

En defensa del positivismo metodológico
(Un comentario a partir de *Principios y positivismo
jurídico* *)

Por JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES

Universidad Carlos III

Nunca es tarde si la dicha es buena. Escribir unas líneas a propósito de la obra de Alfonso García Figuerola, *Principios y positivismo jurídico*, un libro que vio la luz en el año 98, es un gusto que obedece no sólo a la calidad del trabajo y al interés del tema, sino a mi amistad afectuosa con su autor; amistad que, al contrario de lo que pudiera pensarse, es garantía entre nosotros de debate abierto, crítico y sincero, naturalmente en aquellos puntos en los que aparezca la discrepancia. Porque debo afirmar desde el principio mi acuerdo con la mayoría de las tesis sostenidas en el libro¹ y, sobre todo, con la *filosofía* de fondo que lo inspira y que, quizá, tenga que ver con un cierto *aire de familia* vinculado a nuestra común *paternidad académica*; como esos

* A. GARCÍA FIGUEROA, *En defensa del positivismo metodológico (un comentario a partir de Principios y positivismo jurídico)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, 444 pp.

¹ En particular, con la que es resultado concreto del tema objeto de estudio: la defensa de la separación entre reglas y principios en términos débiles, lo que en última instancia significa mantenerse en una posición positivista metodológicamente hablando; el Derecho sigue siendo distinto, en términos conceptuales, de la moral correcta. Ello supone alejarse tanto del positivismo teórico (por supuesto, y con mayor razón, del ideológico), cuanto de los no positivismos en sentido fuerte que llevan, a partir de su conceptualización de los principios, a la confusión entre derecho y moral correcta. Una manifestación reciente de la posición indicada se encuentra en las páginas de Luis Prieto, escritas a modo de prólogo, para el reciente libro de Santiago SASTRE: *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, prólogo de Luis Prieto Sanchís, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. XIII-XVII.

parientes que tienen todos la misma nariz o los mismos ojos y son reconocibles, aunque, como no puede ser de otra manera, unos sean más altos (o más listos) que otros.

El libro es, en primer lugar, una muestra de nitidez y rigor que cuesta combinar (y lo sé por experiencia) en un texto que trae causa de la tesis doctoral, el primer trabajo, en sentido propio, en la carrera académica de un profesor. La tesis agarrota muchas veces y aunque haya lecturas y un trabajo serio de fondo no siempre éste sale a la superficie de forma coherente, sistemática, con capacidad de aportar «algo» concreto (no diré original). Pero Alfonso García Figueroa lo hace. Claro, se me dirá que éste es uno de los parientes listos, de esos que se parecen particularmente al abuelo o al padre, o a algún tío, puntos de referencia siempre de toda la familia. Pues sí, con seguridad esa es la explicación; lo que no va a impedir, como es natural, que se le discutan algunas de sus ideas, tratando siempre —para que la comunicación sea viable y podamos, de acuerdo con el ideal republicano, mirarnos a los ojos en pie de igualdad²— que los argumentos tengan —en la medida de lo posible— la misma pretensión de solidez, o lo que es lo mismo, de racionalidad, o, cuando menos, de la más humilde razonabilidad.

Debe decirse, en segundo lugar, que esta obra contiene bastante más que una aproximación al viejo problema de los principios en el derecho, o a lo que hoy suele llamarse «constitucionalismo de principios», o, en términos del autor más genéricos, «no positivismo principialista». Por si mi voz no se considerara suficientemente autorizada (de lo que yo no tengo ninguna duda) citaré a Luis Prieto, prologuista de García Figueroa y buen conocedor de estos temas³: «(...) el presente libro (...) ha sabido aunar una disección paciente y rigurosa con una impecable reconstrucción de las múltiples implicaciones teóricas, conceptuales e ideológicas que, a veces de modo tácito, acompañan el tratamiento o el uso de los principios» (p. 19).

La obra se divide en tres partes; la primera, conceptual y general, ahonda en los orígenes intelectuales y en las circunstancias que han llevado al nacimiento de los *no positivismo de principios* (prefiero el plural); asimismo, examina si los principios gozan, en mayor o menor medida, de propiedades estructurales y/o funcionales diferentes de las reglas, de los estándares normativos tradicionales según el positivismo jurídico. Incluso, y es un paso más (es en verdad el *quid* de la

² Vid. PETTIT, Ph.: *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, traducción de Toni Domènech, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 35 y ss.

³ Vid., por sólo citar algunos de sus trabajos al respecto, PRIETO SANCHÍS, L.: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, C.E.C., Madrid, 1992. *Constitucionalismo y positivismo*, Ed. Fontamara, México, 1997. Ley, principios, derechos, *Cuadernos Bartolomé de las Casas* núm. 7, Ed. Dykinson, Madrid, 1998. O, «El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de “el Derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)», en *Anuario de Filosofía del Derecho (Nueva Época)*, vol. XIII-XIV, 1996.

cuestión), si los principios son algo distinto, con autonomía propia como elementos *del* sistema jurídico aunque sean extrasistemáticos (su validez procede de su moralidad; son principios precisamente porque son extrasistemáticos y no al revés, p. 108), respecto de las reglas (lo que es fundamental para justificar la validez y el sentido de las posiciones que los afirman). En otras palabras: se trata de averiguar si ciertas normas principales gozan de relevancia suficiente en términos jurídicos como para condicionar, en mayor o menor medida, la toma de decisiones de los operadores jurídicos, en particular de los jueces. Las otras dos partes del libro estudian respectivamente dos casos concretos, no precisamente irrelevantes, de no positivismo principialista: el de Ronald Dworkin y el de Robert Alexy.

