

TODOS DE ACUERDO: SÓLO ES DERECHO EL DERECHO POSITIVO

ANDRÉS OLLERO

Universidad Rey Juan Carlos

La puesta en marcha de una ciencia del derecho implica haber aporrado, consciente o inconscientemente, una respuesta ontológica, dando por sabido qué es ese derecho que se pretende estudiar, la respuesta positivista bordeará el trabalenguas, al afirmarnos que hemos de considerar como derecho al derecho que es. Con ello plantea un imperativo de racionalidad, que ahorraría perder el tiempo cultivando fábulas diseñadoras de un presunto derecho «superior». Invita a la vez a dejar al margen la brumosa propuesta ética sobre lo que es justo o deja de serlo; mejor será conformarse con abordar el futuro sabiendo simplemente a qué atenerse. Recuerda también la necesidad de mantener una lealtad política a los legitimados para crear derecho, renunciando a dar alas a quienes podrían estar interesados en practicar un intrusismo abusivo.

I. OCUPÉMONOS DEL DERECHO QUE ES

Por derecho que es se entendería el derecho positivo o puesto; por contraposición a un derecho natural al que habría que considerar meramente supuesto. Éste no sería susceptible de captación racional, nos perdería en evaluaciones de justicia —más morales que jurídicas— y tendría por supremos intérpretes a quienes no se han sometido al contraste legitimador de las urnas. Desde esta perspectiva, el derecho natural no sería en realidad derecho, sino una propuesta moral sobre cómo debería ser el derecho positivo.

a) **Normativismo jurídico: una ciencia del derecho doblemente positivista**

Al hablar de positivismo jurídico nos estamos refiriendo a una ciencia del derecho positivista por partida doble. Porque, desde el punto de vista de la teoría del

conocimiento, prescribe una identificación entre racionalidad, ciencia y método propia de la teoría positivista de la ciencia. Pero también porque, dada su implícita ontología jurídica, convierte en objeto propio y exclusivo el derecho positivo o puesto, marginando normas morales sólo propuestas o presuntas normas jurídico-naturales meramente supuestas. Teoría del conocimiento positivista y ontología jurídica positivista se dan la mano en un bifronte positivismo jurídico.

Esta primera opción por el derecho positivo, negadora de cualquier otro derecho imaginable, encierra también una apuesta sobre su inevitable presentación formal: el derecho positivo consistiría en un conjunto de normas, con lo que el positivismo jurídico tiende a identificarse con el normativismo jurídico.

Para su ciencia del derecho la norma aparece como objeto jurídico por excelencia. Se ofrece con perfiles netos y acabados, de modo que es fácil determinar qué es y qué no es derecho, desde cuándo y hasta cuándo. Su alternativa —el derecho entendido como cosa justa— no ofrecería tales características. Para establecer si una solución es justa o deja de serlo habría que remitirse a otras normas previas no claramente identificadas. El aparente carácter de valoración moral de esa operación convertiría en particularmente discutibles sus contenidos, dada la pluralidad de concepciones morales existentes en una sociedad abierta. No habría manera de conocer su alcance efectivo, ni menos aún de datarlo con precisión, lo que nos sumiría en la inseguridad, en aras de una justicia siempre polémica.

Como consecuencia, la respuesta a cuáles sean los perfiles efectivos de esa cosa justa parece aplazada hasta el día del juicio, y con ella la respuesta a los problemas que nos acucian, al no contarse con una homologación meramente formal que permita dar la cosa por juzgada.

Por si fuera poco, determinados magisterios confesionales se presentan a la sociedad como intérpretes autorizados de esas exigencias jurídico-naturales de justicia. Esto parece someter a los poderes públicos democráticos a una instancia ajena a ellos, que se muestra como alternativa legítima y legitimadora, lo que de hecho pondría en cuestión su soberanía. Esta tensión se hace particularmente embarazosa en los países latinos, cuya arraigada querencia clerical les lleva a oscilar sin términos medios entre la confesionalidad y el laicismo.

Tampoco cabría sugerir, como tercera opción, que el centro de gravedad de la ciencia jurídica radique en unos derechos del sujeto, concebidos como previos a las normas positivas o derecho objetivo. Si todo derecho subjetivo implica un simétrico deber, tales derechos derivarían, en el fondo, de una enigmática normatividad paralela, cuya «debida» observancia les serviría de fundamento. Los derechos como punto alfa de la realidad jurídica aparecerán, coherentemente, como amenazadoramente revolucionarios en planteamientos tan dispares como los de Bentham o Comte.

Este normativismo empuja a la ciencia jurídica a una tarea de captación y elaboración que presenta y trata al derecho como sistema compuesto únicamente de

normas. Mientras la norma jurídica aislada podría concebirse como fruto de un arbitrario e imprevisible acto de voluntad, el sistema tiende a prestar racionalidad a lo que sin él habría sido un mero agregado de mandatos dispares. El sistema articula y jerarquiza las normas. Diseñará a la vez transversalmente instituciones de temática homogénea. Posibilitará adjudicar al ordenamiento resultante características tan jurídicamente relevantes como la coactividad o la eficacia.

El sistema se mostrará además expansivo, al brindar una fecunda capacidad reproductora. Cabrá, sin salir de él, solventar posibles lagunas, fruto de la imprevisión o del inevitable desfase entre la permanencia de la ley y el dinamismo de la realidad social. Se garantiza así una plenitud del ordenamiento que nos pondría a cubierto de toda situación de inseguridad.

