

Respuesta a José Manuel Rodríguez Uribes

Por ALFONSO GARCÍA FIGUEROA

Universidad de Castilla-La Mancha

INTRODUCCIÓN

Agradezco a José Manuel Rodríguez Uribes la lectura, tan iluminadora para mí, que ha hecho de mi libro, sus afectuosos comentarios y la ordenada exposición de sus estimulantes disensos. En lo que sigue me gustaría referirme a algunos de éstos y aprovechar la ocasión que me brinda para pronunciarme sobre algunas otras cuestiones conexas. Primero me referiré al carácter del debate sobre el concepto de derecho, luego a una cuestión meramente terminológica relativa a la dicotomía *positivismo/no positivismo* y para terminar expondré algunas consideraciones sobre la función jurisdiccional en el sistema democrático.

1. UNA CUESTIÓN CONCEPTUAL. ¿EL CONCEPTO DE DERECHO REPRESENTA UN PROBLEMA TEÓRICO O PRÁCTICO?

¿Es mejor un concepto positivista o un concepto no positivista de derecho? Si consideramos que el lenguaje es una convención y renunciamos al esencialismo, entonces debemos concluir que casi cualquier definición es posible. Parafraseando a Waismann, cabría decir que

nuestro concepto de derecho sólo es el mejor, cuando los demás nos engañan. En consecuencia, podemos elegir el concepto de derecho que más nos convenga y que sea menos *engañoso* atendiendo a diversas consideraciones. Éstas pueden ser, sin pretender exhaustividad, de orden lexical, explicativo y normativo.

a) Si nos inclinamos por una definición lexical de derecho, entonces tomaremos el concepto de derecho usado por los hablantes, singularmente por los juristas. Esta perspectiva es importante y ha sido subrayada por los defensores del punto de vista del participante para estudiar el derecho. En la medida en que los juristas con frecuencia usan el concepto de derecho en un sentido indiferenciado con respecto al de moral, esta perspectiva es favorable a un concepto no positivista de derecho.

b) Si preferimos un concepto de derecho por razones explicativas, entonces adoptaremos el concepto de derecho que nos permita explicar en mejores condiciones el fenómeno jurídico. En cierto modo, aquí las prioridades definen una disyuntiva entre los que a la hora de estudiar el derecho prefieren explicar *mejor* y los que se inclinan por explicar *más*.

El positivismo jurídico en cierto modo pretende explicar *mejor*. El «argumento de la claridad»¹ es favorable al positivismo jurídico, porque éste no necesita comprometerse en cuestiones metaéticas y de ética normativa, que de este modo quedan abiertas. Esta abdicación conceptual confiere al positivismo mayor solidez sistemática.

El no positivismo jurídico, por su parte, pretende explicar *más*. Al no positivista el concepto positivista de derecho le parece insuficiente porque no da cuenta de ciertas áreas del derecho que tienen que ver con la obligatoriedad del derecho, su aceptación moral, el papel de la razón práctica en el razonamiento jurídico, etc. Esto le obliga a pronunciarse en cuestiones morales. El coste de esta opción es la aparición de considerables tensiones internas en el seno de este tipo de planteamientos. La superación de estas tensiones conduce a la elaboración de teorías muy sofisticadas. Sin embargo, la sofisticación no es una razón para apoyar una teoría.

c) Si preferimos un concepto de derecho por razones normativas, será porque se constata de alguna manera que, una vez incorporado tal concepto de derecho al discurso de la ciencia del derecho y de la política jurídica, se da lugar a mejores resultados políticos y morales. Es decir, tal concepto de derecho tendrá unos resultados y unas consecuencias política y moralmente mejores. El antipositivismo de Radbruch (y seguramente el de Alexy y Dworkin) se basa en este planteamiento.

¹ Vid. ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 48-50.

En este plano normativo de la discusión se sitúa Rodríguez Uribes cuando afirma que «quizá el problema de los no positivistas es, al final, más político que teórico». En efecto, el no positivismo se concentra en las cuestiones normativas a la hora de elaborar su concepto de derecho como bien señala mi interlocutor. Sin embargo, en este estadio surgen las preguntas más profundas en torno al debate eterno entre positivismo y no positivismo. Parece que al final lo importante no es propiamente el concepto de derecho que se adopte, sino más bien cuál sea el fin de la propia teoría del derecho. Cabría preguntar al no positivismo bajo sus diversas versiones: ¿es acaso el objetivo de la teoría del derecho resolver los problemas políticos y morales del mundo? Creo que Rodríguez Uribes suscribiría conmigo este interrogante planteado con cierto escepticismo.

2. UNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA. ¿«IUSNATURALISMO» O «NO POSITIVISMO»?

En su amable comentario, el profesor Rodríguez Uribes expresa su discrepancia con la dicotomía que tomo de *Alexy positivismo/no positivismo* y se inclina por la más tradicional *positivismo/iusnaturalismo*: «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 (...) se autoproclama iusnaturalista]». A continuación me gustaría decir por qué me parece en alguna medida justificada la dicotomía *positivismo/no positivismo* y por qué creo que la adopción de esta clasificación no tiene por qué ser beneficiosa a los críticos del positivismo (lo cual, por cierto, tampoco tendría nada de malo en caso de ser verdad).

El uso de un término en perjuicio de otro no presenta en principio consecuencias conceptuales importantes. Si el iusnaturalismo comprende cualquier teoría contraria al positivismo jurídico, entonces no existe inconveniente en emplear el término «iusnaturalismo» en lugar del sintagma «no positivismo» que he preferido para designar a la doctrina de los críticos del positivismo jurídico. De nuevo, el problema no es conceptual, sino de, digámoslo así, *política lingüística*. De lo que se trata es de clarificar la dialéctica entre dos corrientes en los términos más exhaustivos y claros posibles. Sin embargo, parece que normalmente los usuarios del término «iusnaturalismo» no entienden que *todas* las teorías del derecho fuera del positivismo sean iusnaturalistas. En el uso habitual de la expresión «iusnaturalismo» se hace referencia a un derecho natural asociado tradicionalmente a las notas de universalidad e inmutabilidad. La cuestión es entonces si «derecho natural» significa moral crítica. Si eso es así, entonces (reitero) no existe inconveniente en hablar de iusnaturalismo incluso para desig-

nar (con ciertas reservas) las teorías de Alexy y Dworkin. Sin embargo, sigo creyendo que es mejor la dicotomía *positivismo/no positivismo* por las siguientes consideraciones:

a) La dicotomía *positivismo/no positivismo* es, fuera de toda duda (esto es, bajo cualquier interpretación de «positivismo»), analítica. Bajo esta perspectiva, toda teoría del derecho es positivista o bien no positivista y *tertium non datur*. Por el contrario, la dicotomía *positivismo/iusnaturalismo* presenta un carácter analítico más dudoso y sujeto a interpretación. Esta dicotomía exige un esfuerzo de clarificación muy superior: a la labor de definir claramente qué afirma el positivismo, se añade la de determinar qué afirma el iusnaturalismo y de delimitar positivismo y iusnaturalismo, reduciendo cualquier vacío entre ellos. Esto genera más incertidumbre y provoca la inclasificabilidad de autores como Dworkin, un iusnaturalista *sui generis* que define una «tercera vía» entre iusnaturalismo y positivismo, pero que también representa un genuino «neoiusnaturalista» e incluso llega a ser considerado positivista.

b) Sin embargo, cabría entonces preguntarse, en efecto, por qué no dar prioridad al concepto de iusnaturalismo en esta dicotomía. En una amable carta, el profesor Pérez Luño parecía sugerir precisamente esta posibilidad cuando se mostraba no del todo de acuerdo con mi «no iusnaturalismo». Sin embargo, hablar de *iusnaturalismo/no iusnaturalismo* parece menos conveniente por, al menos, dos consideraciones: una de orden conceptual y otra de orden histórico.

En primer lugar, bajo una perspectiva conceptual, parece mejor tomar el positivismo como criterio diferenciador primario, en la medida en que su significado está más perfilado. La doctrina iusnaturalista parece tener unos contornos menos definidos, quizá porque ha aglutinado una tradición milenaria y muy plural. Quizá el *Bellagio* del iusnaturalismo todavía esté por llegar.

En segundo lugar, bajo una perspectiva histórica, es claro que durante los dos últimos siglos el positivismo jurídico ha sido la doctrina dominante y se ha enfrentado en las últimas décadas a una crisis notable². Esto significa que el paradigma establecido al que se le han elevado las críticas ha sido el positivismo jurídico y en esta medida creo que debe contar con prioridad en la *summa divisio* de la que se trata.

Estas dos últimas consideraciones, contempladas ya por Rodríguez Uribes, son, a su juicio, débiles. Pero no debemos olvidar que también lo es la discusión, en la medida en que no presenta consecuencias conceptuales relevantes.

² Vid. HART, H. L. A., «Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976», en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1988 (reimpr.), pp. 145-158.

