



LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO*

(Paradojas teóricas de una rutina práctica)

Andrés Ollero

SUMARIO: 1. LAS PARADOJAS DE UN DERECHO SIN MORAL. a) De la racionalidad a la arbitrariedad identificable; b) En el texto normativo no está puesto el derecho. c) Legitimación política desfiguradora del proceso de positivación. 2. LA PARADÓJICA SEGURIDAD DE LO INCIERTO. a) Hacer justicia o saber qué se tendrá por justo; b) Del positivismo indeseable al positivismo inviable; c) No hay "soberano instantáneo". 3. SER Y DEBER. UNA INVENCIBLE AFINIDAD. a) Dos ciencias positivas del derecho contradictorias; b) Ser y deber siempre enlazados; c) Cosa juzgada como arbitrariedad incontrolada. 4. DERECHO POSITIVO Y LEGALIDAD HISTÓRICA. a) Una metodología antihistórica; b) Relativismo moral y iusnaturalismo críptico; c) Querencia progresiva y despotismo ilustrado. 5. LABOR JUDICIAL. MÉTODO TÉCNICO O DISCRECIONALIDAD POLÍTICA. a) Mecanismos técnicos sin momento creativo; b) El aplicador decide qué dice la norma; c) Una discrecionalidad inevitable. 6. NORMATIVISMO POSITIVISTA Y PRINCIPIOS JURÍDICOS. a) La lógica como ropaje argumental de lo teleológico; b) Protagonismo práctico de los principios y relevancia teórica de las normas; c) La polémica política sobre el activismo judicial. 7. ENTRE VOLUNTARISMO ARBITRARIO Y PRUDENCIA RAZONABLE. a) Técnica jurídica como ideología; b) Rehabilitar la razón práctica; c) Sin razones no hay democracia. 8. NINGÚN DERECHO NATURAL SIN DEMOCRACIA, NINGUNA DEMOCRACIA SIN

* Ponencia presentada al Coloquio Internacional "Derecho natural y derechos del hombre en los albores del siglo XXI", Roma, enero de 1991, bajo el título: "La crisis del positivismo jurídico. (Paradojas teóricas de una rutina práctica)".

DERECHO NATURAL. a) ¿Qué relativismo?; b) Derecho natural y proceso de positivación; c) Laicismo confesional y antidemocrático.

La mera identificación de ese "positivismo jurídico" cuya crisis se trataría de someter a estudio no deja de ser problemática. Podríamos clasificar los "positivismo jurídicos" según se presenten como¹:

a) proyección jurídica de *teorías positivistas del conocimiento*, y, por ende, de la ciencia;

b) intento de delimitar el objeto del saber jurídico (la *realidad jurídica*, por tanto) reduciéndola al derecho puesto;

c) Expresión de una *opción ético-política* que considera a lo jurídico, no como un peculiar contenido ético-material, sino como un conjunto de normas identificado gracias a elementos formales y vinculado a un determinado concepto de la soberanía política e, incluso, de su legitimación democrática². Aunque esta tercera perspectiva se presente como consecuencia teórica de las anteriores, histórica y prácticamente actuará, sin embargo, con frecuencia como su punto de partida.

No es posible articular tan variados ingredientes en torno a un eje preciso, sin desdibujar los perfiles de muchas de sus variantes. Pero, sin perjuicio de tales peculiaridades, en el "positivismo jurídico" se detectan una serie de elementos relacionados por una mutua sintonía lógica, histórica y cultural, relevantes para resaltar las

1. Esta triple perspectiva recuerda la planteada por BOBBIO, N., en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* en el volumen del mismo título, Milano 1965, pp. 133-134.

2. Significativa al respecto la postura de SCARPELLI, U., en *Cos'è il positivismo giuridico* Milano 1965, pp. 49, 92 y, sobre todo, 145 a 153. KELSEN, H., por el contrario, subraya precisamente las dos primeras perspectivas, aparcando la tercera al margen de los planteamientos científicos: *Was ist juristischer Positivismus?* "Juristenzeitung" 1965 (XX), p. 465.

paradojas de una teoría de problemática viabilidad, mantenida –de modo frecuentemente rutinario e irreflexivo– gracias a su contexto cultural y ético-político. Seleccionaremos ocho:

1. Establecimiento de una frontera tajante entre *moral* y *derecho*, consolidada gracias al abismo epistemológico entre *ser* y *deber*.

2. Sustitución de la búsqueda de la *justicia*, de contenido inevitablemente aleatorio, por el logro de una certeza que garantice la *seguridad* de las expectativas individuales.

3. Elaboración de una *ciencia* positiva del derecho, rescatándola del ámbito de una *ética* de cuestionada racionalidad.

4. Recuperación de la *historicidad* de lo jurídico, lejos de las abstracciones atribuidas al iusnaturalismo.

5. Planteamiento de un dualismo entre la actividad *política* pre-jurídica y la aplicación estrictamente *técnica* del derecho positivo (plasmado dentro del derecho codificado, en la distinción *lege lata-lege ferenda*).

6. Eliminación de todo recurso a lo meta-jurídico, mediante el logro de una *plenitud del ordenamiento* jurídico concebido como sistema unitario.

7. Abandono de la actividad jurídica como ejercicio prudencial de la *razón práctica*, para entenderla como aplicación de los dictados de una *voluntad legítima*.

8. Neutralización del juego de *podere*s sociales fácticos, garantizando la exclusiva soberanía de la legítima *autoridad política*.

El logro de esta multiplicidad de objetivos acaba tropezando con un escollo común: una determinada concepción del lenguaje y de su papel dentro de la dinámica jurídica. El derecho se sirve del lenguaje. La escasa impermeabilidad de su textura arruinará el carácter delimitador que parece rasgo común de todos los objetivos perseguidos. Porque quizá haya que ir aún más allá. El derecho no sólo se sirve del lenguaje sino que se comporta él mismo como un

lenguaje³. De ahí su doble intento de descubrir-conferir un sentido latente en las relaciones sociales, el peculiar dinamismo histórico-interpretativo de su confrontación con la realidad y la plasticidad pragmática y polisémica de sus fórmulas. Los "positivismos jurídicos" giran en torno a un doble eje: una peculiar relación teoría-praxis —en la que la segunda se subordina aplicativamente a la primera— y una dimensión meramente instrumental del lenguaje, al que se atribuye una imposible asepsia.

Sean cuales sean las paradojas teóricas a que aboca cada uno de estos ingredientes, basta esbozar las implicaciones prácticas de su negación para aventurar que la invocación del "positivismo jurídico" podrá fácilmente seguir convirtiéndose en una eterna rutina.

1. LAS PARADOJAS DE UN DERECHO SIN MORAL

La separación entre *derecho* y *moral* —clave distintiva del positivismo jurídico anglosajón— se entiende como tajante deslinde entre lo que realmente *es* derecho, en un lugar y momento determinado, y lo que cada cual entienda que *debe serlo*.

a) *De la racionalidad a la arbitrariedad identificable*

Una teoría positivista del conocimiento rechaza el *déficit de racionalidad* que llevaría consigo la admisión de un condicionamiento "moral" del derecho, como consecuencia de la etérea definición de tales propuestas. La identificación del derecho

3. Sobre el particular KAUFMANN, A., *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik* en "Festschrift für K. Engisch zum 70. Geburtstag", Frankfurt 1969, pp. 243-273, sobre todo 265. Cfr. sobre el problema que nos ocupa, del mismo autor, *Dal giusnaturalismo e dal positivismo giuridico all'ermeneutica*, "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto" 1973 (4), pp. 712-722, sobre todo 718.

positivo con el derecho escrito refleja este afán de considerarlo nítidamente puesto, de un modo acabado. El intento entra en crisis cuando se constata que sólo desde determinadas perspectivas sobre lo que debe y no debe ser llega a leerse lo que el derecho es. La norma no tiene un sentido cerrado, netamente objetivado en su texto. Este sólo resulta inteligible desde fuera o por debajo de su letra.

Si se mantiene el afán de racionalidad nos encontramos ante un difícil dilema. Tendremos que situar el sentido del texto (lo que es derecho) en su "espíritu" y no en su letra, lo que nos llevaría a postular la racionalidad del *espiritismo*. Kelsen rechaza tan incómoda paradoja abrazando otra: el tratamiento racional del derecho exige admitir que la norma no tiene contenido racional alguno; no porta un sentido que pueda ser apreciado mediante un juicio. La norma no nos "dice" lo que es derecho, sino que contiene una autorización para que el derecho sea en cada caso lo que alguien, por ella legitimado, "quiera"⁴. Paradójicamente, del rechazo de la propuesta moral, por exigencias de *racionalidad*, pasamos a un derecho puesto, entendido como *arbitrariedad identificable*.

b) *En el texto normativo no está puesto el derecho*

Aunque sólo reconozcamos como jurídicas las normas positivas, hay que admitir que *en el texto normativo no está aún puesto el derecho*. Se halla, paradójicamente, propuesto al lector para que lo interprete en un contexto valorativo.

No se trata sólo de admitir que en todo derecho hay unos elementos "morales", cristalizados en el momento en que se puso la norma. Frente a este arcaico "originalismo", hay que reconocer

4. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, Wien 1960 (citamos por la reimpresión de 1967), pp. 20 y 241.

un continuo fluir de valoraciones "morales" que van desarrollando históricamente el sentido de la norma.

Más abajo habrá que plantear si no se trata, en sentido estricto, de valoraciones propiamente "jurídicas". Kelsen, optando por negar a la norma un contenido preciso, considera que el derecho es objeto de una *posición en cadena*, desprovista de todo sentido unitario. Si en la reciente teoría de la ciencia se anima a abandonar la búsqueda de una "racionalidad instantánea", Kelsen había abandonado de antemano la "positividad instantánea"⁵ exigida por ella.

c) *Legitimación política desfiguradora del proceso de positivación*

La separación de moral y derecho lleva consigo el rechazo de una autoridad (fuente o magisterio social autorizado) moral, paralela a las fuentes del derecho vinculadas al soberano político, con las que rivalizaría. Aún apareciendo como consecuencia teórica de lo anterior, nos hallamos en realidad ante el motor práctico del mantenimiento rutinario de tales premisas. Tropezamos de nuevo con la paradoja, al constar que tal problema político surge precisamente como consecuencia de la escisión teóricamente establecida entre el mundo del ser y el del deber, que lleva a postular fuentes e instancias soberanas contrapuestas.

Habría que trasladar al juego ser-deber ser, inseparable de toda dinámica jurídica real, los esquemas de legitimación política de la creación del derecho, en vez de situarlos sólo en uno de sus polos.

Precisamente cuando se estima que las valoraciones "morales" son ajenas al ámbito jurídico se margina, por principio, el plantea-

5. Al respecto nuestro trabajo *Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht* en "Philosophy of Law in the History of Human Thought" (ed. por S. Panou y otros), Stuttgart 1988, pp. 150 y ss., sobre todo 151 (la versión original en español fue publicada en "Anuario de Filosofía del Derecho" (Madrid) 1985 (II), pp. 285 y ss., sobre todo 287).

miento de su posible legitimación política. En vez de abordar cuándo y cómo serían políticamente legítimas tales valoraciones, presentes siempre en el proceso de realización del derecho, se decide que –al ser ilegítimas por principio– no deben existir, sea ello viable o no.

