

Entre derecho natural y positivismo jurídico: El problema de la fundamentación del derecho

Con referencia a la jurisprudencia constitucional
española sobre discriminación por razón de sexo*

ANDRÉS OLLERO**

El tema que se me ha propuesto nos recuerda el escenario, forzosamente dualista, en el que tozudamente se representó, durante más de un siglo, la interminable polémica entre derecho natural y positivismo jurídico. Hace más de veinte años que un representante, para mí muy querido, de la filosofía jurídica alemana¹, nos animara ya lúcidamente a superar enfoque tan poco fructífero.

Cómodamente instalado en ese dualismo, el positivismo jurídico daba por terminado el debate, en sus primeros compases, al dictami-

* Ponencia presentada al IV Europa-Forum, sobre «Recht — Gerechtigkeit — Menschenrechte. Werte und Normen des demokratischen Verfassungsstaats», organizado por la Katholische Sozialwissenschaftliche Zentralstelle en Estrasburgo, 16.V.1998.

** Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Granada, España

¹ A.KAUFMANN, *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik* — «Juristenzeitung» 1975 (30), págs. 337 y ss. — cuya traducción española tuvo ocasión de publicar en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez» (Granada) 1977 (17) págs. 351-362.

nar con rotundidad: «sólo es derecho el derecho positivo». El pretendido derecho natural, que desvinculaba de la positividad su propia existencia, se veía así fácilmente expulsado de la ciencia jurídica racional hacia las tinieblas exteriores de la irracionalidad.

Consolidado tal dualismo, seguir hablando de derecho natural equivalía a optar por el martirio. Sólo porque el único derecho existente es el derecho positivo puede resultar preocupante el positivismo jurídico; de existir otro derecho ajeno a él, podríamos optar por acogernos a su amparo y asunto concluido. En los años del franquismo circulaba por mi país un chiste que ponía en solfa la divisa falangista que caracterizaba a España como «una, grande y libre». La pregunta «¿sabes por qué España es una?» Encontraba como respuesta: «porque, si hubiera dos, todos nos iríamos a la otra». Una realidad que, a fin de cuentas, no dejó de experimentarse durante años en Alemania, mientras no se acabó haciendo físicamente imposible. El problema que nos ocupa surge precisamente porque, siendo cierto que «sólo es derecho el derecho positivo», no tenemos otro al que emigrar.

Quizá por mi poca afición al martirio, hace ya tiempo que di por bueno que «sólo es derecho el derecho positivo»; espero no visitar el infierno por ello. Bien es verdad que lo hice tomando la cuidadosa precaución de reservarme el derecho -no poco positivo para mí- de formular de inmediato alguna inocente pregunta. Por ejemplo: ¿cómo diferenciar el derecho positivo del que no lo es? Se me puede responder, en pura ortodoxia positivista, que derecho positivo es el derecho puesto, aún me quedaría otra cuestión por formular: ¿quién, cómo y cuándo lo pone?

La doble respuesta positivista más cotizada solventaba ambas preguntas con el recurso a esta curiosa ecuación: derecho = positivo = norma = ley. Así pues, sólo sería derecho positivo (no hay «otro») la norma puesta por el legislador.

Durante años se intentó descalificar este planteamiento desde una perspectiva ética. Si admitiéramos esa cuádruple identidad, sobre la humanidad lloverían todo tipo de males, de los que la experiencia nazi habría servido como elocuente ensayo general. A mi modo de ver, el problema no radica tanto en que se puedan derivar males sin cuento de la identificación derecho = positivo = norma = ley; consiste, mucho antes, en que cualquier parecido entre ese planteamiento y la realidad del derecho es pura coincidencia; simplemente, lo que afirma no es verdad.

No veo ninguna necesidad de emigrar a «otro» ordenamiento jurídico para poner a prueba la inviabilidad del modelo que se nos propone. Me ha bastado repasar² la jurisprudencia constitucional española sobre discriminación por razón de sexo.

La Constitución — norma por excelencia del derecho positivo español, hasta el punto de ser caracterizada como «ley de leyes» — afirma en su artículo 14 que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Expresa así, de manera más netamente positivada, algo proclamado por el artículo 1.1, en las primeras líneas del derecho positivo español; el único que en realidad existe en España: la igualdad es uno de los «valores superiores de su ordenamiento jurídico».

