podría sintetizarse así, juntando lo que dice con lo que implícitamente parece dar por sentado:

(i) La Ley de Protección a las Familias Numerosas busca la protección de la familia y está inspirada en el artículo 39 de la Constitución.

(ii) A efectos de ese principio, tan familia es la basada en el vínculo conyugal, como aquella cuyos progenitores mantienen una unión de hecho.

(iii) La razón por la que el legislador sólo aplica la condición de ascendientes de las familias numerosas a los cónyuges es una razón de seguridad jurídica en cuanto a la realidad de la relación.

(iv) Una pareja no casada, pero inscrita en un registro de parejas de hecho, ofrece, a tales efectos de seguridad jurídica, garantías iguales o parangonables a las de la pareja casada.

(v) Por tanto, el tratamiento que por razones de seguridad jurídica aplica la ley a las parejas casadas puede y debe aplicarse a las parejas no casadas, a fin de satisfacer el principio protector de las familias.

Ese razonamiento imputa a la norma legal una finalidad que en la Ley no se explicita en ningún momento, como es la garantía de la seguridad jurídica y de algún grado de realidad de la pareja en cuestión. Con eso se incurre en un muy peculiar modo de razonar, que podríamos esquematizar así:

- (1) A los X se les da el tratamiento T porque tienen la condición C.
- (2) Los Y tienen la condición C.
- (3) Por tanto, debe darse a los Y el tratamiento T.

Ilustrémoslo con un ejemplo:

(1) A los propietarios de coches eléctricos se les otorga en la ley una subvención del 15% del precio de compra del coche porque los coches eléctricos no emiten gases de escape.

(2) Las motos eléctricas no emiten gases de escape.

(3) Las motos eléctricas deben tener una subvención del 15% del precio de compra.

Según tal modo de razonar, siempre que se sabe o se da por sentado que una norma da un cierto tratamiento a una situación para cumplir con un principio, debe extenderse dicho tratamiento a toda otra situación que permita cumplir con

el mismo principio. Siempre que con la nueva norma que se crea se realice el principio de la otra o que a la otra se atribuye como fundamento, parecerá justificada la norma nueva que sirva al mismo principio, y ello con total independencia de las razones que haya podido considerar el legislador como base de la distinción legal que así se suprime. Donde los principios así jueguen, dejan de tener relevancia los motivos del legislativo.

Las consecuencias de tal modo de pensar y argumentar son potencialmente revolucionarias, por no decir devastadoras. Supongamos que una norma legal rebaja al 3% el IVA de los libros y que se dice o se supone que lo hace para proteger e impulsar la cultura. Pongamos también que el IVA para las películas está legalmente establecido en el 6%. Pues bien, razonando de este modo que ya sabemos, cualquier tribunal podrá decretar que el IVA de las películas es del 3%, porque tanto es cultura la literatura como el cine y tanto se cumple el principio protector de la cultura con novelas como con películas. Las razones de mil tipos que el legislador pueda tener para sentar ese distinto régimen tributario se van por el sumidero ante el imperio arrasador de los principios y ante el afán justiciero y ostentosamente potente de la judicatura.

2) ¿Ha inventado el Tribunal una norma nueva o no ha creado ninguna y solo aplica las que ya estaban? El Tribunal dice que no, que no se innova la ley. Primero afirma que «sería deseable una reforma legal», pero luego viene a contarnos que no hace falta en realidad, pues con las normas que existen se puede fallar como él falla y sin enmendar al legislador. Esto sería así porque las Comunidades Autónomas tienen su propia competencia para «reconocer la condición de beneficiarios a los dos convivientes ejerciendo su competencia en materia de asistencia social (artículo 148.1. 20ª de la Constitución), dentro de las bases de la normativa estatal o en la ejecución de la misma».

Resulta que la Comunidad Autónoma tiene «competencia exclusiva en la promoción de las familias y de la infancia», de acuerdo con el Estatuto de Autonomía de Andalucía, que es la Comunidad donde el caso sucede. Así que el Estado tiene competencia para proteger las familias numerosas y la ejerce con la Ley de Protección a las Familias Numerosas y esa misma Ley dispone (art. 5.2) que a las Comunidades Autónomas corresponde la competencia para reconocer la condición de familia numerosa, por supuesto de acuerdo con lo que esa misma Ley establece para que las familias lo sean. Pero el Tribunal afirma aquí que no, que la competencia para decir qué familia es numerosa, siempre con el ánimo de realizar el principio protector de lo familiar, es, en el caso, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, porque el Estatuto de Autonomía dice en el artículo 17.2, bajo el rótulo «Protección de la familia», que «en el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma, las parejas no casadas inscritas en el registro gozarán de los mismos derechos que las parejas casadas».