En tercer lugar, debe destacarse como un rasgo común importante de esta obra, el hecho de que afronta con rigor y sin confundirlos los dos planos que debe contener un trabajo intelectual, también en el ámbito de la Teoría del Derecho y, más claramente, de la Filosofía del Derecho y de las ciencias sociales en general: el descriptivo y el crítico. Alfonso García Figueroa no sólo conoce bien el tema y lo expone de manera brillante, sino que, además (seguramente por lo primero, porque está en condiciones de hacerlo), lo cuestiona, *le da la vuelta* para buscar críticamente el *envés*. Es verdad que el análisis y la crítica teórica priman sobre las reflexiones más puramente políticas o ideológicas que subyacen a las posiciones no positivistas. Y quizá, el problema de los no positivistas es, al final, más político que teórico; pues, si la cuestión de los principios como normas distintas a las reglas tiene interés no es tanto (o no es sólo) porque puedan estipularse diferencias morfológicas, o estructurales, incluso funcionales (modelos Guastini; Alchourrón/Bulygin; Atienza/Ruiz Manero, o, sin más, Dworkin y Alexy), sino porque pudieran extraerse, de dicha distinción, consecuencias relevantes políticamente en el ámbito de las fuentes del Derecho⁴ (claramente Dworkin), o, si se prefiere de una manera más sencilla, en relación con la respuesta a la pregunta quién manda o quién decide en última instancia. Y es que los no positivistas principialistas, como los antiformalismos desde sus primeras

⁴ Quizá esta mayor preocupación teórica de García Figueroa en torno a los principios y a las posiciones que los sostienen sea la causa (o la consecuencia) de su preocupación mayor por salvar lo *mejor* del positivismo, a saber: su comprensión como método de estudio y análisis del derecho. A García Figueroa no le importa dejar *a los pies de los caballos*, y sin duda hay buenas razones para hacerlo (al menos parcialmente), al positivismo teórico y, a mayor abundamiento, al ideológico, aunque las respuestas de los no positivistas no terminen tampoco de satisfacernos. Pero sigue pendiente la cuestión política de fondo, más allá de la constatación de que también los distintos no positivistas conducen a resultados morales o a opciones ideológicas distintas entre sí. García Figueroa señala algunos caminos en las páginas 59-62, 273 y ss. en relación con Dworkin y en las 345 y ss. y 374 y ss. respecto a Alexy, junto a las páginas 398-401 de las consideraciones finales, aunque quizá éste sea un trabajo pendiente de nuestro autor.

revueltas y después, o los positivismos, o los iusnaturalismos, no son sólo maneras de ver el Derecho, neutrales o que se adoptan por criterios puramente científicos o epistemológicos, sino que responden al deseo de satisfacer ciertos intereses, sean los que sean, políticos o sociales, con independencia del mayor o menor rigor de unas u otras posiciones, o de su mayor acierto metodológico. Y frente a la fachada de algunos de estos fines (justicia, seguridad o estabilidad), o a la simplista auto-atribución que se arrojan las distintas concepciones sobre el derecho (pp. 78-81), pueden encontrarse justo los contrarios desde otra óptica, o los mismos aunque los caminos para alcanzarlos sean distintos; una prueba más de lo que ya se sabía: una determinada opción teórica no conduce al mismo resultado moral o político en todos los casos. Cuando Alfonso García Figuera, en un esfuerzo por distinguir el iusnaturalismo del principialismo (no sé si del todo fructífero), sostiene que el primero actúa en situaciones de flagrante ilegitimidad (dictaduras y totalitarismos) con el argumento de la justicia como requisito de validez, mientras que los segundos introducen la exigencia de los principios en situaciones de normalidad democrática; los primeros, «para garantizar un mínimo ético de todo derecho» (...), y los segundos, para «maximizar moralmente todo derecho» (pp. 78-79), parte de una presunción que, sin duda, al menos en España, admite prueba en contrario. Entretanto no exista un acuerdo teórico y político acerca de los principios, lo que no parece probable, ni conveniente en relación con el contenido sustancial concreto de los mismos (¿quién establece dicho contenido?), el recurso a los mismos no garantiza *a priori* nada en términos sustantivos. Habrá que esperar, en cada caso, a la definición formal y material que de aquellas normas se realice. Por ejemplo, por elegir entre los dos referentes principales de esta obra, confieso mi preferencia de fondo con las tesis de Alexy frente a las de Dworkin, por su vinculación del derecho a la moral en términos más débiles, por su «pretensión democrática» (p. 400) y por su «liberalismo analítico» (p. 400), aunque continúe sin resolverse (quizá es mejor así) la tensión última democracia-liberalismo.

