

Más allá del positivismo jurídico

Pablo de Lora

Alfonso García Figueroa

CRIATURAS DE LA MORALIDAD. UNA APROXIMACIÓN NEOCONSTITUCIONALISTA AL DERECHO A TRAVÉS DE LOS DERECHOS

Trotta, Madrid 270 pp. 20 €

Naora nació en el año 2007 con una dolencia hepática fatal. La única solución para su supervivencia era hacer un trasplante de segmento hepático. Su madre, Gabriela, estaba dispuesta. ¿Quién no se prestaría para salvar a su bebé de seis meses, incluso si está en juego su propia vida? En octubre de 2007, cuando Gabriela solicita ser donante para su hija, le faltan pocos meses para cumplir dieciocho años. El artículo 9 del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, establece que para ser donante vivo hay que ser mayor de edad, y que no puede realizarse extracción alguna de órganos a menores de edad, «aun con el consentimiento de los padres o tutores» (el artículo 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos se pronuncia en los mismos términos). La madre de Gabriela, abuela de Naora, había prestado su consentimiento.

Así y todo, mediante Auto 785/2007 de 18 de octubre de 2007, la juez titular del juzgado de primera instancia número 17 de Sevilla autoriza la donación de Gabriela. Para ello se basa en procedimientos quirúrgicos análogos -la esterilización de un menor- para los que no basta el consentimiento de los padres o tutores, sino que debe mediar una intervención judicial en la que se constate la pertinencia de la operación a través de la comparecencia de expertos, la exploración del menor o incapaz y la audiencia del ministerio fiscal. Todo eso se hizo en este supuesto, concluyéndose, también en escuetos párrafos, con la autorización para que se cumpliera la voluntad de Gabriela. Una resolución de escasas seis páginas que apenas si ha levantado ampollas, a pesar de que parece una flagrante desviación de ley. Más bien al contrario: todo el mundo en muy diversos ámbitos ha celebrado la decisión de la juez como un caso claro de impartición de «justicia». ¿Se imaginan qué hubiera ocurrido si la jueza deniega la autorización basándose en la literalidad de las normas y la pequeña Naora fallece?

DILEMAS Y DESAFÍOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

De acuerdo con la aproximación desgranada por García Figueroa en este importante libro, la hipotética denegación de la autorización por la jueza -con fallecimiento o no de la niña- habría sido injustificada e injustificable. Es decir, a la pregunta «¿Por qué se ha prohibido que una menor done un segmento hepático?», no habríamos dado una respuesta basada en razones atendibles. Tan solo nos cabría invocar, en concordancia con cierto positivismo jurídico, la existencia de una regla o conjunto de reglas, que, en

determinados supuestos, se revelan como injustas o absurdas, pero que, a pesar de ello, se aplican. El Derecho, de acuerdo con el autor, tiene una dimensión «normativa» que le impide funcionar de ese modo; una dimensión de la que no puede desprenderse, a la manera en que el carcelero de Auschwitz respondía a los «porqués» de Primo Levi: «Aquí no hay “por qué”» (p. 77).

Que esta dimensión justificativa del Derecho –que obliga a sus aplicadores a indagar en las razones de carácter moral para resolver los casos– sea o no un rasgo esencial del fenómeno jurídico, es una cuestión sobre la que viene debatiéndose extensamente desde hace décadas, si no desde siempre. ¿Hasta qué punto puede decirse que esa conexión entre Derecho y moral es *necesaria*, como señalada y secularmente han mantenido los iusnaturalistas? ¿No será meramente contingente, esto es, dependiente de que el propio Derecho, o un conjunto de prácticas sociales más complejas, autoricen a los jueces a decidir en función de las mejores razones de carácter moral? Pero entonces, si tal autorización o delegación a los aplicadores existe para que *hagan justicia*, ¿en qué sentido cabe decir que el Derecho tiene naturaleza convencional cuando lo que el Derecho dispone es íntimamente dependiente de lo que la justicia dicta y los criterios de justicia no son convencionales? Si la función del Derecho es guiar la conducta, ¿cómo hacerlo si el Derecho mismo se remite a la justicia? ¿Hasta qué punto sigue siendo cierto el dictum de John Austin de que «la existencia del Derecho es una cosa; su justicia o injusticia, otra»[1]?

