



**UNIVERSIDAD EUROPEA
MIGUEL DE CERVANTES**

**EL DERECHO EN UNA SOCIEDAD CONECTADA.
EL CONFLICTO ENTRE
POSITIVISMO Y IUSNATURALISMO
EN LOS TIEMPOS DEL COVID**

DR. D. MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA

**LECCIÓN INAUGURAL DEL
CURSO ACADÉMICO 2021-2022**

VALLADOLID, 2021

**LECCIÓN INAUGURAL
CURSO ACADÉMICO 2021-2022**

**EL DERECHO EN UNA SOCIEDAD
CONECTADA.
EL CONFLICTO ENTRE
POSITIVISMO Y IUSNATURALISMO
EN LOS TIEMPOS DEL COVID**

Profesor Dr. D. Miguel Ángel Sendín García

Pronunciada el 15 de septiembre de 2021

Autor: Miguel Ángel Sendín García

Título: El Derecho en una sociedad conectada. El conflicto entre positivismo y iusnaturalismo en los tiempos del COVID

Colección Lidera, nº 26

ISBN: 978-84-120614-6-8

DL: 'DL VA 645-2021

Edita: Servicio de Publicaciones de la Universidad Europea Miguel de Cervantes (UEMC)



MIGUEL ÁNGEL SENDÍN GARCÍA

Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca (1998).

Reconocimiento de la Suficiencia Investigadora Universidad de Salamanca (2000).

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (2002).

Doctor en Filosofía por la Universidad de Salamanca y Valladolid (2019).

Beca Predoctoral de Investigación por la Universidad de Salamanca (1999-2003).

Profesor de la Universidad de Salamanca (2003-2005).

Profesor de la Universidad Europea Miguel de Cervantes (desde 2005 hasta la actualidad)

Vicerrector de Ordenación Académica y Profesorado de la Universidad Europea Miguel de Cervantes (2010-2012).

Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Acreditado ACSUCYL en la figura de Profesor de Universidad Privada y Profesor Contratado Doctor.

Acreditado ANECA en la figura de Profesor Titular de Universidad.

Reconocidos dos sexenios de investigación por ACSUCYL.

Codirector de tres tesis doctorales.

Autor de las monografías *“Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos”* (Editorial Comares, 2003); *“Regulación y servicio público”* (Comares, 2003); *“La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea”* (Editorial Ratio Legis, 2005); y *“Régimen Jurídico de los convenios urbanísticos”* (Editorial Comares, 2008).

Coautor de las monografías *“Derecho y Educación: Régimen Jurídico de la Educación”* (Ediciones Universidad de Salamanca, 2005); *“La formación y consolidación del Derecho administrativo nicaragüense”* (Hispaner, 2006); *“Derecho administrativo nicaragüense”* (Editorial Porrúa/Universidad Autónoma de México, 2011); *“Transparencia, acceso a la información y buen Gobierno”* (Editorial Comares, 2014); *“Las Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos”* (Andavira Editora, 2014).

Coautor del Manual *“Derecho administrativo II. Acto administrativo. Procedimiento administrativo y revisión de la actuación administrativa”* (Editorial Netbiblo, 2009).

Autor de múltiples artículos en revistas científicas y capítulos de obras colectivas.

*PARA SONIA Y VALENTINA,
LAS DOS LUCES QUE ILUMINAN MI VIDA.*

Este estudio trata de contestar a la pregunta de si es posible encontrar un conjunto de normas que estén más allá de la voluntad de los pueblos expresada a través de sus representantes políticos. Un derecho necesario, que responda a la propia naturaleza del ser humano y que sea aplicable a toda persona con independencia de su raza, nacionalidad o cualquier otra circunstancia. El mundo en el que vivimos, heterogéneo, multicultural e instalado muchas veces en el conflicto parece negar dicha posibilidad. Pienso, sin embargo, que los recientes acontecimientos, marcados por la gravedad de una pandemia que ha traído consigo mucho sufrimiento, han dado prueba de la capacidad del ser humano para enfrentarse con éxito a retos que parecían imposibles. En estas circunstancias, una realidad que comparte mucho de esa complejidad propia de la Comunidad Internacional, la Comunidad Universitaria, ha demostrado su capacidad para actuar de manera unitaria y coordinada. En estos años académicos del COVID, si se ha logrado que el mundo universitario no parase sus maquinas y haya seguido adelante con una cierta normalidad, ha sido sólo posible por el esfuerzo conjunto de todos los que lo componen: los alumnos y sus familias, los profesores, el personal de administración y servicios y equipos de gobierno. Pienso que todos ellos han hecho un trabajo admirable, que me hace estar orgulloso de formar parte de ese colectivo y soñar con la posibilidad de que esa Comunidad más amplia, la de las diferentes naciones, puedan también un día superar sus diferencias para actuar con una sola voz y lograr un mundo mejor en el que todos seamos verdaderamente iguales y libres.

Miguel Ángel Sordán García

EL DERECHO EN UNA SOCIEDAD CONECTADA.
EL CONFLICTO ENTRE
POSITIVISMO Y IUSNATURALISMO
EN LOS TIEMPOS DEL COVID

1. INTRODUCCIÓN	11
2. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO	19
2.1. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES	19
2. 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	26
2.3. IDENTIFICACIÓN DE LO JURÍDICO Y APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO	36
2. 3. 1. Posición del positivismo jurídico	36
2. 3. 2. Posición del iusnaturalismo.....	47
2.3.3. Evolución posterior	52
2.4. DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO. ESPECIAL REFERENCIA AL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS	52
2.4.1. Supremacía de la Constitución o Supremacía de la ley ...	53
2.4.2. Derecho de principios o derecho de reglas.....	53
2.4.3. Discrecionalidad judicial o interpretación de un derecho preexistente	58
2.4.4. El elemento determinante de este conflicto: la necesidad de proteger los derechos frente a los poderes públicos	64

ÍNDICE

2.5	RELACIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO	89
2.5.1.	Planteamiento general. Las posiciones tradicionales de iusnaturalismo y positivismo.	89
2.5.2.	Evolución posterior	104
3.	LA SOCIEDAD CONECTADA DEL SIGLO XXI	111
3.1.	INTRODUCCIÓN	111
3.2.	CRISIS DEL ESTADO Y DE LA SOBERANÍA NACIONAL	112
3.3.	HETEROGENEIDAD SOCIAL.....	122
4.	CONCLUSIONES.....	125
5.	BIBLIOGRAFÍA	133

1. INTRODUCCIÓN

El derecho mantiene una vinculación especialmente intensa con la sociedad en la que opera. Lo jurídico no es un saber que pueda permitirse el lujo de ser especulativo o abstracto, está determinado por su propio fin para actuar en la realidad y ayudar a comandar y articular correctamente la vida social⁽¹⁾. Derecho y sociedad son dos realidades totalmente interdependientes, no pudiendo vivir ninguna al margen de la otra.

Cualquier configuración de lo que el derecho es o debe ser en un determinado momento y lugar pasa por una comprensión previa de las características y las necesidades de la sociedad en la que opera. Nuestra época no es una excepción. La vida actual está dotada de unas características propias y específicas, que condicionan de manera inexorable la configuración de lo jurídico.

No queremos insinuar que no haya en el derecho elementos de continuidad que le den sustantividad y permanencia. Existen aspectos que, aunque sujetos a permanente evolución, lo han acompañado, y lo seguirán acompañando, a lo largo de toda su historia. Esta línea de continuidad se manifiesta en un doble aspecto. Por un lado, la propia idea de derecho es un concepto que, pese a venir profundamente influenciada en cada momento y lugar por características concretas de ese tiempo y espacio geográfico, presenta también unas notas genéricas que permiten una reflexión de carácter universal sobre qué es lo que se considera derecho y permite su delimitación respecto a otras figuras próximas⁽²⁾.

Por otro lado, porque la experiencia y reflexión jurídica va acumulando un sedimento de soluciones materiales, de principios y estructuras jurídicas, cuya validez se extiende más allá de la sociedad que las alumbró. Estas “esencias” de lo jurídico no pueden ser consideradas como verdades puras, asépticas e impermeables a las características de cada época y lugar. Son más bien elementos o criterios inspiradores que orientan la evolución de la ciencia jurídica y ayudan a conseguir que, en cada momento y lugar, se lleve a cabo una concreción más justa y adecuada de las soluciones jurídicas concretas, esto es, del derecho positivo.

1 Señala J. I. MARTÍNEZ GARCÍA que el trabajo del jurista no se puede plantear en abstracto, sino dentro de unas circunstancias temporales determinadas. “Tiempos para el derecho”, en ZAPATERO, V. (editor): *Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel* I. Universidad de Alcalá, 2002. Pág. 201.

2 En tal sentido se pronuncia J. RAZ, que considera que el derecho está sometido a cambios como consecuencia de la mutación de las circunstancias y de las creencias, a pesar de lo cual existen elementos que permiten determinar lo que es derecho de lo que no es. De tal modo que las realidades que no cumplen estos criterios no pueden ser consideradas propiamente derecho, aunque sí instituciones muy próximas a éste. *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Traducción de H. Bouvier, P. Navarro y R. Sánchez Brígido. Marcial Pons. Madrid, 2013. Págs. 39 y 112. En el mismo sentido, ALEXY, R.: *La institucionalización de la justicia*. Traducción de J. A. Seoane, E. R. Soderó, P. Rodríguez y A. Ballesteros. Editorial Comares. Granada. Tercera edición, 2016. Pág. 60.

Los ordenamientos jurídicos no son, por otra parte, traducciones inmediatas que reflejen las concepciones sociales y preferencias políticas imperantes en cada momento. Como señala RAZ, existe una insoslayable necesidad de continuidad en el derecho, dado que sus normas son fruto de la acción de autores diferentes y responden a distintos momentos históricos y valoraciones sociales, pues la alternancia política no supone la simple desaparición del derecho anterior, que continua vigente en tanto en cuanto no es revisado o derogado⁽³⁾.

La sociedad en que vivimos nos parece que encuentra su rasgo más característico en constituir una sociedad “conectada”. Debemos aclarar con precisión, antes de continuar, a que queremos referirnos al utilizar este calificativo. Con este término pretendemos hacer referencia a dos notas, estrechamente interrelacionadas.

Por un lado, la idea de “sociedad conectada” nos conduce a un mundo en el que han desaparecido, o al menos se han diluido considerablemente, las barreras físicas⁽⁴⁾.

Esta interconexión de los diferentes ámbitos geográficos y culturales que integran nuestro mundo es en gran parte consecuencia de la revolución que han traído consigo las nuevas tecnologías de la Sociedad de la Información, con Internet a la cabeza. Ahora bien, no es una consecuencia exclusivamente de esta irrupción de lo digital. En realidad, esa conexión a los que nos referimos había comenzado mucho antes, a través de los medios de comunicación de masas, que habían internacionalizado determinados fenómenos y tendencias culturales, determinando que las nuevas modas y concepciones llegasen a ámbitos que habían permanecido durante largo tiempo anclados en su propia cultura y tradiciones.

Este proceso es, igualmente, consecuencia de la profunda transformación de hábitos y formas de vida que han supuesto toda una serie de factores: las enormes posibilidades que ofrecen en la actualidad los medios de transporte, que han traído consigo una enorme potenciación de fenómenos como el turismo internacional, pero también la consolidación de una economía globalizada, la multiplicación de los procesos migratorios, el terrorismo internacional y un amplia gama de procesos que han hecho que nuestro mundo se vuelva mucho más pequeño.

3 RAZ: *Entre la autoridad y la...* Pág. 241.

4 Señala F. J. BLAZQUEZ RUIZ que la globalización puede ser un cambio de paradigma jurídico que sitúe al derecho ante la necesidad de redefinir sus estructuras esenciales. “¿Tiene sentido el positivismo jurídico en la sociedad global del s. XXI?”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Pág. 809.

El resultado final de este proceso es que nos encontramos ante un mundo que se ha hecho en muchos aspectos global. El ciudadano de cualquier país es, lo quiera o no, un ciudadano del mundo. Incluso los ámbitos más tradicionalmente unidos a lo local han pasado a tener una profunda dependencia de decisiones e instituciones internacionales. Piénsese, por ejemplo, en la vida de un agricultor español, que ha pasado en gran medida a depender más de lo que decidan las autoridades comunitarias sobre la PAC o de la normativa ambiental europea, que de sus autoridades locales o nacionales.

Sin apenas darnos cuenta, nos hemos visto enfrentados a una serie de problemas que sobrepasan con mucho la autoridad de nuestro Gobierno: los problemas medioambientales, las tensiones migratorias, el terrorismo internacional, las disfunciones fiscales que provocan los paraísos fiscales, o los problemas que trae consigo la economía globalizada como la deslocalización, plantean la lucha por nuestros derechos y libertades en un nuevo escenario, que se extiende mucho más allá de los límites de nuestras fronteras⁽⁵⁾.

Es aquí donde entra en juego la siguiente nota que queríamos destacar al caracterizar a nuestra sociedad con el calificativo de “conectada”: la proximidad física no ha logrado conseguir no ya la uniformidad, sino ni siquiera la proximidad espiritual. Nuestro mundo se ha contraído espacialmente, se ha conectado, pero su fragmentación interior, lejos de desaparecer, en cierto modo se ha recrudecido⁽⁶⁾.

Es cierto que ya desde hace años se han intentado poner en marcha diferentes proyectos y medidas tendentes a intensificar la cooperación internacional y comenzar a derribar las poderosas barreras que imponen las fronteras que dividen nuestro mundo en Estados, para lograr, con ello, la creación de una Sociedad Internacional, si no única, al menos integrada.

Evidentemente, el objetivo de lograr una extensión universal de los derechos humanos, que ofrezca unas garantías y libertades mínimas a todo ser humano, por el mero hecho de serlo, con independencia de su raza o nacionalidad, es el ejemplo más relevante en dicho sentido. Aunque no se puede negar que se han producido importantes avances en este ámbito, lo cierto es que esto, como las demás tentativas impulsadas en este sentido, siguen siendo resultados que están aún muy lejos de conseguirse.

5 W. TWINING ha puesto de manifiesto que cada vez se hace más evidente la existencia de una vertiente jurídica en los problemas y fenómenos de alcance mundial. “Implicaciones de la globalización para el derecho como disciplina”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* nº. 44 (2000). *Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs*. Traducción de J. D. Ruiz-Resca. Pág. 347.

6 Señala D. HELD que la globalización parece haber acentuado las divisiones entre los pueblos, como si las nuevas posibilidades de comunicación más que permitir compartir ideas haya subrayado las diferencias entre ellos. “Cosmopolitismo después del 11 de septiembre”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* nº. 44 (2000). *Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs*. Traducción de P. Mercado Pacheco. Pág. 330.

Esta necesidad de integración, a pesar de los avances conseguidos, se ha hecho más perentoria en la actualidad, al menos desde el punto de vista jurídico. Esto es así, por dos motivos.

En primer lugar, porque a diferencia de lo que ocurría en otros momentos, los problemas jurídicos necesitados de una solución global se han incrementado notablemente. Si el mundo se ha hecho global, los problemas de los que adolece, también lo son. Ya lo habíamos mencionado antes, desde la regulación de Internet, a la eliminación de los paraísos fiscales, pasando por problemas no menos acuciantes como el terrorismo internacional o los generados por los intensos movimientos migratorios, nos enfrentamos en la actualidad a toda una serie de dificultades a las que los Estados nacionales no pueden enfrentarse en solitario, sino que requieren de una solución colectiva⁽⁷⁾.

El gran problema es que no existe actualmente quien pueda dar esa respuesta colectiva. El mundo, visto en su conjunto, ofrece un panorama profundamente asimétrico entre, por uno lado, una sociedad civil y unos poderes económicos que se han globalizado y, por otro lado, unos gobiernos y administraciones reducidos y limitados, estructurados en base a la vieja concepción de la soberanía nacional. Los poderes públicos quedan, así, en clara desventaja frente a esos poderes económicos.

Sirva como ejemplo las profundas dificultades que se están encontrando para tratar de lograr una fiscalidad razonable de las grandes empresas multinacionales, especialmente las tecnológicas, que se mueven en el mundo libremente buscando tributar en los lugares que le ofrecen un régimen más beneficioso, rompiendo con ello la regla básica que supone que se contribuya a los erarios públicos conforme a la propia capacidad económica.

Por otro lado, la proximidad genera en muchas ocasiones el conflicto. Si hace unos años los universos culturales eran espacios en cierto modo cerrados. De tal manera que permanecían considerablemente impermeables a las condiciones ajenas, ahora han pasado a estar en contacto estrecho, lo que lleva con frecuencia al desencuentro. La conflictividad entre las diferentes culturas y maneras de concebir el mundo tiene que ser necesariamente mayor al compartir ahora muchos espacios que hasta el momento se poseían en exclusividad.

Esta evolución hacia lo global, aunque parezca contradictorio, es también la causa de una problemática que se suscita en el ámbito puramente interno. La globalización económica y cultural ha acentuado la heterogeneidad y

7 En tal sentido, señala J. E. FARIA que la globalización ha traído consigo un conflicto entre la geografía fija de los Estados y el carácter extraterritorial de los problemas a los que deben enfrentarse. "Policentrismo versus soberanía: los nuevos ordenes normativos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* nº. 44 (2000). *Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs*. Págs. 296-297.

multiculturalidad de nuestras sociedades. Enorme paso que no ha sido fácil de encajar por muchos sectores sociales, resistentes al cambio, que consideran las nuevas formas de entender la vida y el mundo en muchas ocasiones como una agresión a sus convicciones y tradiciones.

Este último factor no se puede entender correctamente si no se tiene en cuenta un factor enormemente importante: el desarrollo y triunfo de las ideologías democráticas y la expansión de los derechos y libertades fundamentales. Gran parte de los problemas a los que se enfrenta en la actualidad la Democracia son, en realidad, una consecuencia directa de su propio éxito.

Hubo un momento en que se pensó que nos estamos acercando a un cierto punto de “final en la evolución”. La democracia había triunfado, al menos en nuestro entorno cultural más próximo y, con ello, se pensaba, el mejor, o el menos malo, de los sistemas políticos. Se había creado el reino de los derechos y libertades. Había mucho por hacer, sin duda, pero en cierto momento se creía que el tiempo de las “revoluciones” y las grandes reivindicaciones había acabado, porque se estaba culminando la construcción del modelo social y político correcto.

Huelga decir que dicho vaticinio era totalmente erróneo. Por un lado, suponía una fatal caída en una autocomplacencia que no dejaba ver la realidad. Lo cierto era que esos derechos no lo eran, tampoco en las sociedades democráticas, para todos. Era, en gran parte, un sistema que consagraba la plenitud de derechos para un concreto tipo de ciudadano: el hombre blanco, heterosexual, dotado de la ciudadanía de un país avanzado y con un puesto de trabajo aceptable.

Esto dejaba muchos espacios oscuros. Un considerable número de ciudadanos que no gozaban de la plenitud de derechos de ese mundo perfecto. Una masa de ciudadanos sin derechos, o dotados de derechos limitados, en ese paraíso de los derechos. No creemos necesario acreditar, por ser una realidad notoria, la limitación de derechos a la que han estado condenados, desgraciadamente en gran parte lo siguen estando, un gran número de personas: mujeres, miembros del colectivo LGTBI, población de etnias y razas que sufrían el azote del racismo, inmigrantes, desempleados...

Esto nos situaba ante las puertas de una nueva era de reivindicaciones y protestas. Las ideas democráticas y los derechos, como todas las buenas ideas, están dotadas de su propia e inmanente fuerza expansiva. A todos estos colectivos discriminados les resultaba, y les resulta, cada vez más difícil entender porque esos derechos básicos, sobre los que supuestamente se construye la sociedad, no les corresponden también a ellos en su plenitud.

Esto evidentemente ha hecho que sus reivindicaciones se hayan intensificado. Reclamaciones difíciles de ignorar y acallar en un mundo en el que las libertades se consideraban básicas y estructurales. Las sociedades democráticas no podían dejar de escuchar estas voces sin entrar en una profunda contradicción consigo mismas, haciendo cada vez más intolerable y absurda la negación de esos derechos.

Esto no supuso, ni supone, que este proceso de reclamación esté siendo fácil. Muchos sectores de la sociedad están manifestando una resistencia tenaz a su pleno reconocimiento y siguen bloqueando su triunfo, cuando no conduciendo en ocasiones a situaciones claramente regresivas.

Fenómenos como la violencia de género, el recrudecimiento del racismo en nuestras sociedades, los delitos de odio y otro tipo de disfunciones son el precio a pagar por la lucha por los derechos de nuestros días.

Esto ha generado una profunda brecha en nuestras sociedades, profundamente divididas en ocasiones. Una división difícil de superar, entre otras cosas, porque es una cuestión en la que son difíciles las mediaciones. Sea lo fuerte que sea la resistencia que se plantee, en última instancia lo que se pide es que los derechos básicos, que los ordenamientos jurídicos avanzados se supone que reconocen para todo ser humano por el hecho de serlo, hagan precisamente eso, rijan para todos.

Poca argumentación coherente se le pueda dar a una mujer, a un miembro del colectivo LGTBI, a la persona de otra raza o a un inmigrante para decirle que él no puede tener lo que se supone que un ser humano debe tener por el mero hecho de serlo.

En un plano puramente jurídico, la negación de estos derechos cae en un absurdo jurídico. La negación de estos derechos, que avanza a través de tímidos reconocimientos normativos, es una consecuencia, simple, directa e ineludible de nuestros derechos y libertades fundamentales. Normas superiores de nuestro ordenamiento jurídico que no deberían encontrar ninguna barrera para su pleno reconocimiento.

Este escenario ante el que nos sitúan los nuevos tiempos vuelve a dotar de un papel protagonista a una venerable polémica jurídica, que hunde sus raíces en los propios orígenes de nuestra civilización: la vieja disputa entre iusnaturalistas y positivistas.

Si sintetizamos en lo esencial la problemática a la que nos conduce la situación antes descrita, nos vamos a encontrar con la necesidad de resolver una cuestión de fondo, de la que derivan todas las demás. No es ésta otra que la determinación de si se debe reconocer la existencia de un régimen jurídico mínimo de derechos y obligaciones a los ciudadanos y unas exigencias mínimas en la estructuración de toda organización social, que puedan considerarse como características e irrenunciables del ser humano. De tal modo que deban considerarse como necesarios en todo espacio geográfico. O si más bien se debe entender que tiene un carácter preferente el derecho de cada concreto grupo humano tiene a organizar su convivencia social de manera autónoma o independiente conforme a un criterio propio. Todos los desencuentros internacionales que encontramos en el mundo actual acaban, de uno u otro modo, enfrentándose a este dilema.

Este planteamiento de la cuestión es demasiado simplista si se ignora un elemento central, uno de los grandes problemas, sino el mayor, que sufre nuestra sociedad. Aspecto estructural que la polémica anterior a veces oscurece, pero que es la mayor dificultad a la que se enfrenta la humanidad. Nos estamos refiriendo a la existencia de una amplia extensión de países y territorios que no cuentan con los medios económicos, ni con la manera de obtenerlos, para lograr una vida en la que sus ciudadanos puedan realizarse como personas de manera plena, con la dignidad que le es propia a la condición humana⁽⁸⁾.

Con independencia de dificultades, más o menos estructurales, de otro tipo que estos territorios puedan sufrir, su problema no es, al menos en gran parte, ideológico sino económico. Sin un decidido apoyo económico, que permita unos mínimos en la prestación de servicios sociales básicos como la educación o la sanidad, no pueden alcanzar los niveles de vida que se supone deben regir en una sociedad democrática.

Sería erróneo pensar que eso nos sitúa ante una problemática distinta a la antes enunciada. En realidad, se vuelve aquí a plantear si es necesario que toda persona goce de unos derechos mínimos e inalienables a la naturaleza humana. O es que acaso hay algo más connatural al ser humano que poder comer y vivir en condiciones dignas. Una reflexión sería sobre si existen o no unos derechos naturales a todo ser humano por el mero hecho de serlo no puede admitir, como a veces se pretende en los países más desarrollados, que la globalización de los derechos deje fuera los sociales y económicos. Es imposible sacar de esa discusión estos derechos, cuya carencia sigue siendo hoy en día la mayor causa de sufrimiento en este mundo.

8 HELD ha señalado la necesidad de enfrentarse a la polarización de la riqueza y a las profundas asimetrías en las oportunidades de vida que existen en nuestro mundo, señalando la necesidad de que la globalización económica esté conectada con los principios de justicia social. *Cosmopolitismo después del...* Pág. 336.

Esta polémica, en definitiva, no es más que una revisión del viejo tópico jurídico de si el derecho debe estructurarse en base a un criterio positivista o iusnaturalista. Una vieja discusión que se ramifica en muchas direcciones, pero que desligada de aspectos accidentales es la que se plantea en la vida política y social del mundo en que vivimos.

No es extraño que esta temática haya acompañado al hombre desde sus primeros pasos en sociedad. Su resolución ha surgido y ha inspirado soluciones que han permitido avanzar al ser humano en todos los grandes momentos de su historia. Ahora no podía ser distinto. Creemos que visitar esta vieja discusión y plantearla a la luz de los nuevos tiempos nos permitirá conocer mejor no sólo de dónde venimos, sino el punto en el que nos encontramos y quizás, como ya lo ha hecho en otros tiempos, alumbrar el camino para avanzar hacia un mundo mejor.

El primer paso en ese trayecto debe ser, por supuesto, conocer los aspectos estructurales de esta polémica entre iuspositivistas y iusnaturalistas. Tarea respecto a la que se deben realizar dos advertencias. En primer lugar, nuestros esfuerzos deben centrarse en la identificación de sus elementos esenciales. Esto es especialmente urgente por ser una materia tan traída y llevada desde todos los puntos de vista, que se hace especialmente fácil perderse en el camino.

Incluso los más venerables académicos cuándo discuten pierden los papeles. No es, por ello, extraño encontrar en este tema mucha “discusión de taberna” en la que sabios doctores más que aportar argumentos para clarificar su estudio, aportan descalificaciones que contribuyen a oscurecerla. Saber aislar correctamente los puntos clave es fundamental en este ámbito.

De otra parte, es importante iniciar este camino con mente abierta y libre de prejuicios ideológicos. No nos encontramos aquí ante una disputa entre “buenos” y “malos”, sino ante dos teorías profundamente elaboradas a lo largo de los siglos que tienen cada una de ellas una parte de razón. Su pervivencia a lo largo de siglos de estudio y disputa sobre esta materia nos parece que prueba que ninguna de estas teorías es un enemigo a batir. La respuesta correcta se debe encontrar más bien en saber encontrar una sabia combinación de ambos ingredientes. Si después de al menos más de veinticinco siglos se sigue discutiendo este tema, es porque el derecho no puede prescindir de ninguna de estas doctrinas.

2. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO

2.1. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS ESENCIALES

Se puede realizar fácilmente una delimitación inicial entre iusnaturalismo y positivismo. Desde un punto de vista conceptual, se pueden deslindar fácilmente ambas teorías, siempre que se prescindiera de las notas concretas que acompañan a las teorías de uno y otro tipo.

De este modo, tendríamos, por un lado, al iusnaturalismo como aquella doctrina que entiende que existe un derecho natural y un derecho positivo y que el primero prevalece sobre el segundo y opera como un criterio para valorar la validez de éste⁽⁹⁾.

Frente a ello, el positivismo jurídico se caracterizaría por defender la exclusividad del derecho positivo y no admitir, en consecuencia, la existencia del derecho natural⁽¹⁰⁾. Lo que supone que para esta tendencia ese pretendido derecho natural no tendría carácter jurídico, sino que formaría parte del ámbito de lo moral, las convicciones sociales o las ideologías políticas⁽¹¹⁾.

De este modo, el iusnaturalismo es una doctrina monista (articulada exclusivamente sobre el derecho positivo), mientras que el positivismo es una doctrina dualista (articulado sobre dos realidades: derecho natural y derecho positivo)⁽¹²⁾.

A partir de aquí, la cuestión se complica notablemente, pues la evaluación de las concretas teorías que se engloban, no siempre de manera fácil, en una u otra tendencia⁽¹³⁾, nos conduce a un camino tenebroso, en el que suelo deja de ser firme.

9 BOBBIO, N.: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Traducciones de E. Díaz, E. Garzón Valdés, A. Greppi y A. Ruiz Miguel. Editorial Trotta. Primera reimpresión de la primera edición de 2015. Madrid, 2018. Pág. 122.

10 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 122. GARCÍA SAN MIGUEL, L.: "Presentación", al libro de Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*. Ediciones Coyoacán. México D. F., 2014. Pág.12. PÉREZ LUÑO, A. E.: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Quinta edición a cargo de R. González-Tablas Sastre y F. Llano Alonso. Editorial Tebar. Madrid, 2007. Pág. 37.

11 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 37.

12 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 122-123. KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica*. Traducción de la Primera edición de 1934 por G. Robles y F. F. Sánchez. Editorial Trotta. Madrid, 2011. Pág.66. PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 32.

13 En tal sentido, Á. RODENAS ha señalado las notables dificultades que se encuentran para determinar los rasgos esenciales del positivismo jurídico. "El positivismo jurídico y las tensiones internas del derecho", en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Págs. 448-449.

Estas dificultades provienen, en nuestra opinión, de dos grandes factores. De un lado, esta materia viene a confirmar esa aguda afirmación de que lo que tiene historia no se puede definir. La temática que nos ocupa ha estado presente a lo largo de toda la historia del pensamiento jurídico. Esto implica que ha pasado por formulaciones y orientaciones muy heterogéneas, que respondían además a circunstancias y mentalidades muy distintas.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que esta materia ha sido todo menos una apacible discusión doctrinal. Como señala BOBBIO, existe una disputa tradicional entre iusnaturalismo y positivismo “que se presenta como un conflicto entre dos escuelas en guerra permanente entre sí y tendentes, cada una de ellas a la eliminación del adversario”⁽¹⁴⁾.

Este largo proceso de lucha, de teorías y contrateorías, en el que muchas veces la descalificación del adversario ha sustituido a la crítica constructiva, ha generado una enorme confusión. No es extraño, por ello, que haya quienes consideran que esta vieja disputa se ha convertido en una fuente de ambigüedad y confusión⁽¹⁵⁾. Un debate agotado, que se debe rechazar, convirtiéndole en un simple capítulo más de la historia del derecho⁽¹⁶⁾.

A pesar de estas críticas, a las que no se puede negar una cierta verdad, lo cierto es que es ésta una de esas cuestiones que retornan siempre, reviviendo como un Ave Fénix de sus cenizas. Debemos darle la razón a BOBBIO, cuando apunta que el conflicto entre iusnaturalismo y positivismo es uno de los “temas de fondo a los que nadie puede escapar”⁽¹⁷⁾.

Todo esto nos sitúa ante la difícil tesitura de enfrentarnos a una de esas cuestiones imposibles de comprender sin su historia, pero en la que al mismo tiempo es fácil perderse en los pormenores de su desarrollo histórico. De este modo, más que un estudio propiamente dicho de su trayectoria en el tiempo, vamos a intentar fijar los puntos esenciales de su evolución, que nos permitan simplemente situar las coordenadas en las que se plantea y nos deje en situación de comprender correctamente los términos de esta problemática en el momento presente.

Debe advertirse, por otra parte, que al realizar este examen es necesario ser muy preciso con el lenguaje, pues en muchas ocasiones las disputas entre iusnaturalistas y positivas responde a la utilización de un lenguaje diferente⁽¹⁸⁾. A la par que muy precisos en la delimitación conceptual.

14 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 81.

15 ORREGO SÁNCHEZ, C.: “Iusnaturalismo contemporáneo”, en Fabra Zamora, J. L. y Núñez Vaquero, A. (Coordinadores): *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Universidad Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2015. Pág. 37.

16 VÁZQUEZ, R.: *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del derecho*. Editorial Trotta. Madrid, 2006. Pág. 32.

17 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 23

18 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 25.

Señala BOBBIO que con el término “positivismo” nos podemos estar refiriendo a tres cosas diferentes: a) un modo de acercarse al estudio del derecho; b) una teoría o concepción del derecho; c) una concreta ideología de la justicia⁽¹⁹⁾. Debiéndose tener presente que los diferentes autores que tratan esta cuestión pueden ser partidarios de alguno de estos elementos, siendo contrario a los otros⁽²⁰⁾.

Planteamiento que es plenamente extensible al término “iusnaturalismo”, con el que se puede, igualmente, hacer referencia a esas diferentes realidades. A lo que se añade que, como ocurre en el positivismo, los autores que se mantienen en el iusnaturalismo en alguno de esos aspectos, no tienen por qué mantener un criterio iusnaturalista respecto a los otros.

En realidad, muy pocas son las posturas que admiten ser clasificadas totalmente en una de las dos categorías de referencia. Es frecuente más bien que los autores deban ser categorizados como iusnaturalistas o positivistas con matices. Esta labor de matización es compleja al tratarse de una materia con tan larga historia, cuya exposición útil requiere necesariamente de una ineludible simplificación.

A ello se añade que es un tema que, en muchas ocasiones, se ha tratado con una cierta radicalidad. Ha sido relativamente frecuente la utilización del calificativo de iusnaturalista o iuspositivista con un cierto ánimo crítico, sino de descalificación. Veremos, por ejemplo, en su momento, el caso de DWORKIN, en el que, la determinación de si debe ser calificado como iusnaturalista o no, se ha convertido prácticamente en un tópico a tratar por la doctrina durante los últimos años.

Esta situación se hace más notoria en el caso de los pensadores situados en la órbita del iusnaturalismo. El hecho de que durante un largo periodo de tiempo se haya considerado las tesis iusnaturalistas como una postura acientífica, en cierto modo como un residuo religioso o ideológico, ha dejado su poso mental, y se percibe, en muchos casos, un cierto pudor a dar el paso de considerarse como tal⁽²¹⁾.

A ello se añade, que no es tampoco extraño que se haya levantado un dedo acusador contra los autores que han tratado de tender puentes entre ambas escuelas, defendiendo posiciones mixtas o moderadas. Es usual que se cuestione

19 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 103-104.

20 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 103-104. ORREGO SÁNCHEZ: *Iusnaturalismo...* Pág. 38.

21 Muy expresiva de este hecho es la tendencia de los más relevantes pensadores que podrían ser situados en la órbita del iusnaturalismo a eludir el término iusnaturalista. Así, ALEXY habla del concepto del derecho *no positivista*. *La institucionalización de la...* Pág. 17. También R. DWORKIN, que señala en un determinado momento: se “oculta también tras el supuesto de que los *no positivistas* deben creer en algo que se llama derecho natural”. *Los derechos en serio*. Traducción de M. Guastavino del original de 1977. Ariel. Primera edición en esa presentación de 2012. Pág. 462.

la adscripción asumida por el propio autor al iuspositivismo o iusnaturalismo, por incluir elementos de la otra doctrina, insinuando, cuándo menos, la falta de coherencia de su postura. Podemos citar, como supuesto paradigmático en este caso, el cuestionamiento, que en su momento analizaremos, de los autores que han defendido posturas que pueden situarse en lo que se viene conociendo como positivismo moderado o incluyente.

Nos parece extraña, a la par que errónea, esta perspectiva tendente a la confrontación. Más cuando, en realidad, como tendremos ocasión de comprobar, ninguna de las dos tendencias que nos ocupa se ha mantenido pura y al margen de contaminación de elementos de la otra doctrina.

Consideramos un hecho cierto, contrastable históricamente, que tanto el iuspositivismo como el iusnaturalismo han tenido su momento de auge, en el que parecían haber acabado con la tendencia contraria. En ambos casos, sin embargo, ha sido gloria de un día. El desarrollo histórico ha dejado claro que ninguna de las tesis puede sobrevivir al margen de influencias de la otra doctrina. Ello es así no por evolución de las modas o tendencias del pensamiento jurídico, sino porque ninguna de ellas examinada en sus aspectos más estrictos ha sido capaz de dar respuesta a las necesidades que la Sociedad demanda al derecho.

Tanto iuspositivismo como iusnaturalismo han tenido que adaptarse para sobrevivir. Están sufriendo, se ha dicho, una crisis de identidad que está llevando a los partidarios de ambas tendencias a redefinir sus posiciones⁽²²⁾.

Esto ha llevado a que uno y otro hayan evolucionado hacia formas más moderadas, que admiten un cierto grado de razón a las tesis de otro cuño y que hace que, en la actualidad, las líneas que separan estas dos tendencias sean más tenues⁽²³⁾. Si bien, esto no deja de ser más que una aproximación, que no impide que el conflicto entre una y otra doctrina siga abierto⁽²⁴⁾.

Hoy en día, tanto las tesis iuspositivistas como iusnaturalistas más admitidas son aquellas que han asumido una vía intermedia. En realidad, deberíamos hablar más bien de tesis predominantemente positivistas o iusnaturalistas.

22 PÉREZ BERMEJO, J. M.: "El convencionalismo como sucesor: noticia de una discusión en torno a la herencia del positivismo jurídico", en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Pág. 411.

23 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 18. BAYÓN, J. C.: "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en Zapatero, V. (editor): *Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel II*. Universidad de Alcalá, 2002. Pág. 35.

24 ESCUDERO ALDAY, R.: "De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº. 44 (2000). Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs*. Pág. 398.

Se hace, con ello, cada vez más evidente, la necesidad de superar la concepción de iusnaturalismo y positivismo como dos concepciones rivales y antagónicas⁽²⁵⁾.

La mediación, sin embargo, no está siendo fácil, y sigue siendo frecuente que estas tesis moderadas, de uno y otro cuño, tengan que defenderse de acusaciones que no le son en puridad aplicables, porque son tan sólo achacables a versiones radicales o puras de positivismo o iusnaturalismo.

Todo ello nos permite concluir que no puede partirse de una definición en sentido estricto de iusnaturalismo y positivismo, más allá de la muy genérica con la que comenzamos este apartado.

A efectos de no perdernos en nuestra exposición, más que de una definición, nos parece, por todo lo dicho, que se debe de partir de la delimitación de unas afirmaciones típicas en torno a las que se suele plantear esta polémica. Ahora bien, debe tenerse presente que con ello no se realiza una conceptualización en sentido estricto de cada una de esas tendencias. Se trata más bien de una especie de quimera, elaborada con elementos de diferentes teorías, que sirven para situar los límites de una discusión, que tiende frecuentemente a desbordarse.

De este modo, tendríamos, por un lado, al iusnaturalismo, como aquel conjunto de teorías que parten de la consideración, como dijimos, de que el derecho es una realidad dualista, integrada por un derecho superior y distinto (al que algunos, pero sólo algunos, llaman derecho natural) y un derecho inferior, cuyo contenido concreto viene inspirado en el anterior y cuya validez depende de la conformidad con éste.

Este conjunto de tesis suele defender los siguientes puntos, característicos por tanto de las tesis iusnaturalistas, y presentes frecuentemente en ellas (aunque no siempre), de manera muy variable, tanto entre diferentes autores, como entre diferentes momentos históricos.