El valor superior de la igualdad revestirá estructura normativa (no muy acabada, sin duda) no sólo en el citado artículo 14, que veta toda futura discriminación, sino también en el artículo 9.2, más atento a desarraigar las desigualdades ya existentes³. Tendríamos, pues, dos normas.

Valiéndome de mi comfortable situación de filósofo del derecho académicamente correcto y poco ávido de martirio, aprovecho para preguntar de nuevo: ¿hay valores que -ellos mismos, y no sólo las normas que los recogen- sean propiamente jurídicos?. Si mantene- mos la obligada letanía -derecho = positivo = norma = ley- la respuesta resulta inevitablemente negativa: nada hay pre-legal, pre-normativo ni pre-positivo a lo que podamos considerar «jurídico»⁴.

² Por ejemplo, en *Una laboriosa liberación jurídica: la discriminación por razón de sexo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

³ Impone a los poderes públicos el cometido de «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas», así como «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud». Sobre el papel de la igualdad en la Constitución española *Gleichheitsprinzip und Rechtstheorie in Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie* (ed. por E.GARZON VALDES) Berlin, Duncker & Humblot, 1990, págs. 155-169; en español en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 271-296. También *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁴ Sólo el propio *sistema* de normas puestas, puede aportar el criterio identificador de lo que es derecho. Únicamente cuando son defectuosas, precisarían las leyes (normas

La capacidad expansiva de la igualdad como valor superior se diversificará, sin embargo, a través de *tres principios* jurídicos diversos.

Las normas pre-constitucionales españolas dejaron como herencia el principio inspirador de un *protectorado paternalista*. Celosamente empeñado en que pudiera seguir disfrutando (?) de una preciada desigualdad, el Estado se comprometía a «liberar a la mujer casada del taller y de la fábrica»⁵.

Rechazada la constitucionalidad de tan generosa protección, un segundo principio animará, no obstante, a mantener dichas normas en la medida en que puedan cumplir un papel *compensador* del pasado maltrato. Lo lógico sería que este segundo principio operara a través del activo artículo 9.2, pero una circunstancia adicional llevará a que sea el pasivo artículo 14 su campo de juego: sólo los artículos 14 a 30 de la Constitución española gozan de la reforzada protección del recurso de amparo, del que se ve en consecuencia privado el artículo 9.

Bien pronto resultará corta esta tarea compensadora, pues no llega a promover condiciones ni remover obstáculos para hacer más efectiva la igualdad. Circulando normativamente -por la razón ya expuesta- por el mismo artículo 14, entrará así en juego un tercer principio que anima a la *acción positiva*.

La igualdad se ha convertido pues en prueba fehaciente de la existencia de principios *jurídicos pre-legales*⁶, capaces incluso de derogar normas.

puestas, por antonomasia) el complemento de unos principios, sólo así ocasionalmente convertidos en jurídicos. Habría que evitar «peligrosas jerarquizaciones axiológicas», afirmaba el Magistrado F.TOMAS Y VALIENTE en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 53/1985 de 11 de abril, que declaró inconstitucional el primer proyecto socialista de ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos -«Boletín de Jurisprudencia Constitucional» (en adelante «BJC») 1985 (49), pág. 538. Sobre el particular el epígrafe «La vida: ¿derecho o valor?» de nuestro libro *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución*, Madrid, Rialp, 1994, págs. 29-31.

⁵ Según bizarra expresión del llamado «Fuero del Trabajo» en su apartado II.1 -STC 241/1988 de 19 de diciembre, F.5 (ibidem, pág. 48).

⁶ Ya lo apuntamos en los primeros compases de la refundamentación constitucional del ordenamiento jurídico español: *Droit naturel et «jurisprudence de principes» (avec référence à la Constitution espagnole de 1978)* Weltkongress für Rechts — und Sozialphilosophie, Basel 1979 en *Contemporary Conceptions of Law* «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» (Supplementa) vol. I, part 1, págs. 629-639; en español en *Interpretación del derecho y positivismo legalista* Madrid, Edersa, 1982, págs. 199-210.

