



DERECHO CONSTITUCIONAL Y «DERECHA DIVINA»

Antonio AGUILERA FERNANDEZ

Acabando los cursos de doctorado en Derecho Constitucional allá por los años 1984/1985, descubrimos mis diez o doce compañeros (mexicanos, panameños, un estadounidense, una alemana y el resto españoles) la polémica Lucas Verdú-García de Enterría. Al ser los dos eminentes profesores la flor y nata del Derecho Constitucional (Pablo Lucas Verdú), y del Derecho Administrativo (Eduardo García de Enterría), descubrir, en la *Revista de Derecho Político* de la UNED, número 15, de 1982, un cuerpo a cuerpo dialéctico sobre los fundamentos mismos del Derecho Constitucional en un tono tan directo, agresivo, sin ambages y florituras propias de leguleyos baratos, estimuló y generó en bastantes de nosotros un apasionante deseo de saber más. Polémica Lucas Verdú-García de Enterría que nos muestra el empuje intelectual de la España de los ochenta, y que aconsejo vivamente a los estudiantes de Derecho Público de hoy (1).

(1) La posición de García de Enterría al respecto se encuentra en el prólogo de su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid,

He de empezar por decir abiertamente que si ya en 1984 intuía una mayor proximidad de la tesis de Lucas Verdú a mi concepción de la Justicia y del Derecho de entonces, este estudio intenta demostrar al que se digne lector, la superioridad moral e intelectual del concepto de Derecho Constitucional del profesor Lucas Verdú, comparado con el del profesor García de Enterría, todo ello en relación con los posteriores escritos y respectivas actitudes jurídicas y políticas de los dos ilustres profesores de Derecho Público españoles.

Transcribo a continuación las ideas fundamentales de la polémica en los años 1981-1982.

Decía Eduardo García de Enterría: «Que tenga que ser yo quien diga al profesor Lucas Verdú que lo que él está haciendo, y meritoriamente, por cierto, no es Derecho Constitucional, como él parece creer de buena fé (...) Por cierto, que informo a mi contradictor que la ciencia política, o el *Government*, no se estudia, ni como disciplina complementaria, en las facultades o escuelas de Derecho en Norteamérica (...) La ciencia jurídica no es una ciencia política o social más, ni puede intentar manejarse desde las categorías ordinarias del conocimiento o teoría social o política (...) Si en tiempos pasados pudo haber ejemplos de pensadores que unían en su trabajo la reflexión sobre los substratos fundamentales de la sociedad y del Estado y la artesanía jurídica más precisa, hoy la

separación de uno y otro aspecto es definitiva e irreversible, y lo es porque los métodos respectivos no son sustituibles, rotundamente (...) No es posible abordar problemas de técnica jurídica desde la ciencia o filosofía políticas, para determinar el significado del art. 149.3 de la Constitución (distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas) (...), o el alcance y los límites precisos del art. 20 (libertad de expresión e información)».

Y Lucas Verdú: «Los conceptos y argumentaciones del profesor García de Enterría responden a una ideología política concreta, su visceral oposición a todas las manifestaciones marxistas —o que le parecen tales—, su desconfianza frente al socialismo, y su discurso técnico-jurídico convertido en ideología constitucional (...) Toda dogmática constitucional, por mucha altura conceptual que alcance, recoge el influjo de una ideología concreta: iusnaturalismo revolucionario, puritanismo, liberalismo, conservadurismo, fascismo, marxismo-leninismo, iusnaturalismo renovado y las correspondientes variantes de estos movimientos (...) Cuando un proyecto organizador de la convivencia política ha logrado suficiente formalización jurídica tiende a olvidar las causas y motivaciones que lo produjeron y al mismo tiempo se despreocupa de los fines a que apuntaba. En este sentido, el predominio de la dogmática constitucional desideologizada, apartada de sus intereses e indiferente a los fines para los que se constituyó la organización política que pretende explicar e interpretar, conduce inexorablemente al inmovilismo, a la petrificación».

Diez años más tarde del *Curso de Derecho Político*, mi concepción del Dere-

1982, y en su artículo «El Derecho Constitucional como Derecho», *Revista de Derecho Político de la UNED*, 15, Madrid, 1982.

La posición de Lucas Verdú puede verse en su *Curso de Derecho Político*, volumen IV, páginas 83-123, Madrid, 1984.

cho Constitucional no difiere casi en nada de la del discípulo de Tierno, por eso se comprenderá mi desasosiego al releer a García de Enterría «que tenga que ser yo quien diga al profesor Lucas Verdú que lo que él está haciendo, y meritoriamente, por cierto, no es Derecho Constitucional, como él parece creer de buena fé»; y se entenderá la razón de seguir discutiendo con el hoy Académico de la Lengua, profesor García de Enterría.