El *modelo de legitimación política* de la creación del derecho se condena a la paradoja, al convertir en condición de su funcionamiento la *desfiguración del proceso real de positivación* de lo jurídico.

2. LA PARADÓJICA SEGURIDAD DE LO INCIERTO

Afirmar que el positivismo jurídico lleva consigo una sustitución de valores; pasando la *seguridad –en lugar de la justicia–* a ocupar el papel predominante, exigiría alguna precisión.

a) *Hacer justicia o saber que se tendrá por justo*

Para una teoría positivista del conocimiento, sería precisamente la imposibilidad de llegar a un concepto racional de justicia lo que alentaría tal querencia.

Así ocurre en efecto –de modo una vez más arquetípico– en el planteamiento kelseniano, pero no parece ser el caso de figuras como Bentham, ineliminable de las filas del positivismo anglosajón. La dificultad es, sin embargo, sólo aparente. Bentham, en efecto, suscribe la posibilidad de un tratamiento racional de la ética, hasta el punto de diseñarla como una "aritmética moral", pero –fiel a la separación positivista entre ser y deber– sitúa a la teoría utilitarista de la justicia en un nivel pre-jurídico, como "ciencia de la legislación"; la función de la ciencia jurídica sería asegurar la obediencia al código, a través del cual aquélla debe convertirse en derecho.

Incluso cuando se admite una ética racional de base empírica, capaz de animar a criticar libremente la ley, lo propio del jurista será obedecerla puntualmente⁶. Parecido juego entre justicia racional pre-jurídica y segura obediencia al derecho positivo se dio entre los codificadores continentales que positivaron el iusnaturalismo racionalista. En todo caso, tanto si se considera a la justicia irracional como si se la sitúa al margen del derecho, lo propio de éste no sería en realidad *hacer justicia* sino permitir que el ciudadano sepa a qué atenerse, al *saber* de antemano *qué se tendrá por justo*.

b) *Del positivismo indeseable al positivismo inviable*

La quiebra de la "positividad instantánea" —que permitiría establecer cuándo empieza o termina de ser positivo un contenido normativo— provoca la crisis del modelo. Se teme que las invocaciones a la justicia, al olvidar la obediencia al derecho puesto optando por una crítica que le propone sustituto, lleve a la arbitrariedad. Pero ninguna arbitrariedad resulta más rechazable que la que se camufla tras una seguridad sólo ficticia.

Poco más puede ofrecer un derecho positivo cuyo contenido está meramente propuesto, a la espera de la lectura valorativa que le "da" sentido (o que capta el que deriva de su texto en un contexto histórico cambiante). Si seguridad equivale a no retroactividad, la historicidad de la interpretación jurídica la hará imposible, por más que se la considere deseable⁷.

6. BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, Prefacio (editado con *A Comment on the Commentaries* por J.H. Burns y H.L.A. Hart, London 1977), p. 399.

7. Cfr. nuestro trabajo citado, en nota (5), pp. 153 y 295 respectivamente de las aludidas ediciones.

La crisis del *positivismo* jurídico no se plantea ya tanto por considerarlo indeseable —como ocurrió en la última postguerra— como por constatar que es *inviabile* en la práctica. Se considere o no deseable que la seguridad sustituya a la justicia, el derecho positivo no está paradójicamente en condiciones de garantizarla en las dosis pretendidas.

c) *No hay "soberano instantáneo"*

Cuando se considera —hobbesianamente— que justo es lo que ordena el soberano, por el mero hecho de haberlo ordenado, en apariencia la justicia se mantiene como indiscutible valor supremo; sólo se modificaría su contenido o la fuente de donde deriva. En realidad no hay tal. El propio Hobbes distingue moral y derecho, recordando que los consejos de la primera se asumen por su razonable contenido, mientras los mandatos del segundo se obedecen por proceder de una voluntad soberana, sea cual sea su contenido. No es que hayamos cambiado la teoría de la justicia, manteniendo ésta su predominio; al tratarse de una justicia sin contenido, lo único que ofrece es un saber a qué atenerse, si se asegura la obediencia general a lo que el soberano tenga por justo. Intentar disfrutar de seguridad sin renunciar a que se nos haga justicia sería pedir demasiado⁸.

Si lo que se pretende, con la opción ético-política por la seguridad, es garantizar al ciudadano que su conducta se verá jurídicamente condicionada sólo por lo que el soberano tiene por justo, liberándolo de propuestas polémicas, resulta evidente la crisis del intento. Tampoco hay *soberano "instantáneo"*, ni siquiera unipersonal. Esto da paso paradójicamente a una multiplicidad de *teorías*

8. HOBBS, T., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* (ed. de T. Ascarelli, Milano 1960), p. 86.

de la justicia, que irán orientando aleatoriamente la progresiva positivación de lo jurídico.

3. SER Y DEBER. UNA INVENCIBLE AFINIDAD

El afán por llegar a la elaboración de una *ciencia positiva del derecho* aparece vinculado a la filosofía positivista, arquetípicamente asumida en la visión comtiana de la historia. La magia teológica y la seudosabiduría metafísica han de dar paso a la ciencia positiva⁹. Liberado de la credulidad y del fraude, el estudio de los fenómenos sociales (derecho incluido) nos permitirá racionalizar la convivencia humana, con resultados prácticos no menos espectaculares que los conseguidos en el mundo físico. La revolución tecnológica encontrará como compañera, superado todo oscurantismo, a la regeneración social.

a) *Dos ciencias positivas del derecho contradictorias*

La proyección de la teoría positivista de la ciencia al ámbito del derecho nos llevará, una vez más, a la paradoja. Si tal teoría del conocimiento acaba construyendo una peculiar realidad para su particular uso y consumo, lo sorprendente será que en el ámbito

9. Para K. OLIVECRONA la norma, tal como la entiende Kelsen, establece una "relación mística" entre los hechos. "En una ocasión Kelsen declaró paladinamente que esto es en realidad 'el Gran Misterio'; eso es hablar con claridad: es un misterio y siempre lo será" -*Law as Fact* 1939 (citamos por la edición en español: *La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona 1980), pp. 43 y 78. Para A. ROSS la concepción kelseniana del ordenamiento como sistema fundado en una norma básica es una "idealización falsa", que recurre inevitablemente a "vacías tautologías" -*Toward a realistic Jurisprudence* 1946 (citamos por la edición en español: *Hacia una ciencia realista del derecho*, Buenos Aires 1961), p. 115.

jurídico –como nueva consecuencia del forzado abismo ser/deber– acaba construyendo dos...

Kelsen –sin duda, el más ambicioso y coherente teorizador de una *ciencia* positiva del derecho– opta por situar la realidad jurídica en el mundo *del deber*.

Si se nos permite el trabalenguas, el derecho que es (que debe, por ortodoxia positivista, deslindarse de toda consideración sobre lo que el derecho deba ser) consiste en un deber peculiar. Lo que le presta cohesión como ordenamiento no es el contenido de sus normas (como ocurre en los "estáticos" sistemas morales) sino una mera conexión formal, que encadena actos de voluntad otorgándoles sentido normativo (o sea, transformándolos de ser fáctico en deber normativo).

La crítica de los "realistas" escandinavos a tal empeño no deja de resultar paradójica. Para ellos, la teoría kelseniana es pura metafísica, al volver la espalda al empirismo exigible a toda ciencia positiva. Su falso positivismo resultaría tan perturbador que acaba inutilizando tan prestigiado término.

Los "realistas" han optado por la ciencia positiva como *ciencia de hechos* –jurídicos, en este caso. Pero con ello, si hemos de creer a Kelsen, acabarán diseñando una ciencia tan positiva como poco jurídica. No se ocuparía, en realidad, del derecho (situado en el mundo del deber) sino de unos hechos que acaecen en la vida social, en paralelo a esas normas capaces (por una propiedad comparable a la del rey Midas) de atribuirles sentido jurídico. Su presunta ciencia del derecho es, más bien, una sociología para-jurídica.

El positivismo jurídico, en su afán por llegar a diseñar una *ciencia positiva del derecho*, ha acabado paradójicamente dando paso a *dos contradictorias*, o sea a ninguna...

b) *Ser y deber siempre enlazados*

Los dos conceptos de derecho positivo, enfrentados dentro del ámbito positivista, remiten a dos planteamientos opuestos sobre cuando y *cómo se pone el derecho*.

Para Kelsen, la conexión formal del "dinámico" sistema jurídico otorga el sentido objetivo de norma jurídica a determinados actos de voluntad, si el ordenamiento goza, en su conjunto, de un *mínimo de eficacia*. Los realistas contemplan, sin sorpresa, cómo un elemento meramente fáctico se convierte en *conditio sine qua non* de la validez¹⁰. Ser y deber aparecen identificados, aunque la ortodoxia positivista kelseniana invite a considerarlos meramente contiguos.

Para los escandinavos, el derecho va poniéndose al compás de las fluidas conductas sociales. Sólo "ex post facto" cabe constatar la positividad jurídica; esto plantea una curiosa paradoja, ya que el derecho –por definición– aspira a gobernar el futuro y no a levantar acta del pasado. Lo decisivo es poder identificar las normas jurídico-positivas, sin esperar a hacer balance de lo que la sociedad ha tenido por norma considerar como derecho positivo.

Los empiristas han de reconocer por su parte –a fuer de realistas– que para que la simple vigencia fáctica de una norma se convierta en validez jurídica ha de entrar en juego una peculiar conducta: la *obediencia desinteresada* del que actúa cumpliendo un deber¹¹. Ahora es Kelsen el que observa, complacido, cómo los hechos han de apoyarse (o –por obligado eufemismo– mantenerse vecinos) en elementos metafácticos, que habían sido precipitadamente rechazados como metafísicos.

10. Para A. ROSS, "resulta claro que, en realidad, la efectividad es el criterio del derecho positivo" y que la norma básica "sólo cumple la función de otorgarle la 'validez' que exige la interpretación metafísica de la conciencia jurídica" –*On Law and Justice* 1958 (citamos por la edición en español: *Sobre el derecho y la justicia* Buenos Aires 1963), p. 69.

11. ROSS, A., *Hacia una ciencia realista del derecho*, nota (9), pp. 89-90.

La doble versión del positivismo jurídico acaba insinuando, paradójicamente, que *ser y deber acaban siempre enlazados*, sea cual sea la variante de la positivación jurídica por la que opte.

c) *Cosa juzgada como arbitrariedad incontrolada*

Todo ello nos lleva bastante lejos de la existencia de una voluntad soberana, que dicta por escrito mandatos destinados a ser aplicados con pulcritud técnica.

