

L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997.

En nuestros días, un gran número de autores consideran que el triunfo del constitucionalismo frente a las tesis positivistas es ya indiscutible. Según este sector doctrinal, tal éxito se debe principalmente a la capacidad del primero para desvelar que tras los problemas jurídicos se ocultan problemas de moralidad y de poder, que los conflictos jurídicos se resuelven con respuestas en las que no se oculta un posicionamiento moral, y que en el razonamiento jurídico se conjugan argumentos procedentes del Derecho con otros derivados de la filosofía de la justicia. El profesor Prieto Sanchís ha querido desmitificar la victoria y, sin desprestigiarlo, ha puesto de manifiesto que este pensamiento supuestamente antipositivista no ha sabido evadirse de una cierta versión de positivismo. Efectivamente, la corriente constitucionalista no ha logrado desmentir la tesis positivista de la neutralidad por más que la relación entre Derecho y moral pueda darse circunstancialmente en el marco del Estado constitucional. Es decir, su crítica está orientada a aspectos ya revisados por el propio positivismo y se basa en argumentos que no logran desvirtuar totalmente la corrección de sus principales planteamientos.

Los rasgos más sobresalientes del constitucionalismo podrían resumirse como sigue:

1) «Rematerialización» de los documentos constitucionales: la Constitución está dotada de un contenido material, singularmente principios y derechos fundamentales que condicionan la validez de las normas inferiores. El legislador ya no es, por tanto, la viva voz del soberano sino que ha de acomodar su política a las exigencias constitucionales. De este modo, la ley es atacada por un doble frente. Por un lado, ha de ceder al paso de la Constitución y por otro, merced a la mayor complejidad y extensión del Estado contemporáneo, escapa al ámbito parlamentario para ser asumida por el ejecutivo.

2) Ponderación en vez de subsunción como consecuencia de la mayor relevancia que adquieren los principios (frente a las reglas) en la interpretación y aplicación del Derecho. La superación del formalismo legalista no desemboca en un decisionismo arbitrario del Juez pues sus fallos han de adaptarse a las pautas éticas y políticas que informan el Estado de Derecho y que se encarnan en sus valores y principios. Estos últimos estimulan el desarrollo de nuevas formas de razonamiento jurídico (una racionalidad práctica que no difiere de la argumentación moral) y su fuerza ha de ser ponderada en cada caso por el propio órgano jurisdiccional.

3) Supremacía judicial apoyada en la Constitución en lugar de autonomía del legislador democrático en el marco constitucional. Este último ha dejado de ser el dueño absoluto del Derecho, el juez ha salido de la alternativa «boca muda» o «juez legislador», y finalmente la moral ha penetrado en el ámbito jurídico no sólo a través de las decisiones legales sino también de la simbiosis Constitución-jurisdicción.

El resultado de tales transformaciones no se ha hecho esperar: la corriente constitucionalista, al incorporar contenidos sustantivos o morales tanto a los documentos normativos como al proceso de razonamiento jurídico, ha propiciado tesis más vigorosas a propósito de la obligación de obediencia al ordenamiento y de la conexión Derecho-moral.

A lo largo de su monografía, Prieto Sanchís examina con todo detalle el contraste que parece existir entre el constitucionalismo y las diferentes formas

de positivismo (siguiendo a Bobbio: ideológico, teórico y metodológico) para dilucidar en qué medida el segundo modelo se ha visto alterado por el primero. Tras el consistente análisis que el autor presenta no parece que existan tantas, ni tan buenas razones para creer ciegamente en la retirada del positivismo y mucho menos para celebrar su desaparición. Quizás no debamos anunciar con tanta antelación supuestas modificaciones que, con el tiempo, pueden descubrirse falaces y traducirse únicamente en «más de lo mismo»:

