

POSITIVISMO VS. IUSNATURALISMO. PRÓXIMA SALIDA: NEOCONSTITUCIONALISMO

Antonio Manuel PEÑA FREIRE

Universidad de Granada (España)

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 268.

Al margen de la curiosidad de estas peculiares *confesiones* para comprobar como su autor ajusta cuentas con el positivismo jurídico después de haberlo defendido sólidamente en obras anteriores¹, lo cierto es que *Criaturas de la moralidad* constituye un documentado y honesto estudio sobre la situación actual del debate entre positivistas y aquellos que declaran no serlo a propósito de la relación entre derecho y moral. Además el libro es de lectura muy amena, algo que en modo alguno es baladí, especialmente en el contexto de un debate que, como se refiere en el libro, peca ya de un escolasticismo insoportable y que corre el riesgo de terminar bien por desistimiento de alguna de las partes, bien por aburrimiento del respetable.

En *Criaturas de la moralidad* se afirma que el debate de positivistas con iusnaturalistas, primero, y, luego, con no-positivistas está agotado y que es estéril seguir discutiendo. Esta afirmación además está llamada a tener profundo alcance en tanto que el autor de la obra sostiene también que la filosofía del derecho se ha definido en función de ese debate, es decir, que surge en un momento dado como una reflexión sobre la relación entre derecho y moralidad opuesta a los postulados que sobre el particular venía sosteniendo el iusnaturalismo. García Figueroa (p. 99) insiste en efectivamente no olvidar “el carácter histórico de nuestra disciplina” ya que “la filosofía del Derecho nace en un momento determinado por *oposición* a cierta forma de concebir el Derecho, la del iusnaturalismo en sus diversas manifestaciones”. De hecho, el propósito de la obra no es tanto “denunciar la debilidades del positivismo jurídico”, sino más bien “criticar aquellos presupuestos comunes a positivistas y no positivistas que han hecho posible ese juego que llamamos «filosofía del derecho» o más concretamente «teoría del derecho»”. No se trata, por tanto, de negar la tesis de la separación entre derecho y moral afirmando que los positivistas no tienen razón (aunque mi impresión es que sí se hace así), sino más bien mostrar que el debate está planteado sobre unos presupuestos que son discutibles y que vendrían a constituir un pseudoproblema. Por ejemplo, una vez que no se acepta ni la existencia preteórica del derecho ni la de la moral como

1. Singularmente en *Principios y positivismo jurídico*, CEPC, Madrid, 1998.

entidades distintas, “¿qué sentido tiene preguntarse por las relaciones entre Derecho y moral?”. El autor, de manera consecuente con este planteamiento, adopta al respecto una forma de “antipositivismo externo que pretende, a diferencia del antipositivismo interno, sustraerse a la propia dialéctica entablada entre positivistas y antipositivistas (internos) mediante la crítica a aquellos elementos que éstos comparten con la doctrina del positivismo jurídico” (pp. 16-17).

Ahora bien, el agotamiento del debate entre positivistas y los que no lo son tendría sus causas ya que obedece al impacto de dos acontecimientos extraordinarios: el neoconstitucionalismo en el campo jurídico y el constructivismo de corte discursivo en el campo de la moral.

El neoconstitucionalismo nos habla de constituciones rematerializadas, plagadas de criaturas morales (derechos, valores, etcétera) y que irradian a los ordenamientos jurídicos. Respecto al constructivismo habría cuestionado uno de los postulados fundamentales de debate entre positivistas e iusnaturalistas en todo lo que afecta a la tesis de la separación y el carácter artificial del derecho. Según las tesis constructivistas, no sólo el derecho sería un producto social pues también la moral lo es, si bien ésta obedecería, por utilizar la fórmula de Geiger, a una espiritualización de ciertas costumbres o experiencias humanas, mientras que el derecho obedecería a la institucionalización de experiencias similares. Si derecho y moral ya no están separados por un muro ontológico infranqueable, si la moral carece de la existencia ideal que algunos positivistas parecen asignarle cuando la contrastan con el derecho, la separación conceptual entre derecho y moral se relativiza mucho.

Mientras que el neoconstitucionalismo y la constitucionalización habrían aproximado el derecho a la moral, las éticas dialógicas y procedimentales habrían aproximado la moral al derecho al transformar la introspección solipsista como vía de acceso a las esencias morales en un discurso entre diversos participantes según unas reglas procedimiento; de ese modo, “constitucionalismo y constructivismo habrían convertido en gradual el fuerte dualismo Derecho/moral implícito en el acervo común de positivistas y no positivistas” (p. 20).

Ahora bien, aunque la materialización constitucional y el constructivismo ético parecen apuntar a problemas filosóficos *mayores*, lo cierto es que el autor centra su interés en un aspecto de alcance un tanto limitado: el resultado de ese impacto entrecruzado de neoconstitucionalismo y de constructivismo sobre el derecho se traduciría finalmente en la disposición de las normas jurídicas a la derrotabilidad por motivos morales.

