

## La eterna rutina del positivismo jurídico

ANDRÉS OLLERO TASSARA

Universidad de Granada

“El positivismo es un fenómeno cuantitativamente mayoritario en el siglo XIX. Pero, cualitativamente mirado, es un fenómeno universal, que acompaña siempre el caminar del espíritu humano a modo de eterna tentación”.

(F. PUY *Tratado de Filosofía del Derecho* Madrid 1972, pág. 499).

Si se ha hablado del “eterno retorno” del derecho natural, no menos “eterno” acaba resultando un positivismo jurídico, que se alimenta con frecuencia de su rechazo crítico. Tentadora o meramente rutinaria, como expresión de la “pre-teoría” del derecho vivida inconscientemente por tanto jurista práctico, esta prolongada permanencia merece el análisis a que empuja la cita apuntada. Al llevarlo a cabo contribuyó la invitación a tratar de “La crisis del positivismo jurídico” en el marco del Coloquio internacional sobre “Derecho natural y derechos del hombre en los albores del siglo XXI”, convocado por la Unión Internacional de Juristas Católicos en Roma, en enero de 1991. En sus Actas podrá encontrarse una versión más amplia de estas reflexiones.

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

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

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

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

No es posible articular tan variados ingredientes en torno a un eje preciso, sin desdibujar los perfiles de muchas de sus variantes. Pero, sin perjuicio de tales peculiaridades, en el “positivismo jurídico” se detectan una serie de elementos relacionados por una mutua sintonía lógica, histórica y cultural, relevantes para resaltar las paradojas de una teoría de problemática viabilidad, mantenida —de modo frecuentemente rutinario e irreflexivo— gracias a su contexto cultural y ético-político.

Seleccionaremos ocho de ellos: 1. separación entre derecho y moral, 2. sustitución de la justicia por la seguridad, 3. elaboración de una ciencia positiva del derecho, 4. recuperación de la historicidad de lo jurídico, 5. separación entre creación política y aplicación técnica del derecho, 6. plenitud del ordenamiento jurídico, 7. Sustitución de la razón práctica por una voluntad legítima y 8. garantía de la soberanía política frente a poderes sociales fácticos.

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

## 1. LAS PARADOJAS DE UN DERECHO SIN MORAL

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

1.a) Una teoría positivista del conocimiento rechaza *el déficit de racionalidad* que llevaría consigo la admisión de un condicionamiento “moral” del derecho, como consecuencia de la etérea definición de tales propuestas. La identificación del derecho positivo con el derecho escrito refleja este afán de considerarlo nítidamente puesto, de un modo acabado. El intento entra en crisis cuando se constata que sólo desde determinadas perspectivas sobre lo que debe y no debe ser llega a leerse lo que el derecho es. La norma no tiene un sentido cerrado, netamente objetivado en su texto. Este sólo resulta inteligible desde fuera o por debajo de su letra.

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

1.b) Aunque sólo reconozcamos como jurídicas las normas positivas, hay que admitir que *en el texto normativo no está aún puesto el derecho*. Se halla, paradójicamente, propuesto al lector para que lo interprete en un contexto valorativo. Más abajo habrá que plantear si no se trata, en sentido estricto, de valoraciones propiamente “jurídicas”. Kelsen, optando por negar a la norma un contenido preciso, considera que el derecho es objeto de una *posición en cadena*, desprovista de todo sentido unitario. Si en la reciente teoría de la ciencia se anima a abandonar la búsqueda de una “racionalidad instantánea”, Kelsen había abandonado de antemano la “positividad instantánea” exigida por ella.

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

Habría que trasladar al juego ser-deber ser, inseparable de toda dinámica jurídica real, los esquemas de legitimación política de la creación del derecho, en vez de situarlos sólo en uno de sus polos. El *modelo de legitimación política* de la creación del derecho se condena a la paradoja, al convertir en condición de su funcionamiento la *desfiguración del proceso real de positivación* de lo jurídico.

## 2. LA PARADÓJICA SEGURIDAD DE LO INCIERTO

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

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

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

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

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

### 3. SER Y DEBER. UNA INVENCIBLE AFINIDAD

3.a) La proyección de la teoría positivista de la ciencia al ámbito del derecho nos llevará, una vez más, a la paradoja. Si tal teoría del conocimiento acaba construyendo una peculiar realidad para su particular uso y consumo, lo sorprendente será que en el ámbito jurídico —como nueva consecuencia del forzado abismo *ser/deber*— acaba construyendo dos...