Sólo forzosamente cabría considerar como una norma positiva peculiar al valor superior de la igualdad, ya que opera en realidad activando *resortes hermenéuticos*, como lo razonable o lo proporcional. Estos remiten a una implícita teoría de la justicia, que pugna por positivarse por vía de juicios de valor, bien lejos de la aplicación técnica de un texto normativo de contenido explícitamente puesto.

El mismo concepto de «discriminación» no resulta explícitamente definido. No toda desigualdad puede considerarse discriminatoria. Para el tribunal Constitucional español, un tratamiento desigual «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los *valores* que la Constitución consagra como superiores del Ordenamiento como son la justicia y la igualdad». Sólo habría discriminación cuando «la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable»⁷. Esto nos abre — no sólo teóricamente sino en la misma praxis — un problema de fundamentación jurídica, al no contar con criterios «puestos» capaces de cargar de razón a un trato desigual.

El Tribunal vendrá de nuevo en nuestra ayuda. «La existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la *finalidad y efectos* de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de *proporcionalidad* entre los medios empleados y la finalidad perseguida»⁸.

No muy distinta será la situación cuando el Tribunal, obligado a calibrar el complicado juego protección-compensación-acción positiva, se plantee si una u otra medida conserva aún su «razón de ser». Ni las opiniones coyunturalmente dominantes, ni la propia voluntad de la presunta víctima de la discriminación, le parecerán criterio adecuado.

El ámbito hospitalario aportó un caso elocuente. Los residuos del protectorado paternalista habían llevado a que todas las horas de trabajo dominical de las enfermeras fueran retribuidas como «extraordinarias»; mientras, a los enfermeros sólo se les retribuían como tales las que excedían de su horario habitual en los días laborales. El juez que aborda inicialmente el caso considera que «tales medidas deben ser sometidas a revisión para derogarlas si es que carecen de *actualidad*».

⁷ STC 34/1981 de 10 de noviembre, F.3 B («BJC» 1981 (7), pág. 513).

⁸ STC 34/1981 de 10 de noviembre, F.3 C («BJC» 1981 (7), pág. 513).

El Tribunal Constitucional no deja de reaccionar escandalizado: «el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse ‘actualidad’, sino su conformidad con la Constitución»⁹. La Constitución -tomemos nota- cuenta, pues, con peculiares razones no identificables necesariamente con las opiniones mayoritarias.

También el «contenido esencial» de los derechos y libertades, al que se refiere su artículo 53.1, se situará por encima de la opinión coyuntural de los ciudadanos y de las no menos transitorias mayorías parlamentarias. Por eso podrá servir de referencia a la hora de defender a las minorías de turno, que suelen ser siempre las discriminadas. Nada más absurdo, en efecto, que pretender que sean los *tópicos* de actualidad los que sirvan de fundamento a una *utopía* liberadora, como la de los derechos humanos¹⁰. Si no queremos reducirla a mero recurso retórico, legitimador de cualquier arbitrariedad, nos obligamos a reabrir un esfuerzo de fundamentación objetiva y razonable.

La reiterada alusión a la existencia o inexistencia de una *razón de ser* de las medidas vigentes operará igualmente como una nueva versión -esta vez diacrónica- de ese «fundamento objetivo y razonable» capaz de ayudarnos a distinguir entre la discriminación y una mera e irrelevante desigualdad.

Nuestra actividad jurídica — o sea, el derecho real- ha mantenido siempre una querencia a vincularse con la razón¹¹. Se afirma, sin embargo, bastante más cuando se le atribuye una *razón de ser*. Se está reconociendo implícitamente que, más allá de todo *relativismo*, hay razones y razones; más cercanas unas que otras a la realidad de las cosas, o sea -para entendernos — a la del derecho.

Lograr que hasta tres principios jurídicos -expresivos todos ellos de un no menos jurídico «valor superior»: la igualdad — circulen a través de una misma norma jurídica, es sin duda bastante más de lo que un positivismo normativista consecuente puede soportar.

⁹STC 81/1982 de 21 de diciembre, F.2 -«BJC» 1983 (21), pág. 71.

¹⁰ A ello nos hemos referido en *Los derechos humanos entre el tópico y la utopía* «Persona y Derecho» 1990 (22) págs. 159-179 (incluido en versión francesa en *Droit «positif» et droits de l'homme* Bordeaux, Éditions Bière, 1997, págs. 125-141.