Por tanto, aunque se afirme, y pudiera parecer que ese es su sentido último, que el no positivismo de principios (Dworkin, Alexy; a estos efectos no son relevantes sus diferencias), o el constitucionalismo principialista o garantista (Zagrebelsky o Ferrajoli, respectivamente) tienen como meta, a partir de una visión idealizada del derecho (pp. 81-82 y 85 y ss.), la justicia, un tipo de justicia que es la de los derechos, en algún caso de los más débiles (Ferrajoli⁵), justicia que el positivismo jurídico no supo o no quiso satisfacer, más preocupado por la seguridad o la estabilidad (pp. 74-81), *amoral* cuando no

⁵ Vid. su libro *Derechos y garantías. La ley del más débil* (en concreto, los capítulos «Igualdad y diferencia» y «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona»), prólogo de P. A. Ibáñez, trad. de P. A. Ibáñez y Andrea Greppi, respectivamente, Trotta, Madrid, 1999.

directamente *inmoral* (pp. 32-33), la respuesta última, en términos sustanciales y desde un sano relativismo, no está definitivamente cerrada. Además, tampoco es ajustada la tesis antipositivista de que el positivismo jurídico sólo sirve, o ha servido en la historia, como «idolatría del poder» (Radbruch; recordado por Figueroa, p. 73, n.p.129) para legitimar y mantener acríticamente el viejo *statu quo* burgués, o sin más, «la voluntad del más fuerte», incapaz en todo caso de dar cobertura a nuevas necesidades sociales, teoría de la estabilidad y la paz, a veces, en la mejor línea *radbruchnianna*, de la *paz de los cementerios* que denunciara Kant. Todo esto junto a la autoproclamación de los iusnaturalismos (perdón Alfonso, de los no positivismos) como valedores de la justicia, guardianes puros del «coto vedado»⁶ que cada uno define a su manera, o, pese a ciertas diferencias, del vago (no para él) marco de ética pública de Peces-Barba⁷. Pero, claro, a todo esto se le puede dar la vuelta. García Figueroa lo hace en buena medida y Luis Prieto lo recuerda. Escribe el segundo: «(...) no constituye un exceso laudatorio decir que la precisión y la claridad de esta obra, a veces incluso su rotundidad, representan el mejor antídoto contra la vaguedad y la penumbra que parecen consustanciales al objeto investigado. Tal vez por eso mismo el autor se muestra muy poco complaciente con la “cultura” de los principios y, en particular, con su empleo al servicio del renovado antipositivismo, y ello a pesar de que en este punto sus dos interlocutores principales son nada menos que Dworkin y Alexy» (p. 19).

Si —y ésta es una aseveración mía que no me parece que suscribiría García Figueroa en toda su extensión—, las constituciones actuales *recogen* en forma de principios (Alexy por ejemplo) ciertos derechos que el juez, especialmente el constitucional pero también el ordinario —sobre todo el supremo—, puede aplicar directamente incluso frente al legislador (con independencia ahora de cuáles sean esos derechos o del alcance, en la ponderación con otros⁸, de los mismos —lo que no

⁶ Vid. sobre éste, GARZÓN VALDÉS, E.: «Razonabilidad y corrección moral», en *Revista Claves de la Razón Práctica*, núm. 88, 1998, p. 24.

⁷ PECES BARBA, G.: *Ética pública y Derecho*, Discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, sesión de 19 de abril de 1993, Madrid, 1993, pp. 28 y ss.

⁸ Por cierto, una prueba del uso *interesado* (no lo digo en sentido peyorativo) del recurso a la distinción entre reglas y principios, y de su flexibilidad, se ha hecho en este punto por el profesor Rodríguez Toubes. Pese a lo confuso y lo confundente de la distinción —incluso después del esfuerzo de García Figueroa (pp. 41 y ss. y 131 a 219)—, Rodríguez Toubes *quiere*, frente a Alexy, que los derechos se vean como reglas y no como principios, con el fin de «reforzar dogmáticamente (su) efecto normativo», otorgándoles «más certeza», como si ello evitara, y fuera conveniente, «la idea de ponderación de los derechos con otros bienes constitucionales». RODRÍGUEZ-TOUBES, J.: «En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales», en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 6, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III-«Boletín Oficial del Estado», Madrid, febrero de 1998, p. 398.

es una cuestión baladí; es más: es hoy, que todo el mundo habla, retóricamente⁹ en muchos casos, de derechos, el problema principal; la inestabilidad en la estabilidad de la que habla Cotterrell y recuerda García Figueroa, pp. 75-76, o el mismo Luhmann¹⁰) lo que se puede conseguir, paradójicamente, es la «legitimación acrítica del poder (yo añadiría, del Constituyente, y de su interpretación a lo largo del tiempo por el Tribunal Constitucional) y la disolución de la moral crítica como instancia evaluadora de los sistemas jurídicos» (pp. 34-35), potencialmente «moral legalizada» tras el proceso democrático. En otras palabras: la incorporación de la moral crítica al Derecho por la vía de los principios (que es lo mismo que afirmar mediante la intervención activa de los jueces *fuera* de los cauces formales de validez, en particular respecto a la exigencia de competencia) permite predicar de aquél «una justicia que, en consecuencia, le legitima» (p. 82). El Derecho del Estado constitucional es así un Derecho, no sólo ideal (recto y justo), sino, en términos materiales, completo, capaz de incorporar *la* moralidad que, por las razones que sean (seguramente por falta de consenso suficiente) no ha sido introducida democráticamente. Si las concepciones legalistas de la justicia (los positivismos ideológicos) deducen de lo formalmente correcto lo moralmente valioso, los no positivismos de principios recorren el camino inverso, pero con el mismo resultado de completitud (las tesis de la única respuesta correcta y de la ausencia de discreción judicial se explican así) del sistema jurídico.

