

8. HISTORICIDAD RADICAL DEL DERECHO POSITIVO *

Positividad: racionalidad científica, seguridad práctica y legitimación política. La «positividad instantánea» del legalismo. Normativismo judicialista y «positividad en cadena». Una constatación realista: la «positividad sobrevenida». La dimensión histórica de la positividad como «proceso de realización» del derecho.

La expresión «derecho positivo» se ha convertido en un lugar común en la teoría jurídica e incluso en el lenguaje usual. Cuando se habla de «derecho» se entiende que hablamos del derecho «positivo». En el establecimiento de esta sinonimia cumplió un papel decisivo el interés por el derecho histórico y concreto y el hastío respecto a las fórmulas abstractas del iusnaturalismo racionalista (1). Se ha señalado que, mientras que el iusnaturalismo fundamentaba el derecho en una verdad ontológica permanente, la «positividad» introduce el principio de la variación, dando paso a una «variabilidad estructural» (2). Se constata, pues, una sintonía *positividad-historicidad*. Pero resulta obligado profundizar en las diversas implicaciones del término, para poder

* Presentada con el título *Positividad jurídica e historicidad del derecho*, como comunicación al Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Atenas, 1983.

(1) F. González Vicén, «Sobre el positivismo jurídico», en *Estudios de Filosofía del derecho*, La Laguna, 1979, pág. 174.

(2) Cfr. N. Luhmann, «Positives Recht und Ideologie», en *Soziologische Aufklärung*, Köln, 1970, pág. 180; «Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft», en *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft* (ed. por R. Lautmann), Bielefeld, 1970, pág. 176. También *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969, pág. 144.

valorar en qué medida la opción por lo «positivo» contribuye realmente a dar cuenta de la historicidad del derecho. A tal efecto hemos de examinar la opción por la positividad desde una triple perspectiva.

POSITIVIDAD: RACIONALIDAD CIENTIFICA, SEGURIDAD PRACTICA Y LEGITIMACION POLITICA

La opción por la *positividad* responde en muchos casos al afán por garantizar la *racionalidad* científica. Determinar el ámbito propio de una jurisprudencia racional exigirá distinguir el derecho positivo, o «puesto», de otros objetos conexos (3). La teoría de la ciencia «positivista» precisa de la positividad jurídica para poder contar con ese objeto consistente, netamente delimitado, capaz de satisfacer sus ansias de certeza. El derecho «positivo», como derecho «puesto», ayuda a *delimitar* el campo —real— del derecho que «es» respecto al —meramente deseado— del derecho que «debe ser». Las *normas* jurídico-positivas, *puestas*, se diferencian de las exhortaciones morales, meramente *pro-puestas*, y de las normas jurídico-naturales, simplemente *su-puestas*. Surge así un nuevo problema, junto al de la historicidad: en qué medida la «positividad» cumple tal función delimitadora. Olivecrona, a fuer de «realista», preferirá decir «adiós al derecho positivo» (4); ha descubierto en el término un residuo metafísico que traicionaría dicha frontera, empujándonos a la irrealidad meta-histórica. En todo caso, desde esta primera perspectiva, el derecho positivo permitiría una manipulación aséptica —no valorativa— en la tarea teórica, marginando los intentos de instrumentalización práctica. Este juego conjunto racionalidad-positividad empuja al *normativismo*. El derecho «puesto», claramente objetivable, es «norma»; en el manejo y reelaboración racional de tales normas ha de consistir la ciencia jurídica.

Desde una perspectiva práctica, la opción por la *positividad* jurídica refleja a su vez una atención primordial al logro de la *seguridad* en la convivencia social. Es ahora una certeza práctica lo que se persigue. El conocimiento, bien delimitado, del alcance del derecho facilita una fiable previsión de sus consecuencias. El ciudadano sabe qué puede esperar, en la medida en que orienta su conducta de acuerdo con lo que «es» derecho, y no con problemáticas propuestas de lo que «debe ser». Las expectativas personales resultan garantizadas por la *no re-*

(3) Arquetípico al respecto J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, 1909 (11.ª ed.), pág. 5.

(4) K. Olivecrona, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico* (versión española L. López Guerra, Barcelona, 1980, pág. 78).

troactividad de la norma, al quedar excluida la posibilidad de consecuencias imprevisibles.