1) Frente al positivismo ideológico radical, cuya más conocida tesis asegura que la ley, por ser fruto de la voluntad dominante, es justa y ha de ser obedecida en virtud de un deber moral, el constitucionalismo se presenta menos complaciente con el poder. Somete su actuación a múltiples condiciones formales y sustanciales de manera que ninguna norma es válida ni justa por proceder de una autoridad legítima si no resulta congruente con el conjunto de principios y reglas constitucionales. Sin embargo, desde sus filas no se aprecia inconveniente alguno para abrazar una forma moderada de positivismo ideológico, aquella que presupone que el Derecho realiza en alguna medida ciertos valores morales. No es de extrañar que el profesor Prieto Sanchís encuentre que este positivismo ético tan comedido tiene muy poco de positivista, siempre que se considere que el aspecto metodológico es el central en el positivismo. Si de lo que se trata es de señalar la presencia de valores morales de carácter sustantivo o procedimental entre los criterios de validez o de identificación de normas, no hace falta tanto contorsionismo; pero sí lo que quiere decirse es que, en la medida en que tales valores morales sean buenos o correctos, generan una obligación de obediencia moral y jurídica, el resultado es entonces contundente. Es sólo en esta última versión en la que se dan la mano el constitucionalismo y una suerte de positivismo ético y anti-positivismo metodológico.

2) Frente a las tesis centrales del positivismo teórico en relación a la naturaleza de la norma jurídica, la teoría de las fuentes del Derecho y la teoría de la interpretación, el constitucionalismo pretende servir de instancia crítica. Sin embargo, como pone de manifiesto el profesor Prieto Sanchís, la nueva corriente no resulta tan novedosa como quisiera pues cuestiona aspectos del positivismo que sus más fieles seguidores se han encargado de analizar hace ya algunos años. En otras palabras, reincidiendo en insuficiencias superadas, los constitucionalistas pueden derrochar sus energías esforzándose en golpear lo que no es sino una imagen del pasado. Veamos algunas de sus críticas:

a) La concepción de norma jurídica que se mantiene en el positivismo (supuesto de hecho, cópula de «deber ser» y consecuencia jurídica) resulta difícilmente compatible con la estructura que se predica de las normas, principios y valores constitucionales. Su formulación se halla abierta a distintos y aún contradictorios desarrollos y ejecuciones y carecen con frecuencia de determinación fáctica o jurídica, cuando no de ambas. Esto nos obliga a llevar a cabo un planteamiento más complejo de la estructura de la norma jurídica y a revisar la tesis según la cual toda contradicción normativa debe saldarse o bien con la pérdida de validez de una de las normas o bien concibiendo que una de ellas opera siempre como excepción de la otra.

b) El constitucionalismo somete a revisión la supremacía absoluta de la ley como expresión de la soberanía representada en el Parlamento, pues sustituye su imperio por el de la Constitución. Esta última no sólo se opone al legalismo en cuanto que norma superior sino también en cuanto que, por su contenido material, dota a otros centros de producción jurídica de una justificación más o menos independiente: la Administración, los Tribunales constitucionales,

las comunidades autónomas o los estados federales en los países con cierta organización territorial y, por último, los agentes sociales.

Esta pluralidad de fuentes implica un fuerte golpe para el legalismo estatista, un replanteamiento de la unidad del Ordenamiento que ha de construirse a partir de la Constitución, la necesidad de armonizar el orden jerárquico con la concurrencia de distintas fuentes y la sustitución de una decisión legislativa relativamente coherente por los principios tendencialmente contradictorios de la Constitución.

c) El positivismo ha defendido dos concepciones de la interpretación abiertamente contradictorias, la tesis de la subsunción y la de la discrecionalidad, y el constitucionalismo se opone a ambas. En cuanto a la primera, viene a confirmar las teorías de algunos positivistas que ya venían señalando que la aplicación del Derecho no es un proceso mecánico y que las decisiones judiciales tienen un componente valorativo. Es decir, se trata de una tesis ya abandonada por el propio positivismo. En efecto, frente a dos posiciones extremas (la de quienes veían en el Derecho una realidad inconsistente compuesta de inconexas decisiones judiciales y la de los que imaginaban el Ordenamiento como un sistema cerrado y seguro) Hart, por ejemplo, propuso una solución intermedia: las leyes, costumbres y precedentes disciplinan la realidad social y no son meras fuentes de inspiración de los fallos judiciales, pero tampoco éstos representan la ejecución mecánica de las normas, sino que existe un irreductible momento de discrecionalidad. El Juez se convierte en un órgano de creación jurídica. En cuanto a la segunda tesis, es cierto que el constitucionalismo, al revalorizar el papel de los principios en la Constitución (lo que equivale a ampliar las fronteras de la racionalidad jurídica), introduce una limitación a la discrecionalidad, un procedimiento racional y controlable, pero, como señala Prieto Sanchís, no logra eliminarla totalmente. Según el autor, si no se mantiene la idea de la «unidad de solución justa», según la cual el Derecho y las reglas de argumentación proporcionan siempre una respuesta intersubjetivamente válida ante cualquier problema práctico, el positivismo puede asumir la restricción de discrecionalidad que exige la corriente constitucionalista.