- a) La determinación de lo que es derecho y el juicio acerca de su validez requiere necesariamente el recurso a elementos materiales extrajurídicos de justicia.
- b) El derecho no puede legitimarse o fundamentarse en sí mismo, sino que sólo puede encontrar justificación en criterios morales.

25 MARÍN CASTÁN, M. L.: "Constitucionalismo, Justicia Constitucional y crisis del positivismo jurídico", en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Pág. 407.

- c) No cualquier sistema normativo que adopte la forma de un ordenamiento jurídico puede ser considerado “en sentido estricto” como derecho, sino que sólo lo serán aquellos sistemas normativos que cumplan con esos criterios morales.
- d) El derecho no es una realidad exclusivamente autoritativa, esto es, un conjunto de normas emanadas de una autoridad jurídica que desarrolla una función pública en representación de la comunidad (derecho legal o jurisprudencia), o de la propia comunidad a través de determinadas formas (derecho consuetudinario), sino que está comprendido también por un derecho superior que se puede derivar racionalmente de la naturaleza o de la dignidad humana.
- e) El derecho no está constituido exclusivamente por reglas, esto es, normas jurídicas autoritativas, que prevén una solución jurídica concreta (consecuencia jurídica) para determinados supuestos de hecho y que se aplican de manera alternativa, esto es, se aplican si de da ese supuesto de hecho y sino no; sino que está constituida también por principios o valores, esto es, normas jurídicas que no se aplican alternativamente ante un determinado supuesto, sino que están dotados de un determinado peso, que será variable dependiendo de las características del caso concreto, al que se condiciona su influencia en la solución de los casos o supuestos jurídicos concretos.
- f) La aplicación del derecho se lleva a cabo no sólo mediante operaciones de subsunción, esto es, comprobación de la concurrencia del supuesto de hecho de una norma para aplicar en su caso su consecuencia jurídica; sino que requiere también operaciones de ponderación, esto es, valoración del peso que los principios del ordenamiento jurídico puedan tener en el mismo, para determinar si la solución jurídica del caso debe venir condicionada por ese principio.
- g) La tarea del juez o sujeto aplicador del derecho en los casos difíciles en los que el juez no puede encontrar fácilmente la respuesta en el ordenamiento jurídico no supone la toma de una decisión discrecional (esto es, la determinación razonada de la decisión que considera más adecuada dentro de las alternativas jurídicas válidas), creadora de derecho; sino que supone un proceso de indagación de la que considere la respuesta jurídica correcta a la luz de las reglas jurídicas y de los valores y principios que componen el ordenamiento jurídico, buscando, por tanto, la respuesta dentro del derecho preexistente.

Identificados los elementos materiales desde los que se construye el iusnaturalismo, resulta más fácil identificar los que suelen estar en la base de las tesis positivistas, pues son, en esencia, los contrarios.

- a) La determinación de lo que es derecho y el juicio de su validez no depende de criterios morales.
- b) El derecho no puede legitimarse o fundarse sobre elementos morales extrajurídicos, sino que sólo puede encontrar fundamento en sí mismo. De este modo, el derecho se justifica por haberse dictado siguiendo lo establecido en las normas superiores. Cerrándose el sistema por una norma fundamental o de reconocimiento, justificada en la eficacia o efectividad del derecho, que da validez última al conjunto del sistema.
- c) Cualquier sistema jurídico que cumpla los requisitos formales que constituyen su sistema de fuentes es derecho válido, con independencia de la moralidad o inmoralidad de su contenido.
- d) El derecho está formado por reglas autoritativas, que son derecho en virtud de una convención, esto es, de un acto susceptible de comprobación empírica creado por una autoridad jurídica actuando en el ejercicio de sus funciones (derecho legal o jurisprudencia) o de la propia comunidad (derecho consuetudinario).
- e) El ordenamiento jurídico está constituido esencialmente por reglas.
- f) La aplicación del derecho se desarrolla esencialmente mediante operaciones de subsunción. Si bien no se entiende esta labor como una tarea meramente mecánica de confrontación del supuesto de hecho con la norma, sino como una tarea que conlleva complejas operaciones de interpretación jurídica.
- g) El juez o sujeto aplicador del derecho en los casos difíciles resuelve discrecionalmente, creando derecho.

2.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Aunque se ha fijado el origen de la teoría del derecho natural en la época de los sofistas⁽²⁶⁾, la primera gran construcción del derecho natural se debe a Santo TOMÁS, que sitúa a Dios en la cima, en un escalón inferior unos principios supremos e inmutables, bajo ellos unos principios secundarios que admiten una cierta mutabilidad y, por último, el derecho positivo, elaborado por el legislador inspirado por dichos principios⁽²⁷⁾. Se consideraba que el hombre podía llegar a esta construcción a través de la razón⁽²⁸⁾.

Bajo la influencia cristiana, durante la Edad Media prevalece la idea de que lo moral y lo jurídico se encuentran relacionados, constituyendo el derecho una parte de la moral⁽²⁹⁾.

Se ha señalado que detrás de esta concepción medieval del derecho natural subyacía una motivación política, pues acababa otorgando legitimación a la monarquía del momento⁽³⁰⁾.

El momento de máximo apogeo del derecho natural vendrá de la mano de la monarquía absoluta y el Estado policía⁽³¹⁾. Encontrando su cumbre en los grandes sistemas racionalistas de los siglos XVII y XVIII⁽³²⁾.

El racionalismo separa al derecho natural de sus fundamentos teleológicos y pasa a fundar la ley humana en la razón humana⁽³³⁾, construyendo ese derecho mediante una deducción racional que parte de unos principios que considera fundamentales y que da lugar a un sistema completo de preceptos que presenta como universalmente válidos en el tiempo y el espacio⁽³⁴⁾.

A ello se añade que el racionalismo iusnaturalista protestante comienza a establecer la distinción entre los dos órdenes reguladores de la conducta humana, derecho y moral⁽³⁵⁾.

26 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 9. BRUFAU PRATS, J.: *Teoría fundamental del derecho*. Tecnos. Cuarta edición. Madrid, 1990. Pág. 272.

27 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 10.

28 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 10.

29 LORCA NAVARRETE, J. F.: *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*. Ediciones Pirámide. Madrid, 2003. Pág. 173.

30 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 10.

31 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 53.

32 ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*. Traducido por G. R. Carrió. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. Pág. 3.

33 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 10.

34 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental de...* Pág. 274.

35 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 173.

Igualmente, con el racionalismo se elimina ese escalón de principios secundarios, que admitían una cierta mutabilidad, con lo que el derecho natural pasa a ser en bloque una construcción que se considera inmutable y, por tanto, válida para todo tiempo y lugar⁽³⁶⁾. Sin embargo, aunque da lugar a sistemas jurídicos que se presentan globalmente como derecho natural, en la práctica gran parte de su contenido es derecho positivo, extraído preferentemente del Derecho romano⁽³⁷⁾.

En cuanto al trasfondo político, este derecho natural racionalista servirá en una primera etapa para fundamentar el despotismo ilustrado y, posteriormente, legitimará la limitación del poder absoluto, propugnando la división de poderes y la proclamación de los derechos naturales subjetivos⁽³⁸⁾.

Las construcciones iusnaturalistas entran en crisis y pasan a ser sustituidas por las tesis positivistas con el triunfo del liberalismo burgués⁽³⁹⁾. Este auge del positivismo jurídico viene unido a las revoluciones liberales y a la consolidación del Estado moderno⁽⁴⁰⁾.

La codificación constituye un nexo entre el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII y el positivismo del siglo XIX. De tal modo que el código es, por un lado, la plasmación definitiva del derecho natural y, por otro y al mismo tiempo, el proceso de conversión de ese derecho natural en derecho positivo⁽⁴¹⁾.

Esta labor de puente entre iusnaturalismo y positivismo se explica en que, por un lado, la codificación, fundada en los principios racionales de la Ilustración, es una expresión de la Escuela del Derecho Natural Racionalista, que aspira a que el derecho sea creado por un legislador racional, que emite guiado por la razón leyes que pretenden ser perfectas⁽⁴²⁾. Esto permitiría la creación de un ordenamiento jurídico coherente y completo, que sería susceptible de aplicación pretendidamente sin necesidad de interpretación⁽⁴³⁾.

Estos presupuestos, sin embargo, van a permitir que se consolide un ordenamiento jurídico en el que la ley asume una clara primacía en el sistema de fuentes, que abrirá el camino al desarrollo del positivismo jurídico⁽⁴⁴⁾. De

36 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 10.

37 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental de...* Pág. 274.

38 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental de...* Pág. 274.

39 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 53.

40 CONTRERAS PELÁEZ, F. J.: *Liberalismo, catolicismo y ley natural*. Ediciones encuentro. Madrid, 2013. Pág. 321.

41 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 322.

42 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 384-385.

43 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Págs. 384-385.

44 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 384-

tal modo que el iusnaturalismo acaba siendo la víctima propiciatoria de la codificación⁽⁴⁵⁾, pues al pasarse a un sistema en el que la validez del derecho depende de su origen, desaparecen los criterios de carácter material para resolver los conflictos normativos. Con ello, la determinación de la legalidad de las normas pasa a depender de elementos formales, y no puede derivarse la ilegalidad del contraste con el derecho natural⁽⁴⁶⁾.

Se evoluciona así desde el código, concebido como un sistema jurídico construido racionalmente; hacia la ley, como un elemento jurídico sometido a continua reelaboración por la acción del legislador⁽⁴⁷⁾.

Este proceso logra su plena consagración a principios del siglo XIX, momento en que culmina un proceso de estatalización del derecho, que supone el paso del pluralismo jurídico de la Edad media, a un monismo jurídico, en el que el Estado asume el monopolio de la creación del derecho⁽⁴⁸⁾.

De este modo, en el siglo XIX se difunde por toda Europa el positivismo jurídico, que desplaza al iusnaturalismo⁽⁴⁹⁾, iniciándose un momento de claro apogeo del iuspositivismo, que se mantiene durante el siglo XIX y el primer tercio del siglo XX⁽⁵⁰⁾.

Esta evolución culmina con la Teoría pura del derecho de KELSEN, que constituye la tesis positivista más celebrada e influyente⁽⁵¹⁾. Hay quien considera a KELSEN el más grande de los iuspositivistas⁽⁵²⁾.

En la forma de pensar de KELSEN, la validez del derecho no depende ni de su contenido, ni del Poder que la respalda, sino de su conformidad con las normas superiores, que autorizan su producción⁽⁵³⁾.

El derecho natural pasa en un determinado momento a ser considerado como un residuo de una actitud no científica de la que la ciencia jurídica se debe desprender⁽⁵⁴⁾.

45 RODENAS: *El positivismo jurídico...* Pág. 448.

46 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 386.

47 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 386.

48 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Págs. 321-322.

49 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación.* Págs. 11-12.

50 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 322.

51 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 38.

52 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 322.

53 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 387.

54 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 25.

Esta tendencia cambia, sin embargo, tras las guerras mundiales. Momento en el que se revalorizan las posiciones iusnaturalistas como un instrumento para enfrentarse a las normas intolerablemente injustas impuestas por las dictaduras⁽⁵⁵⁾.

Elemento esencial de esta evolución es que, antes del triunfo del nacionalsocialismo en Alemania se había impuesto la ideología propia del positivismo jurídico, que consideraba que cualquier derecho establecido legítimamente por la autoridad política debería considerarse válido, con independencia de su contenido. Aunque esto, evidentemente, no puede considerarse elemento determinante para el triunfo de ese régimen político, se tiende a señalar, sin embargo, que fue decisivo para allanar en cierto modo el camino, pues condujo al conformismo con el nuevo régimen de la clase jurídica⁽⁵⁶⁾.

Una parte de la doctrina señala, no obstante, que este tipo de análisis que vinculan el triunfo de los regímenes fascistas y nacionalsocialistas al positivismo conllevan una excesiva simplificación, que olvida la presión que en estos países sufrió la judicatura y el estamento jurídico⁽⁵⁷⁾.

En cualquier caso, en ese momento histórico se hace patente el dramatismo que supone la consideración del derecho como una realidad contingente, cuyo contenido depende de quien esté en el poder en cada momento. Lo que supone, evidentemente, el riesgo de que la instancia que crea el derecho sea un régimen totalitario que no respeta los derechos fundamentales y los principios democráticos⁽⁵⁸⁾.

Los excesos en los que se incurrió en las dictaduras europeas durante las guerras mundiales determinan, así, que se empiece a cuestionar que pueda considerarse válido el derecho por el mero hecho de que lo sea formalmente, y desde algunos sectores se señala que es exigible que sea también materialmente justo y se apunta la posibilidad de negarse a obedecer al derecho injusto⁽⁵⁹⁾.

55 FERRAJOLI, L.: "Prólogo" al libro Bobbio, N.: *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Traducción A. Greppi. Editorial Trota. Primera reimpresión de la primera edición de 2015. Madrid, 2018. Pág. 13. PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 31.

56 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Págs. 12-13.

57 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 31.

58 ATRIA, F.: "La ironía del positivismo jurídico", en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº. 27 (2004). Pág. 129. Díez-PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Editorial Ariel. Barcelona. Tercera edición, 1999. Pág. 196.

59 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 25-26. GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 13.

Esto va a dar lugar a que se produzca, tras la Segunda Guerra Mundial, una revalorización de las constituciones⁽⁶⁰⁾.

Se suele utilizar para referirse a esta etapa los términos constitucionalismo o neoconstitucionalismo. Sin embargo, nos parece más adecuado, y vamos a usar por ello preferentemente, el segundo, porque permite diferenciar más fácilmente este movimiento constitucionalista del constitucionalismo del siglo XIX⁽⁶¹⁾.

Hay que aclarar, no obstante, que cuando se hace referencia al neoconstitucionalismo, se está haciendo mención a dos realidades que, aunque estrechamente vinculadas entre sí, se deben diferenciar. Por un lado, una serie de acontecimientos históricos que introducen un cambio estructural en el derecho. Por otro, a una concreta teoría jurídica, que trata de dar explicación a algunos puntos esenciales de discusión en filosofía del derecho, tomando base en los cambios que genera el proceso histórico antes señalado⁽⁶²⁾.

El neoconstitucionalismo supone, en esencia, el tránsito desde un Estado formal de derecho a un Estado material de derecho⁽⁶³⁾. Como más tarde veremos con más detalle, este proceso va a venir marcado por la inclusión de elementos materiales, derechos fundamentales y principios, en las normas constitucionales, lo que supone un severo cuestionamiento de las tesis positivistas.

La valoración doctrinal de las implicaciones de este cambio no es, ni mucho menos, uniforme, pues se divide a la hora de determinar si constituye una simple evolución del Estado de derecho o, por el contrario, supone una modificación sustancial, que determina el nacimiento de una realidad distinta: el Estado constitucional.

Desde las posturas críticas al positivismo jurídico se defiende que se trata de una mutación sustancial, en cuanto por encima de la ley se sitúa un derecho material del que la Constitución es expresión⁽⁶⁴⁾. Mientras que los partidarios

60 DOMINGO PÉREZ, T. de: "Neoconstitucionalismo, positivismo y fundamentación de la obligatoriedad de la Constitución", en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Pág. 356.

61 ESCUDERO ALDAY: *De la constitucionalización a la...* Pág. 398.

62 COMANDUCCI, P.: "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", en Comanducci, P, Ahumada, M. A. y González Lagier, D.: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Fundación Colegio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 139.

63 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 325.

64 En tal sentido G. ZAGREBELSKY, que considera que el paso del Estado de derecho al Estado Constitucional más que una continuación, constituye una profunda transformación que incluso afecta a la concepción del derecho. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de M. Gascón. Editorial Trotta. Tercera edición, 1999. Pág. 34.

del positivismo jurídico defienden que la superioridad de la Constitución es jerárquica y que no difiere esencialmente de la superioridad de la ley respecto a otras normas del sistema de fuentes⁽⁶⁵⁾.

Como todas las cuestiones doctrinalmente complejas, no se puede, sin embargo, marcar una línea rígida entre ambas líneas doctrinales. Ya que hay también autores que relativizan esta distinción, tratando de eludir una confrontación entre dos formas incompatibles de Estado, Estado de derecho y Estado constitucional⁽⁶⁶⁾.

Debe tenerse en cuenta, en tal sentido, que la respuesta que se dé a esta cuestión varía también dependiendo de la configuración de Estado de derecho de la que se parte. Así, nos encontramos con autores que consideran que el Estado constitucional es una simple prolongación o desarrollo del Estado de derecho, pero parten de un concepto material o sustancial de Estado de derecho, en el que sólo se reconoce como tal a aquel que defiende los derechos fundamentales⁽⁶⁷⁾. Con ello, nos parece, que las diferencias entre una y otra postura, en gran parte, se diluyen.

En cualquier caso, este nuevo proceso de constitucionalización, que encontrará su máxima expresión en las constituciones elaboradas con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial⁽⁶⁸⁾, va a contribuir poderosamente a que se evolucione desde los enfoques positivistas hacia un enfoque iusnaturalista⁽⁶⁹⁾. Esto ha llevado a que hoy en día sea frecuente que se considere al positivismo jurídico como una ideología jurídica en franco retroceso, que algunos incluso consideran extinta⁽⁷⁰⁾. Juicio que sustentan en que el positivismo jurídico no puede dar explicación al derecho contemporáneo⁽⁷¹⁾. De tal forma que esta nueva constitucionalización habría supuesto la definitiva sentencia de muerte del positivismo jurídico⁽⁷²⁾.

65 BARRANCO AVILÉS, M. del C.: "Los contenidos materiales de la Constitución y la posibilidad de un constitucionalismo positivista", en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Pág. 351.

66 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 70.

67 ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: "Estado de derecho, crisis de la ley y Estado constitucional", en *Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel I*. Universidad de Alcalá, 2002. Pág. 265.

68 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 325. PRIETO SANCHIS, L.: "Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº. 44 (2000). Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs*. Pág. 463.

69 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 380.

70 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 322.

71 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 401.

72 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 326. En este sentido también ZAGREBELSKY, que considera que el positivismo es un residuo histórico, que sigue funcionando sólo por la propia inercia de las grandes concepciones jurídicas, pese a haber perdido su razón de ser. *El derecho...* Pág. 41.

Hay, sin embargo, quienes cuestionan estas conclusiones, apuntando que los pensadores iusnaturalistas han convertido el Derecho constitucional en una especie de laboratorio, dónde intentar explicar la incapacidad del positivismo para explicar la estructura del derecho contemporáneo⁽⁷³⁾.

Otros, sin negar el impacto del neoconstitucionalismo sobre las tesis positivistas, advierten que la crisis por la que atraviesan dichas tesis no tiene por qué conducir a una vuelta al iusnaturalismo, sino a la formulación de concepciones difícilmente reconducibles tanto al iuspositivismo como al iusnaturalismo⁽⁷⁴⁾.

Para valorar este punto, debe advertirse que este nuevo enfoque iusnaturalista no supone una vuelta a los antiguos planteamientos del derecho natural. Aunque se diga que ha sido objeto de continuas revalorizaciones, que determinan su continuo renacer, lo cierto es que también se puede hablar de una continua crisis del derecho natural⁽⁷⁵⁾.

Esta evolución supone, entre otras cosas, que el derecho natural ha ido perdiendo, a lo largo de su evolución buena parte de sus notas características, para quedar reducido a un único elemento esencial: la consideración de que existe un criterio de justicia, que permite enjuiciar la validez del derecho positivo⁽⁷⁶⁾.

Es, sin embargo, frecuente que se articule la crítica contra el derecho natural argumentando contra algunos de sus rasgos tradicionales, que ya no están en realidad presente en las tesis más actuales que pueden ser incluidas en el ámbito del derecho natural⁽⁷⁷⁾.

En la práctica, se puede distinguir dos grandes vertientes o tipos de tesis iusnaturalistas: a) tesis ontológicas, dogmáticas o radicales, que consideran que existe un orden de valores de los que se pueden derivar principios o valores materiales universalmente válidos para cualquier derecho que merezca tal nombre; b) deontológico, óntico o moderado, que no niega el carácter jurídico del derecho injusto, pero fija unos criterios desde los que se puede someter éste a crítica para sustituirlo por un derecho más justo⁽⁷⁸⁾.

A esto se añade que las primeras tesis, esto es, las radicales, entienden que existe una integración absoluta de derecho, moral y política. Mientras que las segundas, moderadas, consideran que esa integración es sólo relativa, esto es, que en algunos aspectos se produce esa integración de estos tres elementos, pero que en otros no⁽⁷⁹⁾.

73 BELLOSO MARTÍN, N.: "Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo", en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Pág. 797.

74 RODILLA, M. Á.: *Teoría del derecho*. Ratio Legis. Salamanca, 2013. Pág. 400.

75 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 170

76 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 12.

77 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 12.

78 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Págs. 33-34.

79 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Págs. 34-35.

En el momento actual suele encontrar más fácilmente acomodo el segundo tipo de tesis⁽⁸⁰⁾.

A esto se debe añadir que las tesis positivistas han sufrido una evolución bastante similar. De tal modo que, aunque siguen existiendo tesis positivistas que podríamos calificar de estrictas, tras la crisis del iuspositivismo que tiene lugar tras las guerras mundiales, se evoluciona hacia un positivismo de corte más moderado, que tiende a tratar de compatibilizar las tesis del positivismo con algunos aspectos defendidos por el iusnaturalismo, tratando así de superar las críticas a las que se había visto sometido el positivismo.

En este sentido, parece evidente que este positivismo moderado encuentra su máximo representante en HART⁽⁸¹⁾. El autor inglés asume la tarea de dar respuesta al neoconstitucionalismo desde el positivismo, siendo seguido con posterioridad por gran parte de la doctrina positivista⁽⁸²⁾.

Esta última gran versión del positivismo jurídico encontrará fuerte crítica en la obra de DWORKIN, que ha sido considerado como el más importante filósofo antipositivista de las últimas décadas del siglo XX⁽⁸³⁾.

Se ha generado un enorme debate en la doctrina acerca de si su obra debe caracterizarse como iusnaturalista o no puede recibir dicha etiqueta⁽⁸⁴⁾. Como ocurre muchas veces en los debates jurídicos, la discusión de esta cuestión se ha radicalizado. De tal modo que los diferentes sectores doctrinales, y muchas veces los diferentes autores, tratan de resolver la cuestión perdiendo de vista la cuestión global y poniendo el acento en aquellos puntos que pueden contribuir a fundamentar su decisión.

En este debate DWORKIN ha recibido todas las clasificaciones posibles. Lo cual es valorado, además, de manera distinta según las preferencias de cada autor. Lo mismo se pueden encontrar críticas por su clara impronta iusnaturalistas⁽⁸⁵⁾, como que se le achaca que su compromiso con el iusnaturalismo no sea lo suficientemente claro⁽⁸⁶⁾.

80 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 34.

81 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 41.

82 ESCUDERO ALDAY: *De la constitucionalización a la...* Pág. 400.

83 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 326.

84 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 36. LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 329.

85 Así, hay autores que consideran de manera crítica que la obra de DWORKIN supone una vuelta a las viejas fórmulas del derecho natural, a través de las cuales se produce una involución hacia formas legales pre-modernas. ATRIA: *La ironía del...* Pág. 83.

86 Así, hay quien valor críticamente que la adscripción de DWORKIN a tesis intermedias conduce a la ambigüedad y la indefinición, en claro deseo de una mayor adscripción de su obra a los postulados iusnaturalistas. LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 327.

En definitiva, podemos encontrar posturas que van desde la consideración de que se trata de un pensador en esencia iusnaturalista⁽⁸⁷⁾; a la negación de que se pueda considera a DWORKIN y a sus seguidores partidarios de un renacido derecho natural⁽⁸⁸⁾; pasando, por supuesto, por la valoración intermedia que matiza que la obra de DWORKIN puede ser situada en el ámbito del derecho natural, pero sólo como una tesis iusnaturalista relativa⁽⁸⁹⁾.

A nosotros nos parece que, en este debate, sin embargo, las cosas están bastante claras, siempre que no se quiera enfangar la discusión llevándola a posiciones bizantinas. DWORKIN es un pensador de clara tendencia antipositivista y, por tanto, de clara impronta iusnaturalista.

Otra cosa es que se quiera utilizar esta calificación para descalificar su obra y dar a entender que es un pensador enraizado en las viejas fórmulas iusnaturalistas, hoy claramente superadas. Eso, evidentemente, DWORKIN no lo es. Más bien lo contrario, nos parece un pensador plenamente consecuente con las condiciones de su época. Uno de los grandes méritos de DWORKIN es precisamente haber liberado las tesis iusnaturalistas de elementos contingentes, ligados a elementos históricos propios de épocas pretéritas, para elaborar una construcción moderna que responde plenamente a las necesidades de nuestro tiempo.

En cierto modo DWORKIN ejemplifica la evolución del iusnaturalismo, que ha transitado hacia fórmulas más moderadas, filtrando elementos incompatibles con la realidad actual. En nuestra opinión, sus tesis constituyen la explicación más perfecta de los cambios e inquietudes que el constitucionalismo de postguerra ha traído consigo.

Tas la crítica de DWORKIN a la obra de HART, el positivismo se divide en: a) un positivismo suave o blando o incluyente; b) un positivismo duro o excluyente⁽⁹⁰⁾.

Este positivismo suave o incluyente constituye un positivismo de corte minimalista, que viene caracterizado por el abandono de gran parte de los elementos integrantes de dicha doctrina, para replegarse a algunos aspectos esenciales⁽⁹¹⁾.

87 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 328.

88 CALSAMIGLIA, A.: "Ensayo sobre Dworkin", prólogo al libro Dworkin, R.: *Los derechos en serio*. Ariel Derecho. Octubre de 2012. Págs. 11-12.

89 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 35.

90 ATRIA: *La ironía del...* Pág. 84. ESCUDERO ALDAY: *De la constitucionalización a la...* Págs. 400-401.

91 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 322-323.

Si bien una parte de la doctrina crítica que estos pensadores partidarios de un positivismo suave, al enfrentarse a las tesis de DWORKIN, se han acercado demasiado a los postulados de este autor, por lo que no pueden seguir siendo calificados como positivistas⁽⁹²⁾.

Al igual que veíamos que ocurría con el iusnaturalismo, las críticas que se vierten contra el positivismo jurídico ignoran la variedad y heterogeneidad de las tesis positivistas, lo que determina que muchas de esas críticas sean aplicables en realidad tan sólo a determinadas formas de positivismo⁽⁹³⁾.

Valoramos favorablemente esta tendencia de iusnaturalistas y positivistas a despojarse de posiciones extremas, para buscar puntos de acuerdo. Lejos de ser “traiciones ideológicas”, son un rasgo de coherencia intelectual, de la búsqueda de un diálogo científico, que implica no sólo defender las posiciones propias, sino también escuchar las ajenas para tratar de encontrar ese escurridizo bien que es la verdad.

Como señala BOBBIO, en “calidad de científicos tenemos continuamente la tentación de defender algunas exigencias del positivismo, con el mismo empeño y la misma coherencia (aunque pueda parecer lo contrario) con las que defendemos las razones últimas del iusnaturalismo en cuanto que hombres libres. Existe, por tanto, un límite entre positivismo y iusnaturalismo que parte en dos nuestra persona y en virtud del cual se termina siendo positivista o iusnaturalista, no tanto según los tiempos o las circunstancias, sino simplemente según el papel que desempeñamos en la sociedad”⁽⁹⁴⁾.

El derecho de nuestros días, con todo lo bueno que hay en él, es fruto de ese debate constructivo. Nuestros sistemas jurídicos son tan deudores de Kelsen o HART, como de DWORKIN, por citar sólo unos nombres paradigmáticos.

La importancia de volver a estudiar sus posiciones, como la de tantos otros que han contribuido a lo largo del tiempo al estudio del derecho, es una tarea irrenunciable en un momento en que parece que nos situamos ante los albores de una nueva era. En ellos están gran parte de las claves que nos pueden llevar a construir un derecho capaz de dar respuesta a las necesidades de nuestro tiempo.

92 ESCUDERO ALDAY, R.: “Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Págs. 303-304. CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 322.

93 ANSUÁTEGUI ROIG: *Estado de derecho, crisis...* Págs. 266-267.

94 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 26.

2.3. IDENTIFICACIÓN DE LO JURÍDICO Y APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO

2.3.1. Posición del positivismo jurídico

El positivismo parte de la idea de que sólo podemos identificar lo que es derecho comprobando que concurren determinados hechos externos que pueden ser objeto de verificación a través de los sentidos⁽⁹⁵⁾.

Esos hechos externos son, necesariamente, una acción humana que instaura determinadas reglas como derecho⁽⁹⁶⁾, ya sea de manera intencional o accidental⁽⁹⁷⁾.

Esa acción humana se produce en todo caso en el marco de una organización colectiva, pues derecho es aquello que los miembros de un grupo social consideran como tal a través de determinadas vías⁽⁹⁸⁾. El derecho es, así, una realidad convencional⁽⁹⁹⁾.

Los concretos procedimientos a través de los cuales se va a producir este efecto van a variar dependiendo de lo que cada comunidad política establezca. Si bien, dichos procedimientos suelen materializarse en unas de estas tres formas típicas de manifestarse el derecho: a) como un mandato del legislador u otra autoridad con competencia de dictar normas; b) como una costumbre; c) como consecuencia de la toma de una resolución por un juez o autoridad administrativa al resolver un conflicto jurídico⁽¹⁰⁰⁾. Estas formas típicas son lo que se denomina habitualmente en el ámbito jurídico como fuentes del derecho (si bien, como es sabido, la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho es una cuestión muy discutida doctrinalmente).

En la actualidad, en nuestras sociedades, el modo preponderante de manifestarse el derecho es mediante su imposición por una autoridad pública que tiene dicha facultad⁽¹⁰¹⁾, adoptando la forma de una manifestación de voluntad de esa autoridad⁽¹⁰²⁾.

Todo lo dicho supone que, para los positivistas, lo que va a convertir determinadas reglas de conducta en derecho no es el contenido de esas normas, sino el que se hayan establecido como tales por una Comunidad social siguiendo

95 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 105-106.

96 GREEN, L.: "Introduction", al libro de Hart, H.: *The concept of Law*. Oxford University Press. Tercera edición, 2012. Págs. XVIII-XIX. ATRIA: *La ironía del...* Pág.110.

97 GREEN: *Introduction*. Pág. XVIII-XIX.

98 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 324.

99 ESCUDERO ALDAY: *Ronald Dworkin y el...* Págs. 306-307. BAYÓN: *El contenido mínimo del...* Pág. 37.

100 GREEN: *Introduction*. Págs. XVIII-XIX. BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental del...* Pág. 268.

101 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 83. ATRIA: *La ironía del...* Pág. 102.

102 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental del...* Pág. 268.

determinadas formas o procedimientos que producen ese efecto, esto es, que lo sean según el sistema de fuentes⁽¹⁰³⁾. Esto supone, en palabras de DWORKIN, que, para los positivistas, el derecho deriva de su pedigrí u origen⁽¹⁰⁴⁾.

De tal manera, que la comprobación de la validez de las normas jurídicas no se lleva a cabo mediante un control de su contenido, sino a través de la verificación de que se cumplen esos procedimientos y requisitos formales que exige el sistema de fuentes.

Más concretamente, es indiferente para determinar la existencia del derecho y comprobar su validez, su conformidad con cualesquiera valores o principios, éticos, morales o finalistas⁽¹⁰⁵⁾.

Lo que conlleva, a su vez, que el derecho lo es cuándo cumple los requisitos de validez que establece el ordenamiento jurídico positivo, sin que se pueda eliminar del ámbito de lo jurídico una manifestación normativa que cumple los requisitos anteriores, en base a no cumplir cualesquiera requisitos de moralidad o justicia⁽¹⁰⁶⁾.

Esto no implica que los positivistas consideren que no puedan estar presentes en las normas jurídicas elementos éticos y valorativos, pero si significa que ese eventual elemento moral no los convierte en parte del derecho positivo, dotándolos de validez jurídica. Este efecto se deriva sólo de su integración en el ordenamiento jurídico a través de los procedimientos objetivos y verificables del sistema de fuentes⁽¹⁰⁷⁾.

No hay, por ello, un ámbito material que pueda ser considerado como específicamente jurídico. El carácter de jurídico a una realidad concreta no lo otorga sus características intrínsecas, sino el que se haya convertido en tal por los procedimientos formales propios del derecho positivo⁽¹⁰⁸⁾.

De tal modo que, el ámbito de lo jurídico y, con ello, el ámbito material objeto de estudio por la ciencia del derecho viene fijado por aspectos puramente formales. Lo que dejar fuera no sólo cualquier consideración ética, moral o política, sino también las circunstancias sociales que puedan acompañar al derecho⁽¹⁰⁹⁾.

103 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 83. ATRIA: *La ironía del...* Pág. 102.

104 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 65.

105 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 105-106.

106 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 66.

107 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 119-120. FERRAJOLI: *Prólogo*. Pág. 15. KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 83.

108 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 126. KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 83.

109 ROSS: *Sobre el derecho y...* Págs. 2-3.

Nótese que esto supone que, desde una posición puramente positivista, se considera que las reglas en que se traduce el derecho positivo pueden aplicarse sin tener en cuenta las razones subyacentes en las que se fundamentan⁽¹¹⁰⁾.

Esto no quiere decir que los contenidos de las normas sean indiferentes para el derecho y para los agentes jurídicos, pero sí lo son para la ciencia del derecho propiamente tal y para la delimitación del ámbito de lo jurídico. La determinación del contenido de las normas es una cuestión que corresponde al ámbito de la política, no a la ciencia del derecho. Será, por tanto, lo que decidan las autoridades públicas encargadas de su regulación a través de los procedimientos legalmente establecidos del sistema de fuentes. Mientras se cumplan esos procedimientos, la decisión será considerada para un positivista derecho válido, sea cual sea el contenido. De este modo, los contenidos del derecho son una materia de política legislativa, no de ciencia del derecho.

Paradigmático en este sentido es la célebre Teoría pura del derecho propugnada por KELSEN, que defendía la necesidad de depurar el derecho de toda ideología política y de todo elemento producto de las Ciencias de la Naturaleza⁽¹¹¹⁾.

Esta posición del positivismo no deja de vincularse a aspectos del régimen político. La consideración de la estructura política como algo no derivado de realidades transcendentales (Dios, la naturaleza, etc.), sino como algo artificial de lo que se dota una sociedad para regirse conforme a sus propios criterios, conlleva también la consideración del derecho como algo igualmente artificial, que es fruto de la acción del soberano⁽¹¹²⁾.

Partiendo de que el contenido del derecho no es relevante para determinar la validez del derecho, se hace evidente que no se puede enjuiciar la legitimidad de su contenido⁽¹¹³⁾.

De tal modo que, desde el positivismo más riguroso, sus planteamientos serían válidos para cualquier forma de derecho, con independencia de su orientación y calidad, esto es, ya proceda de una democracia o una dictadura, ya sea considerado como justo o injusto⁽¹¹⁴⁾.

110 RODENAS: *El positivismo jurídico...* Pág. 449.

111 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 35.

112 ATRIA: *La ironía del...* Págs. 101-102.

113 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 319.

114 ESCUDERO ALDAY: *De la constitucionalización a la...* Pág. 397.

Característica en este sentido es una vez más la Teoría pura del derecho kelseniana, que sólo pretende, según su creador, definir el derecho cómo es, sin calificarlo de justo o injusto. Siendo, por tanto, considera, una teoría realista del derecho, que no se pregunta por el derecho correcto⁽¹¹⁵⁾.

El pensamiento de KELSEN parte de la consideración de que cualquier tesis que defiende la Justicia como elemento, se sitúa más allá del derecho positivo y se fundamenta sobre elementos coyunturales y contingentes⁽¹¹⁶⁾. De tal modo que no cabe establecer normas de conductas que no sean relativas al estar basadas en juicios de valor subjetivos⁽¹¹⁷⁾.

Para KELSEN la idea de justicia no es más que una ilusión del hombre, en cuanto que no es empíricamente verificable. De tal modo, que no existe más justicia real que la que se deriva de la obediencia a las normas del derecho positivo⁽¹¹⁸⁾.

En particular, el positivismo no admite la existencia de un derecho superior (derecho natural) que sea superior al derecho positivo, que sirva a este último de justificación y pueda ser utilizado como base para enjuiciar la validez de las normas positivas⁽¹¹⁹⁾.

La negación de que el derecho natural sea derecho no debe ser entendida en sentido radical, no supone negar absolutamente su carácter jurídico, solo niega que puede ser considerado derecho en el mismo sentido que lo es el derecho positivo. El criterio diferencial reside en que, a diferencia de éste, el derecho natural carece de un sistema organizado que le haga prevalecer de manera coactiva⁽¹²⁰⁾. Lo que viene a situarlo más bien en el ámbito de la ideología o de lo moral que en lo propiamente jurídico.

Por otra parte, el positivismo considera que no es relevante para la determinación de lo que es derecho cualquier elemento derivado de la observación de la naturaleza.

Es la llamada “falacia naturalista”, que parte de la consideración de que no puede derivarse desde enunciados descriptivos conclusiones prescriptivas⁽¹²¹⁾.

115 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 51.

116 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 41.

117 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 41.

118 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 41.

119 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 66.

120 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 156-157.

121 CASTILLO VEGAS, J. L.: “La falacia naturalista en la crítica de Hans Kelsen al iusnaturalismo”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Pág. 75. SENDÍN MATEOS, J. A.: “La doctrina del derecho natural como doctrina dualista: la visión de Hans Kelsen”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Pág. 159. VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Pág. 129.

Desde el positivismo se señala que la observación de la naturaleza puede permitir hacer juicios sobre la adecuación de los medios para conseguir los fines, pero no indica la bondad del fin, a lo que se sólo se puede llegar mediante un juicio de valor⁽¹²²⁾.

De lo que se deriva que el juicio de que algo es natural es un juicio de hecho, del que no se puede llegar a la deducción de que algo por ser natural es, además, justo y adecuado, para lo cual se requiere la realización de un juicio de valor⁽¹²³⁾.

No existe, en definitiva, ningún criterio que justifique que lo natural es bueno y deseable⁽¹²⁴⁾.

Esta posición es en parte fruto de la evolución de los tiempos. Si el iusnaturalismo partía de la consideración de lo natural como bueno, lo que llevaba a que la conducta humana debería intentar pautarse a lo que es pretendidamente natural, con posterioridad se tiende a subrayar la artificialidad de lo humano, que se separa de la naturaleza en uso de su racionalidad⁽¹²⁵⁾.

Este factor haría inviable, en opinión de los positivistas, llegar a una ética objetiva, dado que la moral es siempre un juicio sobre el deber ser, al que no se puede llegar sobre la base de datos empíricos o metafísicos⁽¹²⁶⁾.