En tercer lugar, tras la opción por la *positividad* jurídica late una determinada respuesta al problema de la *legitimación* política del derecho. Se rechaza con ella toda instancia de legitimación que trascienda al derecho puesto, afirmándose la soberanía política en un ámbito secularizado (5). El binomio positividad-legitimación empuja ahora al *voluntarismo* jurídico. El derecho no será un consejo, al que obedecemos en «razón» de la cosa misma sugerida, sino un mandato, al que obedecemos por la «voluntad» de quien manda (6). El derecho positivo aparece como expresión de la voluntad del legislador soberano.

El debate político, que la creación del derecho lleva consigo, se diseña como una tarea pre-jurídica y pre-positiva. Positivado el derecho, nos encontramos en una situación de «lege lata», en la que los contenidos valorativos políticamente elegidos resultan congelados, y a cubierto de ilegítimas manipulaciones de «lege ferenda». Sólo la derogación de la norma, fruto del debate político extra-jurídico, llevaría a revisar los valores positivados.

Racionalidad en el manejo teórico del derecho, *seguridad* al abordar las consecuencias de su ejercicio práctico, y *legitimación* de su inevitable respaldo político son los frutos esperados de la positividad jurídica. *Normativismo* teórico-jurídico, *no retroactividad* de las normas y esquema *voluntarista* de legitimación parecen sus corolarios obligados. Enfoques sucesivos de la positividad jurídica, al ir intentando plasmar este programa, se han visto forzados a revisar algunos de sus aspectos ante la presión de determinados factores, expresivos precisamente de la historicidad del derecho. Intentaremos esbozar ese significativo itinerario.

LA «POSITIVIDAD INSTANTANEA» DEL LEGALISMO

El intento delimitador propio del «positivismo» se refleja con especial rigidez en su versión «legalista». En este planteamiento de la dinámica jurídica la positividad aparece como algo previo, plenamente acabado en la norma por excelencia: la ley. Su manejo correcto implica

(5) Cfr. N. Luhmann, *Positives Recht und Ideologie* (nota 2), pág. 193. Especialmente expresivo sobre ese trasfondo, U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, pág. 152.

(6) Cfr. T. Hobbes, *De cive* XIV, 1 (versión española de A. Catryse, Caracas, 1966, pág. 217). Para S. Pufendorf, «la ley positiva es la que no está fundada sobre la constitución general de la naturaleza humana, sino pura y simplemente sobre la voluntad del legislador» —*Die iure naturae et gentium* 1.º, VI, 18 (reproducción de la edición de Frankfurt-Leipzig de 1759, publicada en 1967, pág. 110).

una aplicación técnica, encomendada a mecanismos lógicos ajenos a toda manipulación desvirtuadora del derecho positivo. Sólo la derogación de la ley justificaría un cambio jurídico, dentro de este esquema rígidamente *normativista*.

El positivismo legalista experimenta, sin embargo, una erosión paralela a la del intento delimitador de la teoría del conocimiento positivista. Se ha dictaminado sugerentemente un adiós a la «racionalidad instantánea» (7), a la posibilidad de establecer una frontera definida y permanente entre lo racional y lo irracional, lo científico y lo no científico. De esa frontera era heredera, en nuestro primer aspecto, la distinción entre el derecho positivo racionalmente manejable y presuntos derechos no positivos, meros productos de la irracionalidad pre-científica. ¿Tiene sentido aferrarse aún a esa «positividad instantánea» para mantener una neta delimitación jurídica, exigida por la seguridad práctica y la legitimidad política? Empeñarse en ello podría acarrear las mismas consecuencias mitificadoras que mantener un concepto de *racionalidad* científica desvirtuador de la realidad, hasta el punto de convertir su presunta captación en auténtica caricatura.

El positivismo legalista no disimula un radical recelo hacia las tareas de interpretación. Sólo las concibe como consecuencia de una patológica imperfección legal (8), o como intento interesado de dar paso a una arbitraria «discrecionalidad». Para el *voluntarismo* todo cambio de la ley implica una suplantación retroactiva de la voluntad del legislador, y nunca el despliegue racional de un contenido autoconsistente. El escepticismo respecto a la viabilidad del empeño delimitador positivista ha sensibilizado también sobre el auténtico alcance de una seguridad quizá meramente ficticia. Si la distinción positivo-no positivo se hace fluida, sólo cabe ya *seguridad* aferrándose a una ilusión sin fundamento.