Por eso, un positivismo *abierto* a la moralidad (póngasele el nombre que se quiera –corregido, ético, etc–, aunque sigue pareciéndome más preciso el *clásico* de «metodológico»; al menos éste no impide, porque no se lo cuestiona, la reflexión y la crítica moral al Derecho positivo), clarificador y no oscurecedor mediante el recurso a principios como categoría distinta en términos fuertes a las reglas, puede servir mejor a una justicia con seguridad, sin silenciar a la moralidad crítica. Sería un positivismo consciente de que el Derecho, siempre –aunque sea fruto de la mayor autonomía posible de los ciudadanos y contenga «cotos vedados» para evitar que esa autonomía acabe con la de todos, con la de la mayoría o con la de una minoría– debe dejar abierta la puerta para la crítica moral externa (los principios concebi-

⁹ Vid. en este sentido, por ejemplo, PRIETO SANCHÍS, L.: «Los derechos fundamentales tras diez años de vida constitucional», en *Sistema 96*, mayo de 1990, pp. 20-22. O, más recientemente, PECES BARBA, G. (en colaboración con R. de Asís, C. Fernández Liesa, A. Llamas): *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-«Boletín Oficial del Estado», Madrid, 1995, pp. 21 y ss. BARRANCO AVILÉS, M.^a C.: *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Cuadernos «Bartolomé de las Casas» núm. 1, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas»-Dykinson, Madrid, 1996, pp. 3 y ss.

¹⁰ Vid. LUHMANN, N.: «El futuro de la democracia», en *Teoría política en el Estado del Bienestar*, versión española e introducción de Fernando Vallespín, Alianza, Madrid, 1993, pp. 161 y ss.

dos en términos fuertes la hacen, paradójicamente, interna¹¹) de los ciudadanos en general y de los *optimates* en particular. En definitiva, cabe, como lo demostraron Kelsen —en este punto *todavía* nos sirve— y Hart, un positivismo no ideológico. Además, la separación conceptual entre Derecho y moral correcta no es sólo una máxima teórica del positivismo jurídico, o una actitud metodológica de éste. Es una idea fuerza que culmina con el autor austriaco, llena de *contenido* aunque aparezca bajo el manto formal de la pureza metódica, garantía última de la libertad de conciencia, que es siempre individual, y, *a fortiori*, del pluralismo y la diversidad que exige la democracia. Es verdad que el Estado Constitucional de Derecho es la última etapa (pp. 59 y ss.) de un proceso positivo de democratización y salvaguarda de derechos¹² (por cierto, consagrado progresivamente en los dos siglos de dominio positivista y a pesar de los retrocesos no debidos precisamente a él, como ha demostrado Garzón Valdés¹³), que ya no admite vueltas atrás, pero que no está cerrado y que necesita algunas correcciones que sólo pueden esperarse si se deja un margen, y no pequeño, para que la moral crítica-externa continúe actuando y pueda transformarse, por los cauces previstos y por su orden (democrático), en moral legalizada. Es la tensión democracia-constitucionalismo, imposible de resolver simplismente a favor de uno de los dos elementos¹⁴. Sé que resulta atractiva la tesis de la «omnipresencia de la constitución» (p. 61), garantía última de eventuales *excesos* democráticos. Pero, de la misma manera que sucede con las demás normas, la Constitución hay que interpretarla, hay que atribuirle significado, es, además, más *norma dato* que ninguna, por su imprecisión y por ser fruto de consensos, y salvo que se arbi-

¹¹ Pienso por ejemplo, al referirme a principios en sentido fuerte, en los llamados por Wróblewski a partir de una clasificación sencilla, pero muy ilustrativa, recordada por García Figueroa, «extrasistémicos», es decir, normas que no son ni principios positivos, formulados explícitamente en el texto jurídico, ni principios implícitos, «premisas o consecuencias de disposiciones legales...» (p. 49). Y producen paradójicamente el resultado denunciado porque, pese a ser «extrasistémicos», funcionan, a través de la mediación del juez y su razonamiento, como «positivos», como «intrasistémicos», anulando su función crítica externa.

¹² Vid. al respecto, ANSUÁTEGUI ROIG, Fco. J.: «¿Crisis del positivismo jurídico?: Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli», en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 2, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-«Boletín Oficial del Estado», octubre 1993-marzo 1994, pp. 116-124.

¹³ Vid. GARZÓN VALDÉS, E.: «Introducción» a AA.VV.: *Derecho y filosofía*, E. Garzón (compilador), trad. de Carlos de Santiago, revisión de E. Garzón, Alfa, Barcelona, 1985, pp. 5-41.

¹⁴ Un dato de la realidad en este sentido: si observamos las democracias actualmente en vigor, sólo la mitad de ellas, como recuerda Dahl, tienen alguna forma de revisión constitucional respecto a leyes dictadas por el parlamento *nacional*. La supremacía de la Constitución respecto al Parlamento no es así una máxima indiscutible al modo del derecho natural. Incluso países de importante tradición liberal-democrática, como Suiza, limitan (quizá el *ciudadano de Ginebra* continúa presente) «el poder de la revisión constitucional únicamente a la legislación Cantonal». DAHL, R.: *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, traducción de Fernando Vallespín, Ed. Taurus, Madrid, 1999, p. 141.