O sea, que regular las familias numerosas es competencia del Estado, pero decir quiénes son beneficiarios de condición de familia numerosa es competencia de la Comunidad Autónoma, porque en la de Andalucía y en lo que ella es competente

las parejas no casadas inscritas en el registro tienen los mismos derechos que las casadas. Un sindióis jurídico: en lo que el Estado es competente para decir cuáles son los derechos de las familias casadas y no casadas es competente la Comunidad de Andalucía porque en sus esferas de competencia las familias no casadas registradas tienen iguales derechos a las familias casadas.

Puestas las cosas de modo tan extraño, podríamos pensar que la doctrina casacional que la sentencia sienta afirma que, por lo expuesto, *en la Comunidad Autónoma de Andalucía* los progenitores de parejas no casadas tienen, ambos, el mismo derecho que los casados a ser beneficiarios de la condición de familia numerosa. Pero no, lo que como doctrina casacional se propone es esto otro: «resolvemos la cuestión de interés casacional objetivo declarando que la aplicación del artículo 2.3 de la LPFN no excluye que tengan la consideración de ascendientes los dos progenitores aun cuando no haya vínculo conyugal pero esté inscrita la pareja de hecho en un registro de uniones de hecho».

Uno pensaría que o bien lo que se dijo de Andalucía vale solamente para las Comunidades que tengan en su Estatuto de Autonomía preceptos similares a aquellos, de modo que únicamente ahí los progenitores no casados serán asimilados a los casados en este tema, o bien la generalización de ese derecho de los no casados depende del principio de protección a la familia y no de particulares normativas autonómicas. Pero andamos en la procesión y repicando y se va a lo que se va: a imponer doctrinas por encima de la coherencia de las argumentaciones y al dictado de principios más o menos claros o más o menos neblinosos.

3) Pero ¿es o no es inconstitucional la diferencia de trato que impone el artículo 2.3 de la Ley de Protección a las Familias Numerosas? Si fuera inconstitucional, el Tribunal no podría decidir con semejante alegría y tendría que plantear la cuestión de inconstitucionalidad y sentarse a esperar; así que corta por lo sano: *la norma legal en cuestión es constitucional, pero él puede inaplicarla y hasta cambiarla por una nueva que sea mejor y más constitucional todavía*. Mano de santo.

Notemos qué curiosa argumentación: la diferencia de trato en la ley no necesita ser declarada inconstitucional, porque si se suprime en las sentencias la diferencia de trato, ya no hay en la ley diferencia de trato. Atentos a esto: «el conviviente excluido del título está en la misma situación que el incluido y de cara a las cargas familiares, uno, otro o ambos en la misma situación que los ascendientes unidos en matrimonio».

Y de propina se indica que como a las administraciones autonómicas les corresponde, según la Ley de Protección a las Familias Numerosas, reconocer la condición de familias numerosas a las que tengan los requisitos de tales, pueden esas administraciones reconocer esa condición también a las que no satisfagan las exigencias puestas por esa Ley. Algo así, supongo, como si una Comunidad Autónoma tuviera la competencia para cobrar un impuesto y, ya que lo cobra, se dice que puede también establecer los tipos impositivos diferentes de los que señale para ese impuesto la ley tributaria estatal. Prestidigitación jurídica.

Así da gusto tratar con normas legales no inconstitucionales, pero que tampoco se quieren aplicar. El control concentrado de constitucionalidad se torna en sibilino control difuso. Véase:

«[L]a resolución del litigio no pasa ni por expulsar del ordenamiento jurídico el artículo 2.3 de la LPFN ni por forzar su literalidad. El litigio se ventila en su aplicación. En esa norma lo determinante para incluir en un título de familia numerosa a los dos progenitores es que exista un vínculo jurídico que produzca efectos frente a terceros, vínculo que puede ser conyugal o una unión de hecho inscrita y a la que el ordenamiento reconoce efectos jurídicos. Ambos vínculos tienen el mismo presupuesto: unos progenitores y tres o más hijos y constituyen una familia numerosa, progenitores unidos mediante dos tipos de vínculos distintos, pero jurídicamente hábiles para producir el mismo efecto jurídico».