El recelo hacia la «discrecionalidad» interpretativa expresa, a la vez, una actitud de fidelidad política, que excluye toda manipulación «ideológica». La interpretación aparece como una amenaza a la *legítima* soberanía; como un intento de sustituir la voluntad del soberano por la propia, dando paso a una malversación de la confianza ciudadana. La creciente sospecha de que el manejo del derecho implica inevitablemente una discrecionalidad —arbitraria o no— plantea hoy una nueva dimensión de la fidelidad política; no hay peor traición que la inconfesa-

(7) I. Lakatos, «La falsación y la metodología de los programas de investigación científica», en *La crítica y el desarrollo del conocimiento* (ed. con A. Musgrave), Barcelona, 1975, pág. 266.

(8) Sobre la crítica de Savigny a esta actitud, nuestro trabajo «Savigny: el legalismo aplazado», en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, 1982, págs. 77 y ss.

da. Más defiende la legitimidad política quien señala una actividad necesitada aún de legitimación que quien se empeña en negar su evidencia, haciendo así injustificadamente superfluo todo intento al respecto.

La evidente incapacidad del positivismo legalista para llevar a cabo aquel triple designio (racionalidad-seguridad-legitimidad) deriva precisamente de su olvido de la historicidad del derecho; de lo que había servido de principal justificación al propio positivismo jurídico. El legalismo no hace sino petrificar, en clave positivista, la ahistoricidad del iusnaturalismo racionalista. Lo que en éste era aséptico manejo lógico de verdades eternas lo convirtió en aséptico manejo lógico de voluntades puestas. Pero, en uno y otro caso, la historicidad real del derecho no se ha plegado a los caprichos del modelo.

NORMATIVISMO JUDICIALISTA Y «POSITIVIDAD EN CADENA»

Los intentos autocorrectores del positivismo jurídico acudieron con presteza a las brechas abiertas por esa erosionadora historicidad. El juez elaborador aséptico de silogismos es, poco a poco, abandonado. «La obra final del juez consiste en una decisión sea cualquiera el nombre que se le dé» (9); «el derecho establecido por decisiones judiciales» «se hace ocasionalmente de esta manera oblicua por el mismo soberano» (10). Su voluntad, positivada antes de una vez por todas, da paso ahora a una cadena de voluntades, que van completando una positivación sucesiva. El soberano no pone el derecho definitivamente al legislar, sino que se ve obligado a reaparecer —oblicuamente— a lo largo de un proceso aún no cerrado.

La «Stufentheorie» así insinuada supone el abandono —en aras de la historicidad— del monolítico *normativismo* inicial. Se le dota de una flexibilidad que permite mantener la frontera ser-deber ser. Se rechaza una versión parmenidiana de lo positivo (como un ser jurídico que no admite otro cambio que el derogador) para dar paso a un proceso de positivación (un ser jurídico que se desarrolla por etapas, a golpe de actos de voluntad). No todo cambio supondrá ya una indebida irrupción del deber-ser, ni por tanto una inevitable ruina de la *ra-*

(9) J. Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales* (trad. de M. Ossorio Florit, Buenos Aires, 1959, tomo I, poág. 10) I, I. «En materia de justicia lo que se debe temer son los poderes que los jueces usurpen en contra de la ley, más bien que los que obtengan de ella y de los cuales no pueden usar sino ante las miradas del público que los contempla con desconfianza», *ibidem* VII, 8 (tomo II, pág. 107).

(10) J. Austin, *Lectures...*, parte II, lecture XXVIII (nota 4, pág. 261).

cionalidad a manos de la «ideología». Se ha producido, no obstante, una evidente pérdida de la capacidad de delimitación positivo-no positivo. En adelante al hablar de derecho «positivo» no se remitirá a una realidad perfectamente perfilada, sino a un campo de juego abierto a múltiples decisiones arbitrarias. La ciencia jurídica renuncia, pues, a garantizar un manejo racional de la práctica jurídica, para limitarse a constatar racionalmente su arbitrariedad.