Kelsen parece respetar el modelo, al presentar la norma como acto de voluntad condicionado por otra norma; pero se trata de un espejismo. No se limita a sustituir un sistema ético-material ("estático") por otro formal y procedimental ("dinámico"); lo que llevaría a sustituir el derecho como exigencia de justicia por el derecho como arbitrariedad controlada. Para él, las normas jurídicas no hacen aplicables diversos contenidos; en realidad no se "aplica" contenido alguno, porque ello exigiría admitir que se parte de un *juicio* sobre lo que dice, para añadirle luego un aplicativo acto de *voluntad*. Para Kelsen, la norma no dice nada; quiere, o —mejor— faculta para querer. Por más que se diseñe la norma como un ámbito posibilitador de futuros actos de voluntad con sentido normativo, tampoco cabe —coherentemente— preguntarse qué quiere decir la norma, o se qué actos de voluntad estaría dispuesta a respaldar.

Aunque el planteamiento teórico parece invitar a un cierto cognotivismo débil, que permitiría describir científicamente el contenido de la norma, la dinámica jurídica —que obliga a remitirse a la eficacia— acaba forzando a considerar como derecho un acto de voluntad realizado fuera del campo científicamente descrito¹². El dictamen científico quedaría falsado por la misma práctica del derecho, capaz de demostrar que —de hecho— la norma no decía lo

12. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, nota (4), p. 352.

que parecía decir o acaba diciendo más de lo que parecía querer. El derecho como arbitrariedad controlada nos lleva a una nueva paradoja: ese control es a su vez arbitrario. Desterrado el juicio del ámbito de la dinámica jurídica, la *cosa juzgada* no sería sino una *incontrolada arbitrariedad final*.

Los realistas se apartan aún más del modelo. La voluntad del soberano penará en la hoguera su desvarío metafísico¹³. No hay tal voluntad con contenido preciso y aplicable. Esto sólo es concebible en positivismos codificadores (de raíz, paralela, racio-iusnaturalista o empírico-utilitarista), que llevan en sí los gérmenes del cognitivismo ético que les sirvió de origen. El derecho parece funcionar por parte de *magia*, pero la ciencia positiva ilustra el funcionamiento real de una *maquinaria social* sujeta a una peculiar causalidad. El presunto soberano no es sino un antropomorfismo mágico, que atribuye personalidad mística a un proceso mecánico insuficientemente conocido¹⁴. Ahondando en el funcionamiento de esa maquinaria llegaremos, una vez más, a la paradoja. La ciencia positiva nos descubre que la máquina jurídica funciona gracias a que los ciudadanos no son lo suficientemente científicos como para saber cómo funciona. Sin su infundada convicción de que deben hacer desinteresadamente esto o aquello, el derecho acabaría perdiendo su validez. La ciencia del derecho nos brinda, pues, un paradójico descubrimiento: el derecho sólo *funciona a golpe de ignorancia social*. Si todos los ciudadanos comprendieran que la norma jurídica es la mera expresión de una rutina, sólo les quedaría un motivo de obediencia, tan interesado como problemático: la invitación de Olivecrona a no poder en peligro el rutinario

13. Sobre el particular OLIVECRONA, K., *The Will of Sovereign. Some Reflections on Bentham's Concept of 'A Law'*, en "The American Journal of Jurisprudence" 1975 (20), pp. 95-111, y sus críticas a este aspecto de la teoría kelseniana en *La estructura del ordenamiento jurídico*, nota (9), pp. 76-77.

14. OLIVECRONA, K., *El derecho como hecho*, nota (9), pp. 38-41.

funcionamiento de una mecanismo de relojería cuya reconstrucción podría acabar siendo imposible¹⁵.

4. DERECHO POSITIVO Y LEGALIDAD HISTÓRICA

La invocación a lo positivo arrastra siempre un tono de reproche: de lo físico hacia lo metafísico, de lo empírico hacia lo imaginario, de lo concreto hacia lo abstracto y –sobre todo– del fluir histórico hacia el ciego aferrarse a un pasado inmóvil.

a) *Una metodología antihistórica*

En el ámbito filosófico Comte es todo un síntoma del parentesco de *teorización positivista y filosofía de la historia*.

En el ámbito jurídico será Savigny quien empareje ciencia del derecho positivo y alegato histórico. Con ello abre nuevas paradojas. Savigny está obviamente convencido de que sólo es derecho el derecho puesto. Siendo la positividad del derecho un producto histórico, el saber jurídico ha de concebirse como una ciencia histórica del derecho¹⁶, en contraste con las abstracciones del iusnaturalismo racionalista. La mordaz crítica que sus epígonos recibirán de Ihering no es sino el anticipo de una paradójica

15. Así termina la contribución de K. OLIVECRONA al Homenaje a Roscoe Pound (*Interpretations of Modern Legal Philosophies*, New York 1947), titulado igualmente *Law as Fact* (citamos por la edición en español, incluida en el volumen colectivo *El hecho del derecho* Buenos, Aires 1956), p. 240.

16. En clara contraposición a la etiqueta "derecho natural", en *Ueber den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1815 (en *Vermischte Schriften*, Aalen 1968, t. 1), pp. 108-109. De la evolución de su pensamiento nos hemos ocupado en *Savigny: el legalismo aplazado*, incluido en el volumen de la "Revista de Ciencias Sociales" (Valparaíso) dedicado a *Savigny y la ciencia del derecho*, 1969 (14/2), pp. 543-586.

constatación: la teoría positivista de la ciencia empuja inevitablemente a planteamientos antihistóricos de la realidad jurídica.

Savigny entendía el derecho como una *realidad* a la vez *objetiva* y *evolutiva*. El derecho tenía un contenido preciso, bien lejano de la arbitrariedad¹⁷ formalmente legitimada o de la mera rutina fáctica ajena a una "opinio iuris". Su énfasis recaerá sobre la historicidad evolutiva de tal contenido. En lo que su planteamiento tenía de *intuición ontológica* resultaba notablemente feliz. Su tragedia fue querer aplicarle una *metodología* radicalmente *antihistórica*, desde la que acabaría viéndose descalificado por la promiscuidad de ser y deber que encubría su "organicismo".

En Kelsen esta evolución orgánica se ve sustituida por un mero *cambio aleatorio*. El derecho es sistema "dinámico"¹⁸, en contraste con el fijismo estático que atribuye a los sistemas morales; pero tal dinamismo no refleja el despliegue histórico de una realidad objetiva sino el mero sucederse de actos arbitrarios de voluntad montados sobre un soporte formal común. Huyendo de la foto fija no va más allá de un tambor de diapositivas, que se limita a ofrecer una secuencia, coherente o no. El positivista ha de reconocer que el derecho es un peculiar acto de voluntad, y dejarse de historias.

Los realistas cumplen la consigna comtiana, a su modo. Comparten con él la consideración de lo jurídico como un fenómeno más de la facticidad social. Entienden que el saber positivo capaz de explicarlo ha de ser sociológico, pero su propuesta de *ciencia social* prescinde –al menos, confesadamente– de toda *filosofía de la historia*. Constatan que el derecho "se mueve", renunciando a adivinar hacia dónde. Desde perspectivas "alternativas" de ciencia social, se sugerirá que constatar tal movimiento no deja de ser un modo, tan eficaz como interesado, de mantener el statu quo en contra de la historia.

17. SAVIGNY, F.C.v , *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2, Heidelberg 1814 (citamos por la edición en español incluida en el volumen *La Codificación*, Madrid 1970), p. 58.

18. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, nota (4), pp. 198 y ss.

b) *Relativismo moral y iusnaturalismo crítico*

El positivismo insiste en la necesidad de ocuparse del *derecho positivo* negando carácter jurídico a cualquier presunto rival situado fuera de la *realidad social*. La historicidad de ésta, sin embargo, convertirá en problemática esa promesa de unión indisoluble.

Si derecho y realidad social se identifican surge un paradójico dilema. O el derecho —como aquélla— es mera facticidad, cambiando con ello su función normativa por otra meramente reproductiva; o el derecho encuentra en la realidad social la fuente de la clave normativa que le da sentido. Si tal clave es aleatoria, no habría gran diferencia entre el derecho y el juego de la ruleta; si la realidad social porta en sí misma claves objetivas, su descripción se erige en norma encubierta y la sociología degenera en sociologismo.

Este ha sido las más de las veces el resultado. El desfase entre la historicidad social y las exigencias de la seguridad jurídica sustituye el discurso del derecho *como* realidad social por la exigencia de que sus normas se adapten de modo continuo *a* tal realidad. Sería ella la auténtica depositaria del sentido del derecho.

El *sociologismo* se convierte en iusnaturalismo inconfesado, si en cada momento histórico la realidad social dicta una respuesta obligadamente adecuada.

Cuando, desde una perspectiva "crítica" se sabe de antemano cómo acaba la historia, surge ese peculiar "iusnaturalismo" que invita a un uso alternativo del derecho. El sociologista —que, negándose a escrutar el futuro, se considera capacitado para descifrar el presente— acaba introduciendo en él su propia teoría de la justicia, aunque su opción por el oportunismo le alivie de responsabilidades.

El positivismo, que se presentaba como expresión de *relativismo moral*, acaba implantando paradójicamente un *iusnaturalismo crítico*.

c) *Querencia progresista y despotismo ilustrado*

Puestos de acuerdo en que la norma jurídica ha de aplicarse en todo momento de acuerdo con la "realidad social" del momento, surge el problema de a quién corresponde la *interpretación auténtica* de esa encubierta *normatividad social*, que —ofreciéndose como criterio interpretativo de la jurídica— acaba en realidad sustituyéndola. Es obvio que los esquemas de legitimidad política respaldaban el texto normativo, pero éste es sólo ya una parte de lo necesitado de legitimación, en la medida en que ha dejado de ser el dueño de su sentido.

Pedirle al sociólogo que nos responda sería situarlo ante una incómoda disyuntiva. Puede, si es riguroso, declinar el encargo; difícilmente podrá decir al jurista que "realidad social" debe servirle de criterio al interpretar la norma, cuando su función es describir qué tiene por norma considerar como realidad social el jurista al realizar su función interpretativa. Puede, por el contrario, investir —de modo más o menos solapado— como intérprete social autorizado a determinado núcleo de opinión, convirtiéndolo así de hecho en portador de poderes no legitimados.

Se consuma una nueva paradoja. La presunta fidelidad del positivismo a los mecanismos de legitimación política (obviamente democrática) se ve desplazada por la *querencia "progresista"* que le acompaña, encontrando formulación arquetípica en su versión comtiana¹⁹.

Frente al iusnaturalismo como filosofía reaccionaria de la historia, empeñada en conservar un imperfecto pasado, el positivismo progresista, que aspiraría a adelantar el futuro, constata con

19. Ya en la segunda página de su *Cours de philosophie positive* 1830, señala que para explicar su verdadera naturaleza es indispensable arrojar primero una ojeada general sobre la marcha "progresiva" del Espíritu humano. Dos páginas después de refiere a "la perfección del sistema positivo, hacia la que tiende sin cesar" (citamos por la reproducción anastática de París 1968-1969, t. I).

impaciencia que, un día tras otro, la *norma jurídica se le ha quedado siempre corta*. Adaptar la norma jurídica a la realidad social sería hacerla llegar adonde su creador –timorato en origen o devenido arcaico– no consiguió llegar.

