

CAMINOS NUEVOS PARA LA RENOVACIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

ANDRÉS OLLERO
UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS
MADRID

El clásico rótulo “Derecho natural”, con el que durante siglos se identificó en toda Europa a la reflexión filosófico-jurídica, se ha convertido hoy en dentro de ese campo del saber en *símbolo de lo académicamente incorrecto*. Tres elementos parecen darse cita en ello. Desde un *punto de vista filosófico*, la crisis o marginación de la metafísica, a la que aparecía estrechamente vinculado. A la hora de abordar problemas éticos (morales, jurídicos o políticos), el influjo de una ya señalada opción por el *no-cognotivismo*. Por último, la notable dificultad para captar el juego real de la relación entre *derecho y moral*.

1. *Delenda est metaphysica*

La entronización de la ciencia positiva como único asiento de la racionalidad deja a la metafísica en compañía de la magia y la alquimia. Las propuestas del viejo derecho natural, supuestamente empeñado en convencernos de cómo el derecho debe ser y en amonestarnos cuando no actuamos en consecuencia, deberían verse sustituidas por una descripción científica y neutra de cómo el derecho es; ocupándose, lógicamente, del derecho positivo.

El problema es que la operación no parece tan fácil. Para describir el derecho tenemos que partir de un previo concepto del mismo. Queramos o no, antes de explicar cómo es, habrá que ponerse de acuerdo sobre qué es; pero cualquier intento de dar respuesta a esta última cuestión sin abandonar el ámbito de lo físico nos llevaría a identificar el derecho con la fuerza. Lo paradójico es que el derecho suele autojustificarse precisamente por su capacidad para sustituir la fuerza por la razón, a la hora de organizar la convivencia social. Pasar de un supuesto estado pre-civil a una auténtica sociedad equivaldría a sustituir la ley del más fuerte por leyes formalmente homologadas por autoridades jurídicamente constituídas.

Todo ello explica las peripecias internas dentro de las familias positivistas y su frecuente descalificación mutua tachándose de metafísicas. Así ocurre con los *realistas escandinavos* que, considerando que el derecho no es sino un conjunto de peculiares *hechos* sociales, se emplearon a fondo contra la *teoría pura* kelseniana; ésta entendía por derecho un peculiar tipo de proposición normativa expresiva de un *deber*. La descripción sociológica de los hechos sociales, que proponían, les obligó a constatar en qué medida resulta inseparable del derecho su apariencia de legitimidad; pero, si no salimos de lo físico, tal legitimidad tendría que buscar apoyo en elementos psicológicos, sólo perceptibles mediante un análisis conductista. La legitimidad no sería una característica objetiva de la que el derecho aparezca revestido; dependería más bien de la actitud, más o menos receptiva, con que el ciudadano pueda acabar acogiéndolo. Lo importante no sería que el derecho sea objetivamente justo, pues eso daría paso a una afirmación físicamente esotérica, sino que al ciudadano se lo parezca.

Si la legitimidad no se corresponde con punto de apoyo objetivo alguno, parece obvio que se apoyará en meros mecanismos de sugestión, capaces de hacer aparecer como justo lo que en realidad ni lo es ni deja de serlo. Esa decisiva legitimidad jurídica sería un mero espejismo, falta de fundamento racional pero no por ello menos indispensable; porque, en efecto, por muy homologada formalmente que esté una norma, si no llega a percibirse y aceptarse como legítima, tendrá un problemático futuro. Habría pues que aceptar, si se renuncia a planteamientos metafísicos, que si el derecho funciona con efi-

cacia es gracias a que el ciudadano medio está convencido que funciona de otra manera. Si el ciudadano fuera consciente de que todo eso de la legitimidad es pura ficción, sólo cabría mantenerlo a raya recurriendo de modo continuo a la coacción, lo que haría inviable cualquier sistema jurídico. El derecho se apoyaría pues –seamos realistas, antes que metafísicos- en un burdo engaño. A Marx tal evidencia le parecía suficiente para quitarlo de en medio; para los escandinavos, por el contrario, esa es su principal virtud, dada la rentabilidad del invento: ayuda a que haya orden y concierto, gracias a que al ciudadano suele darle por la poesía y la mística; bendito sea Dios...

Este fin de fiesta no deja de resultar vistoso. Las propuestas estrictamente racionales y científicas del positivismo parecían exigir que nos preguntáramos si es racional, y científicamente honesto, asumir esa función ‘ideológica’ –interesadamente falseadora de la realidad- de lo jurídico. Mirar para otro lado no parece una actitud muy congruente con tan ambiciosos puntos de partida metodológicos. Para *Kelsen*¹, es precisamente su “tendencia antiideológica la que hace de la teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objetivo, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y reemplazarla por otra”. No parece que el asunto cuadre demasiado...

Los positivistas tienen a gala presentarse como ideológicamente neutrales, a la vez que desprecian al iusnaturalismo por cumplir –a su juicio- un papel inevitablemente conservador. El renacer iusnaturalista de la última posguerra mundial se debería, para el mismo autor, “a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo”.

Cuando se identifica al iusnaturalismo con la *búsqueda del mejor derecho posible*, se nos presenta de modo muy distinto: intentando precisar algo aún no acabadamente existen-

¹ Hans Kelsen hace profesión de fe antiideológica en la temprana versión de la *Teoría pura del derecho*; citamos por la traducción de la versión francesa: (Buenos Aires, Eudeba, ³1963) 64; sobre la eficacia anticomunista del iusnaturalismo, cf. *ibid.*, 110.

te; movido por una decidida dimensión crítica, al considerar jurídicamente mejorable lo ya puesto; renunciando a toda confrontación radical con esas exigencias históricas y concretas de las que el positivismo presumía ser guardián, y dispuesto siempre a aceptar que lo que no puede ser no puede ser, y además es imposible.

Esta tarea iusnaturalista no constituye pues una innecesaria propuesta alternativa ni supone un caprichoso añadido. Se inserta en el inevitable proceso de positivación de un derecho al que, por mucho que dispongamos de textos escritos, no cabe considerar acabadamente puesto. Tanto los textos legales como –más aún, dada su generalidad– los constitucionales exigen una tarea interpretativa, que será la que contribuya a determinar su sentido. Si no contáramos con referente objetivo alguno, las indispensables claves interpretativas quedarían acriticamente a disposición del poder político, con lo que se frustraría el intento del llamado Estado de derecho de someter a control a los poderes públicos.