Por otra parte, esta capacidad reproductora se activaría sin necesidad de salir del sistema mismo. No se trataría de una creación de nuevo derecho, más propia de una tarea política que de una elaboración científica y técnica; consistiría en un mero manejo lógico del derecho que es y, gracias a ello, continuará siendo el mismo. El recurso a la lógica permitiría, de modo meramente cognoscitivo, hacer explícito algo ya existente; no se recurriría a juicios de valor, que introducirían una dimensión axiológica; tampoco se daría paso a ninguna discutible interpretación que, por tener en cuenta la finalidad perseguida por la norma, pueda considerarse teleológica. Nos encontraríamos ante unos principios generales del derecho doblemente subsidiarios; por su origen, al derivarse de las normas mismas sin aportar heterogéneos contenidos adicionales, y porque su entrada en juego sólo está prevista en aquellos supuestos en que no encontramos norma, legal o consuetudinaria, directamente aplicable.

Todo ello rezuma un inequívoco cognotivismo implícito que con frecuencia acaba pasando inadvertido. Se califica como «cognotivistas» a aquellos planteamientos éticos que admiten que también las exigencias prácticas, en torno a las que giran la moral o el derecho, pueden ser consideradas objetivas y susceptibles de conocimiento racional. En consecuencia, los enunciados en que la razón práctica se expresa pueden igualmente ser considerados verdaderos o falsos. Por el contrario, se suscribe un no-cognotivismo cuando se afirma que los juicios éticos no son en realidad juicios, porque no consisten en una operación racional que haya captado una realidad objetiva, sino que expresan meras voliciones subjetivas; si alguien dice que una conducta es buena no nos informa de una característica objetiva de esa conducta, sino que nos comunica algo meramente subjetivo: a él le parece bien. Como resultado, sabemos algo más sobre él y nada sobre la conducta en cuestión.

Ese cognotivismo detectado en el juego del sistema jurídico no deja de resultar paradójico; porque el positivismo jurídico arranca de un planteamiento voluntarista. Mientras el iusnaturalismo es heredero de una concepción del mundo como conjunto ordenado con arreglo a un *logos* que le desborda, la tradición positivista

heredera de Hobbes presenta a la norma jurídica como expresión de un mandato imperativo del soberano, cuyo contenido resulta irrelevante. Los consejos racionales quedan archivados en el ámbito de la moral. «El consejo es una orden a la que obedecemos por una razón que deriva de la cosa misma que se ordena. El mandato, en cambio» es una orden a la que obedecemos en razón de la voluntad de quien manda»¹. La moral mostraría una querencia hacia el saber racional y el derecho hacia un poder imperativo.

La paradoja se aclara en buena parte si recordamos que la codificación no hace sino proyectar sobre las leyes positivas la arquitectura de los sistemas del racionalismo iusnaturalista. ¿Se habría producido una mera transferencia metodológica sin afectar a la teoría? Como siempre que se pretende tan acrobático volatín —sirva el filomarxismo de ejemplo...—, con la metodología entrará de matute toda una filosofía. Gracias a ello se asume que el ordenamiento jurídico, como sistema, nos ofrece un contenido susceptible de conocimiento racional, haciendo superfluos esos verados aditamentos de procedencia dispar. Se produce así una curiosa confusión entre lo lógico y lo ético. Su identidad no plantearía mayor problema en el denostado marco de la metafísica medieval: el *verum* y el *bonum* eran considerados como transcendentales del ser; o sea, que en cualquier realidad su ser le permitía darse a conocer (como expresión de su verdad ontológica), mientras que la acertada captación de esa realidad por otro convertía en lógicamente verdadero su conocimiento. Igualmente la realidad de un ser apararía ontológicamente como bien, en la medida en que se convertía en fin de una acción. Lo que no deja de ser admirable es que en un marco positivista pueda acabar ocurriendo algo no muy distinto, a la vez que se rechaza enérgicamente toda metafísica.

Cuando al jurista determinada solución a un problema le parece lógica, lo que en realidad nos está diciendo es que le parece justa. Este salto de lo lógico a lo ético cobra todo su esplendor cuando se apela a lo «razonable» de la solución propuesta. No es extraño, pues, que el eximio civilista Díez Picazo tocara a rebato, siendo magistrado constitucional, poniendo en guardia ante el hecho de que, con ocasión o excusa del «principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva», el recurso «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 fácil inclinación hacia el iusnaturalismo, que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional»².

¹ Esa dualidad consejo-mandato la vemos explicitada en *De cíve* XIV; citamos la edición de Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1966, p. 217.

² Estos temores iusnaturalistas los plasmó en un voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional español 34/1981 de 10 de noviembre.

El hecho es que todo ello lleva a olvidar con frecuencia la dimensión decididamente no-cognotivista de planteamientos como los de la teoría pura kelseniana. Para ella la norma jurídica es un mero acto de voluntad emanado, cualquiera que fuere su contenido, de quien está formalmente habilitado para ello. Se tiende, sin embargo, a exponer la pirámide normativa kelseniana como si en ella la validez de una norma dependiera de la coherencia de su contenido con el de la norma anterior. Eso sería para Kelsen más bien expresión de un sistema «estático», característica que él reserva a la moral, mientras que lo propio del derecho sería el «dinamismo» que deriva de que su validez dependa de una mera conexión formal ajena, pues, a contenidos materiales jurídicos (que no existirían en realidad...) o éticos. Es la voluntad del que manda la que sustituye al mítico rey, convirtiendo en jurídico todo lo que toca, y sólo mientras lo toque. «El derecho se asemeja al rey Midas. Así como todo lo que aquél tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el derecho se refiere toma carácter jurídico»³.