La apelación a la realidad histórica se convierte así en la más eficaz estrategia para un *despotismo ilustrado*. No sólo hemos pasado del relativismo moral a la propuesta de obligado incumplimiento. Por ende, hemos aparcado las formas de legitimación democrática, atribuyendo a un minoritario grupo (los dioses son tacaños al otorgar saberes) el derecho a discernir, entre los hechos, gérmenes del futuro y cadáveres del pasado.

5. LABOR JUDICIAL. MÉTODO TÉCNICO O DISCRECIONALIDAD POLÍTICA

El afán por trazar una separación tajante entre actividad política y jurídica –*debate valorativo pre-jurídico y manejo rigurosamente técnico del derecho puesto*– no sólo expresa la tercera perspectiva propuesta, sino que enlaza con las dos previas. De poco serviría centrar toda la atención científica sobre el derecho puesto si en su despliegue dinámico acaba luego poniéndose inevitablemente otro.

a) *Mecanismos técnicos sin momento creativo*

El positivismo jurídico –precisamente por su empeño en no reconocer como derecho sino a las normas positivas–reclamará una ciencia capaz de suministrar el instrumental metodológico adecuado para garantizar que tales normas no se verán desvirtuadas en su aplicación práctica.

Esto explica el carácter bifronte de la llamada "metodología jurídica". Bajo tal rótulo se acogen con frecuencia dos tipos de contribuciones: una *metodología de la ciencia del derecho*, que

señala los requisitos a cumplir por el saber jurídico para que pueda ser considerado científico, proyectando sobre él "normativamente" una determinada teoría del conocimiento y de la ciencia; una *metodología para la praxis jurídica*, que analiza las incidencias que acompañan a la realización práctica del derecho, las posibilidades y límites de las normas para darles respuesta y el diseño de los modelos oportunos para intentar que todo este proceso resulte, en lo posible, técnico, riguroso, racional o –al menos– razonable.

La dificultad del empeño es tal que se ha llegado a ironizar sobre la realidad histórica de tal intento²⁰, pero no falta fundamento para detectar elementos definidores:

- diseño de la *práctica* jurídica como una operación *aplicadora* de normas previamente puestas;
- configuración del ordenamiento jurídico como un *sistema coherente y pleno*, libre de antinomias y lagunas
- entendimiento de la *aplicación* de la norma como una tarea *técnica*, en la que no se incluirían valoraciones añadidas a las puestas por el legislador;
- función *excepcional* y terapéutica de la *interpretación*, considerada como *remedio* sanador de una *imperfección* congénita o de un envejecimiento sobrevenido detectado en la norma;
- intento de elaboración de *métodos interpretativos* capaces de convertir también en técnica y científica esa labor, *evitando* así –por superflua– toda *discrecionalidad*.
- presentación en fin, de toda la realización práctica del derecho como un *juicio* racional, considerando agotada al crearse la norma la intervención de la *voluntad* política. La afinidad entre la frontera "lege lata"- "lege ferenda" y las establecidas entre ser-deber ser, derecho-moral y voluntad soberana-crítica no legitimada es evidente.

20. DWORKIN, R., por ejemplo, que –dadas las peculiaridades del debate anglosajón– se ve paradójicamente acusado de representar cierto tipo de "jurisprudencia mecánica" –*Taking Rights Seriously* 1977 (citamos por la edición en español: *Los derechos en serio* Barcelona 1984), p. 63.

b) *El aplicador decide que dice la norma*

La inviabilidad práctica del modelo es tal que, en efecto, no es fácil hoy encontrar positivista alguno capaz de defenderlo. *Kelsen*, por ejemplo, ampliamente ilustrado por las peculiaridades del judicialismo norteamericano, llegará a un *abandono* absoluto del modelo. Reconoce el carácter creativo de la supuesta "aplicación" de la norma, hasta llegar a diseñarla como "creación" de una norma nueva, si bien particular.

La dinámica del derecho deja de concebirse como un juicio, lógicamente dependiente de premisas positivadas, para plantearse como encadenamiento formal de actos de voluntad.

Dado su no cognitivismo ético, cada acto de voluntad acaba decidiendo –a golpe de eficacia– cuál era realmente el ámbito legitimador que le brindaba el previo, con lo que el presunto proceso de clarificación del "contenido" de la norma se invierte en la práctica, cobrando carácter retroactivo: paradójicamente, lo que *dice* realmente una norma lo *decide* al final su presunto "aplicador".

Hart se esfuerza por conservar el modelo como mero postulado ideal; en excepcionales "caso difíciles" sería legítima una inevitable discrecionalidad. Este estratégico *positivismo replegado* llevará a una curiosa situación de cambio de papeles al polemizar con *Dworkin*.

La peripecia pone de relieve la doble raíz del *positivismo jurídico*: una de impronta conceptualista, que no excluye el *cognitivismo ético* (de raíz racionalista o empirista) si bien positivamente *codificado*; otra, que arranca del *voluntarismo*, excluye todo tratamiento racional de la ética. *Kelsen* marca la fractura entre ambas, mientras *Hart* se esfuerza desesperadamente por conciliarlas.

El positivismo entendía que el debate sobre la justicia quedaba cerrado al positivarse la norma. Su aplicación práctica había de garantizar seguridad, excluyendo toda *discrecionalidad*. Los

cognotivistas intentan diseñar métodos interpretativos científicos, mientras los voluntaristas se esfuerzan por mitigar el alcance de una discrecionalidad inevitable.

La polémica entrada en juego de Dworkin –reconociendo la dimensión valorativa de toda interpretación de la norma y admitiendo a la vez principios cognoscibles, que permitirían prescindir de una arbitraria discrecionalidad– lleva a la paradoja. El positivista Hart asume una discrecionalidad por vía de excepción, mientras el "iusnaturalista" Dworkin excluye toda discrecionalidad en sentido fuerte, al apoyarse en criterios objetivos y cognoscibles. Los positivistas acaban, pues, constatando la inviabilidad de su modelo hasta el punto de atribuirlo a sus adversarios polémicos.

El dilema entre cognotivismo o voluntarismo ético desdibuja los perfiles. El modelo positivista al que venimos aludiendo procedía en realidad (tanto en Bentham como en el continente) de iusnaturalismos positivados. Un voluntarismo coherente se ve obligado a abandonarlo (Kelsen) o a mantenerlo con más equilibristismo que coherencia (Hart).

c) *Una discrecionalidad inevitable*

El intento de delimitar el campo de lo político y el de lo jurídico, haciendo superflua una específica *legitimación política de la tarea judicial*, entra en quiebra. Por más que el tópico subsista –como pieza de una ideología profesional– es difícil seguir creyendo en la *neutra aplicación técnica* de una norma previamente creada en sede política.

La aplicación de la legítima voluntad soberana se ve suplantada en la teoría kelseniana por la mera voluntad arbitraria del creador de la norma particular, sometido al filtro sólo teórico de la norma previa, activable ante las instancias de control.

La *interpretación científica* de la norma diseñaría el ámbito teórico de discrecionalidad dentro del cual puede moverse el

creador de la norma particular. En vez de un núcleo nítido y una periferia de casos difíciles (como en Hart), nos encontraríamos con un *ámbito de arbitrariedad* legítima demarcada y otro de arbitrariedad ilegítima extramuros de la norma previa. Pero, en realidad, la interpretación científica se limita a intentar solventar una polémica teórica; en cualquier caso, *no* resulta *vinculante* para la instancia de control²¹ —ni para el último creador de normas, si aquella no existe— con lo que el presunto filtro queda en la práctica al albur de que tal interpretación científica sea de hecho respetada. En caso contrario quedará reducida a juego académico, pudiendo verse incluso teóricamente falsada por la fuerza retroactiva de la *eficacia jurídica*.

Hart, al admitir por vía excepcional una discrecionalidad inevitable, está reconociendo la necesidad de una legitimación política de la actividad judicial.

Si bien tal extremo no plantea especiales problemas en el ámbito anglosajón, el carácter universal de su reflexión teórica anula pretensiones características del positivismo continental. El eco de esta constatación resulta expresivo ante los intentos de buscar respaldo legitimador a un Poder Judicial que antes no lo precisaba, en la medida en que —como expresara Montesquieu— se le consideraba nulo, por su papel de mero locutor de las palabras de la ley.

La frontera entre *política jurídica* y *aplicación técnica* del derecho resulta, pues, tan poco sostenible como aquellas (ser-deber ser, derecho-moral) en que pretendía apoyarse.

6. NORMATIVISMO POSITIVISTA Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

El diseño del *ordenamiento* jurídico como *sistema coherente y pleno* aspira a convertir en superflua toda ilegítima tentación de recurrir a elementos metajurídicos. Nuestras tres perspectivas se

21. KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, nota (4), pp. 352-353.

unen de nuevo: (c) el rechazo de todo intento de revancha clandestina, por parte de *opciones políticas* descartadas por el *legislador*, (b) exige mantenerse en el ámbito de un derecho puesto, (a) cuya peculiar capacidad expansiva necesitará *modelos ad hoc* diseñados por la *ciencia jurídica positivista*.

a) *La lógica como ropaje argumental de lo teleológico*

El instrumento decisivo elaborado por la ciencia positivista del derecho, para facilitar una indefinida *capacidad expansiva del ordenamiento jurídico*, serán los *principios generales del derecho*.

Ellos serán los que posibiliten la entrada en juego de uno de los criterios prioritarios para un manejo presuntamente técnico del derecho: la *interpretación sistemática*. Cuando ni la interpretación gramatical ni la histórica son capaces de alumbrar un sentido de la norma compatible con las exigencias del caso, resulta inevitable ir más allá. Para que esta imprescindible expansión no nos condene a huir a lo metajurídico habrá que *dilatar el ámbito de lo positivo*.

Los principios generales del derecho satisfacen dos radicales exigencias positivistas. Por una parte, rumian *contenidos* jurídicos ya *puestos*, evitando en apariencia todo adicional momento creador. Por otra, actúan dentro del diseño de la práctica jurídica como *operación lógica* e incluso silogística. Ofrecen una premisa mayor de emergencia, ante la probada imposibilidad de conectar adecuadamente con el caso concreto la encerrada en el texto.

La *interpretación* sistemática así posibilitada sería una operación científica, que ampliaría el ámbito del manejo técnico del derecho, marcando frontera con la *integración* de contenidos ajenos al derecho puesto. Nos encontraríamos en el ámbito de una *lógica* aparentemente deductiva, que aparcaría en el seno de la poco deseable integración toda *argumentación analógica*. Cuando incluso esta fórmula de expansión controlada resulte insuficiente, los principios generales permitirán todavía establecer una nueva

delimitación de emergencia, distinguiendo entre los enlaces analógicos caprichosos y aquéllos que permitirían constatar la existencia de una "analogia iuris".