1.1. Un pudibundo no positivismo

La presión antimetafísica se mostrará, sin embargo, efectiva. Alexy², erigido hoy en uno de los principales críticos del positivismo jurídico, resaltaré cómo todo concepto del derecho supone “la interpretación y ponderación de tres elementos”: “legalidad conforme al ordenamiento”, “eficacia social”, y “corrección material”. Considera positivista al que prescinde de la tercera, mientras que sería iusnaturalista “aquél que define el Derecho atendiendo únicamente a su corrección material”; bien es verdad que no lo ejemplifica con nombre alguno, ni yo me considero en condiciones de ayudarle: no conozco a ningún filósofo del derecho que asuma tan peculiar planteamiento.

Si “lo legal y lo eficaz constituyen el aspecto real o institucional del Derecho” –que no puede dejar de interesar a nin-

² Robert ALEXY se arriesga a declararse no positivista en: “La institucionalización de la razón”: *Persona y Derecho* 43 (2000) 217-219 y 225, así como polemizando con Raz en “Acuerdos y desacuerdos. Algunas observaciones introductorias”, en: *Derecho y justicia en una sociedad global*, “Anales de la Cátedra Francisco Suárez” (Granada) Congreso Mundial IVR mayo 2005, 692.

gún jurista en sus cabales- y “lo correcto, su dimensión ideal o discursiva”, el derecho natural parece obligado a abandonar la realidad para acomodarse en el cielo de las ideas. Nos dirá, no obstante, algo tan sensato y real como que toda “ley formula necesariamente una pretensión de corrección”. Lo mismo ocurrirá con la sentencia judicial; no en vano “corrección implica fundamentabilidad”. Afirmará incluso que aunque “podemos ciertamente intentar descartar las categorías de verdad, corrección y objetividad”, “para que esto tuviese éxito, nuestra habla y nuestra acción tendrían que ser algo esencialmente distinto de lo que son ahora. El precio no sólo sería alto. En cierto sentido consistiría en nosotros mismos”.

Después de todo esto, su conclusión parece más pudibunda que audaz: “yo he intentado responder al positivismo defendiendo una perspectiva *no positivista*”. La explicación de tan moderado despego consistiría en que “el no positivismo incluye los elementos clásicos del positivismo jurídico, como la tenencia de autoridad y la eficacia social”. El problema es que se sigue sin saber de quién puede estar hablando, lo que suscita notable curiosidad: conocer a un teórico del derecho para el que la autoridad y la eficacia social sean jurídicamente irrelevantes constituiría todo un impagable espectáculo. En resumen, “el no positivismo se basa fundamentalmente en la tesis de que el derecho ha de remitirse necesariamente a lo correcto, lo cual incluye aludir a lo moralmente correcto”; no me sería fácil identificar algún iusnaturalista que piense algo distinto. Pero la academia es la academia e integrarse en tan vapuleadas filas no parece aconsejable, con lo que está cayendo. Es mejor esbozar una caricatura de iusnaturalismo, sin referente conocido, desmarcarse de ella y defender su auténtica doctrina sin molestar en exceso.

1.2. La indeseable separación de ser y deber ser

La *crítica al iusnaturalismo* se ha centrado en un doble punto de vista; la *teoría del conocimiento*, que descartaría la posibilidad de derivar de realidades fácticas propuestas éticas, y la *ontología jurídica*, que exigiría una estricta separación entre derecho y moral.

La primera crítica encuentra su expresión arquetípica en el rechazo a la llamada *falacia naturalista*. Afirmer que porque el hombre es racional o sociable, el derecho *debe* reconocer la libertad de expresión o proteger la familia, equivaldría a derivar indebidamente normas éticas de constataciones fácticas. La cuestión quizá no esté muy bien planteada, porque no parece que afirmar la racionalidad humana pueda exhibirse triunfalmente como constatación fáctica; más bien, es el fundado escepticismo sobre ese supuesto hecho lo que lleva a considerar indispensable la existencia de un ordenamiento jurídico. Ya decía San Pablo que para el justo no existe ley; de justo que es, no le hace falta alguna... Afirmer que el hombre es racional no significa constatar fácticamente nada; supone plantear metafísicamente que, siendo el hombre libre, no podrá realizar su propia esencia si no se atiene a los principios de su razón; de ahí que resulte razonable no impedir que pueda utilizarla. Afirmer que el hombre es sociable no equivale a constatar fácticamente que no existe la violencia doméstica, sino plantear metafísicamente que sólo co-existiendo con los otros podrá desplegar su humana realidad. Si el hombre quiere comportarse humanamente, con arreglo a lo que metafísicamente es, deberá atenerse en su biografía existencial a las exigencias éticas que derivan de su propia realidad esencial. Nada más alejado de ello que identificar sin más biografía con plena realización.

Habrà incluso quien vuelva la oración por pasiva. Cotta³ señala, con aire de trabalenguas, que al derecho natural se lo ha presentado como "el deber-ser del ser del derecho positivo", mientras que éste aparecía como "el ser de un deber-ser". Nada impide "proponer el derecho natural como el deber-ser del derecho positivo, es decir, su criterio normativo"; de lo contrario, "del simple hecho de ser, el derecho positivo inmediatamente sería lo que debería ser" y la falacia naturalista se habría ahora consumado.

Lo *natural* no será, en consecuencia, mera *espontaneidad física*; lo que al hombre se le antoja hacer. Las constata-

³ Sergio COTTA sugiere que el positivismo jurídico se apoya en una falacia naturalista, en "Seis tesis sobre las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo": *Persona y Derecho* 8 (1981) 152 y 153.

ciones fácticas llevan a comprobar su acendrada capacidad para tropezar dos veces en la misma piedra. Espontaneidad o comportamiento instintivo no suelen equivaler a perfección; se trata de algo físicamente detectable, que sólo admite una explicación metafísica, sin perjuicio de que la teología sugiera la del pecado original. Cuando nos remitimos a la *naturaleza* de un ser libre, estamos aludiendo a su programa de realización histórica; éste engloba intransferibles vicisitudes existenciales, pero deberá asumir esenciales exigencias éticas, so pena de condenarse a ser de hecho inhumano. De esas exigencias unas serán jurídicas –por afectar al mínimo ético indispensable para que pueda darse una humana convivencia social- y se integrarán en lo que llamamos derecho natural; otras irán mucho más allá, apuntando a la máxima perfección personal, en un contexto exclusivamente moral.