Se ha acabado admitiendo una «discrecionalidad» mitigada. El juez crea derecho, aunque sólo sea dentro del ámbito autorizado por la ley previa. El *voluntarismo* se desdobra en una cadena de decisiones de amplitud diversa; el juez encarna por definición la voluntad del soberano (11). Como resultado, la previsión de consecuencias futuras, que es el núcleo de la *seguridad*, se hace problemática. El condicionamiento del acto que aplica la ley no «puede ampliarse tanto que el acto ya no pueda ser considerado como producción de derecho». La constatación de que el supuesto de hecho de la norma es relevante en un caso concreto reviste, por ejemplo, «fuerza retroactiva», ya que «la determinación del hecho condicionante por parte del Tribunal es constitutiva». La voluntad del juez, más que estar condicionada por lo que la ley dice, decide auténticamente qué debe entenderse dicho por la ley. «La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho»; no sólo cuando lleva «a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable» (12). Se ha producido una renuncia clamorosa a la *no retroactividad*. Se esfuma así otra de las más eficaces motivaciones de la opción por la positividad jurídica.

El condicionamiento de la decisión por la norma anterior pierde realidad, para cobrar la relevancia meramente formal propia del sistema «dinámico» kelseniano. El positivismo legalista incluía aún un ius-naturalismo residual, al configurar el sistema jurídico «estáticamente», manteniendo una cascada de contenidos normativos condicionantes de la corrección de las decisiones posteriores. El *voluntarismo* se hace ahora más coherente. El derecho deja de ser contenido racional controlador de la arbitrariedad, para convertirse en arbitrariedad sólo formalmente controlable. Cuando era un contenido ético lo que legitimaba al derecho, los mecanismos procesales servían de punto de apoyo a

(11) Un análisis de la versión hobbesiana de esta teoría voluntarista del derecho en nuestro trabajo «Hobbes y la interpretación del derecho», en *Interpretación del derecho y positivismo legalista* (nota 8), págs. 55 y ss.

(12) H. Kelsen, *Teoría pura del derecho* (trad. de R. Vernengo de la edición de Viena de 1960), México, 1979, págs. 245, 249 y 354-355.

su problemática captación, aumentando las posibilidades de acierto. Ahora se suscribe una *legitimación* puramente formal, que el procedimiento no ayuda a captar, sino que crea «ex novo». La razón intersubjetivamente reforzable ha dado paso a una voluntad procedimentalmente controlable. Los residuos racionalistas del positivismo acaban esfumándose.

El normativismo judicialista parece dar cuenta de la historicidad del derecho con más acierto que el legalista. Pero se trata de una apariencia. El escepticismo respecto a todo contenido racional rompe el núcleo mismo de la historicidad de lo real. Sólo hay efectiva diacronía cuando se da un núcleo permanente. La «positividad en cadena» es también radicalmente ahistórica, al degenerar en sucesión caprichosa. La dinámica jurídica resulta ignorada por esa yuxtaposición arbitraria de fotos fijas, que no nos transmiten noticia alguna de una realidad evolutiva, sino que «constituyen» las mismas inconexas realidades que representan. Las exigencias de la historicidad del derecho no tardarán en llevar al abandono de este inteligente esfuerzo por salvar un positivismo jurídico claramente ahistórico.

UNA CONSTATAACION REALISTA: LA «POSITIVIDAD SOBREVENIDA»

El afán de racionalidad, que empujaba a optar por la positividad, llevará bien pronto a su revisión. En la obligada elección entre ser y deber-ser los «realistas» no dudan en reducir el deber-ser a ser, la norma a hecho, cuestionando radicalmente el *normativismo*. Reducida la realidad a mero juego fáctico, el positivismo jurídico no resulta nada realista. Para defender el esquema positivista de *racionalidad* se hace ahora inevitable rechazar el positivismo jurídico. Un concepto empirista —espacio-temporal— de realidad sirve de nueva frontera delimitativa de la positividad. «Así concebida, la positividad del derecho significa lo mismo que su efectividad.» Pero, si no queremos remitir lo jurídico al reducto de la sicología individual, emparejándolo con la moral, habrá que identificarlo precisamente con la conducta de los Tribunales. Surgirá con ello la duda de si «el derecho es aplicado porque es vigente» o si «el derecho es vigente porque es aplicado» (13). El intento de delimitación positivo-no positivo llega así al máximo desmoronamiento. De la positividad acabada y cerrada del legalismo he-

(13) A. Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho* (trad. de J. Barboza, Buenos Aires, 1961), pág. 26; *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, 1963), pág. 71.

mos llegado a la positividad sobrevenida, sólo constatable «ex post facto».