La respuesta a las anteriores cuestiones es la que ha enhebrado la discusión más contemporánea sobre el positivismo jurídico. Lejos de sumarse a algunos de los bandos en contienda dentro del seno del positivismo –de crípticas denominaciones de origen tales como «excluyentes», «inclusivos», «incorporacionistas», «compatibilistas», y suma y sigue–, García Figueroa reivindica con inteligencia y pasión que abandonemos definitivamente la nave del positivismo y, con ello, enterremos de una vez la secular controversia entre positivistas –con o sin apellidos– e iusnaturalistas acerca de la naturaleza del Derecho. En puridad, nos dice, no se trata sólo de huir del club de los positivistas, sino de la dialéctica planteada entre aquéllos y los iusnaturalistas. Y es que ambos, finalmente, se necesitan como los contrincantes en el ajedrez. Lo que el autor nos propone es, sencillamente, que rechacemos las bases de ese tipo de torneo. Su querrela –que es fundamentalmente contra el positivismo jurídico– no lo convierte, por negación, en un partidario del iusnaturalismo, pues sus objeciones alcanzan a los propios presupuestos teóricos y preteóricos del debate, y a los fines subyacentes a la disputa. La negación externa que el autor esgrime hoy contra la teoría del derecho positivista (en otro tiempo García Figueroa fue un defensor del positivismo) le hace así echarse en brazos decididamente del llamado «neoconstitucionalismo». Veamos brevemente sus razones y qué denota esa etiqueta no menos críptica que los muchos adjetivos del positivismo contemporáneo.

LA RECETA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

En primer lugar, la introducción de la Constitución en nuestros sistemas jurídicos –un texto plagado de derechos fundamentales e invocaciones a principios y valores–, así como de mecanismos institucionales –significadamente, los tribunales constitucionales–

encargados de su custodia, configuran necesariamente un objeto de estudio nuevo y reclaman una teoría del Derecho distinta que pueda dar cuenta de esa suerte de, en expresión del propio García Figueroa, «mutación genética» del Derecho. En segundo lugar, bajo el paradigma neoconstitucionalista, las normas jurídicas son esencialmente –y celebradamente, por lo que veremos– «derrotables». «En un Estado constitucional –afirma García Figueroa– *toda* norma conserva la disposición de ser derrotada justificadamente» (p. 128; la cursiva es mía). Con ello quiere decirse que nunca podremos determinar de antemano qué exige una norma jurídica, pues siempre será posible hallar –como ya hemos aprendido– excepciones a la regla. La propiedad de la «derrotabilidad» se construye así como una característica ínsita de toda norma, como una propiedad de carácter dispositivo, al modo de la solubilidad del azúcar, que no siempre se «actualiza», pero que, bajo las condiciones adecuadas, se exhibe siempre (aunque con las normas jurídicas ni siquiera sabemos cuáles son dichas condiciones). En el Estado constitucional, la tarea consistente en aplicar el Derecho muta también y revela como un imposible pragmático el escepticismo o relativismo éticos que típicamente habrían informado y sustentado al positivismo jurídico. El juez, bajo el paraguas del neoconstitucionalismo, actúa bajo la creencia de que hay soluciones jurídicas moralmente correctas, no porque sean «descubiertas» en un cielo axiológico al que se accede mediante el ejercicio de facultades inefables, sino porque se «construyen» a partir de la calibración entre los principios y reglas que informan el discurso justificatorio (cuando participamos en la discusión sobre lo moralmente correcto, presuponemos ciertas exigencias mínimas para que tal actividad sea posible) y algunas de nuestras intuiciones morales. Esta teoría ética que lleva aparejado el neoconstitucionalismo es conocida como «constructivismo ético». Constitución + particularismo + metaética constructivista son los ingredientes básicos que hacen ligar la masa del neoconstitucionalismo.

EL DILEMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Hay muchas y muy controvertidas tesis en este libro, y yo seré incapaz de resumirlas y discutir las todas con el rigor que merece el esfuerzo que ha hecho Alfonso García Figueroa. Sí quisiera destacar que sus propuestas –su *pars construens*– toman cuerpo a partir de una crítica al positivismo jurídico que no estoy seguro de que sea del todo convincente. El núcleo de su censura se sintetiza en lo que él denomina «dilema del positivismo»: si el positivismo es entendido como una teoría descriptiva, a la Austin, corre el riesgo de convertirse en una doctrina idealista, esencialista o fundamentalista. Si, para evitarlo, aboga por una tesis prescriptiva (el llamado «positivismo ético») –«el Derecho es así porque es bueno para la sociedad que la gente tenga esta creencia»–, incurre en una suerte de contradicción performativa. El positivismo jurídico no tiene, pues, remedio.