Supone, igualmente, que, en opinión de los positivistas, el derecho no puede encontrar su fundamento en la naturaleza, pues la validez de una norma puede estar fundada en otra norma, pero no en un elemento fáctico⁽¹²⁷⁾.

De tal modo que no puede buscarse el fundamento del ordenamiento jurídico en una norma fundamental material, de la que se derive la obediencia al ordenamiento jurídico⁽¹²⁸⁾.

Esto supone que el positivismo jurídico hace depender la validez del derecho de criterios jurídicos, que deben venir definidos por el propio derecho⁽¹²⁹⁾, encontrando su legitimidad en el propio ordenamiento jurídico⁽¹³⁰⁾.

122 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 205-206.

123 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 163-165.

124 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 176-177.

125 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 165-167.

126 CASTILLO VEGAS, J. L.: *La falacia naturalista en...* Pág. 76.

127 CASTILLO VEGAS, J. L.: *La falacia naturalista en...* Pág. 77.

128 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 126-127.

129 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 324.

130 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental del...* Pág. 268.

Desde estos postulados del positivismo, el ordenamiento jurídico se configura como una estructura jerárquica en la que las normas superiores regulan la creación de las normas inferiores y dan legitimidad a éstas⁽¹³¹⁾.

Así lo estableció KELSEN, defendiendo que el fundamento de validez de una norma sólo puede serlo otra norma⁽¹³²⁾.

El problema es que esa cadena de legitimidad, en que cada nivel normativo está legitimado por las normas superiores, encuentra su final en la norma superior del sistema, que no puede estar legitimada por una norma superior, porque simplemente no existe.

Se hace necesario, entonces, buscar otro tipo de legitimación para esa norma última del sistema. Dado que esa validez no se puede derivar de fundamento material alguno, se busca esa fundamentación última del ordenamiento jurídico en una norma fundamental que de validez al resto de las normas y las identifique como normas de ese ordenamiento jurídico⁽¹³³⁾.

Teniendo en cuenta que las normas jurídicas no se pueden deducir de la norma fundamental, sino que requieren para su generación de un acto de voluntad de la autoridad capacitada para dictar el derecho⁽¹³⁴⁾.

Para KELSEN esa norma fundamental es una norma presupuesta que da fundamento a todo el ordenamiento jurídico⁽¹³⁵⁾. Dicha norma fundamental encuentra la justificación de su validez, en que permite la creación del derecho, al que se adecúa con carácter general, y sin perjuicio de un cierto margen de incumplimiento, la conducta de los ciudadanos⁽¹³⁶⁾.

En su última etapa, KELSEN, defiende la consideración de esa norma fundamental no como una norma presupuesta, sino ficticia, pues no existe realmente como tal norma que haya sido creado por un acto de voluntad real. No es una hipótesis, sino una ficción, porque hay consciencia de esa falta de correspondencia con la realidad⁽¹³⁷⁾.

131 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 90.

132 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 40.

133 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 82.

134 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 84.

135 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 85.

136 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Págs. 86-87.

137 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 40.

Estas tesis ofrecen una fundamentación exclusivamente formal del ordenamiento jurídico⁽¹³⁸⁾. Se ha criticado la insuficiencia de este tipo de construcciones, en cuanto fracasan al dar una fundamentación última al sistema jurídico, pues se construye sobre un elemento, la norma fundamental, que queda sin fundamentar⁽¹³⁹⁾.

Desde las posiciones positivistas se ha intentado sortear esta dificultad, desde la consideración de que el derecho no puede fundarse sobre un elemento material, sino sobre el hecho históricamente verificable de que los ciudadanos cumplen las normas⁽¹⁴⁰⁾.

Este tipo de argumentaciones han sido, sin embargo, también cuestionadas, en cuanto se señala que, al estar apoyando la validez de la norma fundamental, que da su validez a todo el ordenamiento jurídico, en la mera eficacia del ordenamiento jurídico⁽¹⁴¹⁾, se está erigiendo su validez sobre un elemento metajurídico, el comportamiento social, que es un hecho político o sociológico⁽¹⁴²⁾. De este modo, se señala, KELSEN fundamenta el ordenamiento jurídico sobre una norma fundamental, que ni siquiera constituye en sentido estricto una norma jurídica⁽¹⁴³⁾.

La otra gran construcción doctrinal del positivismo para lograr una legitimación formal del ordenamiento jurídico es creación de HART.

Para HART una norma es obligatoria no sólo porque alguien amenaza con imponer una sanción en caso de su no cumplimiento, sino porque ese alguien tiene autoridad y esa autoridad sólo la puede proporcionar una norma que ya es obligatoria⁽¹⁴⁴⁾.

Para entender la tesis de HART hay que partir de su distinción entre dos tipos de normas:

- a) Normas primarias, son aquellas que proscriben que los seres humanos hagan u omitan determinadas acciones. Son normas que, en consecuencia, imponen deberes.
- b) Normas secundarias, que tienen un carácter instrumental respecto a las anteriores. Establecen como se puede introducir, modificar o extinguir normas primarias. Son normas que confieren potestades, públicas o privadas⁽¹⁴⁵⁾.

138 DÍEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y...* Pág. 198.

139 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental del...* Pág. 266.

140 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 126-127.

141 ROSS: *Sobre el derecho y...* Págs. 68-69.

142 CASTILLO VEGAS, J. L.: *La falacia naturalista en...* Pág. 89. LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 193.

143 DOMÍNGO PÉREZ: *Neoconstitucionalismo, positivismo y...* Pág. 360.

144 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 69.

145 HART, H.L. A.: *El concepto de derecho*. Traducción de G. R. Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1990. Págs. 100-101

Las normas secundarias especifican la manera en la que las reglas primarias pueden ser verificadas, introducidas, eliminadas, modificadas y su violación determinada de manera incontrovertible⁽¹⁴⁶⁾.

Dentro de las normas secundarias distingue: a) una “regla de reconocimiento”, que sería la norma que especifica las características o criterios que debe poseer una regla para ser identificada de manera indiscutible como regla de un determinado sistema jurídico; b) una “regla de recambio”, que sería la norma secundaria que permite introducir nuevas normas primarias y dejar sin efecto las anteriores; c) “reglas de adjudicación”, que son las normas secundarias que permiten determinar, revestidas de autoridad, si se ha transgredido una regla primaria en un caso concreto⁽¹⁴⁷⁾.

Un sistema jurídico se estructuraría en torno a estas reglas, debiéndose destacar especialmente la denominada norma de reconocimiento, que es la que va a permitir legitimar y fundamentar el derecho de una comunidad.

En la construcción de HART las normas vienen legitimadas porque pueden ser calificadas como validas al cumplir los criterios que se fijan en la “regla de reconocimiento”. Esto es posible respecto a todas las normas del sistema, mediante el cumplimiento de los criterios que se establecen en las normas superiores, excepto para la norma última del sistema que, en cuanto no está subordinada a ninguna norma, carece de la posibilidad de esa legitimación formal.

Nótese que estas normas distintas de la última encuentran esa legitimación a través de un enunciado interno del sistema jurídico, esto es, el propio ordenamiento jurídico les otorga esa legitimación.

La norma última, que es la norma de reconocimiento, al carecer, como acabamos de ver, de la imposibilidad de legitimarse internamente, tiene que venir legitimada mediante un enunciado externo, que no es un juicio formal, sino factico. El juicio que podría realizar un observador externo y que se limitaría a verificar empíricamente que ese sistema jurídico de hecho funciona, que es eficaz⁽¹⁴⁸⁾.

En palabras de HART, la afirmación de que la norma de reconocimiento “existe solo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido <<existir>> aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”⁽¹⁴⁹⁾.

146 HART: *El concepto de...* Pág. 117.

147 HART: *El concepto de...* Págs. 117-120.

148 HART: *El concepto de...* Págs. 132-137.

149 HART: *El concepto de...* Pág. 137.

En tal sentido, los elementos que deben concurrir para que se pueda considerar que esa regla de reconocimiento de hecho existe y, por tanto, para que se den las condiciones necesarias y suficientes para que exista sistema jurídico serían dos: a) que las normas válidas según la norma de reconocimiento sean generalmente obedecidas; b) que los criterios que fijan la regla de reconocimiento, la regla de recambio y la regla de adjudicación sean aceptados por los funcionarios como pautas de conducta oficial⁽¹⁵⁰⁾.

Esto supone que en la construcción de HART la regla de reconocimiento, no es, como la norma fundamental de KELSEN, ni una norma presupuesta ni una norma ficticia⁽¹⁵¹⁾, sino que se legitima a través de un conjunto de hechos sociales, esto es, acuerdos de los miembros de esa comunidad, que se pueden identificar al margen de las normas y de cualquier juicio de valor⁽¹⁵²⁾.

Esta argumentación no ha salvado a HART de recibir el mismo tipo de críticas que las que sirvieron de base para cuestionar la teoría de la norma fundamental de KELSEN, esto es, que, en última instancia, acaba fundamentando el ordenamiento jurídico en su vigencia efectiva⁽¹⁵³⁾.

Esto supone una quiebra de la coherencia de sus presupuestos positivistas, pues, al fin y al cabo, legitima el ordenamiento jurídico sobre una cuestión de hecho, su eficacia, derivada de su cumplimiento por los ciudadanos y por las autoridades encargadas de su aplicación. Lo que constituye un hecho sociológico, de carácter claramente extrajurídico.

El fracaso de estas tesis demuestra, en nuestra opinión, la imposibilidad de tratar de dar una legitimación adecuada al ordenamiento jurídico en base a criterios puramente formales, sin el recurso a criterios materiales de carácter extrajurídico, eso es, a criterios morales.

Como ha señalado ATIENZA, “de la misma manera que el barón de Münchhausen no podía salir del cenagal tirándose de sus propios pelos, el jurista no puede resolver ningún problema sirviéndose sólo del derecho positivo, esto es, sin recurrir a juicios de valor, a juicios sobre lo justo y lo injusto que, por tanto, trascienden el derecho positivo⁽¹⁵⁴⁾”.

Esto pone de manifiesto la imposibilidad de una legitimación del ordenamiento jurídico y el derecho desde una Constitución meramente formal⁽¹⁵⁵⁾.

150 HART: *El concepto de...* Pág. 145.

151 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 42.

152 RODENAS: *El positivismo jurídico...* Pág. 449.

153 DOMÍNGO PÉREZ: *Neoconstitucionalismo, positivismo y...* Págs. 359-360.

154 ATIENZA, M.: *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Ariel. Barcelona, 1993. Pág. X.

155 DíEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y...* Pág. 199.

Se ha postulado, por ello, que la legitimidad democrática no es suficiente para dotar de legitimidad a la Constitución y el ordenamiento jurídico, que requieren también una fundamentación en elementos materiales de justicia. De tal modo que sólo se puede considerar que una Constitución está correctamente fundamentada cuando establece un sistema que garantiza la protección de los derechos humanos, en cuanto éstos constituyen una exigencia de justicia, sin la que no es posible una coexistencia humana digna. De lo que se deriva, en consecuencia, que una Constitución, por mayor que sea la mayoría que la sustente, si no respetase los derechos humanos, debería carecer de obligatoriedad jurídica⁽¹⁵⁶⁾.

Compartimos plenamente esta orientación. La legitimación del ordenamiento jurídico y del derecho no puede ser un mero artificio formal.

En primer lugar, porque el derecho no se legitima en sí mismo. Ello es así porque no tiene peso real la idea de que todo derecho por el mero hecho de su existencia sea beneficioso, ya que una sociedad regida por el derecho, aunque éste sea injusto, es mejor que la anarquía derivada del vacío normativo. Una idea como está es irrelevante en la actualidad. Si pudo ser cierta alguna vez, no lo puede ser ahora, en el que vivimos en realidades que de hecho están regidas por normas y ese problema no existe.

En segundo lugar, si el derecho no puede justificarse en sí mismo es porque es una realidad instrumental al servicio de determinados fines.

A partir de aquí sólo quedan dos posibilidades, o es un instrumento al servicio del cumplimiento de determinados valores materiales, de unos principios o valores éticos superiores, lo que lo convierte en un elemento que encauza el poder a esas finalidades. De tal modo que ese poder no es una fuerza ciega, en manos de circunstancias y equilibrios coyunturales.

O es un simple instrumento en manos del poder. Ese poder se podrá comportar luego de manera legítima o injusta, pero estaríamos a su merced. Este riesgo no se elimina mediante la mera instauración de un sistema político mayoritario, que dejaría los derechos en manos de una mayoría coyuntural, que no siempre ha actuado de manera legítima. La Historia ha dado claras muestras de este hecho.

Una correcta articulación de lo jurídico requiere que el ordenamiento jurídico venga orientado por unos valores superiores que, como más tarde comprobaremos, no van dirigidos a instaurar una concreta manera de concebir la vida y la sociedad, sino que tratan de permitir que los ciudadanos, y los grupos

156 DOMÍNGO PÉREZ: *Neoconstitucionalismo, positivismo y...* Págs. 375-376.

en los que éstos se integran, tengan una posibilidad efectiva de decidir, y llevar a la práctica, como quieren vivir su vida, siempre que no violenten el derecho de los demás. Esos valores son obviamente los derechos fundamentales y los principios democráticos.

Esto no supone, evidentemente, articular una sociedad cerrada, en la que todo se decide por o desde esos valores. Supone establecer un marco mínimo de convivencia en el que todo ser humano se pueda desarrollar conforme a la dignidad que le es propia. Dejando el resto a un sistema político en el que, desde el respeto a esos valores mínimos, se tomen las decisiones conforme a lo que la mayoría decida.

De aquí no se deriva, en consecuencia, que una Constitución pueda encontrar fundamento únicamente en la existencia y respeto a esos contenidos materiales, pues es también esencial a la misma su aprobación por un poder constituyente⁽¹⁵⁷⁾. Sin ello se estarían violentando los propios valores que le sirven de fundamento, que requieren que las decisiones políticas se lleven a cabo dentro del respeto a las reglas del juego democrático.

La certeza de esta posición ha sido probada, en nuestra opinión, por la propia evolución histórica que, como veremos, ha llevado en el proceso de constitucionalización que se consagra tras las dos guerras mundiales a la aprobación de constituciones que acogen en su seno valores y principios de carácter material, que dan esa justificación última a lo jurídico.

Las nuevas constituciones que se dictan en este momento contienen una dimensión valorativa, que dota de sentido a las formas de acción política creadas por ella misma⁽¹⁵⁸⁾. Dimensión axiológica que se concreta en contenidos materiales vinculados a la dignidad humana y los derechos humanos, que ofrecen un fundamento más sólido a la obediencia del derecho, en cuanto dotan a éste de una base material, y vinculan el ordenamiento jurídico a la realidad⁽¹⁵⁹⁾.

Volviendo a los postulados del positivismo, se debe tener en cuenta que su manera de entender el derecho comporta también importantes consecuencias en el plano científico, pues negado el carácter de auténtico derecho al derecho natural y reducido lo estrictamente jurídico al derecho positivo, la ciencia del derecho pasa a tener como exclusivo objeto de estudio el derecho positivo⁽¹⁶⁰⁾.

157 DOMÍNGO PÉREZ: *Neoconstitucionalismo, positivismo y...* Pág. 376.

158 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 399.

159 DOMÍNGO PÉREZ: *Neoconstitucionalismo, positivismo y...* Págs. 361-362.

160 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 105-106.

Cerrar el objeto del estudio del derecho al derecho positivo, se señala desde el positivismo, es necesario para situar la ciencia jurídica sobre bases sólidas. Tomar la posición contraria supone perpetuar la confusión entre el momento de la investigación y el de la crítica ética-política⁽¹⁶¹⁾.

Desde una perspectiva positivista la ciencia del derecho, para ser una ciencia exacta y objetiva, debe limitarse a estudiar la estructura y aspectos formales del ordenamiento jurídico positivo, debiéndose olvidar de la configuración material del derecho⁽¹⁶²⁾. De tal modo, que la ciencia del derecho estudia cómo es y cómo se forma el derecho, no cómo debe ser o cómo debe formarse⁽¹⁶³⁾.

La postura contraria, consideran, no es más que el fruto de la arrogancia de los juristas que se creen que, por tener conocimientos jurídicos, tienen mayor capacidad que otros para determinar cómo debe estar redactado materialmente el derecho⁽¹⁶⁴⁾.

No estamos de acuerdo, creemos que el complejo de inferioridad que ha arrastrado durante años la ciencia del derecho respecto a la ciencias de la naturaleza, le ha llevado al absurdo, no sólo de intentar desligarse de una de sus tareas esenciales, la de estudiar cómo debe determinarse el contenido de lo jurídico; sino que además le ha hecho renegar de su mayor creación, de aquello que le legitima como una rama de conocimiento esencial para cualquier sociedad: la construcción de la doctrina de los derechos humanos, que es, sin duda, una de las mayores creaciones alumbradas por el hombre a lo largo de toda su historia.

2.3.2. Posición del iusnaturalismo

El punto central del que se deriva la posición del iusnaturalismo respecto a la determinación de lo que es derecho y el modo en que se debe realizar su estudio reside en la consideración de que lo jurídico no se reduce al derecho positivo, sino que, junto al él existe un derecho superior y distinto, que denomina derecho natural.

Esta tesis supone, en primer lugar, que, frente a lo que consideraban los positivistas, el orden jurídico no depende sólo de la autoridad política, sino que depende también de la naturaleza de las cosas o del ser humano⁽¹⁶⁵⁾.

161 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 121.

162 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 35.

163 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 41. PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 37.

164 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 37.

165 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 133.

De tal modo que para el iusnaturalista el derecho no es fruto de un acto de voluntad, sino de la razón⁽¹⁶⁶⁾ y no puede ser entendido si se prescinde de la moralidad y la racionalidad⁽¹⁶⁷⁾.

Lo que supone que lo jurídico no puede quedar reducido a una estructura formalista, que se agota en las normas jurídicas, sino que requiere también de un conjunto de valores, que lo legitiman y a cuya realización va dirigido⁽¹⁶⁸⁾.

El derecho se sustenta, así, sobre dos tipos de razones, razones autoritativas y valores jurídicos, lo que hace necesario recurrir a juicios de valor en ocasiones para identificar el derecho⁽¹⁶⁹⁾.

Nótese que, a diferencia del positivismo, el iusnaturalismo legitima y fundamenta el derecho en un elemento externo al ordenamiento jurídico⁽¹⁷⁰⁾.

Las posturas acerca de dónde procede y dónde debe buscarse ese derecho natural son muy heterogéneas y variadas, hasta el punto que no tiene sentido un intento de catalogación, que sería siempre necesariamente incompleto.

A título meramente ejemplificativo, se pueden citar algunas posiciones, que dan prueba de esta diversidad.

El planteamiento iusnaturalista por antonomasia encuentra ese fundamento en la condición humana. Así, por ejemplo, BRUFAU señala que el derecho natural tiene su objetivo último “en el perfeccionamiento del hombre como persona humana que, siendo racional y libre, ha de vivir en un contexto humano social ordenado según criterios de justicia”. Esa vida humana en sociedad con los demás hombres conlleva unas exigencias normativas esenciales, que es el terreno propio del derecho natural. Teniendo en cuenta, clarifica, que cuando se habla de naturaleza humana no se refiere a las características propias de cada hombre singular, sino a “la estructura esencial común a todo ser humano”⁽¹⁷¹⁾.

Otras perspectivas, sin embargo, buscan ese derecho natural en el conjunto de creencias de una comunidad. Por lo que ese derecho debe descubrirse a través del consenso social⁽¹⁷²⁾.

166 GREEN: *Introduction*. Pág. XVIII.

167 CASTILLO VEGAS, J.: “Los errores puros de Kelsen”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Pág. 93.

168 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 308.

169 RODENAS: *El positivismo jurídico...* Pág. 450.

170 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental del...* Pág. 268.

171 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental de...* Pág. 275.

172 DíEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y...* Págs. 205-206.

Las críticas que se dirigen en este aspecto al derecho natural son esencialmente de dos tipos: a) las que niegan su carácter de derecho; b) las que niegan su carácter de natural⁽¹⁷³⁾.

En cuanto a la primera crítica, la negación de su carácter jurídico, se debe partir de que el derecho natural comprende un conjunto de elementos de carácter material que sirven para enjuiciar la validez y corrección del derecho positivo.

El positivismo jurídico no condena propiamente esta actitud, pero no considera que ese tipo de juicios de valor estén comprendidos dentro del ámbito de la ciencia del derecho⁽¹⁷⁴⁾. En la terminología de KELSEN esta tarea no sería propia de la ciencia del derecho, sino de la “política jurídica”⁽¹⁷⁵⁾.

El elemento clave desde el que se cuestiona el pretendido carácter natural del derecho natural es su imposibilidad para llegar a soluciones unánimes, que sean generalmente compartidas⁽¹⁷⁶⁾. El derecho natural apunta ROSS, “está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural”⁽¹⁷⁷⁾. Crítica que se desdobra, a su vez, en tres aspectos diferentes.

Por un lado, se critica el pretendido carácter natural del derecho natural por el enorme desacuerdo y continuas contradicciones entre sus defensores acerca de las instituciones jurídicas que deben ser consideradas como naturales y cuáles no⁽¹⁷⁸⁾.

En segundo lugar, porque se producen también discordancia respecto a que criterio de naturalidad debe seguirse, esto es, se debe atender a la naturaleza del mundo, a la naturaleza humana, etc.⁽¹⁷⁹⁾

En tal sentido, PÉREZ LUÑO ha distinguido tres formas básicas de entender el término naturaleza por parte del derecho natural: a) como expresión de la voluntad de Dios; b) como cosmos o reglas que rigen el mundo físico, del que forma parte el ser humano; c) como razón, que permite al hombre establecer sus normas básicas de convivencia⁽¹⁸⁰⁾.

173 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 155.

174 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 135.

175 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 41.

176 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 17.

177 ROSS: *Sobre el derecho y...* Pág. 254.

178 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 160.

179 DÍEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y...* Págs. 200-201.

180 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 32.

En tercer lugar, aunque se pudiera llegar un acuerdo acerca de determinados principios o instituciones jurídicas, existirían en los diferentes autores grandes discrepancias acerca de cuáles son las implicaciones y consecuencias derivadas de éstas⁽¹⁸¹⁾.

Muy expresivas de esta posición crítica son las palabras de PASCAL, cuándo señala que no “hay apenas justicia o injusticia que con el cambio de clima no cambie de naturaleza. Tres grados de latitud destruyen toda la jurisprudencia. Un meridiano decide acerca de la verdad; después de pocos años de posesión, las leyes fundamentales cambian; el derecho tiene sus épocas. ¡Cómica justicia limitada por un río o una montaña! Lo que es verdad a este lado de los Pirineos es error del otro lado”⁽¹⁸²⁾.

En contra de estas críticas, se señala que los principios esenciales del derecho natural y sus consecuencias más directas gozan de un alto grado de certeza y que sólo son discutibles las consecuencias remotas de esos principios⁽¹⁸³⁾.

A lo que se añade la conveniencia de que existan algunos derechos y principios jurídicos que permanezcan invariables (que esté prohibido matar, robar o violar, por ejemplo), pues sólo esto da una auténtica seguridad jurídica y social⁽¹⁸⁴⁾.

A esta tesis contribuye el hecho de que los grandes problemas jurídicos de este mundo no proceden de los casos difíciles, sino de vulneraciones claras de derechos y principios evidentes⁽¹⁸⁵⁾.

En tal sentido, operan en la práctica el Derecho Internacional y las Declaraciones universales de derechos, que tratan de lograr que determinados derechos y libertades no sean transgredidos en ninguna parte del mundo⁽¹⁸⁶⁾.

En contra de este criterio, sin embargo, una parte de la doctrina señala la imposibilidad de fijar unos reglas permanentes e inmutables, pues la naturaleza de lo humano es histórica y se encuentra siempre en permanente evolución⁽¹⁸⁷⁾.

A lo que añaden que ese pretendido carácter inmutable de algunas normas jurídicas encubre en ocasiones el deseo de perpetuar un determinado régimen jurídico o social⁽¹⁸⁸⁾.

181 ESCUDERO ALDAY: *Ronald Dworkin y el...* Pág. 307.

182 PASCAL, citado por ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*. Traducción de E. Garzón Valdés del original de 1956. Coyoacán ediciones. México D. F., 2014. Pág. 30.

183 CASTILLO VEGAS, J.: *Los errores puros de...* Págs. 99-100.

184 CASTILLO VEGAS, J.: *Los errores puros de...* Pág. 102.

185 CASTILLO VEGAS, J.: *Los errores puros de...* Pág. 103.

186 CASTILLO VEGAS, J.: *Los errores puros de...* Pág. 103.

187 DÍEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y...* Pág. 202.

188 DÍEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y...* Pág. 202.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que esta negación de la existencia de normas permanentes ha sido frecuentemente defendida por pensadores alejados de posturas positivistas.

En tal sentido, hay pensadores de impronta iusnaturalistas que reclaman para el derecho natural un carácter dinámico. No se trata, consideran, de algo hecho y acabado, sino más bien de una tendencia de la propia naturaleza hacia su perfeccionamiento. De tal modo que el ser humano desde su razón natural va descubriendo en cada situación el criterio normativo que ha de guiar su acción. “El valor universal de los preceptos de derecho natural, sin mengua de la permanencia e inamovilidad de su núcleo esencial, está vinculado a su adaptación al carácter histórico del hombre y a la inserción de éste en el contexto socio-cultural en el que vive y que está animado por un dinamismo incesante”⁽¹⁸⁹⁾.

En esta línea, se ha señalado que la apelación a unos criterios o normas superiores de justicia no tiene por qué venir unido a la estabilidad de las normas. Más bien, de hecho, indican, se ha apelado a ellos frecuentemente para solicitar cambios y evolución en el derecho⁽¹⁹⁰⁾.

Estamos sólo parcialmente de acuerdo. Es cierto que el iusnaturalismo comporta, y eso es causa de su eterna persistencia, un permanente juicio sobre la corrección material del derecho. Esto determinará que siempre encontrará adeptos entre aquellos que consideran que el derecho no puede reducirse a una mera expresión de la voluntad política existente en cada momento, por más que venga revestida de los ropajes de la Democracia. De tal modo que el iusnaturalismo como ideología encuentra su mayor virtud en que se resiste a pensar que más de dos mil años de evolución jurídica no arroje ningún resultado acerca de cómo debe ser el contenido material de las normas.

Ahora bien, esto no salva y convierte en virtuosas a todas las doctrinas del derecho natural, en cuya heterogeneidad se pueden encontrar teorías de todo tipo. No todas ellas progresistas e inspiradas en la máxima vigencia de los derechos.

Se ha señalado que ese juicio que el derecho natural arroja sobre cómo debe ser el contenido del derecho puede operar en un doble sentido: a) puede manifestarse cómo una ideología de carácter conservador, que trata de dar justificación al derecho existente; b) puede presentarse cómo ideología de carácter revolucionario, que trate de cuestionar la justicia y corrección del ordenamiento jurídico positivo existente⁽¹⁹¹⁾.

189 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental de...* Págs. 275-276.

190 DÍEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y...* Págs. 202-203.

191 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Págs. 50-51. En tal sentido también ROSS, que señala que el derecho natural desde el punto de vista político puede ser conservador, evolucionista o revolucionario. Si bien este autor matiza que ha cumplido primordialmente la función conservadora de dar al poder existente un halo de validez. *Sobre el derecho y...* Pág. 256.

2.3.3. Evolución posterior

En los últimos años esta disputa se ha inclinado marcadamente del lado del iusnaturalismo, con la entrada en escena del nuevo proceso constitucional posterior a las guerras mundiales, que introduce en las constituciones elementos de carácter material, derechos fundamentales y principios, dotados de plena eficacia jurídica.

Esos elementos materiales, al ser constitucionalizados, son objeto de positivación, que se produce, además, con el más alto rango jurídico, a nivel constitucional⁽¹⁹²⁾. Haciendo inviable que se pueda explicar las democracias constitucionales sin tenerlos en cuenta⁽¹⁹³⁾.

Explicación que no le resulta nada fácil dar al positivismo, pues al ser criterios morales de justicia, cuestionan la separación entre moral y derecho⁽¹⁹⁴⁾. Lo que determina un profundo cuestionamiento de los postulados mantenidos tradicionalmente por los positivistas, que parten de la consideración de lo moral como algo ajeno al ordenamiento jurídico⁽¹⁹⁵⁾.

Ahora bien, esto nos sitúa a las puertas de uno de los elementos de discrepancia entre las dos tendencias que nos ocupan, la polémica de si el derecho está compuesto sólo de reglas o de reglas y principios. Cuestión que, por su importancia, entendemos que es preferible tratar en un apartado diferente.

2.4. DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO. ESPECIAL REFERENCIA AL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS

A la hora de examinar las diferencias entre iusnaturalismo y positivismo en torno al sistema de fuentes nos vamos a encontrar con tres grandes puntos de fricción: a) Supremacía de la Constitución o supremacía de la ley; b) Derecho de principios o derecho de reglas; c) Discrecionalidad judicial o interpretación de un derecho preexistente.

Examinaremos primero estos tres elementos de conflicto, para pasar después a examinar como todos ellos responden a una raíz común, el papel protagonista que el positivismo otorga a las autoridades públicas, frente a la consideración iusnaturalista de que el poder de éstas debe estar limitado para salvaguardar unos bienes jurídicos superiores.

192 ESCUDERO ALDAY: *De la constitucionalización a la...* Pág. 398.

193 FERRAJOLI: *Prólogo*. Pág. 13.

194 BARRANCO AVILÉS: *Los contenidos materiales de la...* Pág. 347. FERRAJOLI: *Prólogo*. Pág. 14

195 ESCUDERO ALDAY: *De la constitucionalización a la...* Págs. 399-400.

2.4.1. Supremacía de la Constitución o supremacía de la ley

El positivismo muestra su preferencia por un sistema basado en la supremacía de la ley, frente a un sistema basado en la supremacía de la Constitución.

En tal sentido, se ha venido tradicionalmente señalando que el positivismo constituye una concepción legalista del derecho, que considera como principal fuente del derecho a la ley⁽¹⁹⁶⁾.

Para entender debidamente esta diferencia debe tenerse presente que esta hostilidad a la Constitución no lo es en el aspecto formal, esto es, a la existencia en la jerarquía de fuentes de un tipo de norma, Constitución, dotada de una jerarquía superior a la de la ley.

El conflicto surge, en realidad, cuando esa Constitución se configura como una norma material, esto es, cuando deja de ser una norma que no se limita a una articulación programática de los poderes del Estado, que dejan libertad a la ley, esto es, a quien a través del proceso político asuma el poder público en cada momento para configurar libremente la sociedad; sino que incluye un conjunto de contenidos materiales, derechos fundamentales, principios y valores, que vinculan a quién ostenta el poder político en cada momento y limitan, por tanto, su capacidad de modular la sociedad.

La hostilidad del positivismo no lo es, entonces, a la existencia de un derecho constitucional superior, sino a que ese derecho constitucional esté dotado de valores y principios que limitan el poder del legislador. Nótese que esto, en definitiva, supone la introducción de unos contenidos morales, en forma de derechos fundamentales y principios y valores constitucionales, que son superiores al legislador y, con ello, a su expresión normativa: el derecho positivo.

Esto nos lleva al segundo punto de conflicto que se situaría precisamente en el papel de los principios jurídicos.

2.4.2. Derecho de principios o derecho de reglas

El positivismo es favorable a un derecho de reglas y contrario, por tanto, a un derecho de tipo principalista. La explicación última de esta posición se encuentra en la misma razón que antes señalamos, la introducción de esos principios supone condicionar, cuando no subordinar, la actividad del legislador, y con ello el derecho positivo, a criterios morales. Esto lleva, como veremos, a que los positivistas tiendan a resaltar el riesgo que puede suponer una concepción principalista del derecho⁽¹⁹⁷⁾.

196 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 81. ZAGREBELSKY: *El derecho...* Pág. 33.

197 ATIENZA, M.: "A vueltas con la ponderación", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* n.º. 44 (2000). *Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs.* Pág. 44.

El debate sobre el papel de los principios y las reglas en el derecho se ha convertido en la cuestión más discutida de los últimos años⁽¹⁹⁸⁾. Discusión que constituye una nueva expresión de las disensiones entre iusnaturalistas y positivistas⁽¹⁹⁹⁾.

Como ya adelantábamos, el núcleo de esta polémica se sustancia en el hecho de que, la entrada en escena de los principios supone la incorporación de elementos materiales con pleno valor normativo al ordenamiento jurídico.

Históricamente este hecho tiene lugar con el nuevo constitucionalismo que se instaura al finalizar las guerras mundiales, en gran medida como reacción a los excesos cometidos por los regímenes totalitarios, del que ya hablamos al analizar la evolución histórica.

A nivel doctrinal este protagonismo de los principios comienza a plantearse en los años cincuenta con la obra de ESSER y se potencia de manera definitiva con posterioridad por la obra de autores como DWORKIN y ALEXY⁽²⁰⁰⁾.

Comenzando por el aspecto histórico, ya hemos visto el conjunto de cambios que el nuevo constitucionalismo comporta. Entre ellos habíamos visto que determina la positivización, al más alto nivel, a nivel constitucional, de una serie de elementos materiales, derechos y libertades fundamentales y valores y principios constitucionales.

Con ello se evoluciona desde un derecho de reglas a un derecho de principios⁽²⁰¹⁾.

Debe tenerse en cuenta, por un lado, que esta revaloración de los principios va más allá de su tradicional consideración meramente instrumental, esto es, como elementos auxiliares para la interpretación del derecho; y como programáticos, esto es, que inspiran las nuevas soluciones normativas. Se los dota ahora de un valor normativo propio, que puede ser decisivo en los procedimientos de aplicación del derecho⁽²⁰²⁾.

Por otro lado, frente a las tesis tradicionales del positivismo jurídico, que consideraban los principios como una realidad extrajurídica, en la actualidad se les considera una traducción jurídica de los valores fundamentales que, aunque no tengan valor por sí mismos para determinar las soluciones jurídicas, son auténticas normas jurídicas⁽²⁰³⁾.

198 ZACCARIA, G.: "De nuevo sobre la interpretación y los principios jurídicos", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* nº. 44 (2000). *Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs*. Pág. 285.

199 ESCUDERO ALDAY: *De la constitucionalización a la...* Pág. 398.

200 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 285.

201 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 394. ATIENZA: *A vueltas con la...* Pág. 44. ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 285.

202 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 286.

203 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 287.

En el plano doctrinal, ocupa un lugar propio en el tratamiento de esta cuestión la obra de DWORKIN, en la que asumen una especial importancia los principios jurídicos⁽²⁰⁴⁾.

Como ya vimos, es esencial en la obra de DWORKIN la consideración de que el derecho incluye entre sus normas unos principios morales que son principios constitucionales⁽²⁰⁵⁾. DWORKIN quiebra, de este modo, el normativismo estricto defendido por el positivismo, poniendo de manifiesto la importancia que juegan los principios en el derecho⁽²⁰⁶⁾.

Esta orientación de la obra de DWORKIN hacia lo ético y lo moral ha sido saludada favorablemente por una parte de la doctrina, que ve en ella un “reencuentro feliz y fecundo” de la Teoría y Filosofía del Derecho de nuestros días con la ética y la moral⁽²⁰⁷⁾.

No se debe, sin embargo, considerar que esta orientación moral del pensamiento de DWORKIN, de clara impronta iusnaturalista, suponga una adscripción a los viejos postulados del derecho natural tradicional. Son varios los elementos que marcan su distancia con dichas tesis.

En primer lugar, DWORKIN no considera propiamente que exista un derecho natural compuesto por principios universales e inmutables, ni que exista una moral objetiva que deba ser descubierto por el hombre. Más bien considera que desde el razonamiento moral se puede crear un conjunto de principios, que dotan de sentido a las instituciones jurídicas⁽²⁰⁸⁾.

De tal modo que, a diferencia del derecho natural tradicional, que parte de una visión ideal y abstracta del derecho, DWORKIN sitúa sus tesis en la práctica jurídica⁽²⁰⁹⁾.

A lo que se añade que, para DWORKIN, el juicio moral del intérprete lo es acerca del principio o valor que identifica una práctica jurídica concreta, previamente identificada. Luego, el juez no resuelve en base a una concepción de justicia en abstracto, sino que identifica aquella concepción de la justicia que proporciona la mejor interpretación de una práctica jurídica de una comunidad⁽²¹⁰⁾.

204 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 35.

205 ATRIA: *La ironía del...* Pág. 119.

206 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 326.

207 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 326.

208 CALSAMIGLIA: *Ensayo sobre...* Págs. 11-12.

209 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 36.

210 COLOMER, J. L.: “Teoría del derecho, interpretación y punto de vista interno. Algunas observaciones sobre la tesis de Ronald Dworkin”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Págs. 287-288.

De este modo, DWORKIN defiende una tesis interpretativa, que exige la vinculación del derecho a valores morales en aquellas culturas jurídicas que se estructuran sobre la base de esa exigencia, pero no niega la condición de derecho a otros sistemas jurídicos que no responden a estos criterios⁽²¹¹⁾.

En cualquiera caso, DWORKIN basa su ataque al positivismo jurídico en que los juristas, cuando razonan o discuten sobre derechos y obligaciones, utilizan estándares que no actúan como normas, sino como principios o directrices políticas⁽²¹²⁾.

La directriz política es un objetivo que ha de ser alcanzado para conseguir una mejora política, económica o social. Mientras que principio es un estándar que deriva de una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de moralidad⁽²¹³⁾.

Para DWORKIN los principios jurídicos son cualitativa y estructuralmente diferentes a las reglas jurídicas⁽²¹⁴⁾.

En su opinión, las reglas, cuándo son aplicables al supuesto de hecho, se aplican de manera disyuntiva, esto es, si son válidos son aplicables; si no lo son, no aportan nada a la solución del caso⁽²¹⁵⁾.

Frente a ello, los principios son normas que carecen de supuesto de hecho normativo y presentan una formulación abierta⁽²¹⁶⁾.

De aquí se deriva que los principios requieran de formas de argumentación e interpretación específicas, distintas a las propias de las reglas, que les dotan de su propia lógica en la aplicación del derecho, vinculada a la valoración del “peso” de ese principio en la búsqueda de la solución de ese caso concreto⁽²¹⁷⁾.

En tal sentido, DWORKIN nos enseña que los principios son susceptibles de ponderación y no de aplicación rígida⁽²¹⁸⁾. De tal modo, que el principio opera como un criterio que contribuye a que el aplicador del derecho se incline por uno u otro sentido⁽²¹⁹⁾. Esto supone, por un lado, que el principio simplemente orienta la decisión en un determinado sentido, pero no es concluyente⁽²²⁰⁾. Por otro lado, el principio sobrevive aun cuando no prevalezca⁽²²¹⁾.

211 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 36.

212 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 72.

213 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 72.