tre en los tribunales constitucionales mecanismos no sólo de legitimación democrática, sino también de control (¿quién vigila al vigilante?), la respuesta no es tan sencilla. El carácter estático del Derecho en el Estado constitucional, frente al Estado de Derecho *sin ulteriores especificaciones*, no es sinónimo de homogeneidad moral respecto a los contenidos¹⁵, de manera que su mayor peso «social» o «liberal», por ejemplo, no debe ser concretado, o implementado como se dice ahora con un anglicismo pedante, principalmente por los jueces, tampoco por el constitucional, sino, en primer lugar, por la, para utilizar la expresión de Rousseau, *volonté general*. Porque, de la misma manera que no es sostenible hoy (no lo fue nunca en realidad, a pesar de su histórica fuerza teórica y política) la tesis clásica de los positivismos teórico e ideológico del «legislador racional infalible», «guía esclarecido» del interés general, la tesis opuesta del entusiasmo judicialista propia de los no positivismos, del «juez Hércules» *hacedor* de los destinos de los hombres a través de unos principios *no democráticos* que sólo alcanza a ver él tras un proceso argumentativo para el que no suele estar suficientemente preparado, resulta imposible y con seguridad frustrante, y como decía Ortega, y le gusta recordar a Peces-Barba, *anhelar lo imposible no conduce más que a la melancolía*. Es la tesis de Luhmann, aplicada ahora a los jueces, respecto a las teorías fuertemente normativas sobre la democracia, cargadas de sobreexigencias y expectativas, que llevan a un sentimiento de escepticismo general de los ciudadanos tras comprobar la lejanía de las mismas respecto al resultado obtenido por las democracias realmente existentes¹⁶.

En cuanto a mis discrepancias principales (y casi únicas), se reducen básicamente a las siguientes:

1. *¿Dworkin, no positivista?*.—Dworkin (y no Alexy —ver una aproximación a sus diferencias en las pp. 58 y 59; 82-83, 163

¹⁵ Excepto, si se quiere, frente a las posiciones claramente antidemocráticas y antiliberales, lo que hoy, en el marco dominante del *pensamiento único*, es decir muy poco. La zona de penumbra continúa siendo muy amplia, o el núcleo de certeza muy estrecho, reducido, quizá, a la defensa del pluralismo o, en términos subjetivos, del derecho a ser diferente, lo que, nuevamente, pese a lo que sostiene Zagrebelsky por ejemplo (p. 72), no está garantizado por el recurso teórico a la figura de los principios. Quizá, un correcto funcionamiento de la regla de las mayorías y del principio de legalidad, en un contexto de ciudadanos libres e iguales, sin posibilidad por tanto de cercenar posiciones minoritarias, lleva a una mejor solución que combine democracia y pluralismo; o que defienda el pluralismo sin olvidarse de la democracia. El recurso a los principios y a su interpretación por los jueces «como la traducción constitucional y aun sociológica del actual pluralismo imperante» (Zagrebelsky, p. 72) es insuficiente, no sólo para la democracia (claramente), sino también para el mismo pluralismo, salvo que éste se defina *avalorativamente*, como el resultado múltiple (e incierto) de la arbitrariedad judicial, lo que no parece razonable ni ajustado a su sentido real y propio, que es *normativo*.

¹⁶ Vid. por ejemplo al respecto mi trabajo «Sobre la democracia de Jean-Jacques Rousseau», prólogo de Eusebio Fernández, *Cuaderno Bartolomé de las Casas* núm. 14, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 39-40 y 55-56.

y ss.; 185 y ss. y 198 a 219) me parece más un iusnaturalista que, sin más, un no positivista en términos de «tercera vía» (pp. 249, 395), aunque al final pueda ser un problema semántico-estipulativo, o «fundamentalmente nominal» (p. 250). Simplemente, se trata de un iusnaturalista de nuestro tiempo, que utiliza los principios para garantizar cierta concepción, positiva en líneas generales, de los derechos de los ciudadanos y de los valores político-constitucionales vinculados a ellos. El hecho de que introduzca la posibilidad de que estos cambien parcialmente, de acuerdo con las necesidades sociales de cada tiempo (pp. 252-255), no altera, en mi opinión, su definición como iusnaturalista. La característica del iusnaturalismo (ontológico, claro), como recordara Carlos Nino, no es tanto que asimile los principios a una caja de caudales trascendental, y a pesar de ello cognoscibles y objetivos, sino que afirme que ciertas normas jurídico-positivas, por ser inmorales, no son válidas; o, en positivo, que ciertas normas sí lo son por ser morales¹⁷. El propio García Figueroa se expresa con claridad respecto a Dworkin (y respecto al iusnaturalismo como tal –pp. 252-255–) cuando afirma: «La teoría de Dworkin permite considerar que un principio moral pueda ser considerado jurídico sin más, *proprio vigore*» (p. 47). Reducir el iusnaturalismo al trascendental es confundir el género con la especie, restringir su uso al más tosco, al menos depurado, al metafísico en definitiva si no queremos hacer juicios peyorativos. Que Dworkin no sea Del Vechio o Tomás de Aquino, San Agustín, o Corts Grau, no excluye que pueda ser iusnaturalista, y la clave está en su tesis principal de la única respuesta correcta derivada de la ampliación del concepto de derecho a lo moralmente valioso (pp. 57-58), en otras palabras, por su confusión, que es «la tesis central del no positivismo» (p. 58), entre derecho y moral correcta que acaba con toda discrecionalidad judicial. «La moral sellaría las fisuras del sistema jurídico (...) y permitiría rechazar la tesis de la discreción» (p. 58).