¹¹ Ello nos ha llevado a preguntarnos *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política* Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

Convencernos de que, al relacionar razonablemente fines y efectos, lo que estamos haciendo es limitarnos a *aplicar* una *norma* ya *puesta* exigiría una notable fe normativista y positivista. Más bien parece que estamos manejando principios, para poder *positivar interpretativamente* las exigencias derivadas de un valor, que o nos remite a contenidos objetivos o sería la mera tapadera de una voluntad arbitraria.

No faltará un Magistrado constitucional que señale que así «el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas». Su coherente *positivismo* no parece capaz de digerir tal supuesto: «la referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad permite una inclinación hacia el *iusnaturalismo*, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva». El problema radical seguirá siendo, no si esta propuesta es más o menos deseable, sino simplemente si es en realidad viable.

También el *normativismo* parece que se desencuaderna: a su juicio, «no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las *normas* en cuestión a un principio general del derecho, no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los *principios*»¹².

El *criterio teleológico* se nos desvela, una y otra vez, como el ingrediente *primario* de todo razonamiento jurídico. La inevitable fundamentación jurídica implica, más allá de la aplicación técnica de normas, evaluar la finalidad perseguida y la proporcionalidad de los medios destinados a su logro. Igualmente, cuando se dictamina la pérdida de «razón de ser» de una medida, se oculta bajo ese aparente juicio histórico una evaluación teleológica.

La justicia atribuida a los resultados previsibles ayudará a ponderar los tres principios que dan juego al artículo 14. Ilustrativo resulta el debate sobre la constitucionalidad de unas «prestaciones en concepto de guardería», previstas para «todas las trabajadoras, indepen-

¹² Voto particular del Magistrado L-DIEZ PICAZO a la citada STC 34/1981 de 10 de noviembre (ibidem, pág. 516).

dientemente de su estado civil, con hijos menores de seis años,»; pero sólo para «los hombres viudos con hijos de esa edad».

Si se la considerara como una *medida protectora* de la mujer, presumiéndole «una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares», sería rechazable. Lo contrario ocurriría si se la considera *compensadora* de una desventaja indisimulable, si se «compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20,9%) con la correspondientes de hombres casados (el 70,92%)». Resultaría esta vez justificado evitar «que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños»¹³.

El *activismo judicial* resulta, como consecuencia, obligado. *Un valor* superior, como el de la igualdad, capaz de alentar hasta *tres principios* de muy diverso juego, no se deja encerrar en el marco de una norma, por muy polisémico que sea su texto.

Se abandonará todo intento de *aplicación* avalorativa de *normas*, para adentrarnos en la inevitable *ponderación* de los *principios* en juego. Una misma medida se considerará o no constitucional — o sea, se reconocerá como derecho positivo o llegará a tacharse de negativo atropello — según el *juicio de valor* del que quepa interpretarla deudora.

Toda pasividad judicial resultará rechazable, a no ser que se pretendiera reducir el juego de la igualdad a la exclusión de discriminaciones futuras, cerrando los ojos ante la necesaria eliminación de desigualdades arraigadamente vigentes en la realidad social. Ello se pondrá de relieve tanto al interpretar las normas como al considerar o no probados los hechos.

Pocas situaciones condicionan de modo más profundo el acceso y la estabilidad de la mujer en el ámbito laboral que el embarazo. Lo ponen de relieve posibles propuestas — tan inconstitucionales como difícilmente sorteables — que condicionan el acceso a un puesto de trabajo al compromiso de la trabajadora de no quedar embarazada. La carga de la prueba pasará ahora a desempeñar un papel decisivo. El Tribunal Constitucional no dudará en equiparar a un despido radicalmente nulo la mera negativa a prorrogar un contrato temporal ya finalizado a una embarazada¹⁴; en tales cir-

¹³ STC 128/1987 de 16 de julio, F.9 y 10 — *ibidem*, págs. 1207 y 1208.

¹⁴ STC 173/1994 de 7 de junio, F.3 y 4 — «BJC» 1994 (159), pág. 90.

cunstancias el juez debería exigir al empleador una específica actividad probatoria¹⁵.