Cuando Hobbes constata que el estado de naturaleza (físicamente entendida) es necesariamente conflictivo y lleva a la guerra de todos contra todos, se entenderá –suscribiendo un *mínimo de derecho natural*- que la organización de la convivencia *debe* fundarse en una racional ley natural, que no tiene otro alcance que el de servir de fundamento al derecho positivo: *'pacta sunt servanda'*. La norma básica kelseniana no será sino la depurada herencia de tal propuesta.

Con frecuencia se identifica físicamente, por el contrario, lo *natural* con el mero *cómputo estadístico* del comportamiento mayoritario. No pocas apelaciones al *consenso* tienen este trasfondo; el derecho *debe* regular una conducta de un modo determinado, porque es un hecho comprobable que así lo desea la sociedad. No faltará quien entienda así el imperativo de nuestro Código Civil de aplicar las normas con arreglo a la “realidad social”. Estaríamos de lleno dentro de lo que se ha caracterizado como *fuerza normativa de lo fáctico*. De modo más matizado el derecho aparecería, para Roscoe Pound, como una senda que la propia sociedad va abriendo con sus pisadas.

Emparentadas con tal planteamiento, y su implícito rechazo de la metafísica, aparecen las referencias positivistas a *necesidades* o *intereses*. Las primeras han tendido a jugar como alternativa ametafísica a los *derechos*, a la hora de fundamentar el ordenamiento y orientar la legislación. Los segundos cobran protagonismo en la dinámica jurisprudencial del

proceso de positivación, como alternativa a los *conceptos*. El exceso positivista se consume cuando se postula una ciencia de la legislación basada empíricamente en un cálculo de necesidades; vía presente ya en Bentham, actualizada hoy en el marco del *análisis económico del derecho*. Al mismo propósito responde la en su día rompedora *jurisprudencia de intereses*, que pretendía convertir en ponderación sociológica (con el utilitarismo benthamiano en la trastienda) los juegos lógicos de la pandectística.

Estos planteamientos se apoyan en uno de los tres elementos configuradores de lo jurídico: su arraigo social; sin él no habrá a la larga derecho alguno, porque la *desuetudo* convertiría en papel mojado su dimensión institucionalmente formalizada y en buenos deseos sus propuestas ético-materiales. Lo que no parece muy sensato, una vez más, es tomar la parte por el todo, reduciendo lo jurídico a mero uso social. No sólo porque habría que deslindar lo que la sociedad hace de lo que ella misma considera que se debería hacer –la existencia de una notoria evasión fiscal no suele afectar a la indiscutida propuesta de que deben pagarse los impuestos–, sino porque el derecho tiende precisamente a corregir ese desfase; con ello la conducta fáctica pierde toda fuerza normativa, para atribuirle a las convicciones. Se nos dirá aún que esas convicciones serán las fácticamente vigentes; pero tampoco cabrá asumirlo, salvo que se renuncie a la *dimensión utópica* y promocional de lo jurídico.

Muy alejado de todas estas variantes se sitúa el entendimiento de lo *natural* como *proyecto entelequial* de raíz aristotélica: cómo se debe *actuar* para realizar el propio ser y acabar *siendo* más. Nos encontraríamos así ante el único modo racional, y por ende moralmente obligado, de ser. La huella práctica del abandono de lo metafísico se advierte con facilidad en una sociedad donde ha llegado a convertirse en ininteligible cualquier propuesta de *ser más*, para suscribir una civilización del *tener* y del *poder*. La libertad pasa a entenderse como mera posibilidad de apropiación y como puro incremento cuantitativo del ámbito de lo disponible. A nadie puede extrañar que el hombre mismo acabe viéndose en la práctica apropiado, o que se convierta –incluso en la teoría– en plenamente disponible para quien es más fuerte o disfruta de mayor reconocimiento jurídico.

El único modo de salir de este escenario es preguntarse cuál debe ser la conducta del hombre para ser más humano, y en qué medida se convierte en exigencia mínima si no se quiere renunciar a una convivencia social humana. A eso es lo que siempre se ha llamado derecho natural. Se parte de que al hombre su ser le marca un bien como obligado objetivo de su conducta. Su ser es inescindible de ese deber ser, sin el que se desvanecería su auténtica realidad. Sólo parte de ese deber ser tendrá, por su repercusión sobre la convivencia social, carácter jurídico. El problema –como ya vimos, al hablar de derecho y moral– consistirá en cómo establecer esa delimitación; será la captación racional de una natural justicia objetiva la que lo permita.

Una tajante escisión ser-deber pierde pues todo sentido. El derecho es necesario para garantizar un mínimo deber ser, sin el que sería imposible la convivencia social y, como resultado, que cada uno pueda llegar a realizar su concepto de vida buena. Se trata de garantizar que el hombre se comportará en sociedad como debe, si no quiere renunciar a ser humano.

2. *Cognitivismo y contenidos morales aleatorios*

El iusnaturalismo no sólo consiste en asumir la realidad de una *naturaleza humana*, esencialmente inseparable de cualquier proyecto de desarrollo existencial, de la que derivan propuestas normativas tanto morales como jurídicas. Implica a la vez la posibilidad de que pueda ser racionalmente *conocida* y la consiguiente exigencia de que se vea jurídicamente *reconocida*. El derecho se convertiría en una superestructura ajena a lo humano, previsiblemente perturbadora de su natural desarrollo, en la medida en que ignorara tales propuestas o las contradijera. Admitir la existencia del derecho natural es dar por hecho que existen exigencias jurídicas objetivas, racionalmente cognoscibles, que si no se vieran reconocidas y actualizadas en el proceso de positivización del derecho impedirían el logro de una versión jurídicamente satisfactoria. Nos hallaríamos de modo inevitable ante un derecho positivo jurídicamente deficiente.