En última instancia, mi discrepancia, que es más una duda si se piensa bien, tiene que ver, a mayor abundamiento, con la propia denominación del «no positivismo». Después de la lectura del libro, todavía no tengo claro qué añade de diferente al iusnaturalismo que justifique su uso y que no sea dar satisfacción a esos autores que niegan su condición de iusnaturalistas (que no es el caso de Dworkin que, en algún momento, como recuerda nuestro autor, se autoproclama iusnaturalista –p. 249–)¹⁸. Una prueba de lo que sostengo puede encontrarse, a mi juicio, en la conexión constitucionalismo-principialismo a la que se refiere García Figueroa (pp. 69-74). El hecho de que sea la «argumen-

¹⁷ Vid. NINO, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, pp. 27 y 28.

¹⁸ Vid. en todo caso al respecto, con carácter general, el trabajo de PRIETO SANCHÍS, L.: «El constitucionalismo de principios, ¿entre el positivismo y el iusnaturalismo? (A propósito de «El Derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky)», cit., pp. 125 y ss.

tación» de los jueces, su razonamiento, el *instrumento metaético* que sirve para identificar los principios (morales) y, lo que es más importante, para extraer de dicha identificación, fuera de los cauces formales y materiales de validez y de control democrático, su valor jurídico-constitucional en forma de derechos (p. 69) recuerda, aunque se presente en términos más sofisticados, al viejo recurso constitutivo a la razón y a la evidencia de los iusnaturalismos racionalistas para juridificar los clásicos derechos naturales. La moralidad crítica incorporada al Derecho para «crear» derechos, o dar prioridad a unos sobre otros, al margen de (incluso contra) la voluntad democrática expresada en el parlamento (parece, por cierto, que incompatible con la argumentación¹⁹), mediante el razonamiento jurídico por principios, no deja de ser, a mi juicio, una versión depurada de iusnaturalismo.

Con todo, sí puede aducirse una razón positiva, aunque sea débil, respecto al nombre elegido: supone partir del positivismo, posición que, al menos como método, continúa teniendo especial valor (como demuestra en este trabajo García Figueroa) y puede seguir siendo punto de referencia; mejor, por ejemplo, que hablar de «no iusnaturalistas» para referirse a los que están (o estamos) del otro lado del anti-positivismo, pero habiendo superado a la vez el paleopositivismo. Es verdad, sin embargo, que el uso de formulaciones *negativas* suele producir cierta insatisfacción en términos conceptuales, aunque, como es este caso, la opción responda, precisamente, a un esfuerzo conceptual que huye de simplificaciones.

2. *Contra el exceso de confianza en los jueces.*—Nadie discute hoy la crisis de racionalidad interna del Derecho derivada, en parte, de ciertos problemas de deslegitimación (y no tanto de falta de legitimidad—prefiero la conceptualización al respecto de Elías Díaz que la referida por García Figueroa de Ernesto Garzón—²⁰). Pero ello no me lleva a compartir, ni con Alfonso García Figueroa, ni con su prolo-

¹⁹ Precisamente, una de las virtualidades de las teorías de la legislación es trasladar las exigencias argumentativas indicadas por las teorías de la argumentación básicamente para los jueces, al legislador; operador jurídico principal en una democracia representativa. Vid. ATIENZA, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 27-41.

²⁰ Así, la legitimidad apuntaría más bien, siguiendo de fondo a Elías Díaz (*vid.* por ejemplo, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, pp. 21 y ss.) al cumplimiento de determinadas reglas de carácter formal y procedimental, como la igualdad de derechos, el sufragio universal y el principio de las mayorías. Es la legitimidad legal-racional (hoy democrática indefectiblemente) de Weber, o legitimidad de origen y, por tanto, no se correspondería, en principio, con la «satisfacción de ciertas exigencias éticas» sustantivas vinculadas en todo caso a la legitimidad de ejercicio. La moralidad crítica, minoritaria por definición, aparecería en este segundo momento y, en todo caso, en el de la legitimación, esto es, en el de la respuesta efectiva de los ciudadanos al ejercicio del poder, cumpliendo un papel fundamental como indicador o guía, de influencia en (y crítica al) poder legítimo cuando menos de origen. Vid. una interpretación diferente de estos conceptos, a partir de las tesis de Garzón Valdes, en las páginas 80 y 81 de la obra comentada de García Figueroa.