¿Tiene aún sentido hablar de derecho «positivo»? Entender por tal el derecho «puesto», apunta a la existencia de «alguien» que asume la responsabilidad de «ponerlo». Si el positivismo aspiraba a sustituir mitos antropomórficos por constataciones empíricas, será precisamente un coherente positivismo el que nos invite a abandonar la expresión derecho «positivo» y su inevitable secuela: un mítico *voluntarismo*. Sólo el derecho «puesto» exige remitir a una voluntad (soberano, Estado...) responsable de su creación. Empíricamente contemplado, el derecho no es algo «puesto» sino un conjunto de hechos que se van «haciendo» en la vida social, como consecuencia del funcionamiento de una «máquina» o de un «sistema».

Faltos de la referencia real a una voluntad —identificable y datable— perderíamos la posibilidad de forjar expectativas cuyo cumplimiento fuera garantizable con una cierta *seguridad*. Sólo la regularidad funcional de la máquina jurídica, o la confianza en los frutos del sistema (14), podrán fundamentar dicha sensación. Lo decisivo no es ya la imposible garantía de una exhaustiva previsibilidad de las consecuencias, sino el fortalecimiento de una actitud confiada, que evite la frustración de expectativas, al encubrir la ruptura de la *no retroactividad*.

Realismo escandinavo y sociología jurídica sistémica se dan la mano en su rechazo del voluntarismo (15).

Por si fuera poco, también el tercer móvil de la opción por la positividad va a verse desmontado. El derecho —por más que nos empeñemos en calificarlo de «positivo»— no nos transmite un contenido previo, fruto de la *legitimación* política. La fuente de legitimación no son unos contenidos reales, mejor o peor conocidos por los ciudadanos; ni siquiera unos valores meramente convenidos por ellos, que al plasmarse en las normas jurídicas las hacen legítimas. El derecho no recibe una legitimación previa de la que la sociedad sería depositaria, sino que la engendra o la manufactura, poniéndola luego a disposición de la sociedad. Los mecanismos de la fidelidad política ven así invertido su juego.

El derecho existe porque «los hombres necesitan ser domesticados para poder convivir pacíficamente»; la positividad jurídica posibilita en el ámbito de sus expectativas un «aprendizaje adaptador» (16). El dere-

(14) N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (nota 2), pág. 146. La positividad no surge en el momento legislador, sino en la vivencia jurídica —*Posivität des Rechts...* (nota 2), págs. 178 y 183.

(15) Cfr. K. Olivecrona, *El derecho como hecho* (nota 3), pág. 78, y N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (nota 2), pág. 142.

(16) K. Olivecrona, «El derecho como hecho» (trad. de R. J. Vernengo del artículo incluido en el volumen en homenaje a R. Pound, Oxford, 1947), en *El hecho del derecho*,

cho deja de obedecer a una legitimación fruto del consenso, para manufacturar un consenso que le lleva a hacerse obedecer. «La legitimación se independiza de las valoraciones sociales para remitirse al procedimiento»; «la legitimación a través del procedimiento no lleva a una armonía o a un consenso, sino a la estructuración de expectativas jurídicas» (17). La legitimación del derecho deja de expresar una categoría axiológica para reducirse a constatación sociológica.

El derecho parece legítimo en la medida en que se da en la sociedad una extendida convicción fáctica de su validez. Es tal convicción la que facilita una disposición generalizada para aceptar sus decisiones, de contenido aún indeterminado, dentro de ciertas fronteras de tolerancia (18). El reconocimiento social que legitima al derecho no surge de deliberados juicios de valor. Consiste en un clima social, fruto del aprendizaje, que institucionaliza como evidente el reconocimiento de sus decisiones; una democracia al viejo estilo introduciría, por el contrario, disfuncionalidades irracionales en el sistema (19).

El derecho no es legítimo en la medida en que su contenido responde fielmente a las expectativas sociales, sino en la medida en que manufactura con perfección técnica expectativas sociales congruentes con dicho contenido: en la medida en que enseña a aceptarlo. Se abandona la teoría voluntarista para abrir paso a un voluntarismo práctico; de un derecho que debe querer lo que la sociedad espera se pasa a una sociedad enseñada a esperar lo que el derecho quiere. La operación cobra una clara relevancia «ideológica», en la medida en que la vieja fraseología legitimadora encubre su novedoso sentido funcional; el resultado inevitable será un voluntarismo camuflado. Queda, por otra parte, la interrogante de si el sistema jurídico mantendría análogo funcionamiento en una sociedad en la que todos los ciudadanos fueran tan «ilustrados» como para captar el sentido real de su dinámica. Quizá la inquietante conclusión fuera que el derecho funciona mejor en la medida en que los ciudadanos no saben cómo funciona. La denuncia «ideológica» subiría así de grado.