Me parece a mí que es este un ejemplo típico de falso dilema. Sobre el primer cuerno del dilema se dirá algo más al final del texto, y, en cuanto al segundo, basta señalar que el positivismo normativista o ético puede ser descrito de una manera bien distinta, libre de contradicciones performativas. En efecto, lo que se podría estar afirmando no es tanto que «sea bueno tener la creencia de que el Derecho es así o asá» (lo cual, efectivamente, presupone, como señala el autor, albergar la fantasía de que puedan tenerse creencias a discreción), sino que una sociedad política es mejor si cuenta con un sistema donde hay seguridad jurídica, reglas preestablecidas que se aplican sin

excepciones, jueces poco activistas, etc. Salta a la vista que se trata de cosas muy distintas, y que, aun no siendo asumible, pese a todo, esa forma de positivismo jurídico, no lo será por el pecado atribuido por García Figueroa. De hecho, él mismo reconoce que hay una escapatoria para el positivista: construirse como una teoría prescriptiva que insta a decirnos cómo debe ser el Derecho. Esto es lo que hacen autores como Francisco Laporta, Liborio Hierro o Tom Campbell, y su actitud y modelo -basado, cómo no, en premisas de naturaleza moral- no es contradictoria con su rechazo a que los jueces, cuando se enfrenten a un caso, intenten «optimizar moralmente el ordenamiento jurídico» como quiere García Figueroa. Estos positivistas éticos quieren salvaguardar los ideales vinculados al imperio de la ley, y para ello pueden prescribir -al modo de un Frederick Schauer- que los jueces no sólo tengan en cuenta las justificaciones subyacentes a las reglas, sino también las razones que pudieron llevar al legislador -razones vinculadas a la previsibilidad, certeza, etc.- a plasmar tales justificaciones *en la forma de una regla sin excepciones expresas*.

¿QUÉ HAY DE «NEO» EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO?

La tesis más fuerte, y, por ello, la más discutible que presenta García Figueroa es que la teoría del Derecho debe sufrir una mutación por mor del cambio radical de su objeto de estudio. A esta tesis cabe objetar de dos maneras, como bien reconoce y analiza el autor: bien que no se ha producido tal mutación genética en nuestros sistemas jurídicos, bien que, aun habiéndose dado, la teoría del Derecho positivista dispone del instrumental preciso para dar cuenta de tales modificaciones y seguir rindiendo satisfactoriamente en el nivel explicativo.

Las novedades que en la práctica jurídica introducen las constituciones, ¿son realmente tales? ¿Es que acaso no han existido siempre casos que han reclamado apostar por excepciones implícitas, o por hacer uso de los recursos que el propio sistema brinda aunque no tengan carácter constitucional (piénsese en figuras señeras del Derecho privado tales como la equidad, el abuso del derecho, la buena fe, la diligencia del buen padre de familia, o en el estado de necesidad en Derecho penal)? La propia jueza en el caso de la niña Naora no se vio impelida a invocar norma constitucional alguna. ¿Algún positivista contemporáneo ha podido sensatamente compartir la afirmación de Montesquieu de que el juez es la boca muda que pronuncia las palabras de la ley?

Para muchos positivistas -los llamados «incluyentes»-, la presencia de constituciones al modo en que García Figueroa las describe, acentúa un fenómeno, pero no genera un cambio cualitativo que exija abandonar el presupuesto mínimo e irrenunciable del positivismo jurídico: la naturaleza convencional del Derecho, esto es, que son un conjunto de prácticas sociales complejas las que determinan lo que el Derecho dispone, y que, si los jueces emigran a la moral para solucionar casos, será en última instancia porque existe esa práctica social autorizante, es decir, una convención.

García Figueroa responde destacando, en primer lugar, que el cambio operado es realmente un cambio de «cultura jurídica». Claro que, si ello es así, entonces no es sólo porque haya cambiado un objeto por lo que tenemos que huir hacia el neoconstitucionalismo. Por otro lado, es precisamente de ese cambio de «cultura» -entendiendo por tal «prácticas sociales»- de lo que justamente querría dar cuenta el positivista jurídico incluyente, con lo que el neoconstitucionalismo puede ser

finalmente también un tipo de positivismo. A salvo, claro, de que la conexión entre Derecho y justicia que se predica sea necesaria, con lo que el neoconstitucionalismo parecería más bien entonces un sucedáneo del viejo iusnaturalismo. Y ello a pesar de que, como señalé antes, la pretensión fundamental del autor es la de irse de la sala donde se disputa el torneo entre iusnaturalistas y positivistas. Ni siquiera con los más afines –esos positivistas incluyentes a los que vengo refiriéndome– quiere Alfonso García Figuerola hacer migas, pero no sé si finalmente puede evitar hacerlas con sus enemigos seculares.