Nos parece evidente que una gran parte de las teorías científicas formuladas años atrás han sido modificadas en un sentido o en otro con el paso del tiempo. El progreso de la Ciencia se produce no sólo por los descubrimientos, sino también por la rectificación de errores tenidos por científicos. Uno de estos errores es la preponderancia contemporánea del pensamiento de Hans Kelsen y sus teorías sobre el positivismo jurídico.

Kelsen repudió la tesis —y con ello su paso a la historia—, de que el Derecho por naturaleza es moral, e intentó crear una Teoría Pura del Derecho, que más bien es una Teoría del Derecho Puro, con el propósito nada más y nada menos que de dotar a la ciencia jurídica del ideal de toda ciencia, esto es, objetividad y exactitud. Tengo el convencimiento personal de que no vale la pena estudiar científicamente el pensamiento de Kelsen, o en todo caso ya se le ha estudiado en exceso, porque la rigidez de su pensamiento, un estructuralismo cerrado, y su predilección por dioses banales, empobrecen casi totalmente el mensaje. El aspecto más negativo de las teorías de Kelsen es su rigidez científica, su rigidez mental en decir qué es Ciencia y qué no. Su mejor logro fueron sus ideas políticas sobre lo que debería ser el Tribunal

Kelsen intentó crear una Teoría Pura del Derecho y dotar a la Ciencia Jurídica de objetividad y exactitud.

Constitucional y los beneficios de todo tipo que le supuso tal invento. Pero la rigidez de su pensamiento sobre la Ciencia del Derecho, lo que él denomina Teoría Pura del Derecho, no es más que una Teoría del Derecho Puro —pura Técnica Jurídica décadas más tarde—, para menosprecio científico de lo que dijo en el siglo XIX Immanuel Kant y repitió Albert Einstein en nuestro siglo: «Es verdad que detrás de todo trabajo científico subyace una convicción —cercana al sentimiento religioso— de la racionalidad o inteligibilidad del mundo (...) Dentro de esta firme creencia se arraiga mi concepción de Dios».

Esta, por tanto, rigidez kelseniana de García de Enterría se manifiesta en su adoración por la Técnica Jurídica y su menosprecio por la Ciencia Política, por la Filosofía, en suma, por lo que no sea Técnica. Y es que la técnica jurídica de García de Enterría es demasiado áspera, estructurada, sistematizada, segura de sí misma, esto es cerrada, y en franca oposición a la «Constitución abierta» que preconiza —en nuestra opinión con mayor claridad que Karl Popper—, el ilustre constitucionalista español Pablo Lucas Verdú en su reciente *La Constitución abierta y sus enemigos*.

La doctrina de García de Enterría sobre el «Acto administrativo» es un buen ejemplo de su rigidez científica. En su Curso de Derecho Administrativo de-

***La doctrina de García
de Enterría sobre el
«Acto administrativo»
adolece de rigidez científica.***

dica nada menos que 115 páginas, en letra bastante pequeña, al estudio del «Acto administrativo». Tengo la firme intuición o convencimiento que a no tardar, en unos años, la doctrina más autorizada los reducirá a quince o veinte páginas. Estas son mis argumentaciones:

Los civilistas, esto es, los estudiosos del Derecho Civil, son claros y luminosos: «El acto, en sentido jurídico, supone un hecho humano, producido por voluntad consciente y exteriorizada (...) Cuando el acto produce, conforme a las disposiciones del Derecho, un efecto jurídico, es llamado acto jurídico», y en cualquier manual se dedican 4 o 5 páginas a su estudio. García de Enterría en una gran Técnica Jurídica, y lo digo sinceramente, analiza los elementos del Acto administrativo, las clases, la eficacia, las nulidades, la anulabilidad, las irregularidades no invalidantes, la revocación, la anulación de los Actos administrativos en vía de recurso..., todo ello y también sinceramente, con una prosa técnica, prosaica y llena de erudición doctrinal de autores como Otto Mayer, mediocre estudioso del Derecho Público, y también de la doctrina más reputada. No les arriando el beneficio intelectual a los estudiantes de 3º de Derecho Administrativo de hoy; por lo menos, a mí me ha parecido siempre un texto de Técnica Jurídica pura, y por sensibilidad, muy resistente a su encanto.

Sí diré que los Actos administrativos «son la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo, realizada por la Administración y sometida al Derecho Público», según la más reputada doctrina italiana y francesa. Y que pueden ser, por tanto, relaciones de poder entre Administración y ciudadanos, por lo que Juzgados y tribunales deberían ser favorables a conocer del asunto, aunque no se diera plenamente la existencia del Acto administrativo. La apariencia de éste debe bastar.