2.1. *El sentido de los textos normativos*

El intento positivista de aferrarse al derecho escrito, como derecho puesto, y contemplar ese supuesto derecho natural como mera posibilidad alternativa (derecho propuesto), susceptible de generar entusiasmos morales pero jurídicamente irrelevante, se estrella; lo que nos dirá en cada caso qué es derecho será el sentido jurídico de los textos normativos, que éstos no pueden por sí solos establecer. Del presunto manejo meramente *lógico* de proposiciones jurídicas, contenidas en las normas, es necesario pasar a una laboriosa determinación de su sentido, en la que lo *teleológico* cobra un notable protagonismo.

Los positivistas más abiertos llegarán a reconocer que el derecho no funciona sin que entren en juego unos elementos de justicia. Lo que se resistirán a reconocer es que se trate de unos determinados, y no de sus contrarios. Aun que llegaran a admitir –lo que no sería ya muy positivista– que quepa un conocimiento racional de unos y otros, éste no sería suficientemente diáfano como para dar por hecho que uno sea jurídico y el otro no, o que lo sea menos. Entrarían en efecto en juego unos elementos de justicia, pero que se trate de unos u otros sería algo aleatorio y jurídicamente irrelevante; no habría exigencias de justicia de obligada presencia en el derecho positivo, hasta el punto de poder condicionar su validez. De ahí que a tales elementos no se los considere propiamente jurídicos, sino como meros ingredientes morales que han acabado en un plato jurídico, perfectamente concebible sin ellos. Cualquier intento de establecer que unos son preferibles a otros no tendría nada de debate jurídico; constituiría una pura evaluación moral.

Que se parta de una absoluta separación de derecho y moral, para luego admitir que lo decisivo no es la norma jurídica (sin sentido conocido) sino el sentido que a esa norma se acaba atribuyendo, para terminar reconociendo que dicha operación hermenéutica depende decisivamente de la entrada en juego de criterios metajurídicos considerados morales, no deja de ser un agitado periplo. Hagamos una ciencia del derecho tajantemente separada de la moral, que ella nos ilustrará sobre cómo al final todo acaba dependiendo de elementos

morales. Sirva de consuelo que, al tratarse de elementos morales aleatorios, sustraídos a cualquier intento de reconocimiento objetivo o interpretación magisterial, al final quien manda, manda. Preguntarse quién en realidad acaba mandando, sería ya preguntar demasiado.

Lo grave es que la cuestión no queda ahí. El positivismo presumía de ocuparse del derecho realmente existente y no de poesías o prédicas parajurídicas. Pues bien; el derecho realmente existente en todos los Estados constitucionales, que se ofrecen hoy desde la civilización occidental como modelo universal, gira en torno a un neto cognotivismo ético: existen unos derechos humanos, tan racionalmente cognoscibles como para poder considerar irracional, y tratar en consecuencia, a cualquier ordenamiento jurídico que no los reconozca y garantice. Tienen un contenido tan objetivo (o incluso 'esencial') como para que quepa dejarlos permanentemente fuera del debate democrático, a cubierto de cualquier cálculo de coyunturales mayorías. Si a ello añadimos que las leyes deben interpretarse del modo más favorable a ellos, subrayando así su obvia objetividad, no habrá aleatoriedad alguna. Empeñarse, por otra parte, en identificarlos como meros elementos morales y negarles juridicidad sólo llevaría a la grandiosa broma de que los derechos humanos no serían en realidad jurídicos; lo serían sólo cuando los acojan unas leyes, que a la vez son constitucionales en la medida en que –aun no siendo jurídicos– los respetan. O sea, todo un monumento a la racional descripción de las cosas como son...

2.2. *Hacia un iusnaturalismo inclusivo*

Ha acabado identificándose como *positivismo inclusivo*, al de aquellos autores que audazmente llegan a conceder que el derecho no funcionaría gracias sólo a elementos formalmente jurídicos, sino que exigiría el acompañamiento de otros materiales, identificados como morales. Esto supone una no escasa revisión de su decimonónico y retador punto de partida: *sólo es derecho el derecho positivo*.

Personalmente, no veo mayor problema en secundar tan audaz actitud y contribuir a dar paso a lo que podría caracterizarse como *iusnaturalismo inclusivo*. El paso del Rubi-

cón consistiría ahora en reconocer que, en efecto, sólo es derecho el derecho positivo. Total, dado lo que hoy queda en pie de tan arrogante afirmación, tampoco parece una heroicidad. Quedará en pie, como escollo residual, el famoso asunto de la ley injusta, del que nos ocuparemos más abajo. Salvo esto, no veo mayor problema, a la espera –eso sí– de que alguien se avenga amablemente a aclararme en qué consiste esa *positividad* tan decisiva y, sobre todo, cómo y cuándo surge.

Uno está a estas alturas bastante curado de espantos. Baste un ejemplo. Se nos encarece que los jueces deben estar “sometidos únicamente al imperio de la ley” (artículo 117.1 in fine); un mismo juez falla de modo distinto dos casos idénticos sin molestarse en explicar por qué; cuando se pretende recordar la dimensión constitucional de la *igualdad en la aplicación de la ley*⁴, no hará falta salir del Tribunal Constitucional para que alguien (incluso en nombre de la mayoría) pida tranquilidad y afirme que ello es mera pacífica consecuencia de la “independencia” del juez. Ésta, por lo visto, no le obligaría a tratar igual a dos ciudadanos –independientemente de quiénes sean, cómo piensen o cuánto tengan– sino que le habilitaría para hacer decir a la ley lo que le parezca, con loable independencia de lo que ya se le haya hecho decir. Si esto es la famosa positividad, tendríamos circulando entre nosotros al rey Midas en todo su esplendor.