guista y maestro Luis Prieto, su más o menos velada (más en el primero, menos en el segundo) desconfianza mayor hacia el legislador ordinario que hacia el juez, constitucional o no. Sin entusiasmos (imposibles hoy) hacia la nacional o internacional *clase política* (como suele decirse ahora de manera cursi aunque no neutral –y yo creo que bastante descriptiva, desgraciadamente–), ¿qué han hecho los jueces más por los derechos y por la libertad y la igualdad que el legislador? ¿Por qué los jueces con sus principios (me refiero a los extrasistemáticos que son los que suscitan los problemas) van a remover mejor los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, que el legislador con sus leyes? Poniéndonos en negativo: ¿no es peor una mala decisión judicial que una mala decisión democrática? Sigo creyendo, de nuevo en la mejor línea de Elías Díaz y pese a algunos (bastantes) ejemplos de la realidad, en el, si vale la expresión, *valor principial o carácter* «prima facie» (pp. 196 y ss.) de la regla (¿o principio?) de las mayorías. Otra cosa son las razones débiles vinculadas, de un lado, a la dificultad *estructural* del legislador para conseguir consensos en una sociedad democrática pluralista y, de otro, a la imposibilidad de abstenerse de decidir de los jueces (lo recuerda nuestro autor, p. 55). Pero, ni una consideración ni la otra, ni las dos juntas, justifica sin más la tesis fuerte de los principios que llevaría (y que lleva muchas veces en la práctica) a que los jueces resuelvan mediante aquéllos precisamente los asuntos que el legislador no puede o no se atreve a resolver. Es la *crisis de la legalidad*²¹, o lo que es lo mismo, aunque no suela expresarse como tal, de la democracia misma. Y quizá estos problemas no se resuelvan mejor cambiando el centro principal de poder normativo del legislador a los jueces, sino profundizando (siendo conscientes de los límites de la realidad) la democracia misma. En otras palabras: la crisis de la democracia debe resolverse, no con *menos* democracia, sino con *más* y *mejor* democracia. Más Habermas y menos Dworkin.

Sí me parece, sin embargo, un avance teórico importante, superador del estrecho (en este punto) positivismo jurídico, la afirmación *débil* de la existencia, en el marco del sistema jurídico, de principios como algo diferente, en términos también *débiles*, a las reglas. En otras palabras, y al menos teóricamente, la distinción entre reglas y principios no debiera tener que ver con una distinta forma de adquirir validez unas y otros dentro del sistema. Es el caso de los principios explícitos y de los implícitos (pp. 47-51), que dan suficiente juego, cuya afirmación es perfectamente posible desde el positivismo jurídico, «irrelevantes en el marco de la polémica acerca de la separación de derecho y moral...» (p. 53). El esfuerzo clasificador de García Figueroa en la búsqueda de una taxonomía de los principios o de una definición *lexical* del Derecho (pp. 131 y ss.) es en este sentido loable

²¹ FERRAJOLI, L.: «El Derecho como sistema de garantías», traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pp. 15 y ss.

e interesante para la teoría del Derecho y para una comprensión razonable del papel necesario de los jueces en el marco del Estado constitucional de Derecho. Es, si se prefiere, un ejercicio teórico importante, que en todo caso no debiera permitir obtener resultados morales o políticos que no se obtienen con las reglas. Y que los jueces lo hagan, de la misma manera que la historia no debe ser constituyente²², no significa que deban hacerlo. Otra vez la distinción entre describir y dar razones. La discreción judicial defendida por el positivismo jurídico (p. 73, por ej.) especialmente a partir de Hart (antes era inexistente durante la hegemonía del juez de Montesquieu) es preferible, a mi juicio y como esta obra demuestra suficientemente, y no sólo por razones puramente teóricas, al recurso, más o menos intenso, a la única respuesta correcta derivada de la *incorporación* al Derecho de principios «morales» (y cuidado, porque el juez *también* es falible) inválidos²³. Los principios extrasistemáticos son una opción más del juez que debiera funcionar restrictivamente, sólo para los casos *trágicos* en terminología de Atienza, que no son tantos, y más como *obiter dicta* que como razón principal de la decisión, opción que en todo caso deberá justificarse argumentativamente (ajustándose a los límites interpretativos impuestos por el ordenamiento, y, en particular, a la regla del precedente²⁴), contando con el apoyo, al menos indirecto, de alguna norma del sistema (p. 313) y siendo el juez, en última instancia, responsable de la opción elegida²⁵. La discrecionalidad judicial,

²² Vid. RODRÍGUEZ URIBES, J. M., «*Dos palabras* de réplica a Alfonso García Figueroa», en *Derechos y Libertades*, núm. 8, Boletín Oficial del Estado-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, cit.

²³ El propio García Figueroa dedica unas páginas (311-315) a la distinción, a los efectos señalados y en la dirección más interesante, entre «pertenencia» y «aplicabilidad»: un principio moral puede ser aplicado a un caso, como sucede con el derecho histórico o con el comparado, para subsanar una laguna o resolver un conflicto de normas, sin que ello presuponga su pertenencia al sistema. Esta distinción, en este sentido y con este alcance, ayuda a comprender la realidad del Derecho, superando la visión estrecha del positivismo formal-legalista para el que sólo es relevante la noción de validez, pero sin vaciarla de sentido como hace Dworkin al confundirla con «aplicabilidad».

²⁴ Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.

²⁵ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 125. En efecto, la responsabilidad del juez por el uso de principios extrajurídicos, que son Derecho para los *no positivistas*, es clara y alcanza incluso la responsabilidad penal. En sentencia reciente del Tribunal Supremo se ha declarado culpable de un delito continuado de prevaricación a un juez por postergar «(...) la validez del Derecho o de su imperio», vulnerando con ello «(...) el Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho, en la forma prevista en el art. 117.1 C.E. Desde este punto de vista, el delito de prevaricación (...) requiere, ante todo que las sentencias o resoluciones judiciales (...) puedan ser consideradas como un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes. La prevaricación, por lo tanto, consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al juez (...), con evidente quebranto de sus deberes constitucionales». Y añade: «Desde este punto de vista es evidente que la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el