García Figueroa señala que, mientras que el formalismo y el legalismo toman a la solución dada por las normas a los casos que ellas mismas definen como una razón concluyente de la solución en cada caso particular, los neoconstitucionalistas no están dispuestos a admitir que una solución general tal y como aparece plasmada en una norma, pueda, sin más, trasladarse apriorísticamente a todos los casos sin tomar en consideración otras *interferencias* o circunstancias que, como los principios constitucionales, pueden dar lugar a un cambio de la polaridad de la norma. Las soluciones generales de las normas, en consecuencia, son derrota-

bles en el caso particular (p. 88) y los enunciados de las normas completas no se pueden construir sino a partir de las disposiciones contenidas en el ordenamiento y según un criterio de relevancia de sus soluciones del que sólo disponemos en el caso concreto y que otorga al conjunto de razones de las disposiciones la polaridad específica coherente merced a una argumentación correcta (p. 93).

Prosigue el autor con el estudio (en los capítulos 3 y 4) de las normas iusfundamentales, reglas o principios, llamadas a vehicular las funciones y efectos antes aludidos y a ejemplificar así las tesis teóricas que el libro sostiene. Los principios, que junto al argumento de la injusticia extrema han sido la palanca de crítica al positivismo jurídico durante el siglo XX (p. 104), son para García Figueroa (p. 111) particularmente aptos para ofrecer una imagen más intuitiva del razonamiento jurídico, aunque también reconoce la necesidad de hacer un esfuerzo suplementario de objetivización de la labor jurisdiccional a través de la que se determinan y aplican. En cuanto a la distinción entre principios y reglas, García Figueroa (p. 136) apuesta por una distinción débil, dado que la derrotabilidad, el rasgo fundamental de los principios, también estaría presente en las reglas. La teoría es sugerente y provocadora, pues está en contraste con algunos de los tópicos o ideas más comunes sobre los principios, como por ejemplo, su condición de “triumfos”, que apunta directamente a su inderrotabilidad, pero también su condición de mandatos de optimización, pues esta estructura, a juicio del autor, no implica realmente derrotabilidad, sino un mandato incondicionado de hacer algo en su máxima extensión en función de lo apropiado de las circunstancias. Además, los diversos teóricos que han tratado el tema no habrían tenido en cuenta que la derrotabilidad de los principios también irradia a las reglas, esto es, a todas las normas del ordenamiento. Como no es posible combinar la optimización de los derechos fundamentales con su ubicuidad y omnipresencia y seguir manteniendo la existencia de reglas, advierte García Figueroa (p. 146) que toda norma *puede* o, mejor, *debe* estar dispuesta para ser excepcionada, singularmente por normas constitucionales, aunque desconocemos en qué casos o bajo qué circunstancias *deberá* ser así.

Hay que tener en cuenta que las condiciones o circunstancias que actúan como detonantes de esa disposición no son, como en ciertas versiones refinadas del positivismo reconocen, un conjunto finito o cerrado y determinable. La conexión entre derecho y moral y el efecto irradiatorio de los derechos hacen que entre las condiciones detonantes haya también condiciones morales. Así las cosas, hay que superar la distinción fuerte entre reglas y principios, o entre normas que se aplican por subsunción y normas que se aplican por ponderación, y también abandonar cualquier concepción formalista, atomista y fragmentada del derecho (p. 144).

Respecto de los riesgos para la seguridad o la certidumbre, el autor nos dice que el hecho de que la derrotabilidad tenga una base ética no significa, sin embargo, que el razonamiento jurídico sea incompatible con la racionalidad: la teoría del discurso es la que permite delimitar las condiciones de racionalidad (pp. 158-59). Las reglas y condiciones de discurso práctico son las que, al determinar las condiciones de racionalidad, evitan que el razonamiento jurídico se disuelva

en el puro subjetivismo o capricho del decisor pues apuntan a “una respuesta racional, pero no absoluta; un espectro de soluciones correctas, pero no una única respuesta correcta” (p. 159). García Figueroa (p. 116), al respecto, confía en la fuerza constrictora de una teoría de una argumentación jurídica en el contexto de la teoría del discurso práctico que actúe como parámetro de objetividad y que permita una cierta fiscalización de las decisiones jurisdiccionales en las que se valora y aplica un principio: “La teoría de la argumentación jurídica”, dice, “está llamada a integrar así el discurso institucional en el discurso práctico general y, por esta razón, constituye una pieza clave de una teoría externa de los derechos fundamentales”.

El ajuste expreso de cuentas con el positivismo jurídico llega en el capítulo 5, quizás el más íntimo en términos de confesión, donde el autor se plantea qué sentido tiene esa teoría sobre el derecho en el contexto de sociedades postmetafísicas en las que el iusnaturalismo teológico ha sido seriamente debilitado. Ninguna de las escuelas o tendencias actuales del positivismo sale particularmente bien parada de las consideraciones de García Figueroa.