Quizá haya llegado el momento de poner fin al divorcio entre lo que el derecho realmente es y la visión que de él nos viene proporcionando un positivismo jurídico ‘ideológico’, que disfraza –legitimadora e interesadamente– la realidad, ocultando los auténticos avatares del laborioso proceso de positivación que contribuye a perfilarlo. El iusnaturalismo acabó resultando débil tras mucho clamar contra un positivismo jurídico al que presentaba como éticamente indeseable, culpable de complicidad en crímenes interesadamente entronizados en el museo. Resulta preferible hacerse lo suficientemente positivista como para preguntarse si ese positivismo jurídico es científicamente posible; si describe en realidad el derecho como es, o

⁴ De *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial* ya me ocupé por partida doble: (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales [Cuadernos y debates nº 163], 2005) (2ª edición aumentada y actualizada).

nos coloca unas antiparras que nos obliga a verlo de un modo bastante peregrino. La más positiva aportación del iusnaturalismo será tomarse a broma esa positividad ‘instantánea’, que permite reducir el derecho a su dimensión institucionalmente formalizada, a condición de que volvamos la espalda a realidades obvias. Como que en realidad lo que hay es un nada simple ‘proceso’ de positivación; que en él juegan elementos jurídicos no estrictamente textualizables y que dentro de él cumple un papel decisivo la actitud práctica de los propios ciudadanos, con lógica relevancia especial de los más cercanos a su funcionamiento.

Al derecho natural no tiene ya sentido presentarlo como alternativa (derrotada por definición, salvo que actúe de palmero) al positivo, sino que resulta más positivo (no sólo para él, también para el buen sentido) detectarlo como estimulador y acompañante inevitable de su mismo proceso de positivación. No se trata de ningún invento novedoso sino de una vieja *doctrina aristotélica*⁵ rescatada en su momento: “el juicio no es otra cosa que cierta definición de lo que es justo; mas una cosa es justa de dos modos; bien por su misma naturaleza, y en este caso se llama derecho natural, o bien por cierta convención entre los hombres, y entonces es derecho positivo”; “la ley escrita contiene el derecho natural, mas no lo instituye, pues éste no toma fuerza de la ley sino de la naturaleza”.

2.3. Una autorizada ‘opinio iustitiae’

Entre las más conocidas dificultades de cualquier intento de definición figura la tenaz querencia de lo definido a entrometerse en el proceso de su elaboración. Típico ejemplo de ello es el esfuerzo por establecer la frontera entre usos sociales y costumbres jurídicas, apelando a la presencia en éstas de una ‘*opinio iuris*’. El fenómeno parece explicable. No es lo mismo realizar una conducta porque es la costumbre, que convertir en acostumbrada una conducta porque se la considera jurídicamente obligada. Partiendo de esta constatación,

⁵ TOMÁS DE AQUINO rescata la *doctrina aristotélica*, entre otros pasajes, en *Summa Theologiae*, II-II, q. 60, a. 5; cito por la edición de (Madrid, BAC, 1956) VIII, 328.

pienso que cabría acercarse a lo que el derecho realmente es si lo consideramos como una autorizada '*opinio iustitiae*', ya que en tal expresión se ven reunidos los tres ingredientes que constituyen y animan el proceso de positivación de lo jurídico.

Como venimos repitiendo lo que hace que una conducta, una regulación o una facultad pueda considerarse jurídica es su vinculación a la *justicia*: al intento de lograr un ajustamiento de las relaciones sociales que posibilite una convivencia social realmente humana. Toda conducta que no tenga relación alguna con ello, podrá considerarse moralmente valiosa, políticamente encomiable o económicamente rentable, pero nunca podrá ser considerada propiamente jurídica. Igualmente sólo una norma que persiga tal objetivo puede considerarse jurídica, sin perjuicio de que esté más cerca o más lejos de conseguirlo. Las exposiciones de motivos de las leyes y los fundamentos de las resoluciones judiciales son buena prueba de ello; rara vez se limitarán a invocar los formalismos competenciales que habilitan al autor para formular la norma; entran jurídicamente en materia, remitiéndose a los valores o principios jurídicos que corresponda. Así mismo sólo tenemos derecho a hacer algo cuando disponemos de un título justo que nos permite movilizar en nuestro favor al ordenamiento jurídico. Todo ello exige una prudente delimitación de esas exigencias. El derecho como saber prudencial remite a unos valores y principios ético-materiales de relevancia específicamente jurídica, que es lo que clásicamente se ha identificado como derecho natural.

El problema radicarán en que cada cual puede ver exigencias de justicia o títulos justos donde los demás ven sólo afán de poder u oportunismo desaprensivo. La justicia privada es incapaz de dar paso a una convivencia social digna del hombre, sino que más bien alimentaría una conflictiva anarquía. Por más que hayamos de acercarnos a la justicia partiendo de nuestra opinión al respecto, el intento de ajustamiento sólo resultará viable cuando podamos remitirnos a unas instancias capaces de servir de referencia a los conceptos de justicia que cada uno maneja, y a las expectativas de conducta ajena que de él puedan derivar. Este es el sentido primario del derecho como *autoridad*, que tiene más que ver con el prestigio socialmente reconocido que con el poder instrumentalmente ejerci-

do. De ahí que el derecho se prestigiara gracias a su comparación con la medicina; como ejemplo de un práctico y sensato saber hacer y no como expresión de una voluntad capaz de imponerse. No puede curar el que quiere sino el que sabe; ni puede hacer justicia el que dispone de suficiente poder para imponer su opinión sino el que es capaz de suscitar para ella general reconocimiento.

Sin duda el nacimiento del Estado moderno –con el que, ciertamente, no arranca la historia de la humanidad– despersonaliza notablemente el dictamen y la impartición de justicia, a la vez que burocratiza la organización de la sociedad. Cobran así protagonismo mecanismos de homologación formal que flexibilizan y hacen más versátil la normatividad social. Todo ello no deja de resultar positivo, aunque puede producir una imagen distorsionada, si se olvida que tales mecanismos difícilmente pueden generar autoridad alguna si no cuentan con el apoyo de elementos legitimadores. Así, por ejemplo, las normas legales favorecerán la previsión de los dictámenes judiciales, servirán de punto de referencia para recurrir a ulteriores instancias y permitirán una fructífera correspondencia entre las expectativas de los ciudadanos llamados a entablar relación con uno u otro objetivo. Además, el principio de legalidad apela implícitamente a la legitimidad general de quien ejerce la función legislativa, evitando que se ‘politice’ de forma particularista el proceso de decisión. El derecho no es una ‘*opinio iustitiae*’ cualquiera sino aquella que goza de autoridad; no sólo por su autopresentación formal, sino también porque no traiciona los valores materiales que alimentan la presunción de legitimidad que la acompaña.