3) El positivismo metodológico se revela hoy compatible con el fenómeno de la «rematerialización» de los textos constitucionales pues no niega que toda Constitución necesita de una determinada moral institucional, que las opciones jurídicas reflejan un tipo de moral social que puede, además, ser correcta o racional, o que la moralidad pública se realiza a través del Derecho limitando el poder del Estado social y democrático. Otra cosa es que de aquí se intenten deducir conclusiones generales a propósito del concepto de Derecho, como ha pretendido hacer el constitucionalismo. Desde la perspectiva constitucional se afirma efectivamente, que el conocimiento y aplicación de la Constitución requiere asumir subjetivamente su obligatoriedad; una obligatoriedad que se basa en el origen democrático de sus disposiciones y en el contenido de justicia de sus principios. Para comprender esta nueva línea supuestamente superadora del positivismo y representada entre otros, por Dworkin, Soper, Nino y Alexy, es preciso señalar los tres pilares en los que se asienta: el conocimiento del Derecho requiere asumir el punto de vista interno o propio del participante en el sistema, tal punto de vista presenta un carácter normativo y no sólo descriptivo donde la fuerza de las normas se apoya en un fundamento moral y finalmente, esto supone la existencia de una conexión necesaria entre Derecho y moral que se produce a través de las normas constitucionales.

La mencionada conexión no se presenta en los términos tradicionales del iusnaturalismo, en relación con singulares normas de conducta, sino que se pre-

dica o del sistema en su conjunto o de las denominadas normas secundarias. Se produce a través de los funcionarios y de las normas de producción o reconocimiento de normas aunque acaba desembocando en una obligatoriedad que afecta a todos los ciudadanos. Es decir, si los funcionarios creen en las reglas que aplican, los ciudadanos vienen obligados a la obediencia, siquiera como obligación *prima facie*. Lo que ocurre es que, como afirma Prieto, «*la pretensión de corrección del Ordenamiento jurídico de donde se deduce tal obligación, se traduce en muy poco más que una exigencia de eficacia y regularidad en la aplicación del Derecho, con lo que se vuelve a la teoría de Kelsen o, mejor dicho, a la de Hobbes*».

En definitiva, con la nueva estrategia antipositivista:

a) Se subraya el fundamento moral de la aceptación por los gobernantes, jueces y funcionarios de las normas que sirven para identificar aquellas que aplican.

b) Se transmite dicho fundamento al conjunto del Derecho y también a sus destinatarios. Al establecer la conexión Derecho-moral se genera en los mismos un sentimiento de obediencia.

c) Se sostiene que ninguna descripción del Derecho puede obviar esta circunstancia como un elemento constitutivo de la teoría que está llamada a justificar las reglas y principios del sistema.

d) Se postula una teoría del Derecho y del Derecho constitucional comprometida entre cuyas competencias está la de descubrir y completar las claves morales del Derecho.