Las sucesivas revisiones del modelo ponen de relieve su insuficiencia. La historicidad de lo jurídico dejará una y otra vez en evidencia sus limitaciones. Los intentos de solventarlas por la vía de una *interpretación sociológica* plantean problemas ya aludidos. Parece como si el tronco presuntamente lógico de la operatividad del derecho se viera asfixiado por una endémica yedra *teleológica*. Los intentos positivistas de diseñar científica y técnicamente este nuevo criterio interpretativo fracasan. La *jurisprudencia de intereses*, tan vinculada a Bentham y sus intentos de llegar a un cálculo ponderador de magnitudes obtenidas empíricamente, engendró un sociologismo particularmente opaco. En realidad, el razonamiento jurídico es siempre más teleológico que lógico.

La teleología late siempre en la captación de la concreta solución exigida por el caso; la *lógica* no es sino el *ropaje argumental* más convincente a la hora de hacer valer tal propuesta. No recurrimos a la teleología como remedio extremo, agotada la lógica; recurrimos a la lógica para *hacer plausible una exigencia teleológica previa*. Esta primacía de lo teleológico se traduce en un *protagonismo de la analogía*²², como vía adecuada para la captación de la historicidad del derecho. Todo el *diseño científico positivista* de una *metodología para la praxis del derecho* ha resultado paradójicamente invertido.

b) *Protagonismo práctico de los principios y relevancia teórica de las normas*

Si queremos mantener el razonable empeño de considerar derecho sólo al derecho puesto, el fracaso del modelo lleva a replantear qué vamos a considerar como tal. Ahora será el

22. Al respecto KAUFMANN, A., *Analogie und 'Natur der Sache'*. 1965 (citamos por la corregida 2ª edición de Heidelberg 1982), p. 37.

normativismo la pieza positivista que entre *en crisis*. La artificialidad de unos principios generales, obtenidos rumiando el contenido de las normas positivas, llevará a plantear si no habrá unos *principios*, tan jurídicos como las normas, sin cuya presencia ninguna praxis del derecho sería concebible.

El mantenimiento de la idea del ordenamiento jurídico como sistema de normas (y de lo que de ellas cupiera científicamente derivar) se hace teóricamente insostenible²³. ¿Tiene, al menos, rentabilidad práctica? Puede que la ya probada funcionalidad de la ignorancia social aconseje el mantenimiento del normativismo, como fórmula para generar confianza, simulando un manejo aparentemente racional del derecho²⁴. Pero, aun admitiendo la práctica rentabilidad "ideológica" de una concepción falsa de lo jurídico, nada parece excusar de la búsqueda teórica de otra explicación más cercana a la realidad.

Frente al modelo de ordenamiento jurídico como sistema de normas surge la alternativa de un ordenamiento constituido a la vez por normas, que plasman el juego combinado de varios principios en relación a un supuesto de hecho, y por esos mismos principios actuando como criterios de elección entre normas y de explicitación de su histórico sentido. Tales *principios* no surgirían ya por molturación del material normativo sino que revestirían un claro *carácter previo*, ofreciéndose como elementos básicos a combinar en el caleidoscópico desarrollo del ordenamiento jurídico.

La-aceptación práctica del modelo no resultaría nada novedosa. No faltan *textos constitucionales* en los que se recogen tales

23. Es interesante el énfasis de R. DWORKIN al cuestionar el entendimiento del derecho como sistema de normas; cfr. los capítulos 2 y 3 de *Los derechos en serio*, nota (20), pp. 61 y ss.

24. Provocativas al respecto las propuestas de N. LUHMANN. Cfr. especialmente *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied 1969. De su obra nos hemos ocupado repetidamente; por ejemplo, *Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid 1973 y los trabajos recogidos ahora en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid 1989, pp. 63-98.

principios pre-legales, condicionadores de la validez de cualquier norma. Por más que el arraigado normativismo invite a considerarlos como *normas de orden superior* y difusa delimitación²⁵, la realidad es que son y actúan como *principios*: ofreciéndose a una *mutua ponderación*, sin obligar a la elección disyuntiva propia de la opción entre normas. El giro constitucional, desde un entendimiento de los *derechos subjetivos* como *derivados de las normas* legales a un entendimiento de las leyes como normas de validez subordinada al respeto del contenido esencial de unos *derechos fundamentales que juegan como principios*, puede darse por consumado. Lo que se echa con frecuencia en falta es el obligado replanteamiento teórico del normativismo que ello exige.

Si se aborda con decisión, la *pregunta* inaplazable es si tales principios *son realmente jurídicos*. Atribuirles un carácter "moral" prejurídico equivaldría a reconocer que el derecho es un sistema cuya dinámica está protagonizada por elementos ajenos al mismo.

Kelsen lo hace con notoria impasibilidad, consolándose con la convicción de que tal protagonismo es irrelevante para un "jurista" (por el carácter metajurídico de tales incidentales vecinos de las normas) y que su análisis resulta vedado al científico (dado el carácter irracional de sus contenidos). Admitir, como Hart, un cierto tratamiento racional de sus contenidos, aun negando siempre su carácter objetivo, nos llevaría a un concepto notablemente incierto de que pueda entenderse por racional.

Reconocer a tales principios carácter jurídico obliga a *replantear* doblemente el *concepto de derecho positivo como derecho puesto*; preguntándonos que debemos entender por derecho y cuándo podemos considerarlo puesto.

La ruptura del normativismo lleva a relativizar el papel del criterio *formal de identificación de lo jurídico*. No podremos ya entender por derecho lo que apareciendo formalmente como

25. Sobre ello hemos polemizado con PECES-BARBA, G., en *La Constitución: entre el normativismo y la axiología*, incluido ahora en *Derechos humanos y metodología jurídica*, nota (24), pp. 225-241.

norma, se integra en un sistema peculiarmente trabado. Parece obligada una identificación *material* de lo jurídico, como conjunto de exigencias que condicionan una convivencia social respetuosa con lo "humano". La frontera entre lo jurídico y lo que no lo es vendría dada por dicha repercusión, sin perjuicio de que el criterio para tal discernimiento merezca –por unas u otras razones– el calificativo de "moral".

Problema distinto es cómo se acaba poniendo el derecho. Desde un punto de vista real son los *principios* los *protagonistas prácticos* de tal *positivación*, y no sólo como ingredientes informadores de las normas. Actúan también como estimuladores de la tarea judicial –que busca e interpreta la norma oportuna– y, no cabe olvidarlo, como protagonistas básicos del ámbito más amplio de la actividad jurídica: la conducta del ciudadano, que juzga cómo debe comportarse, con tan escaso conocimiento de los vericuetos normativos con nula afición a que los jueces acaben ilustrándole al respeto.

Aun siendo lo jurídico algo tan poco precisamente delimitable y positivándose de modo tan versátil –y precisamente por ello– el protagonismo real de los principios debe verse acompañado por el papel central de la *norma* como punto de *referencia* de su *análisis teórico*.

No siendo el derecho un conjunto de normas, en ellas encontramos una indispensable plataforma para ir captando su sentido. Aunque la práctica jurídica no consista en aplicar normas, el escenificarla como tal permite una relativa previsión de sus consecuencias y hace posible articular con relativa transparencia el debate que siempre le acompaña.

El entrecruce de perspectivas subjetivas sobre qué sea lo exigido por una convivencia "humana" exige instancias de mediación entre las que la norma –sin arrogarse exclusivismos desfiguradores– ocupa un lugar de notable relevancia. Pero el *debate jurídico* fundamental –cuyo ocultamiento sería de sospechosa utilidad– será siempre el de los *principios* jurídicos a tener en cuenta a la hora de resolver un conflicto y el de su ajustada ponderación.

El intento positivista de identificar lo jurídico por la forma en que es puesto obliga a fingir un irreal proceso de positivación. *Las formas positivadoras no definen lo jurídico* permitiendo una tranquilizadora y neta delimitación respecto a lo moral. La siempre polémica delimitación de lo jurídico (dentro de las exigencias morales de respeto a lo humano o de las consideraciones de oportunidad o eficacia política) ha de encontrar en los mecanismos formales de positivación el campo argumental más adecuado para encaminarse a una –siempre tentativa– "cosa juzgada" y para intentar prever su resolutorio dictamen.

c) *La polémica política sobre el activismo judicial*

Desde la perspectiva de la legitimidad política de la creación del derecho, todo lo dicho obliga a replantear *quién pone realmente el derecho*. El *normativismo* simplificaba notablemente el problema, al reducir la pregunta a quién está legitimado para poner normas (dado que se excluía toda otra realidad jurídica).

Cuando el normativismo se convierte en *legalismo* la simplificación es aún mayor, al convertirse la ley en fuente jurídica única (acompañada, si acaso, por una costumbre reducida en la práctica a criterio de interpretación y por unos principios generales destilados de ella misma).

Inviabile el esquema positivista, resulta inevitable la *polémica política*, por más que tienda a disfrazarse de debate científico. Política y *no doctrinal* es la polémica sobre el "*activismo*" judicial, o sea sobre la renuncia a encubrir el relevante papel creador que el juez –quiera o no– ha de asumir.

La tensión entre lógica y teleología, interpretación científica e integración política, silogismo y analogía, rebrota ahora.

Que no se trata de una peculiaridad de los sistemas continentales codificados lo pone de relieve la presencia del problema –con peculiares connotaciones– en el ámbito anglosajón. Aunque la

existencia de una específica legitimación política del juez (diversa de la competencia técnica que se le presume en el derecho codificado) podría haber difuminado el problema, la relevancia constitucional de la Corte Suprema lleva a plantearlo en paralelos términos.

En el ámbito norteamericano el "originalismo", que anima a interpretar la Constitución manteniendo el sentido contemplado y querido por sus redactores, disfraza de debate metodológico una polémica de notable calado político: si planteamientos socializantes, ajenos –ideológica e históricamente– al momento positivador pueden o no resultar admisibles²⁶. En el derecho codificado, por el contrario, los jueces (gracias a su presunta neutralidad o nulidad política) pudieron realizar esa transmutación introduciendo por vía jurisprudencial doctrinas tan relevantes como la del abuso del derecho. Al concebirse, por el contrario, derechos no sólo derivados de las leyes sino entendidos como escudos que "niegan" la licitud de una intervención estatal, se rechaza cualquier intento judicial de "*afirmar*" *derechos no* explícitamente *previstos* en el texto constitucional, por la modificación de la teoría de la justicia subyacente que ello llevaría consigo. El debate gira en realidad en torno a la posible *positivación privilegiada* de unos *principios* que pasarían a ocupar un papel de vértice en el juego ponderativo que toda la actividad jurídica implica.

En el ámbito europeo se experimenta un frecuente rechazo al "activismo" del Tribunal Constitucional. Ello se ve facilitado por el carácter de *legislación "negativa"* que Kelsen atribuyó a su diseño de control "concentrado" de constitucionalidad.