Y también, su estudio, con veinte páginas, así los estudiantes de Derecho Constitucional europeos podrán estudiar *Government*, algo que siguen haciendo las mejores Universidades norteamericanas de Derecho, eso sí, a costa de relativizar el concepto de «Acto administrativo». En suma, Ciencia Política, Filosofía y Técnica jurídica, que es de lo que siempre se va a hablar en el Derecho y en la vida.

La jurisprudencia sobre las libertades de expresión e información

El último párrafo de las ideas jurídicas del profesor Eduardo García de Enterría, transcritas anteriormente, contiene una invitación a la dialéctica sobre el art. 20 de la Constitución (también del art. 149.3, pero aquí estoy bastante de acuerdo con el pensamiento de García de Enterría), que doce años más tarde me tomo la libertad de discutir: me estoy refiriendo a la libertad de expresión e información (art. 20). Y lo voy a hacer analizando algunos errores técnicos-jurídicos en esta década, las Sentencias del Tribunal Constitucional, casos «A ver», «Liceo Sorolla», la Sentencia del Tribunal Supremo, caso del «Objetor de Conciencia», el caso de las «Televisiones»

y los «Secretos Oficiales o Materias Reservadas».

El libro *A ver* se puso a la venta en las librerías en 1980. Varias asociaciones moralistas católicas denunciaron al editor del libro y el asunto llegó a los tribunales (de Instancia, Supremo y Constitucional). La sentencia del Constitucional fue del 15 de octubre de 1982 (BOE de 17 de noviembre de ese año), por tanto, del tiempo de la polémica y, debo decirlo, me puso sobre la pista el profesor Lucas Verdú, recomendándome leerla al saber de mi interés científico por el asunto. En esta sentencia se condenó al editor del libro «a las penas de un mes y un día de arresto mayor, y seis años y un día de inhabilitación para ejercer su profesión».

Mi opinión moral sobre el libro *A ver* la dejé escrita en 1989 en estos términos: «Se trata de una obra con intención de discurso intelectual y discutible válida, escrita por una doctora en Medicina, y unas imágenes de desnudos no pornográficos, que circula libremente por varios países europeos y norteamericanos». Pero no es sobre libertad de expresión sobre lo que voy a hablar; ahora me detendré en la prohibición de que el juicio fuera público, esto es, que se tuviera que celebrar a puerta cerrada, por decisión de los distintos Tribunales.

El letrado de la defensa había argumentado, con un sentido común en absoluto despreciable, que «decretar la celebración del juicio a puerta cerrada por razones de moralidad es lo mismo que prejuzgar la inmoralidad del libro». No lo pensó así el Tribunal Constitucional. La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) —ponente el magistrado y catedrático de Derecho Administrativo Rafael Gómez-Ferrer—, es un buen ejemplo de lenguaje jurídico abstruso,

prosaico y farragoso, y ocupa ¡nada menos que veintitrés páginas mecanografiadas! Esta fue la contraargumentación del Tribunal:

«Sentado lo anterior, es necesario examinar la alegación de que la resolución de acordar la celebración del juicio a puerta cerrada por razones de moralidad era lo mismo que prejuzgar la inmoralidad del libro y su condena, lo que violaría el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela efectiva de jueces y tribunales.

»El Tribunal no puede compartir este razonamiento. Como hemos señalado antes, la interpretación del art. 24.2 de la Constitución de conformidad con el Derecho Internacional en que ha de encuadrarse de acuerdo con el art. 10.2 de la misma, conduce a la conclusión de que el legislador puede regular la restricción del derecho a un proceso público por razones de moralidad. Como hace el art. 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y resulta claro que cuando un Tribunal adopta la decisión de que un juicio se celebre a puerta cerrada por tales razones no está prejuzgando que el inculpado sea o no inocente, ni está vulnerando el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales, siempre que la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada esté fundada en Derecho en los términos antes expuestos y ya considerados en su aplicación al caso.

Los juicios a puerta cerrada por razón de un libro chocan con el concepto de justicia de un Estado de Derecho.

»Por último, no puede admitirse el argumento de que cuando el presunto delito afecte al pudor de las personas en general, éstas tengan que estar presentes mediante la publicidad del juicio. Ello, en primer lugar, porque en tal supuesto la presencia sería físicamente imposible dado su número y, en segundo término, porque tal necesidad haría inviable la resolución judicial de que el juicio se celebre a puerta cerrada por razones de moralidad.»

Lo anterior, y en especial el último párrafo, contiene lo que en Filosofía se denomina una sofisma. Y se avala por una valoración moral en nada distinta al fundamentalismo.

Asimismo, el catedrático de Derecho Administrativo —y polemizador también de Lucas Verdú—, profesor Enrique Linde Paniagua, analizó esta sentencia. Su técnica jurídica fue ésta: «La alegación del recurrente de que la celebración del juicio sobre la moralidad del libro en cuestión y su condena de que viola el derecho a la presunción de inocencia y a la tutela efectiva de jueces y tribunales, es francamente desafortunada».