Kelsen —sin duda, el más ambicioso y coherente teorizador de una *ciencia* positiva del derecho— opta por situar la realidad jurídica en el mundo *del deber*. La crítica de los “realistas” escandinavos a tal empeño no deja de resultar paradójica. Para ellos, la teoría kelseniana es pura metafísica, al volver la espalda al empirismo exigible a toda ciencia positiva. Su falso positivismo resultaría tan perturbador que acaba inutilizando tan prestigiado término.

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

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

3.b) Los dos conceptos de derecho positivo, enfrentados dentro del ámbito positivista, remiten a dos planteamientos opuestos sobre cuándo y *cómo se expone el derecho*.

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

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

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

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

#### 4. DERECHO POSITIVO Y LEGALIDAD HISTORICA

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

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

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

Si derecho y realidad social se identifican surge un paradójico dilema. O el derecho —como aquélla— es mera facticidad, cambiando con ello su función nor-

mativa por otra meramente reproductiva; o el derecho encuentra en la realidad social la fuente de la clave normativa que le da sentido. Si tal clave es aleatoria, no habría gran diferencia entre el derecho y el juego de la ruleta; si la realidad social porta en sí misma claves objetivas, su descripción se erige en norma encubierta y la sociología degenera en sociologismo.

El *sociologismo* se convierte en iusnaturalismo inconfesado, si en cada momento histórico la realidad social dicta una respuesta obligadamente adecuada. El positivismo, que se presentaba como expresión de *relativismo moral*, acaba implantando paradójicamente un *iusnaturalismo críptico*.

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

Se consuma una nueva paradoja. La presunta fidelidad del positivismo a los mecanismos de legitimación política (obviamente democrática) se ve desplazada por la *querencia “progresista”* que le acompaña, encontrando formulación arquetípica en su versión comtiana. La apelación a la realidad histórica se convierte así en la más eficaz estrategia para un *despotismo ilustrado*. No sólo hemos pasado del relativismo moral a la propuesta de obligado incumplimiento. Por ende, hemos aparcado las formas de legitimación democrática, atribuyendo a un minoritario grupo (los dioses son tacaños al otorgar saberes) el derecho a discernir, entre los hechos, gérmenes del futuro y cadáveres del pasado).

## 5. LABOR JUDICIAL. MÉTODO TÉCNICO O DISCRECIONALIDAD POLÍTICA

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

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

Los principales postuladores de un saber jurídico científico se muestran especialmente atentos a la capacidad de su ciencia jurídica para solventar los proble-

mas planteados por el manejo práctico del derecho. Aspiran a lograr *mecanismos técnicos* que permitan resolver cualquier incidencia práctica, *sin replantear el momento creativo* del derecho, presuntamente consumado en el momento de su creación positivadora.

5.b) La inviabilidad práctica del modelo es tal que, en efecto, no es fácil hoy encontrar positivista alguno capaz de defenderlo. *Kelsen*, por ejemplo, ampliamente ilustrado por las peculiaridades del judicialismo norteamericano, llegará a un *abandono* absoluto del modelo. Reconoce el carácter creativo de la supuesta “aplicación” de la norma, hasta llegar a diseñarla como “creación” de una norma nueva, si bien particular. Dado su no cognotivismo ético, cada acto de voluntad acaba diciendo — a golpe de eficacia— cuál era realmente el ámbito legitimador que le brindaba el previo, con lo que el presunto proceso de clarificación del “contenido” de la norma se invierte en la práctica, cobrando carácter retroactivo: paradójicamente, lo que *dice* realmente una norma lo *decide* al final su presunto “aplicador”.

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

El positivismo entendía que el debate sobre la justicia quedaba cerrado al positivarse la norma. Su aplicación práctica había de garantizar seguridad, excluyendo toda *discrecionalidad*. Los cognotivistas intentan diseñar métodos interpretativos científicos, mientras los voluntaristas se esfuerzan por mitigar el alcance de una discrecionalidad inevitable.

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

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

## 6. NORMATIVISMO POSITIVISTA Y PRINCIPIOS JURÍDICOS

El diseño del *ordenamiento* jurídico como *sistema coherente y pleno* aspira a convertir en superflua toda ilegítima tentación de recurrir a elementos metajurídicos. Nuestras tres perspectivas se unen de nuevo: (c) el rechazo de todo intento de revancha clandestina, por parte de *opciones políticas* descartadas por el *legislador*, (b) exige mantenerse en el ámbito de un derecho puesto, (a) cuya peculiar expansiva necesitará *modelos* ad hoc diseñados por la *ciencia jurídica positivista*.