214 FERRAJOLI: *Prólogo*. Pág. 16.

215 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 75.

216 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 287.

217 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 286-287.

218 FERRAJOLI: *Prólogo*. Pág. 16.

219 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 77.

220 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 89.

221 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 89.

Los principios cuentan con una dimensión que no tienen las normas, la de la importancia o el peso⁽²²²⁾.

Las reglas carecen de esta dimensión, porque cuándo dos normas se enfrentan, sólo una de ellas puede ser válida⁽²²³⁾.

Ya veremos, como esto, constituye un elemento más de enfrentamiento entre iusnaturalistas y positivistas, dado que los primeros subrayan la importancia de esas tareas de ponderación, que son rechazadas por los segundos⁽²²⁴⁾. Nos ocuparemos de esta cuestión cuándo veamos como entienden una y otra tendencia el papel del Juez.

A esto añade DWORKIN que, si las normas son de hecho modificadas y reinterpretadas por los jueces, es porque tal decisión se puede tomar cuándo existen principios sustantivos que demandan esa modificación y esas exigencias son mayores que los principios que demandan la conservación de esa norma (como la supremacía legislativa o la doctrina del precedente)⁽²²⁵⁾.

Nótese que, en caso de conflicto entre principios y normas, este conflicto no se resolverá valorando el peso de esos principios con esa norma, sino el peso de esos principios que postulan el cambio con el peso de los principios que demandan el mantenimiento de la norma⁽²²⁶⁾.

Esto implica que hay normas que surgen de la autoridad de esos principios, y no de la regla de reconocimiento⁽²²⁷⁾. Lo que, a su vez, implica que las obligaciones pueden surgir no sólo de una regla establecida, sino también de la autoridad de esos principios⁽²²⁸⁾.

Desde aquí, DWORKIN niega la existencia de un criterio, como la regla de reconocimiento, que permita determinar que estándares valen como derecho y cuáles no⁽²²⁹⁾.

Estas teorías van a ser contestadas, por un lado, cuestionando la diferencia estructural entre reglas y principios. Así, los partidarios de una distinción “débil” entre principios y reglas, consideran que son dos tipos de reglas entre los que existe tan sólo una diferencia de grado. Para los partidarios de esta distinción débil, la diferencia entre regla y principio se da sólo en el momento de la aplicación y la interpretación, pero no constituyen estructuras normativas

222 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 77.

223 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 78.

224 ATIENZA: *A vueltas con la...* Pág. 44.

225 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 90-100.

226 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 142.

227 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 98-99.

228 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 100-101.

229 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 102.

diferentes, son tan sólo diferentes técnicas de argumentación. De tal modo que un mismo enunciado puede ser interpretado como norma o como principio, dependiendo de lo cual, la fundamentación de la decisión será distinta⁽²³⁰⁾.

Por otro lado, se cuestiona la propia oportunidad de dar tanta relevancia a los principios.

De un lado, señalando que se puede caer en la tentación de magnificar las virtudes de los principios, cayendo en la creencia de que todos los principios son correctos, y que se instaure la idea de que el derecho, por el mero hecho de venir apoyado en esos principios, es moralmente correcto. Advirtiendo que los principios, al igual que las normas, pueden ser también inmorales⁽²³¹⁾.

Por otro lado, se cuestiona que este derecho de principios puede redundar en una ampliación excesiva de los poderes del sujeto aplicador del derecho. Cuestión que examinaremos, por parecernos una ubicación más adecuada, tras examinar el conflicto entre iusnaturalismo y positivismo acerca del papel y funciones de la autoridad que aplica el derecho, especialmente del juez.

2.4.3. Discrecionalidad judicial o interpretación de un derecho preexistente

El tercer elemento de disensión se sitúa en el papel preferente que el positivismo otorga a la ley como fuente del derecho, por delante de la jurisprudencia⁽²³²⁾.

Este nuevo elemento de disensión es la consecuencia necesaria de los anteriores. Si el ordenamiento jurídico acoge dentro de su sistema de fuentes un conjunto de criterios morales materiales (derechos y libertades fundamentales, principios y valores) que condicionan el poder del legislador y, además, algunos de esos contenidos morales están constitucionalizados, y son por tanto superiores al legislador y a su expresión normativa la ley, se abre el camino para que el juez pueda revisar, y en algunos casos invalidar, la actividad normativa de las autoridades políticas a la luz de ese material axiológico.

Esto lleva a que el positivismo se muestre contrario a que el juez junto a su tradicional labor de aplicar el derecho a través de la técnica de la subsunción, pueda introducir un razonamiento valorativo a través de lo que se suele denominar ponderación.

230 BARRANCO AVILÉS: *Los contenidos materiales de la...* Págs. 348-349.

231 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Págs. 327-328.

232 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 81.

Debe tenerse en cuenta, para entender esto, que la subsunción es un procedimiento de aplicación del derecho basado en la superioridad absoluta del texto normativo procedente de la autoridad política que crea el derecho (legislador o gobierno), que limita en la mayor medida posible la valoración del ordenamiento jurídico en base a criterios extranormativos.

Esta manera de entender el derecho tuvo su máxima expresión con la denominada escuela de la exégesis, que veía en la subsunción una tarea meramente mecánica por la que el juez se limitaba a comprobar si el hecho enjuiciado encajaba dentro del supuesto de hecho de la norma, aplicando según se diera esa circunstancia o no la consecuencia jurídica⁽²³³⁾. De tal modo que el juez debía limitarse a ser, según la célebre fórmula de MONTESQUIEU, el instrumento que pronuncia las palabras de la ley⁽²³⁴⁾.

Esta tesis radical pronto se mostró irrealizable en la práctica, siendo un lugar común en toda la doctrina, incluyendo obviamente a los autores positivistas, que el juez o sujeto aplicador del derecho no puede aplicar la ley a través de un proceso meramente mecánico, sino que la puesta en práctica del derecho implica continuas actividades hermenéuticas que comportan la realización de múltiples juicios de valor.

Ahora bien, aunque sea desligado de esa radicalidad que veía en la aplicación de la ley un labor mecanicista y reconociendo la presencia de un intérprete jurídico, el positivismo sigue considerando que la interpretación y aplicación del derecho viene informada por la técnica subsuntiva, en el sentido de que el juez o sujeto aplicador del derecho al realizar esas tareas interpretativas debe buscar la norma que le servirá para resolver el supuesto que enjuicia en las reglas que contiene el ordenamiento jurídico, sin que puedan entrar en ese proceso de valoración en juego elementos extrapositivos, esto es, principios y valores.

Para el iusnaturalismo, sin embargo, en cuanto que el derecho no comprende sólo el derecho positivo, sino que se deriva también de la naturaleza de las cosas o del ser humano, el juez está autorizado a buscar soluciones a los problemas jurídicos más allá de la ley positiva⁽²³⁵⁾.

En definitiva, el positivismo considera que hay que aplicar la ley, entendida como el conjunto de reglas emanadas de las autoridades jurídicas. Mientras que el iusnaturalista considera que hay que aplicar la ley y el derecho, con lo que se

233 PERELMAN, CH.: *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Traducción de L. Díaz-Picazo. Editorial Civitas. Madrid, 1999. Pág. 40. MONEREO PÉREZ, J. L.: "El pensamiento científico jurídico de Gény: el problema del Método". Estudio preliminar al libro Gény, F.: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Editorial Comares. Granada, 2000. Págs. XVI y XVII. RECASENS SICHES, L.: *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Editorial Porrúa. Segunda edición. México, 1973. Pág. 199.

234 MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*. Traducción M. Blázquez y P. de Vega. Tecnos. Madrid, 1985. Pág. 112.

235 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 133.

entiende que no debe limitarse a aplicar las reglas dictadas por las autoridades normativas, sino también los principios y valores morales que están incorporados al ordenamiento jurídico.

La máxima expresión de esta divergencia, y de estas diferentes maneras de entender el derecho, la encontramos en aquellos supuestos en los que no se puede encontrar en el ordenamiento jurídico norma aplicable al caso concreto (esto es, cuando hay una laguna) o cuando la solución que prevé el ordenamiento jurídico no es clara (casos difíciles). En estos supuestos, un positivista considera que, cuando no hay regla aplicable en el ordenamiento jurídico, el sujeto aplicador del derecho debe decidir discrecionalmente la solución⁽²³⁶⁾, como si él fuera el legislador⁽²³⁷⁾, por lo que sería un supuesto de creación judicial del derecho.

Dentro de esta posición podemos destacar, por su especial relevancia, las tesis de KELSEN y HART.

KELSEN considera que la solución jurídica del caso concreto no se puede obtener por deducción del derecho vigente. Éste tan sólo proporciona el marco de las posibles interpretaciones jurídicas, no pudiendo el sujeto aplicador del derecho determinar cuál de ellas es la correcta desde una indagación de ese derecho, sino que actúa de manera sustancialmente idéntica al legislador, creando derecho. De tal modo que la determinación de la norma individual que viene a resolver ese caso concreto es un acto de voluntad y no de conocimiento⁽²³⁸⁾.

Por su parte, HART distingue entre los casos sencillos y los casos difíciles. En los primeros la aplicación del derecho es la simple puesta en práctica de una regla predeterminada. Sin embargo, en los segundos, en los que la solución jurídica no es clara, porque se sitúa en una zona de penumbra, hay una elección. El juez no haya el derecho aplicable mediante una deducción que parta de las reglas preexistentes, sino que elige entre los diversos significados posibles de la ley⁽²³⁹⁾.

En estos últimos supuestos, señala HART, se produce una auténtica labor de creación de derecho por parte del juez, en la que éste asume un papel muy próximo al que le correspondería al legislador, por más que quede oscurecido porque hay una tendencia a disfrazar esa labor creadora de normas como una indagación de la solución en el derecho existente⁽²⁴⁰⁾.

236 DWORNIK: *Los derechos en...* Págs. 65-66.

237 DWORNIK: *Los derechos en...* Págs. 147-148.

238 KELSEN: *Teoría Pura del...* Págs. 106-107.

239 HART: *El concepto de...* Págs. 14-15.

240 HART: *El concepto de...* Págs. 168-169.

Uno puede tener la tentación de considerar que la tesis defendida por HART es de carácter más moderado que la de KELSEN, en cuanto el maestro inglés entiende que la labor de interpretación y aplicación del derecho no es siempre un acto de creación de derecho, sino que es un acto cognoscitivo (esto es, se limita a deducir la solución por deducción del derecho vigente) cuando se trata de un supuesto sencillo. Mientras que KELSEN entiende que la aplicación del derecho es siempre un acto de creación del derecho.

Esta conclusión, sin embargo, no nos parece correcta. La diferencia central entre uno y otro autor se deriva de que KELSEN considera que cualquier tiempo de interpretación jurídica tiene siempre una misma estructura, una parte cognoscitiva (esto es, de averiguación o indagación de lo que dice el derecho vigente), que fija el marco de posibles soluciones que entran dentro de la norma; y otra volitiva (creadora de derecho), por la que el juez decide por un acto de voluntad la solución que considera más adecuada dentro de todas las posibles. Para HART, sin embargo, la interpretación varía de naturaleza si es un caso sencillo, en cuyo caso es de naturaleza cognoscitiva; o si es un caso difícil, en cuyo caso tiene un carácter volitivo.

La posición es puramente positivista en ambos casos. La divergencia está en donde considera que está el límite en la obtención de la solución desde el derecho vigente: para KELSEN en la fijación del marco jurídico de la solución; para HART en los casos sencillos. Donde llega la posibilidad de indagar el derecho vigente no hay espacio alguno para la creación de derecho. Cuando se sobrepasan los límites de la simple lectura de la ley positiva (en la determinación de la solución final de entre las que la norma permite, en el caso de KELSEN; en la resolución de los casos difíciles, en la obra de HART) se produce para ambos autores creación de derecho.

La razón es fácil de deducir, cuándo se sobrepasan las fronteras de lo que se puede obtener de la simple lectura del derecho positivo, si quisiéramos encontrar la solución en él, deberíamos tratar de indagar cuáles son sus fundamentos y finalidades, lo que supone reconocer en él la existencia de elementos morales, que formarían parte del mismo y se estarían aplicando en la búsqueda de las soluciones jurídicas de los casos particulares. La mente positivista de los dos autores estudiados no puede admitir esto y por eso consideran que llegados a ese punto hay un acto de discrecionalidad judicial, una toma de decisión del juez.

Nótese que estas teorías plantean un relevante problema para el funcionamiento del derecho. El derecho supone por definición la sujeción de la actividad humana y la vida social a reglas. Eso es, en definitiva, lo que supone

regular. Ahora bien, para que ese efecto se produzca es necesario que las normas sean emitidas previamente. En caso contrario, mal podrán los ciudadanos y los demás agentes jurídicos adaptar su actividad al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, si partimos de la idea de que la aplicación del derecho puede acabar en un acto de creación de derecho por parte del juez, la sujeción de los ciudadanos al ordenamiento jurídico se convierte en una ficción, porque el juez introduce una solución nueva que aplica retroactivamente y que, en consecuencia, el ciudadano no pudo conocer ni cumplir⁽²⁴¹⁾.

Los positivistas aportan frente a este problema un argumento de tipo realista. Alegan que quizás sea muy importante para el derecho que la interpretación y aplicación del derecho vaya dirigida a conocer, y posteriormente aplicar, una solución jurídica que está predispuesta en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, esto no es más que una ficción, porque, cuando menos en una serie de casos, los casos difíciles, esa pretendida solución previamente contenida en la ley no se puede identificar, por lo que el juez debe optar discrecionalmente entre las diferentes opciones posibles.

Para acabar de precisar la postura adoptada por el positivismo en este punto, conviene contrastar sus tesis con los argumentos de algunas tesis realistas que dan especial importancia en la configuración del derecho a la actividad judicial. Éstas, al igual que el positivismo, proclaman que la labor del juez no se limita a la aplicación de normas previas, sino que comporta una labor de creación de derecho. Sin embargo, esta idea va a llevar a una y otra tesis a lugares muy distintos.

Al realismo jurídico le preocupa la realidad social en la que el derecho actúa⁽²⁴²⁾ y cómo éste efectivamente se comporta. De ahí que para este movimiento lo esencial sea analizar la actividad de los jueces⁽²⁴³⁾. No es éste el lugar de analizar las características del conjunto heterogéneo de tesis que pueden englobarse bajo la etiqueta de realismo jurídico. Nos interesa tan sólo contrastar la tesis positivista con algunas tesis realistas radicales que equiparan prácticamente el derecho con la actividad judicial.

Una teoría realista estricta, muy expresiva de esta tendencia, es la de ROSS, que, desde la consideración de que lo determinante en derecho es lo que finalmente deciden los jueces, entiende que las normas jurídicas sólo contienen directivas acerca de cómo los jueces deben ejercer sus funciones, sino serían meros pronunciamientos ideológicos, sin relevancia alguna. Si bien esto no

241 DWORNIK: *Los derechos en...* Pág. 146.

242 BOBBIO, N.: *Teoría General del Derecho*. Quinta edición. Editorial Themis. Bogotá, 2016. Pág. 31.

243 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 26.

impediría que el derecho dirija la acción de los ciudadanos, pues al dirigir la conducta de los jueces se está, indirectamente, dirigiendo la acción de los ciudadanos⁽²⁴⁴⁾.

De este modo, las fuentes del derecho no tienen más fuerza que la de poder influir en las decisiones de los tribunales, pero carecen de poder efectivo para vincular a éstos, que sólo están obligados a cumplir lo previsto en ellas porque suele ser habitual en ellos el sentimiento de que el derecho debe cumplirse⁽²⁴⁵⁾.

En cuanto a la interpretación jurídica, reconoce en el juez una cierta labor cognoscitiva de los hechos y de las normas del derecho positivo, que le ayudan a preparar sus decisiones, pero éstas son en todo caso actos de voluntad. No sólo considera que la obtención de la decisión desde un simple conocimiento de la norma es imposible, también considera que la obediencia a la ley no es el único motivo del juez, éste además interpreta la ley a luz de su conciencia jurídica material, a fin de que la decisión no sólo sea “correcta”, sino también “justa”, “socialmente deseable”. Por ello concluye que el razonamiento jurídico es una farsa para ocultar que el Juez “deja a un lado el texto” y hacer ver que es la aplicación de una solución jurídica predeterminada por el derecho⁽²⁴⁶⁾.

Como puede verse, en la tesis de ROSS la capacidad del ordenamiento jurídico positivo para dirigir la aplicación del derecho se diluye. En última instancia lo único relevante es la decisión del juez, lo que determina que las normas positivas ocupen un lugar secundario, su único papel es el de tratar de influenciar a un juez que puede no seguirlas, convirtiéndolas en papel mojado.

Las tesis realistas de este tipo suponen la práctica desaparición del derecho objetivo, convirtiendo el derecho en una permanente creación judicial, en la que la seguridad jurídica se desvanece⁽²⁴⁷⁾.

Frente a ello, el positivismo postula la toma por el juez de una decisión discrecional dentro del marco fijado por el derecho positivo. La vinculación del juez al derecho positivo es incuestionable.

En realidad, aunque llegan parcialmente a un mismo resultado, son dos tesis totalmente contradictorias. Una postura como la de ROSS rechaza frontalmente la posibilidad de vincular al juez al ordenamiento jurídico positivo. Sin embargo, para el positivismo el derecho positivo lo es en el plano jurídico todo. El derecho positivo es quien rige y debe regir la realidad. Sólo la constatación de que no es posible llegar a la solución jurídica desde él en determinados ámbitos, abre

244 ROSS: *Sobre el derecho y...* Págs. 32-33.

245 ROSS: *Sobre el derecho y...* Págs. 99-104.

246 ROSS: *Sobre el derecho y...* Págs. 131-135-

247 BOBBIO: *Teoría General del...* Pág. 34.

paso, exclusivamente allí donde el derecho positivo no llega, a una decisión discrecional del sujeto aplicador del derecho. Esa apertura a la decisión del juez no tiene el sentido de dotar al juez de libertad frente al derecho positivo, sino de mantener la “pureza” de su positividad, no incluyendo en él elementos morales, éticos, políticos o finalistas de cualquier tipo.

En realidad, el positivismo no rechaza la idea de que la vida social debe venir regulada por un derecho predeterminado. Simplemente considera que esto es deseable, pero no posible. Lo que verdaderamente rechaza es que para hacer efectiva esa regulación predeterminada se recurra no a lo recogido expresamente en las reglas del ordenamiento jurídico, sino a elementos finalistas (éticos, morales, etc.) que se consideren implícitos en él.

En contra de esta manera de pensar del positivismo, un iusnaturalista entiende que, el hecho de que no se pueda obtener la solución de la simple lectura del derecho vigente, no impide que siga existiendo en el ordenamiento jurídico criterios sobre cuya base se puede resolver el caso enjuiciado, esto es, los principios y valores del ordenamiento jurídico, conforme a los cuales el juez resuelve. De tal modo que, al hacerlo, el juez no está creando derecho nuevo, sino que se está limitando a descubrir un derecho preexistente, esos valores y principios que entiende forman parte del ordenamiento jurídico.

2.4.4. El elemento determinante de este conflicto: la necesidad de proteger los derechos frente a los poderes públicos

En última instancia, estas tres diferencias responden a un mismo factor. El positivismo otorga el protagonismo normativo a las autoridades políticas que ostenten el poder en cada momento y ve con hostilidad que se limite su poder mediante la introducción de valores y principios. Es, por tanto, partidario de una concepción voluntarista o autoritativa del derecho, que considera que el ordenamiento jurídico debe estar constituido exclusivamente por las normas emanadas de cada comunidad política a través de sus representantes elegidos en el proceso político.

Como señala BOBBIO, el positivista considera que la producción del derecho debe venir monopolizada por el Estado⁽²⁴⁸⁾.

Frente a ello, el iusnaturalismo considera que no se puede dejar todo el poder en manos de quien en cada caso obtenga el poder político, sino que la actividad normativa debe venir delimitada por unas reglas fundamentales, deudoras de la naturaleza humana o de la razón, que deben ser superiores y deben prevalecer sobre las concepciones políticas de cada momento histórico.

248 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 106-108.

La determinación de cuáles son esas normas puede encontrar, como hemos ido viendo a lo largo de este trabajo, diferentes plasmaciones, pueden ser consideradas traducción de la ley eterna inspirada por la divinidad, una deducción de la razón, una decisión tomada por el poder constituyente o el resultado de una argumentación jurídica de carácter racional. Sin embargo, todas estas construcciones responden a una construcción e idea común, la necesidad de que el derecho responda a una lógica superior a la mera voluntad del legislador, que contenga elementos de racionalidad que le doten de sentido.

Éste es, nos parece, el elemento último que explica esta disensión, que es erróneo situar en torno a un discurso de carácter político, que se vincula a las concepciones iusnaturalistas o positivistas de manera meramente coyuntural.

Como apunta certeramente BOBBIO, la manera más o menos rígida en que se entienda la vinculación a la ley y la limitación del papel del intérprete no supone una posición más o menos progresista o que permita una mejor defensa de la justicia. El intérprete puede agarrarse a la vinculación férrea a la ley para impedir la aplicación de una ley regresiva o injusta, al igual que puede defender una mayor libertad del intérprete, para imponer una solución más progresista o justa. De tal manera que vinculación de la ley o libertad del intérprete pueden producir, según las circunstancias concurrentes, indistintamente un efecto u otro⁽²⁴⁹⁾.

La evolución experimentada por el derecho reciente parece poner de manifiesto la inviabilidad de un sistema de fuentes “vertical”, como el que se defiende desde el positivismo, que se estructure en torno al producto normativo emitido por las autoridades normativas públicas y caracterizado por la supremacía de la ley⁽²⁵⁰⁾.

En tal sentido, apunta ZACCARIA, que un derecho de principios es más adecuado para dar respuesta a algunas necesidades del derecho contemporáneo, ya que, sin la capacidad del juez para recurrir a los principios en la aplicación del derecho, éste sería incapaz de encauzar la vida social de nuestras complejas y mutables sociedades pluralistas, en las que conviven intereses, valores y aspiraciones muy diversas⁽²⁵¹⁾.

Los principios asumen un papel fundamental en un derecho como el actual, en el que, como más tarde veremos, el Estado ha perdido el monopolio de la creación del derecho, que procede ahora de diversas fuentes, pasando a ser una realidad más heterogénea y dispersa. Lo que determina que necesite de

249 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 97-98.

250 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 282.

251 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 285.

una categoría, los principios, que pueden cumplir una importante función ordenadora, unificadora e integradora de esa multiforme y variante normativa que constituye un ordenamiento jurídico moderno⁽²⁵²⁾.

En una realidad como ésta, como apunta de nuevo ZACCARIA, el “sostenimiento del edificio jurídico comporta la necesidad de puntos de coordinación, de <<pedras angulares>> que lo mantengan unido. Los principios (...) pueden constituir de forma creíble puntos de anclaje, elementos de conexión de las diversas partes que componen el conjunto normativo”. En base a ello los equipara “a las columnas que sostienen las bóvedas de una estructura y que <<ajustan las fuerzas y contrafuerzas del sistema>>, pero también pueden ser considerados las brújulas indispensables para navegar y orientarse en el intrincadísimo archipiélago que es hoy el derecho. Desde este punto de vista, se presentan como un instrumento irrenunciable para enfrentarnos y gobernar la complejidad jurídica contemporánea”⁽²⁵³⁾.

Se puede encontrar un momento histórico en el que se produce claramente esa inflexión a favor de los principios, que viene dado por el conjunto de cambios que comporta la nueva constitucionalización posterior a las guerras mundiales.

Esta ruptura severa con el sistema de fuentes defendido por el positivismo se produce mediante la incorporación a la Constitución y, con ello, al ordenamiento jurídico, de contenidos materiales⁽²⁵⁴⁾. Entre los que se encuentran necesariamente los derechos fundamentales⁽²⁵⁵⁾. Factor que determina que se pase a hablar de la existencia de una “Constitución material”⁽²⁵⁶⁾.

Ahora bien, lo trascendental es que esa incorporación de contenidos materiales se realiza, dotando a éstos de plena eficacia jurídica, esto es, atribuyendo a éstos carácter normativo⁽²⁵⁷⁾.

De tal modo que la Constitución pasa a ser una auténtica norma jurídica y no un mero documento de carácter programático⁽²⁵⁸⁾. La Constitución ya no se resigna a repercutir en la sociedad únicamente a través del legislador, en la medida que logre influenciar a éste; sino que pretende ser ella misma la que moldee directamente la vida social⁽²⁵⁹⁾, sin necesidad de pasar para ello por la mediación del legislador⁽²⁶⁰⁾.

252 ZAGREBELSKY: *El derecho...* Pág. 14.

253 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 291.

254 BARRANCOAVILÉS: *Los contenidos materiales de la...* Pág. 340. MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 380.

255 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 380.

256 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 379.

257 DOMÍNGO PÉREZ: *Neoconstitucionalismo, positivismo y...* Pág. 356. CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 325.

258 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Págs. 388-389. ANSUÁTEGUI ROIG: *Estado de derecho, crisis...* Págs. 269-270.

259 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 391. ANSUÁTEGUI ROIG: *Estado de derecho, crisis...* Págs. 269-270.

260 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 325.

Deja, con ello, de ser una mera norma de articulación entre los poderes del Estado, para pasar a proporcionar un conjunto de valores y principios materiales que operan como parámetros de validez de la totalidad del ordenamiento jurídico⁽²⁶¹⁾.

La Constitución no puede ser, entonces, considerada como una norma neutral, sino que recoge su propia ideología. Es una ideología de mínimos. De hecho, va dirigida a salvaguardar y hacer efectiva la libertad ideológica en la sociedad, y se traduce simplemente en la adopción de los valores y principios propios de una democracia.

Las constituciones se convierten, así, en instrumentos para la democracia, en cuanto incluyen medidas para asegurar un funcionamiento democrático de la sociedad, que se considera la única forma de gobierno legítima⁽²⁶²⁾.

Esto determina que, en la actualidad, no es defendible una teoría que limite la validez a parámetros exclusivamente formales, dado que una norma puede ser formalmente válida, pero inválida por tener un contenido contrario a normas superiores de rango constitucional⁽²⁶³⁾. Limitación que es también aplicable al creador de las normas jurídicas, que no puede vulnerar los límites constitucionales⁽²⁶⁴⁾.

Este elemento es esencial a la lógica del constitucionalismo, pues la consideración de la Constitución, como en su momento vimos, como una norma jurídica que vincula la acción de los poderes constituidos, conlleva necesariamente que sus principios obliguen al legislador⁽²⁶⁵⁾.

En el Estado constitucional la ley pierde, así, parte importante de su protagonismo⁽²⁶⁶⁾. Se pasa de un principio de legalidad, basado en el imperio de la ley, a un principio de constitucionalidad, basado en el imperio de la Constitución⁽²⁶⁷⁾, y de un sistema de supremacía de la ley, a un sistema de supremacía de la Constitución⁽²⁶⁸⁾.

261 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 395.

262 AHUMADA, M. Á.: "Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de "Constitucionalización y neoconstitucionalismo" de Paolo Comanducci)", en Comanducci, P, Ahumada, M. A. y González Lagier, D.: *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*. Fundación Colegio Jurídico Europeo. Madrid, 2009. Pág. 149.

263 FERRAJOLI: *Prólogo*. Págs. 18-19.

264 FERRAJOLI: *Prólogo*. Pág. 19.

265 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Págs. 286-287.

266 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 388.

267 ANSUÁTEGUI ROIG: *Estado de derecho, crisis...* Pág. 257.

268 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 388.

Esta entrada en escena de un derecho material superior no puede entenderse correctamente si no se tiene en cuenta un factor central, del que, en realidad irradian todas las peculiaridades introducidas por el neoconstitucionalismo: la necesidad de establecer un conjunto de esencias jurídicas, esto es, derechos fundamentales y principios y valores democráticos, bajo protección frente a las propias autoridades del Estado. En definitiva, se trata de darle a esos contenidos el carácter de intocables a través de los procedimientos jurídicos ordinarios.

No se trata, por tanto, de dejar anclados en el tiempo determinados aspectos del derecho, sino de asegurarse que no van a ser modificados o vulnerados por mayorías coyunturales. De tal modo que es posible su evolución y modificación, pero sólo a través de procedimientos exigentes que aseguren que son cambios avalados por la inmensa mayoría de una sociedad, incluidas los grupos sociales minoritarios dotados de una cierta relevancia.

Se distingue, así, entre la normativa de relevancia constitucional, que puede verse afectada sólo de manera excepcional, cuándo exista un sentimiento muy sentido en la sociedad de la necesidad de ese cambio y con el visto bueno, podemos decir, de la sociedad en su conjunto; y la legalidad ordinaria, que es el reino de las mayorías, que le corresponde determinar y regular a quién en cada momento obtenga la confianza política de la mayoría de la sociedad.

Esta articulación responde en última instancia a la consideración de que los derechos no pueden quedar garantizados exclusivamente desde el principio de legalidad y el principio democrático, porque esto hace posible que las mayorías pueden violar de manera intolerable los derechos humanos y la dignidad humana. De tal modo que se hace necesario situar por encima de la ley esos elementos materiales, con lo que se produce “una autorestricción de la soberanía popular, que, como Ulises atándose al mástil, intenta vacunarse a sí misma frente a eventuales raptos de locura totalitaria”⁽²⁶⁹⁾.

Las constituciones actuales, de este modo, no se fían en materia de derechos fundamentales de la simple instauración de los procedimientos democráticos, sino que instrumentan medidas que garanticen su respeto y efectividad, cualesquiera que sean los resultados del juego político, aunque éste se desarrolle en el marco de un sistema democrático⁽²⁷⁰⁾.

Nótese que con ello se establecen límites no sólo al poder político, sino también al poder de la propia sociedad civil, cuya voluntad mayoritaria no se puede imponer, al menos por procedimientos ordinarios, a esos límites que se fijan en la Constitución.

269 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 325.

270 AHUMADA: *Neoconstitucionalismo y...* Pág. 149.

De aquí se derivan diversas consecuencias jurídicas importantes. Vamos a citar en primer lugar, la relevancia que asumen en esta nueva situación los derechos. Cuestión que vamos a tratar de manera específica en otra parte de este trabajo, por lo que la dejamos meramente enunciada.

Nos interesa ahora señalar dos cuestiones diferentes, ambas resultado de una misma necesidad. Si, como hemos visto se articula el derecho, desde la consideración de que hay que defender los derechos y los principios democráticos del poder de las mayorías, surge la necesidad de proteger a la propia Constitución, en las que esos principios y valores están depositados, frente a posibles reformas o cambios que, por más que puedan venir impulsadas por fuerzas coyunturalmente mayoritarias, no sean representativas de todas las tendencias sociales, incluidas aquellas que puedan ser coyunturalmente minoritarias.

Nótese que esa amenaza de los contenidos constitucionalmente protegidos de la Constitución puede manifestarse de dos maneras. De una manera explícita, como un proyecto expreso de reforma de la Constitución o de una parte de la misma. Pero también puede venir oculta en la legislación ordinaria, esto es, puede vulnerarse mediante la elaboración de normas ordinarias que contengan estipulaciones contrarias a ese derecho constitucional protegido.

De aquí se derivan dos mecanismos esenciales en la articulación jurídica del nuevo constitucionalismo. Por un lado, para hacer frente a las reformas constitucionales, esto es, a los cambios de la Constitución expresamente declarados como tales, se instaura la mayor rigidez constitucional, que queda sometida a procedimientos agravados de reforma⁽²⁷¹⁾.

El modo en que se puede articular esta protección es evidentemente muy variable y su estudio detallado constituye una cuestión más propia del Derecho constitucional, que entendemos queda fuera de los objetivos de este estudio.

Más relevante es para nosotros el segundo rasgo, esto es, la defensa de la Constitución respecto a las normas pretendidamente ordinarias que, sin embargo, encubren vulneraciones al régimen constitucional. Tenemos que detenernos en mayor medida en este tema, porque de él depende uno de los aspectos fundamentales en la cuestión que nos ocupa, esto es, el papel que debe tener el juez en un sistema jurídico. Cuestión que, ya vimos, ha enfrentado tradicionalmente a iusnaturalistas y positivistas.

El nuevo elemento determinante que consagra el neoconstitucionalismo es que resulta esencial para garantizar la plena operatividad y protección de esos contenidos materiales consagrados en la Constitución, que éstos queden bajo la tutela de órganos de carácter jurisdiccional (aunque no estén integrados en

271 _____
CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 325.

el Poder Judicial) competentes para controlar la constitucionalidad, y por tanto la compatibilidad del resto del ordenamiento jurídico con estos contenidos materiales⁽²⁷²⁾.

La simple aparición formal de estas instancias de naturaleza judicial supone ya un severo choque contra los postulados del positivismo tradicional que, como hemos visto, dotaban de un marcado papel protagonista al legislador.

Es evidente que el poder de éste se ve ahora profundamente debilitado respecto al juez, en cuanto esa instancia judicial encargada del control de la constitucionalidad se convierte en un “juez del legislador”⁽²⁷³⁾.

La gran crítica contra iusnaturalismo en este aspecto se traduce en la llamada “dificultad contramayoritaria”, que pone de manifiesto que, cuando un órgano de control de constitucionalidad declara la inconstitucionalidad de una norma, deja sin efecto la voluntad de la mayoría expresada a través del proceso democrático⁽²⁷⁴⁾.

Factor que pone en riesgo, se señala desde estas posiciones, la posibilidad de un gobierno democrático en el que el derecho procede de la instancia legítimamente elegida por los ciudadanos⁽²⁷⁵⁾ y que está sujeta a responsabilidad política. Debe tenerse en cuenta, nos recuerdan, que los órganos encargados del control de constitucionalidad de las normas no tienen legitimación democrática directa, aunque puedan invalidar normas legislativas. Lo que puede ser entendido como un conflicto de la tutela de estos derechos con la democracia⁽²⁷⁶⁾.

Se genera, así, un conflicto más entre positivistas, que entienden que la última palabra en derecho la tiene que tener el legislador democrático; y no positivistas, que entienden que la última palabra la debe tener el órgano encargado del control de la constitucionalidad de las normas⁽²⁷⁷⁾.

A ello se añadiría otro problema que se puede derivar de la creación judicial del derecho. Si el juez aplica una solución nueva para solventar el caso, la parte perjudicada por la decisión no lo es por haber incumplido una norma previa, sino por un derecho creado con posterioridad a su acción⁽²⁷⁸⁾.

272 BARRANCO AVILÉS: *Los contenidos materiales de...* Pág. 340. MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 395. CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 325.

273 ATRIA: *La ironía del...* Pág. 119.

274 VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Págs. 185-186.

275 ATRIA: *La ironía del...* Págs. 119-120.

276 BARRANCO AVILÉS: *Los contenidos materiales de la...* Pág. 346.

277 BARRANCO AVILÉS: *Los contenidos materiales de la...* Pág. 352.

278 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 150-151.

Para entender este conflicto en toda su intensidad, debemos tener presente un factor esencial que nos demuestra que esta polémica responde a un aspecto más profundo que un simple conflicto entre autoridades jurídicas. Se trata, vamos a ver, de un conflicto en el modo en que debe desarrollarse la función judicial, esto es, la interpretación y aplicación del derecho.

Debemos de partir de que el constitucionalismo comporta, como ya sabemos, la aparición de contenidos materiales, derechos fundamentales y principios, y determina, con ello que, para analizar la validez de las normas hay que realizar un doble juicio: a) formal, que atiende a su legítima producción formal conforme al sistema de fuentes; b) material, que verifica la compatibilidad con los contenidos materiales superiores del ordenamiento jurídico, esto es, con los derechos fundamentales y principios constitucionales⁽²⁷⁹⁾.

Se hace inviable, entonces, la consideración de derecho como algo dado y completo, de tal forma que la aplicación e interpretación del derecho se reduzca principalmente a un procedimiento formal, que se traduzca en un acto de subsunción⁽²⁸⁰⁾.

Ya sabíamos que la reducción absoluta del procedimiento de aplicación del derecho a un acto de subsunción puramente mecánico, era una tesis superada, que no defienden tampoco los positivistas. Debemos aclarar entonces de manera más precisa que queremos decir cuando ponemos al acento para explicar la superación de las tesis positivistas en que la interpretación deja de ser sólo una operación de subsunción.

El elemento determinante es que es lo que ocurre cuando la aplicación del derecho va más allá del acto de subsunción. Como en su momento vimos, para los positivistas cuando se sobrepasa el límite de lo que la subsunción permite, en realidad, deja de haber interpretación y comienza la creación judicial del derecho. Entender que se sigue interpretando el ordenamiento jurídico cuando se supera la frontera de la subsunción y, con ello, de lo que dice el derecho positivo, supondría, en realidad, indagar en los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico, que los positivistas no reconocen.

Para un positivista esto no es una operación de interpretación del ordenamiento jurídico, porque esos elementos morales no los consideran derecho, por lo tanto, se está saliendo fuera del ámbito de lo jurídico y la operación de concreción de la solución jurídica se está produciendo fuera del ordenamiento jurídico. Es, por tanto, no una operación de interpretación del ordenamiento jurídico existente, sino de creación de un derecho que aún no existía.

279 ESCUDERO ALDAY: *De la constitucionalización a la...* Pág. 400.

280 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 282.

Para el iusnaturalista, sin embargo, esos fundamentos morales son jurídicos. Son valores morales juridificados e incorporados al ordenamiento jurídico, por lo tanto, obtener una solución al caso razonando desde esos elementos de justicia material es un acto de interpretación, que encuentra la solución en el derecho preexistente.

El derecho resultante del proceso de constitucionalización posterior a las guerras mundiales pone de manifiesto que una vez que se realizan las operaciones de subsunción, que tratan de encontrar la solución al supuesto práctico mediante el contraste con las normas de derecho positivo preexistente, no se puede pasar, sin más, a la creación judicial del derecho, sino que se debe contrastar y valorar los resultados obtenidos con los fundamentos morales del ordenamiento jurídico, valores y principios.

La tesis de referencia en este sentido es la defendida por DWORKIN, que considera que, en los casos difíciles, en los que no hay norma aplicable, sigue habiendo el derecho de una de las partes a ganar el juicio. De tal modo que el juez carece de discrecionalidad y sigue estando obligado a averiguar los derechos de las partes, en vez de inventarse retroactivamente el derecho⁽²⁸¹⁾. De este modo, DWORKIN inventa un juez imaginario, el juez Hércules, dotado de habilidades sobrehumanas, que podría realizar esa tarea⁽²⁸²⁾.

Obvio es que esa posibilidad de que el juez pueda encontrar el derecho aplicable a estos casos difíciles no implica, sin embargo, que se pueda llegar a él a través de un procedimiento mecánico⁽²⁸³⁾. Más bien supone el recurso a otro tipo de razonamiento jurídico más complejo.