No puede decirse que estos planteamientos sociológicos del derecho y de su positividad capten tampoco su radical historicidad. La renuncia a los contenidos sigue impidiéndolos. El derecho sigue ajeno al despliegue de las implicaciones históricas de unos contenidos valiosos: se diseña ahora como una eficaz técnica para manufacturar el futuro. No es

Buenos Aires, 1956, págs. 105-106; N. Luhmann, *Positivität des Rechts...* (nota 2), pág. 196.

(17) N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (nota 2), págs. 27-28.

(18) N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (nota 2), págs. 27-28.

(19) N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (nota 2), págs. 32-34; «Komplexität und Demokratie», en *Politische Planung*, Opladen, 1971, pág. 39.

fácil concebir algo menos histórico. Se aspira, al parecer, a una radical eliminación del riesgo —acompañante inevitable de la historicidad— y de la libertad misma que le sirve de motor. Aunque la eliminación resulta puramente aparente: lo que se produce realmente es una narcotización, que permite ignorar confiadamente las secuelas de inseguridad propias de nuestra dimensión histórica.

LA DIMENSION HISTORICA DE LA POSITIVIDAD COMO «PROCESO DE REALIZACION» DEL DERECHO

La dimensión histórica del derecho no es compatible con un planteamiento de la positividad como entidad normativa cerrada, siempre a la espera de ser trasladada aplicativamente a unos hechos en continuo cambio, mientras que ella misma no cambiaría sino por derogación sustitutiva. El continuo diálogo entre norma y hechos, pleno de historicidad, va diseñando más bien un proceso de positivación (20) siempre abierto. El protagonismo que corresponde a la tarea jurisprudencial en esta dinámica histórica del derecho no puede plantearse tampoco como la sustitución de un *normativismo* legalista por otro judicialista. Cualquier normativismo resulta insuficiente cuando se profundiza en la originaria dimensión «judicial» de todo derecho: como dictamen que aspira a someter a los imperativos de la razón el espontáneo juego de fuerzas de la vida social. Cada hombre, al comportarse jurídicamente va emitiendo —teórica y prácticamente— tal «juicio»; serán exigencias de socialidad las que llevarán a institucionalizarlo, imparcialmente, en el juez por antonomasia. La historicidad del derecho no se ve satisfecha por una simple alteración en la jerarquía de sus «fuentes»; resalta, más bien, un «momento jurisprudencial» (21) ineliminable en toda realidad jurídica.

El derecho aspira siempre a racionalizar la vida social; pero su historicidad hace inútil todo intento de conseguirlo embalsamando en el texto legal (o en cualquier otro sucedáneo normativo) criterios racionales «puestos» de una vez por todas. No hay «positividad instantánea» en la realidad del derecho; un haz de principios valorativos va «poniéndolo» en cada caso, mientras que las normas lo único que habían «puesto» eran unas articulaciones de principios y supuestos de hecho destinadas a restar arbitrariedad a tal proceso de «positivación». Tam-

(20) A. Kaufmann, ahondando en sus implicaciones ontológicas, lo califica como «proceso de realización del derecho» —apéndice a «Analogie und Natur der Sache», en *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt, 1972, pág. 320.

(21) Cfr. L. Lombardi-Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pág. 373.

poco cabrá «racionalidad instantánea» a la hora de objetivar su manejo. El carácter instrumental que las normas revisten en la práctica no es compatible con un normativismo teórico, empeñado en reconocer como objeto sólo a una parte (y no la más decisiva) de la realidad jurídica. Realizar el derecho en la práctica encierra un juicio; en la teoría no es posible otra actitud más «racional» que la de intentar transparentar el alcance real de ese proceso. Esto nos aleja de los modelos de la racionalidad positivista, centrados en un «sistema» de normas, para acercarnos al entendimiento de la tarea científica como esfuerzo cognoscitivo presidido por un «paradigma», que es fruto de un proceso de decantación histórica (22). No nos hallamos ya ante el intento de aplicar criterios de racionalidad «lógica» a un material que se vio «positivado» como resultado de un proceso de volición arbitraria. Nos encontramos ante la tarea de ajustar las relaciones sociales de acuerdo con los dictados de una racionalidad «axio-lógica». Para que ese empeño sea razonable ha de incluir el esfuerzo por revisar —reflexiva e intersubjetivamente— el respeto efectivo de las exigencias materiales de la realidad jurídica. *Racionalidad* equivale así a revisión del cumplimiento de los dictados de la razón práctica a lo largo del proceso de positivación del derecho.