El positivismo de la ciencia del derecho dominante se traduce, pues, ontológicamente, en un positivismo jurídico (sólo es derecho el derecho positivo), que remite en el plano de la teoría del derecho a un normativismo jurídico (el derecho positivo se identifica con un sistema de normas, identificable en este caso por sus rasgos meramente formales).

b) La ley es la ley

El inocente entendimiento del derecho positivo como norma puesta da por supuesto quién, cómo y cuándo la pone, así como el procedimiento capaz de garantizar tal denominación de origen. Intentando dar respuesta, siquiera inconsciente, a tales interrogantes cobra fuerza la querencia hacia una tercera categoría no idéntica a las dos anteriores: el positivismo legalista. No todo positivismo jurídico ni todo normativismo ha de ser necesariamente legalista. Kelsen asume una metodología positivista, hace suya una ontología jurídica positivista (sólo considera derecho al positivo) y la plasma en un sistema de normas, pero no niega que el juez (y no sólo la ley) cree derecho positivo, ni le regatea la posibilidad (no exclusiva del legislador) de crear a su vez normas, de alcance más reducido pero también más concreto y definitivo.

La ley se ha convertido en norma jurídica por antonomasia. Su legítimo autor es fácilmente identificable. Su contenido se plasma por escrito, dejando así constancia literal de su efectivo alcance. Por fin: derecho puesto. Desde el punto de vista teórico,

³ Sobre la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979 (3ª), págs. 203-204: la evocación del rey Midas en p. 284.

el jurista científico ya sabe de qué ha de ocuparse: de las leyes, mientras que lo sean. El principio de legalidad se convierte además en garante ético de la seguridad de los ciudadanos y en exponente político de la legitimidad del funcionamiento del ordenamiento jurídico. La principal aportación de la ciencia jurídica consistirá en favorecer la claridad de la ley, evitando ambigüedades, fórmulas oscuras, contradicciones o lagunas. Todo ello permitiría dar paso a una dinámica jurídica apoyada en meros razonamientos lógicos; se hace así superflua una creación adicional de derecho, que generaría inseguridad y adolecería de legitimidad política.

II. DEL POSITIVISMO INDESEABLE A POSITIVISMO INVARIABLE

La última postguerra mundial popularizó una crítica al positivismo jurídico que, más que cuestionar su solidez teórica o su rigor científico, hacía hincapié en sus nefastas consecuencias prácticas recién experimentadas. El positivismo jurídico, fuera o no falso, se habría mostrado como indeseable. La llamada *reductio ad Hitlerum* se convirtió en argumento *ad absurdum* capaz de enviar a la teoría positivista al museo de los horrores. Algo no muy distinto ocurriría luego con la española *reductio ad Francum*, con la diferencia de que ésta —en un alarde de memoria histórica— aún no ha concedido ni la libertad condicional a su víctima: el derecho natural.

Quizá haya llegado el momento de plantearse, más que una condena ética del positivismo jurídico, si esta teoría, sean buenas o malas sus consecuencias, refleja con rigor lo que en realidad es el derecho. No olvidemos que el motor fundamental de la escalada positivista fue su neto compromiso a limitarse a describir el derecho positivamente existente, en vez de dedicar poemas a un envidiable derecho aún por venir. Todo ese asunto del sistema normativo, ¿refleja al derecho que el jurista maneja a diario tal cual es, o es un poema más, destinado a disfrazar de racional toda ocurrencia del que, en una u otra instancia, lo acabe imponiendo? Veamos antes quién lo acusaba de indeseable.

a) Iusnaturalismo de uso alternativo

Los iusnaturalistas plantean en esa misma postguerra una alternativa negadora de los elementos básicos antes expuestos.

Para empezar, no cabría afirmar que sólo es derecho el derecho positivo. Junto a ese derecho históricamente puesto, que sin duda coyunturalmente es, habría otro —el derecho natural— que expresa de modo permanente lo jurídico como debe ser. Este derecho natural no sólo es verdadero derecho, sino que es el derecho verda-

dero. Gracias a eso se convierte en piedra de toque y criterio evaluador de cualquier derecho positivo. En consecuencia, condiciona su legitimidad, al negar juridicidad a cualquier norma que albergue un contenido *contra natura*, lo que la privaría de obligatoriedad.

Este derecho natural sería la expresión de una justicia objetiva, racionalmente asequible para el común de los mortales, a condición de que no se vean cegados por prejuicios ideológicos o pasiones desordenadas. Esta razón purificada podría, sin embargo, acabar resultando tan cuestionable como la de la teoría a la que se ofrece como alternativa,

La negación de esta justicia objetiva aboca a una perversión del ordenamiento jurídico, como la que recibiera su merecido en los tribunales de Nuremberg. Las experiencias de la barbarie nazi afloraron más tarde también al revisarse las de la Rusia soviética. Lo curioso es que este punto, que sirve de apoyo al rechazo del positivismo jurídico como indeseable, es el que aparentemente goza de mejor salud.

Las Constituciones europeas de la postguerra, y las que decenios después extienden sus planteamientos a los regímenes democráticos de la Península Ibérica o de la Europa postsoviética, se apoyan en unos derechos humanos de indiscutible objetividad. Su contenido material va siendo expresado por los diversos tribunales constitucionales, atentos siempre a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, como autorizado intérprete de los derechos garantizados por el Convenio de Roma en todos los países miembros del Consejo de Europa, Incluso juicios como los de Nuremberg, trivializados más de una vez como mera coreografía jurídica del obligado ajuste de cuentas a los bélicamente vencidos, han recuperado prestigio. No tanto por los diversos tribunales *ad hoc* de corte similar, destinados a juzgar los atropellos en Ruanda o en la antigua Yugoslavia, sino por la puesta en marcha de la Corte Penal Internacional y, sobre todo, por el ajetreado juego del llamado principio de justicia universal, del que tanto sabe la Audiencia Nacional española. Por lo que se ve, sigue habiendo sobrado fundamento teórico para poder considerar en la práctica como indeseables a determinados ordenamientos jurídicos positivos, tras funcionar durante decenios como si tal cosa.