Si tal Tribunal desbordara una tarea de mera anulación de leyes para pasar a positivar derecho, asumiría competencias legítimamente atribuidas al poder legislativo; de manera no muy diversa a cómo los jueces de la Corte Suprema norteamericana, al afirmar

26. Sobre las polémicas recientes suscitadas en torno a ello en el ámbito norteamericano cfr. la crónica de BELTRÁN, M., *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid 1989.

nuevos derechos, sacralizan opciones políticas sustrayéndolas al juego alternativo de las mayorías parlamentarias.

Pero, junto a la ascética invitación kelseniana a una actitud "negativa" meramente anuladora, entran en no pocos casos en juego textos constitucionales asentados sobre un conjunto de *derechos fundamentales, sedientos de positivación*. Esta contradictoria tensión denuncia la entraña política de tan frecuentes apelaciones doctrinales.

Tanto el recurso al "originalismo" (especialmente plausible en textos constitucionales de escasa antigüedad²⁷) como el rechazo a que el Tribunal Constitucional se convierta en "tercera instancia" judicial o en "tercera cámara" parlamentaria no hacen sino constatar la inviabilidad del modelo positivista. Lo que se discute no es si el juez crea o no derecho (lo hará siempre, quiera o no) sino si debe consolidar una opción o reformarla.

El *legalismo* político resulta en la práctica aún *menos sostenible que el normativismo* teórico-jurídico.

7. ENTRE VOLUNTARISMO ARBITRARIO Y PRUDENCIA RAZONABLE

Los más variados positivismos jurídicos coinciden en la necesidad de abandonar todo planteamiento de la actividad jurídica como ejercicio prudencial de una presunta razón práctica. Se la rechaza: (a) por irracional, en la medida en que encubriría una «falacia naturalista»²⁸, al enlazar ser y deber ser; (b) por insegura, al difuminar la frontera entre el derecho puesto y el meramente

27. Así lo reconoce, en su Fundamento 5, la Sentencia del Tribunal Constitucional español 53/1985 de 11 de abril, que declaró, antes de su entrada en vigor, "disconforme con la Constitución" el primer proyecto de ley despenalizadora del aborto.

28. Un interesante rechazo de tal acusación en COTTA, S., *Diritto naturale: ideale o vigente?*, en "Iustitia" 1989 (2), pp. 119 y ss.

propuesto y (c) por políticamente ilegítima, en la medida en que tales tareas estarían protagonizadas por ciudadanos sin título habilitador para crear derecho²⁹.

a) *Técnica jurídica como ideología*

La actitud más extendida entre los defensores de una ciencia positivista del derecho es la consideración de la *prudencia* como una actividad *pre-científica*.

No deja de resultar sintomático que Bacon incluya a los "idola fori" en el catálogo de enemigos de la razón destinados a ser objeto de su profilaxis iconoclasta³⁰. Si Comte emparenta a los juristas con la metafísica y anuncia su rentable sustitución por ingenieros sociales³¹, Bentham no duda en señalar a los abogados como los

29. J. BENTHAM, señala que "el mal consiste en la incerteza de la ley no escrita", tras afirmar que, con "lo que se llama derecho común, no hay seguridad para los derechos de los individuos". Ello explica que, cuando no hay ley escrita, "el abogado y el juez encuentran por todas partes, en este sistema, vacíos que llenan como quieren. La ley no escrita no hace más que prestar un velo a decisiones arbitrarias" –*De l'organisation judiciaire et de la Codification* secc. VI (edición de P.E.L. Dumont, 1830, t. 3, reimpresión en Aalen 1969), pp. 105 y 102.

30. BACON, F., *Novum Organum*, aforismo LIX del libro 1º (hay edición en español, Buenos Aires 1961, 2ª); cfr. p. 96.

31. La identificación de los "legistas" con los metafísicos es continua en la obra de A. COMTE. El proceso de descomposición que el estado metafísico lleva consigo se traduce en una sustitución de los jueces por los abogados –*Cours de philosophie positive* lecc. 46, vol. IV, 1839 (nota (19), t. IV), págs. 131-132 y 174; *Système de politique positive ou traité de sociologie*, vol. III, cap. 7, 1853 (nota (19), t. IX), pp. 526-527; vol. IV, Apéndice general, 3ª parte (nota (19), t. X), p. 70. Los legistas cumplen su función en el paso del estado militar al industrial –*Cours de philosophie positive*, lecc. 51 (nota (19), t. IV) pp. 576-577. "La mayor parte de los sabios actuales se fundirá con los ingenieros: y "los más eminentes de ellos se convertirán, sin duda, en el núcleo de una verdadera clase filosófica, directamente reservada a conducir la regeneración intelectual y moral de las sociedades modernas –*ibidem* lecc. 57 (nota (19), t. VI), pp. 411-412.

principales boicoteadores de sus propuestas, con un aire entre displicente y comprensivo: también los obreros se oponen a la instalación de nuevas máquinas³². Pasar de la prudencia a la ciencia sería algo tan obligado como hacerlo de la alquimia a la química o de la astrología a la astronomía.

Lo paradójico es –después de lo ya señalado– que lo que se planteaba como una *sustitución* acaba convirtiéndose en mero *disfraz*.

Aunque la metodología para la praxis jurídica que diseña el positivismo se presenta como alternativa a la prudencia, no la sustituye sino que sólo le sirve de tentación para degenerar en arbitrariedad disfrazada.

No se trata de negar la virtualidad de una laboriosa "técnica jurídica". Es indudable su utilidad instrumental, como punto de apoyo o de referencia dentro del siempre problemático juego de la razón práctica. Pero, cuando se la presenta como su alternativa, *la técnica se convierte* paradójicamente en "*ideología*" enmascaradora de la arbitrariedad.

b) *Rehabilitar la razón práctica*

El fracaso de la técnica jurídica como sustitutivo de la prudencia reabre en toda su crudeza el dilema fundamental sobre el carácter de la *positivación* del derecho: ¿nos encontramos ante un *acto de voluntad* o ante un *prudente* ejercicio de la *razón práctica*? El afán de atenerse con fidelidad al derecho puesto invitaba a un diseño intermedio: captación teórica de la "voluntas" o "mens legislatoris" (según la raíz voluntarista o cognotivista del empeño) y posterior aplicación técnica sobre la realidad concreta.

32. BENTHAM, J., *Traité des sophismes politiques*, primera parte, cap. III (ed. de P.E.L. Dumont, nota (29), t. 1), p. 487.

Certificada la ruina del intento, sólo queda proponer un voluntarismo acumulativo, en la línea kelseniana, o replantear las posibilidades de un razonable ejercicio de actividades prácticas como las que la positivación del derecho exige.

Descartado el voluntarismo y el logicismo deductivo, es preciso ahondar en las peculiaridades de un proceso que es, a la vez, *captación racional* –de las exigencias de los principios jurídicos– y *desarrollo práctico* –de esas mismas exigencias– ante circunstancias concretas e históricas, es decir, nuevas e irrepetibles.

La analogía se convierte en el principal instrumento de razonabilidad de esta puesta en correspondencia de *principios* valorativos y *circunstancias* sociales, que alumbrarán la positivación del derecho con toda su carga de historicidad. El *marco normativo* servirá instrumentalmente como insustituible punto de referencia de tan problemático proceso y como piedra de toque de su racionalidad. No porque pueda ser "aplicado" (la inviabilidad del intento excusa todo debate sobre su deseabilidad), sino porque servirá de punto de apoyo argumental y exigirá –cuando se opte por marginarlo– la adecuada justificación.

El protagonismo que alcanzan hoy, dentro del debate metaético, los intentos de *rehabilitar la razón práctica* certifican con elocuencia el agotamiento de la propuesta positivista.

c) *Sin razones no hay democracia*

La doble raíz –voluntarista y cognotivista– de los positivismos jurídicos encuentra, por otra parte, una interesante piedra de toque cuando se los contrasta con los esquemas de *legitimación política* al uso.

Hobbes nos muestra una clara opción por el *voluntarismo* manteniendo, como mínimo de derecho natural indispensable, el principio "pacta sunt servanda".

Pero su voluntarismo aboca a un coherente *absolutismo* político. Derecho es lo que quiere el soberano, o aquél a quien el autorice a querer en su nombre³³. Cuando se pasa a un voluntarismo colegiado el esquema no será muy diverso. Sólo recurriendo a una "legislación oblicua" consigue Austin disfrazar de voluntad del soberano las tareas judiciales³⁴. Kelsen erradicará todo resto iusnaturalista, con su norma fundante básica, llevando a su plenitud el voluntarismo: en origen (sustituyendo su norma fundante como hipótesis teórica por otra entendida como voluntad fingida³⁵) y en su desarrollo (admitiendo, sin ambages, una correlación de voluntades soberanas sucesivas, sin oblicuidad alguna que intente justificar la permanencia de algo agotado).

El abandono de la querencia absolutista del voluntarismo, como ejercicio inevitablemente arbitrario (y sólo relativamente previsiblemente) del poder, sirvió de matriz a las fórmulas de legitimación política aún vigentes, de inequívoca raíz cognotivista.

Consciente de ello, Kelsen se ve obligado –para no abandonarlas– a tratarlas en paralelo³⁶, incontaminadamente aisladas de su pura teoría jurídica.

33. De ello nos hemos ocupado en *Hobbes y la interpretación del derecho* "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto" 1977 (LIV-1), pp. 45-67, incluido luego en nuestro libro *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid 1982, pp. 55 y ss.

34. AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, parte II, lect. XXVIII, 1874 (citamos por la 11ª edición, London 1909), p. 261.

35. KELSEN, H., *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, "Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht" 1963 (XIII, 1-2), p. 120.

36. H. KELSEN no deja de trazar puentes metacientíficos entre ambos aspectos, que le llevan a aportar respuestas a cuestiones tratadas en otros epígrafes de este trabajo. Así confiesa, a pie de página, que "opta" por la democracia basándose en "las relaciones entre la forma democrática del Estado y una concepción filosófica relativista" –*Wesen und Wert der Demokratie* Tübingen 1920 (citamos por la edición en español): *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona 1977), p. 123. Afirmará que "en la democracia, la seguridad jurídica reclama la primacía sobre la justicia, siempre problemática; el demócrata propone más al positivismo jurídico que al derecho natural" –*Staatsform und*

Rota la conexión entre teoría del derecho y legitimación política, la eficacia acabará llenando en su doctrina tan sensible vacío. No faltan "kelsenianos" que ignoran tan decisiva peripecia, intentando trabar lo que tan coherente autor distinguió con pulcritud. La tópica conexión entre positivismo jurídico y democracia liberal (como forzado contrapunto a un iusnaturalismo prejuzgado como intolerante y autoritario) explica esa tentación de incoherencia de la que Kelsen —nada dado a los simplismos— huyó resueltamente.

El voluntarismo se ve marginado en las fórmulas de legitimación política propias de la Ilustración. La fuente de legitimación del poder no será tanto la voluntad del soberano (que es el necesitado de legitimación) como la *opinión pública*: el debate racional de los ciudadanos ilustrados que intercambian opiniones (no opciones, sino diagnósticos tolerantemente propuestos) sobre los problemas de la convivencia social.