Según Prieto, con este sistema el jurista participante que quiera emitir un juicio definitivo sobre la moralidad de las normas, puede terminar padeciendo una cierta esquizofrenia: de un lado, ha tenido que adoptar el punto de vista interno para afrontar el problema de la justicia u obligación *prima facie* de obediencia, pero debe pasarse al punto de vista externo para responder a la pregunta de si *en definitiva* la norma es justa o no, ya que esta pregunta no la puede responder desde la regla de reconocimiento. Con el agravante de que ambos juicios pueden resultar diferentes. En la práctica lo que sucede de acuerdo con el constitucionalismo antipositivista, es que el juicio moral sobre el contenido de las normas individuales se desplaza tanto que queda eliminado. Es decir, la conexión con la moral acaba siendo parcial porque se circunscribe a unos criterios de reconocimiento que a su vez se remiten a una decisión de autoridad. Tal autoridad, aún democrática, sería sólo formal o procedimental porque rehusaría el enjuiciamiento del contenido de la norma. No puede objetarse ante esto que las Constituciones democráticas asumen un contenido sustantivo de principios y derechos individuales que condicionan el ejercicio del poder porque, en última instancia, el Juez está obligado a aplicar o la norma del Parlamento o la del Tribunal Constitucional pero en ningún caso puede desaplicar la norma procedente de la autoridad. En definitiva, concluye Prieto, el postulado fundamento moral de la aceptación de las reglas se resuelve en una «moralización» del poder esto es, en un revestimiento de la fuerza con los ropajes de la justicia.

No satisfecho con tal conclusión, el autor añade algunas otras deficiencias e insuficiencias que es posible apreciar en este planteamiento:

a) El constitucionalismo hace referencia a la moral social y no a la moral crítica que es, a la postre, la única relevante cuando nos planteamos el problema de la relación Derecho-moral. Al señalar la conexión necesaria y conceptual entre Derecho y moral social se afirma tajantemente que el mantenimiento del sistema jurídico no requiere únicamente fuerza sino también legitimidad.

Pero esta forma de entender la moralidad no es incompatible con el positivismo. Ningún positivista rechazaría que, si la eficacia es condición de la existencia del sistema, éste no puede fundarse sólo en la fuerza sino también en la adhesión voluntaria de, al menos, quienes aplican las normas. La tesis de neutralidad no se refiere a la moral social sino a la moral crítica que no es más que la del observador externo que está en condiciones de comparar lo que exige el Derecho con una normatividad diferente. De este modo se puede estar fustigando al positivismo cuando en realidad se está hablando de cosas distintas.

En efecto, las tesis positivistas no niegan que en el Derecho existen valores morales (cualesquiera sean) pero añade que la validez jurídica de los mismos no depende de su plausibilidad moral, sino de su efectiva vigencia y de ahí que el sistema pueda existir sin ellos. Por consiguiente, también desde esta óptica la legitimidad representa una condición del Derecho que no puede ser concebido al margen de la moral, pero tanto una como otra remiten a modelos históricos o socialmente vigentes. El problema que se deriva de tal argumentación es que tras ella puede esconderse cualquier moral, incluso una moral aberrante. Ésta es la dificultad que, desde su prisma constitucionalista, pretende salvar Alexy cuando afirma que las normas injustas en una medida insoportable (desde la perspectiva interna del participante) no pueden ser normas jurídicas. La cuestión es que, como pone de manifiesto Prieto Sanchís, para constatar la injusticia absoluta de ciertas normas, es necesario adoptar el punto de vista externo propio de la moral crítica. De este modo *«la tesis de Alexy se halla en un callejón sin salida: el observador externo puede constatar la injusticia de una norma pero para él tiene sentido decir que esa norma es una norma jurídica, en cambio no se comprende bien que el participante, sin dejar de serlo, pueda siquiera constatar la injusticia extrema de una ley pues para él la moral (social) que está detrás del Derecho positivo es la correcta»* (aunque sea injusta ha hecho de ella su moral crítica). En definitiva, si una ley es injusta cuando discrepa de la moral social, para que su injusticia sea absoluta tiene que contrastar con los valores fundamentales del sistema y entonces es sobre todo, inválida; esto es, no sería norma jurídica pero no por su inmoralidad, juzgada desde la moral crítica, sino por su inconstitucionalidad, juzgada desde la moralidad incorporada al Derecho (esto último es lo único que puede hacer el participante).