Es clara, pues, mi solidaridad intelectual y humana con el letrado de la defensa. Y también que los juicios a puerta cerrada por razón de un libro constituyen una práctica jurídica en abierta confrontación con el concepto

***La teorización sobre
la jurisprudencia constitucional
de las libertades de expresión
contiene un error teórico.***

de justicia más elemental en un Estado social y democrático de Derecho.

En el caso «Liceo Sorolla» en 1984, el Tribunal Constitucional desamparó a los profesores de bachillerato y miembros del Comité de Empresa del Colegio Liceo Sorolla, Don Alejandro Carrillo y Doña Carmen Burgoa, quienes en una situación de huelga legal por impago de nóminas y atrasos, emitieron un escrito dirigido a alumnos y padres protestando por la injusticia de la situación. Este fue el comunicado en cuestión:

«Que ante la situación de huelga legal que tenemos planteada la plantilla del centro, por impago de nóminas, atrasos, etcétera, desde el día 30 de mayo, se ha producido la siguiente situación: 1) los exámenes están siendo realizados por profesores distintos a los que impartieron enseñanza durante el curso. Los nuevos designados no están al corriente de la situación académica de los alumnos suspendidos, ni conocen lo que a cada alumno se había indicado para dichos exámenes; 2) por informaciones recibidas de alumnos y padres existen sospechas de que en dichos exámenes podrían estarse produciendo irregularidades; 3) teniendo en cuenta lo anterior, los citados exámenes podrían resultar nulos; 4) ante estos hechos el profesorado ha denunciado estos exámenes, por si hubiera ilegalidad, a la Delegación Provincial de Educación, Inspector jefe de Enseñanza media (...) Debido a esta situación urgimos a los padres a que recaben información de los organismos competentes y tomen las medidas pertinentes. Lamentamos profundamente esta situación ajena a nuestra voluntad.»

Don Alejandro Carrillo y Doña Carmen Burgoa fueron legalmente despe-

didados, y confirmado su despido en todas las instancias jurídicas españolas. Nos parece claro que lo que hicieron los antedichos profesores es escribir un comunicado dirigido a sus interlocutores naturales, alumnos y padres, en perfecto castellano, sencillo y breve, explicando concisamente su análisis de la realidad política y esperando una respuesta, en la mejor tradición liberal y democrática. Decir que en el transcrito artículo se injuria o calumnia a persona o institución alguna, supone en nuestra opinión un claro menosprecio a la libertad de cátedra, a la de expresión y al valor superior del pluralismo político que establecen los artículos 20 y 1 de nuestra Constitución.

La sentencia del Constitucional —ponente el magistrado Escudero del Corral— (BOE de 11 de enero de 1984), estableció:

«En conclusión, que cuando las sentencias de los órganos jurisdiccionales laborales estimaron procedente el despido de los demandantes, no sancionaban el lícito ejercicio de los derechos constitucionales que éstos estiman vulnerados, sino precisamente su exceso o extralimitación fuera de la norma suprema, según la ponderación valorativa efectuada dentro del margen de apreciación que poseen, y que por lo anteriormente argumentado ha de reconocérsele en el ejercicio del desarrollo de su función jurisdiccional».

Con lo que se iniciaba el conflicto competencial entre el Supremo y el Constitucional, que recientemente los magistrado del primero llevaron al Rey. Una de nuestras razones al notable alto al Constitucional estriba precisamente en su plena capacidad ponderativa en cuestión de derechos fundamentales.

***Sólo en junio de 1988
el Tribunal Constitucional
afirmó la posición preferencial
de la libertad de expresión.***

Meses más tarde, exactamente el 16 de octubre de 1984 (Aranzadi, 4850), el Tribunal Supremo dió el visto bueno a la condena de la Audiencia Nacional a un objetor de conciencia y a la pena de siete meses de prisión menor por «Injurias a los Ejércitos». Esto fue lo que dijo el objetor en un periódico:

«No puede aceptarse bajo ningún punto una institución tan represiva como la militar. Las Fuerzas Armadas existen para defender los intereses del Estado y del gran capital. El mito de la patria y del sentimiento patriótico son el cebo utilizado para justificar la existencia del ejército, debajo del cual se oculta mucha mierda.»

Es clara, en este caso, la insuficiencia de Filosofía política del Tribunal. Ya hace más de cincuenta años que Antonio Machado nos dejó dicho que «en una república cristiana —habla Rodríguez, en ejercicio de oratoria—, democrática y liberal conviene otorgar al Demonio carta de naturaleza y de ciudadanía, obligarle a vivir dentro de la ley, prescribirle deberes a cambio de concederle sus derechos, sobre todo, el específicamente demoníaco: el derecho a la emisión del pensamiento. Que como tal Demonio nos hable, que ponga cátedra, señores. No os asustéis. El Demonio, a última hora, no tiene razón, pero tiene razones. Hay que escucharlas todas».