Valores, principios y normas acabarán con frecuencia combinados, y no sólo por pura falta de precisión terminológica. Esta aparente heterogeneidad expresa en realidad un peculiar *sistema*, no compuesto sólo de normas (como exige el *normativismo*), nítidamente puestas (como exigiría el *positivismo*), tras un transparente procedimiento legislativo (como exigiría el *legalismo*). Nos hallamos ante un «sistema» bien distinto en el que unos *valores* — que operarán siempre como *principios* motores del ordenamiento, lleguen o no a conformarse como *normas* — animarán ese proceso de *positivación* de una concepción de la *justicia* en el que — mediante un continuo esfuerzo de fundamentación- toda actividad jurídica consiste.

El positivismo normativista difícilmente podrá mostrarnos unas normas puestas capaces de indicar cuándo es necesaria una «acción positiva» contra la desigualdad previa, o cuándo hemos de estar más atentos a los posibles efectos perversos de un proteccionismo paternalista y cuándo a las ventajas de su mantenimiento con intención compensatoria. Suscribir el positivismo normativista no sólo expone a imponer inconfesadas opciones éticas ajenas a todo debate, sino — sobre todo — condena a aceptar una mitología jurídica, que ignora la realidad.

La utopía liberadora de la mujer puede ayudarnos a someter a crítica tópicos teórico-jurídicos que imponen un correctísimo doble lenguaje: se nos invita a hablar a todas horas de derechos humanos, pero aceptando que no podremos tomarnos en serio otro derecho que el que se haya visto reconocido por una ley; se niega que pueda existir algo así como un «derecho natural», aunque se afirma sin sombra de duda la igualdad -«natural», se supone- de derechos entre hombre y mujer.

Es obvio, sin embargo, que las limitaciones de una teoría no convierten automáticamente en verdadera a su contraria. La actividad jurídica se nos muestra como el esfuerzo prudencial por hacer realidad

¹⁵ Así ante el despido presuntamente disciplinario de una embarazada, el órgano judicial ha de «alcanzar y expresar la convicción, no tanto de que el despido no fue absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino más bien la de que el despido fue enteramente extraño a una conducta discriminatoria por razón de sexo» — STC 136/1996 de 23 de julio, F.6 («BJC» 1996 (184-185), pág. 91).

una teoría de la *justicia*. Para ello los *valores* que la integran han de jerarquizarse en la práctica, a través de la ponderación de los *principios* en que se plasman.

Las *normas*, en que tanto esos valores como sus principios operativos cobran más concreta estructura, son tan limitadas como imprescindibles. No son ellas la «fuente» real de un derecho presuntamente puesto de una vez por todas. El derecho brota siempre de esa concepción de la justicia que inspira este progresivo proceso de positivación¹⁶.

No tendría por ello sentido plantear la discrepancia entre positivismo y iusnaturalismo como un dualismo jurídico, que nos obligara a optar entre dos ordenamientos jurídicos, uno real y otro deseable. Nos plantea, en realidad, la radical discrepancia entre dos teorías éticas. La que considera que hay contenidos éticos objetivos racionalmente cognoscibles y la que —al excluirlos— parece reducir todo debate ético a un duro conflicto de voluntades sin posible mediación racional.

El núcleo central del iusnaturalismo no puede radicar sólo, a nuestro modo de ver, en la fácil constatación de la inviabilidad del positivismo, desbordado siempre por la «metalegalidad» de lo jurídico. Expresa la convicción de que contamos en ese ámbito metalegal con *exigencias objetivas de justicia* que reclaman positivación jurídica; por problemático que resulte su obligado descubrimiento. De ahí brotará una constante preocupación por evitar variantes desnaturalizadoras a la hora de positivizar el — para bien o para mal — único derecho existente.

Es preciso descartar, por contraria a la realidad, la idea de una «positividad instantánea»¹⁷, capaz de marcar — hoy y ahora — una

¹⁶ Al respecto *Controllo costituzionale, sviluppo legislativo e dimensione giudiziale della tutela dei diritti umani* en *Pluralità delle culture e universalità dei diritti* Torino, Giappichelli, 1996, págs. 109-122; en español en «Anuario de Filosofía del Derecho» (Madrid) 1994 (XI), págs. 91-103; en francés en *Droit «positif» et droits de l'homme* Bordeaux, Éditions Bière, 1997, págs. 143-156.