Para entender la posición de DWORKIN hay que tener en cuenta que este distingue entre dos tipos de argumentos: a) argumentos políticos, que favorecen o protegen una meta política de la Comunidad; b) argumentos de principios, que justifican una decisión en que es precisa para respetar o asegurar un derecho, individual o de grupo⁽²⁸⁴⁾.

Desde aquí defiende que la solución a los casos difíciles, para las que no hay en principio norma aplicable, se debe basar en argumentos de principio y no es argumentos políticos⁽²⁸⁵⁾.

281 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 146.

282 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 177.

283 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 146.

284 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 148.

285 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 150.

Aquí está, nos parece, el epicentro de la discusión. DWORKIN tiene el acierto de explicar una realidad que el constitucionalismo de las postguerras mundiales ya había introducido en la práctica jurídica, y que cuestiona severamente las tesis positivistas. Cuando la letra del derecho positivo falla en la determinación jurídica, la solución no es que el aplicador del derecho tome una decisión en elementos extrajurídicos como si fuera el legislador. Esto introduciría, entre otras cosas, la insostenible consecuencia de que los derechos de las partes pasaran a depender de una decisión, y con ello de una valoración personal, de una autoridad pública.

DWORKIN considera que el sujeto que aplica el derecho debe de buscar la solución en una argumentación jurídica. Esto implica que el juez no puede imponer sus valoraciones personales acerca de cómo debe resolverse materialmente esa cuestión (en la terminología de DWORKIN, resolver conforme a argumentos políticos). Sino que tiene que indagar cual es la respuesta a la que se llegaría para ese supuesto desde los fundamentos e ideas inspiradoras del ordenamiento jurídico (en la terminología de DWORKIN, argumentos de principios).

Si DWORKIN y sus seguidores consideran que es posible llegar a esta solución argumentada jurídicamente es, en última instancia, porque entiende que el derecho no está formado sólo por las normas jurídicas del derecho positivo, fruto de la acción de las autoridades políticas; sino también por un conjunto de valores y principios jurídicos que dan sentido y unidad al ordenamiento jurídico y que, por supuesto, no son menos jurídicos que las normas del derecho positivo⁽²⁸⁶⁾.

Nótese que la manifestación más vistosa de la insuficiencia en este aspecto del pensamiento positivista se muestra cuándo el ordenamiento jurídico presenta una laguna o un caso difícil, que se puede suplir o resolver mediante el recurso a los principios y valores jurídicos, que nos darían una solución que preexistiría ya en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la consecuencia del reconocimiento de esos elementos morales materiales no acaba en esos casos difíciles o sin solución jurídica clara, sino que se extiende a cualquier acto de aplicación del derecho. Esto incluso en un caso de los que HART calificaba de sencillos o claros, pues también en ellos será como mínimo necesario valorar si esa solución es conforme con esos valores materiales.

286 Como señala RODILLA, los principios no son propiamente derecho positivo, pero tampoco son reglas exógenas, porque guardan una relación justificativa con el derecho existente, de modo que se hacen presentes en el sistema jurídico a través de la interpretación. *Teoría del...* Pág. 412.

Pongamos como ejemplo el caso presuntamente sencillo de una norma que establece que para acceder a un determinado puesto en la función pública hay que superar una prueba física que está perfectamente delimitada en una norma jurídica, que prevé de manera absolutamente precisa las características de la prueba a realizar y de los resultados a obtener. En principio, no habría más que realizar una simple operación de subsunción para aplicarlo. Sin embargo, imagínense que esa prueba está configurada de tal forma que se pauta a las habilidades y capacidad física de una persona de sexo masculino, siendo inasequible a las capacidades físicas habituales de una mujer y sin que dichas exigencias estén objetiva y proporcionalmente justificadas por las necesidades del puesto de trabajo. La pretendida sencillez del caso ha desaparecido, porque esa norma ha devenido inválida, al serlo materialmente por contradecir el principio de igualdad, en este caso por razón de género.

En tal sentido, señala RODILLA que la determinación del caso difícil es una cuestión interna que depende de la aplicación de los principios. De tal modo que el caso más difícil no es aquel en el que falta norma aplicable o está es oscura, sino cuándo no se sabe si dicha regla es aplicable por ser contraria a los principios⁽²⁸⁷⁾.

Esto nos lleva, en definitiva, a que no se puede reducir la aplicación del derecho a operaciones de subsunción y, superadas éstas, pasar a la simple creación judicial del derecho, mediante una decisión discrecional por parte del juez. Más bien, junto a esas operaciones de subsunción, en todo acto de interpretación van a estar también presentes operaciones hermenéuticas de otra naturaleza, esto es, operaciones de ponderación de bienes y valores.

De este modo, tras el neoconstitucionalismo la aplicación del derecho ya no viene monopolizada por la tradicional técnica de la subsunción en la aplicación del derecho, sino que asume en dicha tarea un papel protagonista también la ponderación⁽²⁸⁸⁾.

Desde estos presupuestos el papel del juez no puede ser el de un mero aplicador de una solución predispuesta por el legislador, sino que contribuye a fijar unas soluciones jurídicas no totalmente dadas por el autor de las normas, mediante una tarea de ponderación de valores e intereses⁽²⁸⁹⁾. Operación, subrayamos una vez más, que no supone salir del ámbito de lo jurídico, pues supone una aplicación de principios y valores que forman parte del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, la solución obtenida se debe considerar presupuesta en el ordenamiento jurídico.

287 RODILLA: *Teoría del...* Págs. 414.415.

288 ESCUDERO ALDAY: *De la constitucionalización a la...* Pág. 399.

289 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 283.

Esta labor de ponderación se puede observar fácilmente en los principios constitucionales que, cuando entran en conflicto en relación a un caso concreto, tienen que ser sometidos necesariamente a ponderación⁽²⁹⁰⁾.

Esto hace que asuma un papel protagonista el tema de la interpretación de la Constitución, que se convierte, como no, en una fuente más de disensiones entre iusnaturalistas y positivistas.

Para los neoconstitucionalistas la Constitución contiene valores y principios que están dotados de un alto grado de abstracción y que no pueden ser objeto de interpretación de acuerdo con los criterios tradicionales de la interpretación jurídica⁽²⁹¹⁾.

De este modo, la interpretación de la Constitución, aunque vinculada al derecho vigente, no puede desenvolverse en el marco de las reglas jurídicas, pues, al producirse una incorporación a la misma de los principios morales del derecho natural, tiene que abrirse a discursos metajurídicos⁽²⁹²⁾.

Esto implica, siempre según la opinión de esta línea doctrinal, que, cuando se invalida las normas por su contrariedad con los contenidos materiales contenidos en la Constitución, el juez constitucional no está actuando discrecionalmente, sino aplicando un derecho preexistente en la Constitución⁽²⁹³⁾.

Sin embargo, para los pensadores positivistas la superioridad de la Constitución es jerárquica y su interpretación es esencialmente igual a la del resto de las normas, salvo por la existencia de un mayor margen de discrecionalidad⁽²⁹⁴⁾. De tal modo que, la interpretación de la Constitución, como la del resto del ordenamiento jurídico, es un proceso volitivo que implica la creación de derecho⁽²⁹⁵⁾.

Las disensiones entre positivismo y neoconstitucionalismo no sólo se producen en este ámbito, ya que, dado que las leyes deben ser aplicados a la luz de los preceptos constitucionales, su aplicación requiere también la aplicación de operaciones de ponderación, para comprobar su adecuación a esos principios superiores⁽²⁹⁶⁾.

290 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 287.

291 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 400.

292 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 400.

293 BARRANCO AVILÉS: *Los contenidos materiales de la...* Pág. 351.

294 BARRANCO AVILÉS: *Los contenidos materiales de la...* Pág. 351.

295 BARRANCO AVILÉS: *Los contenidos materiales de la...* Pág. 352.

296 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 287.

En tal sentido, se pasa a considerar que la sujeción del juez al ordenamiento jurídico no supone ya una sujeción exclusiva a la ley, sino a la ley y al derecho, esto es, no sólo está sometido al derecho positivo, sino también al conjunto de valores y principios que forman parte de éste⁽²⁹⁷⁾.

Esta importancia que asume la ponderación en el derecho actual, determina que se evolucione desde un ordenamiento jurídico que otorga el protagonismo al acto autoritativo de creación de la norma, al momento hermenéutico en el que se lleva a cabo su interpretación y aplicación⁽²⁹⁸⁾. Se pasa, así, de la concepción de un legislador racional, a la de un jurista racional⁽²⁹⁹⁾.

Esto supone una mutación fundamental del papel del juez, muy lejos ya de ese simple papel de aplicador de una solución determinada por una autoridad dotada de poder normativo. No sólo porque, como propone el positivismo, cuando el ordenamiento jurídico no sea capaz, o no quiera, predeterminar la solución jurídica de un caso de la realidad, lleve a cabo una cierta creación de derecho. Sino porque asume una función de garante de los derechos fundamentales y principios y valores morales que contiene el ordenamiento jurídico.

Se reequilibra así el principio de división de poderes, que desde la revolución francesa había dada clara preeminencia al legislador, en cuanto representante de la voluntad popular; dándole un contrapunto en un poder judicial que no sólo aplica el derecho autoritativo (esto es, el derecho positivo), sino que pone en práctica y defiende también el derecho material superior (que ha encontrado expresión en los valores y principios constitucionales).

Desde aquí se puede entender con más criterio la respuesta dada por los neoconstitucionalistas a la dificultad contramayoritaria: entienden que el juez constitucional cuándo anula una ley, no está imponiendo su voluntad sobre el legislador, sino que desentraña un sentido de los principios que el legislador ha vulnerado⁽³⁰⁰⁾.

De este modo, el juez no se estaría imponiendo sobre el legislador, sino que vendría a ser un instrumento que hace valer un derecho superior que forma parte también del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, DWORKIN argumenta que las dificultades que normalmente se suelen oponer a la creación del derecho por parte del juez no son aplicables a los supuestos en los que el juez modifica o reinterpreta la norma aplicando principios jurídicos⁽³⁰¹⁾.

297 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 24.

298 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 283.

299 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 403.

300 BARRANCO AVILÉS: *Los contenidos materiales de la...* Págs. 349-350.

301 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 150-151.

Es claro el sentido de esta afirmación. No lo serían, en primer lugar, porque la solución a la que se llega no es propiamente una creación del juez, sino una aplicación del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, tampoco lo serían porque no se está creando un derecho nuevo, sino descubriendo un derecho preexistente en el ordenamiento jurídico, que el juez simplemente estaría sacando a la luz.

De este modo, los problemas que plantea la interpretación del derecho dejan de provenir únicamente de la “textura abierta” del ordenamiento jurídico, sino que pueden tener también su origen en la determinación de cuál es el principio que hay detrás de un precedente⁽³⁰²⁾.

Téngase en cuenta para entender esto que, si el derecho ya no sólo consiste en las normas de derecho positivo, sino también en principios. La decisión del caso ya no puede depender de la existencia de norma aplicable y de la claridad u oscuridad de ésta, sino también de la eventual existencia de un principio que pueda influir en esa decisión.

Nótese que esto determina, en opinión de DWORKIN, que un precedente pueda prevalecer incluso sobre una ley, en la medida que ese precedente tenga el apoyo de un principio jurídico.

DWORKIN señala que la fuerza del precedente responde a la equidad de tratar casos semejantes de manera semejante. Esto hace que el precedente pueda tener más fuerza que la ley, puesto que, habiendo actuado la autoridad jurídica de una manera con anterioridad, no es equitativo que lo haga con posterioridad de una manera diferente⁽³⁰³⁾. Si bien aclara, con posterioridad, que la extensión del precedente se debe limitar, sin embargo, a aquellos casos en los que detrás del precedente hay un argumento de principio, no cuándo está basado en un argumento político⁽³⁰⁴⁾.

En última instancia, nos parece, que DWORKIN está afirmando no la superioridad del precedente en sí, sino de los principios que puedan estar detrás de él. No tendría sentido en otro caso que una autoridad jurídica, legislador, no pueda modificar una solución jurídica dada por anterioridad. Esto es posible por la simple aplicación de la regla básica de la derogación de las normas anteriores por las posteriores, necesaria para permitir que el derecho se adapte a las nuevas situaciones sociales.

302 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 184.

303 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 185-186.

304 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 186.

Si una autoridad normativa no puede contradecir lo que ha dicho otra autoridad pública en un caso anterior, puede ser sólo porque esta autoridad pública que se pronunció previamente se basaba en un derecho de valor superior, un principio, que como elemento estructural del ordenamiento jurídico debe prevalecer, según la construcción de DWORKIN sobre una norma eventual y contingente y, por lo tanto, inferior, como la ley.

Muy expresivo en este sentido es que DWORKIN nos dice que Hércules no puede deducir un caso difícil sobre la base de lo que piense la mayoría, sino sobre su propio juicio de lo que es derecho⁽³⁰⁵⁾. Se trata, en definitiva, de buscar las esencias jurídicas, los principios, que por su carácter estructural deben prevalecer sobre otras normas.

Debe tenerse en cuenta que esto deja abierta la manera de entender la naturaleza de ese derecho superior, aspecto que depende de las convicciones e ideología de cada uno. Se puede entender que es un derecho natural, al que se llega a través de la razón; o se puede considerar la voluntad de una autoridad política superior al legislador, un poder constituyente, expresada en el momento constitutivo del orden jurídico que constituye la elaboración o reforma de esa Constitución. Dicho juicio forma parte de lo opinable.

Nótese que esto comporta importantes diferencias en el ámbito de la teoría jurídica. Si se entiende que este derecho es una realidad racional, nos estaríamos situando en una posición de impronta iusnaturalista. Sin embargo, si se considera que es una expresión de voluntad del legislador constituyente, estaríamos ante una teoría de base positivista.

Sin embargo, la presencia y autoridad de esos principios y valores materiales en nuestras constituciones y su operatividad práctica es hoy en día, al menos en nuestro entorno jurídico, una realidad empírica que no se puede eludir. Lo que supone desechar las versiones positivistas más radicales, que defendían la posibilidad de un derecho puramente formal, desmaterializado y legitimado en sí mismo. Es evidente el rechazo de nuestra sociedad a un derecho no apoyado en unos valores y principios morales que le doten de sentido: los valores y principios que representan los derechos fundamentales y los principios democráticos.

A partir de aquí se puede seguir siendo positivista y entender que esos principios están ahí como fruto de una convención, de un acto humano que los ha positivizado; o se los puede entender como un acto de reconocimiento de un derecho natural, al que se ha llegado por la razón.

305 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 207-208.

No podemos dejar de notar, sin embargo, los riesgos que se derivan de la primera posición, que acaba convirtiendo la discusión en una cuestión de mayorías, mayorías cualificadas en este caso (las necesarias para reformar una Constitución), pero mayorías, al fin y al cabo. Con lo que abre la puerta a reconocer la posibilidad de construir un ordenamiento jurídico inmoral, en el sentido de no respetar los principios democráticos y los derechos fundamentales, si se cuenta con una mayoría suficiente.

Nos parece una conclusión que no se compadece con los presupuestos del Derecho constitucional contemporáneo. Si se ponen en palabras esas tesis en toda su crudeza, desnuda de artificios retóricos, supone al fin y al cabo excluir de la reflexión racional y científica el contenido del derecho, y abandonar dicha materia a la discusión política.

Frente a ello, consideramos que los derechos fundamentales y los principios democráticos son el resultado de años de reflexión y estudio de la ciencia del derecho. Un esfuerzo racional que ha tratado de desnudar la reflexión jurídica de los elementos contingentes, de las propias convicciones históricas de una sociedad, para buscar soluciones racionales que traten de salvaguardar los derechos de todos.

Los derechos fundamentales y principios democráticos son, no sólo fruto de racionalidad y ciencia jurídica, sino su más elevada expresión, aquello que nos legítima y justifica como una rama del saber. El esfuerzo, seguramente todavía imperfecto, por construir un derecho a la medida del ser humano, sean cual sean sus características y condiciones.

De ahí que sea tan importante su autolimitación, que se restrinja a aquello que debe ser irrenunciable para todo ser humano⁽³⁰⁶⁾. No debiendo entrar en aquello que entra dentro de las valoraciones particulares de una determinada sociedad y cultura, que queda dentro del marco de la decisión política y se debe traducir en la elaboración por cada concreta sociedad de su propio derecho positivo.

No podemos dejar aquí la cuestión, sino queremos dar por buena una postura un tanto ingenua, en cuanto ignora las notables dificultades que supone llevar esto a la práctica. Lo dicho queda muy bien y resulta muy consistente, si no nos salimos de un plano puramente teórico, pero esto cambia si nos adentramos en la vida real.

306 En tal sentido, señala ALEXY como nota esencial de los derechos fundamentales la “fundamentalidad” de su objeto, esto es, que vienen referidos únicamente a intereses y necesidades fundamentales. *La institucionalidad...* Pág. 77.

Es realmente fiable esa inferencia que realiza el juez de ese derecho preexistente, o en la práctica va a suponer una simple pantomima porque el juez adopta decisiones en base a criterios políticos o morales propios, y luego los disfraz de una interpretación del derecho preexistente.

La transformación del derecho en un derecho de principios le da a quien lleva a cabo su aplicación una considerable flexibilidad en el desarrollo de las tareas de aplicación e interpretación del derecho⁽³⁰⁷⁾. Lo que, unido a la ponderación de bienes, conlleva un notable incremento de su discrecionalidad⁽³⁰⁸⁾.

Surge, entonces, lo que se viene denominando como un derecho líquido o flexible⁽³⁰⁹⁾ o derecho dúctil⁽³¹⁰⁾, en el que se incrementa notablemente la imprevisibilidad⁽³¹¹⁾.

En este marco se refuerza el poder del juez, que se ve dotado de un poder que hace unos años era impensable⁽³¹²⁾.

Desde las tesis positivistas se valora críticamente este incremento de la discrecionalidad judicial, que considera no compatible con la científicidad del derecho y la seguridad jurídica⁽³¹³⁾.

Se postula que desde las tesis neoconstitucionalistas se está considerando que el juez, al aplicar esos principios morales, está descubriendo un derecho preexistente. Sin embargo, en realidad, critican, cuándo el ordenamiento jurídico no ofrece respuesta para el caso concreto, el juez hace uso de su discrecionalidad, creando derecho⁽³¹⁴⁾.

Esto abre la posibilidad de que, bajo la apariencia de aplicación de principios, se produzca la adopción de decisiones discrecionales influenciadas ideológicamente⁽³¹⁵⁾.

A lo que se añade que la vaguedad de los principios constitucionales permite que un mismo principio pueda servir para fundamentar respuestas, no sólo distintas a un mismo problema jurídico, sino incluso totalmente contrapuestas⁽³¹⁶⁾.

307 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 285.

308 DOMÍNGO PÉREZ: *Neoconstitucionalismo, positivismo y...* Pág. 358.

309 ATRIA: *La ironía del...* Pág. 119.

310 ZAGREBELSKY: *El derecho...* Pág. 14.

311 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 290.

312 RODENAS: *El positivismo jurídico...* Pág. 448.

313 DOMÍNGO PÉREZ: *Neoconstitucionalismo, positivismo y...* Pág. 358.

314 ESCUDERO ALDAY: *Ronald Dworkin y el...* Pág. 319.

315 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 290.

316 ESCUDERO ALDAY: *Ronald Dworkin y el...* Pág. 316.

Por otra parte, se abre un riesgo de disolución de lo jurídico, en cuanto que, al considerar como derecho los principios morales, se puede considerar como derecho lo que no está formalmente reconocido como tal⁽³¹⁷⁾.

Se crítica, igualmente, que, desde la fundamentación en estos principios morales, se defiende la consideración de determinadas soluciones jurídicas adoptadas por los operadores jurídicos como correctas jurídica y moralmente. Lo que llevaría a considerar como una decisión objetiva, lo que no es más que una decisión subjetiva⁽³¹⁸⁾. Ya que, por más que estas tesis se apoyen en derechos y libertades constitucionales se apoyan en un objetivismo ético, al que le sigue siendo aplicable la vieja crítica contra el derecho natural que señala que no es posible determinar de manera objetiva que es ético, natural o justo⁽³¹⁹⁾.

Con ello, se corre el riesgo, consideran, de deslegitimar las posiciones contrarias a esa ética o moral propuesta como objetiva, vulnerando con ello el pluralismo político y la laicidad de las instituciones que el Derecho constitucional precisamente debería de proteger⁽³²⁰⁾. Surge, así, el riesgo de debilitar la fuerza de las constituciones frente al legislador y al activismo judicial⁽³²¹⁾.

Estas críticas al incremento de los poderes del juez no provienen sólo del ámbito positivista. También desde la órbita de los no positivistas se destacan los riesgos que conlleva este reforzamiento del poder de la judicatura, alegando que la existencia de un derecho natural no tiene por qué implicar que se deje en manos del juez la labor de descubrir y determinar el contenido de éste. Más bien, señalan, en nuestras sociedades existen buenos motivos para pensar que dicha tarea les corresponde a las instituciones democráticas de gobierno⁽³²²⁾.

Hay, incluso, quien ve en esta tendencia una pugna oculta de posiciones políticas. De tal forma que detrás de estos planteamientos latería la vieja lucha entre posiciones progresistas y conservadoras. En este momento histórico, señalan, las tendencias más progresistas, conscientes de su hegemonía cultural, remarcarían el carácter poroso del ordenamiento jurídico, para lograr una más fácil penetración de sus propias concepciones políticas, disfrazadas de interpretaciones judiciales⁽³²³⁾.

317 ATRIA: *La ironía del...* Pág. 123.

318 ESCUDERO ALDAY: *Ronald Dworkin y el...* Pág. 316.

319 FERRAJOLI: *Prólogo*. Pág. 17.

320 FERRAJOLI: *Prólogo*. Pág. 17.

321 FERRAJOLI: *Prólogo*. Pág. 18.

322 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Págs. 332-333.

323 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Págs. 334-335.

Se alega, igualmente, que se puede estar cayendo en un cierto elitismo judicial, considerando que sólo los jueces son capaces de descubrir esos principios morales que subyacen al derecho, dando a entender que el resto de la ciudadanía no son capaces de llegar a ellos⁽³²⁴⁾.

No se puede considerar estas críticas como temores infundados y sin sentido. Es evidente que al dotar al juez de un mayor protagonismo y poder, se corre el riesgo de que éste se extralimite en sus funciones y ocupe ámbitos que no le corresponden.

La mayor relevancia de la actividad judicial permite una mejor adaptación a una sociedad que está en continua transformación, pero también tiene su coste en términos de seguridad jurídica⁽³²⁵⁾.

Si no se puede negar que este mayor recurso a la actividad judicial comporta importantes riesgos, la cuestión se sitúa, entonces, en determinar si merece la pena asumirlos. Se trata, en definitiva, de precisar si tenemos más que ganar o más que perder.

DWORKIN parece tenerlo claro. No niega en ningún momento que darle al sujeto aplicador del derecho un papel tan principal puede tener sus efectos negativos. Sin embargo, considera que a pesar de ello es el camino a seguir.

Para entender su posición, debemos precisar en mayor medida que es lo que está en juego. DWORKIN y sus seguidores creemos no asumen su posición porque tengan, sin más, especial predilección por la figura del juez.

El elemento que explica su posición es que sin ese protagonismo judicial no puede garantizarse debidamente los derechos. Toda la obra de DWORKIN, y en buena medida ese movimiento histórico que llamamos neoconstitucionalismo, no puede explicarse sin tener en cuenta la revalorización de los derechos que lo acompaña.

El positivismo jurídico, en cuanto que parte, como vimos, de que sólo es derecho el derecho positivo y que no es admisible enjuiciar su validez desde elementos extrajurídicos, puso el protagonismo en el derecho objetivo.

No se puede afirmar por ello, desde luego, que el positivismo sea hostil a la vigencia y efectividad de los derechos subjetivos, pero si lo es, al menos en sus vertientes más puras, a la consideración de estos derechos como realidades previas y ajenas al derecho objetivo, que limiten y determinen el contenido de éste. Más bien al contrario, el derecho subjetivo surge de la ley, es expresión de la voluntad política expresada por la autoridad política⁽³²⁶⁾.

324 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 334.

325 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 24.

326 ZAGREBELSKY: *El derecho...* Pág. 48.

Los positivistas consideran que decir que alguien tiene un derecho es decir que otros tienen una obligación jurídica, y entienden que hay una obligación jurídica cuando hay una norma que exige hacer algo o prohíbe que se haga⁽³²⁷⁾.

Llevando hasta sus últimos extremos este planteamiento, la Teoría pura del derecho de KELSEN niega la propia existencia de la noción de derecho subjetivo. Para este autor la distinción entre derecho subjetivo y derecho objetivo no es más que un residuo del derecho natural, en cuanto constituye una forma de dar a entender que el sujeto puede estar dotado de unos derechos propios, anteriores y superiores al derecho objetivo. Lo que, entiende, no es posible, pues sólo existe el derecho subjetivo como una consecuencia derivada de la existencia del derecho objetivo⁽³²⁸⁾.

De este modo, en opinión de KELSEN, persona en el sentido jurídico no lo es el ser humano, que es un concepto biológico ajeno al derecho, sino un concepto jurídico que recibe la imputación de un conjunto de derechos y obligaciones que atribuye el ordenamiento jurídico⁽³²⁹⁾.

A lo que añade que las normas que regulan los derechos y libertades fundamentales no serían más que una limitación negativa: la prohibición por parte de la ley de que se vulneren esos derechos⁽³³⁰⁾.

Nótese que esta manera de entender el derecho subjetivo, como un mero reflejo de lo que el derecho positivo reconoce, no ofrece garantías frente a las posibles vulneraciones de esos derechos derivadas de la propia acción del legislador⁽³³¹⁾.

Este planteamiento es extraño, sin embargo, a la mentalidad iusnaturalista que, en cuanto, como sabemos, no reduce el derecho al derecho positivo, sino que considera que por encima de éste hay un derecho superior y distinto, no considera que los derechos y los deberes se derivan sólo de las normas del derecho positivo, sino que dependen también de elementos fácticos, de la realidad y de la naturaleza de las cosas⁽³³²⁾.

Para los iusnaturalistas los derechos pueden existir previamente a su reconocimiento por una norma⁽³³³⁾.

327 DWORIN: *Los derechos en...* Pág. 66

328 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Págs. 67-74.

329 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Págs. 76-77.

330 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 91.

331 ZAGREBELSKY: *El derecho...* Pág. 48.

332 CASTILLO VEGAS, J. L.: *La falacia naturalista en...* Pág. 82.

333 CASTILLO VEGAS, J. L.: *La falacia naturalista en...* Pág. 82.

Más en concreto, desde un planteamiento iusnaturalista, se parte de la consideración de los derechos humanos como exigencias esenciales de la naturaleza humana, que tienen su base en la dignidad humana⁽³³⁴⁾.

La entrada del neoconstitucionalismo en escena da un claro impulso, también en este ámbito a las tesis iusnaturalistas, pues comporta una importante revalorización de los derechos individuales.

Paradigmática en este sentido es el título de la célebre obra de DWORKIN, los “derechos en serio”, del que se ha dicho, con razón, que tiene un enorme poder descriptivo de las inquietudes y la actitud de los juristas desde la última parte del siglo XX hasta nuestros días⁽³³⁵⁾.

DWORKIN se opone a la concepción positivista que defiende que un individuo sólo tiene un derecho cuándo es creado por una decisión política o una práctica social explícita⁽³³⁶⁾.

La idea base defendida en ella por DWORKIN, que es también la columna vertebral del neoconstitucionalismo, es que hay que restringir el poder de las mayorías para proteger los derechos individuales⁽³³⁷⁾.

DWORKIN considera que existen unos derechos morales, que son previos al Estado y que ofrecen al ciudadano una salvaguardia frente a la acción de éste⁽³³⁸⁾. Con ello, este retorno a los derechos se convierte también, en parte, en un retorno al derecho natural, pues supone entender que los derechos humanos constituyen una realidad superior al derecho positivo y defender su validez con independencia de su positivización⁽³³⁹⁾. Los derechos humanos son, así, pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas, con independencia de lo que diga el derecho positivo⁽³⁴⁰⁾.

DWORKIN considera que los derechos individuales son triunfos del ser humano frente a las mayorías⁽³⁴¹⁾. De tal modo que un derecho lo es cuando no todos los objetivos sociales pueden anularlo⁽³⁴²⁾.

334 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental de...* Págs. 279-280.

335 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 65.

336 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 37-38.

337 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 223,

338 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 324. PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 66.

339 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 66.

340 ZAGREBELSKY: *El derecho...* Pág. 47.

341 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 37. CALSAMIGLIA: *Ensayo sobre...* Pág. 16.

342 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 161.

Desde esta perspectiva, DWORKIN señala la existencia de lo que denomina derechos contra el Gobierno, esto es, derechos que no pueden ser limitados utilizando argumentos de utilidad general o utilidad pública⁽³⁴³⁾.

Esto no supone que estos derechos no estén sometidos a limitaciones, sino que no basta para limitarlos una mera invocación genérica del interés general⁽³⁴⁴⁾.

La limitación de estos derechos contra el Gobierno no puede basarse, entonces, en lo que la mayoría piense o desee, sino que pueden verse limitados únicamente por los derechos concurrentes que sean también derechos contra el Estado⁽³⁴⁵⁾.

Ya veremos en su momento, que esto comporta la oposición de DWORKIN a la tesis de que se debe obedecer el derecho válido, aunque sea inmoral, pues, en su opinión, el ciudadano puede, en los términos que veremos, desobedecer la ley cuando se violan sus derechos contra el Gobierno.

DWORKIN apunta una cuestión que nos parece central para entender la fragmentación social que se vive en la actualidad en nuestras sociedades, a la que ya hacíamos referencia en la introducción de este trabajo. La consideración de la existencia de derechos contra lo que establezca el Estado o piense la mayoría, prevé DWORKIN, exige que la sociedad acepte instituciones que a veces no se acomodan fácilmente a lo que esa sociedad piensa o considera⁽³⁴⁶⁾. La propia actualidad da sobradas muestras de la verdad de esta afirmación. Más tarde volveremos sobre este tema.

Por otra parte, la importancia de establecer estas limitaciones al poder de las mayorías, no debe ser valorada sólo en términos de su necesidad para salvaguardar los derechos y libertades, sino como una auténtica garantía del propio sistema democrático.

Debe tenerse en cuenta que una democracia de corte puramente electoralista, que dé un poder omnímodo a la voluntad mayoritaria, genera el riesgo de caer en una suerte de dictadura de la mayoría, que lesione los derechos de los grupos minoritarios y ponga con ello en riesgo la propia democracia⁽³⁴⁷⁾.

En palabras del propio DWORKIN, la “institución de los derechos es (...) crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas (...).

343 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 285.

344 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 285-286.

345 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 289.

346 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 229.

347 VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Págs. 214-215.

El Gobierno no conseguirá que vuelva a ser respetado el derecho si no le confiere algún derecho a ser respetado. Y no podrá conseguirlo si descuida el único rasgo que distingue al derecho de la brutalidad ordenada. Si el gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho”⁽³⁴⁸⁾.

Esta posición de DWORKIN es claramente consecuente con los presupuestos constitucionales de nuestras sociedades. La positivización de los derechos fundamentales y los principios democráticos que se lleva a cabo en el constitucionalismo posterior a las postguerras mundiales supone imponer un límite al poder de la autoridad dotada del poder de dictar las normas⁽³⁴⁹⁾.

Debe tenerse en cuenta que los derechos fundamentales tienen una doble vertiente, positiva y subjetiva. Desde la vertiente subjetiva son elementos de protección de individuo. Mientras que, desde la vertiente objetiva constituyen elementos superiores del sistema jurídico, cuyo respeto se erige en condición material de validez de todas las normas jurídicas⁽³⁵⁰⁾. De tal modo que esos derechos fundamentales, en cuanto principios, se irradian a todo el ordenamiento jurídico⁽³⁵¹⁾.

En última instancia, estas modificaciones suponen que las Constituciones dejen de tener como referencia la organización del poder, para poner su eje en la persona y sus derechos⁽³⁵²⁾.

Abrir el camino a un mayor margen de decisión por parte del juez es, por lo tanto, necesario para hacer efectiva la superioridad de los derechos sobre el autor de las normas. Nótese que si no se apodera al juez (constitucional u ordinario según el caso) como garante de los derechos para poder freno a las posibles violaciones del contenido de esos derechos que provengan del autor de las normas (legislador o sujeto dotado de potestad reglamentaria, según el caso) no habría mecanismo efectivo para hacer efectiva la superioridad formal de los derechos constitucionales. En definitiva, la positivización constitucional de dichas garantías sería papel mojado.

Ahora bien, con ello quedaría justificada la existencia de una finalidad legítima para reforzar el papel del juez. Queda, entonces, nos parece abierta una pregunta, esto es, si dicha medida es proporcionada. Esto nos exige valorar si hay una adecuación razonable entre la necesidad de defensa de los derechos y el riesgo que esto supone de extralimitación por parte del juez.

348 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 303.

349 FERRAJOLI: *Prólogo*. Pág. 21.

350 BARRANCO AVILÉS: *Los contenidos materiales de la...* Pág. 346.

351 DOMÍNGO PÉREZ: *Neoconstitucionalismo, positivismo y...* Págs. 356-357.

352 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 382.

La respuesta que nos da DWORKIN es el reconocimiento de que es obvio que al realizar esta tarea los jueces pueden cometer errores, pese a lo cual esto no invalida que esta orientación sea correcta, porque que el juez no sea capaz de alcanzar a ver lo que el derecho exige, no supone que este eximido de intentarlo⁽³⁵³⁾.

La cuestión es, entonces, qué es exactamente lo que tiene que intentar. DWORKIN nos advierte aquí que no debemos preguntarnos si el juez trata de buscar el derecho existente o establece normas que no se encuentran en él. Lo que debemos preguntarnos es si el juez trata de determinar qué derechos tienen las partes o si crea derechos nuevos para conseguir objetivos sociales⁽³⁵⁴⁾.

La clave está, nos parece, en que DWORKIN no quiere convencernos de una improbable inefabilidad del juez, sino de que sigue el camino correcto, que no es la libre creación de la solución jurídica como si fuese el legislador, sino que se espera de él simplemente una sincera búsqueda de la respuesta que el derecho exige para esa cuestión.

La corrección no reside en una habilidad cuasi mágica de descubrir una verdad jurídica absoluta, sino más bien de que el juez no busque su propia verdad, sino que trata de buscar la verdad del derecho.

El dilema no es distinto a aquel que tan bien nos explicó L. FRANK BAUM en su historia del Mago de Oz, los personajes protagonistas siguen un camino en busca de un hombre mágico que les diera respuesta a sus problemas, pero no encontraron las respuestas en ese mago, entre otras cosas porque los magos no existen, la respuesta estaba más bien en emprender el camino rectamente para encontrar las respuestas.

Aquí pensamos la respuesta está también en el camino. No debemos creer en un juez Hércules, que como un mago se saque de la chistera la única respuesta correcta, creemos en el valor de emprender el camino de buscar las respuestas de manera sincera en el derecho.

Lo importante no es que el juez encuentre la “única respuesta correcta”, algo que no podrá nunca asegurarse; lo relevante es que busque esa “única respuesta correcta”. El sujeto aplicador del derecho no puede limitarse ante un problema jurídico a ofrecer a los afectados una respuesta que el mismo crea, porque la solución no aparece de manera sencilla en el derecho positivo, debe tratar de buscar la respuesta que el derecho daría como correcta.

353 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 207-208.

354 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 414-415,

Así nos parece que lo indica DWORKIN cuando señala que no se trata del aspecto externo de que no se pueda lograr encontrar una respuesta respecto a la cual varias personas razonables no pudieran discrepar de que es la respuesta correcta. Se trata más bien de una respuesta interna, esto es, el hecho de que lo anterior no impide que se pudiera encontrar a alguien que ofreciera un razonamiento convincente para considerarlo la única respuesta correcta⁽³⁵⁵⁾.

Con ello, se desplaza el elemento determinante a la argumentación. Lo decisivo es para DWORKIN que la respuesta dada por el juez se base en una argumentación de principios (en una argumentación jurídica, en definitiva, una argumentación fundada en la protección de los derechos) y no es la búsqueda de una solución política (esto es, una argumentación dirigida a conseguir un determinado fin).

Como señala RODILLA, en un Estado de derecho el ciudadano no sólo tiene derecho a exigir del juez una decisión vinculante, sino que puede pedir una decisión correcta en los términos que establece el derecho vigente. Lo que determina la consecuente obligación de que el juez fundamente sus decisiones desde criterios contenidos en el sistema jurídico. Factor que determina que la utilización de los principios no comporte una pérdida de seguridad jurídica. Más bien lo contrario, porque permiten obtener del juez una respuesta basada en el derecho vigente⁽³⁵⁶⁾.

Nótese que esto no queda asegurado desde la posición positivista, que permite ante la oscuridad de la ley dar una respuesta discrecional. Lo que abre la posibilidad en que el juez de respuesta desde una argumentación extrajurídica.

En base a ello, podemos concluir que consideramos el riesgo de pasar a un derecho de principios que refuerce la posición del juez como proporcionado. Ahora bien, esa proporcionalidad no se hace patente en el caso aislado, en cada concreto caso resuelto por una autoridad judicial, en el que no se puede garantizar el acierto en la decisión. Se muestra en el conjunto, en el funcionamiento global del sistema jurídico, en el esfuerzo compartido por buscar esa respuesta adecuada, que permite, a través de un proceso complejo y lento la elaboración de doctrinas sólidas y una mejor tutela de los derechos.

355 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 456-457.

356 RODILLA: *Teoría del...* Págs. 400 y 417-421,

2.5. RELACIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO

2.5.1. Planteamiento general. Las posiciones tradicionales de iusnaturalismo y positivismo.

La determinación de cuál debe ser la relación entre el derecho y la moral es una de las cuestiones más debatidas de la historia del derecho, al mismo tiempo que una de las más irresolubles⁽³⁵⁷⁾. Si bien, pocas dudas hay de que constituye una cuestión ineludible para cualquier teoría del derecho⁽³⁵⁸⁾.

Es, al mismo tiempo, un punto de continua disputa entre las tesis positivistas y las no positivistas⁽³⁵⁹⁾.

Existen dos grandes tesis de referencia acerca de la relación entre el derecho y la moral, la tesis de la separación y la tesis de la vinculación. Siendo el positivismo, partidario de la primera y el iusnaturalismo partidario de la segunda como punto de partida⁽³⁶⁰⁾.

De manera más precisa, ALEXY distingue dos tipos de tesis de la separación y dos tesis de la vinculación.

Por un lado, distingue entre la tesis de la separabilidad y la tesis de la separación. Para la tesis de la separabilidad no hay ninguna relación necesaria entre derecho y moral, por lo que la relación entre ellas es siempre contingente. La tesis de la separación parte de lo anterior y añade que es mejor definir el derecho excluyendo todos los elementos morales. La tesis de la separabilidad se correspondería con la versión más débil del positivismo. Mientras que la tesis de la separación correspondería a las visiones más estrictas o fuertes de positivismo⁽³⁶¹⁾.