La Ciencia Política y la Técnica Jurídica sobre el art. 20 de nuestra Constitución, esto es, la teorización sobre la jurisprudencia constitucional de las libertades de expresión e información en la década de los ochenta, contiene un error teórico, además de los casos estudiados y reseñados, que no nos debe impedir observar el relevante auge de las libertades de expresión e información en la España de hoy. El error técnico jurídico del más alto de nuestros Tribunales sobre el art. 20, consistió en «tardar» hasta 1988 para interpretar la posición preferencial de esas libertades, en caso de ser utilizadas en asuntos de interés político, sobre el honor en general de personas e instituciones (jurisprudencia admitida en los Estados democráticos desde 1970); y lo más grave es que cuando lo hizo sólo la extendió a la libertad de información (art. 20.1.d).

Sintetizo con prontitud para evaluar este error de indudable trascendencia política mediatizado por el discurso de extrema izquierda de los ultranacionalistas vascos —y también de los menos extremistas—, me refiero al caso «Miguel Castell». El estudioso del Derecho conocerá el discurso de éste último sobre el terrorismo de extrema derecha y sus fuentes de financiación. Soy sincero al decir que no leí la sentencia de su absolución, quizá por la satisfacción moral que sentí al enterarme por los periódicos de su plena absolución. Y

***No se piense
que se ha agotado
el debate jurídico y político
sobre las Televisiones.***

hoy pensamos que el discurso de Miguel Castell es teórico, dialéctico, en la mejor tradición política aristotélica. Felicitamos, pues, al compañero jurista.

Pero hasta 1988 duró la incertidumbre. Se inició en la discusión, a partir de la década de los ochenta, entre salas o tendencias en el seno del Tribunal Constitucional, y la posterior victoria teórica de la Sala Primera, compuesta por los magistrados Francisco Tomás y Valiente (Presidente), Francisco Rubio Llorente, Luis Díez-Picazo, Antonio Truyol Serra, Eugenio Díaz Eimil y Miguel Rodríguez-Piñero.

Porque en el debate interno, la Sala Segunda a través de la sentencia de 16 de diciembre de 1986, incurrió en el error de concreción, de estimar sólo la posición preferencial de la libertad del art. 20.1.d., esto es, de la libertad de información, menospreciando así el art. 20.1.a. Semejante afrenta a la libertad de expresión del común de los ciudadanos se mantuvo en sucesivas sentencias del Constitucional, hasta el 8 de junio de 1988, donde esa Sala Primera afirmó la posición preferencial de la libertad de expresión e información cuando se ejerzan en asuntos de interés público que contribuyan a la formación de la opinión pública libre.

No se piense que ya hemos llegado al edén de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 20. El mejor ejemplo de lo contrario lo tenemos hoy en día con el caso de las Televisiones, paradigmático para la discusión entre Ciencia Política y Técnica Jurídica en la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de información. Y nos acordamos también del último párrafo del Curso de Derecho Político de profesor Pablo Lucas Verdú, allá por 1984. Esto intuía el hoy profe-

sor emérito: «Desborda los límites de este trabajo un análisis comprobatorio del impacto iusadministrativo en la configuración de nuestro Tribunal Constitucional y, sobre todo, en la fundamentación de algunas sentencias suyas». Creo haber demostrado páginas atrás la fundamentación iusadministrativa, prosaica y abstrusa, de algunas sentencias en la interpretación constitucional sobre la libertad de expresión en la década de los ochenta. Sobre la libertad de información nos detenemos ahora.

Ruego al lector prescinda de valoraciones actuales referidas a la telebasura del momento, o a la enferma situación del pluralismo político, motivada por los monopolios informativos propios de la realidad televisiva en Europa y en España. Nuestro análisis será, pues, técnico-jurídico, y concentrado en la STC de 3 de octubre de 1991 (BOE de 5 de noviembre). En ella el Tribunal Constitucional desestimó «la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en relación con el inciso sin utilizar el dominio público de la Ley Orgánica de las Telecomunicaciones», dejando la puerta abierta para la ilegalización de los vídeos comunitarios y las televisiones locales.

Esta paradigmática sentencia incorpora tres votos particulares, digo bien tres, de los magistrados Rubio Llorente, Rodríguez Piñero y López Guerra, disintiendo del Pleno del Tribunal, y formulando sus respectivas antítesis al criterio de la mayoría. La relevancia dentro del Tribunal Constitucional de estos ilustres magistrados está fuera de toda duda para cualquier analista político, y respecto a la altura intelectual de sus razonamientos doy fe de mi admiración jurídica. Y como la fundamenta-

ción técnico-jurídica del Pleno del Constitucional es jurisprudencia, se entenderá mejor la dialéctica interpretativa.