¹⁷ Sobre el particular nuestra contribución *Zum Verhältnis von Positivität und Geschichtlichkeit im Recht* al XII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social, Atenas VIII-1985 en *Philosophy of Law in the History of Human Thought* (ed. por S.PANOU, G.BOZONIS, D.GEORGAS y P.TRAPPE) Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Supplementa), Stuttgart, Steiner Verlag, 1988, vol.II, págs. 150-154. En español en *Derechos humanos y metodología jurídica* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989,

nítida frontera entre lo que es derecho positivo y lo que no lo es. Mejor reconocer que nos hallamos siempre abocados a un «proceso de positivación» de inevitable alcance ético. Cognotivismo y no cognotivismo reabrirían el auténtico dilema. ¿Contamos con referencias éticas cognoscibles y argumentables convincentemente, o sólo con opciones arbitrarias excluyentes?

La crítica positivista sobre la indudable problematicidad del simultáneo proceso de captación-conformación de estas exigencias pierde fuerza; por problemático que resulte determinarlas prácticamente, no lo será más que conocer el efectivo alcance del derecho presuntamente «puesto». Sin contar con esas exigencias como punto de apoyo, su positivación se convertiría en expresión de una voluntad arbitraria, «ideológicamente» disfrazada de racional.

Nada, sin duda, más alejado de la *ciencia*¹⁸ que el conocimiento de un «objeto» que no pasa de ser un mero espejismo, hasta que una interpretación — ¿arbitraria?¹⁹ — contribuye a definir sus auténticos perfiles. Toda *actividad jurídica* nos aparece en realidad como *filosofía práctica*, que capta y conforma a la vez — «determina»²⁰ — esas exigencias objetivas de justicia, positivándolas existencialmente. Positivar el derecho — hacer justicia- es, pues, disponerse a conocer y conformar una verdad práctica, inevitablemente «por hacer».

págs. 181-194; en francés en *Droit «positif» et droits de l'homme* Bordeaux, Éditions Bière, 1997, págs. 55-68.

¹⁸ Intentos de fundar un saber jurídico científico en *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlegendiskussion in Deutschland* Ebelsbach, Rolf Gremer Verlag, 1978; en español *Derecho y sociedad. Dos reflexiones sobre la filosofía jurídica alemana actual* Madrid, Editora Nacional, 1973, con especial referencia a la Systemtheorie. Al respecto también *Die technokratische Funktion des Rechts in der Systemtheorie von Niklas Luhmann* en *Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik* (ed. por V.Ronge y U. Weihe) München, Piper Verlag, 1976, págs. 131-140; en francés en «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» 1975 (LXI/4) págs. 557-568; en español en *Derechos humanos y metodología jurídica* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 89-98; también 63-88.

¹⁹ Al respecto *Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial* «Poder Judicial» (Madrid) 1993 (32) págs. 123-139; en italiano, «Rivista internazionale di filosofia del diritto» (Roma) 1994 (4), págs. 679-703; en francés en *Droit «positif» et droits de l'homme* Bordeaux, Éditions Bière, 1997, págs. 179-200.

²⁰ Sobre el particular *Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino* «Atti del Congresso Internazionale Tommaso d'Aquino nel suo VII centenario» Roma-Napoli 1974, Napoli, Edizioni Dominicane Italiane, 1978, t. 8, págs. 319-327; luego en *Interpretación del derecho y positivismo legalista* Madrid, Edersa, 1982, págs. 43-53.

El esfuerzo por evitar positivaciones jurídicas «contra natura» no supone, por otra parte, dar paso a ninguna limitación de la soberanía de los poderes políticos, ni ignorar las consecuencias del proceso de secularización característico de las democracias pluralistas contemporáneas. Sospechas interesadas de este tipo contribuyen a la llamativa subsistencia práctica de un positivismo jurídico, que -como teoría jurídica- parece mantenerse como un muerto en pie²¹.

Tanto histórica como doctrinalmente, la *democracia* moderna se enraiza en planteamientos de *cognitivismo* ético propios del iusnaturalismo. El intento de emparejar democracia y *relativismo* — cuando, como en Kelsen, es consecuente — llevaría a reducir a mera liturgia elementos hoy considerados piezas claves de todo Estado de Derecho: como la vigencia de los derechos humanos de las minorías por encima de las leyes elaboradas por las mayorías, o la subordinación de la eficacia a la legitimidad en la actividad de los poderes del Estado...