6.a) El instrumento decisivo elaborado por la ciencia positivista del derecho, para facilitar una indefinida *capacidad expansiva del ordenamiento jurídico*, serán los *principios generales del derecho*. Estos satisfacen dos radicales exigencias positivistas. Por una parte, rumian *contenidos jurídicos ya puestos*, evitando en apariencia todo adicional momento creador. Por otra, actúan dentro del diseño de la práctica jurídica como *operación lógica* e incluso silogística. Ofrecen una premisa mayor de emergencia, ante la probada imposibilidad de conectar adecuadamente con el caso concreto la encerrada en el texto.

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

6.b) Si queremos mantener el razonable empeño de considerar derecho sólo al derecho puesto, el fracaso del modelo lleva a replantear qué vamos a considerar como tal. Ahora será el *normativismo* la pieza positivista que entre *en crisis*. La artificialidad de unos principios generales, obtenidos rumiando el contenido de las normas positivas, llevará a plantear si no habrá unos principios, tan jurídicos como las normas, sin cuya presencia ninguna praxis del derecho sería concebible.

Si se aborda con decisión, la *pregunta* inaplazable es si tales principios *son realmente jurídicos*. Atribuirles un carácter “moral” prejurídico equivaldría a reconocer que el derecho es un sistema cuya dinámica está protagonizada por elementos ajenos al mismo. Reconocer a tales principios carácter jurídico obliga a *replantear* doblemente el *concepto de derecho positivo como derecho puesto*; preguntándonos qué debemos entender por derecho y cuándo podemos considerarlo puesto.

La ruptura del normativismo lleva a relativizar el papel del criterio *formal* de *identificación de lo jurídico*. No podremos ya entender por derecho lo que apareciendo formalmente como norma, se integra en un sistema peculiarmente trabado. Parece obligada una identificación *material* de lo jurídico, como conjunto de exigencias que condicionan una convivencia social respetuosa con lo “humano”. La frontera entre lo jurídico y lo que no lo es vendría dada por dicha repercusión, sin perjuicio de que el criterio para tal discernimiento merezca —por unas u otras razones— el calificativo de “moral”.

Problema distinto es cómo se acaba poniendo el derecho. Desde un punto de vista real son los *principios los protagonistas prácticos* de tal *positivación*, y no sólo como ingredientes informadores de las normas. Actúan también como estimuladores de la tarea judicial —que busca e interpreta la norma oportuna y, no cabe olvidarlo,

como protagonistas básicos del ámbito más amplio de la actividad jurídica: la conducta del ciudadano, que juzga cómo debe comportarse.

Aun siendo lo jurídico algo tan poco precisamente delimitable y positivándose de modo tan versátil —y precisamente por ello— el protagonismo real de los principios debe verse acompañado por el papel central de la *norma* como punto de *referencia* de su *análisis teórico*. El entrecruce de perspectivas subjetivas sobre qué sea lo exigido por una convivencia “humana” exige instancias de mediación entre las que la norma —sin arrogarse exclusivismos desfiguradores— ocupa un lugar de notable relevancia. Pero el *debate jurídico* fundamental —cuyo ocultamiento sería de sospechosa utilidad— será siempre el de los *principios* jurídicos a tener en cuenta a la hora de resolver un conflicto y el de su ajustada ponderación.

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

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

En el ámbito europeo se experimenta un frecuente rechazo al “activismo” del Tribunal Constitucional. Ello se ve facilitado por el carácter de *legislación “negativa”* que Kelsen atribuyó a su diseño de control “concentrado” de constitucionalidad. Pero, junto a la ascética invitación kelseniana a una actitud “negativa” meramente anuladora, entran en no pocos casos en juego textos constitucionales asentados sobre un conjunto de *derechos fundamentales, sedientos de positivación*. Esta contradictoria tensión denuncia la entraña política de tan frecuentes apelaciones doctrinales. El *legalismo* político resulta en la práctica aún *menos sostenible que el normativismo* teórico-jurídico.