Dado su carácter objetivo, que lo hace susceptible de captación racional, tal derecho natural será siempre obligatorio; continuarla siéndolo también en los supuestos más extremos: *etsi Deus no daretur* apuntaría Grocio, o sea, aunque hipotéticamente Dios no existiera. La doctrina iusnaturalista en la Modernidad no sólo no aparecía como *longa manus* civil de un credo confesional, sino que, muy al contrario, se ofrecía como receta racional para superar enconadas guerras de religión de notable alcance político. Sobre sus perfiles, a los que tanto contribuyó la escolástica española de Salamanca, nacería la semilla del derecho internacional.

El rechazo laicista al derecho natural, particularmente castizo en países latinos, arranca de una notoria circunstancia. Aun siendo sus preceptos racionalmente cog-

noscibles, la importancia que para una convivencia humana revisten algunos de ellos hace que hayan sido a la vez revelados por Dios, desde las veterotestamentarias tablas de la ley. El hombre queda así a cubierto de las debilidades de su razón, particularmente amenazada por prejuicios e idolátricas ideologías, como se reconoce por una y otra parte. La cuestión se complica cuando la jerarquía de la verdadera Iglesia se muestra en condiciones de incluir en su magisterio la más adecuada interpretación de los contenidos jurídico-naturales. Esto se acabará convirtiendo en una provocación para los culturalmente convencidos de que para el hombre sólo fuera de la Iglesia (sobre todo la que acaba mereciendo mayúsculas) puede haber salvación. También los que (¿los mismos?) consideran que ganar unas elecciones autoriza, o casi obliga, a cambiar el código moral de la sociedad equiparan con un poder político intruso a ese magisterio moral confesional; no soportan que los poderes seculares soberanos se vean sometidos a vigilancia pastoral. Como paradójico resultado, el derecho natural se convierte ahora a sus ojos en alimentador de desfasadas guerras de religión.

Se bifurca en consecuencia el panorama. Se mantiene, por una parte, la racionalidad de (o la fe en) una justicia objetiva capaz de fundar hasta la «injerencia humanitaria», que se negará a admitir que los problemas de derechos humanos puedan ser considerados por cualquier Estado soberano como cuestiones de política interna. Por otra, se considera cuestionada la legitimidad democrática del Estado por aquellos que sugieren que la verdad no puede ceder ante el número, ni las exigencias jurídico-naturales ante eventuales consensos fácticos. Entre ellos habría que incluir —guste a los más aguerridos positivistas o no— a la propia Constitución Española, que no en vano reconoce (en su artículo 53.1) unos «derechos y libertades», que «vinculan a todos los poderes públicos», pueden sin duda verse concretados pero «sólo por ley» que, aun siendo expresión de una tan legítima como coyuntural mayoría parlamentaria, «en todo caso deberá respetar su contenido esencial». Resulta, pues, obvio que ninguna mayoría parlamentaria podría establecer los perfiles de ese contenido esencial al que inequívocamente *se* las somete. Dado que sólo el Parlamento está legitimado para poner derecho, tal contenido esencial sería jurídico antes incluso de que alguien, pueda poner derecho alguno.

La confusión crece si se olvida que a lo largo del siglo XX se han defendido dos conceptos bien distintos de democracia. Una meramente procedimental, instalada en un relativismo ético y jurídico, acabó teniendo como fracasado arquetipo a la alemana Constitución de Weimar. Ella es la que lleva paradójicamente a Kelsen, que sufre en sus propias carnes ese fracaso, a vincular democracia con un derecho positivo de contenido no predeterminado, mientras cualquier propuesta de derecho natural conllevaría inevitablemente secuelas autoritarias. «Se ha dicho acertadamente que democracia es discusión. Por eso,

el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna.» «En el gran dilema entre la voluntad y la razón, entre el impulso a dominar el mundo y la aspiración de comprenderlo, el hombre demócrata se inclina más bien hacia el conocimiento y la comprensión que no hacia la voluntad y el dominio.» «En la democracia, la seguridad jurídica reclama la primacía sobre la justicia, siempre problemática; el demócrata propende más al positivismo jurídico que al Derecho natural»⁴.

Es más propia de la herencia del siglo XX una democracia bien distinta, entendida como garantía de los derechos humanos, como protección de las minorías, e incluso favorecedora de la injerencia humanitaria o del principio de justicia universal. El hecho de que abunden los que suscriben con similar entusiasmo tanto la una como la otra sólo demuestra que se mueven más en el ámbito del emocional desahogo político que en el de la rigurosa reflexión racional. De ahí que, a sus ojos, democracia y relativismo resulten inseparables y que toda propuesta de derecho natural, con pretensiones de objetividad y verdad, les parezca políticamente ilegítima.

La cuestión se agudiza cuando, como trasfondo, se detecta el dilema laicista entre fe religiosa y sociedad secularizada. Esto explicaría la paradójica situación vivida en España desde la oposición antifranquista. Los mismos que cuestionaban el ordenamiento jurídico imperante afirmaban, a la vez, que sólo era derecho el derecho positivo. Al derecho natural se le atribuía, por el contrario, una valencia conservadora. El propio Kelsen volvía a servir de autor de cabecera: «la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como pudiera creerse de primera intención, sino reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir»⁵.

Su habitual honestidad intelectual permitió a Luis García San Miguel dibujar el cuadro hispano resultante: «la crítica del orden franquista “necesitaba” cierto patrón crítico en que apoyarse», sin perjuicio de «la discrepancia con el iusnaturalismo oficial» en la fundamentación o conclusiones de su planteamiento; los discre-

⁴ «Forma de estado y Filosofía», incluida en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1934; citamos pp. 141, 142 y 144.

⁵ *Teoría pura del derecho* de 1934, traducida del francés: Buenos Aires, Eudeba, 1963 (3ª); citamos pp. 108-109.

pantes, «inmersos como estábamos todos en una atmósfera iusnaturalista, eran, en cierto modo, iusnaturalistas sin saberlo o *malgré eux*»⁶

El positivismo jurídico se convirtió en doctrina obligada para la cultura «progresista», más preocupada de la dimensión política y cultural del empeño que de la coherencia doctrinal de sus propuestas. Postulaba una secularización de acusado tono laicista que marginara de la vida pública todo elemento de connotación religiosa. Defendía, a la vez, ejemplarmente, unos derechos humanos que su positivismo era incapaz de fundamentar. Cuando más tarde el marxismo toma el relevo, se lo tachará —optando por un liberalismo crítico— de iusnaturalista, o incluso de sucedáneo religioso, como ya había hecho el propio Kelsen: «Cuando la ideología política de un gobierno autocrático y totalitario no permite recurrir al absoluto de una religión histórica, como es el caso del bolchevismo, el mismo revela una propensión no ocultada a tornar un carácter religioso mediante la absolutización de su valor básico: la idea del socialismo»⁷.

En medio de tal enfrentamiento, apelar al derecho natural parecía invitar, *avant la lettre*, a un uso alternativo del derecho. El jurista (especialmente si ejerce de juez) habría de sustituir la letra de la ley por las exigencias objetivas de lo humano. No es extraño que ello acabe empujando a un legalismo paralelo como alternativa al positivista, La ley positiva y la ley natural brindarían cada una por su lado, solución distinta para el caso, generando un dilema que obligaría a optar por la una o por la otra. Quizá lo más sensato, en vez prolongar indefinidamente el dilema entre un legalismo positivista y otro iusnaturalista, discutiendo cuál de ellos sería éticamente preferible, sería poner en cuestión la viabilidad práctica de cualquier legalismo; lo que obligaría a replantear tanto una doctrina como la opuesta.

b) El ser del Derecho consiste en un deber ser

En lo que a la ontología jurídica se refiere parecía, en el fondo, haber acuerdo: puestos a saber sobre el derecho, resultaría obligado ocuparse del derecho que es. La polémica radicaría en si ese «ser» ha de entenderse en un débil sentido fenoménico, cultural e histórico o en un sentido ontológico fuerte, como una objetiva realidad

⁶ Este paradójico iusnaturalismo de la oposición democrática al franquismo lo describe en la «Introducción con rasgos biográficos» en su *Hacia la justicia*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 16, 24 y 89; ilustrativa sobre este marco biográfico puede resultar también la «A modo de introducción cachonda pero no carente de miga» con que encabeza sus *Escritos sobre la libertad política y el socialismo*, Valencia, Fernando Torres, 1976, pp. 1331.

⁷ *El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política*, «La Ley» (Buenos Aires), 1949 (55), p. 781.

en sí. Ante ese dilema, positivismo e historicidad parecen ir inicialmente de la mano.

El problema surge cuando uno no se niega a descubrir que el ser del derecho consiste, paradójicamente, en un deber ser. Como consecuencia, resulta imposible ir poniendo el derecho que positivamente es sin irse preguntando continuamente cómo debe ser. Si tomamos conciencia de ello, el falso dilema entre los dos legalismos se verá sustituido por la necesidad de alcanzar un doble objetivo: poner el derecho, como debe ser; sin dejar de defender el principio de legalidad, resistirse a ignorar la historicidad del derecho.

No parece muy razonable escindir esencia y existencia al abordar la realidad jurídica. La historicidad no es sino el despliegue existencial de lo esencial. Se la niega, tanto cuando se identifica al derecho con esencias inexistentes, de nula relevancia práctica como cuando se lo reduce a existencias *contra natura*, que contradicen su propia esencia con resultados negativos fácilmente previsibles.

Podría considerarse que, al realizar esa segunda afirmación, nos estaríamos limitando a formular un juicio moral negativo sobre determinados contenidos jurídicos; plantearíamos pues un conflicto entre derecho y moral. Bastará reflexionar sobre la relación entre validez, vigencia y legitimidad del derecho para llegar a conclusiones bien distintas.

Validez, vigencia y eficacia

El positivismo jurídico más ortodoxo identifica la realidad del derecho con su validez, entendida desde una perspectiva meramente formal, absolutamente ajena a sus coyunturales contenidos. Para Kelsen, por ejemplo «una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico, el que ha sido “puesto”»⁸.

La vigencia hace referencia a datos de hecho, ilustrativos del grado de aceptación que las normas jurídicas merecen en cada momento. Tal constatación sociológica podría servir de fundamento a juicios evaluadores de su eficacia, pero no afectará a su validez. El que exista mayor o menor fraude fiscal da pistas sobre la eficacia real de las normas tributarias, pero no afectaría en absoluto a su validez jurídica. Se trata de una variable sociológica que el legislador ha podido incluso tener en cuenta, con lo que ni siquiera afectaría al grado de eficacia ya previsto.

Sin embargo, si nos situamos ante normas que han perdido de modo absoluto su eficacia, seguir afirmando su validez nos condenaría a una absoluta falta de realismo. Tomarse en serio dicha validez, e incluso provocar sin previo aviso la súbita

⁸ *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979 (3ª), pp. 136-137

entrada en juego de tales normas obsoletas, podría ocasionar efectos susceptibles de entusiasmar a un anarquista. Al fin y al cabo, las perturbadoras huelgas de celo consisten en llevar la eficacia de la norma más allá de lo que su efectiva vigencia haría previsible.

De ahí que, aun no encontrando la validez fundamento suficiente en la eficacia, haya que llegar a admitir —si somos realistas— que la eficacia se acaba convirtiendo en obvia condición de la validez del ordenamiento jurídico. A Kelsen no le dolerán prendas: «Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que —como se suele decir— no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Un mínimo de la llamada “efectividad” es una condición de su validez.» Ello no exige una coincidencia temporal de ambas: «Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir, antes de ser obedecida y aplicada; el tribunal que aplica en un caso concreto una ley, inmediatamente después de haber sido dictada, y, por ende, antes de que haya podido ser efectiva, aplica una norma jurídica válida»⁹.

«Desuetudo» y derecho consuetudinario

Expresivo de esta mutua interacción de validez y vigencia, con la eficacia como índice, es el fenómeno de la *desuetudo*. Ésta obligará a replantear el papel meramente subsidiario atribuido de modo habitual a la costumbre entre las llamadas fuentes del derecho. La costumbre, como es sabido, aúna la existencia de una regularidad de comportamientos fácticos y la de una *opinio iuris* que los percibe como jurídicamente obligatorios.

Cuando cualquier norma jurídica formalmente válida queda sin el apoyo de una regularidad de comportamientos fácticos, pierde vigencia; con lo que acaba viéndose derogada en la práctica: ha sido víctima de la *desuetudo*. Hasta tal punto ello es inseparable de la realidad jurídica, que Kelsen no dudará en dar por hecho que «el derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también con respecto de una norma constitucional formal, hasta con respecto de la norma constitucional que expresamente excluya la aplicación del derecho consuetudinario»¹⁰; o sea que —también sin toros por en medio— lo que no puede ser no puede ser y además es imposible...

Por otra parte, la constatación de la *opinio iuris*, capaz de convertir un mero uso social en costumbre jurídica, sólo se da en la práctica en un determinado marco

⁹ *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979 (3ª); sobre el concepto de validez citamos las pp. 136-137; sobre su relación con la eficacia las pp. 24 y 26.

¹⁰ *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979 (3ª), p. 237.

institucional (con previsible intervención del poder judicial). Será dentro de ese marco donde acabe cobrando en la práctica validez formal.

Ello nos llevará a constatar no sólo que la costumbre se convierte en fuente por vía jurisprudencial, sino incluso que toda ley que no se vea respaldada por una tácita *consuetudo* vería su validez seriamente amenazada. Ambos aspectos llevan por una parte a minusvalorar a la costumbre, al relativizar su valor como fuente autónoma, pero a la vez a revalorizarla, al resaltar su dimensión práctica más primaria que subsidiaria.

Legitimidad, entre moral y derecho

Cabría pensar que la legitimidad del derecho quedaría al margen de este juego de mutuas incidencias; como si estuviera situada en un observatorio moral ajeno a lo jurídico. Ella se muestra, sin embargo, capaz de justificar una obediencia al derecho que no repose sólo en la capacidad disuasoria de sus sanciones coactivas.

Esa hipotética marginación resulta tan poco realista que serán precisamente los realistas escandinavos los primeros en rechazarla. Para Alf Ross en la realidad del derecho se da cita, junto a «una actitud de conducta interesada, más precisamente determinada como un impulso de temor o de compulsión», otra «actitud de conducta desinteresada que tiene el sello de la validez» y «una interacción real e inductiva entre ambos factores»¹¹. Desde esta perspectiva, de neta matriz positivista, vigencia y validez se acercan casi hasta identificarse. La obediencia desinteresada implica el reconocimiento de una obligatoriedad de la norma jurídica que reposa más en la convicción de su destinatario que en su ejecutabilidad coactiva. La legitimidad se convierte así en una decisiva pieza de enlace entre la validez formal y la vigencia, ilustrando un aspecto más de ese paradójico ser del derecho, que consiste en un deber ser.

Sólo se puede constatar con realismo su validez cuando el destinatario de la norma tiene motivos (las más de las veces, éticos o —como, menos rigurosamente, dicen algunos— «morales») para obedecerla, manteniéndola así en vigor. Cuando, por el contrario, una norma formalmente válida se ve considerada como ilegítima, habrá que recurrir a poner en ejercicio su aparato coactivo. Si éste acaba cediendo, dará paso a una efectiva *desuetudo*, acompañada en la práctica de efectos derogadores.

La objeción de conciencia, particularmente expresiva de un posible contraste entre validez y legitimidad, es asumida por el ordenamiento en cuanto se plantea

¹¹ *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 90.

como excepción; convertida en norma lo privaría de sentido; a eso precisamente apunta la desobediencia civil. Resulta elocuente al respecto repasar la estrategia puesta en práctica en España contra el servicio militar obligatorio y la eventual prestación social sustitutoria, apelando a la insumisión. Sus resultados demuestran en qué medida cuando se cuestiona la legitimidad de una norma puede acabar socavándose su eficacia y condicionando en última instancia su validez. Cuando la sociedad cree haber cobrado conciencia de que el derecho no es como debe ser, éste puede tener sus días contados.

Es aquí donde la perspectiva iusnaturalista acaba, se quiera o no, condicionando a la positivista. Cuando desde aquélla se afirma que la ley injusta no es ley, sólo se está diciendo que no hay razones éticas para obedecerla, o incluso más aún: que las hay para desobedecerla. Argüir que eso no deja de ser una respetable consideración moral, sin relevancia propiamente jurídica, sería poco acertado en la teoría, porque lo que lleva a rechazar la norma es una evaluación propiamente jurídica; pero, además, resultaría muy escasamente realista en la práctica, después de lo que venimos apuntando.

Queda siempre la ardua posibilidad de mantenerse fiel al no-cognotivismo, acogiéndose a un diseño funcionalista de lo jurídico. El derecho no aspiraría a servir de mediador de unos valores que los ciudadanos esperan ver realizados, por considerarlos condición de una convivencia justa. Sería más bien un sistema destinado a domesticar al ciudadano, enseñándole mediante procesos comunicativos a esperar precisamente aquello que se le pretende ofrecer, como sugiere Niklas Luhmann¹². De un derecho que debe querer lo que la sociedad espera habríamos pasado a una sociedad enseñada a esperar lo que quien puede poner el derecho quiera.

Visto lo visto, más que enrocarse en la triunfal afirmación de que sólo es derecho el derecho positivo, que en términos jurídicos nadie en su sano juicio negará, habría que aprestarse a lograr el mejor derecho posible. Posible, y por ende positivado; dando por hecho que de lo contrario podría garantizar consoladoras y testimoniales victorias morales, pero tendrá poco de jurídico. Mejor también, porque cualquier desinterés por lograr que el derecho positivo merezca, también éticamente, tal calificativo resultaría poco disculpable.

¹² De Luhmann me ocupé repetidamente en publicaciones de los setenta. Valga por todas «El funcionalismo como ideología tecnocrática», de 1973. incluido en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 89-98; aunque sólo sea por estar disponible también en francés (*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1975 (LXI/4) pp. 557-568) y alemán (en *Politik ohne Herrschaft? Antworten auf die systemtheoretische Neutralisierung der Politik*, ed. por V. Ronge y U. Weihe, München, Piper Verlag, 1976, pp. 131-140).

c) Historicidad como revulsivo

La historicidad del derecho nos aparta fecundamente del legalismo, obligándonos a replantear cuándo cabe considerar «puesto» al derecho positivo. Ello nos lleva a cuestionar la primacía del esquema normativista y sobre todo, la peregrina idea de la «positividad instantánea» a la que acriticamente aparece vinculada. El positivismo jurídico ha acabado volviendo la espalda a esa historicidad a la que apeló para desembarazarse del iusnaturalismo. Su idea de que el derecho comienza y termina de ser positivo en un instante determinado, marcado por una homologación formal, ignora que el derecho como producto histórico es siempre fruto de un laborioso proceso de positivación.

El modelo positivista nos presentaba, en efecto, un derecho que se convierte en positivo en un instante preciso, por vía de promulgación, y que ya no dejará de serlo hasta que resulte derogado en un instante no menos preciso. Su contenido aparece blindado, reclamando un tratamiento técnico que evite la introducción abusiva de elementos no previstos en el momento de su creación. Sólo sería admisible, como vimos, una mera explicitación lógica de ese contenido, al margen de toda consideración axiológica o incluso ideológica. La historicidad del derecho nos revela, por el contrario, que la actividad jurídica gira en torno a su proceso de positivación o realización, en el que la norma desempeña un papel imprescindible pero no exclusivo.

Desde el mismo positivismo jurídico, aunque abandonando el legalismo, se había reconocido ya esta realidad. Una vez más, será Kelsen quien no renuncie a ser tan consecuentemente positivista como para considerarse obligado a dar cuenta de cómo el derecho es en realidad. Su pirámide normativa diseña una positivación en cadena. Al acto de voluntad de los constituyentes, y a la no menos volitiva «legislación negativa» de los que controlan la constitucionalidad de sus desarrollos, seguirá la voluntad de los sucesivos legisladores, y a ésta la de los jueces, que acabarán queriendo la norma que a fin de cuentas regulará el caso concreto. El contenido de unas normas y otras será siempre menos relevante que la voluntad del autorizado a querer una u otra solución.

El derecho consistirá primordialmente en un ajustamiento de las relaciones sociales, de modo que la libertad pueda encontrar el máximo despliegue, pero matizado siempre por la consideración del otro como un igual. Es obvio que ello exige formular un juicio de valor —propriadamente jurídico y no meramente moral— por lo que el derecho revela una entraña radicalmente judicial. Derivar de ello una desasosegante intranquilidad ante la posible entrada en juego de una discrecionalidad de los jueces resulta doblemente fuera de lugar.

En primer lugar, porque sólo el mito de una aplicación técnica y cuasimecánica de los textos legales permite soñar con una dinámica jurídica que pueda pres-

cindir de la discreción (o buen criterio) de los jueces. Sin duda lo de discrecionalidad suena un tanto arbitrario, pero ello debe llevar más a plantearnos posibles controles que a negar tercamente la evidencia.

En segundo lugar, la radicalidad judicial del derecho no tiene necesariamente que ver con los jueces ni cabe eliminarla convirtiéndolos en autómatas. Nada más «judicial» que el acatamiento espontáneo de la norma por un ciudadano, sin necesidad de que medie conflicto alguno; eso es lo que la dota de su indispensable y tácita *consuetudo*. Sin duda, esta dimensión judicial ha de remitir a un marco institucional objetivo, para no acabar centrifugada en una multitud de juicios de valor subjetivos, que tendrían como resultado un poco descifrable puntillismo casuístico. Ahí habrá de cumplir el juez, discreta y responsablemente, su papel.

Le ayudará a ello de modo irremplazable la norma. No para sustituir a la tarea judicial, siempre inevitable e inacabada, sino para servirle de marco de referencia e instrumento de fundamentación. Permitirá así que los afectados generen expectativas sobre el resultado final de ese proceso de positivación y cuenten a la vez con un punto de partida para reactivar, por vía de recurso, el aún inacabado momento judicial.

No tiene nada de extraño, a la vez, que también en los sistemas jurídicos marcadamente judicialistas, de corte anglosajón, el casuismo reclame de inmediato el complemento de un horizonte reglado, que se traduce en el imperativo del respeto al precedente. No algo muy distinto ocurre en los sistemas de matriz continental, por más que el paradigma legalista tienda a invertir el juego de ambos factores, presentando a la interpretación judicial como complemento, aparentemente ocasional o incluso prescindible, de la regularidad plasmada esta vez en la norma.

d) Positivismo como ideología

El positivismo ha acabado cumpliendo en realidad una función «ideológica», al falsear interesadamente la realidad. Simula estar en condiciones de garantizar una certeza en la identificación de los contenidos jurídicos, tan inexistente como la seguridad práctica que de ella derivaría para los ciudadanos. El intento de que la claridad de la ley haga innecesario reabrir la dimensión judicial del proceso de positivación del derecho ignora algo muy elemental: el dictamen sobre si está o no claro lo que propone la ley —o sea, si cabe juzgar que su resultado es razonable— es ya fruto de un juicio implícitamente abierto.

No menos ficticia será esa no retroactividad que, al estabilizar las expectativas de los ciudadanos, brindaría a la seguridad asiento. Al quedar inevitablemente abierto el momento judicial a lo largo de un proceso de positivación y realización del derecho que sólo termina con la cosa juzgada, será ésta la que acabe diciendo

iuris-dictio, de una vez por todas, cuál es la efectiva solución jurídica del caso. Si esta no parece coincidir con el contenido que inicialmente se atribuía a la norma, ello sólo nos recordará que la interpretación científica en que se basaba, era meramente hipotética: será auténtica la del juez, autor último de lo jurídico. Sólo *ex post facto* sabremos qué dice el derecho; esto obligará a replantear las hipótesis iniciales, hasta reconocer que nos encontraremos habitualmente ante una positividad sobrevenida.

Asunto distinto es que las interpretaciones doctrinales sirvan también de patrón regular de referencia a la hora de resolver los casos, cobrando así esa indirecta dimensión normativa propia del derecho de profesores, cuyo vigor será en todo caso menor que el del precedente judicial.

III. DERECHO NATURAL E HISTORICIDAD

Si la historicidad obliga a replantear el positivismo legalista, no menos revulsiva resultará para un iusnaturalismo de corte legalista, como el que tendieron a propiciar ciertos planteamientos escolásticos de la teología moral.

El punto álgido de la relación entre derecho positivo y derecho natural no se da tampoco en clave legalista, como se sugería al provocar la obligada polémica sobre el carácter jurídico o no de la ley injusta. La cuestión disputada pasa a ser ahora si existen o no puntos de referencia objetivos a los que remitir esos juicios de los que se alimenta el prolongado proceso de positivación que convierte al derecho en algo real.

Se nos dirá, obviamente, que ésa sería la función encomendada al texto legal. Pero «poner» el derecho exige ir siempre más allá de lo que el texto de la ley propone, porque éste sólo resulta legible dentro de un contexto de sentido que en buena parte lo trasciende; enlaza, en efecto, con claves valorativas, que no parece nada sensato disimular u ocultar. El derecho se pone siempre en diálogo con un contexto de valores que se da por supuesto. Ninguna actitud más racional que la de hacerlos transparentes. ¿Reposan tales claves sobre algún referente objetivo? ¿Hay razones para considerar a unas mejores, más ajustadoras y justas, que otras?

Al igual que ocurre con los llamados preceptos morales negativos, las exigencias iusnaturalistas gravitarán sobre este proceso denunciando, ante todo, desajustes concretos. A nadie extrañará, por tanto, que resulte siempre más fácil ponerse de acuerdo en lo que se considera jurídicamente intolerable que a la hora de proponer el modelo más justo para regular un ámbito de conducta. De ahí que las exigencias jurídico-naturales se hagan presentes más por la vía concreta de la llamada «naturaleza de las cosas» que mediante la invocación a una omnicompresiva ley natural, concebida como alternativa o modelo global para el derecho positivo.

Será, por tanto, en un momento intuitivo, en el que se genera una precomprensión estimuladora de la solución judicial, donde se hagan notar primariamente; rebrotarán más tarde aportando indicios sobre el carácter más o menos «razonable» de una solución. En ambos es una concepción de la justicia, más o menos conscientemente articulada, lo que está entrando en juego.

Esto no implica necesariamente rivalidad o conflicto con el derecho puesto, porque a fin de cuentas no cabe derecho más positivo que el que logre dar paso a lo históricamente razonable, gracias precisamente a una razonada argumentación.

HOMENAJE AL PROFESOR
JOSÉ ANTONIO ESCUDERO
(Tomo I)

Todos los derechos reservados. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esa obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

Todos los Libros publicados por Editorial Complutense partir de enero de 2007 han superado el proceso de evaluación experta.

De las imágenes y gráficos reproducidos en cada uno de los capítulos del presente volumen se hacen responsables los autores de los mismos.

© 2012 Editorial Complutense, S. A.
Donoso Cortés, 63 - 28015 Madrid
Tels.: 91 394 64 60/1. Fax: 91 394 64 58
ecsa@rect.ucm.es
www.editorialcomplutense.com

Primera edición: Marzo de 2012

ISBN Obra completa: 978-84-9938-061-2

ISBN Tomo I: 978-84-9938-062-9

ISBN Tomo II: 978-84-9938-063-6

ISBN Tomo III: 978-84-9938-064-3

ISBN Tomo IV: 978-84-9938-065-0

Depósito legal; M-8.759-2012

Imagen de cubierta; Joan Blaeu, *Regnorum Hispaniae nova descriptio* (detalle)

Fotocomposición: MCF Textos, S. A.

Impresión: Fernández Ciudad

Impreso en España - Printed in Spain