El actual catedrático de Derecho Constitucional de la Complutense y ex Magistrado «intérprete supremo de la Constitución», profesor Rubio Llorente, argumenta con una prosa clara e impecablemente razonada: «La diferenciación entre la plena licitud de los vídeos comunitarios que no utilicen el dominio público y la absoluta prohibición de los que hagan uso de él (...) es una palmaria violación del art. 14 de la Constitución por la muy simple razón de que el criterio de diferenciación es absolutamente irrazonable». De similar enjundia es el voto particular que formula el actual presidente del Alto Tribunal, Rodríguez-Piñero: «Estoy en desacuerdo con la opinión mayoritaria del Pleno, por estimar que existe una inconsistencia entre la afirmación del fundamento jurídico tres, de que es preciso examinar el art. 25.3 LOT *in integrum*, y el fundamento jurídico 4, según el cual en este proceso constitucional el Tribunal no puede pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de la calificación de servicio público aplicada a la televisión por cable de alcance local, ni sobre el vacío legislativo existente en cuanto a su desarrollo». Es decir, el Tribunal sí debe pronunciarse sobre la legalidad constitucional de la televisión por cable de alcance local, y sobre el vacío legis-

***España necesita
una Ley Orgánica de los
Secretos Oficiales moral
y jurídicamente intachable.***

*Al investigador científico
del Derecho se le presentan
interrogantes propios
de otras disciplinas.*

lativo existente. Y el también Catedrático de Constitucional y Vicepresidente del Alto Tribunal, el Magistrado López Guerra, formula el tercer voto particular, discrepando de la interpretación del Pleno: «Discrepo de la resolución dada por el Pleno de este Tribunal a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2528/1989 que, en mi opinión, debería haber sido contestada positivamente, estimando que el inciso sin utilizar el dominio público del art. 25.3 LOT vulnera lo dispuesto en el art. 20.1 a) CE, que garantiza el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones».

Pero no se piense que se ha agotado el debate jurídico, político y filosófico sobre las Televisiones. Sobre todo no lo piensen los profesores de Derecho Público; el catedrático de Derecho Civil, profesor Pablo Salvador Coderch, en su estudio sobre la jurisprudencia constitucional de la libertad de expresión y prensa de la última década en los países occidentales, y a propósito de estas STC de las Televisiones escribe con armonía libertaria y social, y con un excelente raciocinio jurídico, otra interpretación a lo dicho por el Pleno, fundamentándola en una crítica al modelo dual existente en el mundo de la información: intervencionista en la comunicación audiovisual y abstencionista en la prensa escrita. Y ensaya el profesor Pablo Salvador una Filosofía sobre los *mass media* que comparti-

mos por entero: «En este libro se ha defendido una posición más cercana a la libertad individual que a la intervención colectiva, paternalista y comunitaria, aunque se ha tratado de aclarar que el paternalismo tiene un papel claro en la educación y que el comunitarismo lo tiene en la defensa de la pluralidad cultural y de la igualdad de las personas. Pero en un mundo de hombres y mujeres adultos y educados, el paternalismo puede llegar a servir de coartada a quienes creen que la intervención ha de proteger a las gentes de sí mismas o que la regulación es el subrogado de la educación y a, la postre, de la libertad» (2).

Llegados a este punto convendrá conmigo el profesor García de Enterría que en lo relativo también a la libertad de información no sólo es posible sino intelectualmente inexcusable, continuar filosofando sobre el Derecho de información en estos finales de siglo, donde la tecnología de las telecomunicaciones permite miles de Televisiones, impensables treinta años atrás, y que modifican bastante la comunicación humana. Quizá por ello, se vuelve a equivocarse Otto Mayer cuando dijo aquello de que el Derecho Administrativo es lo que permanece y el Derecho Constitucional lo mudable. En esto del Derecho de información es particularmente recomendable aunarse el estudio de la Filosofía, el Derecho y la Lengua, aunque sólo sea para hablar de la telebasura, y del pluralismo político, constitucionalmente exigible al conjunto de los *mass media*, para preservar el Derecho natural de la sociedad en lo tocante a su esencia más humana y social: la diversidad.

(2) Pablo Salvador Coderch, *El Derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 147.

Una ley que no aparece en los Códigos de Derecho Público y es, sin embargo, importantísima, es la Ley 9/1968, de 5 de abril sobre Secretos Oficiales, modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre (BOE del 11 de noviembre de 1978). Dice su art. 2: «A los efectos de esta Ley podrán ser declaradas materias reservadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado»; el art. 3: «Las materias clasificadas serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que requieran»; y el 4 encomienda al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor la calificación.