## 7. ENTRE VOLUNTARISMO ARBITRARIO Y PRUDENCIA RAZONABLE

Los más variados positivismos jurídicos coinciden en la necesidad de abandonar todo planteamiento de la actividad jurídica como ejercicio prudencial de una presunta razón práctica. Se la rechaza: (a) por irracional, en la medida en que encubriría una falacia naturalista, al enlazar ser y deber ser, (b) por insegura, al difuminar la frontera entre el derecho puesto y el meramente propuesto y (c) por políticamente ilegítima, en la medida en que tales tareas estarían protagonizadas por ciudadanos sin título habilitador para crear derecho.

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

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

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

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

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

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

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

Hobbes nos muestra una clara opción por el voluntarismo manteniendo, como mínimo de derecho natural indispensable, el principio “*pacta sunt servanda*”. El abandono de la querencia absolutista del voluntarismo, como ejercicio inevitablemente arbitrario (y sólo relativamente previsible) del poder, sirvió de matriz a las fórmulas de legitimación política aún vigentes, de inequívoca raíz cognotivista.

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

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

No es sólo la forma parlamentaria la que pretende marcar el despego de un voluntarismo de difícil legitimación. También el proceso judicial se atiene a una

puesta en escena cognotivista. Las partes enfrentadas aportan argumentos, a la espera de que un juicio autorizado les reconozca que la razón está de su lado.

De algo no cabe duda: asumiendo el voluntarismo las fórmulas legitimadoras vigentes quedan vaciadas de sentido. Sólo cabría rechazar coherentemente las formas democráticas o resignarse a describirlas como unas indispensables técnicas de domesticación y aprendizaje social. El problema surge cuando las recetas metodológicas de positivismo dejan inservible el modelo. Se intentó recluir en el debate político (presuntamente prejurídico, realmente pre-legislativo) el juego de las razones, encapsulando su resultado en unos soportes normativos susceptibles de manipulación técnica.

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

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

La *identificación* política de las *opciones positivistas* con valores como el pluralismo o la tolerancia y, como consecuencia, con la defensa de las *formas democráticas* de legitimación política, ha actuado indudablemente como uno de los factores prácticos consolidadores de un edificio con grietas teóricas indisimulables. Añádase a ello la carga —especialmente rentable en países latinos— que las *invocaciones a lo laico* aportan a este cuadro, para entender la capacidad de “eterna rutina” de que, pese a todo, siguen haciendo gala las teorías positivistas en el ámbito jurídico.

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

Al abordar el relativismo nos encontramos con una doble acepción, paralela a la que ya analizamos al enfrentarnos a la discrecionalidad; cabe entenderlo en un sentido “fuerte” o mitigado. El relativismo en sentido “fuerte” implica la *negación* de la *existencia* de todo *bien o valor* captable racionalmente. Empuja, por tanto, al interpretar la norma (sea habitualmente o con ocasión de “casos difíciles”) hacia una *discrecionalidad* similar: opción arbitraria por una decisión cualquiera. Muy distinto sería un relativismo que no se moviera en el plano ontológico sino en el gnoseológico:

lo que se discutiría no sería ya si existen realmente bienes o valores sino en qué medida cabe un *conocimiento* razonable de sus *contenidos o exigencias*. El mero hecho de reconocer cierto grado de conocimiento da por supuesta su existencia, porque difícilmente se podrá conocer, mejor o peor, lo que no tiene realidad. Este relativismo llevaría a una *discrecionalidad prudencial*, que —descartando la irracionalidad de tal operación— se esfuerza por lograr el conocimiento más ajustado de un objeto doblemente problemático: no sólo por su *dimensión ética* y valorativa sino también —conviene no olvidarlo— por el *dinamismo histórico* que acompaña a ese enlazamiento captación-desarrollo propio del conocimiento práctico.

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

8.b) El énfasis particular a la hora de resaltar que sólo se considera derecho el *derecho puesto*, resulta algo más que vacía redundancia sólo en la medida en que se pretende rechazar —como meramente supuesto— a un *derecho natural* planteado como alternativa. Este rivalizaría con el derecho positivo, atribuyéndose incluso una supremacía sobre él. Como ya hemos tenido ocasión de ver, el problema no consiste en si además de un pretendido “derecho puesto” hay otro por el que optar, sino en determinar cuándo y cómo se pone el derecho. El *adiós* a un “*positividad instantánea*” arruina las posibilidades de identificar con arreglo a tal criterio al único derecho —mejor o peor— realmente existente. Sólo una *constatación* descriptiva, producida “*ex post facto*”, pondrá al ciudadano en condiciones de dictaminar de un modo cierto cuál sea el derecho puesto.