Los positivistas analíticos, por ejemplo, se habrían visto desbordados por la complejidad y realidad del fenómeno que dicen querer describir. Las teorías positivistas del derecho de inspiración analítica, en su búsqueda obsesiva de la claridad conceptual, terminan diseñando su propio objeto —el derecho— a medida de sus necesidades teóricas y metodológicas. El derecho, colocado de ese modo en el interior de una jaula de Faraday (según la expresiva metáfora de García Figueroa), quedaría protegido de cualquier interferencia externa y sería al fin apropiado a los presupuestos de la teoría que pretende su descripción. El positivismo, obsesionado por su pureza metodológica termina por simplificar su propio objeto y por convertirse en una doctrina anodina e irrelevante².

Otros positivistas, más sinceros, asumen la dimensión moral de sus planteamientos y participan así de un positivismo normativo, esto es, un positivismo basado en el compromiso con una concepción y descripción neutral en términos morales del derecho. García Figueroa no tiene piedad con este tipo de positivismo; afirma (pp. 181-188) que es performativamente incoherente, pues viene a sostener que el derecho es como es porque debe ser así; que es frustrante porque es difícil que las propias creencias lleguen a adquirir fuerza suficiente como para conformar la realidad; y, por último, que es contraproducente ya que el *deber metodológico* termina proyectándose sobre el derecho mismo, lo que reduce a esta forma de positivismo a un tipo de legalismo o positivismo ideológico (consideraciones análogas le merece el positivismo de Tom Campbell, pp. 188-191).

2. David Dyzenhaus llega a una conclusión similar y señala al giro descriptivo y analítico del positivismo como el responsable de haber convertido a la reflexión sobre el derecho en una descripción formal y vacía y que apenas contiene trazas de lo que un día fue un vibrante proyecto de reforma política. Véase “Form and Substance in the Rule of Law: A Democratic Justification for Judicial Review?” en Christopher Forsyth, ed., *Judicial Review & The Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 159.

Tras una última valoración, la del *positivismo antisistema* de autores como Luis Prieto, García Figueroa (pp. 197-98) termina sentenciando al positivismo definitivamente: si tantos positivimos, incompatibles entre sí, son posibles ¿no será que el positivismo, como antaño el derecho natural, es una cortesana a disposición de cualquiera?³ “La ideología” nos dice “sería el *locus* genuino de la teoría” pues “tras las teorías del Derecho late invariablemente una vertiente normativa o ideológica”.

La obra se completa con una exposición en positivo de las tesis del autor en el capítulo 6, expresivamente denominado “¿Hacia dónde se dirige la teoría del derecho? Elementos para un programa neoconstitucionalista” y con una apuesta por una teoría del derecho menos general y más particular, menos objetualista y más interpretativa y menos sistemática y más problemática.

Pese al tenor de las conclusiones, lo cierto es que se aprecia cierta moderación en su alcance final y ello pese a la radicalidad de muchos de los presupuestos que perfectamente habrían tolerado una perspectiva más ambiciosa. Al margen de las dudas referidas a la importancia real del llamado *neoconstitucionalismo*⁴, el autor, por ejemplo, excluye de sus conclusiones al ámbito anglosajón del debate para centrarse en el panorama continental, que es “donde más énfasis ha encontrado el llamado neoconstitucionalismo” (p. 202). Esta autolimitación es legítima, aunque en algún aspecto cuestionable: supone un ejercicio teórico sorprendentemente parecido al de *incorporacionistas* o *inclusivistas*, al acotar sus tesis a órdenes jurídicos en los que se habría verificado un dato histórico singular (la materialización constitucional), pese a que el autor insiste en el carácter no contingente de sus conclusiones (p. 202). Por otra parte, la referencia a los debates entre los fundadores de la tradición positivista anglosajona, esto es, autores como Bentham o Hobbes⁵, y los juristas del *common law* habría reforzado la tesis del carácter histórico y contextual del debate entre positivistas y no-positivistas y su exclusión priva a las tesis del libro de un alcance que merecían.

En cualquier caso, y a modo de conclusión final, es manifiesta y clara la apuesta del autor por pasar página de la actual etapa histórica de la reflexión sobre el derecho y por superar el esencialismo que implica presuponer que existe algo que es el derecho —natural o positivo— en un sentido preteórico, preanalítico o prefilosófico (p. 218). Preguntas tan hondas como la “¿qué es el derecho?” tendrían que adquirir así un nuevo sentido mediado por el impacto del constitucionalismo y del constructivismo moral (p. 257) y cuyo sentido más concreto habrá que escrutar próximamente. Este libro es un buen punto desde el que iniciar esa indagación.

3. Según la conocida imagen de Alf Ross (1959), *Sobre el derecho y la justicia*, trad. G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1977, p. 254.

4. Mi intuición es que se sobrecargará ideológicamente y no irá más allá de ser moda pasajera.

5. A los que habría que sumar a Jeremy Waldron, que, a juicio de Dyzenhaus, es el principal renovador de aquella vibrante tradición genuinamente positivista y declaradamente normativa o ideológica. Véase David Dyzenhaus, “The Genealogy of Legal Positivism” en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.º 1, 2004, pp. 39-67, esp. 62 y ss.