Por otro lado, dentro de la tesis de la vinculación diferencia una versión débil y una versión fuerte. La tesis débil de la vinculación, que correspondería con la vertiente más suave de las tesis no positivistas, niega la tesis de la separación y considera que la relación entre derecho y moral es conveniente, pero no necesaria. Por su parte la versión fuerte de la vinculación, que niega la tesis de la separabilidad y considera que la relación entre derecho y moral es conceptualmente necesaria⁽³⁶²⁾.

357 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 173.

358 RAZ: *Entre la autoridad y la interpretación...* Pág. 209.

359 ALEXY: *La institucionalización de...* Pág. 15.

360 VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Págs. 17 y 24. ALEXY: *La institucionalización de...* Pág. 15.

361 ALEXY: *La institucionalización de...* Págs. 15-16.

362 ALEXY: *La institucionalización de...* Págs. 16-17.

Esta polémica, lejos de quedarse en una disputa meramente teórica, está dotada de enorme relevancia práctica⁽³⁶³⁾ y de ella se derivan varias consecuencias de especial transcendencia. La primera de esas cuestiones nos lleva a plantearnos en qué términos se está obligado a cumplir el derecho. Pregunta que puede ser contestada desde dos perspectivas diferentes.

Por un lado, se puede considerar que el derecho es obligatorio por sí mismo, sin que pueda verse limitada su obligatoriedad en base a criterios de moralidad, esto es, el derecho nos vincula y es obligatorio por el mero hecho de ser tal, independientemente de que pueda ser calificado como moral o inmoral. Esto determina que para precisar si el derecho es o no obligatorio, debemos limitarnos a verificar si cumple los requisitos y exigencias para su válida emisión formal, esto es, si es válido conforme a las reglas que establece el sistema de fuentes del derecho de cada concreto ordenamiento jurídico. A este juicio, no puede añadirse ningún juicio sobre la moralidad de su contenido, que sería una cuestión extrajurídica, que no afecta a su validez.

La otra tesis de referencia, considera que hay una conexión necesaria entre derecho y moralidad. De tal modo que, para que el derecho sea válido, no es suficiente que esas normas hayan sido dictadas conforme a las reglas que se establece en el sistema de fuentes de su ordenamiento jurídico, sino que es preciso, además, que su contenido responda y cumpla con determinadas exigencias morales. De tal modo que sólo sería derecho en sentido estricto aquel que además de cumplir los requisitos formales del ordenamiento jurídico es materialmente justo.

El positivismo jurídico es partidario de la primera tesis, y parte de la idea de que el derecho por el mero hecho de serlo y de ser válido debe ser obedecido⁽³⁶⁴⁾.

La justificación que se da a esta orientación responde a diversos factores, pero su mayor baza se encuentra, nos parece, en que es una solución que presta un mejor servicio a la seguridad y estabilidad social.

Antes de ello, sin embargo, debemos examinar otro tipo de argumentos que nos llevan a posiciones podemos decir menos drásticas. Así, en primer lugar, se pueden esgrimir para justificar esta posición, simplemente razones de moralidad, esto es, que la obediencia al derecho positivo constituye en sí misma una obligación moral⁽³⁶⁵⁾.

363 Como señala BRUFAU PRATS, es una cuestión que se ha planteado frecuentemente en la práctica, muchas veces de manera trágica. *Teoría fundamental...* Pág. 281.

364 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 108-110.

365 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 108-110. SAAVEDRA LÓPEZ, M.: "Las opiniones de H. L. A. Hart sobre el derecho injusto: reflexiones en torno a la hipótesis: <<esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido", en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Págs. 261-262.

Esta concepción encuentra apoyo en otra consideración que conduce al mismo punto. El cumplimiento del derecho con independencia de su contenido es una consecuencia del principio de igualdad. El hecho de que la ley, se entienda que es justa o injusta, debe ser obedecida, supone imponer un criterio tendente a la igualdad, porque determina la igualdad de todos ante la ley⁽³⁶⁶⁾.

El buen ciudadano cumple, así, el derecho porque es derecho y sabe que le obliga, independientemente de que comparta su contenido o no. Como miembro de una comunidad uno está obligado, en definitiva, a cumplir las reglas de la sociedad de la que forma parte, cualquiera que sea su contenido. Así, un ciudadano no deja de cumplir sus obligaciones con la Hacienda pública cuándo cobra una herencia, aunque subjetivamente esté convencido de que el gravamen que fijan las leyes fiscales es excesivo para algo por lo que sus padres ya tributaron en su momento. Lo hemos visto muy recientemente, muchos ciudadanos consideraban excesivo ponerse la mascarilla en tiempo de pandemia, o lo consideraban excesivo en determinadas situaciones, pero a pesar de ello la llevaban rigurosamente, porque era lo que la autoridad pública había decidido.

Esta tesis es, evidentemente, sugerente e innegable con carácter general. A nadie se nos escapa la imposibilidad no ya de una sociedad organizada, sino simplemente de la vida en sociedad, si todos no cumpliéramos las normas independientemente de que nos gusten o no. El buen ciudadano, el ciudadano medio, cumple el derecho, aunque no esté de acuerdo con él.

Esto es así incluso en aquellos casos en los que el ciudadano tiene una discrepancia profunda con el contenido de esas normas. Este signo de civilización es, de hecho, nota estructural de una Democracia sólida y bien estructurada.

En un sistema democrático los ciudadanos son conscientes de que, cada cierto periodo de tiempo, van a ser llamados a elegir a sus representantes políticos, que van a tomar las decisiones jurídicas y políticas conforme a un programa y una ideología política determinada. Saben, por supuesto, que esas elecciones van a ser ganadas o no por el candidato de su gusto o preferencia política, pero aceptan de manera previa y sin fisuras el resultado, sea cual sea.

Por poner un ejemplo expresivo, en un sistema democrático maduro, el militante de derechas acepta, o al menos debería aceptar, no con alegría probablemente, pero sí con resignación y aceptación, que gane las elecciones un partido muy a la izquierda, como pudiera ser Podemos. Lo mismo que el militante de la izquierda acepta, o debería aceptar, en los mismos términos, que gane las elecciones un partido muy a la derecha, como pueda ser en la España actual Vox.

366 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 88.

Esto no supone que secunde, por supuesto, las políticas públicas que puedan aprobar, ni que no manifieste públicamente su desagrado hacia ellas, pero siempre a través de los medios de participación política que establece el ordenamiento jurídico.

Ésta es, en definitiva, una de las bases estructurales de cualquier sistema democrático, la aceptación de encauzar las preferencias políticas a través de un proceso político, aceptando de manera previa el resultado, y renunciado a una oposición violenta o simplemente ajena a los medios de participación democrática que establece el derecho.

En línea de principio, la ruptura de esta regla es evidente que supone una ruptura con las convicciones democráticas y nos lleva a una democracia de menor calidad. Por más que se empeñen en lo contrario en muchas ocasiones los que la quiebran, alegando las presuntas virtudes de libertad o justicia de lo que ellos piensan.

Prueba ejemplar de lo dicho nos la proporciona la actualidad que vivimos. Los ciudadanos cumplen el derecho incluso cuándo son contrarios a él por algo que les toca más de fondo que la discrepancia ideológica, incluso cuando esté vulnera sus intereses de manera frontal y directa. Recientemente hemos podido ver como cientos de ciudadanos han cerrado sus negocios, dónde estaban depositados sus esfuerzos y ahorros de toda la vida, porque lo exigía la normativa dictada para luchar contra la pandemia. Un esfuerzo de valor incalculable, que muestra la profunda vinculación y convicción de la inmensa mayoría de la ciudadanía con el derecho y el orden político.

A nadie se le escapa, sin embargo, que este planteamiento es válido, y deseable, sólo en un orden jurídico que recibe en su conjunto una valoración favorable por parte de la mayoría de la ciudadanía. Los ciudadanos cumplen el derecho, aun en los casos de disconformidad profunda con el mismo o cuándo vulnera directamente sus intereses, desde la convicción de que vivir en un Estado de derecho es algo bueno y necesario.

Esta argumentación quiebra, sin embargo, en aquellos supuestos en los que la disconformidad con lo jurídico pasa a otro nivel. Nos referimos a aquellos supuestos en los que existe una convicción por parte de la ciudadanía de que un ordenamiento jurídico, o al menos una parte sustancial y relevante del mismo, es intolerable e inaceptable. Piénsese en regímenes totalitarios o racistas, que no respetan los derechos y libertades fundamentales. En esos casos, el buen ciudadano no sólo siente que no tiene que cumplir el derecho, sino que incluso tiene la percepción que desde una ciudadanía consciente debe de oponerse a él.

Si se quiere mantener que el derecho sigue siendo obligatorio en estos supuestos en los que su cumplimiento no puede ser considerado una obligación moral, se tiene que aportar una justificación que sustente la obligatoriedad del derecho en sí mismo, al margen de consideraciones morales.

Dicha posición exige, por lo pronto, afirmar que deber jurídico y deber moral son dos realidades diferentes. De tal modo que la existencia de la norma jurídica válida generaría una obligación de defenderla, que no tiene que venir necesariamente acompañada de una obligación moral. El deber jurídico de cumplir una norma es, así, un vínculo objetivo que depende de la validez jurídica de la norma y rige con independencia de la asunción moral de esa regla o no por el obligado⁽³⁶⁷⁾.

Con ello hemos llegado al punto clave. Nos estamos situando de frente a la tesis de la separación en su vertiente más extrema. El núcleo duro, podríamos decir, de las tesis positivistas. El derecho, nos dirían los positivistas estrictos es una realidad totalmente autónoma de la moral, que genera una obligación de cumplimiento totalmente al margen de cualquier consideración moral.

Así dicho, en términos puramente teóricos, suena menos fuerte de lo que es. Dicho en toda su crudeza esta afirmación nos dice que el derecho es derecho, y por tanto obligatorio, cualesquiera que sean sus defectos morales, ya sea racista, vulnerador de la igualdad o los derechos humanos o dotado de cualquier contenido aberrante.

Una afirmación tan radical no puede quedar justificada en esa argumentación meramente técnica de que el deber jurídico es un deber distinto del deber moral. Se hace necesario, obviamente, examinar la cuestión a la luz de sus consecuencias prácticas. No faltan, sin embargo, argumentos para la defensa de esta doctrina.

Así, se propugna que esta concepción formalista contribuye de manera decisiva al cumplimiento de la función estabilizadora de la vida social que el derecho debe cumplir. La prevalencia de un derecho formal sobre los criterios de equidad atribuye estabilidad al sistema.

Privar de esa función estabilizadora al derecho es privarlo de su propio sentido. Por ello, nos dice BOBBIO, el “formalismo sigue al derecho como la sombra sigue al cuerpo; intentar eliminarlo sería lo mismo que intentar hacerlo con la sombra a costa del propio cuerpo”⁽³⁶⁸⁾.

367 SAAVEDRA LÓPEZ: *Las opiniones de...* Pág. 258.

368 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 99-100.

De este modo, la obediencia al derecho con independencia de su contenido encontraría su mayor apoyo en razones de seguridad jurídica. Si se parte de la consideración del derecho positivo, como pretende el iusnaturalismo, como un derecho inferior y subordinado al derecho natural y, con ello, a criterios de tipo moral, la eficacia de las normas jurídicas positivas quedaría subordinada a la valoración que realice cada ciudadano conforme a sus propias concepciones ideológicas⁽³⁶⁹⁾.

En las complejas sociedades modernas, en las que conviven tantas y tan diversas concepciones acerca de la justicia, se señala, esto acabaría convirtiéndose en una llamada a la anarquía⁽³⁷⁰⁾.

Téngase en cuenta que con esta posición no se está simplemente situando a la seguridad jurídica por encima de la justicia. Se trata más bien de poner de manifiesto que esa seguridad jurídica es imprescindible, en cuanto que sin ella es inviable la justicia⁽³⁷¹⁾.

A esto se añade por parte de los positivistas otro elemento de inseguridad jurídica que opera, en cierto modo, a la inversa. Al igual que el cumplimiento de las normas puede quedar al arbitrio de los ciudadanos según cual sean sus preferencias morales, los operadores jurídicos pueden fácilmente alumbrar sus propias soluciones jurídicas interpretando el ordenamiento jurídico a la luz de sus propias convicciones. Si consideramos que lo que es derecho o no puede derivarse de una mera justificación moral, podría descubrirse la existencia de derecho dónde nadie sabía que lo había, como consecuencia del triunfo de una determinada orientación moral⁽³⁷²⁾.

Es ésta una cuestión de especial relevancia, pues de ella se deriva el importante problema de los excesos en la aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos. Un sistema jurídico parte de la base de que hay unas autoridades y procedimientos para la creación de las normas y otras que se encargan de su aplicación. La idea de derecho parte del presupuesto de que el sujeto que aplica las normas, esencialmente el juez, pero hoy en día de manera no menos relevante también la Administración, actúa con fidelidad a lo que el autor de la norma dispuso.

369 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 17. ROSS: *Sobre el derecho y...* Págs. 54-55 y 68.

370 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Págs. 17-18.

371 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 18.

372 GREEN: *Introduction*. Pág. XVIII.

Una concepción del derecho basada en consideraciones morales abre un mayor margen de discrecionalidad a favor del sujeto que aplica la norma, que le permite no sólo dejar de aplicar la norma por considerarla injusta como hemos visto antes, sino también derivar nuevas normas de razonamientos interpretativos a la luz de esos valores morales. Es el problema de la creación judicial del derecho, especialmente relevante, sobre todo mediante la aplicación de los principios jurídicos. Cuestión que ya tratamos en otra parte de este trabajo.

Estos argumentos en los que se basan las tesis positivistas han sido objeto de crítica por parte de los partidarios de tesis iusnaturalistas.

Un primer aspecto en el que se traduce esta crítica, es la consideración de que, al defenderse la validez de cualquier derecho, sea cual sea su contenido, se está abriendo la puerta a la creación y consolidación de dictaduras y regímenes totalitarios⁽³⁷³⁾.

El positivismo se ha enfrentado a estas acusaciones, defendiendo que no existe ningún tipo de vinculación entre positivismo y dictadura. La doctrina que demanda la obediencia a la ley por el simple hecho de ser tal, es imprescindible para que éste pueda cumplir la función de seguridad y estabilidad que el derecho pretende. Esa obediencia a la ley no puede, señalan, en consecuencia, ser juzgada como buena o mala, su bondad o maldad dependerá de que las leyes de cada momento sean buenas o malas⁽³⁷⁴⁾.

Creemos que esta respuesta es sólo parcialmente cierta. Es verdad que no existe ninguna conexión necesaria entre positivismo y tesis de la separación y dictadura. La mera evolución histórica da prueba de ello. El positivismo ha sido durante mucho tiempo la tesis más influyente en prácticamente toda Europa y no dio lugar a la creación de dictaduras en muchos lugares, que bajo el impulso del pensamiento positivista desarrollaron ordenamientos jurídicos perfectamente democráticos.

Cosa distinta es que desde el pensamiento positivista no sea más fácil la tolerancia de los regímenes dictatoriales. Al negarse a cuestionar el derecho por su contenido, se está implícitamente admitiendo como jurídicamente válido cualquier tipo de régimen político y jurídico. Esto no supone, evidentemente, una adscripción a las tesis totalitarias, de hecho, los grandes positivistas, KELSEN, HART o BOBBIO, por citar sólo unos ejemplos, han sido como es sabido grandes defensores de la democracia, pero sí supone que la cuestión del régimen político pasa a ser una cuestión puramente política y no jurídica.

373 CASTILLO VEGAS, J.: *Los errores puros de...* Pág. 97.

374 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 113-114.

En última instancia, mantener la tesis de la separación en sus aspectos más puros supone dar plena libertad a lo político y dotar a ese sistema político de un poder omnímodo para regular la sociedad. Esto abre el riesgo de dar por bueno regímenes dictatoriales, pero también abre el peligroso sendero de permitir en las sociedades democráticas que las mayorías puedan hacer valer en todo caso sus opiniones, incluso violentando los derechos más irrenunciables de las minorías.

Esta cuestión ha sido ya tratada en otra parte de este trabajo. Un par de apuntes, sin embargo, para cerrar también aquí debidamente la cuestión. En primer lugar, esta necesidad de limitar la política fue sentida como una necesidad especialmente urgente por los constituyentes tras los desastres de las dos guerras mundiales. De hecho, una Constitución moderna es, por encima de todo, la norma que fija unas reglas para proteger a la sociedad de los eventuales excesos de una mayoría poco respetuosa con los derechos y las libertades.

Por otra, en segundo lugar, se debe señalar que, si bien esa idea ha encontrado plena expresión histórica en el Derecho constitucional contemporáneo, que ha abierto el camino, al menos en una parte del mundo, a la era de máxima vigencia y respeto de los derechos y las libertades; es, sin embargo, una preocupación presente desde siempre en la cultura occidental.

En las palabras de un pensador tan relevante en la evolución de nuestro pensamiento, como es CICERON, se puede encontrar perfectamente planteada esta cuestión cuando nos dice que “si los derechos se fundaran en la voluntad de los pueblos, las decisiones de los príncipes y las sentencias de los jueces, sería jurídico el robo, jurídica la falsificación, jurídica la suplantación de testamentos, siempre que tuvieran a su favor los votos a los plácemes de una masa popular”⁽³⁷⁵⁾.

Por otra parte, en segundo lugar, los partidarios de la tesis de la vinculación niegan que reconocer el derecho a desobedecer las normas vaya a desembocar en la inestabilidad y la inseguridad. No niegan propiamente la idea en sí, pero si consideran que los positivistas la plantean en términos desproporcionados. De tal modo, señalan, que estas acusaciones de caída en la anarquía se basan en una suposición, ya que, el mero hecho de que se tolere una cierta desobediencia civil por razones morales, no está demostrado, ni es previsible, que vaya a desembocar en un incumplimiento generalizado de las leyes, que pueda llevar a la anarquía⁽³⁷⁶⁾.

375 CICERON, M. T.: “Las Leyes”, en *Las Leyes. Catilnarias*. Traducción de A. D’Ors. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000. Pág. 95.

376 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 291.

Las tesis iusnaturalistas se sitúan, como era de esperar, en la posición totalmente contraria en esta disputa, defendiendo el derecho a desobedecer el derecho injusto.

Para entender su posición, lo primero que debe tenerse en cuenta es que, para los partidarios del iusnaturalismo sólo cabe considerar como verdadero derecho al derecho justo. De tal modo que aquellas realidades que tienen apariencia del derecho, pero carecen de la virtud de la justicia, no pueden ser consideradas propiamente como derecho.

De este modo los pensadores iusnaturalistas defienden que el derecho sólo está justificado si tiene como fin la justicia y que no cabe, en consecuencia, su legitimación sobre la base de argumentos utilitaristas o de oportunidad política⁽³⁷⁷⁾.

No considerando, por ello, derecho digno de tal nombre a aquel que está desligado de los principios del derecho y de la Justicia⁽³⁷⁸⁾. Lo expresa claramente CICERON, afirmando que hay “muchas disposiciones populares perversas y funestas que no llegan a merecer más el nombre de ley que si las sancionara el acuerdo de unos bandidos. Al igual que no pueden llamarse recetas médicas de verdad las que matan en vez de curar, como las hacen algunos médicos ignorantes y sin experiencia, así tampoco es ley para una comunidad una cualquiera, sea como sea, incluso cuando perjudica de algún modo al pueblo que la padece”⁽³⁷⁹⁾.

Los iusnaturalistas, aunque admiten que en el derecho existe un importante elemento de autoridad o voluntad, consideran sólo puede imponerse porque es considerado moralmente valioso. De tal modo que comporta necesariamente un componente de idealidad o justicia⁽³⁸⁰⁾.

Esto determina que hay una parte del derecho que no puede reducirse al derecho positivo, sino que se deriva de una lógica superior, responde a la propia esencia de la naturaleza o a la racionalidad. Lo que lo convierte, a su vez, en un derecho superior.

De este modo, para que nos encontremos, desde el punto de vista de la relación entre derecho y moral, ante una tesis iusnaturalista, se tienen que dar dos condiciones: a) una parte de las reglas de conducta humana no son fruto de la obra del hombre histórico; b) una parte de esas reglas se encuentra en un plano axiológico superior al derecho positivo⁽³⁸¹⁾.

377 CASTILLO VEGAS, J.: *Los errores puros de...* Pág. 95. SAAVEDRA LÓPEZ: *Las opiniones de...* Pág. 267. LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 309

378 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 320. BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental del...* Pág. 281.

379 CICERON: *Las Leyes*. Pág. 129.

380 SAAVEDRA LÓPEZ: *Las opiniones de...* Págs. 265-266.

381 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 175.

Esto supone que estas reglas axiológicamente superiores no surgen de la autoridad pública (derecho legislativo) o de la tradición (derecho consuetudinario)⁽³⁸²⁾.

Desde aquí reivindican el derecho a desobedecer las normas materialmente injustas⁽³⁸³⁾. derecho que se extiende no sólo respecto a las normas positivas injustas promulgadas por la autoridad normativa, sino también respecto a las sentencias y resoluciones que adolecen del mismo defecto⁽³⁸⁴⁾.

Ahora bien, este planteamiento que llevado a posiciones maximalistas sería insostenible en la práctica, encuentra usualmente correcciones. De tal modo que la doctrina iusnaturalista admite la necesidad de obedecer, total o parcialmente, las normas jurídicas injustas en determinados casos, para salvaguardar la estabilidad y la seguridad y evitar, así, un mal mayor⁽³⁸⁵⁾.

Esta posibilidad de obediencia a las normas injustas no es, sin embargo, para todo tipo de normas. Se debería aplicar únicamente a las normas moderadamente injustas, pero no a las normas gravemente injustas, que no deberían ser consideradas como derecho vinculante⁽³⁸⁶⁾.

En tal sentido, hay quien ha fijado el límite que deslinda lo moderadamente injusto, respecto a la injusticia intolerable, en la vulneración de derechos humanos. De tal modo que las normas que violan esas garantías básicas no deberían ser consideradas derecho válido y no deberían ser obedecidas⁽³⁸⁷⁾.

A ello se añade que este derecho a la desobediencia no permite cualquier cosa. En virtud de él, el ciudadano sólo puede reclamar lo que su derecho le permita de buena fe y no puede cometer actos que violen los derechos ajenos⁽³⁸⁸⁾.

La segunda consecuencia importante que se deriva del conflicto entre tesis de la separación y la tesis de la vinculación, es la que hace referencia al modo que tiene el derecho de manifestarse en la sociedad, esto es, si lo hace siempre como una coacción, implícita o explícita, o si tiene también, o preferente, una autoridad moral.

Para enfrentarnos a esta cuestión debemos partir de una de las maneras tradicionales de diferenciar derecho y moral. Es ésta una cuestión muy compleja, discutida y discutible, que supera con mucho nuestras capacidades y los objetos de este estudio, en la que, por tanto, no queremos ni debemos entrar.

382 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 175.

383 DÍEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y...* Pág. 198.

384 DÍEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y...* Pág. 198.

385 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental del...* Pág. 281. CASTILLO VEGAS, J.: *Los errores puros de...* Pág. 94.

386 CASTILLO VEGAS, J.: *Los errores puros de...* Pág. 94.

387 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental del...* Pág. 282. ALEXY: *La institucionalización de...* Pág. 65.

388 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 292.

Nos interesa señalar simplemente que unos de los criterios que se utiliza, en ocasiones, para diferenciar entre estas dos realidades es que, en caso de inobservancia, el derecho, a diferencia de la moral, puede ser exigido a través de la fuerza o coacción⁽³⁸⁹⁾.

Desde algunas posiciones se ha dado a esta vinculación entre derecho y poder el aspecto definidor de lo jurídico. En tal sentido ROSS, que considera que el orden jurídico tiene como objetivo determinar cómo se va a ejercitar el uso de la fuerza por las autoridades públicas en un Estado. A lo que añade que el derecho es un instrumento del poder y que el poder funciona a través del derecho⁽³⁹⁰⁾.

Esta concurrencia en el derecho de la autoridad coercitiva, del uso legal o institucional de la fuerza, no es una cuestión discutible, pues es evidente que es una nota característica del derecho. No obstante, sí que lo es su alcance. No parece correcto ni conveniente que lo jurídico cimente todo su poder en el ejercicio de la fuerza.

Es evidente, nos parece, que el cumplimiento de las normas descansa en mayor medida en su aceptación voluntaria por la mayor parte de la ciudadanía, que en la amenaza de infligir un castigo o medida desfavorable de cualquier tipo a quienes vulneran el régimen jurídico vigente. Ambos elementos deben confluir y complementarse para una correcta articulación del ordenamiento jurídico. Por un lado, ninguna autoridad pública es capaz de lograr el cumplimiento de normas que cuentan con la oposición del conjunto de la ciudadanía. De otra, por mayor que sea el prestigio del derecho en una sociedad, siempre habrá un margen relevante de incumplimiento, que se debe reconvertir a través de la aplicación de la coerción.

Se ha señalado que admitir como válido cualquier norma emitida por una autoridad jurídica legalmente, supone una cierta equiparación del derecho a la fuerza⁽³⁹¹⁾.

Una afirmación como ésta puede parecer excesivamente rotunda, pero, en realidad, no lo es tanto. Si el derecho prescinde de toda autoridad moral, no tiene más autoridad que la de la fuerza, institucionalizada a través de un sistema de representación política, pero fuerza, al fin y al cabo.

Se puede argumentar que un Estado organizado de manera determinada puede dictar normas que posean un mayor prestigio y autoridad moral que las que pueda tener cualquier otro Estado. Lo cual se debe admitir como cierto,

389 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 176.

390 ROSS: *Sobre el derecho y...* Págs. 33-34 y 57.

391 BRUFAU PRATS: *Teoría fundamental del...* Pág. 281.

pero esa no es la cuestión relevante, porque, al fin y al cabo, esto no es más un efecto contingente, un resultado derivado de la manera en que se ha ejercido el poder público en ese concreto Estado.

El positivismo, en la versión estricta que estamos examinando, al defender el elemento moral como irrelevante para la calificación de una realidad como derecho, está convirtiendo esa manera de comportarse correctamente el derecho por definición en algo coyuntural, que no impediría, de no darse, el carácter jurídico de ese ordenamiento.

Lo cierto es, pues, que desde la tesis de la separación se está abriendo la puerta a la posibilidad de existencia de un ordenamiento jurídico carente de toda legitimidad moral. Afirmación que la propia Historia se ha encargado, desgraciadamente, de probar.

Evidentemente esos ordenamientos amoraless no surgen de la nada, para consolidarse y mantenerse deben de contar con la complicidad de un sector importante de la ciudadanía⁽³⁹²⁾, pero no dejan de ser enormes monumentos al dominio de la fuerza. Son la expresión de un sector de la ciudadanía que se impone a otro con el único argumento del poder fáctico.

Este tipo de soluciones nos parecen un error. El derecho debe ser un régimen regulador de la conducta basado en la fuerza de su autoridad moral, no en su fuerza coactiva. El empleo en el ámbito jurídico de la coacción debe ser, en realidad, un fenómeno relevante, pero marginal.

Nótese que la coacción es un elemento que no acompaña necesariamente al derecho, sino que está presente sólo en los supuestos patológicos, en los supuestos de incumplimiento, pero no aparece cuando las normas se cumplen de manera espontánea por los ciudadanos⁽³⁹³⁾.

No se nos debe olvidar que esto es al fin y al cabo lo normal. El ciudadano normal paga sus impuestos y lo que compra en un supermercado, no pone la lavadora a altas horas de la madrugada para no molestar a los vecinos, y conduce con respeto de las normas de tráfico.

El elemento preponderante para garantizar la eficacia del derecho es su prestigio, que sea valorado favorablemente por los ciudadanos y esto es un factor que se deriva de su autoridad moral.

En definitiva, el derecho no sólo se cumple por su carácter coactivo, sino porque responde a determinados valores que evidencian que su contenido va dirigido a lograr la justicia⁽³⁹⁴⁾.

392 ROSS: *Sobre el derecho y...* Pág. 56.

393 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 176.

394 OTERO PARGA, M.: *Valores constitucionales. Introducción a la Filosofía del derecho: axiología jurídica*. Universidade de Santiago de Compostela, Segunda reimpresión, 2004. Pág. 16.

Este factor es extraordinariamente relevante en las sociedades democráticas como la nuestra, donde el ciudadano percibe el vivir en un Estado que respeta los derechos y libertades y trata de salvaguardar la justicia social como uno de sus patrimonios más valiosos.

Ahora bien, esto no debe hacernos caer en la complacencia, todo patrimonio conlleva también sus servidumbres. El ciudadano que vive en un Estado que se precia de poner los derechos y libertades por encima de cualquier cosa, debe actuar en consecuencia. Esto implica que el grado de tolerancia que tiene el ciudadano a ver limitados esos derechos por razones coyunturales, políticas, económicas o cualquier otro argumento basado en razones de conveniencia es limitado. Sobre ello tendremos que volver cuándo examinemos el conjunto de mutaciones que están sufriendo en la actualidad nuestras sociedades, que tienen una notable influencia en este aspecto.

Existen, por tanto, buenos argumentos para defender, como lo hace el iusnaturalismo, que el derecho debe ser moral y que no puede vivir, por tanto, al margen de cualquier influencia por parte de ésta.

Esto no deja cerrada, sin embargo, la discusión, pues no dejan de existir también importantes argumentos en contra de esta posición.

Debe tenerse en cuenta que el positivismo considera que, a diferencia de lo que estamos manteniendo, el derecho no es una parte de la moral. De lo que se deriva a su vez que no se puede considerar que el derecho, por el mero hecho de serlo, sea en parte moral⁽³⁹⁵⁾.

Ya señalamos, en su momento, que el planteamiento positivista no niega que puedan estar de hecho presentes en el derecho esos elementos morales, sino que éstos no forman parte necesaria de lo jurídico. En definitiva, que derecho y moral son dos caminos diferentes, que pueden cruzarse en determinados momentos, pero que no tienen por qué estar necesariamente juntos.

El mayor argumento que esgrimen los positivistas en contra de la necesaria moralidad del derecho reside en la imposibilidad de identificar un conjunto de principios morales o éticos de valor universal, ya que éstos son relativos y mudables en el tiempo. Lo que hace inviable que el derecho positivo pueda derivarse de esos elementos axiológicos, por lo que sólo puede proceder, concluyen, de la autoridad legítimamente constituida⁽³⁹⁶⁾.

A lo que añaden que el propio concepto de “Justicia”, tan caro para los iusnaturalistas, es una noción de imposible definición científica o racional⁽³⁹⁷⁾.

395 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 48.

396 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 126. FERRAJOLI: *Prólogo*. Pág. 17. RAZ: *Entre la autoridad y la interpretación...* Págs. 130-131.

397 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Págs. 49-50.

La fuerza de esta crítica va más allá de una cuestión puramente epistemológica, no se trata tan sólo de que no se puede llegar a un juicio incontrovertible acerca de lo que es o no justo o construir una doctrina moral universalmente aceptada. Supone también que, precisamente por eso, construir el derecho sobre una determinada concepción de la justicia y de la moralidad, es un atentado contra la libertad ideológica y de pensamiento. Una intolerable imposición de un pensamiento moral único, jurídicamente obligatorio, que violentaría claramente los derechos y libertades de los demás a tener sus propias convicciones morales y vivir conforme a ellas.

La defensa respecto a dichas críticas se articula no sobre la negación de la certeza de la afirmación anterior, esto es, no se niega que no es lícito imponer una determinada concepción moral. Lo que se cuestiona es que la posición iusnaturalista de la vinculación tenga que venir unida a una determinada concepción moral. De tal modo que, el que se afirme la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moralidad, no quiere decir que se vincule a una presunta moralidad única, entendida como objetivamente válida⁽³⁹⁸⁾.

De hecho, bajo la ética del iusnaturalismo no se ha defendido a lo largo de la historia una única moral concreta y determinada, sino más bien una pluralidad de doctrinas morales diferentes y, en ocasiones contradictorias⁽³⁹⁹⁾.

El iusnaturalismo más que una concreta doctrina moral es una teoría de la moral, que defiende que las normas de conducta humana no las fija el legislador que es mudable y temporal, sino la naturaleza humana, constante y eterna. De este modo, esta doctrina habría servido para justificar diferentes doctrinas morales⁽⁴⁰⁰⁾.

En tal sentido, se señala que no existe una única idea de Justicia, sino que conviven en la sociedad distintas concepciones acerca de ésta. De tal modo que la Justicia es más bien un fin u objetivo que el derecho persigue⁽⁴⁰¹⁾.

La esencia del iusnaturalismo no reside, entonces, en un determinado modo de entender la vida y las relaciones sociales, sino en una actitud. Actitud que se traduce en el inconformismo con las soluciones jurídicas establecidas por la autoridad, que no quedarían con ella legitimadas, sino que tienen que verse sometidas a una reflexión superior dirigida a comprobar la adecuación de sus normas materiales, esto es, su justicia.

398 SAAVEDRA LÓPEZ: *Las opiniones de...* Pág. 266.

399 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 131-132.

400 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 131-132 y 170-172.

401 SAAVEDRA LÓPEZ: *Las opiniones de...* Pág. 267.

Esto supone que el iusnaturalismo, a diferencia del positivismo, que se limita a comprobar la corrección formal de las normas, invita a realizar un juicio crítico sobre el contenido de las normas jurídicas⁽⁴⁰²⁾. Lo que conlleva un constante juicio sobre la justicia del derecho positivo⁽⁴⁰³⁾.

De este modo, se ha señalado que el iusnaturalismo se abre al futuro, en cuanto parte de una insatisfacción por la situación existente y piensa desde la posibilidad de mejorar⁽⁴⁰⁴⁾.

Ya habíamos señalado con anterioridad nuestro acuerdo con este juicio, indicando que ésta es, sin duda, la gran virtud del pensamiento iusnaturalista, que le hace estar presente de manera persistente en todas las generaciones. Su compromiso con la búsqueda de lo justo y lo correcto, que no le permite quedarse en una actitud acrítica de mera aceptación de la normativa existente.

Ahora bien, esto no puede aceptarse sin realizar ninguna matización. La pretendida asepsia de moralidad objetiva encuentra al final del camino su falta de realidad, del mismo modo que la cadena de delegaciones de KELSEN encuentra al acabar su recorrido una norma fundamental vacía de contenido. Pretender que esa aceptación de valores implica una mera actitud crítica, que no comporta necesariamente la aceptación de una determinada moralidad como correcta es, en nuestra opinión, un autoengaño.

Ya hemos visto en varias ocasiones la tendencia a la búsqueda de una mediación entre las dos doctrinas. Sin embargo, por más paños calientes que se quieran poner, y se hagan las matizaciones que se hagan, en última instancia hay que decidirse. O se decide regirse exclusivamente por la decisión de la autoridad, y acepta con ello, las disfunciones que pueden derivarse de las posibles extralimitaciones de esa autoridad; o se decide sustentar una determinada moralidad, aceptando que se ha tomado partido por dar por buena esa determinada construcción moral.

Hay que dejar claro, que no queremos asumir con ello ninguna decisión radical, que todo deba ser moralidad o autoridad. Partimos del presupuesto de que un sistema jurídico sabiamente construido debe combinar ambos aspectos.

Lo que no se puede admitir, simplemente porque es falso, es que se pueda realizar una construcción moral del derecho, sin dar por buenas determinadas soluciones morales. Se puede, y de hecho se debe, discutir el alcance mayor

402 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 135.

403 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 317.

404 MARTÍNEZ GARCÍA: *Tiempos para...* Pág. 194.

o menor de esas convicciones morales. Se pueden introducir mecanismos de flexibilidad que permitan adaptarse en mayor o menor medida a las fluctuaciones y mutaciones sociales. Pero la construcción moral del derecho requiere, se le llame como se le llame, un mínimo substrato de moralidad.

Sin ese acuerdo, aunque sea de mínimos, acerca de la base moral del derecho, se está condenado a regirse por un régimen de autoridad, que acaba admitiendo y dando por buenos los eventuales desmanes y extralimitaciones de esa autoridad.

En los términos actuales, al menos en nuestra cultura jurídica, el límite irreducible de esa moralidad jurídica son los derechos fundamentales y libertades democráticas. Es sabido que incluso este núcleo irreducible de moralidad jurídica es susceptible de interpretarse y vivirse de maneras muy diversas. Ahora bien, hay un punto en que la cuestión no admite ese discurso de tonos grises que tanto gusta en las sociedades actuales, sino que las cosas se vuelven blancas y negras. En definitiva, o se acepta regirse por los derechos fundamentales y libertades democráticas o no se acepta.

2.5.2. Evolución posterior

Se ha señalado que la discusión acerca de la relación entre derecho y moral en los tiempos recientes se ha alejado de estas posturas de referencia entendidas de forma estricta o radical. De tal modo que hoy en día el debate se sustancia en posiciones, como la de HART, que defienden tesis débiles⁽⁴⁰⁵⁾.

Vamos a partir de la tesis de la posición de HART, después pasaremos a analizar cómo ésta es puesta en cuestión por el neoconstitucionalismo, especialmente por la obra de DWORKIN. Por último, estudiaremos la respuesta del llamado positivismo incluyente y excluyente, al neoconstitucionalismo.

HART defiende, como buen positivista, la separación entre derecho y moral, pero sin que esto impida, en su opinión, que el derecho tenga un mínimo de contenidos morales⁽⁴⁰⁶⁾.

El autor inglés admite, en tal sentido, que están presentes en el derecho natural ciertas verdades elementales, importantes para comprender la moral y el derecho⁽⁴⁰⁷⁾.

405 VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Págs. 32-33.

406 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 175.

407 HART: *El concepto de...* Págs. 232-233.

HART reconoce la existencia de un conjunto de verdades evidentes que deben ser garantizadas si se quiere salvaguardar la supervivencia humana y la viabilidad de las sociedades. De tal modo que el autor inglés reconoce un mínimo de derecho natural⁽⁴⁰⁸⁾.

HART afirma que “hay ciertas reglas de conducta que toda organización debe contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social. (...) Tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural y a sus propósitos, pueden ser consideradas como el contenido mínimo del Derecho Natural”⁽⁴⁰⁹⁾.

Este mínimo de derecho natural debe ser considerado como necesario, porque es imprescindible para salvaguardar la supervivencia⁽⁴¹⁰⁾.

De este modo, “ciertas formas de prohibición del uso de la violencia sobre las personas o las cosas, y exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas” pueden “ser consideradas esenciales si es que los seres humanos han de vivir continuamente juntos en proximidad estrecha”. El “sacrificio de interés personal que tales reglas exigen es el precio que hay que pagar, en un mundo como el nuestro, para vivir en sociedad, y que la protección que ellas acuerdan es el mínimo que, para seres como nosotros, hace que valga la pena vivir en sociedad. Estos hechos simples constituyen (...) un indiscutible núcleo de verdad en las doctrinas del derecho natural”⁽⁴¹¹⁾.