Cuando al derecho no se le entiende como expresión de una voluntad, que —por saberse más fuerte— aspira a doblegar cualquier otra pretensión, la actividad jurídica se convierte en juicio sobre el ajustamiento real de una relación, o —lo que es lo mismo— sobre las exigencias de justicia que brotan al juzgar la realidad social. Determinarlas, captándolas en la solución práctica de un caso concreto, es la tarea del jurista. No podrá para ello remitirse a una solución ya «puesta» de antemano en un texto legal. Lo que le aguarda no es la aplicación de una solución ajena, supuestamente encomendada a su destreza técnica; ha de enfrentarse al esfuerzo ético por hallar personalmente la solución más ajustada del caso. Para cerciorarse de la racionalidad práctica de su dictamen, acudirá a contrastarlo con los criterios que en el ordenamiento jurídico aparecen «pro-puestos». El jurista experimenta así, al filo de la historicidad ineliminable de toda actividad jurídica, que «poner» el derecho exige siempre ir más allá de lo que el texto legal «propone».

Es preciso revisar también el planteamiento «historicista», que —tras considerar a la justicia socavada por el relativismo— erige a la

(22) Sobre los paradigmas científicos la ya clásica obra de T. S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas* (hay traducción de México, 1971). Nos parece posible encontrar un interesante correlato jurídico en la jurisprudencia constitucional española sobre la «igualdad en la aplicación de la ley» —por ejemplo, la sentencia 63/1984, de 21 de mayo (*Boletín Jurisprudencia Constitucional*, 1984 (38), págs. 740-841).

seguridad en su resignado sucedáneo. El «historicismo» resulta tan alejado de la historicidad como determinadas teorías de la justicia. En éstas su objetividad se entiende como inmunidad a todo cambio; sólo el conocimiento de su contenido se vería sometido a evolución. El «historicismo» acierta al situar la historicidad en la realidad misma y no sólo en su captación gnoseológica; se equivoca al entender que ello descarta toda objetividad de lo real. En ambos casos se ignora la correlación esencia-existencia; ni lo existencial es mero perspectivismo cognoscitivo de lo esencial, ni la esencia resulta diluida por una existencia que —por el contrario— la actualiza.

Ante una justicia convertida por el relativismo en capricho subjetivo, de la que no cabría saber nada, la seguridad ofrece un resignado expediente: saber, al menos, a qué atenernos, gracias a un procedimiento compartido sobre lo que «tendremos» por justo. El relativismo axiológico nos condenaría a la imprevisibilidad de un futuro juicio, que resultaría siempre retroactivo; pero los mecanismos lógicos del sistema nos pondrían a cubierto de esa contingencia.

Se trata en realidad de un procedimiento ficticio. La lógica no elimina la axiología; en el «mejor» de los casos, la oculta.

La lógica no puede transmitir un significado meta-lógico. Como se ha señalado, realistamente, «el significado atribuido a los términos jurídicos está condicionado de mil maneras por presuposiciones tácticas en la forma de credo y prejuicios, aspiraciones, standars y valoraciones, que existen en la tradición de cultura que rodea por igual al legislador y al juez» (23). No hay, pues, posible «aplicación» lógica sin una «interpretación» del significado, fundada en un ámbito pre-lógico. Sólo iluminando reflexivamente esa opción previa, transparentando en lo posible el fundamento que la sostiene, podremos realmente saber a qué atenernos. La seguridad, lejos de ser el sucedáneo de una justicia arruinada por una historia relativizadora, se convierte en la dimensión diacrónica de una justicia tan histórica como objetiva. El hombre histórico no se conforma con que se le haga justicia hoy; necesita confiar en que se le hará también mañana, sólo así puede sentirse seguro, protegido por la ambicionada *no retroactividad*: actualizando el fundamento que sostiene tal juicio. Manteniéndolo argumentativamente actual podremos prever las bases sobre las que se sostendrá un juicio futuro. Por el contrario, la arbitrariedad —también la formalmente sometida a procedimiento— resulta siempre imprevisible, por más que disimule tal riesgo, disfrazando de relativismo controlado un efectivo nihilismo (24).