Por otra parte, Rodríguez Uribes afirma (en relación con el sintagma «no positivismo») que «el uso de formulaciones *negativas* suele producir cierta insatisfacción en términos conceptuales». En realidad, esto no es así cuando la dicotomía es analítica. No debemos olvidar que el no positivismo se define con una formulación positiva: «sí existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral».

Finalmente, no creo que la adopción de la dicotomía *positivismo/no positivismo* sea particularmente beneficiosa para autores como Dworkin o Alexy. Prueba de ello es que Dworkin, en efecto, se auto-proclama iusnaturalista, pero también lo hace de algún modo Alexy³, de quien, no lo olvidemos, tomo la idea de dividir a los teóricos del derecho en positivistas y no positivistas⁴. La virtualidad de esta clasificación es puramente instrumental, aunque seguramente no está de más hablar de ello.

3. UNA CUESTIÓN DE DISEÑO INSTITUCIONAL. ¿UN EXCESO DE CONFIANZA EN LOS JUECES?

Es habitual en los Estados constitucionales de derecho que todos los poderes del Estado estén sometidos a ciertos límites que establece la Constitución. Esta medida afecta también al Poder legislativo, que no es omnipotente y debe respetar ciertos derechos. El constitucionalismo determina que estos derechos, resguardados en un «coto vedado», deben imponerse a las decisiones democráticas que pretendan violarlos.

La existencia de este coto vedado de derechos determina un doble sacrificio del principio democrático en favor de ciertas instancias de poder que carecen de un respaldo democrático actual y que, en este sentido, presentan un carácter contramayoritario. En primer lugar, el principio democrático cede frente al poder constituyente que impone restricciones a las generaciones sucesivas. En segundo lugar, el principio democrático cede frente al, digámoslo así, poder jurisdiccional, es decir, cede frente al poder judicial y, sobre todo, frente al Tribunal

³ Alexy admite que su teoría se inscribe en la tradición del derecho natural en un sentido (pero sólo en un sentido, recalca el autor alemán): la teoría del discurso efectúa una explicación de la naturaleza del ser humano. Cabría decir que el ámbito de validez de la teoría del discurso es la forma de vida más general de los seres humanos. Bajo esta perspectiva, la teoría del discurso comparte las notas de la universalidad y la intemporalidad del viejo derecho natural (*vid.* ALEXY, R., «Diskurstheorie und Menschenrechte», en *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1995, pp. 127-164, aquí p. 141). Agradezco al profesor Jerónimo Betegón que en su momento me haya llamado la atención sobre esta contenida declaración de iusnaturalismo del catedrático de Kiel.

⁴ *Vid.* ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, *op. cit.*, cap. 1.

Constitucional, que puede declarar la inconstitucionalidad de normas emanadas del Parlamento.

Rodríguez Uribes se refiere en su comentario precisamente a esta segunda cuestión y se muestra en desacuerdo con mi «exceso de confianza en los jueces» o, en otras palabras, con mi «desconfianza mayor hacia el legislador ordinario que hacia el juez, constitucional o no». La tensión entre democracia y derechos es objeto de intenso debate en la actualidad y es imposible abordar aquí la cuestión con el detenimiento mínimo exigible⁵. A pesar de todo, me gustaría matizar algunos aspectos muy concretos. Creo que en el fondo algunos de mis desacuerdos con Rodríguez Uribes no se basan tanto en sus opiniones, cuanto en los presupuestos sobre los que se asientan sus opiniones.

a) En primer lugar, se pregunta Rodríguez Uribes: «¿qué han hecho los jueces más por los derechos y por la libertad y la igualdad que el legislador?» Quizá la respuesta a esta pregunta deba comenzar por cuestionar más bien lo que esta pregunta presupone. La pregunta pierde su sentido desde el momento en que, según creo, al juez no hay que exigirle que haga nada especial por los derechos y la libertad. Quizá sea pedir demasiado a alguien que ha debido superar una oposición. La justificación de las decisiones de los jueces se funda sobre su carácter en principio racional y no por su calidad ideológica. El hecho de que en la aplicación del derecho se desplieguen argumentos ideológicos no significa que el juez sea una instancia política. Al juez se le exige argumentar, mientras que al legislador se le exige expresar, esta vez sí, una voluntad con el único límite de la Constitución. En nuestra cultura jurídica, el juez es seleccionado entre personas con una serie de conocimientos sobre derecho y no por su filiación política. El juez decide cada caso, digámoslo así, deontológicamente y en principio no puede diseñar estrategias de actuación en las que negocie los derechos en términos utilitaristas de conveniencia política (y es aquí, en su vertiente normativa, donde la teoría de Dworkin se manifiesta de nuevo más valiosa). Además el juez es responsable penalmente por incumplir su deber en la aplicación del derecho.