Se ha señalado que las tesis de HART, aunque se han mantenido en todo momento dentro de la tesis de la separación, admiten interpretaciones que las hacen compatibles con las tesis de la vinculación moderadas⁽⁴¹²⁾.

En tono más crítico otros señalan que su obra entra en contradicción y bordea las orillas del derecho natural⁽⁴¹³⁾.

Por otra parte, el constitucionalismo, en cuanto comporta la incorporación de contenidos materiales a la Constitución, supone la inclusión de valores y principios al ordenamiento jurídico, que choca abiertamente con la pretendida separación entre moral y derecho defendida por el positivismo jurídico⁽⁴¹⁴⁾.

408 PÉREZ LUÑO: *Trayectorias contemporáneas de...* Pág. 42.

409 HART: *El concepto de...* Págs. 238-239.

410 HART: *El concepto de...* Pág. 239.

411 HART: *El concepto de...* Pág. 224.

412 VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Pág. 33.

413 LORCA NAVARRETE: *Temas de Teoría y...* Pág. 176.

414 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 326.

Las nuevas tesis iusnaturalistas, que tienen su máximo exponente en la obra de DWORKIN, se basan en la consideración de que el derecho incluye entre sus normas unos principios morales que son principios constitucionales⁽⁴¹⁵⁾.

Esto supone que estos principios forman parte del ordenamiento jurídico no por su origen, sino por su vinculación con la moralidad⁽⁴¹⁶⁾. De este modo, DWORKIN intenta reconstruir los puentes del derecho con la moral y la política que las escuelas analíticas habían destruido⁽⁴¹⁷⁾ y diluye la distinción tajante que el positivismo había erigido entre moral, derecho y política⁽⁴¹⁸⁾.

Para DWORKIN, los problemas de jurisprudencia son en lo más profundo problemas morales, no problemas de hechos, ni de estrategia⁽⁴¹⁹⁾.

En consecuencia, con esta orientación moral, DWORKIN considera que, si se quiere proteger los derechos, debe abandonarse la idea de un deber general de obedecer las leyes válidas en todo caso. De tal modo que el ciudadano tiene derecho a desobedecer la ley cuándo se incumplen sus derechos contra el Gobierno⁽⁴²⁰⁾.

Ya habíamos señalado que, tras la crítica de DWORKIN al positivismo de HART, una parte de la doctrina, positivismo suave o incluyente, había pasado a defender posturas más matizadas, que admitían en cierta medida algunos de los argumentos del nuevo positivismo. En particular, admiten que en algunos casos hay que recurrir a la moral para identificar el derecho⁽⁴²¹⁾.

Los partidarios de este positivismo blando o suave defienden, no obstante que sus posiciones siguen siendo positivistas en base a los siguientes argumentos.

Por un lado, señalan que la incorporación de los principios morales al ordenamiento jurídico se realiza siempre de manera contingente, pues sólo se produce cuándo dichos principios morales son incorporados al ordenamiento jurídico de manera institucional, a través de una disposición constitucional o legal o de una resolución judicial⁽⁴²²⁾.

En dicho sentido, se ha apuntado que la Constitución es también derecho positivo. Por lo que la inclusión en ellas de los derechos fundamentales y principios democráticos no deja de suponer una cierta posición de los mismos, que relativiza la contraposición entre iusnaturalistas y positivistas⁽⁴²³⁾.

415 ATRIA: *La ironía del...* Pág. 119.

416 BARRANCO AVILÉS: *Los contenidos materiales de la...* Pág. 348.

417 CALSAMIGLIA: *Ensayo sobre...* Pág. 25.

418 CONTRERAS PELÁEZ: *Liberalismo, catolicismo y...* Pág. 326.

419 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 51.

420 DWORKIN: *Los derechos en...* Págs. 291-292 y 286.

421 RODENAS: *El positivismo jurídico y las...* Pág. 447.

422 ESCUDERO ALDAY: *Ronald Dworkin y el...* Pág. 306. ALEXU: *La institucionalización de la...* Pág. 19.

423 BELLOSO MARTÍN: *Teorías normativistas y...* Págs. 798-800.

En segundo lugar, consideran que la incorporación de estos principios morales se basa en una convención, en cuanto, a pesar de que no exista acuerdo acerca de lo que esos principios morales puedan implicar, si hay un acuerdo en resolver conforme a esos principios morales. De este modo, para los partidarios de las tesis positivistas suaves o incluyentes, los principios morales no serían derecho por su contenido moral, sino por ser aceptados de manera concordante por una determinada Comunidad⁽⁴²⁴⁾.

Estos argumentos del positivismo incluyente encontrarán réplica, a su vez, en la consideración de que es difícil ver una convención, que implica acuerdo, donde hay profunda discrepancia acerca de las consecuencias. A esto añaden que, si la convención considera como derecho válido ese contenido moral, se deriva que la decisión que adopte toda autoridad en base a contenido moral será válida, aunque luego cada autoridad pueda discrepar de las consecuencias de ese contenido moral. Lo que hace muy difícil considerar que la existencia de derecho no se deriva de un contenido moral⁽⁴²⁵⁾.

A nuestro juicio las tesis incluyentes no logran mantener su impronta positivista más que dentro de un contexto puramente argumental. En última instancia reconocen la necesaria moralidad del derecho. El hecho decisivo nos parece que reside en que sus tesis sólo aciertan a explicar el funcionamiento de un sistema jurídico, sin romper los lazos con el positivismo, en la medida en que se trate de un ordenamiento jurídico democrático y garantista, que respete ese contenido moral.

Pueden alegar que la vigencia de esos principios y derechos materiales se produce por su incorporación formal al ordenamiento jurídico, pero esta no es en el fondo la cuestión, que es saber qué ocurriría si el derecho no los reconociera. La respuesta que daríamos es que ese ordenamiento jurídico es difícilmente admisible, al menos en nuestro contexto jurídico. En definitiva, que un derecho al margen de esos valores morales mínimos es impensable en el ámbito de la civilización occidental.

En cuanto al positivismo excluyente, se mantiene en mayor medida los límites tradicionales del positivismo jurídico, negando que la determinación de lo que es derecho pueda depender de elementos morales⁽⁴²⁶⁾.

Se puede distinguir, así, una versión del positivismo jurídico que trata de superar los problemas derivados de la defensa de una tesis radical de la separación, que considera que todo derecho tenga que ser obedecido por el mero hecho de serlo.

424 ESCUDERO ALDAY: *Ronald Dworkin y el...* Pág. 313.

425 ESCUDERO ALDAY: *De la constitucionalización a la...* Págs. 405-406.

426 ESCUDERO ALDAY: *De la constitucionalización a la...* Pág. 403.

Moderan esta tesis radical, destacando la necesidad de obedecer el derecho por el mero hecho de serlo, y por lo tanto al margen de un enjuiciamiento moral del mismo, pero siempre que se inscriba en un ordenamiento jurídico que cumpla con determinadas exigencias imprescindibles, que se traducirían en el respeto a las reglas políticas en las que se basa la democracia y que garanticen el respeto a los derechos y libertades fundamentales⁽⁴²⁷⁾.

Planteamiento que tendría la virtud, por un lado, de negar la aplicación de la regla de la necesaria obediencia en regímenes totalitarios que, por no ofrecer esas garantías mínimas, no merecen ser obedecidos en dichos términos. Al mismo tiempo que permitiría una defensa no epistemológica, sino ética del positivismo jurídico, en cuanto permitiría defender la defensa de la necesaria obediencia al derecho, por el mero hecho de serlo, siempre que no hubiera graves obstáculos de justicia para ello, con las ventajas de seguridad jurídica y estabilidad que ello comporta⁽⁴²⁸⁾.

Entre los pensadores que se pronuncian en este sentido, se puede destacar a RAZ. Autor que parte de que la moral tiene algo de convencional, por lo que en diferentes sociedades se pueden dar diferentes concepciones de lo que es moral o de lo que es justo. De tal modo que esto impide que existan lo que él denomina teorías morales “operacionales”, esto es, una teoría moral que permita predecir cual es el comportamiento moral adecuado a seguir en las situaciones que la vida nos va a plantear. Ahora bien, este factor no suministra, en su opinión, argumentos que permitan caer en un relativismo o un subjetivismo moral⁽⁴²⁹⁾.

Para RAZ el derecho se puede identificar sin recurrir a consideraciones morales. De este modo, el derecho puede tanto ser moralmente funesto como puede estar dotado de mérito moral. Esto implica, en su opinión, que derecho sigue siendo legítimo si se ha realizado de manera moral inadecuada, aunque se considere, por ello, que es erróneo o incorrecto, seguirá siendo válido hasta que sea revisado o modificado⁽⁴³⁰⁾.

RAZ considera que el derecho es producto de una estructura de autoridad y, con ello, producto y elemento constitutivo de una comunidad política. Las instituciones jurídicas son parte constituyente de ese Estado y esa comunidad política y los ciudadanos se identifican con ellos⁽⁴³¹⁾.

427 RUIZ MIGUEL, A.: “Positivismo ideológico e ideología positivista”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006. Págs. 464-467.

428 RUIZ MIGUEL: *Positivismo ideológico e...* Págs. 464-467.

429 RAZ: *Entre la autoridad y la interpretación...* Págs. 130-131.

430 RAZ: *Entre la autoridad y la interpretación...* Págs. 18-19.

431 RAZ: *Entre la autoridad y la interpretación...* Págs. 118-119 y 124.

El derecho sólo puede ser valorado como bueno moralmente cuándo sus instituciones se conducen como lo tiene que hacer una autoridad legítima. De tal modo que hay sistemas jurídicos (por ejemplo, un sistema jurídico racista), que carece de cualquier autoridad legítima⁽⁴³²⁾.

Ahora bien, en cuanto que un derecho va a estar dotado de autoridad legítima según la autoridad moral de las instituciones que crean ese derecho, el carácter moral o no de ese derecho se puede evaluar sin tener que recurrir a un argumento moral⁽⁴³³⁾.

Debe tenerse en cuenta aquí que el razonamiento jurídico no es evaluativo, sino interpretativo. El punto de partida es que el derecho es aceptado por un criterio autoritativo, esto es, por provenir de una autoridad legítima y no por su contenido. Esto es lo que lleva a que la aplicación del derecho requiera de un razonamiento interpretativo, porque esa aplicación debe tomar siempre como referencia esos criterios autoritativos. De este modo, habría dos etapas en el razonamiento jurídico. En primer lugar, habría una etapa fáctico-interpretativa, que trata de determinar qué es lo que establece respecto a ese asunto el derecho autoritativo. En segundo lugar, habría una etapa moral, en la que se evalúa la aceptabilidad moral de lo que dice el derecho autoritativo. Esto implica que el razonamiento jurídico tiene que coordinar dos tipos de razonamientos. En primer lugar, debe establecer el contenido de los estándares autoritativos. En segundo lugar, debe complementar y modificar esos estándares a la luz de consideraciones morales⁽⁴³⁴⁾.

RAZ considera un error la defensa de una tesis rígida de la separación, en cuanto entiende que es evidente que hay conexiones necesarias entre el derecho y la moral. Lo que implica que mantener la tesis de la separación de manera estricta conduce a errores, que parecen dar la razón, en su opinión erróneamente, a las tesis iusnaturalistas⁽⁴³⁵⁾.

Defiende, igualmente, la idea de que hay que obedecer al derecho por el mero hecho de ser tal, pero no porque todo derecho deba ser considerado moralmente bueno, sino por la virtud de obedecer al ordenamiento jurídico como un todo. Lo que es perfectamente compatible con que las normas de ese ordenamiento jurídico puedan ser en parte moralmente reprochables. Para entender su posición es clave tener en cuenta que el considera que un ordenamiento jurídico puede tener propiedades morales que provienen de sus componentes (esto es, de sus concretas normas), pero también propiedades morales sistémicas, que provienen del sistema jurídico como un todo. Un ordenamiento jurídico podrá estar legitimado, entonces, por esas propiedades sistémicas, pero sólo en la

432 RAZ: *Entre la autoridad y la interpretación...* Págs. 123-125.

433 RAZ: *Entre la autoridad y la interpretación...* Pág. 126.

434 RAZ: *Entre la autoridad y la interpretación...* Págs. 127-128.

435 RAZ: *Entre la autoridad y la interpretación...* Pág. 179.

medida en que tenga un éxito razonable es sus objetivos propios (por ejemplo, mantener la paz, asegurar que no haya privaciones entre sus ciudadanos, etc.). Esas virtudes sistémicas no tienen, por lo demás, porque proyectarse a las normas singulares de ese sistema jurídico⁽⁴³⁶⁾.

La posición de RAZ, un tanto ambigua, en nuestra opinión, salvaguarda el elemento básico sobre el que se mantiene la teoría de la separación, la obligatoriedad de cumplir el derecho al margen de la moral, sacrificándolo al mismo tiempo.

Aunque su tesis proclama no juzgar la validez del derecho conforme a criterios morales, mantiene esa regla sólo cuando la autoridad creadora de ese derecho actúa moralmente. En el fondo de la tesis nos parece subyace una profunda contradicción.

Pensamos que tanto en las tesis del positivismo incluyente, como las tesis del tipo de la defendida por RAZ incurren en el mismo tipo de contradicción. En última instancia su argumentación acaba reconociendo que un ordenamiento jurídico requiere de una cierta moralidad.

Es curioso como cada una de estos dos tipos de tesis se mantienen en una argumentación que elude reconocer la razón en este aspecto al iusnaturalismo. Tarea que nos parece imposible, porque la propia evolución de la realidad histórica del constitucionalismo se la ha dado.

Las tesis incluyentes logran dar una explicación de porque el ordenamiento jurídico puede seguir funcionando conforme a los presupuestos del positivismo, porque toma como referencia un ordenamiento que ha incorporado ese derecho material, olvidando que si esa incorporación no se hubiera producido no daría el visto bueno a esa estructura jurídica.

La tesis de RAZ se fija en el aspecto contrario, negándole carácter del derecho al ordenamiento que no incorpora esos principios, y argumenta que no tiene en cuenta criterios de moralidad, olvidando que ya ha dejado fuera a quienes no los cumplen.

En definitiva, en ambos casos se oculta la existencia de un juicio oculto acerca de la moralidad del ordenamiento jurídico.

El análisis de toda esta evolución nos muestra como en la práctica las disensiones entre iusnaturalistas y positivistas, aunque profundas, tienden a atemperarse.

436 RAZ: *Entre la autoridad y la interpretación...* Págs. 182-186.

En última instancia, tanto positivistas como iusnaturalistas admiten que en determinados supuestos se puede alterar la seguridad jurídica por motivos de justicia moral. De tal modo, que, a fin de cuentas, las diferencias se centran más bien en la mayor o menor exigencia para admitir esas excepciones⁽⁴³⁷⁾.

De aquí se deriva, cuándo menos implícitamente, una cierta admisión en ambas corrientes de que la otra parte tiene un cierto grado de razón. El positivismo, por más argumentaciones que dé para encubrirlo, acaba admitiendo que hay un mínimo de moralidad necesario en el derecho, que viene constituido por los derechos fundamentales y principios y valores democráticos.

El iusnaturalismo, por su parte, aunque trate de ocultarlo resaltando la importancia del respeto a los valores morales del derecho, acaba reconociendo la importancia de los valores de la seguridad y estabilidad en el derecho, que redundan en la necesidad de acatar el derecho, aunque se lo considere injusto, salvo en los casos de incumplimiento grave.

3. LA SOCIEDAD CONECTADA DEL SIGLO XXI

3.1. INTRODUCCIÓN

Ya razonamos, al comenzar este trabajo, las importantes mutaciones a las que se están viendo sometidas las sociedades actuales, que estaban dando lugar a lo que calificábamos como una “sociedad conectada”. Decíamos entonces que esto estaba determinando un contexto social marcado por una mayor proximidad física y cultural, que disminuía la distancia geográfica e incrementaba los contactos, muchas veces también los conflictos, entre los diferentes grupos humanos que integran este mundo.

Esta cercanía no venía acompañada, sin embargo, señalábamos de una unidad espiritual, de tal modo que por debajo de ella pervivía una enorme heterogeneidad en la manera de entender la vida y las relaciones sociales, que generaban una importante conflictividad, tanto en las relaciones internacionales y entre Estados, como en el interior de esos Estados, que la globalización había convertido también en sociedades diversas y multiculturales.

Evidentemente no es este estudio lugar adecuado para analizar todos estos aspectos, que superan con mucho los límites de este estudio y las capacidades del que lo escribe. Nuestro propósito más modesto es el de determinar una serie de notas estructurales que se derivan de esta problemática que están

437 GARCÍA SAN MIGUEL: *Presentación*. Pág. 18.

dotadas de una especial transcendencia en el ámbito jurídico y que dibujan, en consecuencia, el marco en el que se plantean en la actualidad los problemas jurídicos.

Una vez realizada esa precisión será el momento de poner en relación los dos elementos de este estudio, ese nuevo contexto social con la tradicional disputa entre iuspositivismo y positivismo. Tarea que llevaremos a cabo en el capítulo siguiente de conclusiones, que cierra esta obra.

3.2. CRISIS DEL ESTADO Y DE LA SOBERANÍA NACIONAL

El derecho y su estudio han sido, y en gran medida siguen siendo, una cuestión preponderantemente nacional.

En lo que se refiere a la ciencia del derecho, esta orientación hacia lo nacional es evidente, no sólo en el estudio de los distintos sectores o ramas del ordenamiento jurídico, que se estructuran sobre la base del comentario y análisis del derecho positivo interno; sino incluso en la parte más abierta a un debate abierto con las concepciones foráneas, la teoría y filosofía del derecho, ámbito en que los juristas han venido también formulando sus teorías tomando como referencia los sistemas jurídicos nacionales de los Estados soberanos⁽⁴³⁸⁾.

En el plano del derecho positivo, venimos de una organización del poder jurídico basada en el concepto de Estado, que concentraba el debate y la acción jurídica dentro de los límites de ese territorio estatal y en relación a sus ciudadanos, con el consecuente olvido que esto supone de los problemas jurídicos que se desarrollan en un ámbito supraestatal⁽⁴³⁹⁾.

Elemento clave en esta construcción es el concepto de “soberanía”, que opera como elemento definidor de otorga a una organización política el carácter de Estado. El Estado lo es porque es soberano, lo que determina la no sujeción a un poder superior y, por tanto, la capacidad para organizar las relaciones sociales conforme a un criterio propio y al margen de injerencias externas.

Esta concepción de los Estados como soberanos hacía inviable la sujeción a un poder superior, ya sea supranacional o mundial⁽⁴⁴⁰⁾. De tal modo que la soberanía convertía a los Estados en “fortalezas cerradas, protegidas por el principio de la no injerencia”⁽⁴⁴¹⁾.

438 TWINING: *Implicaciones de la globalización...* Pág. 330.

439 FRASER, N.: ¿Quién cuenta? Dilemas de la Justicia en un mundo postwestfaliano”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº. 44 (2000)*. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs. Traducción de P. Mercado Pacheco. Pág. 312.

440 FRASER: *¿Quién cuenta? Dilemas...* Pág. 312. ZAGREBELSKY: *El derecho...* Pág. 11,

441 ZAGREBELSKY: *El derecho...* Pág. 10.

Los conceptos de Estado soberano y de ciudadanía nacional operan, así, como límite a un eventual derecho universal, que establezca un régimen jurídico común para todo ser humano por el mero hecho de serlo.

Nótese que la idea de ciudadanía vincula el disfrute pleno de un determinado régimen jurídico, el que establezca y garantice en su caso el derecho nacional, al hecho accidental del nacimiento o residencia bajo determinadas condiciones en un determinado territorio, obstaculizando así la universalización de los derechos a toda persona⁽⁴⁴²⁾.

Desde estos presupuestos se realiza una división tajante entre el ámbito interno, regido por las garantías y derechos que cada ordenamiento jurídico consagra; y el ámbito “internacional” regido por una suerte de “Estado de naturaleza”, dónde esas garantías no son vinculantes y el Estado está liberado de las vinculaciones que ese sistema jurídico garantiza como esenciales en el ámbito interno⁽⁴⁴³⁾.

En este contexto, la soberanía nacional, al fijar un ámbito dentro del cual una determinada organización nacional actúa conforme a sus propios criterios, sin interferencias externas, legítima y permite la posibilidad de que se produzcan indefendibles vulneraciones de los derechos humanos en ese ámbito territorial supranacional⁽⁴⁴⁴⁾.

Esto no impide que, ya después de la Segunda Guerra Mundial se dieran importantes pasos hacia la búsqueda de la implantación de un orden internacional basado en los derechos: el nacimiento de sistema de Naciones Unidas, Corte Penal Internacional, regímenes ambientales internacionales, etc.⁽⁴⁴⁵⁾

Tímidos pasos, dirigidos a transitar desde la organización de las relaciones sobre la base de la soberanía, hacia un marco jurídico universal, construido sobre la idea de ser humano⁽⁴⁴⁶⁾.

Este tipo de iniciativas se enfrentan a la idea de que el régimen jurídico de una persona y su dignidad moral dependan de la pertenencia o no a una comunidad política determinada y vienen inspiradas por la consideración de que ese régimen jurídico no puede venir condicionados por criterios de nacionalidad, raza, género o cualesquiera otro similares. Propugnando, en consecuencia, la consideración de que todos los seres humanos como esencialmente iguales, por lo que deben estar dotados de unos derechos, libertades y garantías invulnerables, que derivan de la propia condición humana⁽⁴⁴⁷⁾.

442 DWORKIN: *Los derechos en...* Pág. 217.

443 FRASER: *¿Quién cuenta? Dilemas...* Pág. 312.

444 VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Págs. 217-218.

445 HELD: *Cosmopolitismo después del...* Pág. 331.

446 PEÑA ECHEVERRÍA, J.: “Los orígenes del debate sobre la justicia global”, en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política* nº. 43 (2010). Pág. 71.

447 HELD: *Cosmopolitismo después del...* Pág. 331.

Entre todas estas iniciativas se debe destacar por su especial importancia la lucha por la universalización de los derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos y demás declaraciones en materia de derechos humanos suponen el intento de establecer un conjunto de valores y principios jurídicos materiales, compartidos y universalizables⁽⁴⁴⁸⁾.

BOBBIO ha señalado que, con ello, hemos entrado en una nueva etapa de evolución en el pensamiento político y jurídico, que sería la del control del ordenamiento jurídico parcial, que constituye el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados, por la Comunidad Internacional, que da su primer paso precisamente con la Declaración Universal de Derechos Humanos⁽⁴⁴⁹⁾. Proceso que debería tener, como señala KELSEN, como objetivo final que esa Comunidad Internacional diese lugar a la creación de un Estado mundial⁽⁴⁵⁰⁾.

En base a ello, se solicita la existencia de unos criterios que permitan resolver los conflictos y jurídicos más allá de los límites geográficos y culturales⁽⁴⁵¹⁾.

No hace falta gastar mucha tinta para argumentar las dificultades que un objetivo tan ambicioso comporta en un mundo como el nuestro, no sólo tan fragmentado en espacios geográficos dotados de regímenes jurídicos diferenciados, sino también tan dividido mentalmente por la coexistencia de maneras muy diferentes de entender no sólo la política, la economía o el derecho, sino también las relaciones humanas.

Sin embargo, cualesquiera que sean las dificultades para su implementación práctica, no parece que se puedan encontrar muchos argumentos para cuestionar la legitimidad y necesidad de esta pretensión.

Si bien, se debe tener muy presente que la cuestión se presenta con esa claridad únicamente en la medida en que nos movamos en el ámbito de lo básico y esencial, esto es, en la necesidad de todo ser humano de los bienes espirituales y materiales para poder lograr su realización personal conforme a la dignidad que le es propia a todo ser humano. Más allá de aquí, nos parece, que empezamos a caminar por el filo de la navaja.

Un proceso de universalización de los derechos comporta la toma de decisiones por una manera de entender el mundo y la vida. Se debe ser, por ello, extremadamente cuidadoso en la manera en que se lleva a cabo y en los instrumentos que se utilizan para ello. En caso contrario, lo que es una legítima extensión de las garantías básicas que corresponden a la dignidad humana a

448 MARÍN CASTÁN: *Constitucionalismo, Justicia...* Pág. 393.

449 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 180.

450 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 132.

451 VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Pág. 220.

todo ser humano, puede fácilmente convertirse, o simplemente ser entendida, como una agresión contra el derecho de toda comunidad humana a tener su propia manera de entender el mundo y la vida.

La dificultad aquí se hace no sólo extrema, sino peligrosa, porque se construye sobre una contradicción. La cada día más urgente necesidad de dar satisfacción a unos derechos irrenunciables, que, sin embargo, no rigen efectivamente de manera universal, con la necesidad de respetar las concepciones ideológicas propias de cada comunidad, que pueden ser en muchas ocasiones incompatibles, con ese régimen de derechos.

Esto supone que, aparte de las enormes dificultades fácticas que encuentra este proceso, sobre las que luego volveremos, nos encontramos con un obstáculo de orden podríamos decir más espiritual, pero no menos decisivo.

Como ya señalamos en su momento, la evolución tecnológica nos ha legado un mundo conectado, pero no unido. Una mayor internacionalización de lo jurídico en torno a una Sociedad Internacional más unida necesitaría de un acuerdo de fondo entre las distintas mentalidades y culturas subyacentes sobre los aspectos básicos de la articulación del derecho y la organización del Estado.

Obviamente esta búsqueda del diálogo y el acuerdo no puede ser entendida como una imposible y no deseable uniformidad cultural y de pensamiento, lo que traducido al ámbito jurídico supondría el establecimiento autoritario de un régimen jurídico único a nivel internacional. Como más tarde razonaremos, se busca más bien la estructuración de lo jurídico sobre la base de unos valores y principios compartidos que puedan ser aceptados por todos. Tarea en absoluto fácil, más bien lo contrario, extremadamente compleja y delicada.

En tal sentido se ha señalado que estos principios deben tener en cuenta la existencia en el mundo de una enorme variedad cultural y no imponer el sistema de valores propio de su propia realidad cultural, permitiendo el pluralismo y el multiculturalismo⁽⁴⁵²⁾.

Las posiciones respecto a cómo afrontar este aspecto se diversifican.

Así, algunos, desde la reclamación para estos principios (derechos humanos, principios democráticos) de validez global, no por ser objetivos y unipersonales, sino por ser compartidos intersubjetivamente⁽⁴⁵³⁾, defienden que esta actitud de respeto a la diversidad cultural no puede llevarnos a caer en el "relativismo". No puede evitar, reclaman, que nos enfrentemos a lo que es claramente injusto, por más que cuente con una cierta apariencia de legalidad en otras realidades

452 SAAVEDRA LÓPEZ: *Las opiniones de...* Pág. 272. VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Pág. 220.

453 SAAVEDRA LÓPEZ: *Las opiniones de...* Pág. 271.

culturales (ponen el ejemplo de la mutilación genital), pero que supone un atentado evidente contra la dignidad humana⁽⁴⁵⁴⁾.

De tal modo que el recurso al pluralismo y la multiculturalidad no pueden operar como un pretexto para vulnerar los derechos y libertades fundamentales. Posición que encuentra justificación, consideran, en que la vulneración de los derechos y libertades fundamentales no atenta contra los valores de una determinada comunidad, sino contra la propia dignidad del ser humano⁽⁴⁵⁵⁾.

En este sentido, se ha llegado a apuntar que, los Estados que incumplan ese derecho global universal no tendrían una calificación distinta que la que tienen los distintos grupos delictivos que, en el interior del Estado, dictan y se rigen por normas que incumplen la normativa vigente. Por lo que podrían ser calificados como Estados “delincuentes” o Estados “canallas”⁽⁴⁵⁶⁾.

Desde otras voces, sin embargo, se reclama que se debe abandonar una perspectiva universalista, pasando a considerar que los derechos humanos deben convertirse simplemente en un marco que permita que permita el dialogo y la negociación entre sistemas con creencias diferentes⁽⁴⁵⁷⁾.

Compartimos la consideración de que se debe considerar el régimen esencial de los derechos humanos y los principios y valores democráticos de validez universal y no discutible, sin perjuicio de que existan validas y legítimas maneras de entenderlos y concretar su régimen jurídico⁽⁴⁵⁸⁾.

No nos parece, sin embargo, que sea tan fácil afirmar una solución en cuanto a los medios a emplear. Hay que reconocer buenos motivos a favor de ambas posiciones. La postura contraria a la utilización de medios coactivos encuentra justificación, en primer lugar, en encontrarnos ante un conflicto entre dos bienes jurídicos contrapuestos, que no se puede resolver desde una perspectiva estrictamente jurídica. La legítima salvaguarda de los derechos humanos y los principios democráticos, no puede autorizar una imposición de un pensamiento único, que pase por encima del derecho de cada comunidad humana a tener sus propias convicciones culturales y políticas, sin ser contradictoria consigo misma.

Por otra parte, en segundo lugar, la utilización de medios coactivos, desde la solución bélica hasta la adopción de cualquier tipo de sanciones, son soluciones cuando menos peligrosas. Desde un punto de vista teórico se imponen fríamente

454 SAAVEDRA LÓPEZ: *Las opiniones de...* Págs. 271-273.

455 VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Págs. 220-221.

456 SAAVEDRA LÓPEZ: *Las opiniones de...* Pág. 270.

457 TWINING: *Implicaciones de la globalización...* Pág. 365.

458 Sobre esta cuestión, SENDÍN GARCÍA, M. Á.: “Nihilismo versus la <<la herencia de Europa>> en un mundo globalizado. A favor de la validez universal de los derechos fundamentales y los principios y valores democráticos”, en del Guayo Castiella, I. y Fernández Carballal, A.: *Los desafíos del Derecho público en el siglo XXI. Libro conmemorativo del XXV Aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*. INAP. Madrid, 2019. Págs. 853 y sigs.

contra esa entidad ideal que es el Estado, pero cuando se pasa a su instrumentación física las sufren en sus carnes seres humanos concretos y determinados, sus ciudadanos. Siendo frecuente que dichas medidas, precisamente por lo anterior, generen un efecto contraproducente y alimenten el enfrentamiento entre los pueblos y la conflictividad internacional.

La postura que demanda una intervención más vigorosa, encuentra su razón en que, por más que el diálogo y la búsqueda de una comunidad de opinión entre los diversos pueblos sea una solución más correcta, limitarse a la misma conlleva aceptar un proceso desesperadamente lento, en el que los derechos humanos de muchas personas se van a ver irremediabilmente pisoteados.

No podemos dar una respuesta a esta pregunta, que entendemos en último término no es jurídica y supera con mucho nuestros conocimientos.

En otro orden de cosas, debemos señalar que uno de los ámbitos donde se mostraba con mayor rotundidad la exclusividad del poder estatal era en la monopolización por éste de la producción del derecho. Esta prerrogativa estatal se ha visto también en la actualidad severamente debilitada desde diferentes ámbitos.

El elemento en el que esta situación se hace más evidente es en la aparición de toda una serie de sujetos, distintos del propio Estado, dotados de la capacidad para dictar normas jurídicas.

Dejamos fuera de esta cuestión los procesos de descentralización territorial, que supone el reconocimiento de autonomía a los poderes regionales y locales y, con ello, la capacidad de éstos para dictar normas. Entendemos que esta cuestión es ajena a la problemática aquí tratada, pues no deja de ser una capacidad normativa atribuida a poderes públicos que se constituyen y funcionan conforme a los criterios y normas fijados por el propio ordenamiento jurídico estatal. Suponen una profunda mutación del ordenamiento jurídico interno, que no puede articularse ahora sólo desde criterios de jerarquía, sino que tiene que recurrir también a criterios de competencia. Pero no dejan de ser, en definitiva, una manifestación normativa del poder público interno de un Estado.

Mucha más importancia tiene en este ámbito la aparición de poderes normativos supraestatales⁽⁴⁵⁹⁾, fenómeno supone una rotunda reducción del poder del Estado para mantener bajo su absoluto control el ordenamiento jurídico. El caso de la Unión Europea en nuestro entorno jurídico es paradigmático, en cuanto desapodera a los Estados miembros en algunos ámbitos de su capacidad

459 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 282. BLAZQUEZ RUIZ: *¿Tiene sentido el...?* Pág. 818.

de regular y decidir muchos aspectos de la vida social. El medio ambiente, la protección de datos, los contratos del sector público son sólo un ejemplo de materias en cuya regulación las instituciones comunitarias asumen un papel preponderante.

En esta disputa por las competencias normativas entran también toda una serie de instancias privadas, que asumen en muchos casos poderes normativos o cuasi normativos⁽⁴⁶⁰⁾.

Esta debilitación de los poderes del Estado no proviene siempre de la creación de normas por esas instancias. En muchas ocasiones se manifiesta condicionando la actividad normativa de los Estados. Se genera así un proceso de transnacionalización del derecho, que determina que el contenido de las normas que dicta el Estado esté condicionado por sujetos extraestatales, lo que incluye a otros Estados, organismos internacionales e incluso sujetos privados, en particular las grandes empresas multinacionales⁽⁴⁶¹⁾.

En realidad, los Estados en cuanto no se han visto privados formalmente de su tradicional poder soberano, teóricamente, se podrían oponer a ese dominio internacional que pretende ejercer sobre ellos a través de esas instancias. Sin embargo, en la práctica los riesgos de aislamiento que puede suponer oponerse a esas pretensiones son cada vez mayores, lo que hace que tiendan a someterse a esas reglas⁽⁴⁶²⁾.

Por otra parte, el poder normativo del Estado se ve también debilitado desde dentro, por la existencia en las sociedades actuales de un gran pluralismo social y político, que determina la presencia de toda una serie de grupos políticos, económicos, culturales, religiosas o de otro tipo que tratan de influir, y con ello condicionan, el ejercicio de las potestades normativas de legisladores y gobiernos⁽⁴⁶³⁾.

De tal modo que se hace cada vez más difícil darle un carácter unitario y coherente a la propia acción jurídica estatal, que se convierte en el fruto de múltiples presiones y perspectivas. Muchas veces no resueltas desde un criterio racional, sino como solución coyuntural que trata de conciliar las posiciones de diferentes grupos de influencia.

460 ZACCARIA: *De nuevo sobre la interpretación...* Pág. 282.

461 ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: "La globalización y las transformaciones del derecho", en *Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel I*. Universidad de Alcalá, 2002. Pág. 316. FARIA: *Policentrismo versus soberanía...* Pág. 301.

462 FARIA: *Policentrismo versus soberanía...* Pág. 297.

463 ZAGREBELSKY: *El derecho...* Pág. 11.

Todo ello dibuja un panorama en el que el Estado ha perdido su papel protagonista en la regulación de la vida social⁽⁴⁶⁴⁾, para ser solamente una voz más⁽⁴⁶⁵⁾. Lo que marca una profunda diferencia con el anterior contexto jurídico, en el que el discurso jurídico se planteaba desde la consideración del Estado como claro protagonista de la acción jurídica⁽⁴⁶⁶⁾.

Este debilitamiento del poder normativo se une a otro aspecto especialmente relevante. Los sistemas jurídicos estatales democráticos vienen legitimados porque sus normas se producen por autoridades legítimas, que operan siguiendo las pautas de un sistema y organización política democrática y están dotados de mecanismos de control y de participación de los ciudadanos en la toma de esas decisiones.

En este contexto en que muchas veces las normas vienen dictadas, o al menos influenciadas, por entidades supranacionales, en algunas ocasiones privadas, que operan al margen de la organización estatal, esa legitimación democrática se diluye, y, con ello, el poder normativo real queda fuera del alcance del control y participación de los ciudadanos⁽⁴⁶⁷⁾.

Piénsese, simplemente, en la fragilidad de la normativa social nacional, que queda inútil ante una decisión que deslocaliza las empresas y sus puestos de trabajo a países con normativas de protección de los trabajadores menos avanzadas.

De este modo, la actuación de estas entidades supranacionales sufre de un cierto déficit democrático. Este obstáculo se podría suplir mediante la instauración de mecanismos de representación política a nivel global, que sustituyesen, aunque sea parciamente la participación política a nivel nacional por una participación a nivel universal o supraterritorial. La solución es, sin embargo, difícil de llevar a la práctica. Nótese que una entidad tan desarrollada como lo es la Unión Europea, no ha logrado resolver satisfactoriamente este problema.

Este problema está dotado de una enorme transcendencia práctica, porque genera una enorme insatisfacción en una ciudadanía que está acostumbrada a que se le tenga en cuenta. Los ciudadanos saben que su modo de pensar personal no es determinante en la adopción de las políticas públicas, y lo admiten. Sin embargo, piensan que cuando esa opinión es compartida de manera relevante por el resto de su sociedad, tiene una influencia efectiva en las políticas públicas.

464 BLAZQUEZ RUIZ: *¿Tiene sentido el...?* Pág. 808.

465 FARIA: *Policentrismo versus soberanía...* Pág. 308.

466 FRASER: *¿Quién cuenta? Dilemas...* Pág. 312.

467 ESTÉVEZ ARAUJO: *La globalización y las...* Págs. 318-319. GALINDO, F.: "Criterios básicos para la legitimación democrática de la puesta en práctica de la regulación sobre Internet", en *Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel I*. Universidad de Alcalá, 2002. Pág. 323. FARIA: *Policentrismo versus soberanía...* Pág. 298. BLAZQUEZ RUIZ: *¿Tiene sentido el...?* Pág. 808.

Cuando ven que determinadas decisiones políticas, incluso algunas que le afectan muy directamente, son intocables, piensen lo que piensen, porque vienen impuestas por una entidad o poder supranacional, sienten vulnerados sus derechos democráticos. Esto genera frecuentemente, sobre todo entre los sectores más perjudicados por esas decisiones, un cierto rechazo hacia los procesos de internacionalización o globalización, que sienten como una amenaza contra sus derechos y libertades.

Esto ha provocado en los últimos tiempos un cierto resurgimiento de ideologías de corte nacionalista, hostiles a una internacionalización de las relaciones sociales y jurídicas, que sienten les privan de sus derechos y libertades, por fuerzas desconocidas que operan a nivel global y que quedan fuera no ya de su control, sino incluso de toda capacidad de influencia. El fenómeno conocido como “Brexit” que ha llevado al abandono por parte del Reino Unido de la Unión Europea es, nos parece, el mejor ejemplo de esta tendencia.

Esta manera de ver las cosas, más o menos acertada, no puede ser desechada como un simple error de percepción por parte de la ciudadanía. Lo cierto es que la entrada de ese aspecto supranacional en la vida social y jurídica, no ha venido compensado con contrapuntos que garanticen sus distorsiones en los sistemas de gobierno democráticos estatales.