El obligado respeto de los mecanismos procedimentales democráticos deriva a su vez de una exigencia jurídico-natural, que excluye toda interpretación «contra legem» o toda tentación de «uso alternativo» de recetas del derecho natural²². En todo caso, el mismo proceso de elaboración parlamentaria de las leyes no deja de brindar espacios para la convincente proyección práctica de esas exigencias jurídico-naturales²³.

El problema es, pues, si podemos contar con unas *exigencias objetivas de justicia*, capaces de ponernos en guardia ante la posible posi-

²¹ Al respecto *La crisi del positivismo giuridico. I paradossi teorici di una «routine» pratica* «Iustitia» (Milano, Giuffrè) 1991 (4) págs. 333-375; en español en «Persona y Derecho» 1993 (28) págs. 209-255; en francés en *Droit «positif» et droits de l'homme* Bordeaux, Éditions Bière, 1997, págs. 19-54.

²² Parafraseando a E.BLOCH, podríamos afirmar: «ninguna democracia sin derecho natural, ningún derecho natural sin democracia» -*Derecho natural y sociedad pluralista en Interpretación del derecho y positivismo legalista* Madrid, Edersa. 1982, págs. 219-233. También *Verdad y consenso democrático en Estudios sobre la encíclica «Centesimus annus»* (ed. por AEDOS, coordinador F.FERNANDEZ) Madrid, Unión Editorial, 1993, págs. 295-321.

²³ De ello nos hemos ocupado en *Convicciones personales y actividad legislativa en «Evangelium vitae e diritto* Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1997, págs. 229-248. Ahora, en portugués, en *Revista da Ordem dos Abogados do Brasil* (Brasília) 1999 (XXIX-68), págs. 37-56. También antes: *Expertos en humanidad. Convicciones religiosas y democracia pluralista en Estudios sobre la encíclica «Sollicitudo rei socialis»* Madrid, Unión Editorial, 1990, págs. 120-140.

tivación de un *derecho des-naturalizado*, o de brindar a nuestra tarea prudencial elementos de juicio para diseñar normas adecuadas o aportar soluciones ajustadas. En cualquier caso, *no cabrá disponer acabadamente de ellas*, al margen de la misma actividad positivadora (legislativa o judicial) en la que afloran; como tampoco la belleza existe realmente sino cuando se plasma en una concreta obra de arte.

No existe, en efecto, una *positividad instantánea*, ni un «derecho positivo» en estado puro, porque lo jurídico consiste en un continuo proceso de positivación, sin otro final que el meramente convencional de la cosa juzgada. Pero tampoco existe una *naturalidad instantánea*, ni un «derecho natural» en estado puro; toda actividad jurídica ha de verse siempre acompañada por un continuo esfuerzo de fidelidad a las exigencias de la naturaleza humana, que estimulen críticamente ese mismo proceso de positivación.

De ahí que cuando se nos plantea un *dilema* — *alternativo y excluyente* — entre el derecho positivo y «otro» derecho natural se nos está invitando a una opción imposible *entre dos realidades* ciertamente *inexistentes*. Precisamente porque «sólo es derecho el derecho positivo», resulta ineludible — para todo jurista empeñado en garantizar y proteger las exigencias humanas básicas — la preocupación por evitar que el proceso de positivación de lo jurídico las margine hasta hacerlo degenerar «contra natura», degradando inevitablemente la convivencia social.

El problema de la fundamentación del derecho no es sólo una cuestión teórica que el positivismo no haya logrado erradicar; es, sobre todo, una continua necesidad práctica, pues sin ella no se da actividad jurídica alguna. El dilema no es fundamentar el derecho o renunciar a ello, sino fundamentarlo conscientemente y abiertos a la crítica, o hacerlo inconscientemente condenándose a un cerrado dogmatismo.

DIREITO E JUSTIÇA

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**ENTRE DERECHO NATURAL Y POSITIVISMO
JURÍDICO: EL PROBLEMA DE LA
FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO.
CON REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA
SOBRE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO**

ANDRÉS OLLERO



Volume XIII • 1999 • Tomo 3

SEPARATA