IV. LA GRAN CUESTIÓN DE FONDO; O DE CÓMO SE TRANSFORMA EL SISTEMA CONSTITUCIONAL POR ENTERO

Cuando el legislador distingue o iguala, no hace más que lo que inevitablemente exige la norma general y abstracta, base del Derecho moderno. En un Estado constitucional de Derecho, el Derecho no da a cada uno en particular lo suyo, lo que individualmente y en sus precisas circunstancias merece, sino que, en el marco regulativo de que se trate, califica genéricamente acciones como la de matar, comprar un coche, tener tres o más hijos o tener setenta años, y lo hace igual para Agamenón y para su porquero. Esa doble operación *de igualar a los destinatarios de un tratamiento legal común, pese a sus circunstanciales diferencias, y de diferenciar a los que quedan legalmente sometidos a tratamientos normativos distintos, a pesar de sus eventuales coincidencias*, está sometida al requisito de constitucionalidad, naturalmente. La ley no ha de ser inconstitucional debido a que sus diferencias de trato sean discriminatorias y, por tanto, incompatibles con el derecho a la no discriminación del artículo 14 CE; y la ley no puede ser inconstitucional porque una igualación que lleve a cabo resulte incompatible con alguna norma constitucional. Así, una norma que estableciera un tipo único del impuesto sobre la renta sería difícilmente conciliable con el «principio» constitucional de progresividad (art. 31.1 CE). O también se dice a veces que ciertas normas igualadoras podrían constituir casos de discriminación por desdiferenciación. Pero lo que sea o no sea inconstitucional no lo digo yo ni lo decide su señoría, sino que queda fiado al juicio del Tribunal Constitucional. Así se decidió en la Constitución del 1978.

En el sistema español, el control de constitucionalidad es (o era) concentrado y el juez que estime que el contenido de una norma legal está aquejado de inconstitucionalidad debe plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, único competente para declarar la nulidad de una norma legal por incompatible con una norma constitucional. Pero los tribunales han descubierto un *arma de alteración masiva de nuestro ordenamiento jurídico*, como es la de *no plantear la invalidez de la norma por inconstitucional, sino su mera inaplicabilidad por incompatible, en el caso,*

con una norma de la Constitución, norma que las más de las veces, si no todas, va a verse y tratarse como un principio constitucional, sea como sea que los principios constitucionales en el fondo se conciban.

De esa manera, se introduce una especie de *control difuso de constitucionalidad por la puerta de atrás* en un sistema constitucional que expresamente lo había rechazado. Pues, en efecto, donde propiamente el sistema de control *difuso* de constitucionalidad existe, los jueces y tribunales ordinarios no tienen la potestad de declarar nula por inconstitucional una norma con rango de ley, sino la de sencillamente inaplicarla por ese motivo, quedando en todo caso reservada la eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma al órgano que constitucionalmente tenga asignada esa función de control abstracto de constitucionalidad. Algo que en cierta manera es similar a lo que ocurre en el ordenamiento español con el control de legalidad de los reglamentos (véase el artículo 27 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), donde el juez de lo contencioso puede inaplicar el reglamento que estime ilegal, pero con la obligación de presentar la cuestión de ilegalidad al tribunal contencioso-administrativo competente para anular la norma en cuestión. Frente a esa carga para los jueces de lo contencioso que ejercen ese control difuso de legalidad de los reglamentos, los tribunales que pasan por encima de la ley se declaran más libres y despreocupados: pueden inaplicar una ley por razones de prevalencia de un principio real o supuestamente constitucional, pero no necesitan plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Esa deriva tiene un paso más, que se da cuando el principio de marras ni siquiera es o se pretende que sea un principio constitucional. Así pasa cuando el Tribunal Supremo se saca de la manga principios como el de buena administración, sin molestarse apenas en anclarlo en precepto constitucional alguno, pero con potencia para excepcionar cualquier norma administrativa o para añadir jurisprudencialmente una nueva a base de diferenciar lo que la ley iguala, nada más que porque un principio es un principio, venga de donde venga, y donde hay principio no manda marinero ni vincula legislador.