El *Parlamento*, encargado de la creación de las normas legales (únicas concebibles por la variante positivista más estricta y ortodoxa: normativista y legalista), será el escenario de un debate (intercambio de argumentos racionales y no pulso entre fuerzas discrepantes cerradas a todo consenso) entre los representantes de los ciudadanos, que reflejarían en su discurso racional las opiniones de los electores.

El rechazo del "mandato imperativo" no es un cheque en blanco para que el parlamentario haga lo que quiera, sino el reconocimiento de que su esfuerzo racional no puede estar trabado por decisiones previas.

Weltanschauung Tübingen 1933 (citamos por la edición español: *Forma de Estado y Filosofía*, publicada conjuntamente con la anterior), p. 144. Dentro de lo que califica como "pugna de concepciones metafísicas", señala finalmente que "si se piensa que el valor y la realidad son cosas relativas y que, por tanto, han de hallarse dispuestas en todo momento a retirarse y dejar el puesto a otras igualmente legítimas, la conclusión lógica es el criticismo, el positivismo y el empirismo" —*ibidem*, p. 153.

Desde esta perspectiva, *sin razones no hay democracia*, porque esta no es suma de voluntades sino intento intersubjetivo de acercarse –razonable y tolerantemente– a la solución de problemas sociales controvertidos. Volver al voluntarismo sería exponerse a un absolutismo encubierto.

Rousseau denuncia la posible dimensión falseadora de unos mecanismos sólo aparentemente racionales, que –en el mejor de los casos– servirían de vehículo a una "voluntad de todos". Pero, al suscribir una primacía de la praxis, sigue dentro del voluntarismo y no puede obviar sus consecuencias. La "voluntad general" se convertirá en matriz de los más variados totalitarismos³⁷.

No es sólo la forma parlamentaria la que pretende marcar el despegue de un voluntarismo de difícil legitimación. También el *proceso judicial* se atiene a una puesta en escena cognotivista. Las partes enfrentadas aportan argumentos, a la espera de que un juicio autorizado les reconozca que la razón está de su lado.

Es un "positivismo" de raíz cognotivista el que vuelve a imponerse. Podrá denunciarse a las formas procesales, por "ideológicamente" falseadoras³⁸, o podrá describirse con embeleso la rentabilidad funcional de tal coreografía.

De algo no cabe duda: asumiendo el voluntarismo las fórmulas legitimadoras vigentes quedan vaciadas de sentido. Sólo cabría rechazar coherentemente las formas democráticas o resignarse a describirlas como unas indispensables técnicas de domesticación y

37. De ello nos hemos ocupado en *La utopía reousseauniana: democracia y participación* en *Equality and Freedom* (ed. por G. Dorsey) New York 1977, t. I, pp. 367-377; incluido luego en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, nota (34), pp. 117 y ss.

38. K. MARX, comentando la expresión "Recht geben", señala "el empleo astuto de la sinonimia": "se identifica aquí el dar la razón en el sentido usual de una conversación y el declarar el derecho en el sentido jurídico de la palabra. Y aún es más admirable la fe capaz de mover montañas con que la gente 'acude a los tribunales' por el gusto de salirse con la suya, fe que explica los tribunales partiendo del empeño en tener razón" *Die deutsche Ideologie* 1845 (citamos por las *Marx-Engels Werke* Berlín 1969, t. 3), p. 298.

aprendizaje social³⁹. El problema surge cuando las recetas metodológicas del positivismo dejan inservible el modelo. Se intentó recluir en el debate político (presuntamente prejurídico, realmente pre-legislativo) el juego de las razones, encapsulando su resultado en unos soportes normativos susceptibles de manipulación técnica.

Se llegó a suscribir, incluso, el carácter superfluo —e indeseable— de la interpretación, o se la intentó reducir a su versión "auténtica", realizada por el propio cuerpo legislativo⁴⁰. El fracaso de estas fórmulas aboca —al descartarse un ejercicio de la razón práctica— a un resignado reconocimiento de que es preciso soportar ámbitos de "discrecionalidad" sólo tácitamente legitimados.

Hoy es preciso replantear los modelos de legitimación del poder para hacerlos capaces de asumir el ejercicio de una racionalidad práctica, en vez de mantenerlos estérilmente vinculados a una aplicación lógico-deductiva inviable, se a cual sea su funcionalidad para encubrir la arbitrariedad.

8. NINGÚN DERECHO NATURAL SIN DEMOCRACIA, NINGUNA DEMOCRACIA SIN DERECHO NATURAL

La *identificación* política de las *opciones positivistas* con valores como el pluralismo o la tolerancia y, como consecuencia, con la defensa de las *formas democráticas* de legitimación política, ha actuado indudablemente como uno de los factores prácticos consolidadores de un edificio con grietas teóricas indisimulables. Añádase a ello la carga —especialmente rentable en países latinos—

39. Como sería el caso del ya citado N. LUHMANN. A los títulos aludidos en la nota (24) podría añadirse, entre otros, *Komplexität und Demokratie* (incluido en *Politische Planung* Köln-Opladen 1971), pp. 35 y ss.

40. Cfr. la alusión de MONTESQUIEU, en *De l'esprit des lois*, XI, 6, justo después de su ya tópica caracterización del juez como boca que pronuncia las palabras de la ley. A la autoridad suprema del Legislativo corresponde "moderar la ley en favor de la propia ley, fallando con menos rigor que ella" (citamos por las *Oeuvres complètes* Paris 1966, t. II), p. 404.

que las *invocaciones a lo laico*⁴¹ aportan a este cuadro, para entender la capacidad de "eterna rutina" de que –pese a todo– siguen haciendo gala las teorías positivistas en el ámbito jurídico.

a) *¿Qué relativismo?*

La teoría del conocimiento y de la ciencia que sirve de fundamento a los positivismos jurídicos más estrictos invitaba a dictaminar la imposibilidad de un conocimiento racional de bienes o valores. *Positivismo y relativismo ético* se convertirían así en compañeros inseparables. Si, a la vez, *tolerancia y democracia* resultaran ininteligibles sin un punto de partida relativista, se consumaría una dogmática trabazón entre positivismo y democracia. Basta ser positivista en serio para desmontar tan curiosa correlación.

Si la tolerancia y la democracia aparecen como valores o como exigencias éticas, el positivismo tiene tanto que decir racionalmente sobre ellas como sobre cualquier otra oferta del mismo género. Kelsen no duda en levantar acta sobre el particular⁴², pero ser positivista en serio exige su talante ascético, hoy poco usual.

41. Si H. KELSEN concreta la "pugna de concepciones metafísicas" en "la posición que se adopta frente a lo absoluto" –*Forma de Estado y Filosofía*, nota (36), p. 153–, K. OLIVECRONA recibe con nitidez el mensaje. La "norma fundamental se ha convertido en la hipótesis última del positivismo jurídico". "Dicha hipótesis no es necesaria para aquellos que creen que Dios concedió a los padres de la primera constitución el derecho a establecerla. Pero es necesaria desde el punto de vista del positivismo jurídico, porque tal teoría permite prescindir de una justificación religiosa del ordenamiento jurídico" –*La estructura del ordenamiento jurídico*, nota (9), p. 111. Para U. SCARPELLI, en su fogoso tono divulgativo, el problema liberal ha encontrado una solución en el Estado moderno, un Estado que "es laico, o sea no vinculado definitivamente a las opciones de una iglesia o de un partido con los caracteres de una iglesia" –*Cos'è il positivismo giuridico*, nota (2), p. 152.

42. Sin perjuicio de los puentes metacientíficos, apuntados ya en la nota (36), el planteamiento científico-jurídico de H. KELSEN resulta elocuentemente

Al abordar el relativismo nos encontramos con una doble acepción, paralela a la que ya analizamos al enfrentarnos a la discrecionalidad; cabe entenderlo en un sentido "fuerte" o mitigado. El relativismo en sentido "fuerte" implica la *negación* de la *existencia* de todo *bien o valor* captable racionalmente. Empuja, por tanto, al interpretar la norma (sea habitualmente o con ocasión de "casos difíciles") hacia una *discrecionalidad* similar: opción arbitraria por una decisión cualquiera. Muy distinto sería un relativismo que no se moviera en el plano ontológico sino en el gnoseológico: lo que se discutiría no sería ya si existen realmente bienes o valores sino en qué medida cabe un *conocimiento* razonable de sus *contenidos o exigencias*. El mero hecho de reconocer cierto grado de conocimiento da por supuesta su existencia, porque difícilmente se podrá conocer, mejor o peor, lo que no tiene realidad. Este relativismo llevaría a una *discrecionalidad prudencial*, que –descartando la irracionalidad de tal operación– se esfuerza por lograr el conocimiento más ajustado de un objeto doblemente problemático: no sólo por su *dimensión ética* y valorativa sino también –conviene no olvidarlo– por el *dinamismo histórico* que acompaña a ese enlazamiento captación-desarrollo propio del conocimiento práctico.

Ignoran tal dimensión –a la hora de enfrentarse al conocimiento ético o al de cualquier otro "sentido" del actuar humano– no sólo quienes le niegan todo carácter racional. La ignoran también quienes intentan diseñar ciencias particulares, que proyecten sobre este ámbito una metodología adecuada para conocer otras realidades (dando paso, por ejemplo, a un derecho natural "more geométrico") o quienes proponen ciencias peculiares, basadas en metodologías específicas, capaces de facilitar por vías novedosas resultados equiparables a los de la ciencia positiva (postulando, por ejemplo, unas ciencias del espíritu en paralelo a ella).

contrastado cuando analiza la oposición agustiniana entre comunidad jurídica y bandas de ladrones –*Reine Rechtslehre*, nota (4), pp. 50-51.

El *relativismo en sentido "fuerte"*, si se asume con rigor, no permite fundamentar racionalmente postura ética alguna, ni considerar objeto propio de la atención del jurista los derechos humanos o la apelación a otros principios valorativos básicos, sin los que no es concebible el ambiente cultural gracias al que las identificaciones arriba mencionadas son de curso habitual.

Cuando, urgido quizá por una polémica situación, se llega a ser riguroso, se acaba certificando que el derecho no es en realidad sino expresión del poder del más fuerte⁴³, lo que nos situaría en los antípodas de la tolerancia democrática.

b) *Derecho natural y proceso de positivación*

El énfasis particular a la hora de resaltar que sólo se considera derecho el *derecho puesto*, resulta algo más que vacía redundancia sólo en la medida en que se pretende rechazar –como meramente supuesto– a un *derecho natural* planteado como alternativa. Este rivalizaría con el derecho positivo, atribuyéndose incluso una supremacía sobre él. Como ya hemos tenido ocasión de ver, el problema no consiste en si además de un pretendido "derecho puesto" hay otro por el que optar, sino en determinar cuándo y cómo se pone el derecho. El adiós a una "*positividad instantánea*" arruina la posibilidad de identificar con arreglo a tal criterio al único derecho –mejor o peor– realmente existente.