En tercer lugar, el titular de la ‘*opinio iustitiae*’ no será un individuo aislado, por muy ventajosa que sea su situación a la hora de manejar los resortes del poder. La *sociedad* se erige en *depositaria* decisiva de esa ‘*opinio*’; y no como consecuencia de una propuesta normativa –democrática, por ejemplo– sino como expresión ontológica de la ineludible realidad jurídica. Si la sociedad no hace propio el derecho, los mecanismos institucionales acabarán sufriendo una sobrecarga, al verse obligados a generar artificialmente esa autoridad que tiene en la propia sociedad su fuente decisiva. Igualmente, cuando no demuestre la necesaria vitalidad en la defensa de

las exigencias de justicia, la sociedad se hará cómplice de los posibles desafueros que hayan podido encontrar cobijo en los alvéolos formales del sistema. No tendremos *'opinión'* alguna sino mera imposición del capricho del poderoso; el derecho dejará de generar ajustamiento social para convertirse en opresivo instrumento de ajuste de cuentas. Difícilmente podrán, por ejemplo, verse garantizados los derechos humanos en una sociedad que no muestre la precisa sensibilidad, no ya para impedir que se vean atropellados, sino para impulsar creativamente su dimensión utópica.

El derecho será pues tanto mejor derecho cuanto más plenamente realice una exigencia de justicia, de las que el llamado derecho natural se hace intérprete desde dentro del proceso de positivización, alimentando las propuestas de *'corrección'* que animan sus etapas sucesivas; cuanto mejor diseñados y aplicados estén sus mecanismos institucionales y formales; cuanto mayor arraigo social merezcan sus soluciones a los problemas de la convivencia social. Cualquier falla en uno de estos tres aspectos dará paso a deficiencias jurídicas, que lastrarán el sistema y podrán incluso ponerlo en grave riesgo.

3. La discutida juridicidad de la ley injusta

El planteamiento de esta cuestión parece retrotraernos a arcaísmos superados. La denuncia de una ley como injusta planteaba para el positivismo una cuestión metajurídica: si una determinada disposición jurídica merecía o no una valoración moral positiva o negativa. Estaríamos en todo caso debatiendo sobre un ideal, ajeno a la poco discutible realidad del contenido efectivo de la norma jurídica. Ésta no iba a dejar de ser derecho, fuera cual fuera la evaluación moral que mereciera. Todo esto estaría ya tiempo ha fuera de discusión, por lo que volver a desempolvarlo no vendría a cuento.

Ciertamente, los juicios de Nüremberg parecen interrumpir esta especie de prescripción extintiva de tan clásico debate. No en vano coincidieron con un renacer de las propuestas iusnaturalistas, a la vista de la consumada perversión del ordenamiento jurídico durante el régimen nazi. Pero de eso

hace ya varios decenios; por otra parte, la distancia parece invitar a contemplarlos como una especie de liturgia jurídica, un tanto cínica, destinada a escenificar un merecido ajuste de cuentas político y a servir de aviso de navegantes en una sociedad por entonces situada bajo sospecha; por aquello de que los regímenes políticos no suelen levitar en el aire. De ser cierta esta hipótesis, parecería a más de uno más que suficiente para dar por cerrado el epígrafe.

3.1. *Disparos en el muro*

Los hechos, sin embargo, acaban siendo tozudos; sin necesidad siquiera de salir de Alemania. No hay que remontarse tanto; del 24 de octubre de 1996 hace apenas diez años y, por lo que se ve, aún hay quien sigue pensando, como Radbruch cinco decenios antes, que la ley injusta –al menos, cuando lo es en grado extremo– no es en realidad derecho ni debe aplicarse como tal. En dicha fecha el Tribunal Constitucional alemán se ocupó de los *homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*⁶ veinticuatro años atrás: en febrero de 1972.

Lo primero que se plantea –según nos relata como cronista de excepción Robert Alexy– es “si debería aplicarse entonces el derecho de la RDA, o bien el derecho federal actual”; dando por hecho que en este segundo caso se suscitara “la cuestión de la retroactividad”.

El Landgericht de Berlín entendió en 1992 que el derecho de la RDA prohibía ya entonces tal homicidio, por lo que no habría derecho injusto alguno que revisar. El Tribunal Supremo Federal discrepa, lo cual “debe aplaudirse con énfasis. Quien interprete hoy el derecho entonces vigente en la RDA a la luz de los principios del Estado de Derecho, incurre, por vía de una maniobra interpretativa a posteriori en una retroactividad encubierta, que es todavía más grave que la abierta”. Nuestro cronista va más lejos: lo que hace posible

⁶ Robert ALEXY analiza *La decisión del tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín*, en *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)* (Buenos Aires, La Ley, 2004); las abundantes citas se encuentran entre las pp. 199 y 218.

esa “errónea interpretación es una imagen equivocada de lo que sea el derecho positivo”. Éste no es “sólo el correspondiente tenor literal de las normas, sino también, y esencialmente, la correspondiente práctica interpretativa”; ésta es la que lleva al Tribunal Supremo Federal a afirmar “que el hecho sí estaba justificado según el entonces vigente derecho de la RDA”. Y es que “lo que sea el derecho positivo depende no sólo de lo que ha sido debidamente positivizado, sino también de lo que es eficaz socialmente, teniendo en cuenta además que lo socialmente eficaz puede a su vez influir en los criterios de la positividad válida y formalmente establecida”.

Lo interesante es que el Supremo habría recurrido a la “fórmula de Radbruch”, “que postula una conexión necesaria entre derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos”. “El derecho positivo sólo pierde su validez cuando (...) la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza una medida de tal modo insoportable, que la ley, en tanto que ‘derecho injusto’ (*unrichtiges Recht*), ha de ceder ante la justicia”.

El propio Tribunal Supremo constata en efecto que se ha producido una “agresión abierta e insoportable contra mandatos elementales de la justicia y contra los derechos humanos”, afirmando que en casos semejantes “el derecho positivo ha de ceder ante la justicia”. Como consecuencia, habría que plantearse si con ello se vulnera la prohibición de retroactividad, y por tanto un derecho humano fundamental. El Supremo lo descarta, ya que “la muerte de un fugitivo desarmado, por fuego continuo, en las circunstancias dadas, fue un actuar de tal modo horrible y privado de cualquier justificación racional, que la violación de la elemental prohibición de matar fue sin más, incluso para un hombre adocinado, comprensible y, en consecuencia, evidente”.