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

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

Responder cuáles sean en cada caso tales exigencias es el objetivo de todo el debate jurídico, ya se plantee en la polémica social pre-legislativa, en el debate parlamentario o en la deliberación judicial. El derecho natural, dada la historicidad de su desarrollo, no interrumpe tal debate (*nadie dispone* tampoco de una “*naturalidad instantánea*”) sino que lo mantiene abierto y lo alimenta. El mismo proceso de positivación le va sirviendo de contraste, para corregir el posible doctrinarismo de propuestas alejadas de la realidad concreta. También el despliegue histórico del *derecho natural* (como el de todo lo jurídico) es fruto de una *deliberación prudential* y no de la *aplicación*, mecánica de una *norma* alternativa puesta en un mundo paralelo.

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

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

Este planteamiento excluye, interesadamente, la posible existencia de propuestas iusnaturalistas que resalten la dignidad humana, como aspecto esencial de las exigencias ético-sociales, y reconozcan los mecanismos de auto-obediencia como su expresión más inmediata. La objetividad ética, lejos de excusarla, exige el logro de una convicción en el destinatario de la norma, presente implícitamente en el juego de las mayorías democráticas.

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

El reconocimiento de las formas democráticas como corolario de los contenidos iusnaturalistas genera consecuencias en el juego ya descrito de exigencias ético-jurídicas pre-positivas y proceso de positivación. En el ámbito pre-positivo del

debate jurídico, el fundamento objetivo de las propuestas iusnaturalistas (condicionado siempre por la fiabilidad subjetiva, sean cuales sean los apoyos de que pueda gozar en el fuero interno) facilitará y dotará de convicción a ese despliegue argumental que en modo alguno hacen superfluo. Es en este ámbito —entre político y cultural— de formación de la opinión pública donde tales propuestas han de lograr autoridad social para convertirse luego en contenidos normativos positivables. Todo intento que obviara este recorrido (¡fruto de exigencias iusnaturalistas!) llevaría a un autoritarismo intolerante y antidemocrático.

Tal planteamiento no sólo esquivo los anatemas laicistas, que consideran obligada la correlación entre magisterio confesional y autoritarismo político, sino que denuncia el juego paradójicamente *confesional* y *antidemocrático* a que el laicismo empuja. Tan absurdo como pretender que una exigencia iusnaturalista (sea cual sea su respaldo confesional) se convierta sin refrendo social en derecho positivado, sería vetar la aportación de propuestas iusnaturalistas al debate pre-positivo, por situarlas bajo sospecha de confesionalidad. La identificación de laicismo y “neutralidad” social ante los problemas morales más polémicos, suele traducirse en la práctica en una operación de “neutralización” de consensos vigentes, que discrepan del laicismo convertido en credo.

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

Tampoco los actuales planteamientos éticos de raíz consensual o comunicativa no pueden excluir coherentemente el juego de elementos iusnaturalistas en este proceso de positivación, a no ser que —remedando los anatemas laicistas— los malentiendan como bloqueadores de un discurso que contribuyen realmente a alimentar. Resulta obvio que la invocación al consenso o a la comunicación como base del discurso ético reposa sobre un postulado previo, inconfundiblemente iusnaturalista: la ya aludida dignidad humana. Admitirlo y negar sentido —o considerar peligrosa— la búsqueda de otros elementos, no menos iusnaturalistas, capaces de orientar el proceso de positivación, equivaldría a suscribir una nueva versión del “mínimo de derecho natural”, que no tendría demasiado que envidiar —ni teórica ni prácticamente— al modelo hobbesiano. Si se acepta una realidad objetiva fundamentadora del procedimentalismo, resulta obligado admitir también que el procedimiento sirva de cauce a la argumentación de otras realidades no menos objetivas.

FACULTADE DE DEREITO

**PROBLEMAS  
DE LA  
CIENCIA JURÍDICA**

**ESTUDIOS  
EN HOMENAJE AL PROFESOR  
FRANCISCO PUY MUÑOZ**

**TOMO II**

**Coordinan:**

DRA. MILAGROS OTERO PARGA

DRA. M<sup>ª</sup> CAROLINA ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES

DR. MANUEL SEGURA ORTEGA

**1991**

**UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA**