

Capítulo decimosexto	
DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL, TODAVÍA...	313
I. Diplopía jurídica	313
II. Iusnaturalismo inclusivo	315
III. Leyes <i>contra natura</i>	318
IV. Precaución, falacia...	321
V. Críticas a un legalismo compartido	326
VI. No cognitivismo ético y derecho	330
VII. ¿Constitucionalismo iusnaturalista?	332
VIII. Derechos fundamentales con fundamento	335
IX. Rehabilitación de la filosofía práctica	336
X. Jaque al normativismo	338
XI. ¿Porosidad entre derecho y moral?	341
XII. De la huida de lo “fuerte” a la duda demiúrgica	344
XIII. Lo procedimental como falsa alternativa.	347

CAPÍTULO DECIMOSEXTO  
DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL, TODAVÍA...

La situación presente de la filosofía del derecho se caracteriza por ese amplio debate en que se sustancia la crisis del positivismo jurídico y, tal vez, su posible convergencia con el viejo rival, el iusnaturalismo, dada la depuración experimentada también por éste en los últimos tiempos.\*

Parece particularmente razonable dedicar estas líneas de homenaje vinculándolas a un problema que ya trató en más de una ocasión,<sup>1</sup> con su habitual agudeza, quien se ha hecho acreedor de tan justo reconocimiento.

Quizá del texto del título que nos hemos propuesto resulten, paradójicamente, más significativos la conjunción y el adverbio que los sustantivos que dan noticia del objeto de nuestra reflexión.

I. DIPLOPÍA JURÍDICA

La expresión copulativa y nos recuerda, en efecto, cómo durante decenios se ha tendido irresistiblemente a plantear esta cuestión como si se

\* Delgado Pinto, J., Lección magistral en su investidura como doctor *honoris causa* por la Universidad Carlos III de Madrid el 6 de octubre de 2004 (citamos del original amablemente facilitado por el autor).

<sup>1</sup> Por recordar sólo algunas de sus aportaciones: “Derecho. Historia. Derecho natural,” *Anales Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, 1964, 4/2, pp. 73-174; “Obligatoriedad del derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: el pensamiento de Hans Kelsen”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1978, XX, pp. 1-43; “De nuevo sobre el problema del derecho natural”, discurso leído en la solemne apertura del curso académico 1982-83, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982; “Reflexiones acerca del significado de la pregunta por la fundamentación ontológica del derecho”, *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, 1982, 9, pp. 19-29; “La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo”, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 1996, 41, pp. 101-121.

tratase de articular la problemática relación entre *dos derechos*. Condenados a esta patológica doble visión, se hace bastante complicado captar los perfiles de la realidad jurídica. Resultaba obligado optar por uno u otro derecho, o bien establecer entre ellos una determinada jerarquía. Se hizo, por ejemplo, depender de uno de ellos (el natural...) la validez del otro (el positivo). Como alternativa, se impuso la drástica aniquilación del primero, partiendo de la retardora afirmación de que *sólo es derecho el derecho positivo*; dictamen particularmente impresionante en la medida en que se considere superfluo aclarar en qué consistiría la susodicha positividad, cuándo emerge o, sobre todo, cómo... Se negaba, en todo caso, al derecho natural carácter jurídico, para reducirlo a mera exhortación moral; su relevancia no desbordaría, en el más benévolo de los planteamientos, el ámbito de lo prejurídico.<sup>2</sup>

La polémica sobre la “separación” —obligatoria para el positivismo clásico— del derecho y la moral suele complicarse aún más con una variopinta “distinción” conceptual y terminológica. Considero que para un jurista resulta particularmente relevante distinguir, dentro de las exigencias de la *ética*, las que se traducen en una exigencia *moral* (en sentido propio) —en el marco de las orientaciones maximalistas propias de todo óptimo modelo de conducta humana— y las exigencias propiamente *jurídicas* —positivadas o no—, en el marco del mínimo ético exigible para garantizar la convivencia humana; llámesele “bien común”, “justicia política” o como corresponda. Obviamente ello llevaría a reconocer un trasfondo “moral” (hemos preferido calificarlo de “ético”, para evitar la apuntada confusión) en lo jurídico. Se detectaría de modo directo, al reconocerse como jurídicamente exigible una obligación ética, o bien de modo indirecto, al latir también exigencias éticas bajo la idea de orden que justifica las exigencias jurídicas derivadas de meras razones de oportunidad o eficacia. Asunto distinto es que mi concepción moral en sentido propio pueda llevarme a rechazar en dicho plano una exigencia jurídicamente positivada, por entender que no refleja adecuadamente ese mínimo ético que justifica la existencia misma del derecho.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> J. M. Trigeaud resalta en el positivismo jurídico tanto “la reducción del derecho mismo a ley” como el hecho de que “la moral no es a su vez respetada como tal sino en la medida en que puede ser derecho y en consecuencia convertible en ley” (*Justice et tolérance*, Bordeaux, Bière, 1997, p. 105).

<sup>3</sup> Advertido lo cual, se comprenderá que mi planteamiento resultaría difícilmente inteligible si se suscribe un concepto lato de moral —*morality*—, que incluiría todas “las

Planteada así la cuestión, quedaba indisolublemente vinculada a una de las polémicas más tenaces, y de más dudosa fecundidad, de la historia de la filosofía del derecho: la que contrapone a iusnaturalismo y positivismo jurídico. Vaya por delante que es el convencimiento de que no nos encontramos ante un inevitable dilema lo que permite justificar en el título ese final *todavía...*; sin perjuicio de que también ocasionales demandas de respuesta<sup>4</sup> nos acrediten la no extinguida vitalidad del problema.

## II. IUSNATURALISMO INCLUSIVO

Resulta obvio que la primera de estas líneas doctrinales reconoce carácter jurídico al derecho natural. Lo que no tengo tan claro es que ser iusnaturalista obligue necesariamente a supeditar la validez del derecho positivo a su fiel respeto de las exigencias jurídico-naturales; de ahí que los que sí lo tienen clarísimo se muestren remisos —para bien o para mal— a considerarme de los suyos.<sup>5</sup> Quizá estoy abanderando un peculiar iusnaturalismo, que salga al encuentro del positivismo “inclusivo”<sup>6</sup> de quienes relativizan la vieja obligada separación entre derecho y moral.

consideraciones normativas vinculantes de cualquier tipo”, mezclando inevitablemente las solo propiamente morales con las estrictamente jurídicas, animando incluso a plantear cuestiones, tan sorprendentes para cualquier jurista, como —en la traducción española— “¿en qué consisten los derechos jurídicos? [en el original *legal rights*], ¿cómo se relacionan con los derechos morales?” (Rraz, J., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 238 y 254; versión española *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 294 y 277).

No menos acrobática resulta, en la rigurosa traducción de Cristóbal Orrego, la referencia de J. Finnis a la “obligación jurídica en sentido jurídico”, distinguiéndola de la “obligación jurídica en sentido moral” (Ley natural y derechos naturales, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 382).

<sup>4</sup> Por ejemplo, la que recibí del profesor Francesco Viola para redactar el término *Diritto naturale e positivo* en la nueva edición de la *Enciclopedia Filosofica* de la editorial Bompiani. Tal contribución reciente servirá ahora en buena medida de hilo conductor a estas más extensas reflexiones.

<sup>5</sup> Cantero Núñez, E., *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet De Goytisolo*, Madrid, Fundación Matritense Notariado, 2000, p. 131, donde me critica un “replanteamiento del derecho natural” que “parece debido” a mi “perspectiva democrática”.

<sup>6</sup> Por todos véase, Waluchow, J. W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

Desde aquel punto de vista, la ardua problemática de la *ley injusta* pasaba a ocupar un lugar central.<sup>7</sup> Su versión más drástica habría de llevarnos hoy, por ejemplo, a entender que, siendo el matrimonio indisoluble, heterosexual y monógamo por naturaleza, toda regulación que desconociera alguno de estos caracteres carecería de validez jurídica.

La verdad es que, como jurista, nunca he llegado a entender las virtudes de tal planteamiento.<sup>8</sup> Asunto distinto sería reconocer que no debo sentirme moralmente obligado a obedecer tales leyes, o incluso que —en según qué casos— debería considerarme personalmente obligado a desobedecerlas.<sup>9</sup> De generalizarse esta postura, tales leyes se verían privadas de un decisivo motivo moral de obediencia,<sup>10</sup> con previsibles consecuen-

<sup>7</sup> Ello lleva a J. Delgado Pinto a estimar que, aunque R. Dworkin haya protagonizado “el ataque más poderoso contra el positivismo jurídico en los últimos decenios”, a su teoría, al no suscribir este punto, se la habría considerado “sin fundamento como una versión del iusnaturalismo” (“La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, *Derechos y Libertades*, 2002, 11, pp. 15, 38 y 37. J. Finnis, por el contrario, tras señalar que “una teoría de la ley natural no necesita tener como principal preocupación, ni teórica ni pedagógica, la afirmación de que «las leyes injustas no son leyes»”, añade: “en realidad no sé de ninguna teoría de la ley natural en la que esa afirmación, o cualquier cosa parecida, sea algo más que un teorema subordinado” (*Ley natural y derechos naturales*, p. 379). P. Serna lo suscribe: “en la tradición del derecho natural no pasa de ser un corolario” sin “carácter central” (“Sobre el *Inclusive legal positivism*. Una respuesta al profesor Vittorio Villa”, *Persona y Derecho*, 2000, 43, p. 135).

<sup>8</sup> También J. Finnis estima que “no sirve para pensar con claridad, ni para ningún fin práctico bueno, oscurecer la positividad del derecho —*law*— negando la obligatoriedad jurídica «en el sentido jurídico o intrasistemático» de una regla recientemente declarada jurídicamente válida y obligatoria por la más alta institución del «sistema jurídico»” (*Ley natural y derechos naturales*, *cit.*, nota 3, p. 384). Para F. Viola no cabe considerar que en Santo Tomás “una ley injusta no es derecho válido”; de ahí que sugiriera razones para obedecerla, “si bien no encarna el concepto de ley en la plenitud de su significado, al no ser conforme a la razón” (“La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques Maritain”, *Jacques Maritain oggi*, Monza, Vita e Pensiero, 1983, p. 568).

<sup>9</sup> De la gama de problemas “deontológico” con que puede tropezarse un jurista me he ocupado en “Deontología jurídica y derechos humanos”, incluido en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios sobre deontología*, Murcia, UCAM-AEDOS, 2003, t. I, pp. 53-72.

<sup>10</sup> F. González Vicén contempla tal circunstancia con una hoy poco habitual flema, digna del más clásico positivismo. El “único auténtico” punto de vista para fundar una obligatoriedad ética del derecho sería la creencia en que “toda autoridad en la tierra procede de Dios y merece acatamiento”. La justificación alternativa, basada en la presunta garantía de la seguridad jurídica, “es la ideología clásica de la clase burguesa” y encierra “una añagaza o subterfugio para justificar «cualquier» derecho, independientemente de su contenido”. Todo ello le lleva a afirmar que “si un derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este derecho carece de vinculatoriedad y debe

cias jurídicas. Aun no identificándose obligatoriedad moral y validez, obligadas tales leyes a apoyarse en exclusiva sobre su coercibilidad, podrían ver comprometida su vigencia<sup>11</sup> y viabilidad práctica.<sup>12</sup>

Puede que, al adoptar esta actitud, alguien pudiera entender que reduzco el derecho natural a mero *desideratum* moral,<sup>13</sup> lo que me convertiría en un positivista de pedigrí. En efecto, el rechazo de la ley injusta encontraba su inseparable pareja alternativa en la neta separación positivista entre derecho y moral. Kelsen llevará a la perfección la distinción de Hobbes entre consejo y mandato, con su conocida dicotomía de sistemas morales estáticos, en los que la validez de las normas depende de la congruencia de sus contenidos con los de otras que se la confieren, y sistemas jurídicos dinámicos, en los que la validez se apoya en una mera

ser desobedecido”; es decir, que “mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia”. Esta “limitación de la obediencia al derecho por la decisión ética individual significa el intento de salvar, siquiera negativamente y de modo esporádico, una mínima parcela de sentido humano en un orden social destinado en sí al mantenimiento y aseguración de relaciones específicas de poder” (“La obediencia al derecho”, *Estudios de filosofía del derecho*, La Laguna, Universidad, 1979, pp. 366, 380, 385, 388 y 397).

<sup>11</sup> Lo subraya F. D’Agostino: “como las reglas del lenguaje no pueden ser reenviadas a un súper-lenguaje, que se erija en medida de todas las lenguas particulares, pero son inmanentes al mismo lenguaje y constituyen hasta tal punto su índice de expresividad que no pueden ser violadas, so pena de llevar a la incomprendibilidad parcial o incluso total de lo lingüísticamente expresado, así el derecho natural no se contiene en un súper-código, sino en las mismas normas de derecho positivo de las que constituye fundamental razón de ser, falto de la cual el derecho positivo mismo decae en un sin-sentido, con la consecuencia de que su obligatoriedad tiende a perderse con extrema rapidez” (*Diritto e giustizia. Per una introduzione allo studio del diritto*, Torino, San Paolo, 2000, p. 26).

<sup>12</sup> En tal sentido pienso que cabría reducir a dos los tres elementos en torno a los que R. Alexy hace girar el derecho: “lo legal y lo eficaz”, que constituirían para él su “aspecto real o institucional”, y “lo correcto”, que supondría “su dimensión ideal o discursiva” (“La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho*, 2000, 43, p. 218). Dado que lo “real” parece cobrar una relevancia más sociológica que ontológica, tendría que ver menos con la validez jurídica que con una vigencia práctica, constatable *a posteriori*, que podría sin duda verse comprometida por posibles déficit de “corrección”.

<sup>13</sup> Así podría considerarlo J. Delgado Pinto partiendo de la idea opuesta: si “las normas jurídicas imponen verdaderos deberes en la medida en que sean justas; si son injustas no obligan”, “entonces estamos en presencia de un simple deber moral”. Admite, sin embargo, que “una actualización acertada de las tesis defendidas por lo representantes «clásicos» del iusnaturalismo podría permitir la elaboración de una doctrina inmune” a tal crítica, que reconoce coincidente “con la manejada por conocidos autores positivistas” en sus escritos polémicos (“La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo”, *op. cit.*, nota 1, pp. 116, 120 y 121).

conexión formal ajena a todo contenido.<sup>14</sup> Nos hallaríamos pues ante el positivismo en estado puro, de la mano —habrá que recordarlo— de un estricto no cognitivismo ético.<sup>15</sup> Desde una perspectiva de racionalidad práctica, cabe por el contrario admitir —como es mi caso— la existencia de exigencias propiamente jurídicas con mayor o menor grado de positividad.

### III. LEYES *CONTRA NATURA*

Ser positivista, y riguroso a la vez, resulta fácil cuando se está dispuesto a suscribir que las exigencias éticas (tanto las propiamente morales como las jurídicas...) no son susceptibles de fundamentación racional alguna; algo tan reñido con la realidad cotidiana del derecho,<sup>16</sup> como para obligar a asumir que —pese a su engañoso rótulo gremial— los jueces no pueden en realidad emitir “juicio” alguno.<sup>17</sup> Cuando tales consecuencias no se consideran fácilmente asumibles, el positivismo se torna claudicante y, lo que es más grave, de su ansiado rigor no suelen quedar ya particulares muestras.

Considero, por el contrario, que de la *naturaleza* del hombre derivan exigencias éticas, en la práctica racionalmente cognoscible. En la medida

<sup>14</sup> “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” (Hobbes, T., *De cive XIV*, trad. de A. Catrysse, Caracas, 1966, p. 217). Sobre la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos véase Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 3a. ed., México, UNAM, 1979, pp. 203 y 204.

<sup>15</sup> F. Viola recuerda cómo un “modo de controlar el poder era tradicionalmente el de vincularlo al respeto de ciertos contenidos normativos. Pero Kelsen no cree que esto sea lo específico del derecho, porque ello implicaría la posibilidad de conocer objetivamente lo bueno y lo justo” (Viola, F. y Zaccaria, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 22).

<sup>16</sup> R. Vigo, experto juez aparte de avezado estudioso de problemas filosófico-jurídicos, no deja de apuntar: “nos parece bastante evidente que el iuspositivismo se mueve más cómodo en el mundo académico que entre los operadores jurídicos y la concreta realidad jurídica” (*El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003, p. 200).

<sup>17</sup> Del asunto, con particular referencia a Kelsen, me ocupé en “Juzgar o decidir: el sentido de la función judicial”, *Poder Judicial*, Madrid, 1993, 32, pp. 123-139; traducido más tarde tanto en *Droit “positif” et droits de l’homme*, Bordeaux, Éditions Bière, 1997, pp. 179-200, como en *Diritto “positivo” e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 178-200.

en que dichas exigencias no apuntan al logro de la máxima perfección personal imaginable, sino al imperioso respeto de un mínimo ético sin el que la convivencia dejaría de ser *humana*, se trata sin duda de exigencias jurídicas y no tan sólo propiamente morales. La consecuencia es obvia: sin necesidad de plagiar a Radbruch,<sup>18</sup> habría de preguntarme cómo puedo reconocer carácter jurídico a normas de contenido antijurídico. La respuesta podría ser: de la misma manera que no renuncio a reconocer como persona humana, y a respetar en consecuencia, a quien se comporta inhumanamente; sin perjuicio de hacer todo lo posible por mejorar la situación.

No creo que la discrepancia que se plantea derive obligadamente del enfrentamiento entre una dimensión ético-material y otra meramente lógico-formal de lo jurídico. Lo que ocurre, más bien, es que mi convicción sobre el carácter jurídico de esas exigencias naturales reposa sobre una determinada teoría de la justicia;<sup>19</sup> pero también la que la niega es a su vez —conscientemente o no— deudora de otra teoría de la justicia, no

<sup>18</sup> W. Hassemer, que —“siendo como soy discípulo de Arthur Kaufmann”— estima que debe “considerarlo mi «abuelo» académico”, subraya que hablar de “antijuridicidad legal” o de “derecho supralegal” era “para un positivista todo un pecado mortal”. Radbruch, “como el positivista jurídico que en el fondo de su corazón siempre fue”, suscribe “el valor de la seguridad jurídica para los casos de normal funcionamiento estatal y jurisdiccional; pero cuestiona el seguimiento de la ley cuando, por no apuntar a la justicia, es «antijurídica sin más»” (“Control de constitucionalidad y proceso político”, *Persona y Derecho*, 2001, 45, pp. 120 y 121). Similares afirmaciones, ahora en alemán, dos años después en “Konstitutionelle Demokratie”, *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 1321). R. Alexy distinguirá en la postura de Radbruch una “conexión clasificatoria”, que le lleva a negar validez jurídica a normas que alcanzan el “nivel de lo intolerable” o niegan radicalmente la igualdad exigida por la justicia, y una conexión “meramente calificatoria” que sólo dictamina una degradación jurídica (“A Defence of Radbruch’s Formula”, en Dyzenhaus, David (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford-Pórtland, 1999, pp. 16 y 24). F. D’Agostino apunta que “quien tenga un mínimo de familiaridad con la doctrina tomista de la ley injusta” la verá “tácitamente recogida” en ese doble aspecto (*Filosofía del derecho*, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 1996, p. 39).

<sup>19</sup> No veo inconveniente en admitir que el derecho natural es “la ética jurídica; esto es, la dimensión jurídica de la ética o la proyección de ésta en el campo del derecho positivo”; como lógica consecuencia, la justicia “no representa un juicio crítico externo que se realiza sobre determinado orden jurídico ya existente como tal, sino un ingrediente imprescindible del mismo” (Prieto Sanchís, L. *et al.*, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 62 y 64).



menos ético-material que la mía.<sup>20</sup> Por más que yo pueda considerar errada la que de hecho se ha positivado, habría de reconocerla avalada por elementos formales y procedimentales *positivos*, sin los que el derecho resultaría también —valga la paradoja— desnaturalizado.

De lo dicho se desprende un segundo planteamiento: mi discrepancia respecto a una ley *contra natura* es jurídica y no meramente moral. Dado que está de moda el talante analítico, recurriré a ejemplos triviales: si encuentro colgado en un museo de primer orden un cuadro que me parece un bodrio, y lo califico de tal, no sería muy razonable estimar que estoy formulando un juicio moral; se trata sin duda de un juicio estético, acertado o equivocado. Si, hartado de ver deambular por el campo de fútbol a una supuesta figura galáctica, me atrevo a sugerir que es un jugador muy malo, no pronostico que se vaya a condenar; lejos de emitir juicio moral alguno, dictamino futbolísticamente que, aunque venda camisetas, es un pésimo jugador. No entiendo, en consecuencia, por qué los juicios sobre obras de arte o aportaciones futbolísticas deficientes tendrían carácter estético o deportivo, mientras que los juicios sobre deficiencias jurídicas tendrían un carácter meramente moral, jurídicamente esotérico.<sup>21</sup> Tal dictamen sólo se justificaría si yo estuviera rechazando tal norma jurídica por contradecir mis maximalistas anhelos morales; pero lo que en realidad afirmo es que no satisface ese mínimo ético en que consiste lo jurídico.

Como ya dije, la denuncia de las deficiencias jurídicas observadas en una norma no me obligan a negarle carácter jurídico; pienso, por el contrario, que sólo lo que es jurídico podrá ser jurídicamente deficiente.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> La posibilidad de negar incluso tal “pretensión” de justicia a una norma jurídica me parece más típica de dictámenes políticos *ex post facto* que de razonamientos propiamente jurídicos, impregnados siempre de la cuestionabilidad de todo ejercicio de la razón práctica. No es extraño pues que cuando J. A. Seoane analiza tal posibilidad en el replanteamiento de la fórmula de Radbruch por Robert Alexy, al aplicarla a los posibles delitos cometidos por los “vopos” en el muro, acabe dictaminando que “puede afirmarse que acaba siendo más «iusnaturalista» que Tomás de Aquino” (“La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2002, 6, p. 790).

<sup>21</sup> F. Viola apunta que “al menos en casos extremos, como el genocidio, la tortura o la esclavitud, resulta difícil no pensar que sea precisamente la inmoralidad de tales comportamientos las que los convierte en esencialmente antijurídicos” (Viola, F. y Zaccaria, G., *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 99).

<sup>22</sup> Esto relativiza en consecuencia el intento de mantener como expresión de la separación entre derecho y moral que sería propia del positivismo, la obvia afirmación esgrimida por H. L. A. Hart (*Post Schriptum al concepto del derecho*, México, UNAM, Insti-

Pretender que un caballo cojo deja de ser un équido sería tan desorbitado como atribuirle las mismas posibilidades de ganar el gran derby que a cualquier otro. Aun reconociendo que todo derecho positivo es derecho, ello no me impide dictaminar que sea jurídicamente (y no sólo moralmente) mejor o peor. Asunto distinto, fácil de asumir por más de un inteligente positivista, es que este reconocimiento de una norma como derecho permita no sólo criticarla jurídicamente sino formular también sobre ella cuantos juicios morales vengan a cuento.

Si aparcamos la perturbadora fe en la existencia de una *positividad instantánea*,<sup>23</sup> lo jurídico nos aparece como un conjunto de exigencias de justicia destinadas a verse positivamente reconocidas en la convivencia social. Un ordenamiento jurídico que no reconociera dichas exigencias contendría un *derecho desnaturalizado*. En ello se muestran conformes —con más o menos rigor— sedicentes positivistas que consideran jurídicamente deficientes los ordenamientos positivos (más bien de países lejanos...) que no respetan ni garantizan los derechos humanos.<sup>24</sup> Pero si tales exigencias de justicia no prosperan a través de un adecuado *proceso de positivación* quedarían reducidas a *derecho ilusorio*; más útil, a veces, para legitimar retórica y oportunistamente la opresión que para hacer la convivencia más humana.

#### IV. PRECAUCIÓN, FALACIA...

Desde el positivismo jurídico, por el contrario, se ha insistido en fundar la inexistencia de un derecho natural en la obligada distinción entre derecho y moral. Tal postura no deja de resultar discutible, ya que más bien obligaría a separar al derecho positivo tanto de la moral natural como de la que de forma positiva se muestra vigente en una sociedad determinada. No veo por qué el respeto de tal distinción entre derecho y mo-

tuto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 49) de que “disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos”. Asunto distinto es que, faltas de todo respaldo moral, tendrán que buscarlo de modo exclusivo en una dimensión coactiva, lo que comprometerá notablemente su viabilidad práctica.

<sup>23</sup> A ella me he referido en *Metodología jurídica y derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 183 y ss.

<sup>24</sup> C. I. Massini señala criticándolos que “sólo a partir de una posición iusnaturalista es legítimo y coherente hablar de derechos humanos” (*Los derechos humanos en el pensamiento actual*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 216).

ral haga el reconocimiento del derecho ya positivado incompatible con la existencia de otras expresiones de la realidad jurídica. La efectiva confrontación se produce en realidad entre dos conceptos de validez jurídica. Uno la considera deteriorada cuando no se respetan determinados contenidos ético-materiales de relevancia propiamente jurídica. Otro la considera absolutamente ajena a un peculiar concepto de lo “natural”, que no albergaría sino contenidos morales ajurídicos; epistemológicamente implicaría incluso una falacia, al pretender derivar de aparentes premisas de hecho consecuencias normativas.

Es obvio que cuando reconocemos exigencias jurídicas naturales no estamos describiendo dato fáctico alguno.<sup>25</sup> Pretender que cuando se recuerda que un esclavo debe ser liberado o que un hambriento tiene derecho a comer, estamos realizando una descripción física que no dejaría de resultar sorprendente.<sup>26</sup> No lo sería menos empeñarse en sugerir que estamos limitándonos a implorar una conseja moral. En realidad estamos recordando que el hombre, para *ser* tal, *debe* jurídicamente ver garantizada su libertad y satisfechas sus necesidades básicas.<sup>27</sup> La afirmación de

<sup>25</sup> C. I. Massini recuerda que “al decir «naturaleza» no se está queriendo significar lo que las ciencias empíricas nos enseñan acerca del hombre, ni tampoco lo que el uso corriente del término acostumbra a significar”. No se trata “de que sea necesario «definir» o «describir» el hombre para pasar luego —indebidamente— a la aprehensión de lo que es «bueno»”. Se trata de una “comprensión de la naturaleza humana que no es «teórica», ni «metafísica», ni «naturalista»: es pura y simplemente ética, realizada por la razón práctico-moral sobre un objeto práctico, con un fin práctico y de modo práctico”. Falaz, a su juicio, sería la actitud de “los positivistas al acusar a todas las filosofías iusnaturalistas de un error que sólo puede imputarse a algunas, falacia esta última conocida clásicamente como *mutatio elenchi* y por la cual se refuta lo que el adversario no ha sostenido” (*La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Idearium, 1995, pp. 45, 47 y 75).

<sup>26</sup> J. Finnis distingue, entre las “inclinaciones naturales” apuntadas por Santo Tomás, las meras disposiciones, incluso inconscientes, para operar, o las tendencias constantes, como apetitos sensibles, aversiones o pasiones, de las tendencias que radican en la voluntad como formas naturales de la capacidad de responder a razones y a bienes humanos inteligibles; la comprensión de éstos los que las convierte en “naturales” por antonomasia (*Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, University Press, 1998, pp. 92 y 93).

<sup>27</sup> W. Hassemmer, haciendo gala hace más de cuarenta años de su habitual pulcritud, levantó acta de cómo en Tomás de Aquino en la tendencia al fin surge del orden del ser el del deber ser; lo que explica que el suyo sea un derecho natural histórico, al implicar un juicio sobre un supuesto de hecho concreto realizado apoyándose en la naturaleza de la cosa (“Der Gedanke der «Natur der Sache» bei Thomas von Aquin”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1963, XLIX, pp. 35 y 40). F. D’Agostino, tras hacer propia la acusación de “falacia descriptivista” con que algunos analíticos tachan el inten-

lo que un ser libre *es* se identifica necesariamente con una doble exigencia ética: cómo *debe* personalmente actuar y cómo *debe* ser institucionalmente tratado:<sup>28</sup> en ambos casos, con arreglo a su naturaleza.<sup>29</sup> De lo contrario, resultaría degradado:<sup>30</sup> no dejando de ser físicamente hombre, se comportaría o se vería jurídicamente tratado de modo inhumano.<sup>31</sup> Cuando lo *natural* se reduce a hecho o dato meramente físico, del que sería irracional derivar exigencia ética alguna, se ha olvidado su metafísica *dimensión entelequial*,<sup>32</sup> como verdadero despliegue actualizador de lo que es esencial al ser humano.

to de negar la posibilidad de “someter a controles lógicamente relevantes discursos preceptivos”, admite que la “descripción de esencias” implique una valoración, pero no “arbitraria o subjetivista” (*Filosofía del diritto*, *cit.*, nota 18, pp. 77 y 83).

<sup>28</sup> Para J. Finnis “los principios sobre lo que es moralmente correcto o incorrecto” “derivan de los primeros principios premorales de razonabilidad práctica, y no de algunos hechos, sean metafísicos o de otro tipo. Al discernir lo que es bueno, lo que ha de ser perseguido —*prosequendum*—, la inteligencia opera de una manera diferente, dando lugar a una lógica diferente, de cuando discierne lo que sucede de hecho histórica, científica o metafísicamente; pero no hay ninguna buena razón para sostener que estas últimas operaciones de la inteligencia son más racionales que las primeras” (*Ley natural y derechos naturales*, *cit.*, nota 3, p. 67).

<sup>29</sup> J. Delgado Pinto considera “posible formular el programa iusnaturalista en términos que no incurran en la falacia naturalista”, pero ello exige “tener en cuenta que en este caso el concepto de naturaleza que se maneja no es un concepto empírico, sino metafísico-teleológico, en el que lo que es y lo que debe ser aparecen imbricados” (“De nuevo sobre el problema del derecho natural”, *cit.*, nota 1, p. 21). Los duendes de la tipografía sustituyeron maliciosamente teleológico por “teológico”, pero en el ejemplar que el autor me obsequió tuvo él mismo de corregir de su puño y letra la errata.

<sup>30</sup> J. M. Trigeaud apunta cómo por esa vía “el derecho acaba por ser tratado como un medio técnico de control social, al servicios de objetivos utilitaristas abandonados a la decisión del político”, lo que desemboca en “un nihilismo, más allá del prudente escepticismo del método humeano” (*Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux, Bière, 1990, t. II, p. 43).

<sup>31</sup> También G. Zagrebelsky levanta acta de esta confluencia “verdadero, justo, obligatorio. A partir del ser —lo verdadero— se llega al deber ser —lo obligatorio— a través del criterio de la justicia”, sin que ello implique falacia alguna: “que la justicia deba ser realizada no es en absoluto un hecho, sino un valor, aunque tal vez sea el más obvio o menos controvertible de los valores” (*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 119).

<sup>32</sup> Se estaría atribuyendo “al término «naturaleza» un significado estrictamente naturalista-biológico o, con Hobbes, hasta zoológico” (Cotta, S., “Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural”, *Revista Facultad Derecho Universidad Complutense*, 1995, p. 343; trabajo que reelabora lo ya anticipado en “Il concetto di natura nel diritto”, *Iustitia*, 1987, XL-2, pp. 67-79). J. Finnis apunta que desde Platón y Aristó-

Un planteamiento menos rígido de la validez jurídica, así como una visión más realista de la fluida conexión entre elementos ético-materiales y jurídico-formales, permitiría por el contrario admitir que derecho natural y derecho positivo no son sino dos dimensiones de la misma y única realidad jurídica.<sup>33</sup> Para certificar si sería posible, para un auténtico ius-naturalista o para un positivista consecuente, aceptar tal planteamiento, habría que definir los límites de la ortodoxia en ambas líneas doctrinales.

Se ha puesto de relieve cómo el término derecho natural se convierte en un auténtico *mare mágnum*, ante la inacabable combinación de acepciones diversas de lo que cabe entender como derecho o como natural. Habría que añadir que lo mismo ocurre en clave negativa, cuando desde las fortalezas positivistas se critica el derecho natural sin que resulte fácil discernir si se está hablando de Aristóteles, Ulpiano, San Agustín, Hugo Grocio o John Locke, no siempre tan bien avenidos.

La cuestión se complica, no sólo porque una y otra doctrina albergan planteamientos muy diversos, sino porque no pocas veces tienden perezosamente a resolver por vía negativa el desconcierto que de ello deriva.<sup>34</sup> La principal tarea que permitirá reunir a “iusnaturalistas” de diverso cuño será sus polifacéticas críticas al positivismo jurídico; mientras el rechazo del derecho natural acaba sirviendo de último punto de unión a positivistas de la más diversa procedencia. El resultado supera todo intento de poner orden desde una u otra orilla. A nadie extrañará que alguno, claramente vinculado al club, se dé por vencido y reconozca que “no hay

teles a Aquino “se respeta la distinción entre «es» y «debe», hecho y valor, mucho más cuidadosamente que, por ejemplo, David Hume. Posturas en contrario son un mito o un malentendido” (*The Natural Law Tradition*, Association of American Law Schools, 36 J. Legal Educ, 1986, p. 493).

<sup>33</sup> J. Delgado Pinto no deja de señalar que “si se le entiende así, y así es como lo entendieron grandes figuras del iusnaturalismo a lo largo de la historia, los problemas de un presunto dualismo jurídico se desvanecen en parte” (“De nuevo sobre el problema del derecho natural”, *cit.*, nota 1, p. 19).

<sup>34</sup> V. Villa, al proponer una definición de “iuspositivismo, contemplado como una orientación que se contraponen conceptualmente, por vía mutuamente excluyente, al iusnaturalismo” no duda en reconocer honestamente que se trata de definiciones “in negativo” (“«Inclusive Legal Positivism» e neo-giusnaturalismo: lineamenti di una analisi comparativa”, *Persona y Derecho*, 2000, 43, p. 36).

un derecho «positivo» en el sentido en el que emplea el término el positivismo jurídico”.<sup>35</sup>

En lo que a mí respecta, no me produce ningún sofoco admitir que sólo es derecho el derecho positivo.<sup>36</sup> Las exigencias jurídico-naturales ayunas de positivación se ven reducidas a patético testimonio de carencia jurídica, sin capacidad para ejercer —ni formal ni éticamente— como ordenamiento jurídico alternativo. Empeñarse en que son más derecho que el derecho positivo me parece empeño quizá moralmente loable pero jurídicamente perturbador. Quizá ello explique mi indisimulado afán por verlas cuanto antes positivadas, o mi resistencia a que se relativice irresponsablemente ingrediente jurídico tan indispensable.

No considero, por otra parte, tan alejados de mi postura a aquellos positivistas que defienden con denuedo la existencia de *derechos morales*. Si son coherentes con la obligada distinción entre derecho y moral, no podrán sostener que algo tan jurídico como para ser catalogado como derecho pueda tener una relevancia meramente moral. Más bien parecen plagiar, quizá sin saberlo, a los clásicos griegos. Éstos no dudaban en calificar como derecho natural a aquella parte del derecho positivo en la que era fácil detectar un fundamento universalizable; sin perjuicio de clamar al cielo (con Antígona), al no caberles en la cabeza que su *polis*, presunta expresión de la plenitud ética ciudadana, pudiera a la vez ignorar alguna otra exigencia también fundamental. Cuando oigo invocar derechos morales, no entiendo que se me sugiera que se trata de exigencias aún no jurídicas. Más bien, se me está llamando la atención sobre los derechos más jurídicos imaginables; precisamente por fundarse sobre exigencias éticas y no sobre meras razones de oportunidad y eficacia. De ahí las consecuencias previsibles cuando haya de procederse a sopesarlos en ponderación con otros derechos privados de tan sólido cimiento.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Olivecrona, K., *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, Barcelona, Labor, 1980, p. 78.

<sup>36</sup> La cuestión no plantea mayor problema desde una filosofía hermenéutica: “el positivismo jurídico no se caracteriza por afirmar que todo derecho es producto del obrar humano —cuestión aceptable desde tantos puntos de vista—, sino fundamentalmente por el hecho de sostener el «estar en sí mismo» del derecho positivo; o sea, la identificación entre el sentido del derecho y los textos jurídicos o, lo que es lo mismo, la autolegitimación del texto” (Viola, F. y Zaccaria, G., *cit.*, nota 15, p. 449).

<sup>37</sup> “Cuando determinados asuntos son eliminados de la agenda política dejan de ser considerados como objetos propiamente dichos de decisión política sujeta a la regla de la mayoría, o a otra regla electoral pluralista. Por ejemplo, en lo que respecta a la igual li-

Asunto distinto es que no quepa marcar una frontera tan neta entre “derechos”, basados en exigencias de justicia, y “políticas”, nacidas de consideraciones de oportunidad y eficacia.<sup>38</sup> Una tajante distinción parecería resucitar el dualismo entre un derecho natural, fundamentador de derechos propiamente dichos, y un derecho meramente positivo generador de políticas. Más curioso aun resultaría el estrambote de esta escisión: un Poder Judicial de tareas iusnaturalistas contrapuesto a un Ejecutivo (e incluso Legislativo) con afanes positivistas.<sup>39</sup>

## V. CRÍTICAS A UN LEGALISMO COMPARTIDO

A la deseable confluencia entre derecho natural y derecho positivo han contribuido decisivamente quienes pusieron en cuestión, desde ambas orillas del mismo río, la presunta identidad entre derecho y ley. Para ellos resultaba particularmente vicioso el obtuso dilema entre el positivismo legalista y un iusnaturalismo que —ley natural en ristre— nada tenía que envidiarle<sup>40</sup> en lo que a legalismo respecta. Se insistió con acierto en que no cabía considerar irrelevante que se hablara de derecho natural o de ley natural, como si fueran sinónimos.<sup>41</sup> En el derecho ya

bertad de conciencia y al rechazo de la esclavitud y de la servidumbre, eso significa que las libertades básicas iguales que abarcan constitucionalmente esos asuntos se consideran razonablemente fijadas, correctamente sentadas de una vez por todas” (Rawls, J., *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, p. 183).

<sup>38</sup> Sobre el juego práctico de esta distinción véase Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 220 y ss.

<sup>39</sup> R. P. George critica con razón esta escisión de la justicia y el bien común en Dworkin: entre “derechos individuales” e “intereses colectivos” en el marco de su “utilitarismo neutral” (*Para hacer mejores a los hombres: libertades civiles y moralidad pública*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002, pp. 86, 88 y 92).

<sup>40</sup> J. M. Trigeaud se muestra particularmente crítico ante manifestaciones de “alianza objetiva” que hacen confluir en una “perspectiva común al positivismo y a su desdoblamiento iusnaturalista”, lo que le lleva a invitar a una “crítica del «positivismo» iusnaturalista”, como el de “neotomismos modernos” paralelos al “positivismo legalista” (*Introduction à la philosophie du droit*, 2a. ed., Bordeaux, Bière, 1993, pp. 36, 38, 76 y 77). Volverá a aludir al “positivismo iusnaturalista” en “Droits de l’homme au XXe siècle. Entre nature et personne”, *Persona y Derecho*, 2000, 43, p. 154; incluido luego en *Droits premiers*, Bordeaux, Bière, 2001, p. 176.

<sup>41</sup> A. Kaufmann lo resalta ya en la segunda de sus publicaciones, derivando de ello la existencia de una “polaridad” entre positividad y derecho natural en el seno de la “estructura ontológica” del derecho: *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, Mohr, 1957,

positivado daban pie a resaltarlo distinciones como la establecida entre “Gesetz” y “Recht” por el artículo 20.3 de la Ley Fundamental alemana<sup>42</sup> u otras previsiones constitucionales en ella inspiradas.<sup>43</sup>

No es sin duda lo mismo, sobre todo desde un punto de vista epistemológico, hablar de lo justo por naturaleza que de la ley natural.<sup>44</sup> En el primer caso podríamos estar detectando, de la mano del derecho ya positivado, ese núcleo duro que gozaría de un fundamento de validez particularmente sólido, vinculado a contenidos ético-materiales y no a meras razones convencionales de oportunidad o eficacia. Así ocurre en las más fieles interpretaciones del iusnaturalismo aristotélico, pero no menos en la ya aludida distinción entre principios y políticas en los Estados de de-

pp. 12 y 25 (más tarde en español: “Derecho natural e historicidad”, *Derecho, moral e historicidad*, pp. 24 y 36). Lo hace citando a A. F. Utz, que no insistirá luego demasiado en ello; apenas una referencia tangencial en su *Ethik des Gemeinwohls. Gesammelte Aufsätze 1983-1997*, Paderborn, Schöningh, 1998, p. 23. Se ha resaltado cómo también, desde otra óptica, distinguirá ley y derecho natural Maritain, para el que el concepto de derecho se realiza plenamente en el derecho positivo, en menor medida en el derecho de gentes y sólo de modo virtual en el derecho natural; por el contrario, la ley eterna realizaría plenamente el otro concepto, seguida de la ley natural, la de las naciones y de modo más débil la ley positiva (Viola, F., “La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques Maritain”, *op. cit.*, nota 8, p. 567).

<sup>42</sup> A. Kaufmann detectará en esta distinción el paso efectivo de un Estado legal a un Estado de derecho y derivará de ello una doble consecuencia: la positividad del derecho viene exigida por la misma *Natur der Sache*, pero una ley injusta no sería derecho, por resultar contradictorio que un Estado de derecho obligara al juez a aplicarla (“Gesetz und Rect”, *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1962, pp. 363 y 364; incluido luego en *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt, Athenäum, 1972, pp. 135 y ss.).

<sup>43</sup> De modo expreso se refleja en el “sometimiento pleno a la ley y al derecho” que para la administración pública dicta el artículo 103.1 de la Constitución española. No es difícil advertirla también latente en la alusión del artículo 9.1 a que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, así como en la siempre problemática distinción entre niveles de legalidad y de constitucionalidad a la hora de amparar derechos fundamentales presuntamente vulnerados. De esto último nos hemos ocupado con detalle en *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición ampliada y actualizada, en prensa.

<sup>44</sup> Para M. Villey, a Kelsen “encerrado en su soliloquio, positivista, para el que el derecho surge *a priori* de una ley, no le cabe en la cabeza que quepa distinguir entre esos dos términos. Caen en el contrasentido de confundir derecho natural y ley natural” (*Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*, París, Presses Universitaires de France, 1987, p. 148).



recho constitucionales contemporáneos. En ambos casos estamos hablando de derecho *proprio vigore* y no de utopías morales. Su dimensión interpretativa facilita en el proceso de positivación del derecho esa permeabilidad respecto a concretas exigencias naturales, por la vía de la *naturaleza de la cosa*,<sup>45</sup> que la drástica denuncia profética de la ley injusta, con tácita intención alternativa, hacía inviable.

La asunción por los teólogos cristianos de planteamientos iusnaturalistas —de raíz aristotélica, de procedencia estoica o legados por la jurisprudencia romana— acaba derivando hacia un asimétrico protagonismo de la *ley natural*. No es sino la consecuencia lógica de la verticalidad obligada para una visión del mundo en la que irrumpe un Dios, eterno y a la vez personal, creador de la naturaleza física y orientador de la vía éticamente natural de perfeccionamiento de los seres libres. La consecuencia inmediata será, por una parte, el arranque de la distinción entre ley natural y ley humana; de ellas, siempre en clave legalista, acabará suscitando particular atención su posible contraposición (ley humana injusta o ley natural no positivada). Se facilita, por otra parte, la confusión entre exigencias propiamente morales y otras además jurídicamente relevantes;<sup>46</sup> todo ello en el marco de una ley natural de la que al teólogo preocupa prioritariamente su obligatoriedad moral, hasta llegar a considerar prácticamente irrelevante una validez jurídica falta de dicho fundamento.<sup>47</sup> Basta pensar en la obra de Santo Tomás, del tratado sobre la ley

<sup>45</sup> A. Kaufmann criticaba en 1957, que “no debería haberse acogido a las «normas morales» absolutas en aquellos casos en que el derecho positivo había resultado insuficiente, sino a la «naturaleza de la cosa»”, ya que “habría tenido que analizar las condiciones de vida con mucho mayor detenimiento” (“Derecho y moral”, *Derecho, moral e historicidad*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 81).

<sup>46</sup> De ahí derivará, entre otras, la dificultad para enlazar derecho natural con derechos humanos: “El derecho natural, como todo lo moral y, en concreto, como los Diez Mandamientos, iluminados por el Evangelio, consiste en deberes y no en derechos subjetivos”; junto a ella afirmaciones de complejo encuadre: “derecho natural es aquel que aprueba el Juez Divino”; “en este sentido, toda la moral se convierte en derecho ante el Juez Divino, y, por eso mismo, el derecho natural se nos presenta como moral, y ante el juez humano, como moral actualmente exigible” (D’Ors, A., *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 21 y 29).

<sup>47</sup> Cuando está presente la mentalidad jurídica cambia el panorama. Así para A. D’Ors, aun partiendo de un “fundarse el derecho natural en la teología”, y dando por hecho que “limita la disposición humana del derecho positivo”, tras vincular positividad y “potestad”, aludirá a la “imperatividad” de la ley señalando como “cuestión distinta” su

al que se ocupa de la justicia, para captar el alcance de esta posible distorsión; se encargaron de agudizarla no pocos “tomistas” que —más teólogos que juristas— centraron su atención en el primero de esos tratados condenando al segundo casi al olvido.

El derecho natural, transmutado en ley natural, se vio abocado a una conflictiva relación con una realidad jurídica positiva no menos legalista. En efecto, la ruptura con el iusnaturalismo clásico en la modernidad no hace sino secularizar el legalismo de los teólogos. Se disocia, eso sí, la anterior armonía entre *ratio* y *voluntas*, al entronizarse una divinidad ahora más cósmica que personal y, en todo caso, deístamente lejana. Lo jurídico se reduce en Hobbes a ley, expresiva de la voluntad arbitraria del Leviatán. Para legitimarla se apela al *pacta sunt servanda*,<sup>48</sup> como último residuo de una des-ontologizada ley natural que parece anticipar la función meramente trascendental de la norma básica kelseniana.

La ley natural resultará bien pronto superflua. En el ámbito continental, ante el convencimiento de la posible perfecta positivación, de una vez por todas, de las exigencias ético-jurídicas naturales, depositadas en una razón ajena a la historicidad de lo real. En el ámbito anglosajón, Bentham hereda el empirismo hobbesiano para acometer una ambiciosa ciencia de la legislación expresiva de una aritmética en imperativo<sup>49</sup> fruto del cálculo utilitarista. Un código positivado sería en ambos casos la salida obligada. No se precisa ya pues derecho natural alguno; ni como fundamento, ni siquiera como condición virtual.

Se le pasará a mirar como a un incómodo rival merecedor de toda desconfianza. Si acaso, se le tratará como a una instancia “ideal”, que no merecerá el nombre de derecho mientras no se vea positivada.

“obligatoriedad moral”; en consecuencia, cuando el derecho positivo se aparta del natural “se hace «ilegítimo»”. El alcance de tal situación, apuntando más a su vigencia que a su validez, se expresa en los siguientes términos: “el derecho, para tener una efectividad no forzada por la simple coacción de los imperativos legales, debe coincidir con los imperativos de una ética que resulta aceptada por la sociedad que trata de ordenar y, singularmente, por la conciencia moral del individuo” (*Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 30, 57, 60, 69 y 71).

<sup>48</sup> “He aquí la segunda de las leyes naturales derivadas: hay que atenerse a los pactos” (Hobbes, T., *De cive III*, 1, *cit.*, nota 14, p. 85). “La definición de injusticia no es otra sino ésta: el incumplimiento de un pacto” (*Leviathan I*, 15, trad. de M. Sánchez Sarto, Puerto Rico, Editorial Universitaria, 1968, p. 125).

<sup>49</sup> Entre sus alusiones a tal “aritmética moral” *Deontología o ciencia de la moral*, 8, Valencia, Ferrer de Orga, 1836, t. I, p. 103.

## VI. NO COGNITIVISMO ÉTICO Y DERECHO

Se han establecido así las premisas de lo que llega a caracterizarse como la *filosofía del derecho como concepto histórico*;<sup>50</sup> obligadamente entendida como “filosofía del derecho positivo”. La validez del derecho pasa a autofundarse de modo inmanente. Parece desvincularse de toda referencia a la justicia, dentro de un sistema depurado del condicionamiento “estático” de los contenidos ético-materiales iusnaturalistas; habría que dar paso a una “nomodinámica”, que no sería sino arbitrariedad procedimentalmente sometida a control. Pero la realidad sigue siendo bien distinta.

El no cognitivismo ético asumido por Kelsen no resulta de fácil digestión. El positivismo de la jurisprudencia de conceptos, que comparte con la Escuela de la Exégesis el papel de matriz de nuestra dogmática jurídica, seguirá siendo abiertamente cognotivista. Se apoya en el conocimiento racional de unos contenidos éticos positivados y de su, no menos racional, manejo lógico capaz de aplicarlos a la realidad;<sup>51</sup> la voluntad quedaba aparcada en el ámbito metajurídico de la política. Éste nada riguroso positivismo jurídico, éticamente cognotivista, es el que —no pocas veces de modo inconsciente— hoy perdura.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Precisamente porque implicaría una “falta de rigor metódico” reducir este cambio a “un problema terminológico, casi como una moda o una preferencia subjetiva de algunos autores”, cuando en realidad “expresa el nacimiento de nuevos problemas y de una nueva metodología en la reflexión filosófica sobre el derecho” (González Vicén, F., “La filosofía del derecho como concepto histórico”, *Estudios de filosofía del derecho*, cit., nota 10, p. 207).

<sup>51</sup> Así lo constata W. Hassemmer: “desde la perspectiva de los positivistas legalistas la decisión jurídica puede confiadamente obtenerse partiendo de una semántica que le está supraordenada y cuyos contenidos suministran las referencias oportunas para quien decide” (“Konstitutionelle Demokratie”) cit., nota 18, p. 1315; traducción personal).

<sup>52</sup> No tiene nada de extraño que G. Peces-Barba sugiera con desenvoltura que en nuestra Constitución “El artículo 1o.1 es la norma básica de identificación material del ordenamiento (con matices, lo que Hart llama «regla de reconocimiento», dándole a ésta un sentido material)”; por si no quedó claro: “estamos ante una norma material sobre normas, la norma material básica sobre normas”. Todo a ello gracias a jugar “como presupuesto una firme creencia [*sic.*] en imposibilidad de un derecho natural” sinceramente confesada (*Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 97, 100 y 109). Es obvio que la propuesta resulta doblemente herética desde la ortodoxia kelseniana: por ser norma puesta capaz, por lo visto, de legitimarse a sí misma, y por configurar un sistema estático, más moral que jurídico. Habrá que rendir culto a Kelsen para no dejar de ser positivista, aunque haya que negarlo, para no volver olímpicamente la espalda a la realidad

Cabrá también, en variante escandinava, vincular *more sociologico* la validez jurídica a la práctica social, como vía para desmitificar una metafísica iusnaturalista reducida a juegos de magia. La validez jurídica acaba apoyándose en una “obediencia desinteresada” generadora de vigencia social.<sup>53</sup>

La confusa “regla de reconocimiento” de Hart no parece andarle a la zaga. Kelsen había acabado concediendo que —aunque no le sirviera de fundamento— la eficacia condicionaba decisivamente<sup>54</sup> la validez jurídica, ya que sería absurdo atribuirla a lo no vigente; tendríamos pues norma básica presupuesta y condición pre-básica impuesta. Hart, dentro de su confuso escamoteo,<sup>55</sup> prefiere situar la clave del sistema al final, a beneficio de inventario. La validez se apoya en una regla de reconocimiento cuyo contenido, en indisimulable circularidad,<sup>56</sup> no será sino expresión de

jurídica. Más prudente, J. Delgado Pinto había llegado a apuntar que en el sistema jurídico kelseniano habría elementos “estáticos”, convencido de que el contenido de la norma predeterminaría el de las inferiores, pero apuntando poco después que ello no tiene más alcance del que pueda derivar de la entrada en juego de procedimientos capaces de anularla (“El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico”, *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Valencia, Universidad, 1977, t. I, pp. 188 y 191).

<sup>53</sup> Del papel de la obediencia desinteresada en el concepto de validez jurídica de A. Ross me he ocupado en “Un realismo a medias. El empirismo escandinavo”, *Metodología jurídica y derechos humanos*, *cit.*, nota 23, pp. 53 y ss.

<sup>54</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, *cit.*, nota 14, pp. 24 y 25.

<sup>55</sup> J. Delgado Pinto, que opta por caracterizar como “irracionalismo” al planteamiento no cognotivista de lo ético, señala cómo Hart, aun no compartiéndolo, “carece de una teoría de la justicia debidamente articulada”, ya que “nunca ha querido pronunciarse explícitamente acerca de si los juicios morales pueden ser de alguna manera objetivamente válidos. Tampoco ha resuelto de forma convincente el problema del fundamento de la obligatoriedad del derecho que plantea su concepción normativista” (en la aludida lección magistral, *cit.*, nota inicial). A tal “irracionalismo ético y jurídico” había aludido ya en “El voluntarismo de Hans Kelsen...”, *op. cit.*, nota 52, p. 184.

<sup>56</sup> Cabría pues atribuirlle lo que gráficamente se ha calificado como “autismo jurídico, puesto que considera que la identificación de lo jurídico, la validez de las normas, depende de reglas del propio ordenamiento y de la práctica de los operadores jurídicos al aplicarlas”; aunque el autor de tan oportuna metáfora no le menciona, prefiriendo considerar que “Kelsen sería el exponente más depurado de ese punto de vista” (Peces-Barba, G., “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, como epílogo a Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, *cit.*, nota 31, p. 165). También L. Prieto Sanchís hace notar que, si nos hallamos ante “un reconocimiento *ex post facto*”, “no cumple la misión para la que fue ideada, que precisamente era informar u obligar al juez a fallar de acuerdo con una regla existente en el sistema” (*Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987,

lo que se vaya teniendo por válido;<sup>57</sup> o sea, si se nos permite el casticismo: si con barbas san antón, si no la purísima concepción...

## VII. ¿CONSTITUCIONALISMO IUSNATURALISTA?

La pervivencia del cognitivismo ético resulta obligada, porque la segunda mitad del siglo XX no arranca en un escenario proclive al culto a una arbitrariedad presuntamente controlada.<sup>58</sup> La amarga evidencia de la perversión del ordenamiento jurídico lleva a resucitar la vieja querrela de la ley injusta, de la mano de la hoy de nuevo evocada “fórmula de Rad-

p. 134). Desde diversa perspectiva J. M. Trigeaud levanta acta de cómo “la «imagen del círculo» se corresponde mejor con los objetivos perseguidos por el último positivismo, en la medida en que hace coincidir el derecho con un «sistema», cerrado por definición” (*Introduction à la philosophie du droit, cit.*, nota 40, p. 29).

<sup>57</sup> J. Delgado Pinto describe pulcramente dicha regla como una “práctica colectiva que desarrollan los jueces y demás autoridades al identificar como normas válidas a aquéllas que se ajustan a los criterios de validez; una práctica que incluye la aceptación de ese modo de operar como constitutivo de una regla obligatoria”. Dando por hecho que “esa norma jurídica no existe, por definición, como norma positiva”, cuestiona que sea “posible pasar lógicamente de esa práctica social efectiva, que en definitiva es un hecho, a una norma obligatoria”, salvo que medie “una premisa moral” (“La obligatoriedad del derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo”, *cit.*, nota 1, pp. 111, 113 y 114). H. L. A. Hart acabará admitiendo, en línea con lo que califica como “positivismo suave”, que “la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos”, pero habrá de reconocer que, como consecuencia, dicha regla no puede ya “asegurar el grado de certeza en la identificación del derecho”; objetivo al que un positivista que se precie habría de aspirar (*Post Schriptum al concepto del derecho, cit.*, nota 22, pp. 26 y 46).

<sup>58</sup> Para L. Prieto Sanchís “los juicios de validez de un jurista atento a las exigencias del Estado constitucional”, “en terminología kelseniana son juicios a partir de un sistema estático y no sólo dinámico”; pese a ello, sigue considerando que “la validez es un concepto dinámico que reposa en la noción de autoridad, mucho más que un concepto estático basado en la noción de verdad” (*Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 64 y 87; también 95). G. Zaccaria resalta que, “aun en la sofisticada construcción kelseniana”, en “el paso de un plano normativo del ordenamiento a otro, la estructura lingüística de la norma sigue concibiéndose como ya dada, como existente en sí, como un objeto que la interpretación debe limitarse a revelar”, partiendo del “pre-convencimiento de que la disposición normativa estaría ya sustancialmente contenida y dada en el texto de la norma”. Opone a ello la necesidad de “una amplia revisión de la precedente relación de coincidencia-identidad entre la norma jurídica y su formulación lingüística” (*L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, pp. 220 y 222).

bruch”, que apelaba a un “derecho supralegal” y admitía como posible una inquietante “antijuridicidad legal”.<sup>59</sup>

En la posguerra media Europa se reconstruye sobre Estados de derecho constitucionales; como lo hará más tarde la otra media en etapas sucesivas, tras las transiciones democráticas de la Península Ibérica y la caída del muro berlinés. Se insistirá con ello —también fuera de un marco iusnaturalista— en la importancia de la distinción entre ley y derecho, hasta llegar a sugerir que la clásica expresión Estado de derecho se plasmaría de modo más fiel como “Estado de derechos”. El motivo sería lo indispensable de un anclaje en algo objetivo, en algo más fuerte que las razones y las voluntades políticas, para lo que “el derecho debía recuperar algo indiscutible” que pudiera tomarse como “punto de partida, «natural» y no controvertido”. La solución al problema consistió en la constitucionalización de los derechos, apartándose de “la tradición estatalista del Estado de derecho decimonónico”.<sup>60</sup>

La consecuencia inevitable será que en los ordenamientos constitucionales la validez no depende sólo de los aspectos formales de la producción normativa, “que permiten afirmar el «ser» o la existencia de las normas”; depende igualmente de la valoración de la conformidad de su contenido con el “deber ser” jurídico establecido por normas superiores, que por lo demás “han incorporado de hecho gran parte de los principios de justicia tradicionalmente expresados por las doctrinas del derecho natural”. Como consecuencia, el antiguo conflicto entre derecho positivo y derecho natural y entre positivismo jurídico y iusnaturalismo ha perdido gran parte de su significado filosófico-político.<sup>61</sup> No es de extrañar que llegue a diagnosticarse la “crisis o muerte” de un positivismo que “se bate en retirada”. Si se da una “supervivencia inercial” será un ejemplo más

<sup>59</sup> R. Vigo incluye dos trabajos propios, a la vez que recopila los estudios y resoluciones más significativos de la actualidad de dicha “fórmula”: *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 1-71.

<sup>60</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, op. cit., nota 31, pp. 65 y 68. De su difícil conciliación con los planteamientos positivistas da idea el ímprobo esfuerzo por devolverlo al redil que despliega en el epílogo a la versión española G. Peces-Barba (*Desacuerdos y acuerdos con una obra importante*). Se muestra particularmente preocupado porque aluda a la dignidad y la persona humana como “nociones que no pertenecen a la tradición del iusnaturalismo racionalista, sino a la del iusnaturalismo cristiano-católico” (*Ibidem*, pp. 67 y 159).

<sup>61</sup> “La especificidad del moderno Estado constitucional de derecho” radicará en que “las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no sólo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial” (Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 355, 356 y 358).

de cómo la realidad camina más deprisa que las ideas, ya que “el constitucionalismo alienta una ciencia jurídica «comprometida» que pone en cuestión la separación entre derecho y moral”.<sup>62</sup>

Aun manteniendo las sacrosantas distancias entre derecho y moral, un “iuspositivismo crítico” preocupado de la valoración y crítica del derecho vigente, no sólo desde el punto de vista externo o político de la justicia sino también desde el punto de vista interno o jurídico de la validez sustancial, no podrá seguir empecinándose en separar tajantemente ser y deber ser. Habrá, por el contrario, de admitir “la doble divergencia entre deber ser y ser «en el» y «del» derecho positivo”; así como las diversas formas de incoherencia y de ilegitimidad que de ello se siguen.<sup>63</sup>

Se hace incluso preciso reconocer con honestidad que los principios constitucionales “se asemejan, en su formulación universalista y abstracta, a los principios de derecho natural” y que las Constituciones reflejan “el «orden natural» histórico-concreto de las sociedades políticas secularizadas y pluralistas”; son expresión de un “momento cooperativo” diverso de los “momentos competitivos” entre grupos políticos en los que surgen las leyes. De ahí que el estilo y el “modo de argumentar «en derecho constitucional»” se asemeje “al modo de argumentar «en derecho natural»”, e incluso que el recurso a los principios reproduzca una situación similar a la que desmiente su supuesta “falacia naturalista”: “la realidad expresa valores y el derecho funciona como si rigiese un derecho natural”.<sup>64</sup> Se sugiere que “el papel que desempeñaba antes el derecho natural respecto al soberano lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador”, con lo que el constitucionalismo implica “una revitalización del viejo derecho natural”.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, cit., nota 58, pp. 8, 9 y 16. Por el contrario, “el iusnaturalismo no sólo no se bate en retirada, sino que ha iniciado una ofensiva” (*Lecciones de teoría del derecho*, cit., nota 19, p. 65).

<sup>63</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, op. cit., nota 61, pp. 873, 874 y 927.

<sup>64</sup> “Tendríamos que admitir que en los ordenamientos contemporáneos han resurgido aspectos del derecho premoderno” y que “la restauración de un método lógico-formal de tratamiento del derecho” supondría “un retroceso, pues hoy sería imposible un «formalismo» o un «positivismo de principios». Su carácter abierto y su pluralismo son un obstáculo para ello”. No obstante, se insistirá en que “la Constitución no es derecho natural, sino más bien la manifestación más alta de derecho positivo” (Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, op. cit., nota 31, pp. 115, 116, 119, así como 123 y 124).

<sup>65</sup> No obstante, identificar los valores morales a los que se vincula “con el derecho natural no deja de ser una licencia literaria” (Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, cit., nota 58, pp. 17, 37 y 51).

## VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES CON FUNDAMENTO

Se ha pasado de entender los derechos en el marco de las leyes a entender las leyes (validez incluida) en el marco de los derechos. Éstos han dejado de ser “concesiones legales voluntarias del Estado”, concebidas para controlar a la administración, para expresar un orden de valores previo al derecho legislado.<sup>66</sup> Pero los derechos, por más que se les invoque ahora como el *big bang* de la realidad jurídica, no son sino el resultado de un ajustamiento de las relaciones sociales: la expresión en clave subjetiva de las exigencias que derivan de esa justicia objetiva que contribuye a configurarlos.<sup>67</sup>

Los derechos “humanos” —adjetivo que sólo cobra sentido si cuentan con un fundamento peculiar, estén o no ya “puestos”—<sup>68</sup> se convierten en esencia de lo políticamente correcto. Como el rigor no siempre parece exigible, el derecho natural capaz de brindarles fundamento propio seguirá siendo considerado académicamente incorrecto...

El nuevo escenario anima a replantear el arraigado enfrentamiento de derecho natural contra derecho positivo,<sup>69</sup> para intentar aunarlos en la búsqueda de un derecho vigente<sup>70</sup> más humano (o siquiera menos inhu-

<sup>66</sup> Lo que supone “el abandono consumado del positivismo legalista” y el paso “de la idea de «la ley como previa al derecho», a la de «el derecho como previo a la ley»” (Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 40-42, 45 y 46).

<sup>67</sup> Así lo hemos detectado al analizar “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, *La Ley*, 11 de julio de 1998, XIX-4691, pp. 1-4. Más tarde leeríamos en J. Finnis, a propósito del “jus” y los derechos: “en realidad, si se pudiera usar el adverbio «justamente» (*aright*) como sustantivo, se podría decir que su explicación primaria es acerca de «los justamentos» (*arights*) (más que sobre los derechos [*rights*])” (*Ley natural y derechos naturales*, cit., nota 3, p. 235).

<sup>68</sup> J. M. Trigeaud enfatiza su insistencia en que “el derecho natural o positivo reposaba sobre ciertos principios de los que manan sus soluciones y que podían ser denominados «fundamento»; y que, por otra parte, debe esos principios a referencias inspiradoras más profundas que reenviaban en rigor al orden de las «justificaciones»”. De ahí su apelación a “una especie de «derecho primero» de los derechos del hombre” basado en un “realismo de la persona que trasciende a la naturaleza de la que participa y que encarna” (*Droits premiers*, cit., nota 40, pp. 55 y 198).

<sup>69</sup> Interesante al respecto el conjunto de trabajos de diversos autores editados por R. Rabbi-Baldi bajo el rótulo *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

<sup>70</sup> “El derecho positivo sometido al doble criterio de la humanidad y la obligatoriedad puede denominarse sin vacilar «derecho natural vigente»” (Cotta, S., “Diritto natura-



mano). Este esfuerzo se convertiría sin embargo en auténtica levitación, ante lo incierto del suelo epistemológico capaz de hacer viable su fundamentación.

## IX. REHABILITACIÓN DE LA FILOSOFÍA PRÁCTICA

La fenomenología había brindado pasajeramente un nuevo concepto de lo natural (*Natur der Sache*), concretado en unas estructuras “lógico-reales” que permitirían a la ley aterrizar en la justicia de lo concreto. Por dicha senda, pero con mayor ambición, se apunta luego a una ontología relacional<sup>71</sup> capaz de reabrir confesadamente la puerta al cognitivismo ético.<sup>72</sup> La indigencia y la necesidad de superarla aparecen como “características ontológicas del hombre”, que nos revelan su “relacionalidad coexistencial”.<sup>73</sup>

le: ideale o vigente?”, *Iustitia*, 1989, XLII-2, p. 133). Para insistir años después: un derecho “justificado —en teoría y/o en concreto— en su obligatoriedad por su correspondencia con la naturaleza o estructura del ente al cual se refiere” permite hablar de “derecho natural vigente” (“Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural”, *cit.*, nota 32, p. 341). Para Maritain, por el contrario, “todo derecho es positivo, en cuanto concretización y actualización del carácter virtual del derecho natural”, por lo que “el derecho natural no existe —no es vigente— fuera del derecho positivo, pero la ley positiva no existe en sentido pleno como ley sino dentro de la ley natural”, apunta F. Viola, para el que ambas posturas “son plenamente compatibles” (“La conoscenza della legge naturale nel pensiero di Jacques Maritain”, *op. cit.*, nota 8, p. 569).

<sup>71</sup> F. D’Agostino la radica en el hombre como “ser intermedio entre los animales y los dioses”, que le sitúa entre la posible “degradación a lo infra-humano” y la “sublimación a lo sobre-humano”, alimentando una praxis que no será de mera “supervivencia” animal ni “libre en su absoluta gratuidad” divina, sino enmarcada en la “necesaria dialéctica yo-otro”; ésta puede traducirse en una relación de “ferocidad” o de “fraternidad”, ajenas ambas al derecho que, apuntando a la coexistencia, aparece como debido por pacificador” (*Filosofía del diritto*, *cit.*, nota 18, pp. 9 y 10).

<sup>72</sup> “Un nocognitivismo ético absoluto es irreal, ya que implicaría una escisión interna radical del sujeto humano: por una parte, decidiría sin conocer ni menos aún conocerse; por otra, conocería y se conocería sin que ello influyese en sus propias decisiones” (Cotta, S., “Diritto naturale: ideale o vigente?”, *cit.*, nota 70, pp. 121 y 122).

<sup>73</sup> Cotta, S., “Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural”, *cit.*, nota 32, p. 338. Esta coexistencia expresa una “paridad ontológica”, que “no lleva consigo un ser-con en el sentido de un estar-aquí-al-lado simple y fáctico”, sino “una relación de reconocimiento y comunicación”, un “estar en una relación de acogida mutua” (“La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho”, *Persona y Derecho*, 1982, 9, p. 17).

Los intentos de dar paso a un iusnaturalismo no legalista se esfuerzan por reconciliarlo con la historicidad de lo jurídico.<sup>74</sup> Entre nosotros, se anticipará a la posterior deriva hacia la hermenéutica gadameriana, quien recurre, de la mano de la “inteligencia sentiente” y la “*personidad*” de Zubiri, a una inclusión del derecho entre las “cosas-sentido”. Ello le llevará a plantear la posibilidad de que ese “ser-sentido” limite y condicione la libre decisión y creatividad humanas, siendo a la vez “algo que el hombre ha de elaborar y constituir”. La conclusión apunta a que “lo justo y lo jurídico son una y la misma cosa”, pero lo justo se abre paso “a través de la acción humana, como tarea a realizar” por una “razón práctica determinada y situada históricamente”.<sup>75</sup>

Un motivo más para constatar que no pueden distinguirse dos órdenes jurídicos diferentes, dos derechos distintos: también el derecho natural “en cuanto existente ha de serlo como derecho positivo”, sin perjuicio del diverso fundamento de validez de unos y otros preceptos.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> El propio J. Delgado Pinto levanta acta de ello. No le satisface la distinción de Utz entre ley natural y derecho natural, ni la posible identificación de éste con lo “justo concreto”, quizá por atribuirle una dimensión “preexistente” —“lo justo objetivo con anterioridad a toda legislación positiva”— y por la opción normativista que atribuye a Santo Tomás: “el derecho primaria y originalmente constituye una norma, una ley, aunque en su realización se concrete en facultades”; con lo que entre norma y derechos apenas queda lugar para la cosa justa como tercera acepción tomista de lo jurídico. Apunta, sin embargo, ya a una superación de ese dualismo que presentaba al derecho natural como alternativo al positivo, al aludir repetidamente al papel de un “derecho histórico-concreto” “racional y objetivamente fundado”. Pero en el intento de Kaufmann de ligar el derecho natural con el “papel de la temporalidad en la estructura ontológica del derecho” sólo verá un “ceder vanamente a la tentación de echar mano del viejo término en todo intento de superación del positivismo” (“Derecho. Historia. Derecho natural”, *cit.*, nota 1, pp. 118 y su nota 51; 132, 136 y 137).

<sup>75</sup> En todo ello habría que reconocer el papel “del sentimiento, de la intuición inmediata, de la vivencia colectiva”, ya que “el derecho aparece preformado y a veces plenamente constituido en la inmediata vivencia colectiva de los problemas y tensiones sociales” (Delgado Pinto, J., “Derecho. Historia. Derecho natural”, *cit.*, nota 1, pp. 149, 151, 154, 156, 159, 160, 161 y 163). El mismo Zubiri, y su hombre como “esencia abierta” reaparecerá cuando apele a la antropología como vía para “hacer justicia a las intenciones razonables del enfoque ontológico —o metafísico— que debe adoptar el filósofo del derecho, sin que ello suponga necesariamente «caer en la metafísica»” (“Reflexiones acerca del significado de la pregunta por la fundamentación ontológica del derecho”, *cit.*, nota 1, pp. 23 y 29).

<sup>76</sup> Delgado Pinto, J., “Derecho. Historia. Derecho natural”, *cit.*, nota 1, p. 168.

En esta rehabilitación de la filosofía práctica confluyen pues esfuerzos diversos. Se resaltaré cómo la estructura epistemológica del iusnaturalismo tiene como primer elemento “la problematicidad” y no “la dogmaticidad”.<sup>77</sup> Con ello se pone en cuestión uno de los dogmas positivistas, presentes aún hoy en sus versiones más “inclusivas”. Su querencia a suscribir tácitamente una positividad “instantánea” lleva a dar por cierto que el iusnaturalismo remite a un derecho “preexistente”.<sup>78</sup> Se ignora una vez más la distinción entre ley (positiva o natural) y derecho, y en qué medida éste supone siempre el final de un proceso y no su premisa inicial.

El fenómeno desborda el marco continental y se hará notar en los esfuerzos de los “neoclásicos” anglosajones por desentrañar la dimensión conformadora de la razón práctica.<sup>79</sup>

## X. JAQUE AL NORMATIVISMO

La querencia a presentar el derecho como un sistema de normas entra en crisis ante el necesario reconocimiento del carácter jurídico de los

<sup>77</sup> A la vez que su “segundo elemento categorizante” será “la investigación de un fundamento originario y condicionante del ser del derecho entendido como estructura de la vida práctica” (Cotta, S., “Un reexamen de las nociones de iusnaturalismo y derecho natural”, *cit.*, nota 32, pp. 332 y 333).

<sup>78</sup> No deja de ser significativa su presencia en planteamientos como los de V. Villa, que apuntan a “una concepción de la positividad del derecho mucho más fecunda e interesante de la propia del iuspositivismo más tradicional”, convencido de que “la «positividad» del derecho no es una propiedad que adquiera «de una vez por todas», sino que es el resultado “de una práctica compleja”, porque “la positividad no es un dato sino un proceso”. Mientras lo que caracterizaría a un positivismo jurídico “excluyente” sería su rechazo a identificar “cualquier referencia a la moralidad política” con la existencia de un “derecho preexistente”, el “inclusivo” se verá emplazado, a la hora de analizar la dimensión constructiva de la jurisprudencia constitucional, entre la “fantasmal descripción de significados preexistentes” o una discrecionalidad que implica la “creación de nuevo derecho de la nada”. Pero tendrá que reconocer en los que llama neo-iusnaturalistas la aproblematicidad apuntada, admitiendo que, para Finnis, “la posesión de principios éticos objetivos no es condición suficiente para garantizar resultados concretos unívocos y «correctos» en todo caso específico” (“«Inclusive Legal Positivism» e neo-giusnaturalismo”, *cit.*, nota 34, pp. 56, 60, 66, 75 y 90).

<sup>79</sup> *Cfr.* el detenido estudio de, Poole, D., “Grisez y los primeros principios de la ley natural”, *Persona y Derecho*, 2005, 52, número en el que traduce su trabajo emblemático *El primer principio de la razón práctica*. A nuestro juicio la endeblez de los planteamientos de H. L. A. Hart deriva de minusvalorar este aspecto, en su afán por “evitar compromisos con teorías filosóficas controvertibles sobre el estatus general de los juicios morales” y su posible “nivel objetivo” (*Post Scriptum al concepto del derecho*, *cit.*, nota 22, p. 30).

principios.<sup>80</sup> Los escritos de Esser en el ámbito alemán encontrarán inesperada coincidencia en el arranque de la polémica anglosajona, al reconocerse que si se ignora su papel la dinámica del ordenamiento resultaría falseada.<sup>81</sup> Las consecuencias serán más relevantes para los planteamientos positivistas que para el iusnaturalismo,<sup>82</sup> al que tiende a identificarse con querencias “principalistas”.

El propio Hart se ve obligado a replantear su normativismo, reconociendo como “un defecto de mi libro que los principios sean tocados sólo de pasada”, por lo que “fue un error muy serio de mi parte no haber enfatizado su fuerza no concluyente”. Se empeña, no obstante, en relativizar su contraste con las normas al considerar que su “distinción es una cuestión de grado”.<sup>83</sup>

La relevancia del “sentido” como quicio de la realidad jurídica obligará a cuestionar las artificiosas fronteras planteadas desde el positivismo

<sup>80</sup> J. Raz opta por atribuirlo al predominio de lo que caracteriza como “la perspectiva del abogado”, según la cual “el derecho se ocupa de aquellas consideraciones en las cuales resulta apropiado que se basen los tribunales para la justificación de sus sentencias” (*La ética en el ámbito público*, *cit.*, nota 3, p. 215). También, por su parte, J. Delgado Pinto aducirá que “una teoría del derecho es bastante más que una teoría de la jurisdicción”, al abordar “La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin” (*cit.*, nota 7, p. 39).

<sup>81</sup> G. Zaccaria ha analizado detenidamente “la multiforme relación” entre los planteamientos de Dworkin y los de la hermenéutica europea, a cuya tradición se muestra ajeno; hasta el punto de poder dictaminarse una “extrañeza e incompreensión” de su núcleo más auténtico. Mientras “Gadamer asume la hermenéutica jurídica como modelo de hermenéutica general, Dworkin erige por el contrario a la interpretación literaria en modelo de la jurídica”; más que suscribir una “identificación de tipo gadameriano entre tradición e historia”, se inserta en la querencia de la cultura jurídica anglosajona “a la sacralidad de la tradición y del precedente” con el juez como su protagonista por excelencia. Todo ello no impide detectar un paralelismo entre su *Chain Novel* y la *Wirkungsgeschichte* gadameriana (*Questioni di interpretazione*, Padova, Cedam, 1996, pp. 199, 202, 204, 207, 218 y 220). Insiste en ello, al compararlo con Esser, en *Razón jurídica e interpretación*, Madrid, Civitas, 2004, p. 388.

<sup>82</sup> F. D’Agostino recuerda cómo “en ninguna lengua” se da “una coincidencia lexical entre el término que indica el «derecho» y el que indica los «instrumentos» a los que el derecho recurre para estructurarse, o sea las «normas»” (*Diritto e giustizia...*, *op. cit.*, nota 11, p. 9). A su vez J. Ballesteros recupera la alusión de Gómez Arboleya a una “concepción no normativista del derecho natural” para considerarla “dominante no sólo dentro del panorama de la filosofía iusnaturalista contemporánea, sino también dentro del pensamiento clásico” (*Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 107).

<sup>83</sup> Hart, H. L. A., *Post Schriptom al concepto del derecho*, *cit.*, nota 22, pp. 11, 38 y 42.

entre una crítica “externa” metajurídica y una posible crítica jurídica “interna”; o entre la aplicación de normas propiamente jurídicas y el recurso netamente discrecional a criterios morales. Se llegará a admitir que “el derecho positivo presupone, pero no puede imponer, una comprensión de sentido”, y se nos remitirá al “ambiente cultural en que se halla inmerso” un derecho que no puede ya erigirse como sistema normativo independiente y autosuficiente.<sup>84</sup> Queda por discernir si tal “ambiente” flota en el vacío o es fruto de la captación —histórica, sin duda— de unos criterios objetivos.<sup>85</sup>

Habría que preguntarse, en efecto, “por qué consideramos como «derecho» sistemas de reglas tan diversos entre sí sino porque la «cosa» de que tratan es de algún modo común”. Quizá, más que dar por hecho que el texto tenga un sentido, resulte aconsejable preocuparnos de captar un sentido jurídico que cabrá encontrar en uno o varios textos. Es “el derecho en cuanto sentido específico del obrar humano el que previamente confiere significado a los textos, que precisamente por eso se consideran «jurídicos»”.<sup>86</sup>

No es extraño que, tras considerar “confuso hablar de «positivismo corregido o ético» para aludir a la presencia de valores”, como la libertad o la igualdad, se plantee: y “¿por qué no la xenofobia o la discriminación racial?”<sup>87</sup> Se apunta que “la rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial”; pero se nos tranquilizará: no se trataría en esta ocasión de una “discrecionalidad inmotivada” sino “domeñada por una depurada argumentación racional”. Aparte del problema que ello plantea al positivismo —que “es una teoría del derecho sin teoría de la argumentación”—, la invitación a realizar un juicio de razonabilidad obliga a cuestionarse “cuál es la fuente de lo razonable”, e incluso a re-

<sup>84</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, cit., nota 31, p. 138.

<sup>85</sup> G. Zacarria rechaza la versiones de “pensiero debole” que pretenden reducir todo a “interpretaciones de interpretaciones”, ya que “la interpretación o es interpretación de algo o no existe. La interpretación que disuelve en su seno lo que debe interpretar, y en consecuencia lo sustituye, deja por este solo hecho de ser interpretación” (*L’arte dell’interpretazione*, op. cit., nota 58, p. 69).

<sup>86</sup> Viola, F. y Zacarria, G., *Diritto e interpretazione...*, op. cit., nota 15, pp. 448 y 449.

<sup>87</sup> L. Prieto Sanchís, corrigiendo a Peces-Barba (*Constitucionalismo y positivismo*, cit., nota 58, p. 27).

conocer que no es en la Constitución sino “fuera de ella”<sup>88</sup> donde el juez ha de buscar el criterio decisivo.

La respuesta —se nos sugiere— remitiría a una positiva “moral social”, o si acaso “gremial”, más que a la “moral crítica” característica de la tradición iusnaturalista; los derechos humanos constitucionalizados tendrían su fundamento “en una voluntad histórica, es decir, en una moral social legalizada”.<sup>89</sup> Una remisión de este tipo, que excluiría toda dimensión “utópica” en los contenidos constitucionales, no nos parece muy acorde con la realidad.<sup>90</sup>

## XI. ¿POROSIDAD ENTRE DERECHO Y MORAL?

En todo caso, acaba haciéndose inevitable someter a crítica el concepto de “positividad”, al resultar inviable mantener la idea de que el derecho se convierte en positivo de una vez por todas, a golpe de ley.<sup>91</sup> La “poro-

<sup>88</sup> L. Prieto Sanchís, que sintoniza en su afirmación final con Rubio Llorente (“Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, 2000, 23, pp. 173, 178, 179 y 191). También F. Viola resalta cómo este constitucional “juicio de razonabilidad en sentido estricto no tiene ya un carácter «intra-sistemático», interno a la normativa ya establecida, sino «extra-sistemático», en la medida en que valora la norma sobre la base de parámetros en cierto modo «externos»”. Por esa vía entran en juego “los principios de la ley natural”, como muestra del “derecho natural presente en el interior del derecho positivo contemporáneo” (Viola, F. y Zacarria, G., *Le ragioni del diritto*, *cit.*, nota 21, pp. 115 y 116).

<sup>89</sup> Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, *cit.*, nota 58, pp. 73 y 74. Lo había afirmado ya en *Lecciones de teoría del derecho*, *cit.*, nota 19, p. 66.

<sup>90</sup> Ya lo planteamos, desde un punto de vista teórico, en “Los derechos humanos entre el tópic y la utopía”, *Persona y Derecho*, 1990, 22, pp. 159-179; incluido más tarde en Saldaña, J. (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, México, UNAM, 1997, pp. 179-195. En el presente trabajo corresponde al capítulo segundo. Desde un punto de vista práctico, lo detectamos en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 84 y 85.

<sup>91</sup> G. Zaccaria asume que “en la realidad jurídica contemporánea el derecho positivo se construye a través del obrar contextual de diversos factores, de la legislación a la praxis judicial o a las prácticas sociales en las que concurren tanto los operadores jurídicos como los ciudadanos privados”, resaltando que también desde el punto de vista “político-sociológico, se puede ciertamente captar el anacronismo de la tesis que reduce y agota la positividad en actos de posición de quien ostenta la autoridad formal”; propone “un nuevo modelo de positividad, una dialéctica compleja, un plexo triádico de comprensión,

sidad” de las normas jurídicas, respecto a juicios de valor sin los que no pueden cobrar sentido, se hace evidente; resultará en consecuencia cada vez menos fácil encontrar un caso no “difícil”.

A nadie extrañará que se haga necesario replantear la mítica separación entre derecho y moral,<sup>92</sup> cuestionando el normativismo o incluso dando paso a un positivismo jurídico “inclusivo”. Mientras, el “excluyente” seguirá considerando discrecional, en sentido fuerte, los pasos finales de un trabajoso proceso de positivación del derecho sin unidad de acto; paradójicamente, buena parte de lo así positivado no será propiamente jurídico.

El uso poco discriminado del término “moral” contribuye sin duda a confundirlo todo. Aun así, los positivismos “excluyentes”, como el de Raz, parecen menos forzados. Si se suscribe de modo convencido la posibilidad de identificar nítidamente el alcance real del derecho positivo, con el trasfondo normativista de una positividad instantánea (o todo o nada...), cualquier decisión que no encuentre apoyo en una norma puesta (de neto contenido) sólo podría encontrarlo en un ámbito metajurídico (“moral”), en el que el juez optaría discrecionalmente por la solución que considerase más oportuna.

Si, por el contrario, abandonamos ese marco normativista de modo coherente, cabría admitir que en realidad lo que así se está positivando es precisamente derecho y no exigencias propiamente morales, ajenas al ámbito de lo justo. Nos hallamos sin más dentro del proceso de determinación de lo justo que toda actividad jurídica lleva consigo.

Cuando no se valora adecuadamente esta dimensión progresiva de la razón práctica y se olvida la frontera entre las moderadas exigencias de la justicia, jurídicas todas ellas por definición, y otras exigencias propiamente morales de querencia maximalista, nos condenamos a la confusión. Se nos dirá, por ejemplo, que a la hora de actuar:

El deber del juez será el mismo, a saber: hacer el mejor juicio moral que pueda sobre cualquier cuestión moral que tenga que resolver. No importa-

positivación y reconocimiento” (*L’arte dell’interpretazione, op. cit.*, nota 58, pp. 232, 233 y 236).

<sup>92</sup> Para G. Zacarria “el problema de la inserción de las dimensiones de la moral y de la política en el derecho” es “el verdadero aspecto distintivo y nuevo de la postura de Dworkin en relación a la mejor metodología jurídica contemporánea” (*Questioni di interpretazione, cit.*, nota 81, p. 241).

rá, para cualquier propósito práctico, si al decidir así los casos el juez se encuentra “creando” derecho de conformidad con la moralidad (sujeto a cualquier límite que esté impuesto por el derecho) o, alternativamente, guiado por su juicio moral como si un derecho previamente existente hubiera sido revelado por una prueba moral para la determinación del derecho.

Esta descripción, tan ajena a la distinción entre derecho y moral propia de cualquier jurista continental, acaba sugiriendo que el juez se sentirá llamado a ejercer una discreción judicial creadora, de conformidad con su entendimiento de la moralidad, aunque sujeto a cualquier límite que le sea impuesto por el orden jurídico.<sup>93</sup>

No hay tal porosidad entre derecho y moral. El problema no es, a mi parecer, que —a falta de derecho— tengamos más allá de sus límites que recurrir a la moral. Las exigencias éticas ajenas a la justicia serán siempre sólo —y nada menos que— exigencias propiamente morales. Mientras, las exigencias de justicia serán siempre exigencias jurídicas, más o menos —mejor o peor— positivadas; no resulta conveniente confundirlas.<sup>94</sup> Nunca nos faltará pues derecho; asunto distinto es que los límites de la norma escrita nos brinden más o menos suelo sobre el que sostenerlo.<sup>95</sup> Lo que positivamos, sin otra discrecionalidad que la del obrar razonable que caracteriza a la prudencia, son exigencias jurídicas que, faltas de dicho suelo, vagarían como almas en pena.

Asunto distinto es que puedan surgir discrepancias a la hora de captar los perfiles de esas exigencias jurídicas. No se dan menos en la lectura de las ya presentes en la norma escrita, al ser siempre interpretativa; fijar sus límites encierra una cooperación dialogada entre la que pudo ser su captación por el legislador y la que realiza el juez. En casos anómalos de neta discrepancia, que invitarían a una aplicación judicial *contra legem*, será el respeto a los cauces procedimentales exigidos por la justicia mis-

<sup>93</sup> Hart, H. L. A., *Post Scription al concepto del derecho*, cit., nota 22, pp. 31 y 30.

<sup>94</sup> Me parece un síntoma del peligro de confusión el énfasis de R. P. George al defender, en aras de la “ecología moral”, la prohibición jurídica del “vicio sexual no-comercial” (fornicación o adulterio), por entender, discrepando esta vez de Finnis, que no existe “un principio estricto de justicia” que la excluya (*Para hacer mejores a los hombres*, op. cit., nota 39, p. 208).

<sup>95</sup> F. D’Agostino resalta cómo “la función que las normas cumplen dentro de la experiencia jurídica es la de garantizar una especie de «cristalización» de las diversas posibles modalidades de relación interpersonal, para hacerlas de esa manera más fácilmente legibles por parte de cada cual y para «canalizarlas», por así decir” (*Diritto e giustizia*, op. cit., nota 11, p. 10).



ma<sup>96</sup> lo que vede al juez la posibilidad de erigirse en legislador, rechazando que pueda imponer sin legitimación alguna su propia visión del derecho.

## XII. DE LA HUIDA DE LO “FUERTE” A LA DUDA DEMIÚRGICA

Derecho natural y derecho positivo nos invitan hoy a ser considerados más bien como polos animadores de un único proceso de positivación jurídica, que combina la inevitable emisión de juicios de valor con su necesario contraste procedimental. No es pues extraño que se constate una creciente convergencia entre iusnaturalismo y positivismo jurídico.

Sería, no obstante, excesivo considerar resuelta la vieja contraposición. Las fronteras entre las más recientes reinterpretaciones de Santo Tomás y el positivismo “inclusivo” parecen seguir instaladas en dos puntos de discrepancia. Por una parte, la admisión o no de un *fundamento ontológico* realista en esos inevitables ingredientes ético-materiales del proceso de positivación. El alcance, por otra, de una consideración epistemológica cognotivista de dicho proceso, como auténtico “juicio” fruto del ejercicio de una *razón práctica* que descarta toda discrecionalidad arbitraria.

Significativo al respecto sería el presunto dilema entre una “justificación relativista” y otra “objetivista” de tales juicios. Esta última implicaría la existencia de un fundamento objetivo, que llevaría consigo “una cierta concepción de la justicia, o del bien común”, aunque el derecho positivo pueda desviarse negativamente de ella sin perder su juridicidad. A ello se opondría la tesis de la radical contingencia del derecho positivo, desde el punto de vista ético, que llevaría a admitir que no cabe plantearle “ningún contenido jurídico necesario”. No se excluiría, sin embargo, “una integración o extensión del sistema jurídico”, producida en plena coherencia con el contenido de las restantes normas, y por tanto “en modo alguno discrecional, ni menos aún arbitraria”.<sup>97</sup> Parece seguir latiendo en el fondo la arraigada confianza del más clásico positivismo

<sup>96</sup> En relación con ello J. Delgado Pinto considera que “las distinciones que establece —Dworkin— entre los valores de la integridad, la justicia y la equidad”, aunque “pueden parecernos en algún momento artificiosas y discutibles”, ya que “se trata en suma de distintas facetas del valor de la justicia”, “resultan a la postre iluminadoras” (“La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin...”, *op. cit.*, nota 7, pp. 29 y 36).

<sup>97</sup> Villa, V., “«Inclusive Legal Positivism» e neo-giusnaturalismo...”, *op. cit.*, nota 34, pp. 36, 43, 48 y 61.

en la posibilidad de una descripción del sistema jurídico existente, que luego cabría “extender”.<sup>98</sup>

El presunto dilema no parece ser tal, ya que nos estaríamos moviendo en el ámbito del conocimiento —sin duda práctico pero también, en cuanto subjetivo, inevitablemente relativo— de algo que o remite a alguna realidad objetiva (obviamente no cosificada<sup>99</sup>) o no sería sino un cheque en blanco para revestir de coherencia a la arbitrariedad. En rigor resulta discutible que sean los mismos principios constitucionales, y no su conocimiento, los que merezcan la calificación de “vagos, genéricos y a veces ambiguos”.<sup>100</sup> Sobre todo, porque sólo cabría considerarlos tales en tácita comparación con otros más claros, específicos y unívocos; lo que no parece fácil si se descarta todo punto de referencia objetivo.

Una vez más, se tiene más claro lo que se rechaza que lo que se propone. Se considera radicalmente incoherente la “noción de una «realidad en sí» como la elaborada por el realismo metafísico”, ya que sólo contaríamos con “una realidad para nosotros”,<sup>101</sup> lo que parece sugerir que la anterior, puramente autista, nunca podría ser real para nosotros. Es pues un anatema metafísico el que rechaza toda objetividad; de ser coherentes, ello nos limitaría a conocernos a nosotros mismos y a salir de la consiguiente perplejidad del único modo posible: dejando hacer a una voluntad discrecional y arbitraria aquello que la razón se muestra incapaz de brindar. A Kelsen, *a fuer* de positivista, no le tembló el pulso; para otros parece resultar demasiado fuerte.

<sup>98</sup> P. Serna resalta “la escasa utilidad de una ciencia jurídica meramente descriptiva que ni siquiera está en condiciones de proporcionar una imagen completa del sistema que pretende describir”. Considera, por otra parte, que una “justificación moral no tiene sentido en términos relativos”, por exigir “la referencia a unos principios últimos, no justificables por otros, no relativos”. Remitirse a la moralidad positiva de una determinada cultura implicaría en no pocas sociedades actuales un proceder “totalitario a los ojos de quien no participa de los valores de la cultura mayoritaria” (“Sobre el *Inclusive legal positivism...*”, *op. cit.*, nota 7, pp. 131, 144, 145 y 146).

<sup>99</sup> El afán por rechazar tal cosificación sin renunciar a una dimensión ontológica lleva a autores como Kaufmann al extremo de proponer hacerla girar en torno a un concepto de persona que sería meramente “relacional” y no “substancial”; intento criticado con acierto por P. Serna (“Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthtur Kaufmann”, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2003, pp. 237-241).

<sup>100</sup> Villa, V., “«Inclusive Legal Positivism» e neo-giusnaturalismo...”, *op. cit.*, nota 34, p. 66.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 74.

Quizá hemos llegado al núcleo de la cuestión. Lo “fuerte”, sea cual sea su signo, se ha convertido en políticamente incorrecto; también, por tanto, cualquier “forma fuerte de cognitivismo”, que remite a una “intuición fundamental” como la que exigiría el “realismo ético”.<sup>102</sup> En consecuencia, lo académicamente correcto será no sólo instalarse en la duda —puro síntoma de inteligente sentido crítico— sino postular para esa duda un referente real, ni objetivo ni subjetivo sino todo lo contrario. Hemos pues de abrazar una duda demiúrgica. Constatar la problematicidad prácticocognoscitiva de las soluciones justas sería poco. A golpe de inconfesadas intuiciones, hemos de fabricarnos a hurtadillas un mundo que, sin ser objetivo, nos sirva de suelo para no hundirnos en la arbitrariedad. La verdad es que muy positivista no queda, pero al menos sí que es voluntaristamente ametafísico. Como premio, podríamos convencernos de que no estamos contraponiendo “de modo mutuamente excluyente, a un objetivismo fuerte un relativismo no menos fuerte”.<sup>103</sup>

Se invocará al efecto un “pluralismo de esquemas de representación de la realidad”;<sup>104</sup> pero, por muy plurales que fueran tales esquemas, la realidad a la que nos remiten habría de ser la misma, aunque nos esté prohibido confesarlo. La duda demiúrgica nos obliga, por el contrario, a inventarnos una realidad tan relativa como para que resulte susceptible de inconexos conocimientos objetivos. La solución estaría en el “paso de una objetividad metafísica a una objetividad epistémica”, concebida “en términos procedimentales y no ya sustanciales”, mediante el recurso a técnicas y procedimientos correctos y apropiados.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> Si el propio Hart, al conectar en sus líneas postreras objetivismo y realismo, acaba siendo víctima del “síndrome del objetivista desilusionado”, será por haber aceptado “una concepción demasiado fuerte de objetividad” (*Ibidem*, pp. 79, 85 y 86).

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>104</sup> Por eso “poner en evidencia que tenemos hoy disponibles concepciones diversas de la objetividad, más débiles y en consecuencia alternativas respecto a las que se fundan en el realismo moral, es una condición necesaria, aunque no suficiente para un adecuado tratamiento de la cuestión” (*Ibidem*, pp. 80, 86 y 87).

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 88. Particularmente crítico con este tipo de planteamientos C. I. Massini, al rechazar lo que califica de “falacia procedimental”: “el contenido y valor normativo de los principios de justicia no pueden surgir sólo del procedimiento racional seguido para llegar a ellos; por el contrario, como en todo razonamiento correcto, la aceptabilidad —en este caso normativa— de las conclusiones debe seguirse de la aceptabilidad de las premisas, la que debe ser demostrada adecuadamente y no sólo supuesta a fin de alcanzar un resultado aceptado de antemano” (*Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAN, 2004, pp. 99 y 120).

## XIII. LO PROCEDIMENTAL COMO FALSA ALTERNATIVA

El problema del procedimentalismo es que, según como se enfoque, puede dejar sin sustancia a los principios constitucionales; se recupera a cambio lo más vulnerable del positivismo jurídico: su presunta dimensión “técnica”. Resucita así —si bien, para mayor mérito, de modo incierto— lo metodológico, cuando ya resultaba imposible cerrar los ojos ante la obviedad de esa cotidiana “elección del método”<sup>106</sup> urgida por exigencias sustanciales. Las técnicas sólo se nos muestran correctas o apropiadas a la luz del resultado, cuyo carácter satisfactorio hemos precomprendido gracias a intuiciones de justicia. Lo procedimental no puede pues entenderse como alternativa sustitutiva de lo sustancial, sino como vía de acceso a los contenidos éticos materiales; o, en caso extremo, como recurso para evitar que la dificultad de un acceso fiable a ellos condene a la más crasa arbitrariedad.

Así ocurre ante situaciones de tan complejo enjuiciamiento como para que se haya llegado en el ámbito penal a apelar al “derecho del Estado a equivocarse”, cuando se produce la detención de quien luego se constata inocente. Nos hallaríamos ante “la inevitabilidad de adoptar una decisión con un desconocimiento específico”, y en un contexto en el que “disminuye la confianza en el acceso de los hombres a la realidad (teoría del conocimiento) y desde el ocaso de la certeza en un derecho natural (filosofía jurídica y de los valores)”. No obstante, esta fundamentación procedimental seguiría implicando “un escalón más elevado que el del positivismo”. No pretende sustituir a la verdad, sino que —dando por supuesta su existencia— acude a procedimientos que “garanticen, o por lo menos prometan, de acuerdo con una teoría de los valores, justicia, de acuerdo

<sup>106</sup> La metodología jurídica pos-savigniana ha tenido “el vicio de obviar la cuestión fundamental del porqué el intérprete escoge un método determinado”, olvidando que “el método no es capaz de explicar la elección de método”; por el contrario, “el mérito de la hermenéutica jurídica de Josef Esser es haber puesto al descubierto a la precomprensión como momento inicial del comprender jurídico”, lo que eleva “la descripción del procedimiento de investigación a un plano epistemológicamente maduro”, para delinear luego “sobre un plano de metodología «prescriptiva» una serie de medidas que pretenden reforzar los controles de racionalidad” (Zaccaria, G., *Razón jurídica e interpretación*, cit., nota 81, pp. 384, 390, 391 y 394). No abundaré en ello, porque de la influencia de Gadamer en Esser o Hruschka ya tuve oportunidad de ocuparme en 1973 (*Derecho y sociedad. Dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, Editora Nacional, pp. 44 y ss.) y con posterioridad en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de Diputados, 1996, pp. 201 y ss.

con una teoría del conocimiento, verdad”. Lejos de todo intento sustitutivo, “la búsqueda de la verdad o de la justicia se asegura a través de procedimientos”, con lo que “la justificación procedimental sigue siendo la excepción” llena de provisionalidad, mientras la comprobación de “la existencia de un mejor derecho sigue siendo la regla”.<sup>107</sup>

En la relación entre el plano de constitucionalidad y el de la legalidad —y en consecuencia entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo—, el “predominio de lo procedimental” invitaría al primero a garantizar “no tanto la identificación con determinados contenidos concretos” como “el respeto de determinados procedimientos a la hora de llegar a ellos”; se reservarían así “al Legislativo amplios ámbitos de decisión”. No habrá, sin embargo, posibilidad de disimular que “subsisten, sin duda, en muchos casos, cuestiones jurídicas que sólo podrán resolverse recurriendo a criterios sustanciales”.<sup>108</sup>

Demasiado pues para dar por resuelto el debate, todavía...

<sup>107</sup> Hassemer, Winfried, *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 35, 38, 41, 42, 44 y 47. Marca así distancias (pp. 26, 27 y 47) con la teoría del “espacio libre de derecho” de su maestro, que hemos tenido ocasión de criticar en “El papel de la personalidad del juez en la determinación del derecho. Derecho, historicidad y lenguaje en Arthur Kaufmann”, *Persona y Derecho*, 2002, 47, pp. 310-324. F. Viola, al recordar que “los procedimientos jurídicos deben respetar ciertas condiciones para ser correctos”, no descarta hablar de un “derecho natural procedimental”, presente en la apreciación de aspectos tan decisivos como las exigencias del “justo proceso”; “de nuevo el derecho natural se presenta como un componente esencial de la definición del derecho positivo” (Viola, F., y Zaccaria, G., *Le ragioni del diritto*, *cit.*, nota 21, p. 116).

<sup>108</sup> Hassemer, W., “Control de constitucionalidad y proceso político”, *op. cit.*, nota 18, pp. 131 y 132. Similares afirmaciones con posterioridad en “Konstitutionelle Demokratie”, *op. cit.*, nota 18, p. 1330.