necesaria a la vez que inevitable, en los «límites del derecho» que son ya de por sí difusos, límites recordados por Raz y nuestro autor (pp. 56-57, 314) y que nos llevan hasta Kelsen y Hart, no debe transformarse, aún a juicio de que se me acuse de positivista trasnochado, en arbitrariedad (ver en esta línea, García Figueroa, p. 57), y ésta es más fácil desde el iusnaturalismo, o, si se prefiere, desde el no positivismo *a pesar* (como siempre) de su cognoscitivismo moral. Por cierto, no deja de existir, desde cierto punto de vista, una, cuando menos aparente, aporía entre el cognoscitivismo ético (en algunos casos claramente objetivista) de los no positivistas y su entusiasmo teórico por un tipo de normas que son todo menos cerradas, rígidas y precisas. ¿Quién les garantiza la correcta interpretación por mucho que se construyan y se ofrezcan teorías al respecto (pp. 307 y ss.)? ¿Cómo transformamos jueces inevitablemente falibles, condicionados política y moralmente, en jueces Hércules capaces de acertar en la interpretación (en singular) de normas con alto grado de generalidad, vaguedad y abstracción, no resolubles al modo de todo o nada? Entre el juez (imposible) boca muda de Montesquieu heredado por el primer positivismo, y la opción principialista del no positivismo, desde Zagrebelsky a Dworkin, queda un importante margen que no conduce mecánicamente de la «soberanía concreta de la ley» a «la soberanía abstracta de la Constitución» (p. 71), de la democracia a los derechos humanos, como si, *prima facie*, fueran incompatibles (cuando la historia demuestra justo lo contrario, al menos en términos relativos). Y es un margen que puede ser ocupado, como demuestra García Figueroa, aún con todas las tensiones y dificultades que se quieran, por un positivismo como método o «como enfoque» (p. 251, n.p. 113), desde el punto de vista de la aproximación al (y del conocimiento del) Derecho, y por la democracia parlamentaria (en esto García Figueroa insiste menos) expresión de la voluntad de los ciudadanos en un marco de suficiente información, transparencia y participación. Los jueces tienen su lugar, más importante que el que les atribuyó tradicionalmente el positivismo formal-legalista (teórico, si se prefiere) o que el que hoy les otorga Dworkin, bocas mudas no ya de la ley, sino de los principios, aunque menos protagonista que lo que desearían los defensores del activismo judicial derivado indefectiblemente de muchos de los planteamientos principialistas o no positivistas.

3. *El problema del autorreferencialismo.*—García Figueroa presenta como una circunstancia favorecedora del no positivismo principialista el llamado autorreferencialismo del Estado de Derecho sin ulteriores especificaciones, lo que Rafael de Asís denominó hace unos

juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de justicia» que es a lo que lleva en la práctica el recurso a los principios extrajurídicos aunque se predique paradójicamente la unidad de solución correcta. *Vid.* Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2/1999, causa especial 2940/1997 [Sobre el Fondo, fundamentos 3 a) y 3 b)].

años las «paradojas del limitado límite» (en particular a estos efectos, la «paradoja de la positivación»²⁶) y, aunque en el último párrafo de su exposición afirma la compatibilidad del positivismo jurídico con las exigencias, en términos de derechos, del Estado constitucional («sólo un paleopositivismo legalista e imperativista –escribe– se hallaría en dificultades para ofrecer un modelo atento a ellas» –p. 69–) no discute directamente la propia tesis del autorreferencialismo, a mi juicio claramente confundente si se presenta en términos fuertes. Creo que el recurso a la paradoja de Rafael de Asís explica mejor el fenómeno que el razonamiento circular (p. 67) del autorreferencialismo, aunque parta de él en la versión de Alf Ross.

* * *

En todo caso, y como reflexión final, no cabe más que hacer un juicio profundamente positivo de una obra que, *contracorriente*, se sitúa en la mejor línea positivista, superando algunas de sus estrecheces (vinculadas a ciertas tesis del positivismo teórico) y algunos de sus excesos (propios del positivismo ideológico), pero sin deslizarse por la pendiente *tentadora* en términos teóricos, aunque *peligrosa* en términos políticos (incluso aunque la mayoría de los jueces fueran –que no es así– como el que nos ofrece Antonio Banderas en *Locos en Alabama*, un juez prevaricador pero justo) de los antipositivismos; tanto o más *peligrosos* que una democracia (o un positivismo) *sin límites*. Porque, en efecto, el juez «principalista» *justo* es también indefendible en un Estado de Derecho aunque se le añada el calificativo de «constitucional». Como escribiera Tomás y Valiente: «El activismo judicial puede consistir tan sólo en la noble renuncia a la trinchera del principio dispositivo para no hacer justicia, porque las partes no hayan sabido pedirla. Hay nobleza en el propósito, pero (incluso aquí) el peligro es claro...». Éste deriva de una idea básica de todo Estado de Derecho y es que «(...) no estamos en el mundo de las virtudes individuales, sino en el del Derecho y sus repartos de papeles y sus reglas formales y sus equilibrios de poderes, y en este universo del Derecho, cuyo formalismo con frecuencia es menospreciado donde antes era ensalzado, el hecho de que un actor desempeñe el papel de otro personaje del drama altera la representación, desorienta al espectador y puede acabar con el teatro»²⁷.

²⁶ Vid. Asís, R. de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Ed. Debate, Madrid, 1992, pp. 70-78.

²⁷ TOMÁS Y VALIENTE, Fco., *Constitución: escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 167. El paréntesis es mío.