Permítaseme un comentario más, para dar cumplida cuenta de la índole del desaguizado jurisprudencial. En la teoría del Derecho que ha arrasado las Facultades de Derecho, al menos en el mundo latino o iberoamericano, los principios derrotan y excepcionan en el caso a cualesquiera normas válidas, sean estas catalogadas como reglas o sean otros principios, pero esto hay que hacerlo ponderando y de la ponderación se dice que es bien objetiva y metodológicamente admisible cuando se siguen sus pasos tasados: test de idoneidad, test de necesidad y test de proporcionalidad en sentido estricto. Valga eso lo que valga, reconozcamos al menos que se está forzando a un cierto trabajo argumentativo al tribunal que en un caso haga valer un principio por encima del contenido claro de la norma que de mano viene al caso y se interprete dicha norma como se interprete. Pero aquí, en nuestros pagos, los principios se imponen porque se imponen y excepcionan o derrotan, cuando excepcionan o derrotan, porque sí y sin rastro de ponderaciones ni zarandajas metodológicas y argumentativas.

Mientras que, en el principialismo ponderador al uso en la doctrina, un principio vence cuando argumentativamente se muestra por qué pesa más que la norma derrotada que con claridad venía a cuento, ya que los hechos del caso encajaban perfectamente en su supuesto de hecho, en nuestro principialismo de andar por casa basta decir que el principio está y, porque está, gana. Y punto. De este modo resultará más sencillo y menos enredado el razonamiento de ese juez o tribunal que quiera decidir en equidad o para darle gusto a la moda, al poder o al discurso dominante del momento, saltándose el precepto legal plenamente constitucional y sin necesidad de decir mayor cosa que lo de que había ahí un principio que ordenaba hacer eso que la ley constitucional y sin tacha no permite. Lo curioso es que, ante ese modo de ponderar los tribunales nada más que para sus adentros y como si de una muy peculiar reviviscencia de la «libre convicción» se tratara, los principialistas patrios callan y otorgan y con su silencio revelan que en realidad les importa un bledo la argumentación y su teoría y que con lo que disfrutan es con un judicialismo que haga de su toga un sayo y margine a voluntad la ley democráticamente legitimada y constitucionalmente no objetable.

Como los principios son potencialmente infinitos, de libérrima fuente y de contenido *ad libitum*, pero todos se pretenden expresión de densos imperativos morales, lo que en verdad se está operando es una alteración extrema del ordenamiento jurídico, cuyas normas, todas, quedan en su aplicación sometidas a un *control de moralidad*. El viejo sueño de la razón iusnaturalista, pero con tintes posmodernos y naturalezas bien versátiles, muy del gusto de una cultura que cambia seguridad por comodidad y certezas por consuelos. Un Derecho sin más mandato firme que el de hágase la justicia del caso concreto, pero procurando que contraríe a los menos de los que más importen y, ante todo, que no desagrade ni a los que cortan el bacalao ni a los que redactan, en los medios, el orden del día ideológico.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., «Los principales elementos de mi filosofía del Derecho», en: ALEXY, R., *La doble naturaleza del Derecho*, Trotta, Madrid, 2016, traducción de D. Oliver-Lalana.
- ALEXY, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», en ALEXY, R., *La doble naturaleza del Derecho*, Trotta, Madrid, 2016, traducción de Manuel Atienza.
- Cathrein, V., *Filosofía del Derecho. El Derecho natural y el positivo*, Reus, Madrid, 1958.
- D'ORS, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1963.
- Gómez Calle, E., «Reclamación de alimentos y retraso desleal. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5164)», *Anuario de Derecho Civil*, 73, 2020, pp. 341-373.

- Kalinowski, G., *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.
- RIDGE, M., «Moral Non-Naturalism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/moral-non-naturalism/>>.
- VIGO R. L., «La ley natural y la ciudad», *Prudentia iuris*, 72, 2011, 157-195.
- VIGO, R. L., «La interpretación o argumentación jurídica como saber jurídico-prudencial-retórico», *Quid Iuris*, 22, 2013, 15-28.
- VILLEY, M., *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Olejnik, Santiago de Chile, 2020.
- WEINRIB, E.J., «The Gains and Losses of Corrective Justice», *Duke Law Journal*, 44, 1994, 277-297.