Alexy nos recuerda que “el art. 103.2 de la Ley Fundamental [en adelante LF] es el prototipo de una regla de validez estricta”; en ellas, “a diferencia de lo que es normal y necesariamente sucede con otros derechos fundamentales, no tiene lugar ponderación alguna. La mera subsunción basta para establecer definitivamente el resultado”.

Entra luego en juego el Tribunal Constitucional Federal, para el que la no retroactividad debe en efecto considerar-

se “absoluta”, en un “supuesto común” o “normal”, en el que impera la democracia y la división de poderes y rigen los derechos humanos. Considera, sin embargo, que en este caso nos encontramos en una “situación completamente especial”, al tratarse de un Estado que “no respeta ni la democracia ni la división de poderes ni los derechos fundamentales”, con lo que desaparece el “fundamento especial de confianza” que justificaba la validez estricta de la prohibición de retroactividad.

Nuestro relator apunta que “pareciera que pueden obtenerse ambas cosas: la punición del derecho extremadamente injusto y la integridad del art. 103.2 LF. Y esto desprende un aliento de falta de sinceridad”. El Constitucional “permite que el art. 103.2 LF rija como regla general”, pero “añade a esa regla una cláusula de excepción claramente definida: la de la causa de justificación especial de un Estado injusto que ampara derecho extremadamente injusto”; con ello sustituye “una validez absoluta o estricta incondicional, valedera en cualquier circunstancia” por otra “de tipo condicionado”, dudosamente congruente. Pretende así evitar que el imperativo de no retroactividad se vea absorbido por el “remolino de las omnipresentes ponderaciones del derecho constitucional”.

Para el Supremo “las causas de justificación del derecho positivo de la RDA no fueron derecho, ya desde un principio, porque y en la medida en que constituían derecho extremadamente injusto”; el Constitucional considera que esta jurisprudencia “es compatible con la Ley Fundamental”, pero “su actitud frente a la fórmula de Radbruch no queda del todo clara”. Ciertamente no duda en afirmar que “en el caso de una contradicción insoportable entre el derecho positivo y la justicia, el principio de seguridad jurídica puede ser estimado como menos valioso que el de justicia material”.

A Alexy le “resulta sumamente desconcertante” que se afirme simplemente que ‘puede’ ser peor valorado, ya que según “la Fórmula de Radbruch, una ley ‘tiene que’ ceder ante la justicia”. Mientras que el Constitucional estima que ‘para la fundamentación de la punibilidad no es preciso aquí el recurso a principios jurídicos suprapositivos’, la legendaria fórmula “presupone el derecho suprapositivo”.

Surge así una polémica, en la que también *Kaufmann*⁷ meterá baza. A su juicio, amén de no coincidir con las intenciones de Radbruch, no existe aquí ningún derecho “suprapositivo”; lo que éste habría invocado sería un derecho “supralegal”, que, “como todo derecho, sólo puede ser derecho positivo”; sus fuentes “más significativas en la práctica” serían unos “derechos humanos”, que gozarían de validez positiva “por razón de criterios similares a los del derecho consuetudinario”, sin necesidad de anclaje legal específico. Alexy replicará con acierto que sin “vigencia social, no surge el derecho consuetudinario”; pero “el derecho a salir del país” y el “derecho a no recibir la muerte” por intentarlo carecían de “vigencia social semejante en la RDA”. Lo que contravenían “las normas del derecho de la RDA, que en su interpretación mediante la práctica estatal justificaban los disparos mortales, no era por tanto, en la RDA, derecho positivo”; vulneraban, “si es que vulneraban algo, un derecho suprapositivo”.

No deja de resultar de interés la opinión de quien, siendo hoy magistrado constitucional, considera a la vez por ser discípulo de Kaufmann, a Radbruch como su “abuelo académico”. *Hassemer*⁸ considera que, al admitir un ‘*gesetzliches Unrecht*’ y un ‘*übergesetzliches Recht*’, “rompe las estrictas fronteras del positivismo”; pero Radbruch no deja por ello de valorar la seguridad, “como el positivista jurídico que en el fondo de su corazón siempre fue”. “Cuestiona el seguimiento de la ley cuando, por no apuntar a la justicia, es ‘antijurídica sin más’”; cabría pues estimar que “admite un derecho natural”, pero “caracterizándolo sólo de modo ‘negativo’”, ya que “nunca ha sugerido para un caso concreto cuál pudiera ser la constitución ‘iusnaturalísticamente correcta’”.

El Constitucional alemán entiende que, “en lugar de apelar a principios jurídicos suprapositivos”, se podría “recurrir a la valoración que la propia RDA había tomado como base

⁷ Arthur KAUFMANN se esfuerza por explicar una versión no iusnaturalista de la fórmula de Radbruch en “Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das in Namen der DDR begangene Unrecht”: *Neue Juristische Wochenschrift* 2 (1995) 85 y 86.

⁸ Winfried HASSEMER brinda pistas sobre Radbruch en: “Control de constitucionalidad y proceso político”: *Persona y Derecho* 45 (2001) 120 y 121.

de sus disposiciones penales”; si consideramos nula la causa de justificación del homicidio, las disposiciones penales de la RDA podrían ser aplicadas sin más.

Alexy apunta que esto “encierra el peligro de dar equivocadamente a entender que la punibilidad de los centinelas del muro ya estaba, en suma, prevista por el derecho de la RDA”; lo cual, obviamente, no era el caso. A su juicio, el Constitucional “está presuponiendo la Fórmula”, ya que “tanto en la fundamentación como en la aplicación de sus criterios”, alude a un “derecho estatal extremadamente injusto”.

El Constitucional considera que el intento de “fundamentar la evidencia de la violación jurídico-penal para los soldados sólo mediante la existencia ¿objetiva? de una violación grave de los derechos humanos” resultaría incompatible con el principio de culpabilidad. Éste exige dejar claro que “el soldado individual, a la vista de su educación y su adoctrinamiento, así como de otras circunstancias, estaba en disposición de reconocer indubitadamente la violación jurídico-penal”; pero esto supondría reconocer como evidente para cualquiera el carácter objetivamente extremo del derecho injusto, que es lo que el mismo Tribunal no llega a asumir.