Es decir, se crean dos categorías de secreto: los secretos oficiales y las materias reservadas, según el mayor o menor grado de protección que requieran. Esto es un error técnico-jurídico y político, esto es, constitucional, que está forzando a una actualidad acrisolada por la corrupción política a acudir al Tribunal Constitucional. Y mucho nos tememos que aquí la jurisprudencia del «intérprete supremo de la constitución» esté a su peor nivel.

Porque dos categorías de secreto en un Estado democrático son demasiadas. En la realidad política de estos finales de siglo de los Estados occidentales y pluralistas, entendemos y justificamos que existan secretos oficiales que sólo conozcan el Jefe del Estado y del gobierno, el ministro del ramo, miembros del Parlamento o del Poder Judicial. Ahora bien, pero en permanente lucha dialéctica y periodística con las razones morales del secreto. Porque la astucia, el secreto, y

¿Quiénes son los partidarios de la divinización del neoliberalismo económico reinante?

las materias reservadas son la esencia del pensamiento político que Maquiavelo recomendó al Príncipe, y que determinaron el genio científico del florentino. Consideramos, pues, que en estos finales del siglo XX sería política beneficiosa para los españoles una Ley Orgánica de los Secretos Oficiales, moral y jurísticamente intachable, que no entre en contradicción con la esencia del Estado democrático: conocer qué pasa en la sociedad, el Estado y el poder. Y los *mass media* están para eso y poco más, que las diversiones y distracciones históricamente se han pagado caras.

Por eso cuando releemos la vieja polémica sobre «si en tiempos pasados pudo haber ejemplos de pensadores que unían en su trabajo la reflexión sobre los sustratos fundamentales de la sociedad y del Estado y la artesanía jurídica más precisa, hoy la separación de uno y otro aspecto es definitiva e irreversible, y lo es porque los métodos respectivos no son sustituibles, rotundamente» me pongo a pensar en las veces que al investigador científico del Derecho inmerso en lo más genuino de su tarea se le presentan interrogantes propios de otras disciplinas científicas o incluso artísticas. ¿Qué hacer entonces? Pues, filosofar, esto es, mezclar Técnica-Jurídica, Filosofía y Ciencia Política. Y todavía más cuando de libertad de expresión e información se trate.

***Hay que mezclar
lo económico y lo político,
lo jurídico y lo filosófico,
porque hablamos de Ciencia.***

Pero siendo esto un problema, no lo es en comparación con el dios constitucional de finales de los XX, esto es, el neoliberalismo económico y la publicidad de una literatura que le da soporte estético. De eso vamos a hablar en el siguiente punto.

La «Derecha Divina»

Y es que el neoliberalismo económico es hoy el auténtico dios. La libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y los premios Nobel estadounidenses. Y la verdad es que Milton Friedman nos parece un excelente intelectual y un magnífico economista. Su *Free to choose* nos pareció un gran libro, *La tiranía del statu quo* mejor si cabe. Friedman es un liberal, de sensibilidad pluralista, respetuoso con otras ideologías políticas, y también escasamente intervencionista, decididamente partidario de un mayor libremercado mundial sin privilegios, nada partidario de las subvenciones públicas, firme defensor de que se reduzca la Administración pública, en suma, defiende el liberalismo económico y el político. De Paul Samuelson nos gusta tanto su libro *Curso de Economía Moderna* como la altura intelectual y humana de su traductor, el también académico de la Lengua José Luis Sampedro. Y Paul Samuelson es un poco izquierdista, defensor de la economía mixta, asesor del Pre-

sidente Kennedy, en suma, más social. Y para qué hablar de John Kenneth Galbraith con su tesis de que el neoliberalismo económico reinante es *The culture of contentment*, o lo que es lo mismo, la cultura de una cierta alienación política y el detentamiento del poder, auspiciado por un liberalismo monetarista encabezado por la economía teórica más conservadora. Entonces, ¿quiénes son los partidarios de la divinización del neoliberalismo sólo económico reinante en los países occidentales? o, en todo caso, ¿por qué es el modelo por excelencia en estos finales de siglo?

La verdad es que las respuestas a estas inquietantes preguntas las desconocemos por su complejidad, y todo lo más que podemos hacer es constatar el derrumbamiento de la URSS y del comunismo en general, y la victoria económica y política de los Estados Unidos y los países de libre mercado. Ahora bien, ¿han muerto también la economía mixta o el Estado social?, pregunta ésta que nos apresuramos a contestar que no acudiendo, por ejemplo, al antes mencionado Paul Samuelson. El Estado social cambiará de color pero no de esencia, porque su razón de ser es razón *sine qua non* de la paz social en cualquier Estado democrático: conseguir una cierta igualdad de oportunidades para sus ciudadanos sin menoscabo de su libertad.