Todas estas consideraciones, tan obvias por otro lado, se formulan en un contexto bien concreto como es el de nuestra cultura jurídica (y es muy importante subrayar esto), pues en realidad no tiene sentido dar una respuesta en abstracto a esta cuestión. Se trata de un problema de diseño de las instituciones que obedece a las particulares condiciones de cada cultura jurídica⁶ y creo que en la nuestra el juez no suele ser un activista.

⁵ Vid. el debate de José Juan Moreso, Juan Carlos Bayón y Roberto Gargarella en *Ragion pratica*, núm. 10 (1998).

⁶ Vid. en este sentido, MORESO, J. J., «Diritti e giustizia procedurale imperfetta», en el citado volumen núm. 10 (1998) de *Ragion pratica*, pp. 13-39.

Con seguridad, no todas estas consideraciones pueden extenderse sobre los magistrados del constitucional. Su *status* y su función difieren de manera notable de los de los jueces que integran el poder judicial; sin embargo, son semejantes en lo esencial: la fundamentación de sus decisiones debe obedecer a criterios de racionalidad y sólo en esta medida merecen nuestra consideración.

b) Rodríguez Uribes afirma que «la crisis de la democracia debe resolverse, no con menos democracia, sino con más y mejor democracia. Más Habermas y menos Dworkin». Sin embargo, creo que, por razones puramente conceptuales, no es posible resolver los problemas de la democracia con más democracia. El constitucionalismo y la teoría de los derechos se presentan como un sistema para corregir precisamente algunos aspectos de la democracia. En suma, quizá deba replicar: más Dworkin y, sobre todo en atención a la especial condición de Rodríguez Uribes, menos Rousseau.

c) Menos Rousseau. Mi interlocutor se distingue por ser buen conocedor de la obra del ginebrino y sin duda es un seguidor de buena parte de sus ideales⁷. De lo contrario, ¿cómo interpretar la siguiente opinión confiada (casi ciegamente) a la voluntad general?: «¿no es peor una mala decisión judicial que una mala decisión democrática?». Creo que una mala decisión es, por encima de todo, una mala decisión. En el contexto de justificación (que es donde se evalúa la corrección moral de una decisión) lo que cuenta es la racionalidad y no el procedimiento mediante el cual se llega a tal decisión. En el contexto de justificación la decisión de asesinar seis millones de personas inocentes es irracional y el modo de tomar esa decisión representa un aspecto del contexto de descubrimiento de esa decisión que puede presentar un interés sociológico, pero carece de vigor argumentativo en sí. Por tanto, no me parece que la decisión de asesinar seis millones de personas mejorara moralmente en nada por el hecho de ser adoptada por cincuenta millones de personas en lugar de ser la decisión de un solo individuo. A lo sumo, en el primer caso cabría lamentar mucho más profundamente que una mala decisión fuera compartida por tanta gente. Sin embargo, el rousseaniano no parece contemplar del todo esta posibilidad y añade en su optimista visión del mundo al mito del buen salvaje el del buen legislador democrático. Esto no significa plantear una teoría antidemocrática, sino sólo advertir que es posible que debamos aceptar ciertos límites y que no debamos confiar ciegamente en la democracia ni idealizarla sin más, dejándonos llevar por la persuasiva emotividad de ciertos términos. En los últimos tiempos la democracia no sólo se ha convertido en el sistema de organización política fundamental, sino que ha pasado a ser el núcleo de la teoría ética y esto quizá pueda provocar problemas como el riesgo

⁷ Vid. RODRÍGUEZ URIBES, J. M., *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

de que nos quedemos desprovistos de un criterio de evaluación de los propios sistemas democráticos.

Finalmente, Rodríguez Uribes, en un alarde de intuición nada común, presume mi simpatía hacia el juez Mead, que comete la *locura* de resolver un caso en contra de la decisión *mayoritaria* (pero quizá injusta) del jurado en una pretérita y cinematográfica Alabama. Quizá la necesidad de mantener un punto de vista crítico exija del teórico del derecho e incluso de su aplicador incurrir de vez en cuando en este tipo de locuras contramayoritarias. Quizá no sea del todo censurable estar loco cuando se trata de Alabama.