Percepciones aparte, lo cierto es que hoy en día sigue siendo tan perentoria como siempre la necesidad de un Estado nacional, que operando al servicio de una Constitución democrática defienda y permita la efectividad de los derechos fundamentales⁽⁴⁶⁸⁾.

A ello se debe añadir, que estas situaciones de déficit democrático se hacen en ocasiones incluso más graves porque no cuentan ni siquiera con una legitimación indirecta, esto es, la que otorga que hayan participado en ellas los diferentes Estados que cuentan con gobiernos elegidos democráticamente.

Se produce, de este modo, una creación no política del derecho, ajena a cualquier legitimación democrática, ya que no son ni resultado de acuerdos entre Estados, ni de instituciones de Derecho internacional, ni de la acción política de los ciudadanos, por lo que no encuentran más justificación que una supuesta mayor eficacia económica que la que pueden lograr las organizaciones gubernamentales⁽⁴⁶⁹⁾.

468 VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Pág. 209.

469 BLAZQUEZ RUIZ: *¿Tiene sentido el...?* Pág. 807 y 818-825

Por otra parte, la creciente pujanza de los poderes privados, especialmente de los económicos, no queda reducida, a la presión de estos sobre los poderes normativos del Estado, sino que se manifiesta en todos los ámbitos de la vida social y jurídica.

Se genera, de este modo, un cierto desequilibrio entre lo público y lo privado, que se hace patente, sobre todo, en el ámbito económico, donde existe una clara asimetría entre un poder económico muy globalizado, y los poderes públicos que siguen actuando preferentemente en un ámbito nacional⁽⁴⁷⁰⁾.

Este factor es extraordinariamente relevante, en cuanto pone en cuestión la capacidad de los Estados para ejercer sobre los poderes privados, y especialmente los económicos, sus tradicionales funciones de control, esenciales para un correcto desenvolvimiento de la vida social.

En el contexto jurídico anterior había una vinculación entre la actividad económica y el espacio geográfico, que convertía los mercados en realidades nacionales, que quedaban bajo el control de los Estados. En la actualidad ese vínculo se ha diluido en muchos ámbitos, haciendo surgir mercados internacionales, en los que el control por parte de Estado de la actividad económica se hace ilusorio y la regulación de los mercados se produce al margen del derecho público estatal, desplazándose hacia espacios inaccesibles a los Estados nacionales⁽⁴⁷¹⁾.

Estas dificultades de control se ven también alimentadas por las notables dificultades que encuentran las autoridades judiciales para enjuiciar actividades que se desarrollan en muchos casos en un ámbito supraestatal, que supera el ámbito territorial limitado en que ejercen su jurisdicción⁽⁴⁷²⁾. En similar situación se encuentran también las autoridades administrativas nacionales que encuentran las mismas limitaciones territoriales para el ejercicio de sus competencias.

En cierto modo, todos estos cambios nos dejan en medio de ninguna parte. Por un lado, no ha surgido una autoridad o poder internacional con entidad suficiente para sustituir a los Estados soberanos⁽⁴⁷³⁾.

KELSEN en su momento ya nos advirtió que esa Comunidad Internacional no había logrado centralizar un poder suficiente para asumir el papel de soberano que venía desarrollando el Estado⁽⁴⁷⁴⁾. Este diagnóstico sigue siendo en lo esencial plenamente vigente en el mundo actual.

470 PAREJO ALFONSO, L: *Transformación y ¿reforma? del Derecho administrativo en España*. Editorial derecho Global/INAP. Sevilla, 2012. Pág. 23.

471 BLAZQUEZ RUIZ: *¿Tiene sentido el...?* Págs. 803 y 812

472 FARIA: *Policentrismo versus soberanía...* Pág. 300.

473 BLAZQUEZ RUIZ: *¿Tiene sentido el...?* Pág. 805.

474 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 121.

Al mismo tiempo y, sin embargo, este proceso, por más que embrionario, no deja de suponer una profunda mutación de los planteamientos tradicionales, estructurados casi exclusivamente sobre la base de la idea de soberanía.

De nuevo debemos citar a KELSEN, que ya puso de manifiesto que la existencia del Derecho Internacional por encima de los Estados nacionales impedía que se pueda seguir considerando al Estado propiamente como soberano, sino tan sólo como relativamente superior⁽⁴⁷⁵⁾.

Aquí los cambios, marcados por una profunda internacionalización han sido más relevantes. Nótese que esto ya implica por sí una disfunción, lo que se ha avanzado en la consolidación hacia la construcción de un supuesto poder público internacional que sustituya al Estado, es infinitamente menor que lo que los Estados nacionales han perdido. Entre otras cosas porque la globalización se ha llevado a cabo en muchas ocasiones por entidades y procedimientos puramente privados, al margen de lo público. Lo que lleva a una, cuando menos cuestionable, debilitación de lo público ante lo privado.

De este modo, los cambios no son lo suficientemente avanzados como para haber revertido la estructuración general del poder jurídico sobre la idea de soberanía y el concepto de Estado. No puede hablarse de una desaparición de los Estados nacionales, pero sí se han producido mutaciones lo suficientemente relevantes, como para que no se les pueda seguir considerando como hace unos tiempos como realidades plenamente autónomas⁽⁴⁷⁶⁾.

Se dibuja de este modo un panorama que sitúa el problema no tanto en los procesos de globalización e internacionalización en sí mismos, como en un deficiente gobierno de éstos, derivada de la carencia de una gobernanza a nivel internacional que los encauce debidamente⁽⁴⁷⁷⁾.

3.3. HETEROGENEIDAD SOCIAL

Vivimos en un mundo marcado por la heterogeneidad. Ésta se manifiesta tanto en el ámbito interno, como en el externo.

En lo que se refiere al ámbito interno, un mundo en libertad, en la que no cabe la discriminación, al menos abiertamente, abre de por sí el camino a una mayor diversidad en la sociedad. Cada vez resulta más difícil imponer un determinado modo de pensar y entender la vida, y afloran con mayor virulencia las diferencias existentes dentro de una sociedad que se comportaba con una falsa uniformidad.

475 KELSEN: *Teoría pura del...* (1934). Pág. 121.

476 TWINING: *Implicaciones de la globalización...* Págs. 354-355.

477 BLAZQUEZ RUIZ: *¿Tiene sentido el...?* Pág. 823. BILBAO, J. M., REY, F. y VIDAL, J. M.: *Lecciones de Derecho Constitucional I*. Lex Nova. Valladolid, 2010. Pág. 45.

La multilateralidad de nuestras sociedades es, en buena medida, fruto de la posibilidad de hacer pública la existencia de colectivos y grupos silenciados durante años.

Frente al silencio que imponía severamente una moralidad social basada en las maneras mayoritarias de entender la vida, muchas veces agresivas con otras formas de vivir, se abre en el panorama social actual la poderosa presencia de colectivos, sometidos a largos años de discriminación, que declaran no sólo la igualdad jurídica que les corresponde, sino el reconocimiento público de su legítima diversidad.

Adquiere, entonces, en el discurso político actual un papel protagonista la reclamación del reconocimiento de la identidad del colectivo, desde la que se articula una doble reclamación. Por un lado, el reconocimiento de cada individuo a tener su propia identidad y modo de vida y el respeto que le corresponde. Por otro lado, respeto a las actividades, prácticas y modos de vida que caracteriza a ese colectivo⁽⁴⁷⁸⁾.

En definitiva, no es admisible ya una mera tolerancia, sino la plena adquisición de miembros de esa sociedad.

Por otra parte, en el ámbito externo o internacional, no se puede decir que la diversidad cultural y los diferentes, y muchas veces contradictorios modos de entender la vida, sea un síntoma de nuestro tiempo. Ha existido desde siempre. Cosa distinta es la trascendencia y conciencia de esa diversidad que ha pasado a primer plano como consecuencia de la creciente interdependencia entre esos territorios, que se ha traducido en un notable incremento de los contactos entre las diferentes civilizaciones y culturas y, también, desgraciadamente, de los conflictos entre ellas.

Esa multiplicidad cultural implica la convivencia de múltiples sistemas de creencias, muy distintos, entre los que es difícil en ocasiones la convivencia y la cooperación⁽⁴⁷⁹⁾.

Se debe destacar, en dicho sentido, un elemento que ha coadyuvado de manera relevante a incrementar tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito interno, la conflictividad social y ha potenciado de manera relevante la intolerancia a la heterogeneidad cultural de nuestras sociedades.

478 BELTRÁN, E.: "Identidad, representación democrática y acción afirmativa: elementos de un debate sobre igualdad y diferencia", en *Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel* I. Universidad de Alcalá, 2002. Págs. 275-276.

479 TWINING: *Implicaciones de la globalización...* Págs. 364-365.

La enorme convulsión que produjeron los atentados del 11-S y otros acontecimientos posteriores que supusieron la definitiva entrada en escena con un papel protagonista del terrorismo internacional, han catapultado al centro de las preocupaciones políticas el problema de la seguridad.

Las maneras de reaccionar contra esa amenaza global son, por supuesto, muy diversas. Se ha señalado, en tal sentido, que esa lucha contra el terrorismo se puede encauzar hacia la potenciación de la colaboración internacional y de los mecanismos tendentes a lograr un mayor acuerdo entre los pueblos, que pudieran llevar a la disminución de ese riesgo⁽⁴⁸⁰⁾.

En la práctica, sin embargo, la existencia de actos de agresión contra la propia democracia ha generado acciones de reacción, dirigidas en teoría a defender la propia democracia de esos actos de agresión, pero que se traducen en restricciones a los principios democráticos y los derechos y libertades fundamentales, poniendo en riesgo a éstos⁽⁴⁸¹⁾.

Este discurso no sólo produce sus efectos negativos en el plano interno, sino que también dificulta el camino a los derechos en el ámbito internacional, en el que se hace más difícil avanzar cuando se instaura en la mentalidad colectiva un discurso de conflicto, que deja de ver en los ciudadanos de otros Estados ciudadanos dotados de nuestros mismos derechos y libertades, para pasar a ver en ellos enemigos que vienen a amenazar nuestro modo de vida y nuestra libertad.

Nos parece evidente que en el mundo posterior a los grandes atentados terroristas internacionales los ciudadanos de los países occidentales son menos tolerantes con otras realidades sociales y culturales, y manifiestan una menor oposición a las acciones militares o de otro tipo dirigidas a mantener la seguridad interior y luchar contra sus amenazas.

Esto ha determinado que tras el 11-S nos encontremos con un mundo más polarizado, en el que el Derecho internacional y las instituciones multilaterales se han debilitado⁽⁴⁸²⁾.

Esto deja un difícil camino para uno de los grandes objetivos a conseguir por ese proceso jurídico de internacionalización, la desnacionalización del uso de la fuerza, ya sea militar o de otro tipo, para reducir el uso de ese poder coercitivo a una decisión adoptada a nivel internacional, que limite el uso de la misma al objetivo de luchar e impedir la vulneración de los derechos humanos y libertades democráticas⁽⁴⁸³⁾.

480 HELD: *Cosmopolitismo después del...* Pág. 334.

481 VÁZQUEZ: *Entre la libertad y...* Págs. 211-213.

482 HELD: *Cosmopolitismo después del...* Pág. 334.

483 HELD: *Cosmopolitismo después del...* Págs. 332-333.

4. CONCLUSIONES

1. La primera gran conclusión que se puede extraer del estudio del largo debate histórico entre iusnaturalismo y positivismo es la imposibilidad de estructurar el derecho exclusivamente sobre la base de cualquiera de estas dos tendencias. Una correcta articulación del derecho requiere una combinación de elementos procedentes de ambas tesis. En particular, se hace preciso que el ordenamiento jurídico asuma como elementos estructurales y legitimadores un sustrato axiológico, integrado por los principios y valores democráticos y los derechos fundamentales.

Esta base axiológica debe constituir un régimen básico y esencial que, por más que informe el conjunto del sistema jurídico, no permite obtener por deducción el resto de contenidos del ordenamiento jurídico. Estos contenidos, que son cuantitativamente la mayor parte del ordenamiento jurídico, serán determinados a través del proceso político, en el marco de una organización democrática, según las preferencias políticas que sean apoyadas en cada momento por los ciudadanos.

2. Esta construcción jurídica está llamada a operar en la actualidad en un marco jurídico diferente a aquel para el que ha sido pensada y configurada. Las tesis de iusnaturalismo y positivismo, como en general todas las construcciones jurídicas básicas presentes actualmente en los derechos nacionales se adaptan a una sociedad marcada por el concepto de Estado y soberanía nacional, que fragmentaban la geografía mundial en unas entidades cerradas en sí mismas, Estados, que precisamente por ser soberanos no admitían la existencia de un poder por encima de ellos, y que tenían en sus atributos, la organización y control de su propio ordenamiento jurídico.

Esto marcaba la división de las relaciones jurídicas en dos grandes esferas. Las relaciones jurídicas nacionales quedaban bajo la autoridad del Estado y su derecho. Esto suponía en los ordenamientos jurídicos avanzados, como el nuestro, situarse en un ámbito regido por los principios democráticos y derechos fundamentales. Todo aquello que quedaba fuera de esa esfera, quedaba en esencia fuera del ámbito protector de ese derecho, presidido por un principio de no injerencia en los asuntos de otros Estados. De tal modo que la protección jurídica, incluso respecto a los aspectos más básicos como los derechos fundamentales y principios democráticos, que ofrecían los distintos ordenamientos jurídicos nacionales no alcanzan a todo lo que se desarrolla fuera del ámbito estatal.

En el momento actual esta división en dos esferas nítidamente separadas, lo comprendido dentro del Estado y lo supraestatal se sigue manteniendo en pie. Si

bien en franco proceso de descomposición. La realidad actual viene marcada por un importante proceso de globalización e internacionalización de las relaciones sociales y económicas, que ha determinado que algunos de los problemas más relevantes que el derecho deba afrontar tenga un carácter global.

Nótese que esto marca una notable diferencia con la situación existente en otros momentos históricos. En épocas anteriores se defendía la necesidad de una mayor integración nacional como una solución preferible, simplemente más conveniente. Se entendía que era preferible que todos los pueblos actuaran de manera conjunta que divididos en Estados nacionales. Una gobernanza internacional era conveniente, pero no imprescindible.

El escenario actual es muy diferente, en cuanto que ahora nos encontramos con un mundo en el que los problemas centrales sólo se pueden resolver globalmente. La necesidad de una gobernanza internacional no es ahora sólo conveniente, sino imprescindible.

3. En este nuevo marco que configura la globalización, el derecho no puede seguir descansando exclusivamente sobre esa estructura fragmentada de ordenamientos jurídicos nacionales cerrados en sí mismos. Por más que esos regímenes puedan seguir funcionando para las cuestiones de ámbito nacional como lo han hecho hasta ahora, se necesita también una estructura jurídica más firme que la actual, que asuma la regulación de los múltiples problemas supranacionales que requieren de una resolución jurídica.

La solución idónea sería obviamente la creación de un gobierno o autoridad pública internacional que asumiera estas funciones en un régimen y con una autoridad similar a la que en el ámbito nacional tienen los Estados nacionales. Sin embargo, más allá de que ahora en sentido propio no existe esa autoridad, lo decisivo es que su creación, o la transformación en tal de las organizaciones existentes en la actualidad, como Naciones Unidas, parece absolutamente inviable en un mundo tan asimétrico y fragmentado como el que vivimos.

Entre otras cosas, porque eso supondría la necesidad de resolver el problema de la legitimación democrática y la participación de los ciudadanos en la génesis, ejecución y control de las políticas públicas. Nos parece muy difícil de lograr en la práctica sortear esta dificultad, dado que el poder real se concentra mayoritariamente en determinados Estados, con un mayor desarrollo económico y potencial militar. Pensamos que es difícil en el contexto actual que estuvieran dispuestos a renunciar a ese poder de hecho, para regirse por decisiones mayoritarias tomadas mayoritariamente en una sociedad civil internacional, cuyas decisiones escaparían de su control.

Esto nos condena a avanzar, pensamos que, por largo tiempo, por una vía más imperfecta, que sería la de la legitimación indirecta, derivada de la toma de decisiones conjunta por los diferentes Estados, legitimados internamente por sus propios sistemas políticos. Esta búsqueda de una acción internacional integrada mediante la cooperación entre Estados, más probable en la práctica, no creemos tampoco que pueda alcanzar en el momento presente los objetivos de una auténtica política internacional por los mismos motivos. La existencia de una gran asimetría en los Estados, que va a conducir necesariamente a que los posibles avances acuerdos y avances que se lleguen sean expresión de la situación coyuntural de poder existente en la Comunidad internacional.

A ello se añade que este discurso, basado en un predominio de lo público no se compadece con una realidad, en el que los actores públicos han perdido gran parte de su poder a favor de instancias privadas, que probablemente no estén dispuestas a renunciar fácilmente a las cotas de poder que han alcanzado. Por lo que un eventual sujeto público que viniese a asumir en el ámbito internacional las funciones que en el ámbito nacional ha venido desarrollando el Estado, debería disputar ese ámbito de poder también a esos sujetos privados.

Esta dificultad para generar un verdadero poder público internacional trae consigo ya una severa limitación, que previsible se va a prolongar durante mucho tiempo, dado que determina que esa regulación de la esfera supranacional, hoy en día tan necesaria, sea notablemente imperfecta, al faltar una autoridad que pueda imponer el cumplimiento de esa regulación de manera coactiva en términos similares a los que rige el derecho estatal.

4. En principio, la articulación del derecho, con combinación de elementos iusnaturalismos y positivistas en los términos vistos que rigen en el ámbito interno, sería adecuada también para regular esa esfera supraestatal. El problema es que la imposibilidad de dotarlo de una fuerza coactiva en los mismos términos que rigen para el derecho nacional, dificulta su puesta en práctica.

5. En lo que se refiere, en primer lugar, al conjunto de principios morales que dan legitimidad e informan ese derecho, que situábamos en los derechos humanos y principios y valores democráticos, rigen en el ámbito internacional a nivel de declaración, pero no está asegurado su cumplimiento en la práctica, pues faltan los mecanismos que aseguren un grado de vigencia similar a la propia de los Estados nacionales democráticos.

En este ámbito supranacional nos parece que ese sustrato axiológico asume un papel más clave que el que le corresponde en el ámbito estatal por varios motivos.

En primer lugar, porque la legitimidad del sistema reside en mayor medida en ese sustrato de principios. No se debe olvidar que en Estados como el nuestro esa legitimación se ve reforzada por la existencia de un proceso político organizado democráticamente, que permite la participación y control del ejercicio de las políticas públicas por parte de los ciudadanos. Mecanismos inexistentes en el ámbito supraestatal.

En segundo lugar, porque los principios y valores del ordenamiento jurídico asumen un papel primordial como elemento integrador del ordenamiento jurídico, que le da unidad y coherencia. Éste es un rasgo que se ha hecho ya imprescindible en los ordenamientos nacionales actuales, precisamente por la notable heterogeneidad y dinamicidad que presentan en la actualidad. Esto ha determinado que la creación normativa se haya convertido en un proceso un tanto caótico, con normas de diversas procedencias, y muchas más diversas influencias, que se dictan además a un ritmo acelerado. Esto da como resultado un ordenamiento jurídico apresurado y un tanto caótico, procedente y sometido a múltiples focos de poder, muy distinto al ordenamiento monopolizado por el Estado sobre el que se construyeron las tesis positivistas. En este contexto los principios asumen un carácter central y estructural.

Esta situación se plantea en términos muchos más severos en el ámbito internacional, donde los rasgos de dinamicidad y heterogeneidad se multiplican exponencialmente. Lo que dota de un mayor protagonismo si cabe a los principios jurídicos.

Por último, en tercer lugar, porque en el ámbito supranacional nos encontramos con una enorme fragmentación ideológica y cultural, que configura una sociedad en la que conviven profundas discrepancias acerca de cómo el derecho debe ser.

En este contexto, la búsqueda de un amplio acuerdo y la mayor aceptación posible de ese derecho supranacional por las diferentes realidades culturales, requiere ceñirse a lo básico y esencial. La política de tratar de avanzar por el camino de los principios como objetivo principal nos parece que tiene más posibilidades de éxito.

Aunque en ocasiones se reclama un avance más rápido sobre la base de determinadas tradiciones jurídicas, que por su impronta democrática se consideran más avanzadas, es éste un camino peligroso.

Por un lado, porque se olvida que esa heterogeneidad y pluralidad no está menos presente en las propias sociedades democráticas, donde conviven muchas maneras de pensar que, aun estando de acuerdo en algunos aspectos básicos, entran frecuentemente en contradicción muchas veces irreconciliable.

Por otro, porque la heterogeneidad de ideas y concepciones del mundo y el derecho es un valor protegido por los principios democráticos, que toman como elemento estructural el respeto a las minorías y a la forma de pensar de los otros. El desarrollo de ese derecho supranacional debe tratar de articularse sobre unos valores compartidos y pactados, impidiendo caer en un pensamiento único.

En cuarto lugar, porque la vía autoritativa se basa por definición en la autoridad que otorga una situación de poder fáctico. Mientras que los principios se basan en la fuerza de sus argumentos. Por encima del hecho cierto de la falta de una autoridad internacional que haga valer esa autoridad, se impone la idea de un derecho amparado por su racionalidad y coherencia.

6. Esta preferencia de los principios no puede ocultar la realidad de una sociedad internacional que necesita urgentemente soluciones jurídicas prácticas para una enorme variedad de cuestiones que no se pueden resolver desde la autoridad de los Estados.

Aquí, evidentemente no basta con una solución de principios, sino que se requiere de una normativa positiva ágil, detallada y eficaz que aporte soluciones adaptadas a las necesidades reales de este mundo global.

Es en este punto donde encontramos un panorama más desolador. La asimetría entre las posibilidades reales de dictar esa normativa por los mecanismos actuales y la urgencia de las necesidades normativas actuales es dramática. Esto está determinando que esos espacios normativos se suplan por instancias privadas que no siempre tienen lo suficientemente presentes los intereses públicos y que actúan, además, al margen de los mecanismos habituales de control y participación democrática.

La postura defendida en este trabajo es la de una articulación del derecho como una realidad deudora tanto de criterios iusnaturalistas, concretada en unos derechos y principios y valores básicos y jurídicamente superiores; como de criterios iuspositivistas, traducidos en la decisión de los contenidos jurídicos no comprendidos en ese régimen básico a través de un proceso político, legitimado por su funcionamiento democrático.

La consolidación de ese eventual ordenamiento jurídico supraterritorial que sustituya y supla las deficiencias de los ordenamientos nacionales encuentra grandes dificultades, como se ha señalado, para lograr la consolidación de esos aspectos. Sin embargo, entendemos que las dificultades van a ser mayores para la articulación de la segunda parte, de la articulación de un sistema de derecho positivo, dotado de las garantías democráticas similares a las que tendría un ordenamiento nacional.

Ya se razono antes la dificultad, casi imposibilidad, de lograr establecer que ese derecho cuente con un sistema de representación, participación, control y responsabilidad propio de un sistema democrático.

A esto se tiene que añadir que las disfunciones que han llevado a acentuar en los últimos tiempos la entrada de mecanismos iusnaturalistas en los ordenamientos jurídicos internos (heterogeneidad social y multiplicidad de instancias que participan en la creación y gestación de las normas, necesidad de dotar al ordenamiento jurídico de una legitimación material, necesidad de una cierta valoración moral del derecho, etc.) están presentes con mucha mayor intensidad en el ámbito internacional. Lo que determina un difícil camino para la gestación de un ordenamiento jurídico, aunque sea parcialmente, con los rasgos estructurales propios que el iuspositivismo nos enseñó que debía estar dotado un ordenamiento jurídico positivo.

Las dificultades y problemas que esto comporta son enormes, porque esta situación contrasta vivamente con la extrema necesidad de habilitar soluciones jurídicas de este tipo. La gravedad y urgencia con la que se plantean en la práctica esos problemas globales (defensa del medio ambiente, problemas derivados de la emigración internacional, etc.) no se compadece con las dificultades que va a encontrar el diseño de políticas públicas efectivas para afrontarlo. La experiencia jurídica nos enseña que ese tipo de políticas no surgen del juego de los principios básicos de un ordenamiento jurídico, sino de la toma de decisiones políticas efectivas a través de un proceso político adecuado. Lo que determina que esas necesidades vayan a ser probablemente deficientemente atendidas.

7. BOBBIO nos enseñó que el papel principal que el iusnaturalismo ha desarrollado a lo largo de la historia, es el de ser un instrumento o arma que sirve para poner límites a quienes detentan el poder político, cualquiera que sea su forma⁽⁴⁸⁴⁾.

El iusnaturalismo, al fijar una serie de contenidos jurídicos materiales como inseparables de la condición humana, los convierte en jurídicamente necesarios, dejándolos al abrigo de las concretas decisiones políticas que las instituciones jurídicas históricas puedan tomar en cada momento.

En tal sentido, BOBBIO distingue dos grandes etapas históricas: a) la del control del poder ejecutivo por el legislativo; b) la del control de poder legislativo por el constituyente⁽⁴⁸⁵⁾. Esta sistematización requiere hoy en día una actualización. Ya

484 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Págs. 178-180.

485 BOBBIO: *Iusnaturalismo y...* Pág. 180.

sabemos que en las sociedades actuales el poder político, casi siempre nacional, ha perdido gran parte de su poder ante un poder económico, globalizado, que es incapaz de controlar.

En este contexto lo que se hace necesario no es tanto restringir el poder público, como limitar a las eventuales extralimitaciones de los grupos de poder privados que asumen en gran medida hoy el poder real. En la mayor parte de los casos, legitimando la acción de un Estado y un poder público considerablemente debilitados frente a ellos.

Aunque parezca una contradicción, esto va a determinar que una orientación iusnaturalista en la actualidad, al cumplir su función tradicional de limitar el poder, va a producir un efecto contrario al que produjo en otros momentos históricos: si antes limitaba el poder del Estado nacional, ahora en cierto modo lo potencia.

La reivindicación de la necesidad de situar algunos derechos y principios morales bajo una especial protección, convirtiéndolos en jurídicamente inatacables, produce efectos diferentes en momentos diferentes. Esa limitación no es una respuesta a los concretos riesgos que se puedan derivar de una determinada coyuntura política, social y económica, sino algo que está en cierto modo en la naturaleza de las cosas. Una verdad que responde al modo en que los seres y las sociedades humanas se comportan habitualmente.

Esto nos lleva al básico principio de división de poderes formulado por MONTESQUIEU. La gran aportación del filósofo francés no estaba en la concreta división entre los poderes por él propuesta, deudora de su forma de pensar y de su tiempo, sino de haber logrado expresar la ineludible necesidad de establecer esa división. La enseñanza de que el poder siempre suele ser abusivo y que ese poder sólo puede ser contrarrestado por otro poder. De lo que se deriva la imprescindible necesidad de impedir que el poder público sea único, la necesidad de fragmentarlo para que los diferentes focos de poder público se contrarresten entre sí.

La base de esta reflexión es extensible a una amplia gama de problemas y situaciones. Un claro ejemplo de aplicación de esta idea en el contexto actual se muestra en el ámbito de la igualdad de género. La verdadera igualdad de la mujer requiere “empoderamiento”. Término en el que late esa idea de que sólo el poder contrarresta el poder. En una sociedad dónde el hombre tradicionalmente ha detentado el poder, la mujer solo estará verdaderamente dotada de derechos cuándo pueda responder a esa situación de poder con poder propio. La igualdad nunca llega de la mano de la benevolencia o buena voluntad del que detenta el poder, requiere por eso de empoderamiento.

Llevado este planteamiento al ámbito que nos ocupa. Históricamente el poder público, y en particular el Estado, eran las fuentes del poder que había que limitar. No por una concepción negativa del Estado, sino porque es imprescindible para la libertad que el poder esté limitado y allí era donde estaba depositado el poder real. En esta afirmación, sin embargo, lo esencial, lo que permanece a pesar del paso del tiempo es que el poder debe estar limitado. La necesidad de que ese poder a limitar fuera el del Estado era una realidad histórica y contingente, derivada de las concretas características de esa sociedad.

En una sociedad como la actual en el que el poder está en manos del mercado y el poder económico globalizado, la aplicación de este principio ofrece un resultado inverso al tradicional: no limita el poder del Estado, tiende a reforzarlo. Si el desequilibrio en las sociedades actuales se resuelve a favor del poder privado, se hace urgente como nunca el refuerzo del poder público para que le sirva de contrapunto.

Huelga decir que ese fortalecimiento del poder estatal, al estar los poderes económicos globalizados, no debería producirse tanto en el ámbito nacional, como en la creación de focos de poder público de carácter internacional. Ahora bien, dadas las dificultades que encuentra en el momento presente, que antes señalamos, la creación de ese poder público internacional, una más intensa aplicación en el ámbito internacional de los principios y valores básicos debería conducir a la búsqueda de formas que rearmen a los Estados, para que recuperen una posición que les permita contraponerse de manera efectiva a ese creciente poder privado.

8. Debemos destacar, por último, que la reclamada potenciación de los derechos y libertades básicas no puede llevarse a cabo desde una visión sesgada, que excluya de ese marco axiológico básico a los derechos sociales y económicos. No se debe olvidar el carácter estructural de estos derechos, imprescindibles para una vida digna y para un correcto desarrollo de la personalidad.

A ello se añade el hecho cierto de que es hoy en día el problema más urgente al que se enfrenta la humanidad. Sin afrontar ese problema, que tanto sufrimiento genera, difícilmente se podrá articular un derecho verdaderamente justo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- » AHUMADA, M. Á.: “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo (A propósito de “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” de Paolo Comanducci)”, en Comanducci, P, Ahumada, M. A. y González Lagier, D.: Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. Fundación Colegio Jurídico Europeo. Madrid, 2009.
- » ALEXY, R.: La institucionalización de la justicia. Traducción de J. A. Seoane, E. R. Soderó, P. Rodríguez y A. Ballesteros. Editorial Comares. Granada. Tercera edición, 2016.
- » ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.: “Estado de derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel I. Universidad de Alcalá, 2002.
- » ATIENZA, M.: “A vueltas con la ponderación”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº. 44 (2000). Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs.
- Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico. Ariel. Barcelona, 1993.
- » ATRIA, F.: “La ironía del positivismo jurídico”, en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho nº. 27 (2004).
- » BARRANCO AVILÉS, M. del C.: “Los contenidos materiales de la Constitución y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » BAYÓN, J. C.: “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en Zapatero, V. (editor): Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel II. Universidad de Alcalá, 2002.
- » BELTRÁN, E.: “Identidad, representación democrática y acción afirmativa: elementos de un debate sobre igualdad y diferencia”, en Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel I. Universidad de Alcalá, 2002.
- » BELLOSO MARTÍN, N.: “Teorías normativistas y nuevas perspectivas para el positivismo”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » BILBAO, J. M., REY, F. y VIDAL, J. M.: Lecciones de Derecho Constitucional I. Lex Nova. Valladolid, 2010.
- » BLAZQUEZ RUIZ, F. J.: “¿Tiene sentido el positivismo jurídico en la sociedad global del s. XXI?”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » BOBBIO, N.: Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Traducciones de E. Díaz, E. Garzón Valdés, A. Greppi y A. Ruiz Miguel. Editorail Trota. Primera reimpresión de la primera edición de 2015. Madrid, 2018.
- Teoría General del Derecho. Quinta edición. Editorial Themis. Bogotá, 2016.
- » BRUFAU PRATS, J.: Teoría fundamental del Derecho. Tecnos. Cuarta edición. Madrid, 1990.
- » CALSAMIGLIA, A.: “Ensayo sobre Dworkin”, prólogo al libro Dworkin, R.: Los derechos en serio. Ariel Derecho. Octubre de 2012.
- » CASTILLO VEGAS, J. L.: “La falacia naturalista en la crítica de Hans Kelsen al iusnaturalismo”, en Ramos Pascua, J. A. y RODILLA GONZÁLEZ, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » CASTILLO VEGAS, J.: “Los errores puros de Kelsen”, en Ramos Pascua, J. A. y RODILLA GONZÁLEZ, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » CICERON, M. T.: “Las Leyes”, en Las Leyes. Catilinarías. Traducción de A. D’Ors. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2000.
- » COLOMER, J. L.: “Teoría del derecho, interpretación y punto de vista interno. Algunas observaciones sobre la tesis de Ronald Dworkin”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.

- » COMANDUCCI, P.: “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en COMANDUCCI, P, AHUMADA, M. A. y GONZÁLEZ LAGIER, D.: Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo. Fundación Colegio Jurídico Europeo. Madrid, 2009.
- » CONTRERAS PELÁEZ, F. J.: Liberalismo, catolicismo y ley natural. Ediciones encuentro. Madrid, 2013.
- » DÍEZ-PICAZO, L.: Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Editorial Ariel. Barcelona. Tercera edición, 1999.
- » DOMINGO PÉREZ, T. de: “Neoconstitucionalismo, positivismo y fundamentación de la obligatoriedad de la Constitución”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » DWORKIN, R.: Los derechos en serio. Traducción de M. Guastavino del original de 1977. Ariel. Primera edición en esa presentación de 2012.
- » ENGISCH, K.: Introducción al pensamiento jurídico. Traducción de E. Garzón Valdés del original de 1956. Coyoacán ediciones. México D. F., 2014.
- » ESCUDERO ALDAY, R.: “De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº. 44 (2000). Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs.
- “Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: “La globalización y las transformaciones del derecho”, en Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel I. Universidad de Alcalá, 2002.
- » FARIA, J. E.: Policentrismo versus soberanía: los nuevos ordenes normativos”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº. 44 (2000). Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs.
- » FERRAJOLI, L.: “Prólogo” al libro Bobbio, N.: Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Traducción A. Greppi. Editorail Trota. Primera reimprenta de la primera edición de 2015. Madrid, 2018.
- » FRASER, N.: ¿Quién cuenta? Dilemas de la Justicia en un mundo postwestfaliano”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº. 44 (2000). Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs. Traducción de P. Mercado Pacheco.
- » GALINDO, F.: “Criterios básicos para la legitimación democrática de la puesta en práctica de la regulación sobre Internet”, en Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel I. Universidad de Alcalá, 2002.
- » GARCÍA SAN MIGUEL, L.: “Presentación”, al libro de Engisch, K.: Introducción al pensamiento jurídico. Ediciones Coyoacán. México D. F., 2014.
- » HART, H.L. A.: El concepto de derecho. Traducción de G. R. Carrió. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1990.
- » GREEN, L.: “Introduction”, al libro de Hart, H.: The concept of Law. Oxford University Press. Tercera edición, 2012.
- » HELD, D.: “Cosmopolitismo después del 11 de septiembre”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº. 44 (2000). Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs. Traducción de P. Mercado Pacheco.
- » KELSEN, H.: Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica. Traducción de la Primera edición de 1934 por G. Robles y F. F. Sánchez. Editorial Trotta. Madrid, 2011.
- » LORCA NAVARRETE, J. F.: Temas de Teoría y Filosofía del Derecho. Ediciones Pirámide. Madrid, 2003.
- » MARÍN CASTÁN, M. L.: “Constitucionalismo, Justicia Constitucional y crisis del positivismo jurídico”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.

- » MARTÍNEZ GARCÍA, J. I.: “Tiempos para el derecho”, en ZAPATERO, V. (editor): Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel I. Universidad de Alcalá, 2002.
- » MONEREO PÉREZ, J. L.: “El pensamiento científico jurídico de Gény: el problema del Método”. Estudio preliminar al libro Gény, F.: Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Editorial Comares. Granada, 2000.
- » MONTESQUIEU: Del espíritu de las leyes. Traducción M. Blázquez y P. de Vega. Tecnos. Madrid, 1985.
- » ORREGO SÁNCHEZ, C.: “Iusnaturalismo contemporáneo”, en Fabra Zamora, J. L. y Núñez Vaquero, A. (Coordinadores): Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Universidad Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2015.
- » OTERO PARGA, M.: Valores constitucionales. Introducción a la Filosofía del derecho: axiología jurídica. Universidad de Santiago de Compostela, Segunda reimpresión, 2004.
- » PAREJO ALFONSO, L: Transformación y ¿reforma? del Derecho administrativo en España. Editorial Derecho Global/INAP. Sevilla, 2012.
- » PEÑA ECHEVERRÍA, J.: “Los orígenes del debate sobre la justicia global”, en Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política nº. 43 (2010).
- » PERELMAN, CH.: La lógica jurídica y la nueva retórica. Traducción de L. Díaz-Picazo. Editorial Civitas. Madrid, 1999.
- » PÉREZ BERMEJO, J. M.: “El convencionalismo como sucesor: noticia de una discusión en torno a la herencia del positivismo jurídico”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » PÉREZ LUÑO, A. E.: Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho. Quinta edición a cargo de R. González-Tablas Sastre y F. Llano Alonso. Editorial Tebar. Madrid, 2007.
- » PRIETO SANCHIS, L.: “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº. 44 (2000). Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs.
- » RAZ, J.: Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica. Traducción de H. Bouvier, P. Navarro y R. Sánchez Brígido. Marcial Pons. Madrid, 2013.
- » RECASENS SICHES, L.: Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Editorial Porrúa. Segunda edición. México, 1973.
- » RODENAS, Á.: “El positivismo jurídico y las tensiones internas del derecho”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » ROSS, A.: Sobre el derecho y la justicia. Traducido por G. R. Carrió. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.
- » RUIZ MIGUEL, A.: “Positivismo ideológico e ideología positivista”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » SAAVEDRA LÓPEZ, M.: “Las opiniones de H. L. A. Hart sobre el derecho injusto: reflexiones en torno a la hipótesis: <<esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » SENDÍN GARCÍA, M. Á.: “Nihilismo versus la <<la herencia de Europa>> en un mundo globalizado. A favor de la validez universal de los derechos fundamentales y los principios y valores democráticos”, en del Guayo Castiella, I. y Fernández Carballal, A.: Los desafíos del Derecho público en el siglo XXI. Libro conmemorativo del XXV Aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. INAP. Madrid, 2019.

- » SENDÍN MATEOS, J. A.: “La doctrina del derecho natural como doctrina dualista: la visión de Hans Kelsen”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla González, M. Á. (Editores): El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2006.
- » TWINING, W.: “Implicaciones de la globalización para el derecho como disciplina”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº. 44 (2000). Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs. Traducción de J. D. Ruiz-Resca.
- » VÁZQUEZ, R.: Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del derecho. Editorial Trotta. Madrid, 2006.
- » ZACCARIA, G.: “De nuevo sobre la interpretación y los principios jurídicos”, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez nº. 44 (2000). Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de acfs.
- » ZAGREBELSKY, G.: El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de M. Gascón. Editorial Trotta. Tercera edición, 1999.

Se terminó de imprimir en Valladolid, el 8 de septiembre de 2021, festividad de la Virgen de San Lorenzo, patrona de la ciudad.



**UNIVERSIDAD EUROPEA
MIGUEL DE CERVANTES**