En el ámbito europeo se preguntaba recientemente Maurice Duverger a propósito de la liebre liberal y la tortuga europea, ¿alcanzará la tortuga a la liebre o tendremos que contentarnos con más liberalismo económico? Este es un buen símil para referirnos a lo que llamamos «derecha divina»; derecha en cuanto perpetúa el orden social estable-

cido, y divina porque hace de las tesis liberales económicas su dios particular y general.

Y nos preguntamos nosotros ¿quiénes son la derecha divina económica? La respuesta de manual sería el Fondo Monetario Internacional y sus informes, el Banco Mundial con los suyos, la OCDE con su informes trimestrales, semestrales y anuales, y los técnicos jurídico-económicos que le dan soporte intelectual y estético. Y otra pregunta que nos hacemos es, ¿son liberales decimonónicos? Pues, sorprendería a más de uno lo liberal y social que era John Stuart Mill (3).

Porque para ser liberal económico hay que serlo político, sólo lo primero es pura marginación social y despotismo burgués; por el contrario, el liberal político precisa irrenunciablemente de la libertad económica, del librecambismo, de la empresa. Quizá por ello, el pensamiento auténticamente liberal rechaza por sensibilidad propia la burocracia, el racismo, la socialización de los medios de producción, el despilfarro de las instituciones públicas, la dis-

(3) *Los principios de economía política* de John Stuart Mill, desgraciadamente, no se encuentran en las librerías españolas, pues dejó de editarse una traducción del profesor Pedro Schwartz. Sí, por supuesto el *Sobre la libertad* (Alianza, 1981), *El utilitarismo* (Alianza, 1984), su *Autobiografía* (Alianza, 1986), *La utilidad de la religión* (Alianza, 1986), *Del gobierno representativo* (Tecnos, 1985) y *Bentham* (Tecnos, 1993).

De John Stuart Mill decir únicamente que defendió con pasión la prohibición del principio de la herencia, por ser éste un agravio al principio de igualdad entre los seres humanos, abogó por un librecambismo mundial y la reducción de los aranceles entre las naciones, y fue al decir de un reciente Premio Nobel de Economía norteamericano «el pensador más genial del siglo XIX», y el más brillante teorizador sobre la tolerancia, añadido yo.

criminación educativa, las enormes desigualdades sociales de hoy..., no así el neoliberalismo de finales del siglo XX, los expertos economistas matemáticos, los informes técnico-jurídico-económicos, que hacen abstracción ideológica y moral de sus convicciones más íntimas, *eso* son informes y nada más.

Por tanto, hay que mezclar lo económico y lo político, hay que mezclar lo jurídico y lo filosófico, y si me apuran la gimnasia con la magnesia, porque estamos hablando de Ciencia. Y Ciencia en España son los nóbeles Ramón y Cajal, Severo Ochoa, la escuela que han dejado detrás, y no mucho más... Pues si la Ciencia Política es Ciencia también es verdad que es la más *light* de las Ciencias..., dicho esto y teniendo en cuenta lo que diga el profesor García de Enterría —ahora desde la Academia de la Lengua—, la Técnica Jurídica es pura técnica, esto es, puro soporte político y estético al liberalismo económico de estos finales del siglo XX.

Pero tienen buena publicidad. Lucas Verdú no está en la Academia. Liberalismo económico, Técnica Jurídica, Ciencia Política conservadora, bastante burocracia en nada exenta de hipocresía con la mejor Filosofía: tienen buena publicidad, que diría J. Habermas. Lucas Verdú no está en la Academia... ¿puede peligrar el concepto de Técnica y Ciencia? No, decididamente no, están el es-

***La Técnica Jurídica
es puro soporte
político y estético al liberalismo
económico actual.***

critor y economista José Luis Sampedro y alguno de izquierdas más, ahora mismo me acuerdo de Delibes..., ¡Ah!, pero tampoco está mi admirado Gala, o sea, que ahora van a tener *mejor* publicidad. Lucas Verdú no está en la Academia.

Y dicen los *media* que muerto el socialismo científico, también debe morir el socialismo filosófico, el artístico, el jurídico, el económico. ¡Y decimos Lucas Verdú a la Academia! Y ya en 1994

García de Enterría, Académico de la Lengua, y desde la página tres del ABC ensaya sobre el divino Jorge Luis Borges. Derecha y Divina. Lucas Verdú a la Academia. Y casi de sopetón me viene la ocurrencia: José Luis Sampedro, Miguel Delibes, Francisco Nieva, y por si acaso seguro que también el premio Príncipe de Asturias, académico y catedrático emérito de Derecho Administrativo, profesor Eduardo García de Enterría. ¡Y ya está en la Academia el profesor Pablo Lucas Verdú!