Alexy estima que sobran “argumentos para sostener que no estaba al alcance de un gran número de jóvenes guardias fronterizos la determinación del punto a partir del cual podía considerarse ‘más allá de toda duda’ que los disparos junto al muro, aun (...) amparados por el derecho positivo vigente entonces, no sólo eran derecho injusto, sino además derecho extremadamente injusto, lo que por ende constituía el presupuesto de su antijuridicidad”. En conclusión, considera que “la decisión del Tribunal Constitucional Federal es correcta en cuanto al resultado”, pero “un resultado correcto no basta allí donde lo que importa es la fundamentación”. Acabará acusándolo implícitamente de pudibundo: “aunque la indeterminación y la falta de claridad pueden favorecer ocasionalmente el consenso, lo cierto es que no hacen justicia a la gravedad de un verdadero debate público sobre lo correcto” jurídicamente, que sería condición de una “estabilidad política duradera”.

En efecto, la actitud del Tribunal Constitucional Federal alemán se instala sólidamente en el doble lenguaje hoy dominante sobre los derechos humanos. No quiere dejar de

rechazar, jurídicamente, una flagrante vulneración del derecho a la vida, políticamente incorrecta; pero se niega a admitir la existencia, académicamente incorrecta, de una realidad jurídica superior a la norma puesta por el Estado. Para ello cuestiona el principio de obediencia debida, culpando al centinela por no haber considerada nula la justificación que a determinados homicidios se otorgaba, si no en un nítido texto legal sí en la praxis jurídico-positiva vigente.

3.2. *Legitimación retroactiva de la obediencia civil*

Este elocuente caso práctico nos obliga a sacar al escenario los tres ingredientes configuradores de lo jurídico y su relación con las exigencias morales.

Que los 'osis' fugitivos tenían derecho a no pagar con la vida su deseo de vivir en libertad me parece fuera de toda duda. Los derechos humanos son jurídicos, diga lo que digan los ordenamientos jurídicos positivizados. Si se opina lo contrario, el rechazo de la obediencia debida no se apoya realmente en elemento jurídico alguno; constituiría más bien una apelación a las personales convicciones morales del centinela, instándolo si preciso fuera a ejercer la *desobediencia civil* (la objeción de conciencia en tal contexto no parece concebible...) y a convertirse él en víctima de la situación. Nos hallaríamos a la vez ante una curiosa legitimación retroactiva de la *obediencia civil* de todos aquellos ciudadanos a los que sus convicciones morales no movieron a oponerse a normas positivas tan injustas. El centinela se convierte en chivo expiatorio de la sociedad a la que sirvió haciendo el trabajo sucio; su tardío castigo jurídico borra una previa falta de heroísmo moral colectivo.

Lo dicho no significa que, siendo los derechos humanos jurídicos, puedan privar por sí solos de validez a las normas positivas que los vulneran. El aspecto formal e institucional es imprescindible en lo jurídico, por lo que la eficacia jurídica exigirá siempre un grado de positivización. De ahí el claro progreso de la protección de los derechos humanos cuando surgen tipos penales plasmados en tratados internacionales y una Corte Penal Internacional competente para enjuiciarlos. Sólo en este contexto, o en su reflejo en el ordenamiento interno, cobra validez jurídica el rechazo de la obediencia debida.

Aunque no sea esto lo que convierta a los derechos humanos en jurídicos, sí es lo que los hace jurídicamente eficaces.

Dar por bueno –como la famosa fórmula– que la injusticia extrema anula la validez jurídica, sin establecer quién y como la enjuiciará, obliga al centinela de turno a convertirse en juez y parte. Remitirse a un derecho consuetudinario de impreciso asiento es un intento forzado de apelar al tercer ingrediente de lo jurídico, el arraigo social; como si éste pudiera por sí solo sustituir a la dimensión institucional. Ello, que se muestra inviable en teoría, resulta en este caso poco sostenible en la práctica, salvo que se considere al silencio como una peculiar versión del arraigo social.

En la medida en que su positivización en el ámbito estatal o internacional– no posibilite la eficacia jurídica de los derechos humanos, éstos se verán convertidos en realidades jurídicas estériles dentro de ordenamientos jurídicamente (y no sólo moralmente) deficientes. De ahí la importancia jurídica (y no meramente política) de dicha positivización. Intentar sustituirla por la apelación a instancias no institucionalizadas como la apreciación de la injusticia extrema sin sujeto conocido, o el respaldo consuetudinario sin sociedad de referencias es un intento de tranquilizar la conciencia que, paradójicamente, puede llevarla a dimitir de su decisiva función.

La condena retroactiva de los servidores de un régimen inicuo puede confirmar la tranquilizadora convicción de que al final (demasiado al final, casi siempre...) el criminal nunca gana; buen motivo quizá para no preguntarse qué cabe hacer hoy. Afirmar que la ley injusta no es derecho suena a desafío jurídico cuando puede encubrir una dimisión moral; por supuesto que es derecho, un pésimo derecho al que –las más de las veces– sólo podrá poner freno la resistencia moral de los ciudadanos. El derecho es tan relevante para la convivencia humana que sus deficiencias jurídicas pueden, si son particularmente graves, generar una obligación moral de resistencia. Los ciudadanos no deben esperar a que sea el tribunal de la historia el que acabe juzgando; ni siquiera por esa sumaria vía procesal que la caída de los regímenes despóticos suele estimular.

UNA LEY DE LIBERTAD
PARA LA VIDA DEL MUNDO

Actas del Congreso Internacional
sobre la ley natural.

Madrid, 22-24 de noviembre de 2006

JUAN JOSÉ PÉREZ-SOBA DIEZ DEL CORRAL
JUAN DE DIOS LARRÚ RAMOS
JAIME BALLESTEROS MOLERO (eds.)

M COLLECTANEA MATRITENSIA 4

© 2007

PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE TEOLOGÍA “SAN DÁMASO”
JERTE, 10
E - 28005 MADRID
ISBN: 978-84-96318-41-0
DEPÓSITO LEGAL: S. 1.095-2007

En cubierta: La entrega de la Ley, Beato de San Miguel de Escalada, s. X.