(23) A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (nota 13), pág. 96.

(24) Sobre las consecuencias nihilistas del positivismo jurídico A. Kaufmann, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957, pág. 8.

La ficción de los mecanismos técnicos aseguradores no hace sino encubrir una realidad; dependemos siempre de las opciones éticas de los otros; la técnica no puede nunca sustituirlas ni hacerlas irrelevantes. Más «racional» que ocultarlas parece abrirlas a una argumentación que descubra y dé solidez a sus fundamentos. La interpretación no será así el síntoma patológico de una irrupción de lo irracional, sino la expresión más rica de la historicidad dinámica del derecho (25). El mayor ataque a la seguridad deriva del intento de deslindar, sobre el vacío, el derecho «puesto» y los valores, presuntamente «su-puestos», que le dan efectivamente sentido. El derecho se «pone» siempre en referencia a un contexto de valores que se «su-pone».

La antinomia objetividad-historia acababa por vaciar a la justicia de objetividad, en la medida en que se la intentara proyectar en la historia. Perdida la capacidad legitimadora de lo justo, no quedaba ya sino el recurso a una «legitimación por el procedimiento». Cuando —por otras vías— la historicidad se consideraba más cognoscitiva que ontológica, el procedimiento era sólo la apoyatura razonable para un sujeto consciente de su limitación histórica. Situada la historicidad —por el contrario— en la realidad misma, el procedimiento se convierte en exigencia primaria del fundamento real de la *legitimación* (26). De la verdad de la dignidad humana surgen exigencias de justicia, históricamente actualizadas, que esperan una efectiva positivación. La dignidad humana no se conforma con un *voluntarismo* arbitrario, aunque resulte «consecuencialistamente» favorable, sino que plantea los requisitos dignos que han de condicionar cualquier resultado. Los mecanismos procedimentales aparecen así como instrumentos del efectivo reconocimiento histórico de esa dignidad, que es el auténtico fundamento de legitimación. Nos recuerda que «poner» el derecho exige renunciar a su mera «im-posición-» por la fuerza. No se trata de disimular la fuerza, simulando que la dignidad humana queda a salvo, sino de utilizarla sólo subsidiariamente y sometida a exigencias procedimentales.

El «adiós al derecho positivo» encerraba el diagnóstico lúcido de la esterilidad de un positivismo ahistórico; pero cerraba, a la vez, el paso a un replanteamiento del problema. Positividad e historicidad se hacen compatibles cuando a lo histórico se lo capta como actualización existencial y práctica de lo esencial, y no como su negación. El derecho aparece, pleno de historicidad, como algo que es imprescindible *poner*,

(25) La misma sentencia del Tribunal Constitucional español ya citada señala que la «dinámica jurídica se manifiesta no sólo en una modificación normativa, sino también en una razonable evolución en la interpretación y aplicación de la legalidad» (nota 22, pág. 840).

(26) Al respecto, nuestro trabajo *Consenso: ¿racionalidad o legitimación?*, incluido en este volumen, *supra* págs. 99 y ss.

pero cuya explicitación encierra siempre una *pro-puesta*; algo que continuamente aspiramos a recibir, aunque formulado siempre inicialmente como su-puesto; algo que incesantemente pugna por hacerse obedecer, pero que no puede renunciar a verse subsidiariamente *im-puesto*. Todo ello nos invita a no abandonar la incesante búsqueda de un derecho positivo, o a evitar —al menos— sus efectos «negativos» (27). Sólo será posible gracias a un afán ético de justicia, respaldado por los instrumentos «jurídico-positivos» capaces de mantener continuamente bajo control la razonabilidad del empeño. No cabe derecho más positivo que el que logre ser la expresión de lo históricamente razonable, gracias a una razonada argumentación.

(27) Interesante la caracterización del derecho «positivo» como «derecho natural vigente» que recoge S. Cotta, en *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981, pág. 131.

ANDRES OLLERO TASSARA

**Derechos humanos
y metodología jurídica**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
MADRID, 1989