Las razones de este repudio a ambos contrincantes estriban en que positivistas de cualquier pelaje, e iusnaturalistas de toda condición, comparten una empresa «esencialista». De acuerdo con el autor, ambos están afanados por encontrar lo que identifica al Derecho en todo tiempo y todo lugar, mientras que el neoconstitucionalista se abona al pragmatismo que tiene como misión central y única la de saber «cómo funciona el Derecho en los Estados constitucionales». Esto produce en el lector la impresión de que García Figuerola milita en un cierto relativismo epistémico, aunque, por lo que ahora diré, tal militancia parece a tiempo parcial. El autor, como acabo de señalar, no quiere ser tomado por un pacato positivista jurídico incluyente, y la razón es que la conexión entre Derecho y moral no es una mera «posibilidad» –como apuntaría el positivista jurídico incluyente–, sino que las normas jurídicas son «necesariamente correctas», en el sentido de que han de tener la mínima disposición para formar parte del discurso práctico racional (p. 202). ¿Es esa su «esencia»? ¿Es la «esencia» del Derecho la de no ser el mero ejercicio de la fuerza bruta? ¿No se presupone acaso eso cuando se predica del Derecho su condición de ser una «criatura de la moralidad», un hijo no bastardo del razonamiento práctico en general? ¿No revela ello que se ve la paja del esencialismo en el ojo ajeno del positivismo o del iusnaturalismo, pero no la viga esencialista en el propio?

Tomarse tan en serio como hace García Figuerola la derrotabilidad como esencia de toda regla y el particularismo como teoría del razonamiento práctico, amén de la vinculación necesaria entre el Derecho y la moral objetivamente correcta, tiene consecuencias sumamente problemáticas en órdenes diversos, de cuyos corolarios es muy consciente el autor. En cuanto a lo primero, la imprevisibilidad del Derecho queda garantizada. El Derecho, afirma literalmente García Figuerola, es intrínsecamente imprevisible: es imprevisible qué sucederá, cómo y quién decidirá en el enjuiciamiento de los hechos. Por otro lado, si toda norma, incluyendo también las normas jurídicas, tiene esencialmente una pretensión de corrección, el Derecho se funda en una moral objetiva para todo tiempo y todo lugar, con lo que sus componentes –reglas y principios– quedan revestidos de carácter absoluto, inhábiles para las mutaciones y nuevas circunstancias. García Figuerola, como ya he dicho, sabe que frecuentar esas compañías –las del escepticismo sobre el seguimiento de reglas o las de la fosilización jurídico-constitucional– no es deseable, pero uno tiene la sensación de que su conjura frente a esos fantasmas se limita a proclamar su deseo de no ser escéptico y de concebir la Constitución y el Derecho como un árbol vivo, adaptable a las nuevas moralidades.

En las primeras etapas del desarrollo personal, insistimos a nuestras criaturas –las biológicas– en que deben seguir ciertas reglas. Sin duda que a veces hay excepciones, pero éstas, como dice el dicho, «confirman la regla». Confieso sentirme inerme ante el

desafío particularista, perplejo, como frente a tantas otras paradojas de sabor filosófico que tornan el mundo en algo inexplicable. Vivimos bajo la presuposición de que existen relaciones de causalidad que gobiernan los fenómenos, pero nada asegura que el mundo no se pondrá patas arriba en un segundo. Nuestro comportamiento –en ámbitos muy variados– sigue reglas e instamos a otros a que las sigan, aun sabiendo que en algún caso es recomendable la desviación. Pese a todo, las reglas pueden tener sentido hasta mejor aviso, y no digamos ya fiarse de la acción de la gravedad sobre los cuerpos o de las leyes de la termodinámica. Si el neoconstitucionalismo, en su dimensión normativa, nos insta a que atribuyamos a los jueces la práctica de un borrón y cuenta nueva para cada caso que hayan de decidir, bajo el amparo, o excusa, de la existencia de una Constitución a donde la Ética ha ido a encontrar su refugio, conmigo que no cuenten. Si el neoconstitucionalismo, como teoría del Derecho, nos insta a tomar en consideración la más profunda dimensión argumentativa del Derecho que genera la existencia de constituciones; o que hay convenciones y prácticas sociales más complejas de lo que habitualmente han concedido los positivistas jurídicos, elementos de una «cultura jurídica» que permiten ver como perfectamente jurídicas decisiones adoptadas, aparentemente, más allá del Derecho, que cuenten conmigo. Sobre todo si este empeño está liderado por pensadores tan estimulantes, y que tienen todavía tanto que mostrar y decir, como Alfonso García Figueroa.

[1] Lección V de *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Hay una excelente traducción de Isabel Turégano, *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.