El peligro que observa Prieto en todas estas teorías es que, a partir de la exigencia de una pretensión de corrección (conexión Derecho-moral social) que ya asume el positivismo, se pueda obtener algo tan fuerte como la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho (a todo Derecho). Por esta razón el autor afirma que la tesis positivista de la neutralidad sigue sobreviviendo en el marco de una cultura jurídica alentada por el constitucionalismo.

b) Otra de las deficiencias que el profesor Prieto señala es que, aunque la actitud interna presente un carácter moral y sea necesaria para la existencia del sistema, de ella no se deduce un obligación de obediencia por parte de los ciudadanos o un conocimiento necesariamente inferior o más deficiente del Derecho. En efecto, los diferentes puntos de vista, interno y externo, sólo se diferencian por suponer distintos grados de adhesión pero no de conocimiento. Este segundo problema se deriva también de la conexión Derecho-moral social que postula el constitucionalismo.

c) Por último, la separación entre Derecho y moral es además éticamente preferible porque fomenta la responsabilidad del individuo y fortalece el principio de autonomía y el sentido crítico de los ciudadanos.

A partir de estas consideraciones, Prieto no ve ningún inconveniente en el desarrollo de un constitucionalismo positivista concedor de que la

Constitución encarna un consenso de moralidad pública y expresa decisiones abiertamente morales, pero sabedor de que ni siquiera en los Ordenamientos del constitucionalismo democrático todas las normas y decisiones han de ser las mejores normas y decisiones morales, ni la concepción de la justicia que aquéllas encarnan representa la última palabra sobre la justicia. Esta postura implica adoptar un punto de vista moderadamente externo o moderadamente interno que es lo que el autor juzga idóneo para la dogmática constitucional. En el esquema que Prieto propone tiene cabida tanto la crítica externa al Derecho desde la perspectiva de la moralidad (si se asume la separación Derecho-moral) como la crítica interna del propio operador jurídico cuyas denuncias estarían orientadas a mostrar las disfunciones entre validez y eficacia, es decir, la existencia de normas válidas pero ineficaces y de normas eficaces pero inválidas.

Este programa de dogmática constitucional conserva el postulado positivista de la neutralidad, la aproximación avalorativa, porque no afirma que el parámetro constitucional requiera adhesión moral. Funciona como criterio de validez sustantiva de la norma inferior, pero criterio jurídico a la luz de la constitución y no necesariamente de la moral. Por otra parte, no incurre en «*la caricatura del antropólogo*» que trata de describir algún Derecho extraño porque el constitucionalista está capacitado para discernir cuáles son los valores morales del sistema y distinguirlos de la moral crítica o racional. Precisamente por esto puede pronunciar un dictamen externo y no sólo interno, sobre la moralidad del Ordenamiento jurídico.

En definitiva, el constitucionalismo parece estar orientado a justificar un determinado tipo de Derecho más que a configurar una teoría del mismo. Su tentativa de obviar la reflexión sobre la justicia del sistema democrático-constitucional eliminando la crítica externa permite entrever sus fuertes connotaciones ideológicas, es decir, parece clara su tendencia a eludir las deficiencias de que adolece la práctica jurídica real en los Estados constitucionales. Por otra parte, si bien es cierto que el positivismo ha perdido vigencia como teoría a consecuencia de las transformaciones que están sufriendo nuestros actuales sistemas jurídicos, aún está por demostrar su ineficacia como método de aproximación al Derecho. La corriente constitucionalista no sólo no ha conseguido malograr las tesis centrales del positivismo contemporáneo sino que ha dejado vislumbrar entre sus argumentos una cierta incapacidad para desembarazarse completamente de las mismas. Efectivamente, en última instancia, parece coincidir con una suerte de positivismo ético moderado a pesar de sus esfuerzos por ocultarse disfrazándose de corriente antipositivista. Esta inclinación a los juegos de prestidigitación puede resultar peligrosa sobre todo cuando, como señala el profesor Prieto Sanchís, el resultado es ofrecer una visión falseada de la legitimidad del sistema, justificar la ciega obediencia al mismo y desencadenar actitudes acríicas entre jueces y ciudadanos de maduras sociedades democráticas.

María Eugenia RODRÍGUEZ PALOP
Universidad de Comillas