Si lo que se pretendía con ello es que el ciudadano supiera a qué atenerse a la hora de someterse a los dictados jurídicos, ahorrán-

43. El filósofo del derecho G. PECES-BARBA, actuando como portavoz socialista en el debate sobre el artículo 15 de la Constitución española, relativo al derecho a la vida, acogió así el cambio de la expresión "toda persona" por la alusión a "todos", con la posible despenalización del aborto como trasfondo: "desengañense sus Señorías; todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que esté detrás del poder político y de la interpretación" –*Constitución Española. Trabajos parlamentarios* Madrid 1980, t. II, p. 2038.

dole un debate doctrinal sobre lo que deba o no ser considerado como tal, tan encomiable intento –tomado mínimamente en serio– dista de tener éxito. Hasta que se confirme la "cosa juzgada" el ciudadano no sabrá en realidad a qué atenerse, aunque sin duda el marco normativo podrá en ocasiones facilitarle pistas al respecto.

Sólo una *constatación descriptiva*, producida "*ex post facto*", pondrá al ciudadano en condiciones de dictaminar de un modo cierto cuál sea el derecho puesto.

El iusnaturalismo, por otra parte, no puede pretender que la sociedad abandone el ordenamiento jurídico positivo para someterse a otro alternativo. Lo que sí plantea sin vacilar es una dimensión "normativa" (no meramente descriptiva) de lo jurídico, que implica una exigencia de comportamiento para quien lo maneja. Lo jurídico queda, por una parte, situado como *exigencia real* (en una dimensión pre-positiva) y proyectado, por otra, inevitablemente hacia un *proceso de positivación* sin el que quedaría convertido en piadoso deseo. Sus exigencias ("jurídicas" por su contenido) aspiran a realizarse formalmente, positivándose.

El *debate jurídico básico* es, pues, siempre *pre-positivo*, aunque se prolongará luego –cobrando perfiles históricos y concretos– a lo largo de todo el proceso de positivación. El *derecho natural*, en cuanto conjunto de propuestas realmente jurídicas que aspiran a verse positivadas, no pretende sustituir a un derecho positivo de problemática identificación, sino animar al *proceso de positivación*. Podrá aportar una dimensión de crítica interna a la hora de plantearse cómo cabe solucionar con mejor sentido un determinado conflicto o cuál es el sentido más ajustado de una relación social.

Precisamente porque no se duda que, a fin de cuentas, lo que resulte puesto como derecho tendrá los efectos prácticos de tal, importa tanto esforzarse por conseguir que se positiven las soluciones que con mayor acierto reflejen las exigencias jurídicas.

Responder cuáles sean en cada caso tales exigencias es el objetivo de todo el debate jurídico, ya se plantee en la polémica social pre-legislativa, en el debate parlamentario o en la delibe-

ración judicial. El derecho natural, dada la historicidad de su desarrollo, no interrumpe tal debate (*nadie dispone* tampoco de una "*naturalidad instantánea*") sino que lo mantiene abierto y lo alimenta. El mismo proceso de positivación le va sirviendo de contraste, para corregir el posible doctrinarismo de propuestas alejadas de la realidad concreta. También el despliegue histórico del *derecho natural* (como el de todo lo jurídico) es fruto de una *deliberación prudencial* y no de la *aplicación* mecánica de una *norma* alternativa puesta en un mundo paralelo.

Ignorar esta *mutua implicación de lo natural y lo positivo en lo jurídico*⁴⁴ sólo tiene una consecuencia: la sustitución de lo natural por lo puramente arbitrario, la ficción formal de que tal arbitrariedad—desvinculada de toda exigencia ética— está políticamente legitimada, la conversión consiguiente de las formas democráticas en vías del juego incontrolado de poderes sociales fácticos, inmunizados frente a toda crítica...

c) *Laicismo confesional y antidemocrático*

A la hora de mantener una artificial identificación con las formas democráticas, como a la de disimular sus señaladas carencias básicas, las doctrinas positivistas tienden a apoyarse en la descalificación de las iusnaturalistas, intentando beneficiarse de un artificial dilema. Los partidarios del derecho natural (o de cualquier otro planteamiento que implique la existencia de contenidos jurídicos objetivos pre-positivos) estarían obligados a cerrarse a todo debate tolerante.

Las peripecias actuales del mundo islámico ofrecen una singular apoyatura retórica, al invitar a esgrimir el descalificador título de "fundamentalista" contra todo aquél que defienda realidades éticas

44. Resulta especialmente ilustrativo el término "derecho natural vigente" utilizado en similar contexto por COTTA, S., *Diritto naturale: ideale o vigente?*, nota (28), p. 133.

con fundamento objetivo. El iusnaturalismo sería, inevitablemente, autoritario y teocrático, encontrando en el Jomeini de turno su más paradigmática expresión.

Este planteamiento excluye, interesadamente, la posible existencia de propuestas iusnaturalistas que resalten la dignidad humana, como aspecto esencial de las exigencias ético-sociales, y reconozcan los mecanismos de auto-obediencia como su expresión más inmediata.

Olvida también, no menos interesadamente, cómo en el terreno moral el rechazo de una libertad de conciencia (entendida como desvinculación del criterio subjetivo respecto a toda instancia normativa ajena) resulta perfectamente compatible con un reconocimiento de la libertad de las conciencias (que veda la imposición coactiva de cualquier criterio y convierte en sagrado el juicio de una conciencia a la que se invita a captarlos con la mayor rectitud). Con las obvias diferencias marcadas por el fuero interno y el externo, el presunto dilema aparece como caprichoso.

Si se admite la existencia de exigencias objetivas ético-jurídicas ("morales" sólo en el impreciso sentido frecuentemente utilizado en el ámbito anglosajón), y se reconoce entre ellas –como la más decisiva en el ámbito de la convivencia social– la dignidad de la persona humana; y si ello lleva al reconocimiento de la necesidad de mecanismos de legitimación política basados en la autoobediencia, nos encontraremos ante un iusnaturalismo bien distinto del tópicamente denostado.

El carácter objetivo de las exigencias ético-jurídicas, al incluirse entre ellas las de la dignidad personal, ha de apoyarse necesariamente –al proyectarse en la práctica– en una tarea argumental.

La objetividad ética, lejos de excusarla, exige el logro de una convicción en el destinatario de la norma, presente implícitamente en el juego de las mayorías democráticas.

Las exigencias objetivas de esa misma dignidad personal justificarán el recurso a fórmulas de defensa de las minorías, como la objeción de conciencia, de forzada justificación desde un

planteamiento positivista. La situación se invierte. Basta analizar el nacimiento histórico de resortes básicos del juego democrático para encontrar su origen en planteamientos iusnaturalistas, de cuyo espíritu se consideran hoy paradójicamente depositarios únicos los más bravos defensores del positivismo.

Parafraseando propuestas utópicas de quien no ha tenido empacho en dejar calificar como iusnaturalista su actitud crítica, cabría llegar a una fórmula bastante alejada del tópico: *ningún derecho natural sin democracia, ninguna democracia sin derecho natural*. Las consecuencias del segundo enunciado ya han sido puestas de relieve: sólo traicionando el punto de partida positivista cabe defender racionalmente las formas democráticas, reconociéndole más sólido fundamento que meras efusiones emocionales subjetivas. La democracia precisa un fundamento ético objetivo y lo recibió históricamente de doctrinas iusnaturalistas. Detengámonos, pues, en el primer enunciado.

El reconocimiento de las formas democráticas como corolario de los contenidos iusnaturalistas genera consecuencias en el juego ya descrito de exigencias ético-jurídicas pre-positivas y proceso de positivación. En el ámbito pre-positivo del debate jurídico, el fundamento objetivo de las propuestas iusnaturalistas (condicionado siempre por la falibilidad subjetiva, sean cuales sean los apoyos de que pueda gozar en el fuero interno) facilitará y dotará de convicción a ese despliegue argumental que en modo alguno hacen superfluo. Es en este ámbito —entre político y cultural— de formación de la opinión pública donde tales propuestas han de lograr autoridad social para convertirse luego en contenidos normativos positivables. Todo intento que obviara este recorrido (¡fruto de exigencias iusnaturalistas!) llevaría a un autoritarismo intolerante y antidemocrático.

Tal planteamiento no sólo esquivo los anatemas laicistas, que consideran obligada la correlación entre magisterio confesional y autoritarismo político, sino que denuncia el juego paradójicamente *confesional y antidemocrático* a que el *laicismo* empuja. Tan

absurdo como pretender que una exigencia iusnaturalista (sea cual sea su respaldo confesional) se convierta sin refrendo social en derecho positivado, sería vetar la aportación de propuestas iusnaturalistas al debate pre-positivo, por situarlas bajo sospecha de confesionalidad. La identificación de laicismo y "neutralidad" social ante los problemas morales más polémicos, suele traducirse en la práctica en una operación de "neutralización" de consensos vigentes, que discrepan del laicismo convertido en credo. También los "ilustradores", si no quieren oficiar de déspotas, han de dotar de autoridad social a sus propuestas antes de convertirlas en norma, sin concederse la ventaja de poder formular anatemas excluyentes desde el solio de su "neutral" magisterio.

Mucho más complejo resulta el mantenimiento de estas exigencias dentro del proceso de positivación de lo jurídico. Las invocaciones al principio de legalidad y los intentos de excluir toda propuesta "moral" distinta de la jurídicamente puesta tropezarán con las paradojas ya señaladas. La falta de unos mecanismos de legitimación política de esta tarea, inevitablemente creadora de derecho, se haría sentir especialmente. Desde las más diversas teorías morales, cabría considerar abierta la vía libre a cualquier "uso alternativo del derecho" al servicio de la ética obvia de turno.

No faltan esquemas formales que inviten a la búsqueda intersubjetiva de las variantes positivadoras (colegialidad de los tribunales, debate procesal, elección popular de los jueces, jurado...) tan necesitados de revitalización y tan amenazados de instrumentalización como los propios del trámite legislativo.

Habría que analizar si se ha asumido consecuentemente en este aspecto la ruina de los esquemas positivistas, para evitar una proliferación de "casos difíciles" entendidos como cheque en blanco al servicio de arbitrariedades más o menos "alternativas".

Tampoco los actuales planteamientos éticos de raíz consensual o comunicativa pueden excluir coherentemente el juego de elementos iusnaturalistas en este proceso de positivación, a no ser que —remedando los anatemas laicistas— los malentiendan como



bloqueadores de un discurso que contribuyen realmente a alimentar. Resulta obvio que la invocación al consenso o a la comunicación como base del discurso ético reposa sobre un postulado previo, inconfundiblemente iusnaturalista: la ya aludida dignidad humana. Admitirlo y negar sentido –o considerar peligrosa– la búsqueda de otros elementos, no menos iusnaturalistas, capaces de orientar el proceso de positivación, equivaldría a suscribir una nueva versión del "mínimo de derecho natural", que no tendría demasiado que envidiar –ni teórica ni prácticamente– al modelo hobbesiano. Si se acepta una realidad objetiva fundamentadora del procedimentalismo, resulta obligado admitir también que el procedimiento sirva de cauce a la argumentación de otras realidades no menos objetivas.